

ESTUDIOS DEL DERECHO PROPIO
DE ANDALUCÍA

El Derecho de Salud de Andalucía

El Sistema Sanitario Público 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 de Andalucía

El Sistema Sanitario Público
de Andalucía

Coordinadores:

José María Pérez Monguió

Severiano Fernández Ramos

INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SEVILLA - 2015

El Derecho de Salud de Andalucía

El Sistema Sanitario Público de Andalucía

Coordinadores:

José María Pérez Monguió

Severiano Fernández Ramos

El Derecho de Salud de Andalucía : El Sistema Sanitario Público de Andalucía / coordinadores: José María Pérez Monguió, Severiano Fernández Ramos. – Sevilla : Instituto Andaluz de Administración Pública, 2015.– 507 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. – Varios 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 90-2015

ISBN 978-84-8333-631-1 (Vol. Ed. impresa)

ISBN 978-84-8333-632-8 (Vol. Ed. electrónica)

1. Salud pública-Derecho-Andalucía 2. Asistencia sanitaria-Andalucía-Legislación 3. Personal sanitario-Derecho-Andalucía 4. Enfermos-Estatuto jurídico-Andalucía 5. Testamento vital-Andalucía 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)

347.135:61(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 DE ANDALUCÍA: EL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA

COORDINACIÓN: José María Pérez Monguió
Severiano Fernández Ramos

Cualquier comunicación o sugerencia relacionada con los contenidos puede dirigirla a:
josemaria.mongui@gmail.com
severianofernandezramos28@gmail.com

© INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Gestión de publicaciones en materias
de Administraciones Públicas

Edita: Instituto Andaluz de Administración Pública
Diseño y Producción: Iris Gráfico Servicio Editorial, S.L.
laletradigital.com

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

ISBN 978-84-8333-631-1 (Vol. Ed. impresa)

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

ISBN 978-84-8333-632-8 (Vol. Ed. electrónica)

Depósito Legal: SE 90-2015

PRESENTACIÓN

El tercer volumen de la colección «Estudios del Derecho propio de Andalucía» del Instituto Andaluz de Administración Pública está dedicado al Derecho de la Salud de Andalucía.

Como es característico de esta Colección, debe resaltarse que no es la finalidad de esta obra dar cuenta del ordenamiento estatal en materia de salud, 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.

Ciertamente, existen también múltiples trabajos, en particular artículos publicados en revistas especializadas (y, entre ellas, la Revista Andaluza de Administración Pública del propio Instituto Andaluz de Administración Pública), que tratan aspectos singulares de la legislación andaluza sobre salud. Pero se echaba en falta una obra que ofreciera una visión de conjunto de este complejo y significativo sector del Derecho Propio de Andalucía, fundamental para garantizar la calidad de vida de los andaluces y andaluzas, tal como expresa el propio Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Con todo, debido a la amplitud y complejidad de este sector del ordenamiento, se ha optado por dedicar dos volúmenes a la legislación andaluza sobre salud. En este primer volumen, además de dar cumplida cuenta del marco estatutario (derecho a la salud, competencias autonómicas y locales en materia de salud), se tratan los aspectos generales de ordenación del Sistema Sanitario Público de Andalucía contenido 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 abordan los derechos de los ciudadanos en el ámbito de la salud, tanto los ordenados en la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, como en 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 tratarán otros aspectos, como la salud pública (Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía), la ordenación farmacéutica (Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía), la investigación en este ámbito (Ley 1/2007, de 16 de marzo, por la que se regula la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica), el régimen de inspección y sancionador en la materia, así como otros aspectos relacionados con las políticas sociales y de igualdad, que no pudieron abordarse en el Volumen dedicado al Derecho de Andalucía de los Servicios Sociales.

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.

Finalmente, no me resta sino agradecer a los coordinadores y al equipo de autores el trabajo realizado, y desear que sea de utilidad para los operadores del ordenamiento andaluz.

CONCEPCIÓN BECERRA BERMEJO
Directora del Instituto Andaluz de Administración Pública

ÍNDICE

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

CAPÍTULO I.

LA SANIDAD Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA

<i>Por José Ignacio López González</i>	21
--	----

I. EL MODELO SANITARIO ESPAÑOL COMO SISTEMA PÚBLICO

INTEGRADO DE CARÁCTER BÁSICO	21
1. El Sistema Nacional de Salud como modelo sanitario para la efectividad del derecho constitucional a la protección de la salud en el Estado Autonómico	21
2. El Sistema Sanitario Público de Andalucía como sistema integrado en el marco de la estructura organizativa básica y principios comunes garantizados por el Sistema Nacional de Salud	22
<i>A) Estructura organizativa y funcional</i>	23
<i>B) Principios comunes garantizados por el Sistema Sanitario Público</i>	25
3. Las bases y coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos como competencia exclusiva del Estado y límite de los enunciados estatutarios	26
<i>A) La normativa básica en materia de sanidad y su aplicación</i>	26
<i>B) La coordinación general de la sanidad y su aplicación</i>	28
<i>C) La legislación sobre productos farmacéuticos y su aplicación</i>	28
II. LA SANIDAD EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA	29
1. Competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía sobre Salud, Sanidad y Farmacia (artículo 55)	29
<i>A) Competencia exclusiva sobre organización, funcionamiento interno, evaluación, inspección y control de centros, servicios y establecimientos sanitarios</i>	32
<i>B) Competencia compartida sobre:</i>	33
<i>a) Ordenación farmacéutica</i>	33
<i>b) Investigación con fines terapéuticos</i>	35
<i>c) Servicios y prestaciones sanitarias, sociosanitarias y de salud mental de carácter público</i> ..	36
<i>d) Salud pública</i>	37

e) Régimen estatutario y formación del personal del Sistema Sanitario Público de Andalucía ...	39
f) Formación sanitaria especializada y la investigación científica en materia sanitaria	39
C) Competencia de ejecución de la legislación estatal en materia de productos farmacéuticos	40
D) Competencia de participación en la planificación y la coordinación estatal en materia de sanidad y salud pública	41
2. La asignación de competencias sanitarias en la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, y en la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía	42
A) Competencias sanitarias atribuidas al Consejo de Gobierno y a la Administración de la Junta de Andalucía	42
B) Competencias sanitarias atribuidas a los Municipios de la Comunidad Autónoma	45
III. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA	48
1. El Estatuto de Autonomía garantiza el derecho constitucional a la protección de la salud, mediante un sistema sanitario público de carácter universal (artículo 22.1)	48
A) Naturaleza del derecho estatutario garantizado	49
B) Los elementos constitutivos de este derecho	50
2. Catálogo de derechos garantizados estatutariamente a los pacientes y usuarios por el Sistema Andaluz de Salud (artículo 22.2 y 3): su desarrollo normativo por la Comunidad Autónoma	55
IV. LAS GARANTÍAS JURÍDICAS DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA	69
1. Garantías jurídicas de rango estatutario	70
2. Garantías jurídicas que gozan además de rango constitucional	72
BIBLIOGRAFÍA	73

**CAPÍTULO II.
CONFIGURACIÓN GENERAL DEL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO
ANDALUZ: ORGANIZACIÓN TERRITORIAL, FUNCIONAL,
COLABORACIÓN PRIVADA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA TRAS LA
LEY DE SALUD DE ANDALUCÍA**

<i>Por María Eugenia Teijeiro Lillo</i>	<i>75</i>
I. INTRODUCCIÓN	75
1. La ordenación del sistema público de asistencia sanitaria en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad	75
2. La determinación y catalogación de las prestaciones sanitarias en el Sistema Público de Salud	77

II. LA ORDENACIÓN DEL SISTEMA PÚBLICO DE SALUD ANDALUZ	82
1. La descentralización sanitaria y el desarrollo del sistema autonómico de salud	82
2. La ordenación y zonificación territorial del sistema andaluz de salud	85
A) Las Áreas de Salud	86
B) Las Áreas de Gestión Sanitaria	87
C) Las Zonas Básicas de Salud	88
D) El Distrito de Atención Primaria de Salud	90
E) Las Áreas Hospitalarias	91
3. La ordenación funcional de los servicios sanitarios andaluces	91
A) Las prestaciones de atención primaria de salud	92
a) Centros de Atención Primaria	92
b) Equipos Básicos de Atención Primaria	93
c) Los órganos de dirección y gestión de los Distritos de Atención Primaria	95
d) Las Unidades de Gestión Clínica de Atención Primaria	97
e) Los Dispositivos de Apoyo de Atención Primaria	99
f) Los Servicios Sanitarios de los Distritos de Atención Primaria	99
B) Las prestaciones de atención sanitaria especializada: Los Hospitales y los Centros Periféricos de Especialidades	100
a) Los órganos de dirección	102
b) Los órganos asesores	105
C) Otras estructuras para la prestación de los servicios de atención primaria y especializada	107
III. LA GESTIÓN PRIVADA DE LOS SERVICIOS SANITARIOS EN EL SISTEMA PÚBLICO ANDALUZ: CONVENIOS Y CONCIERTOS SANITARIOS	109
1. La evolución legislativa de las formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud	109
A) El Concierto	112
B) El Convenio Singular	114
2. La atención concertada de los servicios sanitarios en el Sistema Público Andaluz	115
IV. LA PARTICIPACIÓN DE LA CIUDADANÍA EN EL SISTEMA ANDALUZ DE SALUD	119
1. La participación ciudadana en el ámbito de las instituciones sanitarias	119
2. Las nuevas orientaciones de la participación en los ámbitos de la sanidad y la salud	121
BIBLIOGRAFÍA	124

CAPÍTULO III.

LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA

Por Elsa Marina Álvarez González 129

I. INTRODUCCIÓN 129

II. LA ORGANIZACIÓN DE LA SANIDAD PÚBLICA EN ANDALUCÍA: EL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA 131

1. El Sistema Sanitario Público de Andalucía 131
 - A) *Principios generales del Sistema Sanitario Público de Andalucía* 133
 - B) *La concepción integral de la sanidad andaluza* 134
2. La Administración sanitaria andaluza 135
 - A) *La Administración sanitaria de la Junta de Andalucía como “autoridad sanitaria”: funciones y estructura de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales* 139
 - a) *Funciones* 139
 - b) *Estructura de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales* 142
 - c) *La estructura periférica de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales: las Delegaciones Territoriales de Salud y Bienestar Social* 146
 - B) *La Administración instrumental de la Junta de Andalucía en el sector sanitario: el Servicio Andaluz de Salud* 148
 - a) *Funciones* 150
 - b) *Estructura* 151
3. La organización funcional de la asistencia sanitaria: estructuras y niveles 153
 - A) *Las Áreas de Salud* 153
 - B) *La Atención Primaria de Salud* 155
 - a) *Zonas Básicas de Salud* 156
 - b) *Distritos de Atención Primaria* 156
 - C) *La Atención Especializada* 158

III. LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN ANDALUCÍA 161

1. Formas de gestión directa 162
 - A) *Formas sin personalidad jurídica diferenciada* 163
 - B) *Agencia administrativa: el Servicio Andaluz de Salud* 163
 - C) *Agencias públicas empresariales* 164
 - D) *Sociedad mercantil: la Escuela Andaluza de Salud Pública (EASP)* 167
 - E) *Fundaciones sanitarias* 167
2. Formas de gestión indirecta: convenios, conciertos y concesiones sanitarias 169

BIBLIOGRAFÍA 174

CAPÍTULO IV.

EL PERSONAL DEL SERVICIO ANDALUZ DE SALUD: CÓDIGO NUMÉRICO, ACREDITACIÓN Y CARRERA PROFESIONAL

Por Juan Francisco Pérez Gálvez 177

I. SALUD Y SALUD PÚBLICA EN ANDALUCÍA: DETERMINACIONES SOBRE EL PERSONAL	177
II. EL CÓDIGO NUMÉRICO PERSONAL PARA LOS PROFESIONALES SANITARIOS	181
III. ACREDITACIÓN DEL NIVEL DE LA COMPETENCIA PROFESIONAL	182
1. La relevancia jurídica de la acreditación en el ámbito sanitario	182
2. La acreditación del personal sanitario en Andalucía	187
IV. LA ACREDITACIÓN POSIBILITA EL DESARROLLO DE LA CARRERA PROFESIONAL ..	193
1. Régimen jurídico	193
2. El carácter básico de la normativa estatal	205
A) Cuestiones formales y materiales de la potestad reglamentaria	205
B) Naturaleza de la relación existente entre el ordenamiento estatal y los distintos ordenamientos de las Comunidades Autónomas	208
C) Las competencias sobre carrera profesional: “bases-desarrollo”	210
3. El desarrollo normativo corresponde a las Comunidades Autónomas, y se materializa a través de la negociación colectiva	213
V. LA CARRERA PROFESIONAL DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD QUEDA FUERA DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO	214
1. Constitución Española: artículo 43 y artículo 149.1.18ª	214
2. Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud	216
A) Consideraciones generales	216
B) El diseño aprobado –Estatuto Marco– queda pendiente de un posterior desarrollo autonómico, y de su adaptación –en lo que proceda– al Estatuto Básico del Empleado Público	218
3. Estatuto Básico del Empleado Público	221
A) Incidencia general del Estatuto Básico del Empleado Público	224
B) Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud: ¿de dónde venimos?	230
C) Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud: ¿dónde estamos?	233
4. Cabecera de grupo normativo: Estatuto Básico del Empleado Público y Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud	238
A) El Estatuto Básico del Empleado Público y el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud son normas básicas, pero el primero tiene la condición de norma de referencia con vocación universal	239
B) Consecuencias	243

5. Conclusión: normativa aplicable al personal de los servicios de salud, y en especial, a la carrera profesional	245
---	-----

VI. CRISIS DEL MODELO ACTUAL DE CARRERA PROFESIONAL: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA), DE 22 DE DICIEMBRE DE 2008

1. Compromiso con la organización	247
2. Modificación y descenso en la carrera profesional	248
3. Pérdida de nivel de carrera profesional en situaciones de excedencia voluntaria	250
4. Inexistencia de participación de evaluadores externos	251

VII. RATIFICACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO: SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 2012 ...

1. Formación permanente del personal sanitario y avance científico y técnico de la medicina ..	252
A) <i>Justificación del tratamiento de esta materia</i>	253
B) <i>Progreso de la “ciencia” o de la “técnica”. Un problema que hay que resolver</i>	255
C) <i>¿Qué podemos entender por “ciencia” y “técnica”? Pues el “estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes”, no es estado de la legislación</i> ...	258
D) <i>¿Cómo se determina el estado de la ciencia y de la técnica?</i>	261
E) <i>¿Qué grado de consenso debe existir en la comunidad científica?</i>	262
F) <i>¿Qué diferencia la ciencia, la técnica y la práctica?</i>	262
G) <i>¿Cómo se fija el correcto estándar de diligencia que ha de desplegarse para que la cláusula de exención por los riesgos del desarrollo se asiente con toda legitimidad en el sistema y alcance la racionalidad que le es propia?</i>	264
H) <i>Conclusión</i>	265
2. Acreditación de la competencia, regresión de la carrera profesional y fallo del Tribunal Supremo de España	266

VIII. LA JURISPRUDENCIA INDUCE LA REVISIÓN DEL MODELO DE CARRERA PROFESIONAL EN ANDALUCÍA

BIBLIOGRAFÍA	270
---------------------------	-----

**CAPÍTULO V.
DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EN EL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA**

<i>Por Roberto Galán Vioque</i>	275
---------------------------------------	-----

I. INTRODUCCIÓN	275
------------------------------	-----

II. ALCANCE DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EN EL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA	276
---	-----

III. EL DERECHO A ACCEDER A LAS PRESTACIONES SANITARIAS INDIVIDUALES Y COLECTIVAS EN ANDALUCÍA	283
1. Titulares de la asistencia sanitaria en Andalucía	283
2. Contenido de las prestaciones sanitarias en Andalucía	285
IV. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA	287
1. Información general en el Sistema Sanitario Público de Andalucía	288
2. La ampliación de la información sanitaria en relación con la Salud Pública	290
3. La información asistencial en Andalucía	292
V. EL DERECHO A LA TOMA DE DECISIONES MÉDICAS EN ANDALUCÍA	295
1. El derecho a elegir libremente médico y centro sanitario	295
A) <i>El reconocimiento del derecho a la libre elección de médico</i>	295
B) <i>El ejercicio del derecho a la libre elección de médico y centro sanitario en el Sistema Público Sanitario de Andalucía</i>	297
2. El derecho a una segunda opinión médica	298
3. El consentimiento informado a las prestaciones sanitarias	301
VI. EL DERECHO AL RESPETO, A LA DIGNIDAD Y A LA PRIVACIDAD EN EL SISTEMA PÚBLICO SANITARIO DE ANDALUCÍA	304

CAPÍTULO VI.

GARANTÍAS DE ESPERA EN LOS TIEMPOS DE RESPUESTA ASISTENCIAL

<i>Por Gema García Megido</i>	307
I. INTRODUCCIÓN	307
1. Consideraciones sobre el derecho de los ciudadanos a recibir las prestaciones sanitarias en tiempo adecuado y la existencia de las listas de espera	307
2. Consideraciones sobre la existencia de las Listas de Espera	308
II. ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LA NORMATIVA QUE EN ANDALUCÍA VIENE A GARANTIZAR LOS TIEMPOS DE RESPUESTA ASISTENCIAL	309
1. Garantía de plazo de respuesta quirúrgica: Decreto y Órdenes de desarrollo	311
2. Garantía de plazo de respuesta en Procesos Asistenciales, Primeras Consultas de asistencia especializada y Procedimientos Diagnósticos: Decreto y Órdenes de desarrollo	323
III. LA GARANTÍA DE TIEMPOS DE ATENCIÓN EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD	332
IV. ANEXOS	339
1. Normativa	339
2. Glosario de términos	340

BIBLIOGRAFÍA	342
---------------------------	-----

CAPÍTULO VII.

LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD VITAL ANTICIPADA EN ANDALUCÍA

<i>Por Severiano Fernández Ramos</i>	343
--	-----

I. INTRODUCCIÓN	343
II. ORDENACIÓN LEGAL	345
1. Antecedentes legales	345
2. La cuestión competencial	347
3. La ordenación autonómica	348
4. La ordenación en Andalucía	351
III. LAS INSTRUCCIONES PREVIAS: CONCEPTO, CONTENIDO Y FORMA	352
1. Concepto y caracteres	352
2. Contenido de la declaración	355
A) <i>Las instrucciones relacionadas con la atención sanitaria</i>	355
B) <i>Instrucciones relacionadas con el proceso de la muerte</i>	361
3. Requisitos formales o procedimiento de la declaración	364
IV. SUJETOS DE LA DECLARACIÓN	369
1. El declarante: capacidad para otorgar la declaración	369
2. El representante	372
3. Destinatarios de la declaración	376
V. EFICACIA, LÍMITES, VARIACIÓN	381
1. Eficacia de la declaración	381
2. Límites de la declaración	383
A) <i>Instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico</i>	383
B) <i>Instrucciones previas contrarias a la lex artis</i>	386
C) <i>Falta de correspondencia entre el supuesto de hecho previsto por el sujeto y la situación real</i>	389
3. Interpretación y resolución de conflictos	390
4. Variaciones del documento	392
5. Planificación anticipada de decisiones	395
VI. LOS REGISTROS DE INSTRUCCIONES PREVIAS	397
1. Los registros autonómicos	397
2. El Registro Nacional de Instrucciones Previas	399
A) <i>Finalidad y objeto</i>	399
B) <i>Relación con los registros autonómicos</i>	400

C) Acceso al Registro	401
3. El Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía: organización	402
4. Inscripción en el Registro	405
5. Conservación	407
6. Accesibilidad	409
A) Acceso al registro por otorgante y representantes	410
B) Acceso al registro por facultativos	410
BIBLIOGRAFÍA	413

CAPÍTULO VIII.

DERECHOS Y GARANTÍAS DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA EN EL PROCESO DE LA MUERTE EN ANDALUCÍA

<i>Por José María Pérez Monguió</i>	<i>417</i>
I. OBJETO DE ESTUDIO Y SISTEMÁTICA	417
II. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTUALIZACIÓN DE LA MATERIA: LA LEY 2/2010	418
III. OBJETO, FINES Y PRINCIPIOS DE LA LEY 2/2010	421
IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN	422
V. EL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES	423
1. Derecho a la información asistencial como premisa	423
A) Titular del derecho	424
B) El derecho a no saber	425
2. Toma de decisiones: incluido el rechazo al tratamiento	425
3. Consentimiento informado	429
4. Situaciones especiales	431
A) <i>Personas incapaces</i>	431
a) <i>Incapacidad de hecho</i>	432
b) <i>Incapacidad judicial</i>	435
B) <i>Menores de edad</i>	435
VI. DERECHO A NO SUFRIR	438
1. Derecho a cuidados paliativos integrales	440
2. Derecho a recibir los cuidados paliativos en el domicilio particular	442
3. Apoyo a la familia	442
4. Derecho al tratamiento del dolor	444
5. Derecho a sedación paliativa	444

VII. OBSTINACIÓN TERAPÉUTICA Y LA LIMITACIÓN DEL ESFUERZO TERAPÉUTICO	445
VIII. INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR	448
1. Acompañamiento de pacientes	449
2. Auxilio espiritual	451
3. Estancia en habitación individual	452
IX. COMITÉS DE ÉTICA ASISTENCIAL	453
1. Concepto	454
2. Funciones	455
3. Composición de los comités de ética asistencial	456
4. Acreditación	458
BIBLIOGRAFÍA	460
CAPÍTULO IX.	
LA MEDICINA PREDICTIVA Y LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS QUE SE SOMETEN A ANÁLISIS GENÉTICOS EN ANDALUCÍA	
<i>Por Miguel Ángel Recuerda Girela</i>	465
I. ALGO SOBRE LA HISTORIA DE LA MEDICINA	465
II. DE LA MEDICINA REACTIVA A LA MEDICINA PREVENTIVA	466
III. LOS RIESGOS DERIVADOS DE LOS ESTILOS DE VIDA	467
IV. LA MEDICINA PREDICTIVA	468
1. Concepto, origen y desarrollo	468
2. Implicaciones éticas de la medicina predictiva	469
3. Incidencia económica de la medicina predictiva	469
V. LOS DERECHOS EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ANDALUCÍA	470
1. Los titulares de los derechos	470
2. La declaración de derechos en el Estatuto de Autonomía de Andalucía y su complejo encaje constitucional	471
3. El derecho a la protección de la salud y otros derechos: la conexión salud-investigación ...	475
4. El derecho al consejo genético en el Estatuto de Autonomía de Andalucía	478
VI. EL PLAN DE GENÉTICA DE ANDALUCÍA	478
1. Introducción	478
2. Ámbitos de actuación en materia de genética	478
3. Objetivos del Plan de Genética de Andalucía	479

VII. LA 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 Y OTRAS NORMAS APLICABLES	480
1. Antecedentes del Anteproyecto de Ley	480
2. Observaciones del Consejo Consultivo de Andalucía al Anteproyecto de Ley	481
3. Objeto de la Ley	481
4. Derechos y principios	481
5. Los análisis genéticos	490
A) Cuestiones generales	490
a) Concepto	490
b) El consentimiento informado	491
c) El derecho a la información derivada del análisis genético	496
d) La confidencialidad y la protección de los datos genéticos	497
e) La trazabilidad	498
B) Los análisis genéticos con fines de asistencia sanitaria	499
a) Previo	499
b) Centros autorizados y Consejo genético	499
c) Derecho a la información previa	500
d) Contenido del documento de consentimiento informado	500
e) Cesión de datos genéticos	500
f) Conservación de las muestras	501
g) Cribado genético	501
C) Los análisis genéticos con fines de investigación biomédica	502
a) La investigación biomédica en genética humana	502
b) Autorización e informe favorable de los proyectos de investigación de genética humana	502
c) Protección de las personas que se prestan a la realización de análisis genéticos con fines de investigación biomédica	502
d) Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento a la realización de análisis genéticos con fines de investigación biomédica	503
e) Consentimiento informado para la realización de análisis genéticos con fines de investigación biomédica	503
f) Consentimiento para la realización de análisis genéticos con fines de investigación biomédica sobre muestras obtenidas con otra finalidad	503
g) Revocación del consentimiento	504
h) El derecho a la información previa	504
i) Contenido del documento del consentimiento informado	504
j) Cesión e intercambio de muestras biológicas anonimizadas	505
k) Plazo de conservación de las muestras	505
6. Bancos de ADN humano	505
A) El Banco de ADN humano de Andalucía	506
B) Biobancos con fines de investigación biomédica	506

C) <i>El Registro Andaluz de Biobancos con fines de investigación biomédica</i>	507
D) <i>El Biobanco del Sistema Sanitario Público de Andalucía</i>	507
7. Régimen sancionador	507

AUTORES

Elsa Marina Álvarez González,

Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga.

Severiano Fernández Ramos,

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Cádiz.

Roberto Galán Vioque,

Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla.

Gema García Megido,

Jefe del Servicio de Planificación Sanitaria. Dirección General de Planificación y Ordenación Farmacéutica. Secretaría Gral. de Planificación y Evaluación Económica. Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales. Junta de Andalucía.

José Ignacio López González,

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pablo de Olavide.

Juan Francisco Pérez Gálvez,

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Almería.

José María Pérez Monguió,

Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Cádiz.

Miguel Ángel Recuerda,

Profesor Titular de Derecho Administrativo (Acreditado de Catedrático), Universidad de Granada.

María Eugenia Teijeiro Lillo,

Profesora Contratada Doctora, Universidad de Cádiz.

Capítulo I. LA SANIDAD Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA

José Ignacio López González

I. EL MODELO SANITARIO ESPAÑOL COMO SISTEMA PÚBLICO INTEGRADO DE CARÁCTER BÁSICO

1. El Sistema Nacional de Salud como modelo sanitario para la efectividad del derecho constitucional a la protección de la salud en el Estado Autónomo

En la fecha de aprobación de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto para Andalucía –a diferencia del escenario normativo e institucional de 1981–, es una realidad la consolidación en Derecho español del actual modelo sanitario como un sistema público territorialmente integrado y de carácter básico, que fundamentado en el derecho constitucional a la protección de la salud y en el deber de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública en el nuevo Estado descentralizado, se diseña principalmente a partir de la aprobación de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad¹. Este texto normativo representa la instauración en Derecho español del nuevo sistema sa-

¹ Acerca de la significación de la Ley 14/1986, puede verse J. Pemán Gavín, en “Reflexiones en torno a la Ley General de Sanidad: ¿desarrollo o reforma?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 97, 1998, pp. 65 a 81.

nitario público que, sin perjuicio de la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución) en el sector sanitario, vertebrada territorialmente de forma adecuada el derecho de todos a la protección de la salud mediante un modelo sanitario integrado en el Sistema Nacional de Salud.

El Sistema Nacional de Salud venía a significar en primer lugar la ruptura con las estructuras dispersas de asistencia sanitaria dispensada por los regímenes e instituciones de la Seguridad Social², optándose por un modelo organizativo unitario que se concibe como el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración General del Estado y de los de las Comunidades Autónomas, convenientemente coordinados, principalmente a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud³. Los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas se configuran como los ejes del nuevo sistema descentralizado de organización de los servicios de salud, integrados por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias, gestionados en adelante bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma.

Asimismo el Sistema Nacional de Salud instaurado por la Ley General de Sanidad, representa además el conjunto de funciones y prestaciones sanitarias de carácter básico –nivel mínimo de prestaciones sanitarias públicas garantizadas–, que es responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud y que sería posteriormente desarrollado por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (en concreto en sus capítulos preliminar y primero); naturalmente todo ello sin perjuicio de las posibles mejoras a introducir por las Comunidades Autónomas en virtud de su competencia sustantiva y de autonomía financiera, siempre que con ello no se vulnere el principio de solidaridad.

2. El Sistema Sanitario Público de Andalucía como sistema integrado en el marco de la estructura organizativa básica y principios comunes garantizados por el Sistema Nacional de Salud

Andalucía se ha caracterizado por haber innovado en mayo de 1986, en desarrollo del Estatuto de Autonomía de 1981, un modelo integrado de gestión y administración de los servicios públicos de atención a la salud dependiente tanto de la Comunidad Autónoma como de las Corporaciones Locales (integración funcional). Dicha estructura unitaria de gestión, protagonizada por el Servicio Andaluz de Salud creado por la Ley 8/1986, de 6

² Sobre la adopción del modelo del SNS véase A. J. Navarro Espejo, en *El Sistema Nacional de Salud: organización y funciones*. A. Palomar Olmeda y J. Cantero Martínez (directores), *Tratado de Derecho Sanitario*, volumen I, capítulo 9, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 327 a 361.

³ Véase P. Escribano Collado, “La cohesión del Sistema Nacional de Salud. Las funciones del Consejo Interterritorial”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 52, 2003, pp. 11 a 34.

de mayo, representa una pieza fundamental en el proceso de consolidación del Sistema Sanitario Público de Andalucía (SSPA) y de la progresiva consolidación también del Sistema Nacional de Salud creado por la Ley General Sanitaria en abril de 1986, y precisado de la sucesiva creación de los respectivos Servicios de Salud por parte de las Comunidades Autónomas. La concepción integral del sistema sanitario que informa el modelo español (artículo 4 Ley General de Sanidad), se aplicó en Andalucía desde un primer momento y en plena sintonía con la legislación básica del Estado.

A) Estructura organizativa y funcional

Junto al importante acierto de la nueva estructura organizativa protagonizada por la creación del Servicio Andaluz de Salud por Ley 8/1986, de 6 de mayo, la ordenación sustantiva y general de las actividades sanitarias en Andalucía fue objeto de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, siendo de destacar en estos momentos la doble significación –organizativa y funcional– del Sistema Sanitario Público de Andalucía que la misma regula. Ambos aspectos, el estructural o de medios y el funcional o prestacional, resultan de enorme trascendencia para la valoración del sistema sanitario español en su conjunto, esto es su consideración en el marco del Sistema Nacional de Salud.

Desde el punto de vista funcional el Sistema Sanitario Público de Andalucía integra todas las prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos para garantizar la efectividad del derecho a la protección de la salud (artículo 44.1). En tal sentido se establece que las prestaciones sanitarias ofertadas por el Servicio Sanitario Público de Andalucía serán, como mínimo, las establecidas en cada momento para el Sistema Nacional de Salud (artículo 4.1). En este marco, las actuaciones del Sistema Sanitario Público de Andalucía tendrá como características fundamentales: a) La extensión de sus servicios a toda la población en los términos previstos en la Ley 2/1998; b) El aseguramiento único y público y la financiación pública del Sistema; c) El uso preferente de los recursos sanitarios públicos en la provisión de los servicios; y d) La prestación de una atención integral de la salud procurando altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados.

Desde el punto de vista estructural el Sistema Sanitario Público de Andalucía (SSPA) es el conjunto de recursos, medios organizativos y actuaciones de las Administraciones sanitarias públicas de la Comunidad Autónoma o vinculadas 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 (artículo 43). En consecuencia el SSPA comprende preceptivamente los siguientes medios: a) Los centros, servicios y establecimientos sanitarios públicos integrados en el Servicio Andaluz de Salud o adscritos al mismo; b) Los centros, servicios y establecimientos sanitarios de organismos, empresas públicas o cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho, adscritas a la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía; c) Los centros, servicios y establecimientos sanitarios de las Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias. Potestativamente –mediante el co-

respondiente Convenio– podrán formar parte asimismo del SSPA: a) Los 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; y b) Todos aquellos centros, servicios y establecimientos sanitarios que se adscriban al mismo en virtud de un convenio singular de vinculación.

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 a las prestaciones bajo los principios de aseguramiento único y financiación pública.

La organización territorial de los servicios del SSPA se estructura en Áreas de Salud, las cuales se delimitarán atendiendo a factores geográficos, socio-económicos, demográficos, laborales, epidemiológicos, culturales, ambientales, de vías y medios de comunicación homogéneos, así como de instalaciones sanitarias existentes y teniendo en cuenta la ordenación territorial establecida por la Junta de Andalucía. 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. Cada Área de Salud se divide territorialmente en Zonas Básicas de Salud que constituyen, para la mayor eficacia de la organización y funcionamiento del SSPA, el marco territorial elemental para la prestación de la atención primaria de salud, de acceso directo de la población, en el que se ha de tener la capacidad de proporcionar una asistencia continuada, integral, permanente y accesible. Los límites territoriales de las Áreas de Salud serán aprobadas y modificadas por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de conformidad con los principios y derechos referenciados en la propia Ley 2/1998; la estructura y funcionamiento de las Áreas de Salud así como sus órganos de gestión, se determinarán reglamentariamente; finalmente la delimitación de las Zonas Básicas de Salud y sus modificaciones corresponde a la Consejería de Salud.

En cuanto a la asistencia sanitaria del SSPA, se prestará de manera integrada a través de programas médico-preventivos, curativos, rehabilitadores, de higiene y educación sanitaria, organizándose bajo criterios de coordinación en los niveles de: a) Atención primaria de salud; y b) Atención especializada.

La atención primaria que constituye el primer nivel de acceso ordinario de la población al SSPA, se caracteriza por prestar atención integral a la salud y ser prestada en cada Zona Básica de Salud por los profesionales que desarrollan su actividad en la misma y que constituyen precisamente los equipos de atención primaria. La atención primaria de salud se prestará a demanda de la población en los correspondientes centros de salud y consultorios, bien sea de carácter programado o bien con carácter urgente y tanto en régimen ambulatorio como domiciliario, de manera que aumente la accesibilidad de la población a los servicios. El Distrito de atención primaria, cuyo ámbito de actuación será determinado por la Consejería de Salud, existirá para la planificación, gestión y apoyo a la prestación

de los servicios de atención primaria de salud de Andalucía; los órganos, la estructura y el funcionamiento de los Distritos de atención primaria se determinarán por el Consejo de Gobierno.

La atención especializada se prestará por los hospitales así como por sus centros de especialidades. El hospital junto a sus correspondientes centros de especialidades, constituye la estructura sanitaria responsable de la atención especializada programada y urgente, tanto en régimen de internado, como ambulatorio y domiciliario de la población de su ámbito territorial, desarrollando además, funciones de promoción de la salud, prevención de la enfermedad, curación, rehabilitación y docencia e investigación, en coordinación con la atención primaria. Por el Consejo de Gobierno se determinarán los órganos, la estructura y el funcionamiento de los hospitales. Asimismo cada Área de Salud dispondrá de, al menos, un dispositivo de atención especializada de titularidad pública, al que pueda acceder la población de la misma para recibir dicha atención.

B) Principios comunes garantizados por el Sistema Sanitario Público

Los principios que rigen la actuación de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud en su conjunto, que esencialmente se gestionan por las Comunidades Autónomas en el marco de la ordenación básica y coordinación del Estado, aparecen garantizados por la Ley 14/1986, General de Sanidad y por la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía y se orientan a hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido por el artículo 43 de la Constitución. Las políticas públicas de salud del Sistema Nacional de Salud, en cuanto Sistema integrado de salud, se orientan a garantizar los siguientes principios:

- a) Universalización de la atención sanitaria (artículos 1 y 3.2 de la Ley 14/1986; artículo 2.1 y 3 de la Ley 2/1998).
- b) Igualdad efectiva en las condiciones de acceso al Sistema Sanitario Público (artículo 3.2 y 16 de la Ley 14/1986; artículo 2.1 de la Ley 2/1998).
- c) Igualdad social y equilibrio territorial en la prestación de los servicios sanitarios (artículo 3.3 y 12 de la Ley 14/1986; artículo 2.2 de la Ley 2/1998).
- d) Concepción integral de la salud, incluyendo la promoción de la salud, la educación sanitaria, la prevención, asistencia y rehabilitación (artículo 3.1 de la Ley 14/1986; artículo 2.3 de la Ley 2/1998).
- e) Integración funcional de todos los recursos sanitarios públicos (artículo 4.1, 40 y 50 de la Ley 14/1986; artículo 2.4 de la Ley 2/1998).
- f) Planificación, eficacia y eficiencia de la organización sanitaria (artículo 70 y siguientes de la Ley 14/1986; artículos 2.5 y 30 a 33 de la Ley 2/1998).
- g) Descentralización, autonomía y responsabilidad en la gestión de los servicios (artículo 69 de la Ley 14/1986; artículos 2.6 y 38 a 42 de la Ley 2/1998).
- h) Participación de los ciudadanos y de los trabajadores del sistema sanitario (artículo 53 de la Ley 14/1986; artículos 2.7 y 11 a 14 de la Ley 2/1998).
- i) Promoción del interés individual y social por la salud y por el sistema sanitario

- j) Promoción de la docencia e investigación en ciencias de la salud (artículos 104 a 110 de la Ley 14/1986; artículos 2.10, 18 y 78 de la Ley 2/1998).
- k) Mejora continua en la calidad de los servicios (artículo 46 de la Ley 14/1986; artículos 2.11 y 18 de la Ley 2/1998).
- l) Utilización eficaz y eficiente de los recursos sanitarios (artículo 48 de la Ley 14/1986; artículo 2.12 de la Ley 2/1998).

El carácter universal del Sistema Sanitario Público de Andalucía se contempla también hoy en el artículo 22.1 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, por lo que constituye un principio garantizado a nivel de Estatuto de Autonomía.

3. Las bases y coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos como competencia exclusiva del Estado y límite de los enunciados estatutarios

Del análisis del artículo 149.1.16^a de la Constitución en cuanto parámetro de la distribución de competencias en materia de sanidad, derivan diversos títulos competenciales a favor del Estado como son: a) la normativa básica en materia de sanidad; b) la coordinación general de la sanidad interior; y c) la legislación sobre productos farmacéuticos.

Conviene resaltar en primer lugar, como ha puesto de manifiesto la STC 31/2010, de 28 de junio (FJ 102) (asunto: Estatuto de Autonomía de Cataluña), que cuando una competencia se identifica como compartida hay que entender necesariamente que al Estado le corresponden las competencias que en cada caso ostente por razón de la materia regulada estatutariamente, por lo que en modo alguno es necesario que el Estatuto de Autonomía lleve a cabo una expresa salvaguarda de las competencias reservadas al Estado, puesto que constituyen límites infranqueables a los enunciados estatutarios. El Tribunal Constitucional opta por un criterio sustancial de interpretación de la conformidad o no a la Constitución de las competencias formales descritas en los Estatutos de Autonomía.

A) La normativa básica en materia de sanidad y su aplicación

Con referencia específica a la competencia estatal para fijar las bases de la sanidad interior, el Tribunal Constitucional viene sosteniendo que por tales bases:

“Han de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad

Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto” (STC 32/1983, FJ 2º y STC 98/2004, FJ 6º).

“Efectivamente la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias..., bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la misma tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos. Y se lo exige cuando en el artículo 149.1.16 C.E. le atribuye las bases en materia de sanidad, para asegurar el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporciona unos derechos comunes a todos los ciudadanos” (STC 98/2004, FJ 7º).

La normativa básica estatal en materia de sanidad, como sucede en otros sectores en los que resulta de aplicación este modelo constitucional de distribución de competencias (legislación básica-legislación de desarrollo), viene a garantizar tanto la diversidad de la normativa autonómica como la existencia misma del Sistema Sanitario Nacional, precisado de una regulación uniforme mínima determinante de un contenido de prestaciones sanitarias comunes inherente al derecho a la protección de la salud que la Constitución garantiza para todos.

La “Alta Inspección” como competencia básica del Estado se establece con carácter general a partir de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (artículo 43), siendo de destacar que esta competencia se le atribuye al Estado en un primer momento a través de los Estatutos de Autonomía (artículo 18.4 del Estatuto Vasco o el artículo 20.4 del Estatuto de Andalucía de 1981, por ejemplo), en su afán de delimitar no sólo competencias propias sino ajenas⁴.

En cuanto a la aplicación normativa de este título competencial del Estado hemos de citar, entre otras, las siguientes disposiciones: Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública; Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud; Ley 41/2003, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica; Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; 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 prestaciones⁵.

⁴ Sobre el título competencial relativo a la “alta inspección” véase M. Rebollo Puig, “La Alta Inspección”, en *La Reforma del Sistema Nacional de Salud (cohesión, calidad y estatutos profesionales)*, Marcial Pons, 2004, pp. 137 a 166.

⁵ El Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, al igual que el de otras Comunidades Autónomas, planteó recurso de inconstitucionalidad frente a los artículos 1.1 y 2; 4.1 y 4; 10.4 y 5 del Real Decreto-Ley 16/2012,

B) La coordinación general de la sanidad y su aplicación

La coordinación general de la sanidad como título competencial atribuido al Estado, no significa que la Constitución ordene que la sanidad nacional y la correspondiente a las demás Administraciones Públicas deban actuar coordinadamente –lo que resulta obligado para estas de conformidad con los principios jurídicos que rigen su actuación y las relaciones interadministrativas–, sino que es una función propia y exclusiva del Estado como garante del Sistema Nacional de Salud, para que este funcione de forma armónica, coherente y sin disfunciones. Este título competencial atribuido al Estado de forma exclusiva, es distinto de la noción de bases y de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional debe ser entendida como:

“La fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario” (STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2º y STC 42/1983, de 20 de mayo, FJ 3º)⁶.

C) La legislación sobre productos farmacéuticos y su aplicación

Como ha declarado el Tribunal Constitucional, la competencia estatal en materia de *“legislación sobre productos farmacéuticos”* se yuxtapone con la competencia en materia de *“ordenación farmacéutica”* o *“establecimientos farmacéuticos”* en relación con actividades tales como la dispensación de medicamentos.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (artículo 103.2), configura las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios, siendo así que ya el Tribunal Constitucional (STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 3º) se había pronunciado acerca del título competencial en que debe encuadrarse el régimen jurídico de dichos establecimientos sanitarios, al afirmar 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

habiendo sido admitido por providencia del TC de 13 de septiembre de 2013.

⁶ En particular, acerca de la coordinación en materia sanitaria puede verse M. Vázquez Caballería, *“La Coordinación y el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud”*, L. Parejo, A. Palomar y M. Vázquez (coords.), *La Reforma del Sistema Nacional de Salud (cohesión, calidad y estatutos profesionales)*, Marcial Pons, 2004, pp. 111 a 136.

artículo 149.1.16 CE, de titularidad estatal en cuanto trata de establecer características comunes en los centros, servicios y actividades de dichos centros.... Nadie niega que por encima de esos mínimos cada Comunidad con competencias sanitarias, podrá establecer medidas de desarrollo legislativo...”.

En el mismo sentido se expresa la STC 109/2003, de 5 de junio (FJ 3º) al afirmar que *“ninguna dificultad existe en encuadrar en la materia sanitaria las regulaciones autonómicas de Extremadura y Castilla-La Mancha que aquí se controvierten”* (leyes de ordenación farmacéutica); este criterio se reitera en la STC 161/2011, de 19 de octubre (FJ 3º) y en la STC 137/2013 (FJ 3º, 5º y 6º).

En definitiva la protección de la salud, encomendada al Estado en su dimensión básica (STC 152/2003, de 17 de julio, FJ 7º) 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... lo que encuentra justificación en la potencial peligrosidad de estos productos”*. La citada STC 152/2003, interpreta el título competencial del Estado relativo a la *“legislación sobre productos farmacéuticos”*, como ordenación de principios relativos a garantizar la seguridad de las prescripciones médicas y con ello la salud de los pacientes o sistema de garantías de la dispensación de medicamentos para la protección de la salud de los ciudadanos. Como es natural, las competencias autonómicas sobre los establecimientos de farmacia, no podrá verse enervada por la indebida expansión de la competencia estatal sobre productos farmacéuticos.

II. LA SANIDAD EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA

1. Competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía sobre Salud, Sanidad y Farmacia (artículo 55)⁷

El artículo 55 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, atribuye competencias a Andalucía en estas materias siguiendo el modelo del artículo 162 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. En relación con el artículo 162 del Estatuto para Cataluña, la STC 31/2010 (FJ 102) desestima justificadamente su impugnación, si bien a partir de una constatación jurídica de extraordinaria relevancia como es la siguiente. *“en modo*

⁷ Existen ya importantes estudios sobre la materia siendo de destacar los realizados por M. Carrasco Durán, *“Artículo 55. Salud, sanidad y farmacia”*, P. Cruz Villalón y M. Medina Guerrero (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Parlamento de Andalucía, 2012, pp. 886 a 911; J. F. Pérez Gálvez, *“Competencias sobre Salud, Sanidad y Farmacia (Comentario al artículo 55)”*, S. Muñoz Machado y M. Rebollo Puig, *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson, Civitas, 2008, pp. 517 a 545; y M. Ortiz Sánchez, *“Artículo 55”*, M. Ortiz Sánchez e I. Carrasco López (coords.), en *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2008, pp. 299 a 317.

alguno es necesario que el Estatuto de Autonomía lleve a cabo una expresa salvaguarda de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado por el artículo 149.1 CE, puesto que constituyen límites infranqueables a los enunciados estatutarios”.

El artículo 55 del Estatuto para Andalucía que se sitúa dentro del Título II (Competencias de la Comunidad Autónoma), combina lo que son títulos formales de competencia (competencia exclusiva; competencia compartida; competencias de ejecución y competencias de participación) con un desagregado de materias que en su conjunto el Estatuto –de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional existente en la fecha de su elaboración– integra en los conceptos de Salud, Sanidad y Farmacia. En relación con los títulos formales de competencia que se utilizan en dicho precepto, hemos de estar al contenido del artículo 42 (Clasificación de las competencias), que determina la naturaleza y alcance de las competencias formales asumidas por la Comunidad Autónoma mediante el Estatuto. De este modo de la integración de las competencias materiales del artículo 55 con el contenido y significación formal de los títulos competenciales del artículo 42, ambos del Estatuto de Autonomía para Andalucía, resulta lo siguiente:

1º. *Competencias exclusivas*, que comprenden la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, íntegramente y sin perjuicio de las competencias atribuidas al Estado en la Constitución. En el ámbito de sus competencias exclusivas, el Derecho andaluz es de aplicación preferente en su territorio sobre cualquier otro, teniendo en estos casos el Derecho estatal carácter supletorio.

El artículo 55 atribuye competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma en materia de “*Organización, funcionamiento interno, evaluación, inspección y control de centros, servicios y establecimientos sanitarios*”.

2º. *Competencias compartidas*, que comprenden la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución. En el ejercicio de estas competencias, la Comunidad Autónoma puede establecer políticas propias.

Este título competencial es el de mayor incidencia en el ámbito de las materias que enumera el artículo 55 del Estatuto, por ser compatible el alcance y significado de la “competencia compartida” con el respeto a las “bases y coordinación general de la sanidad” del artículo 149.1.16ª CE. Sin embargo hay que decir que el artículo 55.1 resulta equívoco en la medida en que alude –a diferencia del apartado 2º de dicho precepto– a competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma, siendo así que dicho título competencial no es aplicable a las materias de “ordenación farmacéutica” ni a la de “investigación con fines terapéuticos”. En este sentido resulta de mejor factura y sistemática el artículo 162 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que en su apartado 1º atribuye competencia exclusiva a la Generalitat –tan sólo– sobre la “organización y el funcionamiento interno, la evaluación, la inspección y el control de centros, servicios y establecimientos sanitarios”, configuran-

do en los apartados 2º y 3º del artículo 162 las distintas materias sobre las que asume competencia compartida.

Por consiguiente la Comunidad Autónoma de Andalucía ostenta competencia compartida en las siguientes materias enumeradas en el artículo 55.1 y 2: ordenación farmacéutica; investigación con fines terapéuticos; servicios y prestaciones sanitarias, sociosanitarias y de salud mental; salud pública; régimen estatutario del personal del Sistema Sanitario Público de Andalucía; formación sanitaria especializada e investigación científica en materia sanitaria.

3º. *Competencias ejecutivas*, que comprenden la función ejecutiva que incluye la potestad de organización de su propia administración y, en general, aquellas funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la Administración Pública y, cuando proceda, la aprobación de disposiciones reglamentarias para la ejecución de la normativa del Estado.

Tal es la naturaleza formal de la competencia que el artículo 55.3 del Estatuto de Autonomía para Andalucía le atribuye a la Comunidad Autónoma, en los términos de la “*ejecución de la legislación estatal en materia de productos farmacéuticos*”. Ya el Tribunal Constitucional en relación con los artículos 162.5 (competencia ejecutiva de la legislación estatal en materia de productos farmacéuticos) y 112 (competencias de ejecución) del Estatuto de Autonomía de Cataluña (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 102 y 61, respectivamente), concluyó claramente acerca del alcance y significación obligada de esta competencia formal, dado que el concepto “legislación estatal” es de carácter material, comprensivo tanto de disposiciones legislativas como reglamentarias estatales en todo caso (recogiendo en este punto lo argumentado ya entre otras sentencias en la STC 196/1997, de 13 de noviembre, FJ 7). Por ello el Tribunal Constitucional concluye afirmando lo siguiente:

“Cuestión distinta es si la competencia ejecutiva de la Generalitat puede ejercerse a partir de la normativa (legal y reglamentaria) del Estado, no sólo como función ejecutiva stricto sensu, sino también como potestad reglamentaria de alcance general. La respuesta es de acuerdo con nuestra doctrina claramente negativa, aun cuando es pacífico que en el ámbito ejecutivo puede tener cabida una competencia normativa de carácter funcional de la que resulten reglamentos internos de organización de los servicios necesarios para la ejecución y de regulación de la propia competencia funcional de ejecución y del conjunto de actuaciones precisas para la puesta en práctica de la normativa estatal (STC 51/2006, de 16 de febrero, FJ 4). Sólo entendida en esa concreta dimensión, la potestad reglamentaria a que se refiere el artículo 112 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, limitada a la emanación de reglamentos de organización interna y de ordenación funcional de la competencia ejecutiva autonómica, no perjudica a la constitucionalidad del artículo 112 EAC” (FJ 61).

A) *Competencia exclusiva sobre organización, funcionamiento interno, evaluación, inspección y control de centros, servicios y establecimientos sanitarios*

Los términos de esta competencia exclusiva que el artículo 55.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma es del todo coincidente –según ya se ha dicho– con el contenido del artículo 162.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, por ello resulta obligado referirnos a la interpretación que de dicho apartado y precepto llevó a cabo el Tribunal Constitucional en STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 102. La constitucionalidad de la citada competencia exclusiva relativa a “*organización y funcionamiento interno*”, se limita tan sólo al reconocimiento del ámbito propio de la potestad de autoorganización interna de los servicios sanitarios por parte de la Comunidad Autónoma. Dicha competencia afecta por tanto a los centros, servicios y establecimientos sanitarios públicos integrados en el Servicio Andaluz de Salud o dependientes de la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía, todo ello en los términos del artículo 45., letras a) y b) de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

Por lo que se refiere a la “*evaluación, inspección y control*” de centros, servicios y establecimientos sanitarios, en modo alguno la pretendida competencia exclusiva que establece el artículo 55.1 del Estatuto, puede desplazar la aplicación de normas básicas o de coordinación del Estado relativas a estas materias, que representan garantías mínimas y comunes de seguridad y de calidad de la atención sanitaria que se presta en todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios públicos y privados de cualquier clase y naturaleza, como las previstas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (artículo 29 y 40), así como en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (artículo 26).

En definitiva, más allá del afán de autoafirmación de la competencia exclusiva (con las facultades reconocidas por el artículo 42.2,1º del propio Estatuto) y sin perjuicio de reconocer su indudable equivocidad al referirse a centros, servicios y establecimientos sanitarios en general, resulta forzoso recordar aquí una vez más la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a que las competencias estatutarias se han de interpretar a partir de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado por el artículo 149.1 de la Constitución “*puesto que constituyen límites infranqueables a los enunciados estatutarios*” (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 102).

B) *Competencia compartida sobre: a) Ordenación farmacéutica; b) Investigación con fines terapéuticos; c) Servicios y prestaciones sanitarias, sociosanitarias y de salud mental de carácter público; d) Salud pública; e) Régimen estatutario y formación del personal del Sistema Sanitario Público de Andalucía; f) Formación sanitaria especializada y la investigación científica en materia sanitaria*

a) *Ordenación farmacéutica.*

En el propio apartado 1 del artículo 55 del Estatuto de Autonomía para Andalucía se afirma que corresponde a la Comunidad Autónoma..., “en el marco del artículo 149.1.16ª de la Constitución la ordenación farmacéutica”. Resulta paradójico que el artículo 55 pretenda estructurar las distintas competencias formales de la Comunidad Autónoma en relación con la sanidad (competencias exclusivas, compartidas y de ejecución, en los respectivos apartados 1, 2 y 3) y acoja precisamente en el apartado 1 dedicado a la competencia exclusiva una expresión como la relativa a la ordenación farmacéutica. Resulta obvio que la atribución de competencias a la Comunidad Autónoma en el marco de la competencia estatal constitucionalmente reconocida en relación con las “bases y coordinación general de la sanidad” no consagra una competencia exclusiva en los términos del artículo 42.2.1º del propio Estatuto sino una competencia compartida, salvo que los conceptos no sirvan ya para delimitar el régimen jurídico de las instituciones. Por el contrario y con mejor criterio el Estatuto de Autonomía de Cataluña atribuye esta competencia a la Generalitat en el artículo 162.2, estableciendo diferencias más evidentes respecto de la competencia exclusiva que contempla el apartado 1 del citado precepto.

La ordenación farmacéutica presenta dos dimensiones que conviene tener presentes como son: la configuración de las oficinas de farmacias como *establecimientos sanitarios* y la consideración de las *prestaciones farmacéuticas* como prestaciones sanitarias proporcionadas por el Sistema Nacional de Salud y por el Sistema Sanitario Público de Andalucía. Sobre estos dos planos converge la legislación básica estatal y la legislación propia de Andalucía.

En cuanto a la ordenación de las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios, se ha de partir del artículo 103.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, cuando afirma que “las oficinas de farmacia abiertas al público se consideran establecimientos sanitarios” a los efectos previstos en esta Ley. Por su parte el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que “la configuración de las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios, lleva al encuadramiento competencial de las normas que regulan su régimen jurídico en la materia regida por el artículo 149.1.16 de la Constitución” (STC 137/2013, de 6 de junio, FJ 3; STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 3). Con ello viene a confirmar además lo establecido en sentencias anteriores, en las que había afirmado 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 149.1.16 de la Constitución, de titularidad estatal en cuanto trata de establecer características comunes en los centros, servicios y actividades de dichos centros” (STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2 y STC 80/1984, de 20 de julio, FJ 1).

Por lo que se refiere a la prestación farmacéutica en su dimensión de prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud y por tanto del Sistema Sanitario Público de Andalucía, tiene por objeto la regulación de los aspectos fundamentales del acceso de los ciudadanos a los medicamentos en términos de igualdad y en las condiciones básicas y comunes establecidas en el Catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud. La prestación farmacéutica comprende los medicamentos y productos sanitarios y el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el período de tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y la comunidad (artículos 7 y 16 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud).

En definitiva existe un conjunto importante de criterios básicos de ordenación del sector farmacéutico así como de criterios básicos de las prestaciones farmacéuticas garantizadas por el Sistema Nacional de Salud y el Sistema Sanitario Público de Andalucía, protagonizado entre otras disposiciones estatales por la citada Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (artículos 103 y 18), la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (artículos 7, 16, 30 a 33 y 59), Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios (artículo 2, en cuanto a garantías de abastecimiento y dispensación que han de procurar las oficinas de farmacia; artículo 3 relativo a garantías de independencia de los profesionales del sector, mediante el establecimiento de incompatibilidades y prohibiciones, etc.).

A nivel de derecho propio de Andalucía, se han destacar aquí la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, que encomienda a la Administración de la Junta de Andalucía las competencias en materia de “sanidad interior, higiene y salud pública, asistencia y prestaciones sanitarias y ordenación farmacéutica” (artículo 35). Asimismo la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, regula los servicios y establecimientos farmacéuticos, así como los derechos y obligaciones que se derivan de la atención farmacéutica –la prestación que ha de darse a la ciudadanía en los establecimientos y servicios farmacéuticos– en el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Andalucía; se establece en esta Ley la planificación de la atención farmacéutica (regulando criterios de distribución, autorización, funcionamiento, traslado y transmisión de oficinas de farmacia), introduce la figura del concurso público para la autorización de nuevas oficinas de farmacia así como la receta electrónica al objeto de facilitar el acceso más ágil y seguro a la prescripción y dispensación de medicamentos.

b) *Investigación con fines terapéuticos.*

El apartado 1 del artículo 55 del Estatuto finaliza afirmando que *“igualmente le corresponde (a la Comunidad Autónoma) la investigación con fines terapéuticos, sin perjuicio de la coordinación general del Estado sobre esta materia”*. Dado que el propio artículo 55.2 del Estatuto le atribuye también a la Comunidad Autónoma –como competencia compartida– *“la investigación científica en materia sanitaria”* y puesto que el artículo 149.1.15 de la Constitución reserva al Estado el *“fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica”*, cabe preguntarse qué objeto tiene este título competencial específico –pretendidamente exclusivo– del artículo 55.1, ya que por otra parte toda la investigación científica en materia sanitaria se orienta en último extremo a mejorar la salud y la calidad de vida de las personas; es decir posee una finalidad terapéutica: proporcionar conocimiento que pueda ser aplicado en el desarrollo de tratamientos de enfermedades.

Creemos que el Estatuto de Autonomía de 2007 exterioriza la voluntad decidida de constatar una realidad de enorme significación en Andalucía como viene siendo la investigación de vanguardia que se ha desarrollado desde principios de siglo en el ámbito del Sistema Sanitario Público de Andalucía y que ha exigido la aprobación de un importante grupo normativo autonómico de garantías jurídicas en el ejercicio de estas actividades de investigación, protagonizado por: la Ley 7/2003, de 20 de octubre, sobre Investigación en Andalucía con Preembriones Humanos no Viables para la Fecundación in Vitro (el Decreto 156/2005, de 28 de junio, por el que se regula el Diagnóstico Genético Preimplantatorio en el Sistema Sanitario Público de Andalucía y se crea la Comisión Andaluza de Genética y Reproducción); la Ley 1/2007, de 16 de marzo, por la que se regula la Investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica (el Decreto 74/2008, de 4 de marzo, que regula el Comité de Investigación de Reprogramación Celular, así como los proyectos y centros de investigación en el uso de reprogramación celular con fines terapéuticos); y la 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 (el 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 biomédica, se crean el Registro de Biobancos de Andalucía y el Biobanco del Sistema Sanitario Público de Andalucía). Esta importante normativa de creación propia de Andalucía evidencia el especial interés de la Comunidad Autónoma sobre estas materias, así como el muy destacable nivel de la investigación desarrollada en esta última década dentro del Sistema Sanitario Público de Andalucía. Por todo ello es natural que en el Estatuto de Autonomía se destaque singularmente la competencia de la Comunidad Autónoma sobre *“la investigación con fines terapéuticos”*, por ser una realidad consolidada en Andalucía.

Acerca de la consideración o no de esta competencia atribuida a la Comunidad Autónoma como *“competencia exclusiva”*, dada su ubicación en el artículo 55.1 del Estatuto, hemos de tener presente que tanto la vigente Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, como las anteriores disposiciones estatales derogadas por esta, es decir la Ley

14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, fueron dictadas por el Estado –según se determina en sus respectivas disposiciones finales– al amparo esencialmente del artículo 149.1.16 y 149.1.15 de la Constitución.

c) *Servicios y prestaciones sanitarias, sociosanitarias y de salud mental de carácter público.*

El artículo 55.2 del Estatuto establece que:

“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 (servicios sociales), 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”.

Nos hallamos ante el título competencial de la Comunidad Autónoma de carácter general en materia de sanidad. Se trata de una competencia compartida en la medida en que tiene como límite la competencia constitucional reservada al Estado por el artículo 149.1.16, relativa a *“bases y coordinación general de la sanidad”*. La competencia autonómica comprende formalmente tanto el plano de la regulación como de la gestión o ejecución referidos a los servicios y prestaciones sanitarias. Esta expresión *“servicios y prestaciones sanitarias”* es determinante de la ordenación sanitaria en su conjunto ya que incide tanto en el modelo territorial y funcional del Sistema Sanitario Público de Andalucía como sobre las prestaciones sanitarias que el propio Sistema garantiza a toda la población, todo ello naturalmente en el marco del Sistema Nacional de Salud en orden a dar plena efectividad al *“derecho a la protección de la salud”* reconocido por el artículo 43 de la Constitución, que constituye la razón última y fundamento de la concepción integral del Sistema sanitario español⁸.

La determinación de las prestaciones sanitarias garantizadas en el Sistema Nacional de Salud y la estructura de todo el Sistema Sanitario Público, constituye el núcleo vertebral de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y asimismo –junto a las atribuciones en materia sanitaria de la Administración de la Junta de Andalucía– de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía. Pero lo que interesa destacar aquí de la Ley de Ordenación General de la Sanidad en Andalucía, es que todo su contenido se articula de forma integrada con el texto básico que representa la Ley 14/1986. En particular destacaremos

⁸ Véase J. Vida Fernández, “Las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: Catálogo de prestaciones y cartera de servicios”, en *La Reforma del Sistema Nacional de Salud (cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, 2004, pp. 37 y ss.

dos determinaciones esenciales de la Ley 2/1998, como son las contempladas en los artículos 4.1 y 44, relativas a las prestaciones sanitarias ofertadas por el Sistema Sanitario Público de Andalucía y a la ordenación territorial y funcional del Sistema Sanitario Público de Andalucía:

“Las prestaciones sanitarias ofertadas por el Sistema Sanitario Público de Andalucía serán, como mínimo, las establecidas en cada momento para el Sistema Nacional de Salud” (artículo 4.1 Ley 2/1998).

“El Sistema Sanitario Público de Andalucía, en el marco de las actuaciones del Sistema Nacional de Salud tendrá como características fundamentales. a) La extensión de sus servicios a toda población, en los términos previstos en la presente Ley; b) El aseguramiento único y público y la financiación pública del Sistema; c) El uso preferente de los recursos sanitarios públicos en la provisión de los servicios; d) La prestación de una atención integral de la salud procurando altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados” (artículo 44.2 de la Ley 2/1998).

En cuanto a las prestaciones o actuaciones sociosanitarias y de salud mental, de la Administración Sanitaria Pública de la Comunidad Autónoma, el artículo 18 de la Ley 2/1998, presta especial atención a la asistencia sanitaria en estos ámbitos, como por otra parte contempla también el artículo 18 de la Ley 14/1986.

Respecto a la planificación sanitaria que asimismo contempla el artículo 55.2 del Estatuto, hemos de decir que la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, regulaba ya en su artículo 30 el Plan Andaluz de Salud como marco de referencia e instrumento indicativo para todas las actuaciones en materia de salud en el ámbito de Andalucía, que contaba ya desde 1992 con el I Plan Andaluz de Salud y actualmente en octubre de 2013 el Consejo de Gobierno ha aprobado el IV Plan Andaluz de Salud (2013-2020).

Con referencia a la salud mental, actualmente está vigente en Andalucía el Decreto 77/2008, que regula la ordenación de la atención a la salud mental y contempla la creación de unidades de gestión clínica de salud mental en todas las áreas hospitalarias o áreas de gestión sanitaria del Servicio Andaluz de Salud.

d) Salud pública.

El artículo 55.2 del Estatuto de Autonomía establece en particular en este punto, que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia compartida sobre:

“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”.

La competencia autonómica en materia de salud pública conecta directamente con el mandato constitucional (artículo 43.2) dirigido a todos los poderes públicos en orden a *“organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”*. El cumplimiento de este mandato es aplicado en un primer momento a través de la legislación general (estatal y autonómica) sobre sanidad y salud, para ser objeto más adelante de una regulación especializada sobre salud pública (Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública –de carácter básico– y por lo que se refiere a Andalucía, la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía).

En efecto, la legislación sanitaria de carácter general, tanto estatal (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad –Título I–) como autonómica (Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía –Título IV–) regulan aspectos de intervención pública en materia de salud colectiva, dentro de las actuaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud y de los respectivos Sistemas de Salud de las Comunidades Autónomas. Asimismo la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, dictada por el Estado al amparo del artículo 149.1.16 de la Constitución, dedicada muy principalmente a garantizar el catálogo y calidad de las prestaciones sanitarias, define en su artículo 11 las prestaciones de salud pública como el conjunto de iniciativas organizadas por las Administraciones Públicas para preservar, proteger y promover la salud de la población, delimita el conjunto de actuaciones en que se materializan las prestaciones de salud pública y establece el principio de integralidad que viene a significar que las prestaciones de salud pública *“se ejercerán..., a partir de las estructuras de salud pública de las Administraciones y de la infraestructura de atención primaria del Sistema Nacional de Salud”* (artículo 11.3).

Por lo que se refiere a la legislación especializada en materia de salud pública, se aprueban en fecha coetánea la Ley 33/2011, de 4 de diciembre, General de Salud Pública, y la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía. Estas leyes se fundamentan en una identidad de principios, entre los que cabe destacar aquí: el ya citado *“principio de integralidad”*, creado por la legislación básica estatal (Ley 16/2003) y objeto de consolidación y desarrollo en estas leyes; el *“principio de salud en todas las políticas”* (artículo 3, letra b de la Ley 33/2011, y artículo 4, letra e de la Ley 16/2011), que en términos de la ley estatal de carácter básico significa que:

“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 aquéllas que supongan riesgos para la salud. Asimismo las políticas públicas que incidan sobre la salud valorarán esta circunstancia conciliando sus objetivos con la protección y mejora de la salud”.

e) *Régimen estatutario y formación del personal del Sistema Sanitario Público de Andalucía.*

La Ley General de Sanidad (artículo 84), expresó la necesidad de un estatuto marco para regular la normativa básica aplicable al personal estatutario en todos los servicios de salud, diferenciándolo del régimen común de los funcionarios públicos –como ya lo había hecho la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, al optar por una legislación especial para ellos–. En este escenario competencial, hay que decir que la aprobación por el Estado de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, se inscribe en el título competencial del artículo 149.1.18 de la Constitución, es decir la reserva competencial al Estado para la aprobación de las “bases del régimen estatutario de sus funcionarios”. Por consiguiente la regulación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud en su conjunto, no es una competencia que se corresponda directamente con la distribución constitucional de competencias en materia de sanidad del artículo 149.1.16 de la Constitución. Por el contrario el título competencial del Estado para regular el régimen del personal estatutario que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado, trae causa del artículo 149.1.18 de la Constitución y ha sido desarrollado en la citada Ley 55/2003, de 16 de diciembre.

f) *Formación sanitaria especializada y la investigación científica en materia sanitaria.*

Precisamente la Ley 55/2003, de 16 de noviembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, presta especial atención a la formación de los profesionales del Sistema Sanitario Público, como ya hacían la Ley General de Sanidad de 1986 (artículos 104 a 108), y la Ley de Salud de Andalucía (artículos 78 y 79). En este contexto se ha destacar que en Andalucía desde el año 2009 resultan de aplicación las determinaciones del Plan Estratégico de Formación Integral del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

En cuanto a la investigación científica en materia sanitaria –sin perjuicio de la competencia más general de la Comunidad Autónoma en investigación científica y técnica, que le atribuye el artículo 54 del Estatuto– y junto a lo ya dicho en relación con el apartado 1 del artículo 55 (“investigación con fines terapéuticos”), se ha de manifestar aquí que tanto la docencia como la investigación sanitaria aparecen plenamente integradas en la estructura asistencial del Sistema Nacional de Salud y por ello en el Sistema Sanitario Público de Andalucía. En concreto el artículo 79 de la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía, encomienda a la Consejería competente en materia de salud, el desarrollo –entre otras– de las siguientes funciones: a) participar en la definición de las políticas de investigación y en el establecimiento de las prioridades con respecto a la investigación en materia de salud; b) intervenir en la elaboración de los programas de investigación y de asignación de recursos públicos

en materia de investigación de salud; c) fomentar la investigación en relación a los problemas y necesidades de salud de la población de Andalucía; y d) llevar a cabo o coordinar, si procede, programas de investigación y estudios en ciencias de la salud.

C) *Competencia de ejecución de la legislación estatal en materia de productos farmacéuticos*

El artículo 55.3 del Estatuto de Autonomía para Andalucía afirma que *“corresponde a Andalucía la ejecución de la legislación estatal en materia de productos farmacéuticos”*. El apartado 3 del artículo 55 es del todo coincidente con el artículo 162.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, respecto del cual el Tribunal Constitucional en STC 31/2010, de 28 de junio (FJ 102 y 61) desestimó la impugnación de inconstitucionalidad, en la medida en que no definiendo el alcance y significado de la concreta competencia ejecutiva que en él se atribuye a la Comunidad Autónoma, se ha de estar a la regulación que los respectivos Estatutos hacen de la competencia ejecutiva: el Estatuto de Cataluña en el artículo 112; y el Estatuto de Autonomía para Andalucía, en el artículo 42.2, apartado 3º.

En cuanto a Andalucía el citado artículo 42.2, 3º afirma que las competencias ejecutivas *“comprenden la función ejecutiva que incluye la potestad de organización de su propia administración y, en general, aquellas funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la Administración Pública y, cuando proceda, la aprobación de disposiciones reglamentarias para la ejecución de la normativa del Estado”*. Ciertamente la expresión *“cuando proceda”* con referencia a la aprobación de disposiciones reglamentarias viene a salvar la posible tacha de inconstitucionalidad del precepto, dado que siendo el concepto de legislación estatal un concepto material comprensivo de normas estatales legales y reglamentarias, constituiría una invasión injustificada por parte del Estatuto reservar a la Comunidad Autónoma la potestad reglamentaria para la ejecución de la normativa del Estado que será preferentemente legislativa.

Puede resultar paradójico que el concepto de *“productos farmacéuticos”* del artículo 149.1.16 de la Constitución, no sea objeto de definición concreta ni de regulación específica en la legislación estatal, salvedad hecha del Título V de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, del que forzosamente hemos de inducir el significado de esta expresión, tan relevante –por otro lado– para la delimitación de la competencia normativa del Estado. De los artículos 95 a 103 de la Ley 14/1986, parece deducirse que el concepto *“productos farmacéuticos”* es comprensivo tanto de los medicamentos como de los productos sanitarios a efectos de atribuir al Estado competencias para garantizar la seguridad y calidad de los mismos. Llama la atención sin embargo que la expresión esté ausente en disposiciones tales como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (hoy derogada), la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, etc., en las que los conceptos que se manejan y que son objeto de regulación son precisamente los medicamentos y los productos sanita-

rios frente al concepto en desuso de “*productos farmacéuticos*”. En definitiva el concepto utilizado por el artículo 149.1.16 de la Constitución es equivalente al de medicamentos y productos sanitarios, como por otra parte puede confirmarlo la propia denominación de la actual Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, cuyo Estatuto fue aprobado por Real Decreto 1275/2011, de 16 de septiembre.

La materia relativa a la legislación sobre productos farmacéuticos, como competencia exclusiva del Estado, a diferencia de las competencias sobre oficinas de farmacia y sobre prestaciones farmacéuticas del Sistema Nacional de Salud y del Sistema Sanitario Público de Andalucía, se refiere al conjunto de normas que tiene 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, FJ 5).

Gran parte de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios (disposición final primera), tiene la condición de legislación sobre productos farmacéuticos al amparo del artículo 149.1.16 de la Constitución, protagonizando un volumen importante de garantías de seguridad y calidad de los medicamentos y productos sanitarios.

D) Competencia de participación en la planificación y la coordinación estatal en materia de sanidad y salud pública

El artículo 55.4 del Estatuto establece que la Comunidad Autónoma participa en la planificación y la coordinación estatal en materia de sanidad y salud pública con arreglo a lo previsto en el Título IX. Se trata preferentemente de los artículos 218 a 225 relativos a la regulación de las relaciones institucionales con el Estado, de cuya lectura podemos concluir que corresponde al legislador estatal determinar el concreto alcance y el modo de articular la competencia de participación que el propio Estatuto consagra en favor de la Comunidad Autónoma. Sin perjuicio de ello resulta relevante la regulación que el artículo 220 hace de la Comisión Bilateral de Cooperación Junta de Andalucía-Estado, como marco general y permanente de relación entre los Gobiernos de la Junta de Andalucía y del Estado, a los siguientes efectos: a) participación, información, colaboración y coordinación en el ejercicio de sus respectivas competencias en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo; y b) establecimiento de mecanismos de información y colaboración acerca de las respectivas políticas públicas y los asuntos de interés común. Son funciones de la Comisión, deliberar, hacer propuestas y, si procede, adoptar acuerdos en los casos establecidos en el Estatuto de Autonomía y en el apartado 2 de su artículo 220.

Por lo que se refiere a la sanidad es de destacar que la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, al regular la estructura del Sistema Nacional de Salud (Título III) en el que se integran todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud (Servicios

de Salud de la Administración del Estado y los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas), dedica los artículos 70 a 77 a la Coordinación general sanitaria que se ejercerá por el Estado y entre cuyas previsiones contempla tanto el establecimiento de criterios generales de coordinación como la elaboración de planes de salud conjuntos del Estado y las Comunidades Autónomas. La coordinación general sanitaria incluirá. a) el establecimiento con carácter general de índices o criterios mínimos básicos y comunes para evaluar las necesidades de personal, centros o servicios sanitarios, el inventario definitivo de recursos institucionales y de personal sanitario y los mapas sanitarios nacionales; b) la determinación de fines u objetivos mínimos comunes en materia de prevención, protección, promoción y asistencia sanitaria; c) el marco de actuaciones y prioridades para alcanzar un sistema sanitario coherente, armónico y solidario; y d) el establecimiento con carácter general de criterios mínimos básicos y comunes de evaluación de la eficacia y rendimiento de los programas, centros o servicios sanitarios. El Gobierno elaborará los criterios generales de coordinación sanitaria de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas. Asimismo esta Ley contempla como instrumento de coordinación el pretendido Plan Integrado de Salud, de evidente complejidad al tratar de recoger en un documento único los planes estatales, autonómicos y los planes conjuntos. Con mayor dosis de realismo, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, habla de Planes Integrales, de carácter sectorial (por patologías), a elaborar por los órganos competentes del Estado y de las Comunidades Autónomas a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y en orden a garantizar una atención sanitaria integral (prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación).

Por lo que se refiere a la Salud Pública, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, no incide tanto en la planificación y coordinación institucional de la promoción y protección de la salud pública, sino que trata más bien de integrar las actividades de salud pública en los servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud (artículos 22 a 24) diseñando una estrategia de salud pública que se tenga en cuenta y se considere en todas las políticas públicas, facilitando con ello la acción intersectorial.

2. La asignación de competencias sanitarias en la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, y en la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía

A) Competencias sanitarias atribuidas al Consejo de Gobierno y a la Administración de la Junta de Andalucía

La Ley 2/1998, de 15 de junio, General de Sanidad, establece que la Administración de la Junta de Andalucía ejercerá las competencias que tiene atribuidas en materia de sanidad interior, higiene y salud pública, asistencia y prestaciones sanitarias y ordenación farmacéutica, de acuerdo con lo previsto en el Estatuto de Autonomía para Andalucía (artículo 35). En el marco de la acción política fijada por el Consejo de Gobierno, la Consejería –hoy– de Igualdad, Salud

y Políticas Sociales (Decreto 140/2013, de 1 de octubre) ejercerá las funciones de ejecución de las directrices y los criterios generales de la política de salud, planificación y asistencia sanitaria, asignación de recursos a los diferentes programas y demarcaciones territoriales, alta dirección, inspección y evaluación de las actividades, centros y servicios sanitarios y aquellas otras competencias que le estén atribuidas por la legislación vigente (artículo 36).

a) *Competencias del Consejo de Gobierno:*

- En materia de política de *protección de la salud y de asistencia sanitaria*: la fijación de los criterios, directrices y prioridades.
- En materia de *órganos colegiados de participación*: la aprobación de la organización, composición y funciones del Consejo Andaluz de Salud; la determinación y regulación de los Consejos de Salud de Área y otros órganos de participación ciudadana que puedan establecerse a otros niveles de la organización territorial y funcional del SSPA.
- En materia de *planificación*: la aprobación del Plan Andaluz de Salud.
- En materia de *ordenación sanitaria*: la creación de las Áreas de Salud, así como la aprobación y modificación de sus límites territoriales; la determinación de los órganos, estructura y funcionamiento de los distritos de atención primaria y de los hospitales.
- En materia de *organización del sector público sanitario*: la aprobación de la estructura del Servicio Andaluz de Salud (SAS); el acuerdo de nombramiento y cese del director gerente del Servicio Andaluz de Salud; la autorización a la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales para la formación de consorcios, de naturaleza pública u otras fórmulas de gestión, integradas o compartidas con entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, con intereses comunes o concurrentes; el acuerdo de constitución de las entidades de derecho público dependientes de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y la aprobación de sus estatutos.
- La *potestad sancionadora* en los términos establecidos por la Ley y las demás competencias que le atribuya la normativa vigente (artículo 61)

b) *Competencias de la Administración de la Junta de Andalucía:*

En el marco de las competencias de la Junta de Andalucía, le corresponden a la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, las siguientes competencias, entre otras:

- En materia de *ejecución de políticas sanitarias*: la ejecución de los criterios, directrices y prioridades de la política de protección de la salud y de asistencia sanitaria, fijados por el Consejo de Gobierno; garantizar la ejecución de actuaciones y programas en materia de promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria y rehabilitación; el desarrollo y el control de la política de ordenación farmacéutica en Andalucía; la coordinación y ejecución de la política de convenios y conciertos con entidades públicas y privadas para la prestación de servicios sanitarios, así como la gestión de aquéllos que reglamentariamente se determinen.

- En materia de *planificación*: la planificación general sanitaria y la organización territorial de los recursos, teniendo en cuenta las características socio-económicas y sanitarias de las poblaciones de Andalucía; La elaboración del Plan Andaluz de Salud proponiendo su aprobación al Consejo de Gobierno.
- En materia de *organización*: la propuesta de delimitación de las demarcaciones territoriales y el establecimiento de las estructuras funcionales de sus competencias.
- En materia de *control*: la adopción de medidas preventivas de protección de la salud cuando exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud; el otorgamiento de las autorizaciones administrativas de carácter sanitario y el mantenimiento de los registros establecidos por las disposiciones legales vigentes de cualquier tipo de instalaciones, establecimientos, actividades, servicios o artículos directa o indirectamente relacionados con el uso y el consumo humano; el establecimiento de normas y criterios de actuación en cuanto a la acreditación de centros y servicios; la autorización de instalación, modificación, traslado y cierre de los centros, servicios y establecimientos sanitarios y socio-sanitarios, si procede, y el cuidado de su registro, catalogación y acreditación, en su caso; la supervisión, control, inspección y evaluación de los servicios, centros y establecimientos sanitarios.
- En materia de *prestaciones*: la coordinación general de las prestaciones incluida la prestación farmacéutica, así como la supervisión, inspección y evaluación de las mismas.
- En materia *presupuestaria y financiera*: la aprobación de los precios por la prestación de servicios y de tarifas para la concertación de servicios, así como su modificación y revisión, sin perjuicio de la autonomía de gestión de los centros sanitarios; la aprobación del anteproyecto de presupuesto del Servicio Andaluz de Salud; la óptima distribución de los medios económicos afectos a la financiación de los servicios y prestaciones que configuran el Sistema Sanitario Público y de cobertura pública; la coordinación de todo el dispositivo sanitario público y de cobertura pública y la mejor utilización de los recursos disponibles.
- En materia de *ordenación profesional*: el establecimiento de directrices generales y criterios de actuación, así como la coordinación de los aspectos generales de la ordenación profesional, de la docencia e investigación sanitarias en Andalucía, en el marco de sus propias competencias (artículo 62).

Para el ejercicio de sus funciones la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales podrá: desarrollar las referidas funciones directamente o mediante los organismos, entes y entidades que sean competentes o puedan crearse a dicho efecto; establecer acuerdos, convenios o conciertos con entidades públicas o privadas; constituir consorcios de naturaleza pública u otras fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades de naturaleza o titularidad pública o privada sin ánimo de lucro, con intereses comunes o concurrentes, que podrán dotarse de organismos instrumentales; y participar en cualesquiera otras entidades públicas admitidas en derecho, cuando así convenga a la gestión y ejecución de los servicios públicos (artículo 63).

Por lo que se refiere a la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía, el artículo 44 establece que la Consejería competente en materia de salud en el ámbito

de sus competencias asume la *superior dirección y coordinación de las políticas de salud pública* y, en concreto, le corresponden las siguientes competencias:

- El establecimiento de las bases y estructuras fundamentales de salud pública en el contexto del SSPA.
- La planificación y coordinación del marco de políticas y líneas estratégicas de salud pública de la Administración de la Junta de Andalucía y la cooperación con las otras Administraciones Públicas en el ámbito de la salud pública.
- La cooperación intersectorial y multidisciplinaria en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía y la cooperación con las otras Administraciones Públicas en el ámbito de la salud pública.
- La coordinación con las políticas estatales y europeas en materia de salud pública.
- El fomento de la participación ciudadana en salud pública.
- La fijación de objetivos de mejora de la salud y de garantía de derechos de salud pública bajo el principio de sostenibilidad financiera del sistema.
- Proponer, cuando proceda, la ampliación del catálogo de prestaciones básicas sobre salud pública ofrecidas por el Sistema Nacional de Salud.
- La evaluación de impacto en salud.

En cuanto a las Entidades instrumentales adscritas a la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, con competencia en sanidad y salud pública, hemos de decir que a la Viceconsejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales están adscritas funcionalmente las siguientes entidades instrumentales:

- El **Servicio Andaluz de Salud**: al que se le adscriben funcionalmente, sin perjuicio de su dependencia orgánica de la Consejería:
 - La *Empresa Pública de Emergencias Sanitarias*.
 - La *Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol*: a la que están adscritas:
 - La *Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente de Almería*.
 - La *Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir*.
 - La *Agencia Pública Empresarial Sanitaria Bajo Guadalquivir*.
- La **Escuela Andaluza de Salud Pública, S.A.**

De la **Secretaría General de Calidad, Innovación y Salud Pública**, depende la **Dirección General de Calidad, Investigación, Desarrollo e Innovación**, estando adscrita a esta última la *Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias de Andalucía*.

B) Competencias sanitarias atribuidas a los Municipios de la Comunidad Autónoma

Teniendo presente las competencias sanitarias que el artículo 42 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, les asigna a los Municipios, la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, determina en su artículo 38 que los municipios de Andalucía

tendrán las siguientes competencias que serán ejercidas en el marco de los planes y directrices de la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía:

– *En materia de salud pública:*

Los municipios ejercerán las competencias que tienen atribuidas, según las condiciones previstas en la legislación vigente de régimen local. No obstante, los municipios, sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones Públicas, tendrán las siguientes responsabilidades en relación al obligado cumplimiento de las normas y los planes sanitarios: a) control sanitario del medio ambiente, contaminación atmosférica, ruidos, abastecimiento y saneamiento de aguas, residuos sólidos urbanos; b) control sanitario de industrias, actividades y servicios, y transportes; 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 y campamentos turísticos y áreas de actividad física, deportiva y de recreo; d) control sanitario de la distribución y suministro de alimentos, bebidas y demás productos relacionados con el uso o consumo humano, así como los medios de su transporte; e) control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria; f) desarrollo de programas de promoción de la salud, educación sanitaria y protección de grupos sociales con riesgos específicos (artículo 38.1).

Tras la aprobación de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (artículo 9.13), se sistematizan las competencias propias de los Municipios en materia de promoción, defensa y protección de la salud pública, que incluye: a) la elaboración, aprobación, implantación y ejecución del *Plan Local de Salud*, que es 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 (artículo 41 de la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía; este precepto establece los contenidos mínimos 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 disciplina en las actividades públicas y privadas; 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.

– *En materia de participación y gestión sanitaria:*

Los municipios podrán: a) participar en los órganos de dirección y/o participación de los servicios públicos de salud en la forma que reglamentariamente se determine; b) colaborar, en los términos en que se acuerde en cada caso, en la construcción, remodelación y/o equipamiento de centros y servicios sanitarios, así como en su conservación y mantenimiento (en ningún caso la colaboración o no de los municipios podrá significar desequilibrios territoriales o desigualdades en los niveles asistenciales); c) en el caso de disponer de centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad municipal, establecer con la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía, cuando así se acuerde por ambas partes, convenios específicos o consorcios para la gestión de los mismos; d) participar en la gestión de centros, servicios y establecimientos sanitarios de cualquier otra titularidad, en los términos en que se acuerde en cada caso, y en las formas previstas en la legislación vigente; e) participar, en la forma en que se determine reglamentariamente, en la elaboración de los planes de salud de su ámbito (artículo 38.2 de la Ley 2/1998).

En esta línea de cooperación para el desarrollo de la salud pública en el territorio de la Comunidad Autónoma, se inscriben las determinaciones del artículo 42 de la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía: a) en el marco del Plan Andaluz de Salud, la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía establecerá un programa de cooperación y armonización en materia de salud pública con los municipios andaluces, así como iniciativas dinámicas, con el fin de lograr un desarrollo equilibrado, social y territorial; y b) reglamentariamente se creará la Comisión Andaluza de Cooperación en Salud Pública como órgano de colaboración, coordinación y cooperación entre la Administración de la Junta de Andalucía y las corporaciones locales en las materias reguladas en esta Ley.

En relación con la actual reforma de la Ley 7/1985, de Régimen Local, el Proyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, en su disposición transitoria primera, determina que las competencias que actualmente estén desarrollando las entidades locales en materia de atención primaria de la salud corresponden a las Comunidades Autónomas; por ello la competencia de aquéllas sólo podrá realizarse en el futuro como competencia delegada, no como competencia propia atribuida por Ley autonómica, a partir de la reserva formal que representa esta disposición⁹:

*“1. Tras la entrada en vigor de esta Ley, la titularidad de las competencias que se preveían como propias del Municipio, relativas a la **participación en la gestión de la atención primaria de la salud** corresponde a las Comunidades Autónomas... Las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de estas competencias, con independencia de que su ejercicio se hubiese venido realizando por Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, o cualquier otra Entidad Local...*

⁹ Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. SENADO nº 260, de 7 de noviembre de 2013.

4. Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de la posibilidad de las Comunidades Autónomas de delegar dichas competencias en los Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local”.

III. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA

El artículo 22 del Estatuto de Autonomía que hemos de analizar a continuación, contempla y garantiza el derecho a la protección de la salud del artículo 43 de la Constitución, desde la óptica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, de carácter universal. Sin embargo, el contenido de la regulación del artículo 22 del Estatuto parece tener presente tan sólo (a la vista de los apartados 2, 3 y 4) la vertiente de prestaciones sanitarias de carácter individual o de grupos concretos, realidad esta que no se corresponde con el derecho a la protección de la salud en su vertiente de salud pública, que garantiza igualmente hoy el Sistema Sanitario Público de Andalucía para prevenir las enfermedades, proteger y promover la salud a través de las políticas públicas. Ya hemos comprobado como la salud pública aparece integrada en el Sistema Sanitario Público, por traer causa precisamente del derecho a la protección de la salud en su vertiente colectiva.

A pesar de no reflejar el artículo 22 del Estatuto las dos vertientes prestacionales (individual y colectiva) del derecho a la protección de la salud, como derecho social constitucional y estatutariamente reconocido, estimamos que la consideración del derecho a la salud como bien jurídico de la persona frente a conductas lesivas de terceros no debe fundamentarse en el artículo 43 de la Constitución, sino más bien en el derecho fundamental a la “*integridad física*” que garantiza el artículo 15 de la Constitución. Los derechos sociales son derechos relativos a prestaciones que los poderes públicos competentes quedan obligados a satisfacer en los términos que determinen las leyes que los desarrollen. Por el contrario el derecho a la salud, en cuanto expresión del derecho a la “*integridad física*” de las personas, representa y garantiza un límite constitucional infranqueable tanto por los poderes públicos como por otros particulares. Sin embargo muchas veces el derecho a la protección de la salud, generador de procedimientos y deberes legales de los gestores y responsables de la asistencia sanitaria, aparece ineludiblemente imbricado con derechos fundamentales de las personas titulares del mismo.

1. El Estatuto de Autonomía garantiza el derecho constitucional a la protección de la salud, mediante un sistema sanitario público de carácter universal (artículo 22.1)

Todo el modelo sanitario español, obra del legislador estatal (Ley 14/1986, General de Sanidad, y Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud) se justifica

esencialmente en orden a la plena efectividad del derecho constitucional a la protección de la salud, en régimen de universalidad e igualdad en el acceso y prestaciones sanitarias. Con este objetivo fundamental –junto a otros principios que informan el modelo, como es el principio de prevención y promoción de la salud– se diseña el Sistema Nacional de Salud desde una concepción integral del sistema sanitario en su conjunto, comprensivo de los servicios públicos de salud de las Comunidades Autónomas y de los servicios sanitarios de las Corporaciones Locales.

A) *Naturaleza del derecho estatutario garantizado*

El ejercicio de las competencias en materia de sanidad por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como la firma y ratificación por España de algunos Tratados Internacionales (muy principalmente el Convenio de Oviedo de 1997), ha ido desarrollando un importante catálogo de derechos prestacionales que en un primer momento aparecían tan sólo implícitos en el reconocimiento que el artículo 43 de la Constitución hacía del “derecho a la protección de la salud”. Dicho precepto ordena además a los poderes públicos a “organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios” determinando que la “Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”. A la sombra de este derecho social de rango constitucional se han ido concretando por el legislador múltiples manifestaciones de derechos subjetivos de los pacientes y usuarios de los servicios públicos de salud en Derecho español.

A partir del año 1986 (Ley General de Sanidad) en que se afronta decididamente el desarrollo normativo de la Constitución en el ámbito de la sanidad pública, con la creación del Sistema Nacional de Salud y sucesivamente –con la legislación autonómica– los Sistemas de Salud de las Comunidades Autónomas, se dotan de contenido concreto múltiples manifestaciones del derecho constitucional a la protección de la salud.

En el momento de aprobarse la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, existe ya una legislación estatal y autonómica de considerable relieve, ante la cual el artículo 22 del Estatuto adopta la siguiente posición en una materia de especial sensibilidad y trascendencia para los ciudadanos como es el derecho a la protección de la salud: a) Garantiza en primer lugar y en términos generales el derecho a la protección de la salud mediante el Sistema Sanitario Público de Andalucía, reafirmando además su carácter universal (artículo 22.1), lo que permite valorar con carácter abierto la garantía estatutaria de este derecho sin miedo a su congelación normativa; b) Garantiza estatutariamente doce derechos que gozan hoy de desarrollo normativo en el derecho sanitario de Andalucía (artículo 22.2 y 3); c) Finalmente el Estatuto determina que el ejercicio de estos derechos por él garantizados se efectuará en los términos, condiciones y requisitos establecidos conforme a la ley, acorde con la heterogeneidad de los mismos y por no ser función propia de un Estatuto de Autonomía la regulación concreta y pormenorizada del régimen de estos derechos de carácter prestacional.

El Estatuto de Autonomía para Andalucía, dentro de su Título Primero dedicado a los derechos sociales y políticas públicas, garantiza en el artículo 22 el derecho a la protección de la salud previamente reconocido ya por el artículo 43 de la Constitución, En este contexto el Estatuto que obviamente no innova este derecho, viene a garantizar expresamente un amplio catálogo de prestaciones –desarrolladas por el legislador autonómico– que se reconocen a los pacientes y usuarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía en el ámbito propio de las competencias de la Comunidad Autónoma (artículo 55).

El derecho a la protección de la salud del artículo 22 es un derecho social estatutario, de los proclamados en el Título I del Estatuto y determinante de una pluralidad de prestaciones públicas concretas que se enumeran en los apartados 2 y 3 de dicho artículo, de regulación por el legislador y exigible por los particulares simultáneamente en los términos del citado artículo 22 del Estatuto y de las leyes que lo desarrollan.

B) Los elementos constitutivos de este derecho

El Estatuto de Autonomía como norma institucional básica y las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma que lo desarrollan, en el ejercicio de sus competencias en materia de sanidad, configuran suficientemente los elementos constitutivos del derecho a la protección de la salud, en cuanto derecho estatutario de carácter social exigible por los particulares frente al Servicio Sanitario Público de Andalucía; en definitiva un verdadero derecho público subjetivo de carácter social, en cuya regulación cabe distinguir los elementos típicos y propios de un derecho subjetivo:

a) Los sujetos titulares de los derechos y prestaciones del SSPA:

Es cierto que el artículo 12 del Estatuto de Autonomía declara que los titulares de los derechos y deberes contenidos en el Título I, “*son todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía*”. No obstante se ha de tener en cuenta que el artículo 22.4 del Estatuto afirma que “*con arreglo a la ley se establecerán los términos, condiciones y requisitos del ejercicio de los derechos previstos en los apartados anteriores*”.

El artículo 3 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, determina (de conformidad con el artículo 1 de la Ley 14/1986, General de Sanidad) que son titulares de los derechos del SSPA:

- Los españoles y los extranjeros residentes en cualesquiera de los municipios de Andalucía.
- 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.

- 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.
- 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.
- Se garantizará a todas las personas en Andalucía, las prestaciones vitales de emergencia.

No existe disociación alguna entre lo establecido en el artículo 12 del Estatuto (*“personas con vecindad administrativa en Andalucía”*) y lo que determinaba la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía (*“españoles y extranjeros residentes”*). La armonización de ambas disposiciones ha de hacerse a partir de la reforma –por Ley 4/1996, de 10 de enero– de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en relación con el Padrón Municipal, haciendo desaparecer la distinción entre vecino y domiciliado. Sin embargo el nuevo artículo 18.2 de la Ley 7/1985, determina que *“la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho, que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España”*.

El artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, afirma que son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria los siguientes. *“a) Todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000; b) Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que tienen los derechos que resulten del derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el estado español y les sean de aplicación; c) Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea que tienen los derechos que les reconozcan las leyes, los tratados y convenios suscritos”*.

Con la aprobación 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, se viene a modificar de una parte el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, determinándose que *“Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”*; sin embargo se modifica asimismo por el propio Real Decreto-Ley el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del SNS en los términos que por su interés transcribimos:

“Artículo 3. De la condición de asegurado.

1. La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantiza a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado.

2. A estos efectos, tendrán la condición de asegurado aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:
 - a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.
 - b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.
 - c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.
 - d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.
3. En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente.
4. A los efectos de lo establecido en el presente artículo, tendrán la condición de beneficiarios de un asegurado, siempre que residan en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%.
5. 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”.

El Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, introduce además un nuevo artículo 3 ter en la modificación que lleva a cabo de la Ley 16/2003. Regulando la asistencia sanitaria en situaciones especiales, el nuevo artículo 3 ter afirma que:

“Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica; b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso los extranjeros menores de 18 años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles”.

La regulación llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 16/2012¹⁰, afecta de modo nuclear al principio universalista del modelo del Sistema Nacional de Salud, diseñado por la Ley 14/1986

¹⁰ La condición de asegurado o beneficiario del asegurado que exige el Real Decreto-Ley 16/2012, para tener derecho a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, así como la quiebra que ello representa al principio

y la Ley 16/2003, viniendo a converger de nuevo con el modelo de asistencia sanitaria dispensada por el Sistema de Seguridad Social en favor de los beneficiarios –ahora asegurados– que se encuentran dentro de su campo de aplicación. El Real Decreto-Ley 16/2012 (disposición final primera), se dicta al amparo –entre otros títulos de competencia estatal exclusiva– del artículo 149.1.16, bases y coordinación de la sanidad. Sin embargo el Tribunal Constitucional en el Auto 239/2012, al resolver el incidente de suspensión en un conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno del Estado frente al Decreto 114/2012 del Gobierno Vasco relativo al acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Vasco de Salud¹¹, afirma –sin prejuzgar la cuestión de fondo– que *“el ejercicio de la competencia autonómica no impide o bloquea el ejercicio de la competencia estatal, que actúa definiendo los titulares del derecho a la asistencia sanitaria gratuita y el régimen de la prestación farmacéutica. Esta definición no es desvirtuada por la normativa autonómica, que sencillamente amplía las previsiones básicas estatales”*.

b) *El Sistema Sanitario Público de Andalucía como obligado a dar cumplimiento a tales prestaciones.*

El artículo 43 de la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía, define el Sistema Sanitario Público de Andalucía (SSPA) como el conjunto de recursos, medios organizativos y actuaciones de las Administraciones Sanitarias Públicas de la Comunidad Autónoma o vinculadas 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”*. El artículo 44 de la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía, establece que el SSPA integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos para garantizar la efectividad del derecho a la protección de la salud. Finalmente y conforme al artículo 45 de la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía, el SSPA está compuesto por:

- Los centros, servicios y establecimientos sanitarios integrados en el Servicio Andaluz de Salud o adscritos al mismo.
- Los centros, servicios y establecimientos sanitarios de organismos, empresas públicas o cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho, adscritas a la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía.
- Los centros, servicios y establecimientos sanitarios de las Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias.

universalista del sistema sanitario público, plantea la duda de si las Comunidades Autónomas pueden regular el acceso a las carteras de servicios complementaria a personas excluidas del ámbito de aplicación del nuevo artículo 3 de la Ley 16/2003.

El tema ha sido analizado por Nuria María Garrido Cuenca, “La igualdad y la cohesión del Sistema nacional de Salud. La protección de la salud en el modelo autonómico”, A. Palomar Olmeda y J. Cantero Martínez (dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario, vol. I, pp. 103 a 118*.

¹¹ Tomamos la referencia del propio trabajo de Nuria María Garrido Cuenca, citado en la nota anterior, pp. 121 y 122.

- Asimismo forman parte del SSPA:
 - Los 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.
 - Y en general, todos aquellos centros, servicios y establecimientos sanitarios que se adscriban al mismo en virtud de un convenio singular de vinculación.

c) *Las prestaciones concretas y condiciones de ejercicio del derecho a las mismas.*

Las prestaciones sanitarias ofertadas por el Sistema Sanitario Público de Andalucía serán, como mínimo, las establecidas en cada momento para el Sistema Nacional de Salud (artículo 4 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía). Es la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, la que lleva a cabo la ordenación de las prestaciones y define el Catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. Se consideran prestaciones de atención sanitaria del SNS los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos. El Catálogo comprenderá las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencia, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario (artículo 7).

Sucede sin embargo que las prestaciones incluidas en el Catálogo se hacen efectivas a través de la denominada Cartera de Servicios Comunes del SNS, cuyo contenido representa el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos que en cada momento cubre el citado SNS. En definitiva la Cartera de servicios comunes define las prestaciones que el SNS oferta y garantiza a los ciudadanos. El Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, ha venido regulando hasta la fecha la cartera de servicios comunes del SNS y el procedimiento para su actualización.

A partir de la aprobación y entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2012, se modifica el artículo 8 de la Ley 16/2003, articulándose la *Cartera común de servicios del SNS* (conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, mediante los cuales se hacen efectivas las prestaciones sanitarias) en tres modalidades: a) *Cartera común básica de servicios asistenciales del SNS* (nuevo artículo 8 bis), que comprende todas las actividades asistenciales cubiertas de forma completa por financiación pública; b) *Cartera común suplementaria del SNS* (nuevo artículo 8 ter), relativa a aquellas prestaciones cuya provisión se realiza mediante dispensación ambulatoria y están sujetas a aportación del usuario y que incluye la prestación farmacéutica, la prestación ortoprotésica y la prestación con productos dietéticos (también gozará de esta consideración el transporte sanitario no urgente, sujeto a prescripción facultativa por razones clínicas); y c) *Cartera común de servicios accesorios del SNS* (nuevo artículo 8 quáter), que incluye todas aquellas actividades, servicios o

técnicas, sin carácter de prestación, que no se consideran esenciales y/o que son coadyuvantes o de apoyo para la mejora de una patología de carácter crónico, estando sujetas a aportación y/o reembolso por parte del usuario.

El Real Decreto-Ley regula también en el artículo 8 quinquies la *Cartera de servicios Complementaria de las Comunidades Autónomas*, estableciendo que estas podrán aprobar sus respectivas carteras de servicios, en las que incluirán junto a los servicios de la Cartera Común de servicios del SNS en sus modalidades de Básica de servicios asistenciales, Suplementaria y de Servicios Accesorios, los servicios complementarios que asumirán con cargo a sus presupuestos. El artículo 8 quinquies apartado 7 afirma que las Comunidades Autónomas asumirán *“todos los costes de aplicación de la cartera de servicios complementaria a las personas que tengan la condición de asegurado”*; el texto literal del precepto parece condicionar la ampliación de los servicios complementarios a las personas que ostenten, conforme al artículo 3 de la Ley 16/2003, la condición de asegurado tras la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2012. Sin embargo estimamos que –dentro del concepto de bases y coordinación de la sanidad– no hay límite constitucional para impedir a las Comunidades Autónomas asumir, con cargo a sus propios presupuestos, ampliar la cartera de servicios complementarios a otras personas en aplicación de los principios de universalidad e igualdad (discriminación positiva, en su caso) del Sistema Nacional de Salud, que no han sido expresamente derogados.

Todo este nuevo régimen relativo a la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud, afecta muy directamente a la efectividad y condiciones de los derechos y prestaciones que el SNS garantiza para dar cumplimiento al derecho constitucional a la protección de la salud.

d) Las garantías formales para la protección de tales derechos (materia a la que dedicamos el último epígrafe del trabajo).

2. Catálogo de derechos garantizados estatutariamente a los pacientes y usuarios por el Sistema Andaluz de Salud (artículo 22.2 y 3): su desarrollo normativo por la Comunidad Autónoma

La Ley 2/1998, de Salud de Andalucía, enumeraba una larga lista de hasta veinte derechos que los ciudadanos en su condición de titulares de los mismos podían disfrutar. La Ley sanitaria andaluza operaba en buena medida con los derechos reconocidos a todos por el artículo 10 de la Ley 14/1986, General de Sanidad. Con posterioridad se aprobaron importantes textos legales a nivel estatal y de Andalucía que han ido modulando y concretando nuevos derechos. Entre tales disposiciones cabe citar: la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que califica los datos relativos a la salud de los ciudadanos como datos especialmente protegidos estableciendo un régimen riguroso para su obtención, custodia y eventual cesión; 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, que vinculándose estrechamente con el Convenio de Oviedo de 1997 sobre los derechos del hombre y la biomedicina, regula derechos de los pacientes entre los cuales cabe destacar el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas. Asimismo a nivel autonómico cabe destacar la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de Declaración de Voluntad Vital Anticipada, la Ley 7/2003, de 20 de octubre, de Investigación en Andalucía con Preembriones Humanos no Viables para la Fecundación in Vitro; por ser coetáneas con la aprobación del Estatuto de Autonomía, cabe citar también la Ley 1/2007, de 16 de marzo, por la que se regula la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica y la Ley 11/2007, de 26 de noviembre, reguladora del consejo genético de protección de los derechos de las personas que se someten a análisis genéticos y de los bancos de ADN humano en Andalucía. En todos estos grupos normativos, estatal y de legislación propia de Andalucía, están presentes y son objeto de regulación los actuales derechos que el Estatuto de Autonomía opta por catalogar como derechos estatutarios sin perjuicio de su reconocimiento legal previo.

En concreto el artículo 22.2 y 3 del Estatuto de Autonomía determina que los pacientes y usuarios del SSPA tendrán los siguientes derechos:

a) *“Acceder a todas las prestaciones del sistema”*.

El derecho de acceso a todas las prestaciones del sistema, presenta dos planos de consideraciones, siendo la primera la relativa a la efectividad de los principios de acceso universal, en régimen de igualdad y calidad, que consagran tanto la Ley 14/1986 (artículo 3.2), como la Ley 16/2003 (artículo 2). En este sentido se ha de llamar la atención acerca de la reforma estructural del SNS realizada por el Real Decreto-Ley 16/2012, cuya exposición de motivos alude a la vocación universal del SNS desde una perspectiva ciertamente historicista, dado que el concepto de ciudadano como destinatario y titular de los derechos y prestaciones del sistema se frustra en favor del asegurado:

“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” (nuevo artículo 3 de la Ley 16/2003).

La segunda consideración tiene que ver con las prestaciones del sistema, que lógicamente comprende según ya se ha dicho: todas las prestaciones establecidas por el Sistema Nacional de Salud (en los términos del artículo 4 de la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía, y artículos 7 y siguientes de la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del SNS) que se recojan en la Cartera común de servicios del SNS más en la Cartera de servicios Complementaria de la Comunidad Autónoma.

b) *“La libre elección de médico y de centro sanitario”.*

La libertad de elección de facultativo y de centro está formalmente garantizada por la legislación: artículo 10.13 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, artículo 28.1 de la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del SNS, artículo 13 de la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente y de Derechos en materia de Información y Documentación Clínica. Esta última de forma concreta determina que:

“Los usuarios y pacientes del Sistema Nacional de Salud, tanto en la atención primaria como en la especializada, tendrá derecho a la información previa correspondiente para elegir médico e, igualmente centro, con arreglo a los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes”.

En Andalucía fue el Decreto 257/1994, de 6 de septiembre, el que reguló por vez primera el ejercicio del derecho a la libre elección de médico general y pediatra en el nivel primario de atención; dicha disposición anulada judicialmente unos años más tarde por motivos formales, fue sustituida por el vigente Decreto 60/1999, de 9 de marzo, por el que se regula la libre elección de médico general y pediatra en la Comunidad Autónoma de Andalucía, desarrollado por Orden 9 de junio de 1999, reguladora del procedimiento de libre elección y normas de asignación de médico general y pediatra en la Comunidad Autónoma de Andalucía y por Orden de 27 de febrero de 2002, por la que se establece la efectividad del carácter individual de la libre elección de médico y su gestión por la base de datos de usuarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía. Asimismo por Decreto 128/1997, de 6 de mayo, se regula la libre elección de Médico Especialista y de Hospital en el Sistema Sanitario Público de Andalucía.

Posteriormente y con rango de ley el derecho se reconoce en el artículo 6.1, letra l) de la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía, en los siguientes términos: *l) A la libre elección de médico, otros profesionales sanitarios, servicio y centro sanitario en los términos que reglamentariamente estén establecidos.*

Es precisamente en el nivel reglamentario (Decretos citados) donde se establecen los límites y condicionamientos al ejercicio de este derecho en aras de garantizar la ordenación administrativa interna de los servicios –medios personales y materiales del SSPA– así como la calidad asistencial. En términos generales podemos decir que la libre elección se subordina a ciertos requisitos comunes como son: solicitud individualizada; no necesidad de acreditar justificación; y mantenimiento de la elección realizada durante un tiempo (12 meses en relación con facultativo especialista y 3 meses en relación con médico general y pediatra). De modo más concreto y como un condicionamiento importante en materia de libre elección de médico general y pediatra, se reconoce competencia a los Directores de los Distritos de Atención Primaria de Salud, mediante resolución motivada, para no asignar nuevos usuarios a un determinado facultativo cuando el cupo de personas que tenga ya asignado desaconseje su incremento, teniendo en cuenta aspectos tales como el número real de personas incluidas en el cupo, las personas mayores de 65 años y menores de 4,

la existencia de problemas especiales que eleven la demanda asistencial y otras circunstancias de la Zona Básica de Salud de que se trate, etc. (artículo 4 del Decreto 60/1999). En cuanto a la libre elección de facultativo especialista y de hospital público, la solicitud se hará siempre a través del médico de atención primaria y las actuaciones sobre las que recae la elección son las que se concretan en el artículo 2 del Decreto 128/1997 (consultas programadas médicas; consultas programadas quirúrgicas; procedimientos terapéuticos médicos; procedimientos terapéuticos quirúrgicos; y servicios y unidades de diagnóstico, para aquellas pruebas que sean indicadas por el facultativo responsable).

En consecuencia la efectividad del derecho a la libre elección de médico y de centro sanitario, garantizado por el Estatuto de Autonomía (artículo 22.2, letra b y artículo 37.1) queda finalmente condicionada por disposiciones reglamentarias al normal desenvolvimiento de los servicios sanitarios. No hay en la Ley 2/1998, una mínima regulación relativa a términos, condiciones y requisitos para el ejercicio de este derecho, frente a lo que parece indicar el artículo 22.4 del Estatuto de Autonomía al decir que *“con arreglo a la ley se establecerán los términos, condiciones y requisitos del ejercicio de los derechos previstos en los apartados anteriores”*. Por el contrario la Ley 2/1998, en su artículo 9.2 reenvía la regulación de estos aspectos relevantes para la plena efectividad del ejercicio del derecho a la potestad reglamentaria del Consejo de Gobierno, al establecer que *“el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía garantizará a los ciudadanos el pleno ejercicio del régimen de derechos y obligaciones recogidos en esta Ley, para lo que establecerá reglamentariamente el alcance y contenido específico de las condiciones de las mismas”*. Entendemos que las determinaciones de la Ley 2/1998, no se corresponden hoy con las exigencias del artículo 22.4 del Estatuto, que demandan un mínimo de regulación legal del contenido esencial de estos derechos.

c) *“La información sobre los servicios y prestaciones del sistema, así como de los derechos que les asisten”*.

De forma concreta el Estatuto de Autonomía configura como un derecho estatutario, el derecho enumerado por la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía, en su artículo 6.1, letra d); es decir el derecho *“a la información sobre los servicios y prestaciones sanitarios a que pueden acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso”*, que a su vez es fiel transposición del artículo 10.2 de la Ley 14/1986, General de Salud.

Este derecho se inscribe de modo general en el derecho de todas las personas a acceder a la información pública relativa a los servicios y actividades prestados por las Administraciones Públicas (aquí la Administración Sanitaria), como presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos concretos¹². Por tanto este derecho a la información tiene que

¹² Acerca del derecho a la información asistencial puede verse S. Gallego Riestra, “Información y consentimiento informado: de la Ley General de Sanidad a la Ley 41/2002”, A. Palomar Olmeda y J. Cantero Martínez (dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 803 a 827.

ver más con las personas y ciudadanos en general que con los derechos específicos de los pacientes que se enumeran asimismo en el artículo 22. Podemos decir que con la próxima aprobación por el Estado de la futura Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (disposición de carácter básico al amparo principalmente del artículo 149.1.18 de la Constitución), se acrecentará de forma importante en Derecho español la publicidad activa por parte de las Administraciones Públicas en orden a garantizar una mayor transparencia acerca de las actividades que desarrollan, especialmente cuando presentan una relación directa con el ejercicio de derechos por los particulares.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, determina en su artículo 12 que los pacientes y usuarios del SNS tendrán derecho a recibir información sobre los servicios y unidades asistenciales disponibles, su calidad y los requisitos de acceso a ellos; los servicios de salud, –continúa diciendo el citado precepto– dispondrán en los centros y servicios sanitarios de una guía o carta de los servicios en la que se especifiquen los derechos y obligaciones de los usuarios, las prestaciones disponibles, las características asistenciales del centro o del servicio y sus dotaciones de personal, instalaciones y medios técnicos; se facilitará a todos los usuarios información sobre las guías de participación y sobre sugerencias y reclamaciones.

Particular interés presenta dentro de este marco de deberes de información relativos a servicios y prestaciones, así como derechos que les asisten a los particulares dentro del Sistema Sanitario Público de Andalucía, la publicidad y transparencia en materia no sólo del Catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud sino también de la Cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud en sus diferentes modalidades y contraprestaciones económicas del usuario, en su caso (Cartera común básica, Cartera común suplementaria y Cartera común de servicios accesorios), así como de la Cartera de servicios complementarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía, todo ello se hace particularmente importante después de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. A partir de este Decreto-Ley estatal de carácter básico (aprobado al amparo del artículo 149.1.16 de la Constitución), se deberá hablar no tanto de derechos de los usuarios y pacientes sino de derechos de quienes tengan la condición de asegurado o beneficiario de un asegurado en el Sistema Nacional de Salud; dicho cambio terminológico afecta sin duda a importantes principios que rigen el modelo español de asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud.

d) *“Ser adecuadamente informados sobre sus procesos de enfermedad y antes de emitir el consentimiento para ser sometidos a tratamiento médico”.*

Nos encontramos aquí con un derecho específico y propio de los pacientes en el ámbito de las relaciones clínico-asistenciales, de enorme trascendencia por su profunda significación en el ámbito asimismo de los derechos fundamentales. Fue el Convenio para la protección

de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Oviedo, 4 de abril de 1997) quien consagró por vez primera el consentimiento informado en el ámbito de la sanidad como expresión de los derechos humanos y del respeto a la integridad física de las personas. El artículo 5 del Convenio determina que:

“Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”.

Podemos decir que desde octubre de 1999, fecha en que España ratifica y publica el instrumento de ratificación y el propio Convenio en el Boletín Oficial del Estado, el citado precepto como parte del Convenio obliga en el Estado español con rango supralegal, vinculando a todo el ordenamiento interno a adaptarse a los compromisos del tratado internacional. 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, acoge el principio de que *“toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley”.* En particular el derecho se delimita en el artículo 4 de la Ley, afirmando que:

- “1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.*
- 2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.*
- 3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”.*

En el Derecho propio de Andalucía, la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía, tras la modificación parcial de su artículo 6, llevado a cabo por la Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte, regula actualmente este derecho que venimos analizando, en el artículo 6.1., letras h y ñ, en los siguientes términos:

“h) A que se le dé información adecuada y comprensible sobre su proceso, incluyendo el diagnóstico, el pronóstico, así como los riesgos, beneficios y alternativas de tratamiento”.

“ñ) A que se respete su libre decisión sobre la atención sanitaria que se le dispense, previo consentimiento informado, excepto en los siguientes casos: 1. Cuando exista un riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo de 24 horas, siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas. 2. Cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la persona enferma y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, lo dispuesto en su declaración de voluntad vital anticipada y, si no existiera esta, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a ella”.

Es importante tener presente que tanto el Convenio de Oviedo como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 7) vinculan el derecho a la información del paciente previa y adecuada a su consentimiento acerca del correspondiente tratamiento clínico, como una manifestación del derecho fundamental a la integridad física de la persona, garantizado por el artículo 15 de la Constitución. Por ello resulta obligada una interpretación amplia del derecho tendente a su plena efectividad, así como una interpretación restrictiva de las excepciones legales a la necesidad del previo y adecuado consentimiento informado.

e) *“El respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad”.*

El artículo 6.1 de la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía, reproduciendo en parte el artículo 10.1 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, proclama como un derecho de los ciudadanos, el derecho *“al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que puedan ser discriminados por razón alguna”.*

El presente derecho, aunque aplicado en el presente estudio al ámbito sanitario, protagoniza valores y derechos fundamentales garantizados por la Constitución. La dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, representan nada menos que el fundamento del orden político y de la paz social, conforme al artículo 10.1 de la Constitución. Por su parte el derecho a la intimidad es un derecho fundamental tutelado en el artículo 18 de la Constitución. En consecuencia nos hallamos ante un derecho de especial protección en nuestro ordenamiento jurídico y dotado de las máximas garantías jurídicas.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, sobre Protección de Datos de Carácter Personal, determina que los datos de carácter personal que hagan referencia a la salud,

tienen la consideración de datos especialmente protegidos y sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos, cuando por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente (artículo 7.3). Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado. El consentimiento exigido no será preciso 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 (artículo 11.1 y 2, letra f). Las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad (artículo 8).

En este contexto, la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente, afirma en su artículo 7 que:

“1. Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.

2. Los centros adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes”.

Con todo hemos de reconocer –como pone de relieve la jurisprudencia del Tribunal Constitucional– que es posible diferenciar el ámbito específico de protección del derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1 de la Constitución del derecho fundamental a la protección de datos personales. La STC 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 6), establece que la función del derecho fundamental a la intimidad es la de “*proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad*”; por su parte el derecho fundamental a la protección de datos “*persigue un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado*”. El objeto del derecho a la protección de datos es más amplio que el del derecho a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida; no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales¹³.

¹³ Sobre el derecho a la intimidad y a la protección de datos en el ámbito sanitario véase M. N. De la Serna Bilbao, “Derecho a la intimidad en el ámbito sanitario: intimidad personal y familiar, intimidad corporal y derecho

f) “El consejo genético y la medicina predictiva”.

Desde el Sistema Sanitario Público de Andalucía se ha impulsado de modo singular el desarrollo de la investigación en genética humana al objeto de mejorar la salud y la atención sanitaria; ello ha sido determinante tanto de la aprobación en el año 2006 del Plan de Genética de Andalucía, como de la aprobación de la 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. Se trata de la primera ley autonómica aprobada sobre esta materia en el Estado español y representa el marco normativo adecuado para garantizar la aplicación clínica de los avances científicos, salvaguardando los derechos de las personas que puedan resultar afectadas por la acción investigadora.

El “consejo genético” significa el procedimiento orientado a explicar los problemas asociados a la aparición de un trastorno de base genética en un individuo o una familia, así como el riesgo de aparición del mismo e igualmente las ventajas, riesgos y posibles consecuencias de realizar un análisis genético determinado y, en su caso, el asesoramiento en relación con las posibles alternativas derivadas de los resultados del análisis. El consejo genético con fines de asistencia sanitaria, consiste en una información veraz y objetiva, adecuada a la trascendencia del diagnóstico genético para el que se solicita el análisis, así como una información suficiente sobre el resultado del análisis, las consecuencias del mismo desde el punto de vista diagnóstico y pronóstico, incluyendo las repercusiones sobre los familiares o sobre la descendencia y, en su caso, las alternativas terapéuticas y las opciones reproductivas (artículo 11 de la Ley 11/2007).

La medicina predictiva o medicina personalizada, tiene que ver con el diagnóstico genético predictivo, consistente en el empleo de un análisis genético en un individuo para detectar mutaciones en genes específicos y predecir su riesgo futuro de desarrollar una enfermedad. Los análisis genéticos son los procedimientos destinados a detectar la presencia, ausencia o variantes de uno o varios segmentos de material genético, para la identificación del estado de afectado o de no afectado, de portador de un defecto genético determinado, o de variantes genéticas que puedan predisponer al desarrollo de una enfermedad específica, o bien condicionar la respuesta a un tratamiento concreto. Los análisis genéticos pueden realizarse con fines de asistencia sanitaria o con fines de investigación biomédica; estos últimos son de realización extraordinaria al quedar subordinada su ejecución (artículo 20 de la Ley 11/2007) al cumplimiento de unas condiciones regladas, entre las cuales se exige que no exista un método alternativo a la investigación con seres humanos de eficacia comparable, así como que los riesgos que se le puedan ocasionar a la persona no sean desproporcionados con respecto a los beneficios potenciales de la investigación y que el proyecto de investigación haya sido autorizado por la Consejería competente en

a la propia imagen”, A. Palomar Olmeda y J. Cantero Martínez (dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. I, Thomson Reuters. Aranzadi, 2013, pp. 737 a 777.

materia de salud y cuenta con el informe favorable de la Comisión Autónoma de Ética e Investigación Sanitarias.

Tendría especial interés para el usuario del SSPA conocer en qué casos se puede ejercitar el derecho al análisis genético con fines de asistencia sanitaria. En este sentido el artículo 10.2 con referencia a los análisis genéticos con fines de asistencia sanitaria, afirma que corresponde a la Consejería competente en materia de salud la concesión y la revocación de las autorizaciones de los centros para la realización de análisis genéticos con fines de asistencia sanitaria, en los términos y de acuerdo con los requisitos de calidad que reglamentariamente se establezcan. Por consiguiente en esta materia es preciso llevar a cabo un previo desarrollo reglamentario de la Ley para delimitar los supuestos en los que se pueden llevar a cabo los análisis genéticos con fines de asistencia sanitaria que son los más relevantes para la medicina predictiva personalizada.

Igualmente el artículo 17 de la Ley 11/2007, establece que los análisis genéticos y el consejo genético se realizarán en el contexto de una atención integral de la salud, por profesionales con las competencias adecuadas para la práctica de los mismos y en las condiciones de calidad que reglamentariamente se determinen.

En definitiva, el derecho al consejo genético, dado que su naturaleza es de carácter informativo y presupuesto necesario para la realización de análisis genéticos con fines de asistencia sanitaria o con fines de investigación biomédica en el marco del SSPA, no va más allá de lo que representa el derecho a la autonomía del paciente en materia de información y documentación clínica, en este caso relacionado con la realización de análisis clínicos. En definitiva se trata de un derecho para el caso de que un particular sea sometido a análisis genético en Andalucía, aspecto este sobre el que la Ley 11/2007, no concreta en absoluto y reenvía a disposiciones reglamentarias la determinación de en qué casos procede la realización de análisis genéticos en el SSPA.

Siendo esto así, la denominada medicina predictiva es indudablemente una realidad desde el punto de vista de la investigación médica, pero como prestación sanitaria personalizada es todavía una realidad virtual en el SSPA.

g) *“La garantía de un tiempo máximo para el acceso a los servicios y tratamientos”.*

El artículo 6.1, letra m de la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía, proclamaba ya el derecho de los ciudadanos *“a que se les garantice en el ámbito territorial de Andalucía, que tendrán acceso a las prestaciones sanitarias en un tiempo máximo, en los términos y plazos que reglamentariamente se determinen”.*

El Decreto 209/2001, de 18 de septiembre, vino a establecer el alcance, contenido específico y condiciones de la garantía de plazo de respuesta quirúrgica en el SSPA, para los procedimientos quirúrgicos contemplados en el Anexo I del citado Decreto. No se

contempla a nivel reglamentario la garantía de respuesta en un tiempo máximo para el acceso a la atención de los procesos diagnósticos y en las consultas de especialidades de la red sanitaria pública (diagnóstico y tratamiento de los pacientes que necesitan asistencia especializada). En consecuencia la garantía de un tiempo máximo para el acceso a los servicios y tratamientos no se regula en términos generales para cualesquiera pacientes y procesos, sino exclusivamente para los españoles y extranjeros residentes en Andalucía (artículo 2 del Decreto 209/2001, en relación con el artículo 3 de la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía) y en relación con los procesos quirúrgicos del Anexo I del citado Decreto.

El plazo máximo de carácter común que se establece es de 180 días naturales, contados desde la fecha de presentación por el paciente o persona autorizada para ello del documento de inscripción en el Registro de Demanda Quirúrgica del SSPA (creado por el Decreto 209/2001), sin perjuicio de que puedan aprobarse plazos de respuesta inferiores por el titular de la Consejería de Salud (disposición adicional quinta del Decreto). El plazo máximo es equivalente a 6 meses y sería conveniente que el cómputo de un período tan largo se hiciera por meses, computados de fecha a fecha, constituyendo el inicio del cómputo el de la fecha de la presentación del documento de inscripción en el Registro de Demanda Quirúrgica del SSPA; de este modo se facilitaría un mejor manejo de los plazos. Al margen del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria, en caso de daños derivados de la inasistencia sanitaria dentro del plazo máximo, esta deberá abonar la intervención quirúrgica en el centro privado que elija el paciente. La Administración Sanitaria Pública de la Junta de Andalucía deberá extender al paciente un Documento acreditativo para ser atendido en un centro sanitario privado que elija el paciente, determinando en su texto –entre otros extremos– la cuantía económica máxima que la Administración Sanitaria Pública se compromete a satisfacer.

Por Orden de 20 de diciembre de 2006, se modifica el plazo de respuesta quirúrgica para determinados procedimientos quirúrgicos incluidos en el Anexo I del Decreto 209/2001, reduciéndose a 120 días naturales (4 meses), con vigencia desde el 5 de julio de 2007.

h) *“Disponer de una segunda opinión facultativa sobre sus procesos”.*

El artículo 6.1, letra o) de la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía, reconoce a los ciudadanos el derecho *“a disponer de una segunda opinión facultativa sobre su proceso, en los términos en que reglamentariamente esté establecido”*. El desarrollo reglamentario de este derecho se llevó a cabo por Decreto 127/2003, de 13 de mayo, por el que se establece el ejercicio del derecho a la segunda opinión médica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía. Dicho Decreto ha sido desarrollado a su vez a través de la Orden de 24 de agosto de 2004.

Titulares del derecho a la segunda opinión médica en el SSPA lo son los españoles y extranjeros residentes en cualesquiera municipios de Andalucía. La segunda opinión médica equivale a un informe facultativo obtenido como consecuencia de la solicitud realizada al

SSPA por un paciente (o por sus familiares, allegados, representante legal o persona en quien delegue el usuario) en relación con el diagnóstico de una enfermedad de pronóstico fatal, incurable o que compromete gravemente la calidad de vida o tras la propuesta de un tratamiento con elevado riesgo vital, una vez que el proceso diagnóstico se ha completado y siempre que no requiera tratamiento urgente (artículo 1 del Decreto 127/2003). Más en concreto es preciso decir que el derecho a la segunda opinión médica queda reservado a la concurrencia de los concretos diagnósticos y propuestas terapéuticas catalogadas en el artículo 3 del Decreto 127/2003, así como en el artículo 3 de la Orden de 24 de agosto de 2004.

Todas las solicitudes de segunda opinión serán tramitadas por la Dirección General de Asistencia Sanitaria del SAS, de forma centralizada, debiendo notificar *“en el plazo máximo de treinta días siguientes al de presentación de la solicitud”*, el informe de segunda opinión (artículo 5.8 del Decreto 127/2003). Parece aconsejable determinar los plazos por meses (computados de fecha a fecha) dado que en el cómputo de plazos por días habría que especificar si son naturales o hábiles; no obstante cuando se alude a los treinta días siguientes es preciso entender que el Decreto se está refiriendo a días naturales. El informe de segunda opinión contendrá una valoración argumentada e incluirá una conclusión final, en términos comprensibles para el paciente, o en su caso, para el solicitante (artículos 6, 9 y 10 de la Orden de 24 de agosto de 2004).

Nos encontramos ante un derecho del paciente restringido a un cuadro concreto de patologías de especial gravedad, sin que naturalmente el citado derecho pueda predicarse de otras prestaciones y atenciones sanitarias en el SSPA.

i) *“El acceso a cuidados paliativos”*.

El derecho de acceso a cuidados paliativos, en su caso, tiene que ver con los pacientes que se encuentren en situación terminal por no responder ya su patología a tratamientos curativos. Los cuidados paliativos tratan fundamentalmente de aliviar el dolor y el sufrimiento. En Andalucía desde los años 80 se dispone de recursos de cuidados paliativos en el seno del SSPA, mediante Unidades específicas de cuidados paliativos (unidades del dolor) en hospitales y equipos de soporte domiciliario. Es de destacar además el Plan de Cuidados Paliativos 2008-2010 e incluso con anterioridad se aprobó el Plan Integral de Oncología de Andalucía 2002-2006, que incorporaba los cuidados paliativos en sus líneas de actuación.

En relación con el derecho de acceso a cuidados paliativos, hemos de destacar además que el artículo 20.2 del propio Estatuto de Autonomía para Andalucía reconoce a todas las personas *“el derecho a recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrales y a la plena dignidad en el proceso de su muerte”*. La disposición estatutaria resalta este derecho en el marco del derecho a declarar la voluntad vital anticipada que deberá respetarse en los términos establecidos por la ley. El artículo 20 del Estatuto tiene

en cuenta la concreta legislación innovada por Andalucía desde el año 2003, es decir la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de Declaración de Voluntad Vital Anticipada, y el Decreto 238/2004, de 18 de mayo, por el que se regula el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía.

j) *“La confidencialidad de los datos relativos a su salud y sus características genéticas, así como el acceso a su historial clínico”.*

El derecho de los pacientes y usuarios a la confidencialidad de los datos relativos a su salud es una consecuencia natural del derecho fundamental a la intimidad y a la especial protección de datos en el ámbito sanitario. La Ley 2/1998, de Salud de Andalucía (artículo 6.1, letra f), garantiza –en términos similares al artículo 10.3 de la Ley 14/1986, General de Sanidad– el derecho *“a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y su estancia en cualquier centro sanitario”*. Por su parte y en relación con la confidencialidad sobre características genéticas, la 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, acoge entre sus principios informadores el principio de *“confidencialidad”*, determinando en su artículo 8.1 y 2 que:

“1. Los centros sanitarios y de investigación garantizarán la protección de la intimidad personal y el tratamiento confidencial de los datos resultantes de la realización de los análisis genéticos, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

2. Las personas que, en ejercicio de sus funciones, accedan a los datos resultantes de la realización de los análisis genéticos quedarán sujetos al deber de confidencialidad”.

La confidencialidad se regula como un deber legal de silencio y secreto (prohibición de revelar información sobre la salud de pacientes y usuarios de centros sanitarios) que obliga al personal y centros sanitarios respecto de los datos personales de carácter clínico e intimidad que afectan a los usuarios y pacientes de los centros y servicios sanitarios. En este sentido la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente, determina en su artículo 2.7 que *“la persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida”*. Por ello el Estatuto de Autonomía conecta acertadamente el derecho de los particulares a la confidencialidad de sus datos de salud y características genéticas, con el acceso a su historial clínico que debe garantizarse para salvaguardar su intimidad y los datos clínicos personales.

Creemos que en el artículo 22.2, letra j, cuando se refiere al acceso al historial clínico, lo hace para tutelar la confidencialidad de los datos relativos a salud y características genéticas del particular, por encima del mero derecho de los pacientes y usuarios de acceder a su historial clínico, que por otra parte consagra el propio artículo 6.1, letra k de la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía.

k) “Recibir asistencia geriátrica especializada”.

Al día de hoy no existe en Andalucía la especialidad geriátrica incorporada a la Cartera de servicios del Sistema Sanitario Público; por el contrario la asistencia geriátrica en Andalucía dentro del Sistema Sanitario Público se encomienda a los médicos de familia de atención primaria y a nivel de hospitales reciben el tratamiento especializado que precisen sus patologías como el resto de los usuarios de la sanidad pública. Cosa distinta es que la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía, reconozca a los “ancianos” –al igual que a otros colectivos– el derecho a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes. En consecuencia el derecho estatutario que consagra el artículo 22.2, letra k ni tiene regulación específica ni se conoce que haya proyecto alguno a corto plazo de creación de la especialidad de geriatría en el SSPA.

Finalmente, el artículo 22.3 del Estatuto, establece que *“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”*. El precepto estatutario reproduce en buena medida –con la salvedad de la referencia a los niños y ancianos– lo establecido en el artículo 6.2 de la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía; este derecho se refuerza en el artículo 18.2 de la propia Ley al establecer –entre las actuaciones del SSPA en materia de asistencia sanitaria– la *“atención a los problemas de salud mental, preferentemente en el ámbito de la comunidad, potenciando los recursos asistenciales a nivel ambulatorio, los sistemas de hospitalización parcial y la atención domiciliaria, realizándose las hospitalizaciones psiquiátricas, cuando se requiera, en unidades psiquiátricas hospitalarias”*.

En relación con la salud mental se ha de destacar el Decreto 77/2008, de 4 de marzo, de ordenación administrativa y funcional de los servicios de Salud Mental en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud, tanto a nivel de atención primaria como de atención especializada, organizándose esta última a través de los siguientes dispositivos: a) Unidad de salud mental comunitaria; b) Unidad de hospitalización de salud mental; c) Unidad de salud mental infanto-juvenil; d) Unidad de rehabilitación de salud mental; e) Hospital de día de salud mental; y f) Comunidad terapéutica de salud mental.

Sin ánimo exhaustivo hemos de resaltar aquí la importantísima labor de impulso de Planes y Programas sanitarios especiales llevada a cabo por la Consejería de Salud en los últimos diez años. Podemos destacar en relación con el apartado 3 del artículo 22 del Estatuto los siguientes Planes: II Plan de Acción Integral para las Personas con discapacidad en Andalucía (2011-2013); Plan Andaluz de Atención a las Personas con Dolor (2010-2013); II Plan Integral de Diabetes de Andalucía (2009-2013); Plan de Atención a Personas afectadas con enfermedades raras (2008-2012); II Plan Integral de Salud Mental (2008-2012); II Plan Integral de Oncología de Andalucía (2007-2012); Plan Andaluz de Alzheimer (2007-2010); Plan Integral de obesidad infantil de Andalucía (2007-2010); etc.

IV. LAS GARANTÍAS DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA

Como se afirma en la exposición de motivos de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, “*el reconocimiento de un derecho tiene el valor que le concede su garantía*”; de ahí la importancia de examinar –como hemos hecho– los términos, condiciones y requisitos exigidos con arreglo a la ley para el ejercicio de los derechos catalogados en los artículos 20 y 22. 3 y 4, así como comprobar las garantías jurídicas estatutarias que se establecen para su plena efectividad a favor de los particulares.

Ante todo hemos de destacar que los derechos reconocidos por el artículo 22 del Estatuto de Autonomía son verdaderos derechos subjetivos¹⁴ en favor de los pacientes y usuarios del sistema andaluz de salud que se integran perfectamente en el sistema de derechos que configura el Ordenamiento Jurídico en su conjunto, a partir del artículo 13 del propio Estatuto de Autonomía, auténtica clave de bóveda que sustenta e integra los derechos estatutarios con el marco constitucional, al afirmar que:

“Los derechos y principios del presente Título no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes.”

Ninguno de los derechos o principios contemplados en este Título puede ser interpretado, desarrollado o aplicado de modo que se limiten o reduzcan derechos o principios reconocidos por la Constitución o por los tratados y convenios internacionales ratificados por España”.

La realidad es que el desarrollo estatutario del derecho a la protección de la salud, en los términos examinados, se materializa en una pluralidad de garantías, derechos personales y prestaciones de muy variada naturaleza, lo que se traduce lógicamente en un haz de garantías jurídicas de diversa intensidad y tutela en último extremo jurisdiccional. Hay derechos estatutarios que se reconoce a los pacientes y usuarios del sistema andaluz de salud que se fundamentan y justifican en verdaderos derechos fundamentales (la garantía de la intimidad; la confidencialidad de los datos relativos a la salud; el mismo derecho de acceso a cuidados paliativos¹⁵); otros derechos están reconocidos en leyes estatales

¹⁴ Seguimos aquí la que estimamos mejor doctrina acerca de la naturaleza jurídica de estos derechos estatutarios, expuesta por F. López Menudo, “Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía”, en J. L. Martínez López-Muñiz (coord.), *Derechos Sociales y Estatutos de Autonomía*, Lex Nova, 2009, pp. 13 a 111.

¹⁵ La STC 31/2010, de 28 de junio, dictada en resolución de un recurso de inconstitucionalidad planteado frente a la Ley Orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, manifiesta expresamente que “*la proclamación de un derecho al tratamiento del dolor y a los cuidados paliativos se compadece con perfecta naturalidad con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15 CE) y es, incluso, una consecuencia obligada, por implícita, de la garantía de ese derecho fundamental, al que, por ello, ni contradice ni menoscaba*” (FJ 19).

de carácter básico y en Convenios internacionales; hay derechos personales y otros de carácter colectivo vinculados a Políticas, Programas y Actuaciones de la Administración Sanitaria; hay también derechos muy reglamentados, subordinándose su efectividad a la concurrencia de concretas patologías en los usuarios de la asistencia; etc.

Por todo ello podríamos hablar de la existencia –en relación con los derechos estatutarios garantizados en el sistema andaluz de salud– de varios círculos concéntricos de garantías jurídicas con los que el Estatuto de Autonomía para Andalucía y el propio sistema jurídico español en su conjunto tutelan estos derechos. En tal sentido el núcleo concéntrico común de garantías jurídicas aplicable a todos ellos viene dado por las garantías contempladas en los artículos 38, 39 y 41 del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Por su parte el círculo de garantías jurídicas más intenso viene referido a aquellos derechos del artículo 22 del Estatuto de Autonomía que protagonizan la tutela de derechos fundamentales (intimidad; datos personales; integridad física; etc.) en el ámbito de la asistencia sanitaria.

1. Garantías jurídicas de rango estatutario

El Capítulo IV del Título I del Estatuto de Autonomía se dedica a la regulación de las garantías de los derechos estatutarios reconocidos en el Capítulo II, entre los que se encuentran los derechos del artículo 20 y 22. El Estatuto de Autonomía para Andalucía no introduce novedades en esta materia en comparación por ejemplo con el Estatuto de Cataluña¹⁶: *interpretación favorable para su plena efectividad; reserva de ley para el desarrollo directo y regulación esencial del contenido de estos derechos; tutela institucional por el Defensor del Pueblo Andaluz; y tutela jurisdiccional de acuerdo con los procedimientos establecidos por las leyes.*

a) *Deber estatutario de interpretar los derechos de los pacientes y usuarios del SSPA de los artículos 20 y 22 en el sentido más favorable para su plena efectividad.*

El mandato estatutario obliga a todos los poderes públicos andaluces e incluso –dependiendo de la naturaleza de cada derecho– a los particulares (artículo 38.1 del Estatuto). En aquellos casos en que el ejercicio de alguno de estos derechos se subordina al cumplimiento de requisitos establecidos por las disposiciones de desarrollo del artículo 22 del Estatuto, esta garantía obliga a interpretar la exigencia de tales requisitos para el acceso y ejercicio del citado derecho en sentido restrictivo y favorable, en caso de duda al pleno reconocimiento del derecho reconocido por el Estatuto de Autonomía. El principio de in-

¹⁶ Frente al tratamiento dado por la STC 247/2007, de 12 de diciembre, de entender los derechos subjetivos reconocidos en los Estatutos de Autonomía como mandatos a los poderes públicos autonómicos, hay que decir que la STC 31/2010, de 28 de junio, en modo alguno transmite directa ni indirectamente la confirmación de la doctrina mantenida en la anterior sentencia del Tribunal (FJ 19, 26 y 27 entre otros).

interpretación favorable a la plena efectividad de estos derechos debe presidir el desarrollo normativo y aplicación de los derechos reconocidos por el Estatuto de Autonomía.

- b) *Deber estatutario de desarrollar por ley estos derechos determinando las prestaciones y servicios que, de acuerdo con su contenido estatutario, están vinculados al ejercicio de los mismos.*

El mandato estatutario (artículo 38) vincula al legislador para otorgar a cada derecho un cierto contenido mínimo y nuclear de las prestaciones y servicios inherentes al mismo. No es posible que esta reserva estatutaria de ley se satisfaga por el legislador mediante la mera reproducción nominalista del derecho tal como lo enuncia el propio Estatuto de Autonomía. El legislador andaluz está obligado a especificar algún contenido mínimo vinculado al ejercicio del derecho reconocido por el artículo 22, sin que sea razonable que el legislador deslegalice absolutamente su desarrollo normativo reenviando al Consejo de Gobierno en plenitud la regulación de estos derechos.

La previsión del artículo 38 es plenamente compatible y conforme con la determinación del artículo 22.4, ambos del Estatuto de Autonomía, cuando afirma que “*Con arreglo a la ley se establecerán los términos, condiciones y requisitos del ejercicio de los derechos previstos en los apartados anteriores*”. Para dar cumplimiento a este mandato estatutario es preciso que la ley efectúe un mínimo de regulación, que no se limite a reproducir el derecho tal y como lo contempla el propio Estatuto de Autonomía. De otro modo la regulación reglamentaria estaría desarrollando no la ley sino directamente el Estatuto, por lo que la expresión “*con arreglo a la ley...*” no cumpliría con la funcionalidad normativa que se le asigna, especialmente tratándose de reconocimiento de derechos estatutarios, cuyos límites –de otro modo– son establecidos de forma exclusiva y plena por disposiciones reglamentarias. La reserva de ley se cumple necesariamente con al menos un mínimo de regulación nuclear del ejercicio de estos derechos. En este sentido y a quince años vista desde la fecha de aprobación de la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía, sería preciso promover su modificación para dar cumplimiento con ello –en la materia de los derechos estatutarios de asistencia sanitaria en el SSPA– a las determinaciones del artículo 22.4 del actual Estatuto de Autonomía para Andalucía.

- c) *Tutela jurisdiccional frente al incumplimiento y vulneración de los derechos del Capítulo II, de acuerdo con las leyes procesales.*

El artículo 39 del Estatuto de Autonomía recuerda la garantía jurisdiccional –existente en nuestro sistema jurídico– para la garantía de los derechos de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes procesales del Estado, en el marco hoy del artículo 24 de la Constitución que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva.

La cuestión de fondo tiene que ver con la naturaleza de verdaderos derechos subjetivos lesionados en el ámbito de la asistencia sanitaria o al menos con la existencia de conductas

ilegales de la Administración Sanitaria responsable determinantes de daños y perjuicios para los usuarios y pacientes del SSPA. Ya hemos analizado como los derechos reconocidos por los artículos 20 y 22 del Estatuto, cumpliéndose los requisitos y condiciones exigidos, en su caso, por las disposiciones de desarrollo de los mismos, constituyen verdaderos derechos subjetivos exigibles ante la Administración y ante los Tribunales de Justicia, en orden a su obtención efectiva o subsidiariamente a obtener la reparación económica por daños derivados de su incumplimiento.

d) Protección del cumplimiento de estos derechos por las Administraciones Públicas de Andalucía, a través del Defensor del Pueblo Andaluz.

El artículo 41 del Estatuto de Autonomía encomienda al Defensor del Pueblo Andaluz “*velar por la defensa de los derechos enunciados en el presente Título, en los términos del artículo 128*”. El citado artículo 128 configura esta institución como el comisionado del Parlamento para la defensa de los derechos y libertades comprendidos en el Título I de la Constitución y en el Título I del Estatuto de Autonomía “*a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de las Administraciones Públicas de Andalucía, dando cuenta al Parlamento*”.

De la importantísima significación de la labor llevada a cabo por el Defensor del Pueblo Andaluz, con relevancia en materia de derechos de los particulares en relación con la asistencia sanitaria del Sistema Sanitario Público de Andalucía, dan un buen testimonio tanto los Informes Anuales (sector Salud) como los Informes Especiales e igualmente las Respuestas dadas a quejas recibidas por los particulares. Todo este conjunto de actuaciones del Defensor del Pueblo Andaluz representa de modo particular en nuestro caso un análisis del desenvolvimiento real de muchos de los derechos que el Estatuto reconoce a los particulares en el artículo 22. No es posible pronunciarse hoy sobre la efectividad de los derechos de asistencia sanitaria en Andalucía, sin conocer y valorar los Informes y Respuestas del Defensor del Pueblo Andaluz en materia sanitaria y de salud.

Entre los Informes Especiales, procede citar aquí por su interés de cara a valorar el artículo 22.3 del Estatuto de Autonomía, el Informe sobre “*La situación de los enfermos mentales en Andalucía*”, presentado al Parlamento en abril de 2013. Asimismo y en relación con la asistencia geriátrica es de destacar el análisis de la realidad y las propuestas que en diciembre de 2007 hacía el Defensor del Pueblo Andaluz, en su Informe sobre “*La atención a las personas mayores dependientes*”.

2. Garantías jurídicas que gozan además de rango constitucional

La tutela de aquellos derechos reconocidos por el Estatuto de Autonomía para Andalucía, vinculados directamente a garantizar derechos fundamentales en el ámbito de la asistencia sanitaria (prohibición de discriminación a nivel de asistencia sanitaria; derecho de intimidad; protección de datos personales; derecho a la vida y a la integridad física; etc.),

gozan naturalmente de las garantías constitucionales que determina el artículo 53.2 de la Constitución; es decir procedimiento judicial preferente y sumario, posibilidad de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y asimismo posible demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M.: *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública. Sistema de prestaciones y coordinación sanitaria*, Comares, 2007.

CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M. (dirs.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Parlamento de Andalucía, 2012, 4 volúmenes.

CUETO PÉREZ, M.: "Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de julio de 2003, sobre leyes de ordenación del servicio farmacéutico", *Revista Española de Administración Pública*, nº 120, 2003.

ESCRIBANO COLLADO, P.: "La cohesión del Sistema Nacional de Salud. Las funciones del Consejo Interterritorial", *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 52, 2003.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (coord.): *Derechos Sociales y Estatutos de Autonomía*, Lex Nova, 2009.

MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M., (coords.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Civitas, 2008.

ORTIZ SÁNCHEZ, M. y CARRASCO LÓPEZ, I. (coords.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, IAAP, 2008.

PALOMAR OLMEDA, A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (dirs): *Tratado de Derecho Sanitario*, 2 volúmenes, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

PAREJO, L.; PALOMAR, A. y VÁZQUEZ, M.: *La reforma del Sistema Nacional de Salud: Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

PEMÁN GAVÍN, J. M.: "Reflexiones en torno a la Ley General de Sanidad ¿desarrollo o reforma?", *Revista Española de Administración Pública*, nº 97, 1998.

SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.: "Reformas en la asistencia sanitaria: ¿racionalización del servicio o cambio de modelo?", *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 85, 2013, pp. 13 a 74.

TEROL BECERRA, M. J. (dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, 2009.

VIDA FERNÁNDEZ, J.: “La redistribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de medicamentos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 117, 2003, pp. 67 a 94.

Capítulo II. CONFIGURACIÓN GENERAL DEL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO ANDALUZ: ORGANIZACIÓN TERRITORIAL, FUNCIONAL, COLABORACIÓN PRIVADA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA TRAS LA LEY DE SALUD DE ANDALUCÍA

María Eugenia Teijeiro Lillo

I. INTRODUCCIÓN

1. La ordenación del sistema público de asistencia sanitaria en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad

Fruto del reconocimiento del derecho a la protección de la salud y la encomienda a los poderes públicos de la organización y tutela de la salud pública a través de las prestaciones y servicios necesarios que se proclaman, dentro de los principios rectores de la política social y económica, en el artículo 43 de la Constitución Española de 1978 (CE), se dicta la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad¹. La LGS es, integrada en el conjunto de normas que regulan el ejercicio compartido de competencias en materia de sanidad

¹ En adelante LGS.

previsto en el artículo 149.1.16ª CE, la norma básica de carácter organizativo que aúna de forma global y sistemática, separando las prestaciones de asistencia sanitaria de las derivadas de la Seguridad Social, la materia sanitaria².

La Ley estatal establece, por vez primera, el nuevo marco normativo sanitario de aplicación en todo el territorio del Estado, describiendo la organización de un sistema sanitario cuya gestión es competencia de las Comunidades Autónomas³. De su contenido destacaremos la declaración del derecho a la asistencia sanitaria, la universalización de la atención y asistencia sanitaria al conjunto de la ciudadanía en condiciones de igualdad y la creación del Sistema Nacional de Salud⁴, integrado por los servicios de salud propios de la Administración General del Estado y los específicos de las diferentes Comunidades Autónomas que componen los centros y servicios propios de su respectivo territorio⁵. La LGS pretende superar la fragmentación competencial reflejada en un conjunto de organizaciones desconectadas para velar por la atención sanitaria y por ello toma como premisas esenciales,

² En el marco de la legislación preconstitucional ambas prestaciones tenían un tratamiento unitario, reflejado en la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, si bien se supera en el texto constitucional con el reconocimiento individualizado del derecho a la Seguridad Social y del derecho a la protección de la Salud (artículos 41 y 43). Tras la aprobación de la LGS la doctrina se encuentra dividida; por un lado se refuerza la separación de ambas prestaciones, sanitaria y de Seguridad Social, como mantiene M. Alonso Olea, *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1999 y, por otro, sostiene la necesidad de la separación de ambas prestaciones criticando la configuración unitaria del sistema actual J. L. Beltrán Aguirre, "Anotaciones a la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud", *Revista Derecho y Salud*, vol. 11, nº 2, julio-diciembre 2003, pp. 125 y ss. También desvincula la prestación de asistencia sanitaria de las entidades gestoras de la Seguridad Social J. Corvella Duch, *Manual de Derecho Sanitario*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 33.

³ De conformidad con el principio de autoorganización de las instituciones y servicios propios que tienen atribuidas las Comunidades Autónomas (en adelante CC.AA.), la LGS en su artículo 2 suprime el carácter básico a los artículos 57 a 69 donde se regulan, como materia de la competencia autonómica, las piezas vitales de los servicios de salud autonómicos, las Áreas de Salud.

⁴ En adelante SNS.

⁵ Nos referimos a los Servicios Autonómicos de Salud de las 17 Comunidades Autónomas: Instituto Catalán de la Salud (Real Decreto 1517/1981, de 8 de julio); Servicio Andaluz de Salud (Real Decreto 400/1984, de 22 de febrero); Servicio Vasco de Salud (Real Decreto 1536/1987, de 6 de noviembre); Agencia Valenciana de Salud (Real Decreto 1612/1987, de 27 de noviembre); Servicio Gallego de Salud (Real Decreto 1679/1990, de 28 de diciembre); Servicio Navarro de Salud (Real Decreto 1680/1990, de 28 de diciembre); Servicio Canario de Salud (Real Decreto 446/1994, de 11 de marzo); Servicio de Salud del Principado de Asturias (Real Decreto 1471/2001, de 27 de diciembre); Servicio Cántabro de Salud (Real Decreto 1472/2001, de 27 de diciembre); Servicio Riojano de Salud (Real Decreto 1473/2001, de 27 de diciembre); Servicio Murciano de Salud (Real Decreto 1474/2001, de 27 de diciembre); Servicio Aragonés de Salud (Real Decreto 1475/2001, de 27 de diciembre); Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (Real Decreto 1476/2001, de 27 de diciembre); Servicio Extremeño de Salud (Real Decreto 1477/2001, de 27 de diciembre); Servicio de Salud de las Islas Baleares (Real Decreto 1478/2001, de 27 de diciembre); Servicio Madrileño de Salud (Real Decreto 1479/2001, de 27 de diciembre); Sanidad Castilla y León (Real Decreto 1480/2001, de 27 de diciembre). Mientras en el ámbito territorial de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla la entidad que se ocupa de las prestaciones sanitarias, como se determina en el artículo 15 del Real Decreto 1087/2003, de 29 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo, es el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (antiguo Instituto Nacional de la Salud).

entre otras, la descentralización sanitaria, la dualidad gestión pública y gestión privada de los servicios sanitarios y la participación. Todas ellas van a ser, desde ahora, las materias de interés y el objeto de análisis de la presente aportación.

El sistema público de asistencia sanitaria se configura como un sistema único que presenta una estructura descentralizada, con el protagonismo por parte de las CC.AA. de su gestión, y pretende funcionar como un sistema “armónico, coherente y solidario”⁶. Bajo el paraguas de una amplia autonomía organizativa, pero respetando el marco de las competencias reservadas al Estado y las exigencias marcadas por la LGS, son las CC.AA. quienes asumen la titularidad del servicio público de salud y la prestación de la asistencia sanitaria universalmente reconocida a los ciudadanos. No obstante, la realidad nos confirma que el proceso de descentralización sanitaria iniciado en 1978 no ha sido uniforme y la gestión de la asistencia sanitaria se presenta, hasta el año 2002 clave en este proceso, diferenciada en los ámbitos territoriales autonómicos. Por un lado, distinguimos las CC.AA. donde la transferencia de la gestión de la asistencia sanitaria se había cerrado de forma individualizada y a medida y los ciudadanos están atendidos exclusivamente por el Servicio de Salud autonómico es el caso, entre otras Comunidades, de Andalucía⁷; por otro lado, las CC.AA. regidas por el artículo 143 CE en las que el proceso de transferencia se presentó más lento y la prestación sanitaria se seguía gestionando, sin perjuicio de la existencia del servicio de salud autonómico, por el Estado, si bien en este caso, las 10 CC.AA. afectadas negociaron en paralelo y con criterios homogéneos el traspaso de competencias, por lo que por vez primera puede hablarse de un verdadero proceso de descentralización sanitaria⁸.

2. La determinación y catalogación de las prestaciones sanitarias en el Sistema Público de Salud

La efectividad del derecho constitucional a la protección de la salud tiene un eslabón primordial en la fijación del contenido de las prestaciones sanitarias a las que tienen derecho los beneficiarios del Sistema Sanitario Público. La determinación de las prestaciones sanitarias se contempla en un complejo conjunto normativo que afronta obligaciones de hacer y de dar, que arranca con la Ley General de la Seguridad Social de 1974, donde también

⁶ Las ventajas que pueden derivarse de este sistema descentralizado pueden identificarse, entre otras, en un acercamiento de los servicios a la ciudadanía, una oportunidad de democratizar la toma de decisiones, una oportunidad de desarrollar un modelo organizativo más transparente, etc. Sobre esta cuestión ver I. Villar Cañada, “Régimen jurídico de la organización y gestión sanitaria. El nuevo modelo legal de la sanidad pública: El Sistema Nacional de Salud”, en *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Comares, Granada, 2007, p. 119.

⁷ Otras Comunidades Autónomas que tenían transferidas las competencias en materia de asistencia sanitaria son Cataluña, País Vasco, Comunidad Valenciana, Galicia, Navarra y Canarias.

⁸ Desde el 1 de enero de 2002 las 17 CC.AA. gestionan, de forma autónoma, los servicios sanitarios públicos.

se regula la asistencia sanitaria, fijando el marco general básico de determinación de las prestaciones sanitarias públicas⁹. En el contenido previsto por la LGS se muestran los criterios organizativos que recaen en la ordenación de la asistencia sanitaria, se prescribe que el acceso y las prestaciones se realizarán en condiciones de igualdad efectiva, se determinan las diferentes actuaciones sanitarias que deben desarrollar las Administraciones Públicas a través de sus servicios de salud y se señala que el SNS integra las prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos¹⁰.

En nuestro sistema sanitario público la vertebración de las prestaciones de asistencia sanitaria se presenta heterogénea y se asume bajo la adopción de un doble esquema de organización: la atención primaria y la atención especializada. La atención primaria integra el primer nivel de prestaciones considerado como el más óptimo para la atención integral y continua de la salud al sumar las acciones de prevención sanitaria y de promoción de la salud¹¹. La atención especializada ocupa un segundo nivel y se extiende tanto a la asistencia hospitalaria como a la propiamente especializada pero de carácter ambulatorio. La atención primaria junto con la especializada han pretendido la transformación del sistema sanitario español con una importante aportación, la clarificación de ambos niveles asistenciales, primario y hospitalario, situando la atención primaria en un lugar inmejorable para asegurar una mejor calidad del servicio sanitario. Desde su implantación la atención primaria ha sido objeto de permanentes reformas que han ido influyendo sobre el conjunto del sistema sanitario y que se han ido centrando en la determinación de la población en función de criterios territoriales, fundamentalmente en unidades básicas de atención (áreas básicas de salud o zonas de salud); en la constitución de equipos multidisciplinares (equipos de atención primaria) y en la ampliación de la cartera de servicios¹².

⁹ Señalaremos, entre otras normas, además de la LGS (1986), la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LSNS), el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, sustituido por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

¹⁰ En relación con las prestaciones sanitarias la LGS “no pretende fijar su contenido propiamente dicho, sino incidir de modo indirecto sobre su vertebración”, así lo sostiene J. M. Pemán Gavín, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*, Comares, Granada, 2005, p. 57.

¹¹ En el año 1978 se celebró en la ciudad kazaja de Alma Ata, organizada por la OMS y UNICEF, la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria, congregando a 134 países y 67 organizaciones internacionales. En la “Declaración de Alma Ata”, la principal aportación se centró en resaltar el papel de la atención primaria como “elemento fundamental del sistema sanitario y su función impulsora del desarrollo económico y social”. Y, a la vez esta declaración tendría un papel fundamental en la posterior definición de la atención primaria y del movimiento de reformas que invadió Europa. En España por su influencia se crearía, a modo de ejemplo, por Real Decreto 2015/1978, la especialidad de medicina de familia.

¹² Para un análisis de la evolución de la atención primaria en España en las últimas décadas ver AA. VV., “Reflexiones sobre la atención primaria de salud. Una visión histórica de la atención primaria en España y su encuadre en la evolución económica del país”, *Documento de Trabajo 171/2011*, Fundación Alternativas, pp. 17 y ss.

La LGS prevé el establecimiento de un catálogo de prestaciones sanitarias públicas que se enuncia en las disposiciones reglamentarias que se suceden, principalmente en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de Ordenación de las Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud (en adelante ROPS)¹³, donde se contienen, dibujadas en cinco grandes bloques –*atención primaria, atención especializada, farmacéuticas, complementarias, y servicios de información y documentación sanitaria*– las prestaciones que se facilitan a las personas “directamente por el Sistema Nacional de Salud”. La norma regula, de forma genérica, las prestaciones de atención primaria centradas en la atención de urgencia ambulatoria y en el domicilio del paciente que se desdoblan en prestaciones de alcance general y especial a favor de determinados colectivos (infancia, mujer, anciano, etc.). Las prestaciones de atención especializada se presentan en la LGS bajo distintas modalidades, desde asistencia especializada ambulatoria en consultas, pasando por asistencia ambulatoria en hospital de día, hasta llegar a asistencia en régimen de hospitalización por prescripción facultativa o uso de servicio de urgencia¹⁴.

El catálogo de prestaciones contenidas en el ROPS no se presenta en forma de cláusula abierta, ya que sólo se reconoce el derecho a las prestaciones en él incluidas, pero su carácter cerrado no es obstáculo alguno para la posibilidad de incorporación de nuevas prestaciones, la actualización del catálogo de las prestaciones señaladas (disposición adicional primera y segunda), y la previsión de cláusulas generales de carácter complementario. Tampoco la concreción por vía reglamentaria del catálogo de prestaciones, que el Sistema Nacional de Salud debe asegurar a toda la ciudadanía, excluye la posibilidad de prestaciones

¹³ La permanente evolución de la atención sanitaria tiene reflejo, exteriorizada en avances, mejoras e innovaciones, en la sustitución del presente reglamento por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (en adelante RDCSC).

¹⁴ En el artículo 2 del ROPS se excluyeron del conjunto de prestaciones sanitarias “aquellas atenciones, actividades o servicios” en los que se den alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que no exista suficiente evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica o que hayan quedado definitivamente superadas por otras disponibles.
- b) Que no esté suficientemente probada su contribución eficaz a la prevención, tratamiento o curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autovalidamiento y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento.
- c) Que se trata de meras actividades de ocio, descanso, confort, deporte, mejora estética o cosmética, uso de aguas, balnearios o centros residenciales, u otras similares, sin perjuicio de su posible atención por los servicios sociales o de otra naturaleza.

Asimismo, se describen una serie de prestaciones que si bien no son financiadas con cargo a fondos estatales destinados a la asistencia sanitaria se confirma que “podrán ser realizadas en el ámbito del Sistema Nacional de Salud (...) con cargo a otros fondos públicos” (artículo 4 ROPS). Se trata de las prestaciones previstas en el Anexo III de esta norma e identificadas con la expedición de informes o certificados sobre el estado de salud distintos de los previstos en el Anexo I; los reconocimientos y exámenes o las pruebas biológicas voluntariamente solicitadas o realizadas por interés de terceros; la cirugía estética que no guarde relación con accidente, enfermedad o malformación congénita; los tratamientos en balnearios y las curas de reposo; la cirugía de cambio de sexo, salvo la reparadora en estados intersexuales patológicos, el psicoanálisis y la hipnosis.

complementarias asumidas por las CC.AA. con cargo a sus propios recursos (disposición adicional quinta). En definitiva, el conjunto de las prestaciones sanitarias de nuestro sistema sanitario público se ordena bajo una cláusula cerrada, permitiendo el uso de fórmulas abiertas y señalando el contenido concreto del derecho a la protección de la salud.

En la actualidad el derecho a la asistencia sanitaria se identifica en el sistema sanitario de nuestro país con un conjunto de prestaciones sanitarias definidas en el catálogo diseñado por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, y concretadas en el RDCSC. La novedad que presenta la LSNS está ligada al proceso de transferencia de competencias en materia de sanidad a las distintas CC.AA. y, por ello, se destaca el sistema prestacional de salud en España como “garantía de equidad y accesibilidad a una adecuada asistencia sanitaria”, por lo que se define un catálogo de prestaciones sanitarias y una cartera de servicios comunes a todos los sistemas sanitarios autonómicos.

En la búsqueda de un nuevo modelo y nuevos instrumentos que permitan a los ciudadanos “recibir un servicio público de calidad y en condiciones de igualdad efectiva”¹⁵ se detiene la Ley de Cohesión ocupándose, principalmente, de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud “cuya garantía constituye uno de los principales objetivos de la Ley, por lo que se les dedica una atención preferente”¹⁶. La Ley utilizando un planteamiento nuevo identifica el contenido de las prestaciones sanitarias a través de la determinación del “catálogo de prestaciones” y su distinción de la “cartera de servicios”¹⁷. El primero está integrado por “los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud” (artículo 7); y la cartera de servicios presenta un contenido instrumental y se compone del “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 (artículo 20.1)”. La exigencia del contenido común de las prestaciones sanitarias y su materialización en todo el territorio nacional no quiebra la posibilidad de que las CC.AA. incorporen, junto a las prestaciones comunes otras adicionales y, así, se permite la aprobación de “su cartera de servicios” que debe incluir, “cuando menos” la cartera de servicios del SNS¹⁸.

¹⁵ Apartado I de la Ley 16/2003, 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

¹⁶ Apartado III de la Ley 16/2003, 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

¹⁷ Si bien la LGS no contempla esta distinción, la incorporación de “nuevas técnicas” y “nuevas prestaciones” se recoge, de manera separada, en las disposiciones primera y segunda del ROPS.

¹⁸ Artículo 20.2 LSNS. En este sentido la posibilidad de que las CC.AA. puedan incorporar nuevas prestaciones o mejorar las existentes se reconoce en vía judicial. La Sentencia del Tribunal Constitucional 98/2004, de 25 de mayo, permite a las CC.AA. la posibilidad de fijar “los precios de referencia de los medicamentos” confirmando la constitucionalidad del Decreto Canario que permitía al Gobierno autonómico dicha fijación.

La Ley de Cohesión dispone que el catálogo de prestaciones del SNS tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para “una atención integral continuada” y en el nivel adecuado de atención; determina los servicios o conjuntos de servicios –preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud– dirigidos a los ciudadanos y señala que la salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, prestación farmacéutica, ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario, son las prestaciones básicas que lo integran. Concreta la norma estatal que las prestaciones sanitarias del catálogo se harán efectivas a través de la “cartera de servicios comunes” que se acordará por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y se aprobará por Real Decreto¹⁹.

La carta de servicios comunes como conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias se elaborará teniendo en cuenta la eficacia, eficiencia, efectividad, seguridad y utilidad terapéutica, así como las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo, las necesidades sociales y su impacto económico y organizativo. La Ley de Cohesión diseña la carta de servicios comunes que se presenta bajo una triple modalidad: la cartera básica de servicios comunes asistenciales; la cartera suplementaria y, finalmente la cartera de servicios accesorios²⁰. En el sistema prestacional de salud que está siendo objeto de análisis el RDCSC irrumpe como la norma esencial en la regulación de las prestaciones sanitarias, ya que define el contenido de la cartera de servicios comunes de las prestaciones sanitarias de salud pública, atención primaria, atención especializada, atención de urgencia, etc. y, en paralelo, asienta las bases del procedimiento para la actualización de la cartera de servicios comunes del SNS. Como acaba de verse, el actual sistema prestacional de asistencia sanitaria se edifica atendiendo, por un lado a la determinación del catálogo de prestaciones que se identifican en la Ley de Cohesión y, por otro, al examen de la cartera de servicios comunes del SNS cuyo contenido recoge el RDCSC.

Pero el diseño de todo este entramado jurídico destinado a la efectividad de las prestaciones sanitarias ha de conectarse con la realidad, con el funcionamiento del propio sistema

¹⁹ Creado por la LGS (artículo 47), ese órgano mantiene su presencia, dotado de nuevas competencias identificadas a lo largo de su articulado, en la Ley de Cohesión. Sobre las funciones del Consejo Interterritorial véase M. Vaquer Caballería: “La coordinación y el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud”, L. Parejo, A. Palomar y M. Vaquer (coord.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 122 y ss.; también P. Escribano Collado: “La cohesión del Sistema Nacional de Salud: las funciones del Consejo Interterritorial”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 52, 2003, pp. 11 y ss.

²⁰ La carta de servicios básica engloba todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente (artículo 8 bis); la cartera suplementaria identificada con todas aquellas prestaciones cuya provisión se realiza mediante dispensación ambulatoria y están sujetas a aportación del usuario la prestación farmacéutica, ortoprotésica, con productos dietéticos, el transporte sanitario no urgente (artículo 8 ter) y, finalmente, la cartera de servicios accesorios (artículo 8 quáter).

prestacional, para contrastar en qué situación, de ampliación o restricción, se encuentra el catálogo de las prestaciones. En el primer momento la LGS apuesta por la expansión de las prestaciones sanitarias, en particular, con el reconocimiento de la atención primaria frente a la asistencia primaria anterior²¹. Poco a poco el catálogo de prestaciones se estanca parcialmente con el ROPS que tan solo incorpora, pendientes de desarrollo reglamentario, las prestaciones que requerían tratamiento especializado²². Lejos de seguir la vía del crecimiento las prestaciones del SNS se van manteniendo durante los últimos años, porque la incorporación de nuevas prestaciones no es la tendencia seguida sino, más bien, alcanzar la mejora en las prestaciones ya existentes²³. La calidad en la prestación de asistencia sanitaria, la accesibilidad y la disminución de los tiempos de espera, la incorporación de diagnósticos y medios terapéuticos más modernos y eficaces, etc. son y serán los retos²⁴.

II. LA ORDENACIÓN DEL SISTEMA PÚBLICO DE SALUD ANDALUZ

1. La descentralización sanitaria y el desarrollo del sistema autonómico de salud

Bajo el principio general de descentralización, una vez completadas las transferencias de la gestión de la asistencia sanitaria a favor de las Comunidades Autónomas, la Comunidad Autónoma de Andalucía (CAA) alcanza el protagonismo y la opción por la titularidad de un servicio público de salud propio²⁵. La concepción de la asistencia sanitaria se basa,

²¹ Artículos 18.2, 56.2.a y 62 a 64 LGS.

²² Nos referimos a las prestaciones vinculadas a tratamientos dietoterápicos complejos y la oxigenoterapia a domicilio (Anexo I, apartado 5.3ª y 4ª ROPS).

²³ El contexto de las prestaciones del SNS contrasta con las previsiones en el ámbito autonómico donde algunas CC.AA., como es el caso de Andalucía, han apostado por la ampliación del catálogo prestacional. En este sentido la mejora de las prestaciones sanitarias tiene reflejo en la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud, que señala el derecho de los ciudadanos "a solicitar y obtener certificados médicos" (artículo 6.1.i); "a que se garantice el acceso a las prestaciones sanitarias en el tiempo máximo que reglamentariamente se fije" (artículo 6.1.m); "a disponer de una segunda opinión facultativa sobre su proceso en los términos que se establezca reglamentariamente" [artículo 6.1.ñ (3º.o)].

²⁴ Ciertamente "lo que no es poca cosa" como señala J. M. Pemán Gavín, *op. cit.*, 2005, p. 91.

²⁵ La titularidad de las competencias sanitarias se adopta en Andalucía con la promulgación de su Estatuto de Autonomía (1981), en concreto definidas en sus artículos 13.21 y 20.1 y se amplían, posteriormente, con la aprobación del Estatuto de última generación (2006), confiriendo competencia exclusiva a la CA en materia de salud y sanidad (artículo 55). Todo el proceso de transferencia de las competencias se inicia en el año 1981 asumiendo las competencias que en materia de sanidad e higiene tenía atribuido el Ministerio de Sanidad y Consumo (Real Decreto 1118/191, de 24 de abril); en el año 1984, por Real Decreto 400/1984, de 22 de febrero, se integra la gestión de la red sanitaria de la Seguridad Social, hasta ese momento bajo la responsabilidad del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) y, un año más tarde, se suman las competencias

integrando el conjunto de recursos, medios organizativos y actuaciones de las Administraciones sanitarias públicas de la Comunidad Autónoma y de las entidades privadas, en la existencia de un sistema de salud universalizado. Así, configurado como sistema sanitario descentralizado, obligatorio y único, con el objetivo de garantizar la efectividad del derecho a la protección de la salud, nace el Sistema Sanitario Público de Andalucía (en adelante SSPA).

Como materialización del principio de autonomía el proceso de elaboración del sistema sanitario autonómico se inicia, entre otras medidas legislativas, con la aprobación de la Ley 8/1986, de 6 de mayo, de creación del Servicio Andaluz de Salud (LSAS)²⁶. Por lo que respecta al nuevo modelo organizativo el Servicio Andaluz de Salud (SAS) se define como el órgano responsable de la gestión y administración de los servicios públicos de atención a la salud, forma parte del SSPA y está adscrito a la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, es el órgano de la Administración autonómica que tiene encomendadas las funciones de fijar las directrices de la política de salud y dirección de los organismos responsables de la provisión y gestión de los servicios sanitarios de la Comunidad Autónoma.

Tras la entrada en funcionamiento del SAS la Ley autonómica sienta, en el marco de un entramado organizativo único, las líneas básicas de la gestión sanitaria y se presenta como *“una ley instrumental, no sustantiva, limitada a la determinación de la estructura orgánica para la adecuada gestión y prestación de este servicio público, quedando pendientes de regulación aspectos tan esenciales como la participación social, respetando en todo caso la intervención institucional de sindicatos y asociaciones empresariales, la ordenación de las actividades sanitarias y el conjunto de derechos y deberes de los ciudadanos”* (apartado III Exposición de Motivos). Con todo, el carácter estructural de la norma unido al vacío previsto por el legislador permiten que se acometa la elaboración de una norma con vocación de ordenar todo el ámbito sanitario andaluz, *“una norma sustantiva de salud para Andalucía”* (apartado IV Exposición de Motivos).

En el contexto marcado por la LSAS nace la Ley 2/1988, de 15 de junio, de Salud de Andalucía (LSA), presentada como una norma de carácter general que acomete la labor de consolidación de un sistema sanitario público universal, integral, solidario y equitativo, que teniendo en cuenta la totalidad de los recursos, humanos, financieros, técnicos, y siendo

de los centros sanitarios gestionados por la Administración Institucional de la Sanidad Nacional (AISNA) y dependientes del Ministerio de Sanidad y Consumo (Real Decreto 1713/1985, de 1 de agosto); por último, el proceso se completa en el año 2004, con el Real Decreto 1784/2004, de 30 de julio, con el traspaso de las funciones y servicios prestados, en materia de asistencia sanitaria, por el Instituto Social de la Marina (ISM).

²⁶ Entre las primera medidas legislativas cabe citar el Decreto 11/1984, de 25 de abril, que crea la red de asistencia sanitaria de la Seguridad Social en Andalucía y la Ley 9/1984, de 3 de julio, por la que se crea el Instituto Andaluz de Salud Mental.

socialmente eficiente implante las bases para una ordenación sanitaria eficaz²⁷. Como establece en su propia Exposición de Motivos, la Ley destaca la previsión de un único servicio de salud *“la Ley de Salud de Andalucía es una norma que consolida y refuerza la existencia de un Sistema Sanitario Público de aseguramiento y financiación públicos, universal, integral, solidario y equitativo, a la vez que pone las bases reguladoras para una ordenación sanitaria eficaz, que tenga en cuenta todos los recursos y que sea socialmente eficiente (...) dejando claramente establecidos los principios nucleares que caracterizan a un Sistema Sanitario Público sin fisuras y al servicio de las necesidades y deseos de todos los andaluces”* (apartado VII Exposición de Motivos)²⁸.

La LSA pretende, como objeto principal y presente en todo el articulado, según establece en su propia Exposición de Motivos, *“la regulación de las actuaciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud de los ciudadanos andaluces y la ordenación general de las actividades sanitarias públicas y privadas en Andalucía, bajo los principios de coordinación de las actuaciones y recursos, aseguramiento público, universalización, financiación pública, equidad, superación de desigualdades, planificación, eficacia y eficiencia de la organización sanitaria, descentralización, autonomía y responsabilidad en la gestión, participación de ciudadanos y de 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”* (apartado VI LSA). Conjuntamente descubre, identificados como universalidad, equidad, sostenibilidad, participación, corresponsabilidad, calidad, etc. los valores que guiarán la actuación organizativa del SSPA.

Conforme a estos postulados y valores nos interesamos, al ser el objeto de nuestro trabajo, por el contenido que la LGS, tras universalizar la atención sanitaria garantizada a todos los ciudadanos andaluces, dedica en el Título III a la regulación de la participación ciudadana en el SPA, definiendo el Consejo Andaluz de Salud como el máximo órgano de participación social en la formulación de la política sanitaria. La ordenación sanitaria se atiende en el Título VII donde se detallan, en los Capítulos II y III, los principales aspectos de su organización funcional y territorial. Por último, en este mismo título, pero en su Capítulo

²⁷ En el ámbito sanitario se presentan, como leyes integradas en el sistema normativo autonómico, la Ley 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria de Cataluña; la Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura; la Ley 12/2001, de 12 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Madrid y la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón.

²⁸ La consolidación de este sistema sanitario es el objetivo estratégico de la política sanitaria andaluza, cuyo principal instrumento son los planes de salud. En el I Plan Andaluz de Salud (1993-1997) y en el II Plan Andaluz de Salud (1999-2002) se definen las prioridades y objetivos básicos de salud. El III Plan Andaluz de Salud (2003-2008) bajo el eslogan “Andalucía en Salud: Construyendo nuestro futuro juntos”, presenta como objetivo principal “incrementar la implicación y la responsabilidad de usuario, organizaciones empresariales, administraciones y organizaciones sociales para garantizar la efectividad de las intervenciones en salud”. El IV Plan Andaluz de Salud, vigente en la actualidad, bajo el eslogan “Salud en todas las políticas” asume como compromiso el desarrollo y la aplicación de la estrategia de salud colectiva como eje transversal en todas las políticas, a la vez supone la plasmación, en medidas concretas, de la reciente Ley de Salud de Andalucía.

VII, se describen los rasgos más generales que definen la colaboración de la iniciativa privada con el SPS. Por tanto, este es el escenario de nuestro trabajo y a estos protagonistas destinaremos el contenido de las siguientes páginas.

2. La ordenación y zonificación territorial del sistema andaluz de salud

Recordaremos que el Estado establece el marco básico de la organización sanitaria a la que ha de ajustarse la Comunidad Autónoma precisando que el Servicio de Salud se constituye y queda integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias, realizando su gestión bajo la responsabilidad de la propia Comunidad Autónoma²⁹.

La asunción de competencias en materia de organización sanitaria y la autonomía de la Comunidad Autónoma Andaluza dan lugar a la transformación sustancial de la estructura territorial sanitaria y la creación de nuevos elementos. La LSA mantiene el SSPA estructurado en un doble nivel: territorial y funcional y describe, respectivamente, los órganos y niveles que lo integran; por un lado, las demarcaciones territoriales y geográficas, en concreto, las Áreas de Salud, las Zonas Básicas de Salud y los Distritos de Atención Primaria de Salud y, por otro, las categorías de atención sanitaria, la Atención Primaria y la Atención Especializada.

Los servicios sanitarios respecto a la ordenación y zonificación territorial que va a ser objeto de análisis han estado sujetos, desde 1985, a un permanente proceso de evolución y cambios, la descentralización y desconcentración propias de la primera época van dejando paso a un procedimiento donde la ordenación territorial responde a una mayor concentración de los recursos y servicios. El modelo territorial diseñado es un modelo descentralizado “ex novo” que complementa la distribución territorial anterior creando nuevas estructuras y, desde sus comienzos, señala la pirámide del sistema sanitario andaluz dando lugar a un nuevo patrón territorial que pretende ser más coherente y eficiente. Tras varias décadas el modelo de organización territorial previsto ha tenido tropiezos y dificultades en el doble objetivo de alcanzar una descentralización efectiva en la planificación y gestión y una desconcentración de los servicios y equipamientos que permitan, por un lado, la mejora de la atención sanitaria y, por otro, alcanzar mayor cota de igualdad entre los diferentes territorios. No obstante, con el nuevo modelo de ordenación territorial previsto en la LSA los servicios sanitarios han alcanzado en Andalucía su mayoría de edad³⁰.

²⁹ Artículo Cincuenta LGS.

³⁰ Como afirma E. López Lara, Territorio y ordenación de los servicios sanitarios en Andalucía, E. López Lara (coord.), *Servicios y transporte en el desarrollo territorial de España*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2003, p. 125.

A) Las Áreas de Salud

Desde la perspectiva sanitaria la ordenación del territorio en la Comunidad Autónoma de Andalucía se divide en demarcaciones territoriales, según dispone la LGS –artículo 56–, “denominadas Áreas de Salud” que se convierten, definidas como “estructuras fundamentales del sistema sanitario”, en protagonistas y responsables “de la gestión unitaria de los centros y establecimientos sanitarios de la Comunidad Autónoma”³¹. La LSA decide que para la consecución de sus fines el SSPA se organice en Áreas de Salud (AS), consideradas como “demarcaciones territoriales” (artículo 48) que constituyen el marco territorial de referencia para la organización de los servicios de asistencia sanitaria³².

La LSA determina que la delimitación de las Áreas de Salud como unidad territorial básica del sistema sanitario es, teniendo en cuenta la ordenación territorial propia de la Comunidad Autónoma, competencia de la Junta de Andalucía, declara que el Consejo de Gobierno es el órgano competente para la aprobación y modificación de sus límites territoriales y apunta que su estructura se puntualice por vía reglamentaria³³. En este sentido, el artículo 12 del Decreto 259/2001, de 27 de noviembre, haciendo coincidir el Área de Salud con la delimitación por provincias, organiza el SSPA en ocho demarcaciones territoriales ubicando como mínimo en cada provincia, tal como está previsto por la LGS, un Área de Salud³⁴.

Configurada como marco referencial para la planificación y desarrollo de las actuaciones sanitarias, la delimitación de la AS como unidad territorial se realiza atendiendo a múltiples variables socio-económicas, geográficas, demográficas y estructurales, de forma que se asegure la accesibilidad a los servicios sanitarios de todos los ciudadanos. De todos ellos el indicador poblacional es el que alcanza una mayor significación ya que la Comunidad Au-

³¹ Las Áreas de Salud son consideradas como “aquella circunscripción administrativa que agrupa un conjunto de centros de profesionales de atención primaria bajo su dependencia organizativa y funcional” a efectos del Sistema de Información de Atención Primaria del Sistema Nacional de Salud (SIAP), como señala el Instituto de Información Sanitaria en el documento “Ordenación Sanitaria del Territorio en las Comunidades Autónomas”. Sistema de Información de Atención Primaria (SIAP), 2012, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2012, p. 6. (publicación en internet, consulta 25/07/2013): <http://www.mspsi.es/estadEstudios/estadisticas/estadisticas/estMinisterio/siap.htm>.

³² Las CC.AA. teniendo como base diferentes criterios organizativos de planificación y gestión han organizado la atención sanitaria de forma diferenciada y cada una de ellas ha adaptado el término común “Área de Salud”, tanto en su nomenclatura como en su dimensión, a sus peculiaridades. Son estructuras equivalentes al Área de Salud las denominaciones específicas de “Área Sanitaria” utilizada en el Principado de Asturias; la “Región Sanitaria” en Cataluña; el “Departamento de Salud” en la Comunidad Valenciana; la “Gerencia de Atención Primaria” en Galicia y la “Comarca Sanitaria” en el País Vasco.

³³ La LSAS –artículo 9– ya había establecido estas circunscripciones administrativas, cuya gestión se encomienda a las Gerencias Provinciales del SSPA.

³⁴ Decreto 259/2001, de 27 de noviembre, por el que se determinan las competencias y estructura de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud, se delimitan las Áreas de Salud y se establecen las normas reguladoras de los Consejos de Salud de Área (BOJA núm. 148, de 27 de diciembre).

tónoma debe tomar como referencia la previsión descrita como regla general por la LGS, que extiende la acción sanitaria a una población “no inferior a 200.000 habitantes ni superior a 250.000 habitantes”, por tanto, la estructura territorial autonómica debe agrupar municipios cuya suma poblacional esté comprendida en esta franja y, en consecuencia, en aquellas agrupaciones de municipios cuya población sea superior el SSPA debe implantar más de un Área de Salud³⁵.

La autonomía practicada por la Comunidad Autónoma de Andalucía en la forma de organizar la atención sanitaria está delimitada, en la medida en que puede variar la extensión territorial y el contingente de población integrada en cada una de las citadas Áreas, por la exigencia de que desde éstas circunscripciones administrativas puedan cumplirse los objetivos señalados por la LGS (artículo 56.4). A este respecto, la Ley andaluza se olvida de la misión encomendada a las Áreas de Salud de “ofrecer todas las prestaciones propias del sistema sanitario con distribución de manera desconcentrada y respondiendo siempre a la idea de proximidad de los servicios a los usuarios” (apartado III Exposición de Motivos LGS). Por ello, el principal efecto de la delimitación de las Áreas de Salud formalizada por la norma reglamentaria es, teniendo en cuenta las poblaciones de cada una de las provincias de la Comunidad Andaluza, la superación de forma notoria de los límites poblaciones indicados y, por tanto, relegando, en el sentido del artículo 149.1.16 CE, la condición de norma básica y con aplicación en todo el territorio de la LGS. Este tratamiento de las demarcaciones territoriales, que parece ignorar la atención sanitaria de forma diversificada y desconcentrada que la Ley estatal predica, tiene como consecuencia la declaración de nulidad del citado artículo 12³⁶.

B) Las Áreas de Gestión Sanitaria

En el proceso de evolución de la descentralización y desconcentración de la gestión sanitaria en Andalucía surge, como consecuencia del grado de desarrollo de los servicios sanitarios y de las características geográficas de la Comunidad, la propuesta de ampliación de ámbitos de gestión unitaria en determinadas Áreas de Salud para el acercamiento de la toma de decisiones al lugar donde se prestan los servicios. La facultad de organizar una nueva estructura de gestión específica recae en el Consejo de Gobierno que procede al

³⁵ Para un análisis de los cambios demográficos y de la evolución de la población en Andalucía ligados a la materia sanitaria véase VV. AA., “Cambios en el dispositivo asistencial y su adecuación a los cambios demográficos y a los nuevos retos sociosanitarios”, G. López I Casasnovas (dir.), *Evaluación de las políticas de servicios sanitarios en el Estado de las Autonomías*, vol. II, Fundación BBV, Bilbao, 2001, pp. 81 y ss.

³⁶ Así lo declara la Sentencia núm. 1.024/2009, de 20 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Aranzadi 2009:879), en relación con el Recurso núm. 1.172/02, presentado por el Sindicato de Enfermería –SATSE– contra la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía.

reconocimiento, como demarcación territorial para la gestión unitaria de los recursos de un Área Hospitalaria, a las Áreas de Gestión Sanitaria (AGS)³⁷.

Para la creación de estas nuevas áreas y su ubicación en cada una de las zonas geográficas de referencia se toman, nuevamente en consideración, un conjunto de indicadores demográficos, geográficos y estructurales que condicionan la implantación del nuevo modelo organizativo. A partir de la experiencia positiva desarrollada desde la primera AGS, creada en el año 1996, el SSPA ha ido planificando la sucesiva creación de nuevas demarcaciones territoriales contando en la actualidad con catorce AGS³⁸.

C) Las Zonas Básicas de Salud

En la organización territorial de las Áreas de Salud la legislación estatal establece –artículo 62 LGS– que se dividan en Zonas Básicas de Salud y constituyan el marco territorial de la atención sanitaria primaria. Las Zonas de Salud son definidas como “la demarcación poblacional y geográfica fundamental, delimitada a una determinada población, siendo accesible desde todos los puntos y capaz de proporcionar una atención continuada integral y permanente”. Asimismo “la delimitación del marco territorial que abarca cada zona de salud se hará por la Comunidad Autónoma”³⁹. En la Comunidad Autónoma de Andalucía el proceso de delimitación territorial de los servicios sanitarios se inicia con la creación de los Servicios de Atención Primaria de Salud por el Decreto 195/1985, de 28 de agosto,

³⁷ Como determina la disposición adicional segunda de la Ley 9/1993, de 30 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1994. También se reconoce esta nueva demarcación territorial de aplicación a los Distritos de Atención Primaria.

³⁸ En el año 2011, el número de AGS era de 9, según los datos facilitados en el informe elaborado por el Instituto de Información Sanitaria: *Ordenación sanitaria del territorio en las Comunidades Autónomas. Mapa de referencia para el Sistema de Información de Atención Primaria (SIAP)*, año 2011, Madrid, 2012, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, p. 4 (publicación Internet, consultada 12/07/2013). <http://www.mspsi.es/esdEstudios/estadisticas/estadisticas/estMinisterio/siap.htm>.

En el año 2013 esta estructura sanitaria se ha visto incrementada y las AGS son 14, distribuidas de acuerdo con el siguiente reparto: En la provincia de Almería se crea el AGS Norte de Almería (Orden de 5 de octubre de 2006) ya que se suprime el AGS Poniente de Almería (Decreto 67/1996, de 3 de enero) al crearse en la misma zona geográfica la Empresa Pública Hospital de Poniente de Almería (Decreto 529/2004, de 16 de noviembre); en la provincia de Cádiz se reconocen dos, el AGS Campo de Gibraltar (Orden de 2 de diciembre de 2002) y el AGS Norte de Cádiz (Orden de 13 de febrero de 2012); en la provincia de Granada también son dos, el AGS Nordeste de Granada (Orden de 13 de febrero de 2013) y el AGS Sur de Granada (Orden de 5 de octubre de 2006); en la provincia de Huelva sólo se ubica el AGS Norte de Huelva (Orden de 20 de noviembre de 2009); en la provincia de Málaga se integran tres, el AGS Este de Málaga-Axarquía (Orden de 20 de noviembre de 2009), el AGS Norte de Málaga (Orden de 5 de octubre de 2006) y el AGS Serranía de Málaga (Orden de 5 de octubre de 2006); finalmente, en la provincia de Sevilla se implantan dos, el AGS de Osuna (Decreto 96/1994, de 3 de mayo y Decreto 69/1996, de 13 de febrero) y el AGS Sur de Sevilla (Orden de 13 de febrero de 2013).

³⁹ Así lo dispone el artículo 1 del Real Decreto 137/1984, de 11 de enero, sobre estructuras básicas de salud (BOE de 1 de febrero de 1984).

donde se estructura su organización en unidades territoriales de prestación y asistencia denominadas Zonas Básicas de Salud (ZBS)⁴⁰.

El desarrollo de estas demarcaciones se contempla por la LSA al mencionar expresamente –artículo 49– que las Áreas de Salud se dividan territorialmente en Zonas Básicas de Salud identificadas como “marco territorial elemental para la prestación de la atención primaria de salud” –artículo 50.1–. La zonificación de la atención primaria sanitaria se basa en las ZBS que se presentan como la demarcación poblacional y geográfica nuclear de la atención primaria de salud, es la demarcación territorial y geográfica más adecuada para proporcionar “una asistencia continuada, integral, permanente y accesible” a todos los ciudadanos andaluces. Cada ZBS tiene asignada, con carácter general, una población comprendida entre 5.000 y 25.000 habitantes, sin perjuicio de poder extenderse a poblaciones mayores e, incluso, a núcleos inferiores a estos límites⁴¹. De igual forma que las Áreas de Salud, la localización de las nuevas estructuras responde a criterios socioeconómicos, geográficos, demográficos y estructurales y, en todo caso, las ZBS son las unidades territoriales de asistencia identificadas directamente, tanto en el medio rural como urbano, con los municipios o agrupaciones de municipios andaluces⁴².

En el SSPA la estructura territorial de las ZBS se delimita definitivamente con la aprobación del Mapa de Atención Primaria de Salud (MAPSA) que se muestra, debiendo ser revisado cada año, como un instrumento dinamizador para la implantación y puesta en funcionamiento de las ZBS⁴³. Este instrumento, que forma parte del Mapa Sanitario General de Andalucía, revisa el ámbito territorial y fija el número de estas unidades de asistencia, existiendo en la actualidad, al menos, 216 ZBS⁴⁴.

⁴⁰ Decreto 195/1985, sobre ordenación de los Servicios de Atención Primaria de Salud en Andalucía (BOJA núm. 89, de 14 de septiembre), derogada por el Decreto 197/2007, de 3 de julio, por el que se regula la estructura, organización y funcionamiento de los servicios de atención primaria de salud en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud (BOJA núm. 140, de 17 de julio).

⁴¹ Por Decreto 60/1999, de 9 de marzo (BOJA núm. 43, de 13 de marzo), se aplica la previsión de implantación de ZBS mayores de 25.000 habitantes en los grandes núcleos urbanos de Andalucía.

⁴² En Andalucía las ZBS se integran, porque no dividen ningún municipio, en 770 municipios, según datos del Informe del Instituto de Información Sanitaria, 2011, *op. cit.*, p. 5.

⁴³ Desde la aprobación del MAPSA por la Orden de 7 de enero de 1988 (BOJA núm. 6, de 26 de enero), ha tenido lugar, para su adaptación a los cambios de población producidos en los años posteriores, una revisión permanente de la delimitación territorial de las ZBS. Así, podemos señalar las siguientes modificaciones y actualizaciones: primera por la Orden de 4 de febrero de 1991, por la que se aprueba el Mapa de Atención Primaria de Salud de Andalucía (BOJA núm. 11, de 12 de febrero); segunda, la Orden de 8 de junio de 1999, por la que se modifica el Mapa de Atención Primaria de Salud de Andalucía (BOJA núm. 71, de 22 de junio); tercera, la Orden de 7 de junio de 2002, por la que se actualiza el Mapa de Atención Primaria de Salud de Andalucía (BOJA núm. 70, de 15 de junio).

⁴⁴ Instituto de Información Sanitaria: “Ordenación Sanitaria del Territorio...”, *op. cit.*, p. 10. Si bien las ZBS se identifican en el Anexo I de la Orden de 7 de junio de 2002, por la que se actualiza el Mapa de Atención Primaria de Salud de Andalucía.

D) El Distrito de Atención Primaria de Salud

Paralelamente a la ordenación de las ZBS el Decreto 195/1985, describe la organización territorial de los servicios sanitarios andaluces de atención primaria subdividida en demarcaciones geográficas más reducidas, en los Distritos de Atención Primaria (DAP). Los DAP están integrados, formando parte, a su vez, de las AES, por varias demarcaciones territoriales básicas, es decir, por el conjunto de ZBS vinculadas a una misma estructura de dirección, gestión y administración. A los efectos de organización de la atención primaria son las unidades organizativas de planificación y gestión de la asistencia primaria y, al mismo tiempo, son las unidades presupuestarias de gasto y deben disponer de recursos asistenciales que garanticen su autosuficiencia.

Para la cobertura sanitaria los DAP tienen adjudicada, con excepciones, una población entre 40.000 y 100.00 habitantes y se definen por el MAPSA, diferenciando entre las áreas rurales y urbanas, procurando la concordancia de la división territorial sanitaria y la división administrativa o municipal. El desarrollo de los servicios de atención primaria es una constante desde la aprobación del Decreto 195/1985, y así se refleja en el MAPSA (1988) donde se definen 67 distritos subdivididos en 352 ZBS⁴⁵. Sin embargo, la evolución de la atención primaria ha estado acompañada de un incremento de la complejidad asistencial que ha llevado a reducir por el MAPSA (2002), de forma significativa, el número de los DAP hasta llegar en la actualidad a 33⁴⁶.

Los DAP se establecen como niveles intermedios de gestión y se convierten en la primera experiencia de creación de una estructura específica de recursos con la pretensión de ser una pieza clave para el nuevo modelo de la asistencia sanitaria de atención primaria⁴⁷. Sin duda, la descentralización formal en la planificación y gestión de las actividades y la plasmación de un nuevo modelo territorial han dotado a la atención primaria de un conjunto organizativo más coherente pero, en ningún caso, ajeno a dificultades para la consecución de sus objetivos, pudiendo enumerarse, entre otras, la imposibilidad real de que dicha gestión descentralizada pueda ejercitarse plenamente, la falta de cohesión y complementariedad con otros servicios sanitarios, o el inacabado proceso de zonificación geográfica⁴⁸.

⁴⁵ Como se puede apreciar en la evolución del número de DAP señalada en VV. AA., "Cambios en el dispositivo asistencial..." *op. cit.*, 2001, p. 80.

⁴⁶ Ministerio de Sanidad y Política Social: *Sistema Nacional de Salud. Organización general de la atención primaria en las Comunidades Autónomas*, Instituto de Información Sanitaria, Madrid, 2010, p. 4 (publicación en internet, consulta 19/07/2013), <http://www.msps.es/estadEstudios/>.

⁴⁷ Esta es la idea que se plasma en la reunión de la Sociedad Andaluza de Medicina Familiar y Comunitaria (Málaga 1990) como manifiesta VV. AA., "Distritos de atención primaria: la experiencia andaluza", en *Revista Sanidad e Higiene Pública*, nº 4 julio-agosto, 1991, p. 299.

⁴⁸ Algunos de estos obstáculos son analizados en VV. AA., "Distritos de atención primaria..." *op. cit.*, pp. 302 y ss.

E) Las Áreas Hospitalarias

Junto a los DAP la Ley 8/1986, de creación del SAS, dispone –artículo 9– que cada una de las demarcaciones territoriales de salud se ordenen en otras unidades menores, las Áreas Hospitalarias (AH). El AH se regula en el Decreto 105/1986, de 11 de junio, es la demarcación geográfica para la gestión y administración de la asistencia sanitaria especializada, está integrada, al menos, por un Hospital y por los Centros Periféricos de Especialidades a él adscritos, si bien las necesidades asistenciales de la población de un DAP permiten que la atención sanitaria puedan atenderse por distintas áreas hospitalarias⁴⁹. Para su delimitación se utilizan criterios geográficos, demográficos de accesibilidad de la población y de eficiencia para la prestación de la asistencia especializada. Todo este conjunto de unidades sanitarias están adscritos al hospital para la prestación de la asistencia especializada, e integrados en el SAS constituyen la Red Hospitalaria Pública Integrada de Andalucía.

3. La ordenación funcional de los servicios sanitarios andaluces

Partiendo de las pautas estatales el SSPA se ha ido convirtiendo, con una inequívoca vocación de universalidad, solidaridad y equidad, en el garante del derecho de los ciudadanos andaluces a la protección de la salud. A nivel interno la atención sanitaria prestada por el SSPA se lleva a la práctica, principalmente, por el SAS, y se ofrece a través de servicios médico-preventivos, curativos, rehabilitadores y de higiene y educación sanitaria⁵⁰. De modo general primero la LGS –artículo 18– atribuye a las Administraciones Públicas, a través de sus servicios de salud y de sus órganos competentes, el desarrollo de actuaciones sanitarias como la atención primaria integral de la salud y la asistencia sanitaria especializada. Más recientemente, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, define el catálogo de prestaciones común a todos los sistemas sanitarios autonómicos e identifica, dentro del contenido prestacional básico de la asistencia sanitaria, las actuaciones de atención primaria y especializada. Haciendo uso de estas previsiones la Comunidad Autónoma de Andalucía dibuja, en el ámbito específico de la asistencia sanitaria, un lienzo donde se incluyen, entre otras prestaciones: la atención primaria y la atención especializada.

⁴⁹ Decreto 105/1986, de 11 de junio, sobre ordenación de asistencia sanitaria especializada y órganos de dirección de los hospitales (BOJA núm. 14, de 22 de octubre). Parcialmente derogado por el Decreto 462/1996, de 8 de octubre, por el que se modifica el Decreto 105/1986, de 11 de junio, sobre ordenación de asistencia sanitaria especializada y órganos de dirección de los hospitales (BOJA núm. 127, de 5 de noviembre).

⁵⁰ Creado como organismo autónomo y adscrito a la Consejería de Salud conforme a lo previsto en el artículo 65 de la LSA, el SAS es una agencia administrativa de las previstas en el artículo 65 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, que se adscribe a la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y adscrito funcionalmente a la Viceconsejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales (artículo 16 del Decreto 140/2013, de 1 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y del Servicio Andaluz de Salud (BOJA núm. 193, de 2 de octubre).

A) *Las prestaciones de atención primaria de salud*

El desarrollo de las prestaciones de Atención Primaria de Salud (AP) se asientan dentro del SAS en las siguientes líneas estratégicas: la descentralización efectiva en la gestión y planificación de las actividades y los servicios; la garantía de oferta de servicios sanitarios concordantes con la concepción integral de la salud; la oferta de tratamiento sanitario continuado a través de los instrumentos y mecanismos de coordinación necesarios y, por último, la promoción de la participación ciudadana en la gestión de los servicios sanitarios⁵¹.

La AP es el nivel básico e inicial de acceso al SSPA que garantiza la globalidad y continuidad de los cuidados sanitarios a lo largo de toda la vida del ciudadano e integra la asistencia preventiva, curativa, rehabilitadora y la promoción de la salud de los ciudadanos⁵². La LSA legitima a la Comunidad Autónoma para iniciar el proceso de ordenación de los servicios sanitarios de atención primaria determinando que la asistencia sanitaria se preste, en aras de la máxima operatividad y eficacia, por equipos de profesionales multidisciplinares y a través de una red de equipamientos sanitarios⁵³. Concretamente la estructura organizativa de la atención primaria gira alrededor de los Centros de Salud, Centros de Atención Primaria de Salud y los Equipamientos de Atención Primaria.

a) *Centros de Atención Primaria.*

La LSA dispone –artículo 52.3– que la atención primaria se lleve a efecto en los Centros de Salud y Consultorios Locales y Auxiliares transformados, por reforma del Decreto 197/2007, en Centros de Atención Primaria de Salud (CAPS). El Centro de Salud es la estructura física y funcional que permite, como cabecera de cada ZBS, el desarrollo integral, permanente y adecuado de la atención primaria de salud siendo prestado por el conjunto de profesionales sanitarios y no sanitarios que en él actúan. Tanto a nivel urbano como ru-

⁵¹ El modelo organizativo coherente para la gestión de la AP que vamos a presentar en las siguientes páginas ha tenido para su desarrollo serias dificultades que han sido estudiados por VV. AA., “Distritos de atención primaria...” *op. cit.*, pp. 302 y ss.

⁵² Desde 1984 la atención primaria se considera “la imagen de marca” de la sanidad andaluza como manifiestan VV. AA., “Cambios en el dispositivo asistencial y su adecuación a los cambios demográficos...” *op. cit.*, 2001, pp. 87 y 106.

⁵³ La satisfacción de los usuarios con la AP ha tenido, tanto a nivel estatal como autonómico, una evolución muy positiva. Así, en el ámbito del Estado el nivel de satisfacción percibido en el quinquenio 1985-1990 inicialmente por debajo del 50% se incrementaría hasta acercarse al 70%, y en el siguiente quinquenio 1990-1995 se estabiliza en un 75% como se recoge por AA. VV. *Reflexiones sobre la atención primaria de salud. Una visión histórica de la atención primaria*, *op. cit.*, p. 22. En la Comunidad Autónoma de Andalucía el nivel de satisfacción se sitúa, considerando que los usuarios “están satisfechos o muy satisfechos” con la asistencia recibida, en un 91,9% como se indica por la Junta de Andalucía: *La atención sanitaria en Andalucía* (publicación en Internet, consultada 22/07/2013):

http://www.calidadsaludandalucia.es/es/anexo_2.html.

ral cada ZBS contará, al menos, con un Centro de Salud, si bien las poblaciones del medio rural podrán disponer, en zonas que carezcan de esta unidad de salud, de Consultorios Locales y Auxiliares y en el ámbito urbano se podrán ubicar otras instalaciones diferentes pero dependientes, en cualquier caso, de los Centros de Salud. Del conjunto de Centros de Salud del DAP sólo uno, que albergará los órganos de atención y gestión, tendrá el carácter de Centro de Distrito.

Los consultorios locales son centros, que no son cabecera de ZBS, pero tienen asignado personal médico; los consultorios auxiliares carecen de personal asignado y se configuran como pequeños centros de asistencia. Desde su transformación en los CAPS son la estructura física de cada zona básica de salud en la que los profesionales realizan las actividades de una atención primaria de salud integral y orientada a la ciudadanía⁵⁴. Configurados como la referencia de los servicios sanitarios más cercanos a la población (artículo 5 Decreto 197/2007), el SSPA cuenta, para el cumplimiento de esta misión, con más de 1.500 CAPS⁵⁵.

b) Equipos Básicos de Atención Primaria.

En el ámbito territorial básico de actuación (ZBS) la asistencia de la APS integral se presta por un conjunto de profesionales, sanitarios y no sanitarios, integrados en Equipos Básicos de Atención Primaria (EBAP) con localización preferente en los CAPS. La regulación del EBAP se contempla en el Decreto 195/1985, de 28 de agosto, es una composición de naturaleza multidisciplinar en la medida en que este órgano se integra por los siguientes profesionales⁵⁶:

- 1) Los Médicos de Medicina General y Pediatría-Puericultora de Zona, ATS o DUE y Practicantes de Zona y Auxiliares de Enfermería, adscritos a la ZBS.
- 2) Los Funcionarios Técnicos del Estado al servicio de la sanidad local, adscritos a los Cuerpos de Médicos, Practicantes y, en su caso, Matronas (todos titulares ubicados en la ZBS).
- 3) Los Trabajadores Sociales.

⁵⁴ En Andalucía la APS está integrada por centros de atención primaria, con una ratio de 1395 pacientes por médico de familia y 992 niños menores de 16 años por pediatra, de forma que los ciudadanos cuentan con un centro "a pocos minutos de su domicilio" según los datos recogidos por el Ministerio de Sanidad y Política Social: *Informe anual del Sistema Nacional de Salud 2008 Andalucía*, Ministerio de Sanidad y Política Social, Madrid, 2008, p. 3.

⁵⁵ Divididos en 402 centros de salud, 623 consultorios locales y 474 consultorios auxiliares conforme a los datos publicados por el Ministerio de Sanidad y Política Social: *Informe Anual del Sistema Nacional de Salud Andalucía*, 2010, p. 5.

⁵⁶ En el año 2010 los CAP de Andalucía disponían de un total de 5.569 médicos de familia, 5.334 personal Diplomado Universitario en Enfermería (DUE) y 1.082 pediatras, como confirma la Junta de Andalucía: La atención sanitaria en Andalucía (publicación Internet): http://www.calidadsaludandalucia.es/es/anexo_2.html.

- 4) El personal necesario para la realización de tareas de administración, recepción, información, mantenimiento y todas aquellas indispensables para el funcionamiento de los Centros.
- 5) Otros profesionales siempre que las propias necesidades y las disponibilidades presupuestarias lo permitan.

De igual forma, el Decreto determina las actuaciones de carácter básico del EBAP que son aquellas actividades y tareas que van dirigidas fundamentalmente a garantizar la mejora de la asistencia a la ciudadanía y cuya prestación se realiza de forma coordinada.

Las funciones incluidas en las actuaciones del EBAP están ligadas a la asistencia sanitaria y a la formación de los profesionales y son las siguientes:

1) Relacionadas con la asistencia sanitaria.

- Prestar asistencia sanitaria individual y colectiva, en régimen de ambulatorio, domiciliario y de urgencias a la población adscrita al EBAP.
- Realizar las acciones necesarias dirigidas a la promoción de la salud prevención de la enfermedad y participación en las tareas de reinserción social.
- Contribuir a la educación sanitaria de la población.
- Realizar el diagnóstico continuado de salud de la ZBS y la ejecución de los programas sanitarios que se determinen, en colaboración con las restantes instancias implicadas.
- Evaluar las actividades realizadas y los resultados obtenidos, así como la participación en los programas generales de evaluación y control de calidad de la atención primaria.

2) Relacionadas con la formación de los profesionales.

- Desarrollar y participar en programas de docencia y formación continuada de los profesionales de atención primaria y realizar las actividades de formación y pregraduada y postgraduada, así como los estudios clínicos y epidemiológicos que se determinen.
- Participación en los programas de Salud Materno Infantil, Mental, Laboral y Ambiental.

Paralelamente la norma reglamentaria decide que los CAP se organizan, a partir de una estructura jerarquizada, bajo la dirección de la persona titular del Centro de Salud, el Director del que depende todo el personal de la ZBS y, de forma especial, el Adjunto de Enfermería. Las funciones de dirección, coordinación y representación, derivadas de su condición de órgano unipersonal directivo, se concretan en las siguientes (artículo 5 Decreto 195/1985):

- La armonización de los criterios operativos del conjunto de profesionales sanitarios y no sanitarios integrados en el EBAP.
- La Jefatura del Personal del EABP de los CAP de cada ZBS.
- La coordinación con el resto de equipos del DAP.
- La ostentación de la máxima responsabilidad sanitaria de la ZBS.
- Las relaciones con los órganos de representación de la población.

La organización de los EBAP se cierra, en cada uno de los CAP, con la presencia del Adjunto de Enfermería otro órgano unipersonal que asume, bajo la dependencia del Director del Centro de Salud, la responsabilidad de los Ayudantes-Técnicos Sanitarios, –Diplomados en Enfermería– y Auxiliares de Clínica. Además de sus funciones profesionales este órgano tiene encomendadas tareas de organización, coordinación, evaluación, promoción y participación destinadas, en su conjunto, al personal sanitario (artículo 6 Decreto 195/1985).

c) Los órganos de dirección y gestión de los Distritos de Atención Primaria.

Ya hemos señalado que los DAP son las unidades básicas para la planificación, dirección, gestión y administración de la asistencia primaria, reconocidos con amplias funciones, su importancia tiene reflejo en la estructura orgánica que se les adjudicó y que ha sido objeto de reordenación, principalmente, respecto de las estructuras directivas y de apoyo⁵⁷. En relación con los órganos integrados en los servicios sanitarios de atención primaria debemos destacar que cada DAP se estructura en órganos directivos, de asesoramiento e intermedios.

Por un lado, los órganos directivos para la atención primaria se establecen como órganos unipersonales y están formados, bajo la dependencia de su titular que ejerce la superior dirección del DAP, por la Dirección de la Gerencia, la Dirección de Salud, la Dirección de Cuidados de Enfermería y la Dirección de Gestión Económica y de Desarrollo Profesional, que puede desdoblarse, en aquellos DAP cuya complejidad lo permita, en dos direcciones independientes. Por otro, se suman, como órganos de apoyo y asesoramiento, la Comisión de Dirección y las Comisiones Técnicas; por último, son órganos complementarios la Dirección de Unidades de Gestión Clínica, la Coordinación de los Cuidados de Enfermería de Unidades de Gestión Clínica, la Coordinación de Servicios y las Jefaturas de Servicio Administrativo.

En el ámbito de la APS la importancia de estas unidades se manifiesta en el conjunto de competencias que les atribuyen la Consejería de Salud y el SSPA, son funciones heterogéneas y su amplitud y determinación puede considerarse como un elemento positivo del papel activo que se encomienda a este grupo organizativo⁵⁸.

⁵⁷ Inicialmente los órganos de Dirección y Gestión de los DAP se concretan en el Decreto 195/1985, de 28 de mayo, derogado por el Decreto 197/2007, donde se introducen cambios significativos en la organización de la atención sanitaria.

⁵⁸ La Dirección de Gerencia tiene asignadas las siguientes competencias: “a) Garantizar, en su ámbito de actuación, la atención sanitaria a la población que tenga reconocido este derecho; b) la coordinación general de los planes y actuaciones del DAP; c) Ordenar y dirigir las relaciones de los servicios y centros sanitarios con la ciudadanía y fomentar la participación de la misma, a través de los órganos correspondientes; d) La representación del DAP en el marco de sus competencias; e) Planificar, organizar, dirigir, evaluar y velar por la gestión de los servicios y prestaciones asistenciales, y de los servicios de salud pública en su ámbito territorial; f) La superior dirección y gestión del personal y de los recursos económico-financieros asignados

Para el cumplimiento de las funciones encomendadas a las Direcciones Técnicas del DAP se crean, como órganos de asesoramiento y apoyo, estructuras específicas. Así, en primer lugar la Comisión de Dirección, es un órgano de carácter asesor de la Dirección de Gerencia, cuya función es “asesorar en los aspectos organizativos, asistenciales y de gestión de recursos e informar la propuesta de Plan de Formación de Profesionales” (artículo 12). Presidida por la persona titular de la Dirección de Gerencia e integrada por los titulares de los órganos directivos se reúne con carácter ordinario, al menos, con periodicidad mensual. Por otro lado, la mejora de la organización administrativa de los DAP y el desarrollo de las actividades de las diferentes unidades de gestión clínica para el logro de sus objetivos se abren camino con la constitución de diferentes Comisiones Técnicas identificadas, en concreto, como Comisión de Calidad y Procesos Asistenciales; Comisión de Uso Racional del Medicamento; Comisión de Formación y Docencia; Comisión de Ética e Investigación Sanitarias; Comisión de Salud Pública.

al DAP; g) Coordinar las atenciones de atención primaria de salud con las restantes entidades que integran el SSPA, para el correcto desarrollo de los servicios sanitarios y con el resto de las Administraciones Públicas, para contribuir al logro de sus objetivos; h) Convocar y presidir las reuniones de la Comisión de Dirección; i) Designar los miembros de las diferentes Comisiones Técnicas, así como a las personas que han de desempeñar la presidencia de cada una de ellas; j) Garantizar el cumplimiento de los objetivos considerados anualmente en el contrato programa; k) Asignar los incentivos que pudieran corresponder a los profesionales del DAP, de acuerdo con los criterios establecidos por los órganos directivos del SAS; l) Cualquier otra función que le puede ser atribuida por la Dirección Gerencia del SAS”. De forma complementaria la organización del DAP se va completando con la creación de la Dirección de Salud cuyas funciones son: “a) La dirección, coordinación y evaluación de los servicios de atención sanitaria del distrito en todos sus centros, unidades y dispositivos, de acuerdo con las directrices de la Dirección-Gerencia del distrito de atención primaria; b) La coordinación general y evaluación de los objetivos anuales de cada una de las unidades de gestión clínica; c) Evaluar, desde el punto de vista de la calidad, efectividad y eficiencia, los procesos, servicios, prestaciones y actividades asistenciales, así como garantizar la accesibilidad y la continuidad asistencial; d) Definir las prioridades en materia de formación de los profesionales de las diferentes unidades asistenciales; e) Promover y coordinar la investigación en los centros del DAP; f) Sustituir a la persona titular de la Dirección Gerencia del DAP, en caso de vacante, ausencia o enfermedad; g) Aquellas otras funciones que le sean atribuidas por la Dirección Gerencia del DAP” (artículo 9). La Dirección de Cuidados de Enfermería es el órgano directivo que tiene atribuidas las siguientes funciones: “a) Impulsar y coordinar la gestión de los cuidados de enfermería en los diferentes centros, unidades y dispositivos de atención primaria de salud, en el marco de la gestión de los procesos asistenciales y en función de las necesidades de la población; b) Asesorar a la Comisión de Dirección del distrito sobre las formas organizativas y la gestión de los cuidados de enfermería, especialmente, los que se proporcionan en domicilio; c) Definir las prioridades de los profesionales en materia de formación en cuidados de enfermería; d) Establecer los mecanismos necesarios para asegurar la continuidad de la atención en cuidados de enfermería; e) Aquellas otras funciones que le sean expresamente atribuidas por la Dirección Gerencia del DAP” (artículo 10). Finalmente, la Dirección de Gestión Económica y de Desarrollo Profesional presenta el conjunto de atribuciones vinculadas a la gestión económico-financiera de los servicios de atención primaria y se concretan en las siguientes: “a) La gestión económica y presupuestaria del distrito, en un marco de eficiencia, de acuerdo con las directrices de la Dirección Gerencia del DAP, así como la gestión de las adquisiciones de bienes y servicios, y de la logística del distrito de atención primaria, sin perjuicio de las funciones establecidas en otros órganos y servicios del distrito; b) La gestión de los recursos humanos, asegurando los objetivos de gestión eficiente de los mismos y el impulso del desarrollo profesional; c) Elaborar la propuesta de presupuesto anual del DAP; d) La gestión operativa de los programas de formación de los profesionales, establecidos de acuerdo con las prioridades definidas por la Comisión de Dirección del DAP; e) La gestión de los planes de prevención de riesgos laborales en el ámbito del DAP; g) Aquellas otras funciones que le sean atribuidas por la Dirección Gerencia del distrito de atención primaria” (artículo 11).

Por último, la estructura orgánica culmina con la creación, en cada DAP, de los siguientes órganos intermedios: “a) Dirección de Unidades de Gestión Clínica; b) Coordinación de los Cuidados de Enfermería de Unidades de Gestión Clínica; c) Coordinación de Servicios; d) Jefaturas de Servicio Administrativo” (artículo 14).

d) Las Unidades de Gestión Clínica de Atención Primaria.

La arquitectura organizativa responsable de la atención primaria de salud a la población tiene como eje central las Unidades de Gestión Clínica de Atención Primaria (UGC), formadas por el conjunto de profesionales de las diferentes categorías que están adscritos funcionalmente a la ZBS. La UGC es un órgano colegiado de participación y colaboración de profesionales sanitarios y del personal de las organizaciones asistenciales, tiene carácter técnico y facultades de decisión, organización y supervisión en materia de atención sanitaria. En un escenario de autonomía y corresponsabilidad los fines de la UGC son “el desarrollo de la actividad asistencial, preventiva, de promoción de la salud, de cuidados de enfermería y de rehabilitación”, ofreciendo a los responsables un abanico de instrumentos de información que les permitan desarrollar adecuadamente su actuación en la toma de decisiones clínicas⁵⁹.

Las funciones que corresponden a las UGC de carácter organizativo, fomento, control y supervisión, formativas, etc. se describen en el artículo 24 del Decreto 197/2007, en los siguientes términos:

- 1) Organizativas: “a) Prestar asistencia sanitaria individual y colectiva, en régimen ambulatorio, domiciliario y de urgencias a la población adscrita a la unidad, en coordinación con el resto de dispositivos y unidades del DAP, con capacidad de organizarse de forma autónoma, descentralizada; b) Desarrollar los mecanismos de coordinación con los demás centros y unidades del SSPA con los que esté relacionada, a fin de lograr una atención sanitaria integrada, con criterios de continuidad en la asistencia y cohesión de las diferentes actividades”.
- 2) Fomento: “c) Desarrollar actuaciones de promoción de la salud, la educación para la salud, la prevención de la enfermedad, los cuidados y la participación en las tareas de rehabilitación”.
- 3) Control y supervisión: “d) Realizar el seguimiento continuado del nivel de salud de la población de su zona de actuación, llevando a cabo la implantación de los procesos asistenciales, planes integrales y programas de salud, en función de la planificación es-

⁵⁹ Concretamente, por ejemplo, las guías de procesos asistenciales y las guías de práctica clínica publicadas por el SAS, página web (consultada 10/10/2013).
<https://www.google.es/#q=guias+de+practica+clinica+del+servicio+andaluz+de+salud>.

tablecida por la Dirección Gerencia del DAP; e) Realizar las actuaciones necesarias para el desarrollo de los planes y programas de promoción del uso racional del medicamento y gestión eficaz y eficiente de la prestación farmacéutica; f) Evaluar las actuaciones realizadas y los resultados obtenidos, así como la participación en programas generales de evaluación y acreditación establecidos por la Dirección Gerencia del SAS, con criterios de orientación hacia los resultados en salud, la mejora continua y la gestión eficiente de los recursos”.

4) Formativas: “g) Realizar las actividades de formación continuada necesarias para adecuar los conocimientos, habilidades y actitudes del personal de la unidad a los mapas de competencias establecidos para cada profesional, así como participar en aquellas otras actividades formativas adecuadas a los objetivos de la UGC; h) Realizar las actividades de formación pregraduada y postgraduada correspondientes a las diferentes categorías y áreas de conocimiento, de acuerdo con los convenios vigentes en cada momento en estas materias; i) Participar en el desarrollo de proyectos de investigación y otros estudios científicos y académicos relacionados con los fines de la unidad, de acuerdo con los criterios generales y prioridades establecidas por la Dirección Gerencia del distrito”.

5) Otras funciones: “j) Aquellas otras que estén fijadas en los acuerdos de gestión clínica u otras de análoga naturaleza que le puedan ser atribuidas por la Dirección Gerencia del distrito”.

La UGC la componen, de acuerdo con los artículos 25 y 26 del Decreto 197/2007, la Dirección de la propia unidad y la Coordinación de Cuidados de Enfermería con rango de cargo intermedio desarrollando su actividad bajo la administración de la Dirección Gerencia del DAP, de quien dependen orgánica y funcionalmente. Las funciones de la Dirección de la UGC están relacionadas con el funcionamiento de los centros, servicios sanitarios y personal adscrito a la unidad y con el desarrollo de los derechos de los ciudadanos, en especial su derecho de participación, sin perjuicio de las funciones asistenciales propias de su categoría⁶⁰. La Coordinación de Cuidados de Enfermería es el otro órgano intermedio que desarrolla su función sobre el personal de enfermería de atención primaria, también del personal de atención especializada, y, en concreto, en relación con los cuidados prestados en centros sanitarios y en domicilios particulares⁶¹.

⁶⁰ Para conocer las funciones de la Dirección de la UGC consultar el artículo 25 del Decreto 197/2007.

⁶¹ El artículo 26 del Decreto 197/2007, especifica las funciones previstas para la Coordinación de Cuidados de Enfermería.

e) *Los Dispositivos de Apoyo de Atención Primaria.*

Los Dispositivos de Apoyo de Atención Primaria (DAAP) son unidades funcionales propias de los DAP y actúan en apoyo de los EBAP, prestando funciones administrativas, de gestión, técnicas o asistenciales indispensables para favorecer la atención primaria de salud y el funcionamiento de las UGC. Acorde con la función de apoyo encomendada la estructura de los DAE se integran por profesionales sanitarios y no sanitarios, que proceden de distintas áreas de salud –bucodental, fisioterapia, matronas, trabajadores sociales, personal de gestión y servicios, etc.– y vinculados a un amplio conjunto de servicios –Servicio de Cuidados Críticos de Urgencias, Servicio de Salud, Pública, Servicio de Farmacia, Servicio de Desarrollo Profesional y Económico Financiero y Servicio de Atención a la Ciudadanía–.

f) *Los Servicios Sanitarios de los Distritos de Atención Primaria.*

Los artículos 17 y ss. del Decreto 197/2007, describen el conjunto de servicios que prestan apoyo a los centros, servicios y establecimientos de atención primaria ubicados en el ámbito de los DAP, dada su variada funcionalidad estos servicios prestan atención general a la ciudadanía, al conjunto de servicios sanitarios –asistencia preventiva, de evaluación epidemiológica, de atención continuada y de urgencias y emergencias–; asimismo, atienden a los servicios farmacéuticos, en especial, el uso sostenible de los medicamentos, y, por último, se ocupan de la gestión administrativa del personal y de los recursos financieros. Los Servicios que se integran en los DAP son: Servicio de Cuidados Críticos y Urgencias –como órgano de coordinación– son sus funciones principales la atención a las urgencias y emergencias que tengan lugar en el DAP y la garantía de continuidad y permanencia de la asistencia sanitaria más allá de la asistencia prestada en los CAP; Servicio de Salud Pública –como órgano de coordinación– son sus funciones principales la gestión y evaluación epidemiológicas de la salud de los ciudadanos adscritos al DAP, la protección de la salud ambiental y alimentaria y de los programas de prevención y promoción de la salud; Servicio de farmacia –como órgano de coordinación– las actuaciones de este servicio se vinculan, por un lado, a la asistencia sanitaria, con la vigilancia del uso sostenible de los medicamentos y, por otro, al funcionamiento del servicio, con la gestión y control de almacenes y depósitos de medicamentos ligados al DAP; Servicio de desarrollo Profesional y Económico Financiero –la jefatura de este órgano– tiene atribuidas funciones de “dirigir y coordinar el funcionamiento del Servicio de Desarrollo Profesional y Económico Financiero del DAP”, el conjunto de Servicios ubicados en el ámbito de los DAP se cierra con el Servicio de Atención a la Ciudadanía –la jefatura de este órgano– tiene atribuidas funciones de “planificación, organización, gestión, dirección y evaluación de las relaciones con la ciudadanía en el ámbito del distrito”⁶².

⁶² El Servicio de Cuidados Críticos y Urgencias depende jerárquica y funcionalmente de la Dirección de Salud y está integrado por el titular de la coordinación del servicio, personal sanitario y de gestión y servicios que se adscriban. Este órgano tiene atribuidas funciones de “organización, gestión, evaluación y dirección de los

B) Las prestaciones de atención sanitaria especializada: Los Hospitales y los Centros Periféricos de Especialidades

La adopción en la LSA de un doble programa para la ordenación de la asistencia sanitaria nos presenta, como complemento a la tecnología, técnicas, y procedimientos prestados en el ámbito de la AP, el segundo nivel de atención que se ofrece a la ciudadanía a través de la Atención Especializada (AE). La AE tiene como objetivo la garantía de la continuidad del tratamiento siempre que por su especialización o características no pueda resolverse en el primer nivel de atención sanitaria. Los servicios asistenciales de la AE responden a las actividades de asistencia, diagnóstico, terapéutica, de rehabilitación y cuidados propios de este nivel, a las que se unen aquellas actividades de promoción de la salud, prevención de enfermedades y educación sanitaria que por su naturaleza sea más beneficioso su ubicación en este nivel. La LGS introduce –artículo 18– la prestación de atención especializada en el sistema nacional de salud incluyendo la asistencia domiciliaria, la hospitalización y la rehabilitación. A nivel andaluz la LSA dispone –artículo 5– que la AE se prestará por los hospitales y por sus centros de especialidades que se ubican en cada Área Hospitalaria para cubrir los servicios de internamiento y atención especializada de la población correspondiente a uno o varios DAP. No obstante, la AE podrá prestarse de forma excepcional, si las necesidades asistenciales de la población del DAP lo requieren, por distintas Áreas Hospitalarias.

Con el objetivo de asegurar la uniformidad territorial y demográfica de la asistencia sanitaria se implanta, tanto en régimen de internamiento como en consultas externas y régimen

recursos, programas, proyectos y actividades propias de su ámbito de actuación” (artículo 17). El Servicio de Salud Pública depende jerárquica y funcionalmente de la Dirección de Gerencia y está integrado por el titular de la coordinación del servicio, por técnicos de salud, de epidemiología, sanidad ambiental, etc., personal especializado –facultativos de las especialidades de Veterinaria y Farmacia–, personal sanitario y de gestión y servicios que se adscriban. Este órgano tiene atribuidas funciones de “planificación, coordinación y dirección en materia de promoción, prevención, vigilancia y protección de la salud”. El Servicio de Farmacia depende jerárquica y funcionalmente de la Dirección de Salud y está integrado por el titular de la coordinación del servicio, personal sanitario y de gestión y servicios que se adscriban. Este órgano tiene atribuidas funciones de “la planificación, organización, gestión y evaluación de las políticas de uso racional del medicamento y de todas aquellas actuaciones y actividades necesarias para lograr la máxima eficacia y eficiencia en la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía. Asimismo, le corresponde asumir la responsabilidad técnica del suministro, custodia, conservación y dispensación de los medicamentos”; El Servicio de Desarrollo Profesional y Económico Financiero depende jerárquica y funcionalmente de la Dirección de Gestión Económica y de Desarrollo Profesional y está integrado por el titular de la jefatura del servicio y personal de gestión y servicios que se adscriban. La actuación de este servicio es la gestión administrativa del personal y de los recursos económicos y financieros del DAP. Para la mejora de la organización y eficacia en el ejercicio de sus competencias el servicio podrá organizarse, bajo responsabilidad de una jefatura de grupo administrativo, en distintas unidades administrativas. El Servicio de Atención a la Ciudadanía depende jerárquica y funcionalmente de la Dirección de Gerencia del DAP y está integrado por el titular de la coordinación del servicio, personal sanitario y de gestión y servicios que se adscriban. La única competencia atribuida a este servicio público es la gestión de las relaciones con los ciudadanos en el ámbito del DAP. También para la mejora de la organización y eficacia en el ejercicio de sus competencias el servicio podrá organizarse, bajo responsabilidad de una jefatura de grupo administrativo, en distintas unidades administrativas.

domiciliario, la estructura sanitaria responsable de la atención sanitaria especializada programada y urgente (AE). La AE en régimen de consultas externas tiene lugar en las propias estructuras externas ubicadas en los hospitales, en los Centros Periféricos de Especialidades (CPE), dependientes funcional y orgánicamente de aquellos, en los centros de salud y, de forma excepcional, pero siempre que lo aconseje el dispositivo de atención primaria, en el domicilio particular. La prestación de AE en régimen de internamiento se atribuye, únicamente, a los Hospitales⁶³.

Los Hospitales son las instituciones sanitarias encargadas de la AE en régimen de internamiento y constituyen, junto a los CPE adscritos al SAS, la Red Hospitalaria Pública Integrada de Andalucía⁶⁴. Todo el sistema sanitario andaluz atribuye la ordenación de la AE a estos equipamientos sanitarios que tienen reconocidas funciones de promoción de la salud, prevención de la enfermedad, asistencia curativa y rehabilitadora y, también, docencia e investigación de forma coordinada con la AP. Son facultades propias de la AE las siguientes: a) Ofrecer a la población los medios técnicos y humanos de diagnóstico, tratamiento y rehabilitación adecuados que, por su especialización o características, no puedan resolverse en el nivel de la AP; b) Posibilitar el internamiento en régimen de hospitalización a los pacientes que lo precisen; c) Participar en la atención de las urgencias, asumiendo las que superen los niveles de la AP; d) Prestar la asistencia en régimen de consultas externas que requiera la AE de la población, en su correspondiente ámbito territorial, sin perjuicio de lo establecido para el DAP; e) Participar, con el resto de dispositivo sanitario, en la prevención de las enfermedades y promoción de la salud; f) Colaborar en la formación de los recursos humanos y en las investigaciones de salud (artículo 3 Decreto 105/1986).

La estructura y funcionamiento de los Hospitales se determina por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía distinguiendo los Hospitales Generales Básicos (HGB) y los Hospitales Generales de Especialidades (HGE)⁶⁵. En cada AH funcionará, a ella adscrito, un HGB, mientras que los HGE abarcan más de un AH, tienen la consideración de hospital de referencia para la AE y se configuran como HGB para el AH a la que esté adscrito.

⁶³ El SAS está integrado por un total de 29 centros hospitalarios –10 en las AGS– distribuidos por todo el territorio autonómico. Los restantes 19 hospitales públicos se diversifican de la siguiente forma: 4 centros hospitalarios se gestionan directamente por Empresas Públicas –H. Costa del Sol, H. Poniente, H. Montilla, H. Andujar–; 13 Centros Hospitalarios de Alta Resolución –CHAR de El Toyo, Puente Genil, Valle del Guadiato, Guadix, Loja, Sierra de Segura, Alcaudete, Alcalá la Real, Benalmádena, Utrera, Écija, Morón y Sierra Norte–; 1 hospital psiquiátrico penitenciario y otro hospital Consorcio Sanitario Público –H. Bormujos-Aljarafe–. Esta información está disponible por la Junta de Andalucía: *La atención sanitaria en Andalucía op. cit.*

⁶⁴ La ordenación de estos servicios sanitarios públicos se regula por el Decreto 105/1986, de 11 de junio, sobre ordenación de asistencia sanitaria especializada y órganos de dirección de los hospitales (BOJA núm. 61, de 24 de junio).

⁶⁵ Durante el año 2010 el conjunto de hospitales del SAS ha atendido 568.309 altas con una estancia media de 7,30 días; 11.122.471 consultas de especialidades y 3.748.881 urgencias, según los datos ofrecidos por la Junta de Andalucía: *La atención sanitaria op. cit.*

El modelo de organización adoptado para la prestación de la AE está volcado en la atención integral a la salud y la accesibilidad de la ciudadanía a la red de servicios asistenciales y se integra por distintas estructuras de gestión, unidades de dirección y de asesoramiento⁶⁶.

a) *Los órganos de dirección.*

Los Hospitales (HGB-HGE) y los CPE adscritos a ellos comparten una estructura de dirección, gestión y administración única distinguiendo entre órganos unipersonales y colegiados. La Gerencia del Hospital es el órgano unipersonal de dirección por excelencia del que dependen cuatro unidades menores: la Dirección Médica, la Dirección de Enfermería, la Dirección Económica-Administrativa y la Dirección de Servicios Generales⁶⁷. Otros órganos

⁶⁶ En el año 2010 la plantilla médica de los hospitales del SAS estaba integrada por 9.335 médicos de hospitales; 3.2.90 médicos especialistas en formación y 1.410 médicos de hospitales gestionados por Empresas públicas, incluido el personal médico de emergencias sanitarias. El personal de enfermería se integraba por 16.229 como personal hospitalario del SAS y 1.665 en hospitales gestionados por entidades sanitarias públicas según datos publicados por la Junta de Andalucía: *La atención sanitaria op. cit.*

⁶⁷ Las actividades que la Gerencia desempeña pueden agruparse como se indica: a) Desarrollar el Plan General, así como los programas anuales del Hospital y de los CPE, en el que se definirán los fines y objetivos del mismo, sobre la base de las necesidades comunitarias marcadas por los órganos competentes de la Consejería de Salud y Consumo; b) La presentación del proyecto de presupuesto económico del Hospital y CPE; c) La gestión y administración de la asistencia hospitalaria y especialidades de su Área y la instrumentación de la política establecida en el plan asistencial, docente e investigador; d) Asegurar la relación del Hospital con la red sanitaria de la comunidad; e) Dar cuenta de su gestión ante los órganos competentes de la Administración Sanitaria y presentar anualmente el informe de gestión (artículo 10 Decreto 105/1986). Las competencias de las distintas Direcciones dependientes de la Gerencia se desglosan de la forma siguiente: 1) Dirección Médica: a.) Definir y desarrollar los objetivos en lo que respecta a los servicios médicos y otras unidades de apoyo clínico-asistencial siendo responsable ante el Director-Gerente del funcionamiento de éstos servicios, coordinando y evaluando las actividades de sus integrantes; b) Asegurar el desarrollo del programa de actividad y control de calidad asistencial, así como la organización y control de la docencia e investigación; c) Asumir las funciones del Director-Gerente o del Subdirector Gerente, si hubiere, en caso de ausencia, enfermedad o vacante; d) Asumir, en su caso, aquellas funciones que le delegue el Director-Gerente (artículo 11 Decreto 105/1986). 2) Dirección de Enfermería: a) Definir y desarrollar los objetivos de la enfermería del Hospital y Centros adscritos, siendo responsable ante el Director-Gerente del funcionamiento de las Unidades de Enfermería, coordinando y evaluando las actividades de sus integrantes; b) Presentar las propuestas necesarias para el mejor funcionamiento de las Unidades de Enfermería; c) Asegurar el desarrollo del programa de actividad y control asistencial, así como la organización de la docencia e investigación de Enfermería; d) Asumir, en su caso, aquellas funciones que le delegue el Director-Gerente (artículo 12 Decreto 105/1986). 3) Dirección Económico-Administrativa: a) Definir y desarrollar los objetivos que deben alcanzar los servicios económicos y de administración en orden a controlar y administrar los recursos económicos del Hospital y de los CPE, responsabilizándose ante el Director-Gerente del correcto funcionamiento de tales servicios, de su coordinación y de la evaluación de las actividades de sus integrantes; b) Ejecutar las normas de contabilidad presupuestaria y financiera dictados por los órganos competentes, en orden a conseguir el control económico de la gestión; c) Elaborar el proyecto de presupuesto anual en base a los objetivos definidos por la Comisión de Dirección dentro de los criterios marcados por los órganos competentes de la Junta de Andalucía; d) Proporcionar al resto de las Direcciones el soporte administrativo para el cumplimiento de sus objetivos; e) Desarrollar las funciones de gestión de personal; f) Asumir, en su caso, aquellas funciones que le delegue el Director-Gerente (artículo 13 Decreto 105/1986). 4) Dirección de Servicios Generales: a) Definir y desarrollar los objetivos que deben

unipersonales previstos son, con carácter excepcional, el Subdirector de las Direcciones nombradas y el Subdirector-Gerente. Bajo la presidencia del Director-Gerente e integrado por todos los titulares de los órganos de dirección señalados se crea, como órgano colegiado cualificado, la Comisión de Dirección del Hospital. El Director Gerente desarrolla, bajo la dependencia jerárquica y funcional de la Gerencia Provincial del SAS, las funciones de superior autoridad y responsabilidad de los Hospitales y CPE y asume su representación oficial.

La dotación de los órganos de dirección de la red de hospitales públicos del SAS se realiza de forma similar para los HGB y los HGE. Los HGB cuentan con un Director Gerente del que dependen tres directores, Director Médico, Director de Enfermería y Director Económico-Administrativo y de Servicios Generales⁶⁸. Los Hospitales de Especialidades organizados por más de un Centro podrán contar con la presencia, en cada uno de ellos, de las figuras del Director Médico y del Director de Enfermería, dependientes de las respectivas direcciones o, en su defecto, directamente del Director-Gerente (artículo 16.1.2.2 Decreto 105/1986). La previsión de dotar de éstos órganos de dirección alcanza a los CPE en aquellos casos en los que la complejidad del servicio y la distancia al Hospital lo hagan necesario, actuarán de forma delegada de los órganos directivos del Hospital (artículo 16.1.2.3 Decreto 105/1986).

La estructura interna de la Gerencia y de las Direcciones de Servicios Generales y Económico-Administrativos se divide en Servicios, Secciones y Unidades, cuyo número y composición dependerá de las condiciones específicas de cada HGB, HGE y CPE adscritos según las necesidades del AH, y al frente de cada una de ellas se dispone, como órgano

alcanzar los servicios técnicos de mantenimiento, los de hostelería y cuantos servicios auxiliares no sanitarios sean necesarios para apoyar la propia atención sanitaria, responsabilizándose ante el Director-Gerente del correcto funcionamiento de tales servicios, de su coordinación y de la evaluación de las actividades de sus integrantes; b) Responsabilizarse del correcto funcionamiento de la estructura y de las instalaciones, así como del equipamiento electromédico del Hospital y CPE, organizando su mantenimiento, garantizando la seguridad de los mismos y la calidad de las prestaciones; c) Proponer las sucesivas adquisiciones de equipamiento en función de las necesidades y de los programas establecidos por la Comisión de Dirección y la Consejería de Salud y Consumo; d) Planificar y ejecutar la adquisición de suministros y materiales necesarios para la óptima dotación de los almacenes, asegurando su permanente revisión y estableciendo los sistemas de organización y control necesarios para conocer y asegurar, en cada momento, sus existencias; e) Organizar los servicios de hostelería de los Hospitales y CPE, implantando los adecuados controles de calidad, contribuyendo con los mismos a una permanente humanización de la asistencia y mayor calidad de la estancia; f) Coordinar y evaluar la actuación del personal subalterno, y proporcionar al resto de los Direcciones del Hospital el soporte de servicios generales así como de personal subalterno necesario para el cumplimiento de sus fines; g) Asumir, en su caso, aquellas funciones que le delegue el Director-Gerente (artículo 14 Decreto 105/1986). Por último, la Comisión de Dirección tiene atribuida la función de coordinación e integración de los diferentes planes de cada Dirección con la finalidad de definir los objetivos sanitarios y la planificación económica del Hospital y de los CPE, también tiene asignada la tarea de presentar los proyectos de presupuestos del Hospital y de los respectivos CPE (artículo 15 Decreto 105/1986).

⁶⁸ En los HGB y sólo en aquellos casos en los que las necesidades lo aconsejen podrá existir, de forma separada, una Dirección de Servicio Generales a cargo de un Director (artículo 16.1.3 Decreto 105/1986).

unipersonal, de un Jefe responsable dependiente jerárquicamente del Director respectivo o indirectamente del Jefe de Servicio y Sección correspondiente (artículo 17 Decreto 105/1986).

En el conjunto de los hospitales andaluces se contempla, adscritas a las respectivas Direcciones, unidades administrativas con atribuciones de distinta naturaleza –personal, atención e información al usuario, control y supervisión, asistencial, etc.–. Las unidades directamente dependientes de la Gerencia son las de Relaciones laborales, Información y Atención al Usuario, Admisión, Estadística y Archivo de Historias Clínicas⁶⁹. La estructura de la Dirección Médica tiene asignadas las unidades asistenciales de Especialidades Médicas, Quirúrgicas y Médico-Quirúrgicas, incluidas las unidades de apoyo a éstas⁷⁰. La Unidad de Enfermería es la única integrante de la Dirección de Enfermería⁷¹. La Dirección de Servicios Generales cuenta con las unidades de Mantenimiento y Seguridad, Hostelería y Suministros y Almacenes⁷². La Dirección Económica-Administrativa tiene adjudicadas, como mínimo, la unidad de Administración, Contabilidad y Control Económico y Personal⁷³.

⁶⁹ La unidad de Relaciones Laborales desarrolla la política de personal definida por el Director-Gerente y la Comisión de Dirección. La unidad de Información y Atención al Usuario tiene responsabilidad sobre la información y atención al usuario y la garantía de la tramitación de las reclamaciones. La unidad de Admisión, Estadística y Archivo de Historias Clínicas responde del control y regulación funcional de las admisiones de consultas externas, urgencias y hospitalización, del mantenimiento y control de los registros administrativos clínicos de los pacientes y de la organización del archivo de las historias clínicas y de la comunicación de la información estadística que se genere. Todas ellas son las funciones que tienen atribuidas en el artículo 18 Decreto 105/1986.

⁷⁰ La organización de las unidades médicas, quirúrgicas y médico-quirúrgicas es responsabilidad de los Jefes de Servicio, bajo la dependencia directa del Director Médico, y Jefes de Sección dependientes de aquellos o, en su defecto, del Director Médico. Todos ellos son responsables de organizar la asistencia sanitaria específica de su especialidad y de los objetivos asistenciales que tengan marcados (artículo 19 Decreto 105/1986).

⁷¹ La responsabilidad de la unidad de Enfermería recae en los Supervisores, bajo la dependencia del Director de Enfermería y tiene atribuidas las siguientes funciones: a) Desarrollar los objetivos de la enfermería respecto a los cuidados de la enfermería, planificando, organizando, evaluando y coordinando las actividades de los integrantes de la Unidad o unidades de la cual es responsable; b) Supervisar y controlar la utilización adecuada de los recursos materiales depositados en la Unidad o unidades; c) Desarrollar en la Unidad el programa de actividad asistencial de enfermería, así como participar y colaborar en la docencia e investigación de enfermería; d) Asumir las funciones, en su caso, que les delegue el Director de Enfermería (artículo 20 Decreto 105/1986).

⁷² Las tres unidades se responsabilizan del mantenimiento y organización de las distintas infraestructuras adscritas (artículo 21 Decreto 105/1986).

⁷³ La unidad de Administración tiene encomendada la gestión de ingresos y gastos del Hospital, el uso por terceros de los centros hospitalarios y el registro general, dando apoyo al resto de unidades de los centros sanitarios. La unidad de Contabilidad y Control Económico se encarga de las funciones y actos económicos de los centros sanitarios. La unidad de Personal se responsabiliza de la totalidad de las funciones de gestión vinculadas al personal –control de plantilla, puestos de trabajo, registro, nóminas, acción social, etc.– (artículo 22 Decreto 105/1986).

b) *Los órganos asesores.*

El régimen general organizativo que establece el Decreto 105/1986, dispone la presencia, obligada en todos los Hospitales, de órganos de asesoramiento y diferencia tres tipos de órganos: La Junta del Hospital y CPE como instrumento de apoyo a la Gerencia, la Junta Facultativa que sirve de guía a la Dirección Médica y la Junta de Enfermería vinculada a la Dirección de Enfermería. Todas estas unidades administrativas tienen asignadas tareas de auxilio y apoyo a los órganos administrativos y, por tanto, su función está limitada a la emisión de información y asesoramiento.

La Junta del Hospital y CFE presenta una composición organizativa muy heterogénea e integrada por profesionales, sanitarios y no sanitarios, designados por votación directa entre el personal del Centro⁷⁴. Las Juntas Facultativa y de Enfermería son los órganos colegiados de participación de los profesionales sanitarios de las Áreas Hospitalarias, integradas por los Hospitales y los CFE gestionados directamente por el SAS, excluyendo los Hospitales integrados en las Áreas Sanitarias⁷⁵. La Junta Facultativa de las Áreas Hospitalarias es un órgano colegiado de participación, dependiente de la Dirección Médica, presidido por el Director Médico del Hospital y actuando como Secretario, con voz pero sin voto, el Director Económico-Administrativo del Hospital. La composición de la Junta Facultativa se presenta variada con un número de vocales distribuidos entre las diferentes Áreas Funcionales del Hospital, un facultativo de AP de los Distritos vinculados con el Hospital, completándose con representación de los facultativos especialistas no jerarquizados y de los residentes en período de formación posgraduada y de los subdirectores médicos del Área Hospitalaria y el Director de Enfermería del Hospital. La Junta Facultativa es un órgano técnico que tiene encomendada la función de velar por la calidad de la asistencia

⁷⁴ La Junta del Hospital presenta la siguiente estructura: a) Presidente: Director-Gerente; b) Vicepresidente que es uno de los Directores del Hospital, nombrado por el Director-Gerente; c) Vocales que serán el resto de Directores que integren la Comisión de Dirección del Hospital; d) Dos facultativos especialistas elegidos por la votación directa entre el personal facultativo del Centro; e) Dos vocales elegidos por votación entre el personal de enfermería (personal Auxiliar Sanitario y Auxiliar de Clínica); f) Dos vocales elegidos por votación directa entre el personal de la función administrativa; g) Dos vocales elegidos por votación entre el resto del personal no sanitario; h) Dos vocales elegidos por votación directa por el Comité de Empresa; i) Un representante elegido por los facultativos residentes de formación postgraduado de la Institución. (artículo 24.2 Decreto 105/1986). Las funciones que puede asumir este órgano son las siguientes: a) Informar y asesorar al Director-Gerente en todas aquellas materias que incidan en las actividades asistenciales y de atención al usuario; b) Informar sobre el plan de necesidades anuales del Hospital y CPE; c) Informar y asesorar sobre los aspectos relacionados con la política de personal y con la seguridad e higiene en el trabajo; d) Conocer e informar el programa y objetivos anuales del Hospital; e) Conocer e informar sobre la memoria anual de gestión; f) Conocer e informar sobre la propuesta del presupuesto del Hospital. A su vez, la Junta del Hospital y CFE constituye el motor principal de asesoramiento al Hospital pudiendo crear las Comisiones que estime necesarias, entre ellas por su condición de irrenunciables, señalaremos la Comisión de Bienestar y Atención al Usuario, de Seguridad e Higiene en el Trabajo y la Comisión de Catástrofes.

⁷⁵ Artículo 2 Decreto 462/1996, de 8 de octubre, por el que se modifica el Decreto 105/1986, de 11 de junio, de ordenación de la asistencia sanitaria especializada y de órganos de dirección de los hospitales (BOJA núm. 127, de 5 de noviembre).

médica hospitalaria y cuya finalidad es el asesoramiento en materia de planificación, organización y gestión de asistencia clínica a la Dirección Médica y la promoción del desarrollo de funciones docentes e investigadoras. La regulación de su funcionamiento en el Decreto 462/1996, es sumamente escueta y referida en exclusiva a que la Junta Facultativa funciona en Pleno y Comisión Permanente, remitiendo a normas específicas el régimen de funcionamiento y las competencias de ambos órganos⁷⁶.

El modelo de organización y funcionamiento de la Junta Facultativa practicado en los Hospitales y CPE gestionados por el SAS se prolonga en la ordenación de la Junta de Enfermería del Área Hospitalaria que se constituye como órgano colegiado dependiente de la Dirección de Enfermería, cuya composición es variable en función de las necesidades y características de los servicios y unidades que se integran y que tiene encomendada, como función principal, velar por la calidad de los servicios de enfermería prestados en los Hospitales y servir de apoyo y asesoramiento a la citada Dirección⁷⁷. La composición de este órgano es homogénea y amplia ya que, de un lado, se integra exclusivamente por representantes del personal de enfermería y, de otro, porque el número de vocales de repre-

⁷⁶ Con todo, la norma determina los siguientes aspectos: a) la composición de la Comisión Permanente integrada, como mínimo, por cuatro vocales, presidida por el Director Médico y como Secretario actuando el que lo sea del Pleno; b) la renovación de la Junta Facultativa que será, salvo en casos excepcionales, cada cuatro años; c) la implantación de Comisiones –de calidad asistencial, investigación, infecciones, documentación clínica, información y estadísticas, de tumores, tejidos y mortalidad– dependientes de la Junta Facultativa. Otras funciones encomendadas a la Junta Facultativa son: a) Proponer el nombramiento del Director Médico del Hospital; b) Conocer el Contrato-Programa del Hospital; c) Conocer el presupuesto asignado anualmente al Hospital; d) Conocer y aprobar la memoria anual del Área Asistencial del Hospital; e) Conocer, informar y, en su caso, proponer modificaciones en la composición de las plantillas del personal facultativo del Hospital; f) Conocer, informar y proponer, con carácter vinculante, modificaciones a la distribución y ordenación interna de los recursos asistenciales del Hospital; g) Conocer, informar y, en su caso, proponer modificaciones que afecten a la infraestructura física del Área Médica del Hospital; h) Participar, conocer e informar la adquisición de medicamentos y todo tipo de material sanitario; i) Evaluar e informar sobre el grado de cumplimiento de objetivos por las unidades asistenciales y los facultativos; j) Elaborar el programa de formación para el personal facultativo del Hospital, así como proponer, con carácter vinculante, la distribución de los incentivos a los facultativos del Hospital; k) Designar representantes en los órganos cualificados para evaluar la acreditación profesional del personal facultativo; l) Designar representantes en los tribunales de evaluación; m) Realizar las funciones que le sean atribuidas y encomendadas; n) Elaborar sus normas internas de funcionamiento (artículo 5 del Decreto 462/1996, de 8 de octubre).

⁷⁷ Otras funciones que debe prestar la Junta de Enfermería son: a) Proponer el nombramiento del Director de Enfermería del Hospital; b) Conocer el Contrato-Programa del Hospital; c) Conocer el presupuesto asignado anualmente al Hospital; d) Conocer y aprobar la memoria anual del Área Asistencial del Hospital; e) Conocer, informar y, en su caso, proponer modificaciones en la composición de las plantillas del personal de la división de enfermería del Hospital; f) Evaluar y proponer, con carácter vinculante, las propuestas de distribución y ordenación interna de los recursos asistenciales del Hospital; g) Participar, conocer e informar la adquisición de material que utilice la enfermería; h) Evaluar e informar sobre el grado de cumplimiento de objetivos por las unidades asistenciales y el personal de enfermería; i) Elaborar el programa de formación para el personal de enfermería del Hospital, así como proponer, con carácter vinculante, la distribución de los incentivos a los mismos, dentro de la división de enfermería del Hospital; j) Proponer y, en su caso, designar representantes en los tribunales de evaluación; k) Realizar las funciones que le sean atribuidas y encomendadas; l) Elaborar sus normas internas de funcionamiento (artículo 11 del Decreto 462/1996, de 8 de octubre).

sentación debe ser proporcional a su representatividad en las distintas Áreas Funcionales del Hospital –quirúrgica, hospitalización, servicios generales y/o de apoyo al diagnóstico y tratamiento, cuidados críticos y urgencias, consultas externas–. Si bien, como mínimo deben contar con representación de los siguientes colectivos: ATS; Auxiliares de Enfermería; Matronas; Fisioterapeutas y Técnicos Especialistas, y Enfermeros de los DAP. Asimismo, el Decreto 462/1996, regula, en mínimos, la previsión de su régimen de funcionamiento distinguiendo el Pleno y la Comisión Permanente integrada, como mínimo, por cuatro vocales, presidida por el Director de Enfermería y como Secretario actuando el que lo sea del Pleno; la renovación de la Junta de Enfermería que se describe, excepto en casos excepcionales, cada cuatro años; por último, la creación de comisiones dependientes de la Junta de Enfermería es de su competencia pero su composición y las funciones asignadas se determinan por el Director de Enfermería del Hospital.

C) *Otras estructuras para la prestación de los servicios de atención primaria y especializada*

Los servicios de AP y AE pueden prestarse, en atención a principios de eficacia, de niveles de especialización de los centros asistenciales y del grado de innovación tecnológica, bajo una misma estructura de acuerdo a la previsión del artículo 57 LSA. En este contexto se crean las Áreas de Gestión Sanitaria (AGS)⁷⁸ como modelo de organización para la gestión unitaria de los recursos de las respectivas Áreas Hospitalarias, los Distritos de Atención Primaria y de aquellos otros centros del SSPA que se adscriban, un modelo organizativo que no se extiende a la totalidad del territorio autonómico, más bien está presente en las demarcaciones no urbanas y ciudades medias andaluzas⁷⁹.

La atención sanitaria a la población adscrita, incluyendo las actividades asistenciales y de protección de la salud, es prestada, a través de los centros sanitarios e instituciones integrados, por el AGS cuya estructura orgánica está formada por órganos de dirección y gestión⁸⁰. El Consejo de Dirección es el órgano colegiado de carácter técnico al que se

⁷⁸ En el Capítulo II “La Ordenación del Sistema Público de Salud Andaluz”, punto 2. “La ordenación y zonificación territorial del sistema andaluz de salud”, epígrafe B) “Las Áreas de Gestión Sanitaria”, se hace referencia a estas estructuras en el ámbito de la organización territorial del SAS. En el presente epígrafe analizamos la estructura orgánica y funcional de estas unidades.

⁷⁹ Como ya se adelantó de los 29 centros hospitalarios que cuenta el SAS, 10 de ellos se integran en las correspondientes AGS y se distribuyen a lo largo de todo el territorio autonómico, según datos facilitados por la Junta de Andalucía en “La atención sanitaria *op. cit.*”.

⁸⁰ En las distintas órdenes autonómicas donde se procede a la regulación de las AGS se determinan como funciones propias las siguientes: a) La organización, gestión y evaluación de las actividades y programas de atención sanitaria a la población de su ámbito, en lo relativo a la promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria y rehabilitación, de acuerdo con las directrices y criterios generales fijados por la Consejería de Salud y los objetivos marcados por el Servicio Andaluz de Salud, conforme con los principios de coordinación de servicios, integración de los niveles asistenciales y colaboración intersectorial;

atribuye la dirección y gestión del AGS, cuya composición no ésta concretada aunque se indica la presencia de la Presidencia, las Vocalías y la Secretaría, sin olvidar que funcionará en sesiones ordinarias, con periodicidad mensual, y, en su caso, extraordinarias⁸¹. Del análisis de las competencias que tiene asignadas las más destacadas son las funciones de decisión –aprobar el Plan Estratégico del AGS; desarrollar las actuaciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos fijados en el Contrato-Programa del AGS; aprobar el informe de gestión y la memoria anual del AGS; elaborar y aprobar el Reglamento Interno– (artículo 5 de las Órdenes de 5 de octubre de 2006).

De forma complementaria las AGS se integran por órganos unipersonales conforme a una composición donde la persona titular de la Gerencia tiene encomendada la Presidencia del Consejo de Dirección, si bien la atribución de funciones y competencias es independiente. Así, ostentando la Presidencia se destacan funciones de naturaleza organizativa de su régimen interno, mientras que bajo la titularidad de la Gerencia las facultades de decisión, representación, etc. son propiamente de gestión⁸². Para el desempeño de sus funciones

b) La gestión de las prestaciones sanitarias, farmacéuticas, ortopédicas y otras incluidas en el catálogo de prestaciones del Sistema Sanitario Público de Andalucía, a las que tengan derecho los ciudadanos de su ámbito territorial; c) La organización y el desarrollo de las funciones que corresponden al Servicio Andaluz de Salud en materia de formación, docencia e investigación en el conjunto de los planes, proyectos y programas de su ámbito territorial; d) La gestión de los acuerdos, convenios y conciertos en su ámbito territorial y competencial; e) La elaboración y presentación al Servicio Andaluz de Salud de las previsiones presupuestarias del Área de Gestión Sanitaria, integrando las previsiones de las instituciones y centros adscritos a la misma; f) La administración y gestión de los Centros y Servicios Sanitarios que se le adscriban; g) La gestión y administración de los recursos presupuestarios correspondientes, así como la evaluación de la gestión económica del Área, sin perjuicio de las competencias que corresponden a otros órganos; h) La dirección y gestión del personal adscrito al conjunto de las instituciones y centros integrados en el Área de Gestión Sanitaria; i) Aquellas otras que le sean atribuidas reglamentariamente y las delegadas por la Consejería de Salud y por el Servicio Andaluz de Salud (artículo 2 de las Órdenes de 5 de octubre de 2006, de la Consejería de Salud, por las que se constituyen las AGS Norte de Almería, Norte de Málaga, Serranía de Málaga, Sur de Granada).

⁸¹ En su condición de órgano colegiado el artículo 7 de las citadas Órdenes de 5 de octubre de 2006 remite, a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el régimen de funcionamiento del Consejo de Dirección.

⁸² Las funciones propias de la Presidencia del Consejo de Dirección son: a) Velar por el cumplimiento de los acuerdos del Consejo de Dirección; b) Acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias y la fijación del orden del día, señalando lugar, día y hora de celebración; c) Presidir y dirigir las deliberaciones del Consejo de Dirección y, en su caso, dirimir con su voto los empates a efectos de adoptar acuerdos; d) Visar las actas y certificaciones de los acuerdos del Consejo; e) Designar los Vocales de la Comisión Consultiva del Área de Gestión Sanitaria, en representación de la Administración Sanitaria Andaluza, así como nombrar y cesar a los Vocales de la Comisión Consultiva no representantes de aquella, a propuesta de las respectivas organizaciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 2, apartados 2 a) y 5 del Decreto 529/2004, de 16 de noviembre; f) Aquellas otras que le sean atribuidas reglamentariamente (artículo 6 de las Órdenes de 5 de octubre de 2006, de la Consejería de Salud, por las que se constituyen las AGS Norte de Almería, Norte de Málaga, Serranía de Málaga, Sur de Granada). A la Gerencia le conciernen las siguientes competencias: a) Representar al Área de Gestión Sanitaria; b) Elaborar el Plan Estratégico del Área de Gestión Sanitaria, con base en las necesidades de su población, con el marco de referencia del Plan Andaluz de Salud, Plan de Calidad y Contrato-Programa; c) Ejercer la dirección y coordinación efectiva de las unidades dependientes del Área de Gestión Sanitaria con el fin de asegurar la continuidad asistencial; d) Acordar la realización de obras e inversiones incluidas en los

la Gerencia de las AGS contará con órganos de asesoramiento integrados en comisiones de distinta naturaleza –de calidad y procesos asistenciales; de uso racional del medicamento; de formación y docencia; de ética e investigación sanitarias y de salud ambiental y alimentaria–.

III. LA GESTIÓN PRIVADA DE LOS SERVICIOS SANITARIOS EN EL SISTEMA PÚBLICO ANDALUZ: CONVENIOS Y CONCIERTOS SANITARIOS

1. La evolución legislativa de las formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud

Ciertamente con el Estado social se potencia el protagonismo público en la prestación de servicios en los que el factor económico, predominante en sectores básicos como los servicios postales, servicios de transporte, recogida y tratamiento de residuos, etc., cede y deja paso al componente asistencial donde se reconocen, como servicios no económicos, entre otros, los servicios sanitarios⁸³. En España el acceso a la atención sanitaria se concreta en el mantenimiento, a nivel constitucional (artículo 41), de un “régimen público” de la Seguridad Social y, a su vez, en el reconocimiento a los poderes públicos de una labor reguladora de la organización sanitaria y de las prestaciones y servicios necesarios sin atribuirles monopolio alguno. Durante la última década del siglo XX los sistemas sanitarios europeos y el español, en concreto, ha venido participando en el proceso de reforma en la gestión pública de los servicios sanitarios, donde no opera la reserva en exclusiva al sector público y se mantiene la iniciativa privada⁸⁴.

planes y presupuestos aprobados; e) Celebrar los contratos y suscribir los convenios que sean necesarios para el cumplimiento de los fines del Área de Gestión Sanitaria, por delegación de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud; f) Dictar las instrucciones necesarias para el buen funcionamiento del Área de Gestión Sanitaria; g) Desempeñar la jefatura superior de personal del Área de Gestión Sanitaria; h) Presidir el Consejo de Dirección del Área de Gestión Sanitaria; i) Ostentar la Presidencia de la Comisión Consultiva del Área de Gestión Sanitaria, en virtud de lo establecido en el artículo 2, apartado 2, del Decreto 529/2004, de 16 de noviembre; j) Cualquier otra función que le sea delegada por la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud y por la persona titular de la Delegación Provincial de Salud (artículo 9 de las Órdenes de 5 de octubre de 2006, de la Consejería de Salud, por las que se constituyen las AGS Norte de Almería, Norte de Málaga, Serranía de Málaga, Sur de Granada).

⁸³ Así se califican por J. Esteve Pardo: *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2ª ed., 2011, p. 429.

⁸⁴ Según el European Observatory on Health System and Policy la privatización de los sistemas sanitarios se define como “el proceso de transferencia de propiedad y funciones gubernamentales de entidades públicas a privadas (ya sean organizaciones con ánimo de lucro o sin él)”. Este proceso de transferencia puede tener como protagonista la financiación, la inversión o la gestión. Sobre las ventajas e inconvenientes de la presencia del sector privado en la prestación de los servicios puede verse S. Minué Lorenzo y J. J. Martín Martín: “Gestión privada: ¿más eficiente?”, *AMF*, nº 9, 2013, pp. 19 y ss.

La previsión de la prestación de los servicios sanitarios con participación del sector privado y la posibilidad de su organización y gestión privada es una decisión de los poderes estatal y autonómico. Y, por ello, la Ley 15/1977, de 25 de abril, de Habilitación de Nuevas Formas de Gestión, autoriza a los gobiernos central y autonómico, en sus respectivos ámbitos de competencia, a diseñar el régimen de gestión de los servicios sanitarios más conveniente⁸⁵.

En el Sistema Nacional de Salud configurado como “conjunto de estructuras y servicios públicos al servicio de la salud” la opción organizativa de entidades sanitarias a través de un modelo de gestión directa por la Administración titular, tradicional en las instituciones sanitarias propias de la Seguridad Social, se establece en la LGS, permitiendo la vinculación de hospitales privados para la prestación de los servicios sanitarios⁸⁶. La LGS declara el principio de gestión unitaria de los centros y establecimientos del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma y dispone que los hospitales pueden ser públicos (titularidad estatal, autonómica local, otras entidades públicas) o privados vinculados al sistema público, pero situando las formas de gestión de los servicios sanitarios “con medios ajenos” en un plano subsidiario⁸⁷.

En el ámbito de la legislación básica se confirma la innovación organizativa ampliando las opciones de gestión de centros sanitarios, siempre que se mantenga su naturaleza o titularidad pública, a cualquier forma jurídica⁸⁸. Así mismo, aprueba, expresamente, pero remitiéndose a la LGS, la gestión privada de los servicios⁸⁹. Por tanto, el SNS tiene naturaleza pública, al estar integrado por un conjunto de organizaciones de este carácter,

⁸⁵ En España los modelos de gestión pública y privada en materia sanitaria no han sido objeto de estudio en profundidad, si bien la sanidad es el servicio público más valorado por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), “Calidad de los servicios públicos, VI. Distribuciones marginales”, Estudio núm. 2908, 2011. Fuera de nuestro país los estudios sobre los servicios sanitarios realizados en diferentes países europeos no muestran datos que confirmen la eficiencia de la gestión privada sobre la pública. Sobre las experiencias en el ámbito de la gestión y organización de los servicios sanitarios puede consultarse F. Sánchez, J. M. Abellán y J. Oliva, “Gestión pública y gestión privada de servicios sanitarios públicos: más allá del ruido y la furia, una comparación internacional”, *Documento de Trabajo*, nº 4/2013, Real Instituto Elcano (publicación en Internet, consultada 12/08/2013) <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal>.

⁸⁶ “La iniciativa privada sanitaria constituye, en principio, una riqueza acumulada que permite dar contenido real a conceptos necesarios para la regeneración del sistema, tales como la competencia o mercado interno” como pone de manifiesto el Informe elaborado por la Comisión de expertos para el estudio del Sistema Nacional de Salud y las tendencias de su entorno (1991), más conocido como “Informe Abril”, p. 38.

⁸⁷ Afirmación que mantiene J. M. Pemán Gavín, *op. cit.*, 2005 p. 78.

⁸⁸ Artículo 1.1, “...la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho”.

⁸⁹ Artículo 1.2, “La prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios podrá llevarse a cabo, (...) mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad”.

pero no se impide la colaboración de entidades privadas⁹⁰. En este contexto la gestión sanitaria se presenta a través de dos grandes marcos de actuación: la gestión directa del servicio por la propia Administración pública y la gestión indirecta mediante la colaboración público-privada, fundamentalmente a través de la externalización de los servicios (limpieza, lavandería, alimentación, etc.) y pruebas complementarias (resonancia, tomografía, etc.)⁹¹. Bajo el marco de los cambios en las formas de organización y gestión de la asistencia sanitaria han ido proliferando fórmulas de gestión indirecta que presentan notable variedad (acuerdos, convenios, contratos) y, de forma concreta, la LGS confirma, como mecanismos de vinculación entre personas jurídico públicas-privadas, los convenios singulares y los conciertos⁹².

Ya vemos que en relación con los servicios sanitarios no opera la reserva en exclusiva para el sector público por lo que pueden desarrollarse fórmulas de gestión que compatibilizan la actividad pública y la iniciativa privada como son, y vamos a estudiar a continuación, el convenio y el concierto⁹³. Estas figuras no se presentan como formas de organización sino nexo de unión de las organizaciones de carácter privado, que prestan la asistencia sanitaria, con la Administración pública que mantiene la titularidad del servicio⁹⁴.

⁹⁰ Sobre las formas de gestión de los servicios sanitarios vid., entre otros, J. M. Pemán Gavín: "Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios" (Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio), en *Reforma y Liberalización Económica. Los Decretos-Leyes de junio 1996*, pp. 293 y ss.; A. Menéndez Rexach: "Formas jurídicas de gestión de los servicios sanitarios", L. Parejo, F. Lobo y M. Vaquer (coord.), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 71 y ss.; M. Domínguez Martín: *Formas de gestión de la sanidad pública en España*, La Ley, Madrid, 2006. Un análisis de las distintas fórmulas de gestión directa e indirecta de los servicios sanitarios del SNS se recoge en J. L. Gómez de la Hita: "Formas jurídicas de la organización sanitaria. Derecho público y Derecho privado en la provisión pública de servicios sanitarios", *Escuela Andaluza de Salud Pública*, serie monografías, nº 25, Sevilla, 2000.

⁹¹ Para un análisis de la contratación externa de los servicios básicos (limpieza, lavandería, seguridad, mantenimiento, alimentación, etc.) de los hospitales españoles puede verse J. Puig-Junoy y P. Pérez Sust: "Integración vertical y contratación externa en los servicios generales de los hospitales españoles", *Gaceta Sanitaria*, (16) 2002, pp. 145-155.

⁹² Estas formas de gestión indirecta de los servicios sanitarios se considera "que son más apropiadas para los servicios de interés general no económicos" por J. Esteve Pardo: *op. cit.*, 2011, p. 451.

⁹³ Para conocer las diferencias sobre estos dos grandes marcos de gestión puede consultarse J. J. Martín y M. O. López del Amo: "Reformas organizativas en el Sistema Nacional de Salud", en *Gestión Hospitalaria*, capítulo 2º, McGraww Hill, 2011.

⁹⁴ Mientras que en el cuadro general de las modalidades de gestión de los servicios públicos figura el concierto no ocurre lo mismo con el convenio, sin embargo, esta ausencia "no impide que se le pueda considerar también como una modalidad de gestión indirecta" como señala A. Menéndez Rexach: "La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad", *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, vol. 6, nº 2, 2008, p. 8.

A) *El Concierto*

Bajo disposiciones de carácter básico la LGS diseña, como vía de colaboración de la iniciativa privada en la prestación de servicios sanitarios, su propio concierto⁹⁵. El concierto sanitario es una modalidad de convenio de colaboración que permite la prestación de servicios sanitarios utilizando medios ajenos a los de la Administración sanitaria⁹⁶. Si bien con carácter general el concierto está ligado a cualquier persona pública o privada, la LGS pese a no mencionar, de forma expresa, el concierto sanitario ligado con centros de titularidad privada, la ubicación de su regulación –artículo 90 del Título IV “De las actividades sanitarias privadas”– nos permite esta afirmación que se refuerza con la previsión de otras figuras, los convenios de integración y adscripción, para la vinculación de la Administración sanitaria con centros públicos.

Para la celebración de concierto sanitario la Ley básica determina los presupuestos que deben concurrir exigiendo a la Administración implicada, con carácter previo, la utilización óptima de sus propios servicios⁹⁷. En esencia no se trata de cubrir la carencia de medios públicos sino de hacer más efectiva la prestación sanitaria por ello, solo cuando la red pública no pueda dar la atención sanitaria a los usuarios, se permite la utilización del concierto⁹⁸. Paralelamente los centros privados que aspiren a la concertación han de ser homologados, también previamente, de acuerdo con un protocolo definido por la Administración competente.

⁹⁵ Así lo confirma en los siguientes términos “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 en todo el territorio nacional...” su artículo 2.1.

⁹⁶ Bajo la denominación de “convenios de colaboración” se hace referencia a “una serie de figuras que bajo la denominación de (...) concierto (...) se han introducido en nuestro derecho positivo a raíz de la planificación económica y social” como mantiene M. Bassols Coma, “Consideraciones sobre los Convenios de Colaboración de la Administración con los Particulares para el fomento de las actividades económicas privadas de interés público”, *RAP*, nº 82, 1997, p. 65. De igual forma, los conciertos son “equivalentes” a los convenios de colaboración para E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid, octava edición, 1998, pp. 666 y ss.

⁹⁷ Con anterioridad a la LGS el concierto se regulaba, con carácter general para la prestación de los servicios administrativos sanitarios y, de forma particular, para las prestaciones médicas y farmacéuticas en los artículos, respectivamente, 209 y 104 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobada por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo. Sobre las características de este concierto puede verse M. Gómez Martín: “Aproximación al régimen jurídico de los conciertos sanitarios. El contrato-programa del hospital universitario de Canarias” (publicado Internet, consulta 7/10/2013). <http://www.ajs.es/download/attach/342>.

⁹⁸ La LGS presenta el concierto sanitario como forma jurídica de carácter subsidiario, sin embargo, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (1995), no incorpora ninguna referencia al respecto y se “olvida” del carácter subsidiario y transitorio de esta modalidad de contrato de gestión de servicios públicos. Sobre esta cuestión puede verse A. Menéndez Rexach, “Las fórmulas sanitarias de gestión indirecta de servicios sanitarios: especial referencia al concierto sanitario” en *La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativos*, III Congreso Derecho y Salud, Pamplona, Gobierno de Navarra, 1995, pp. 73 y ss.

En cuanto al régimen jurídico del concierto sanitario la LGS da prioridad, en caso de igualdad de condiciones, a los centros y servicios sanitarios de los que sean titulares entidades que no tengan carácter lucrativo. Solo si la Administración competente toma la decisión de utilizar esta fórmula, las entidades citadas son prioritarias para su elección como entidad concertada, pero en modo alguno su significación puede entenderse en el sentido de tener reconocido el derecho al concierto. La concertación debe adecuarse a los objetivos de los planes de salud, ya que no puede entrar en contradicción con la planificación sanitaria. La Administración titular debe fijar, a nivel reglamentario, los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes de la concertación, siempre que quede asegurada la igualdad de trato para los usuarios afectados por el servicio concertado respecto de los usuarios de centros públicos. Mientras que la determinación de los derechos y obligaciones recíprocas se fijan en el marco contractual del concierto, la Administración competente establece, en base a módulos de coste efectivos, las condiciones económicas siempre revisables. La concertación determina una intervención limitada de la Administración contratante porque la autoridad sanitaria ejerce funciones de inspección y control de aspectos sanitarios, administrativos y económicos relativos a cada enfermo atendido por el centro privado⁹⁹. Finalmente la LGS no recoge referencias a la duración del concierto sanitario lo que puede interpretarse como un reconocimiento implícito de su consideración de fórmula contractual y, por consiguiente, sometido al plazo máximo de duración fijado por la legislación sobre contratación administrativa¹⁰⁰.

De su regulación podemos concluir que el concierto sanitario es una modalidad de contrato de gestión de servicio público que conlleva a que una empresa realiza actividades análogas a las del servicio público sanitario, por lo que viene a cubrir las carencias de asistencia sanitaria de la Administración para la prestación del servicio, convirtiéndose en una figura donde, hasta que la Administración esté en condiciones de asegurar, con medios propios, su prestación, la interinidad o transitoriedad es la nota característica de la prestación sanitaria¹⁰¹.

⁹⁹ Con el concierto “no se produce una publicación de la organización y funcionamiento del centro privado, sino que la Administración se reserva la facultad de inspeccionar el cumplimiento de las condiciones pactadas para la prestación del servicio” como mantiene J. Sánchez Caro: “Régimen jurídico de las nuevas formas de gestión en la sanidad española (la perspectiva del Instituto Nacional de la Salud)”, *Revista de Administración Sanitaria*, vol. IV, nº 14, 2000, p. 128.

¹⁰⁰ La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (1995), disponía una duración máxima de setenta y cinco años (artículo 158). Hoy en día, el plazo máximo de duración de un contrato está fijado en cincuenta años (artículo 278 del 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). En adelante TRLCSP.

¹⁰¹ Esta afirmación se refuerza con la determinación del plazo máximo de duración “10 años, salvo excepciones” de los contratos de gestión de los servicios públicos y con la prohibición “de duración indefinida” prevista en el artículo 254 TRLCSP.

B) El Convenio Singular

A nivel sanitario la fórmula convencional se presenta como protagonista en distintos supuestos de la LGS: convenios singulares para la vinculación de hospitales generales del sector privado a la red pública (artículos 66-67); convenios entre el Gobierno y las Comunidades Autónomas para la adopción de los criterios básicos mínimos y comunes en materia de información sanitaria (disposición adicional segunda); convenios para la transferencia a las Comunidades Autónomas de los establecimientos y centros sanitarios de titularidad local (disposición transitoria primera). Analizando esta relación la LGS presenta dos posibilidades para la prestación sanitaria, por un lado, el convenio interadministrativo entre Administraciones públicas con múltiples finalidades y, por otro, el convenio singular para la vinculación de centros privados a la red pública. Ya es sabido, que la LGS es la norma específica y habilitadora para la vinculación de los hospitales del sector privados que lo soliciten a la red pública de salud, pero para la regulación de la celebración de convenios la LGS presenta carácter de norma no básica y, por tanto, supletoria para las Comunidades Autónomas cuya legislación puede desplazar su contenido¹⁰².

Para la LGS el convenio singular es la figura jurídica que permite, a excepción de las cuestiones ligadas con la titularidad del centro y la relación laboral del personal sanitario, la vinculación del hospital privado al mismo régimen sanitario, administrativo y económico de los hospitales públicos. En concreto, con la vinculación del hospital privado tiene lugar la publicación de su régimen de funcionamiento y organización¹⁰³. La LGS establece los presupuestos técnico, asistencial y económico que deben concurrir para que la vinculación se produzca y los concreta en los siguientes extremos: ha de estar homologado por un protocolo previamente definido donde queden establecidas las características técnicas de los centros interesados; ha de constar la determinación de las necesidades asistenciales que lo justifican, por ejemplo, listas de espera, ocupación hospitalaria, servicios especializados, etc.; la vinculación estará supeditada, como es lógico, a la disponibilidad económica de la Administración.

Por tanto, la LGS no reconoce a los titulares de los centros privados el derecho al convenio, porque no tienen reconocido el derecho a la integración de sus centros hospitalarios en el sistema público cuando lo soliciten, en este sentido, la Administración podrá dene-

¹⁰² En la LGS los artículos 66 y 67 no tienen carácter de norma básica, mientras que los artículos 94 y 95 de la misma Ley sí son normas básicas. Merece especial atención la similitud de contenidos que presentan, respectivamente los artículos 67.5 “Los hospitales privados vinculados con el Sistema Nacional de Salud estarán sometidos a las mismas inspecciones y controles sanitarios, administrativos, económicos que los hospitales públicos, aplicando criterios homogéneos y previamente reglados” y 94.1 “Los hospitales privados vinculados en la oferta pública estarán sometidos a las mismas inspecciones y controles sanitarios, administrativos y económicos que los hospitales públicos”.

¹⁰³ Como reconoce el artículo 30.2 LGS “Los centros a los que se refiere el artículo 66 de la presente Ley estarán, además sometidos a la evaluación de sus actividades y funcionamiento (...). En todo caso las condiciones que se establezcan serán análogas a las fijadas para los centros públicos”.

garla en los supuestos de inexistencia de necesidades asistenciales y, lo más importante, la insuficiencia de recursos económicos. No obstante, la vinculación de los centros hospitalarios debe realizarse en las mismas condiciones, esto es, en cuanto a las facultades que se otorgan y las obligaciones que se contraen. Por último, la vinculación establecerá los derechos y obligaciones recíprocas en relación a los siguientes extremos: duración, prórroga, suspensión temporal, extinción definitiva, régimen económico, número de camas hospitalarias y demás condiciones de prestación de la asistencia sanitaria.

Finalizamos señalando que si es difícil establecer en la práctica la diferencia entre lo público y lo privado, no lo es menor el reconocimiento de las diferencias entre estas formas de gestión privada de los servicios sanitarios que no son siempre nítidas y en ocasiones se confunden¹⁰⁴.

2. La atención concertada de los servicios sanitarios en el Sistema Público Andaluz

La gestión de los servicios sanitarios se traslada, a través del proceso de transferencias sanitarias a las Comunidades Autónomas, a la Comunidad Andaluza donde se configura con carácter público y bajo un modelo de gestión directa¹⁰⁵. Sin embargo, la mejora de la asistencia sanitaria y las circunstancias especiales de amplitud y dispersión geográfica del territorio andaluz han dado lugar a la prestación de los servicios sanitarios fuera del sector público. La normativa autonómica ofrece cobertura a la utilización de las fórmulas de gestión indirecta ya reguladas en la LGS, los conciertos y los convenios de vinculación¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Como sostiene J. L. Gómez de la Hita: "Formas jurídicas de la organización sanitaria. Derecho público y Derecho privado en la provisión pública de servicios sanitarios", *Escuela Andaluza de Salud Pública*, serie monografías, nº 25, 2000, Sevilla, p. 311 y "son una cuestión de grado" para M. Gómez Martín, *op. cit.*, pie página 33 citando a Villar Rojas "la diferencia entre uno y otro estriba en el mayor grado de publicación de la actividad de los hospitales vinculados" en "La ordenación sanitaria en Canarias: Aspectos jurídicos", comunicación presentada en el ID Congreso Derecho y Salud, 1994.

¹⁰⁵ En el Estatuto de Autonomía (originario) se concede a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia exclusiva en materia de "sanidad e higiene" (artículo 13.21). Desde el año 1984 la Junta de Andalucía asume las competencias gestionadas por el Instituto Nacional de Salud en materia de conciertos, si bien hasta el 1 de enero de 1993 la Consejería de Salud no asume las competencias en la "gestión directa de los convenios y conciertos".

¹⁰⁶ La regulación normativa sobre los conciertos y convenios se recoge de forma específica, entre otros, en el Decreto 208/1992, de 30 de diciembre, que determina la competencia de la Consejería de Salud para el desarrollo normativo de la concertación de servicios sanitarios; el Decreto 165/1995, de 4 de julio, por el que se regulan los procedimientos de homologación de Centros Hospitalarios y de suscripción de convenios y conciertos entre la Consejería o el Servicio Andaluz de Salud y entidades, tanto públicas como privadas, para la prestación de asistencia sanitaria en los mencionados Centros; la Orden de la Consejería de Salud de 23 de octubre de 1998, por la que se actualiza y desarrolla el sistema de presupuestación y tarificación de convenios o conciertos para la prestación de asistencia sanitaria en centros hospitalarios; la Orden de la Consejería de Salud

Inicialmente la complejidad que se deriva de la ordenación de la asistencia sanitaria con la participación privada lleva a afrontar, en primer lugar, la de los centros hospitalarios y dejar, para un desarrollo posterior, el resto de los servicios sanitarios. Para la prestación de la asistencia sanitaria en centros hospitalarios está previsto que la Consejería competente y el SAS puedan suscribir “cuando las necesidades asistenciales lo justifiquen y las disponibilidades presupuestarias lo permitan”, convenios y conciertos con entidades privadas¹⁰⁷. Por un lado, los convenios singulares de vinculación son convenios de ejecución que se celebran entre la Administración sanitaria y las entidades privadas titulares del centro hospitalario y que suponen la vinculación a la Red Pública Sanitaria. Por otro lado, los conciertos sanitarios se celebran entre ambos sujetos públicos y privados y no conllevan ese lazo de unión¹⁰⁸. La colaboración público-privada entre la Administración Sanitaria y las entidades privadas a través de estos instrumentos se regula por normas propias y por normas específicas de la contratación administrativa. En este sentido, el Consejo Consultivo de Andalucía reconociendo diferencias entre los convenios de colaboración y los contratos de la Administración no impide la aplicación de la legislación de contratación administrativa a los convenios de prestación de servicios sanitarios por empresas privadas¹⁰⁹.

La suscripción de convenios o conciertos debe ser garantía de que la prestación asistencial es igual para todos los ciudadanos con derecho a cobertura sanitaria pública, porque la oferta de los servicios sanitarios prestados por los centros hospitalarios concertados o convenidos no puede ser complementaria, sino sustitutiva de la prestación asistencial que existe en los centros sanitarios públicos.

Los hospitales concertados o convenidos tienen que estar previamente homologados e inscritos en el registro de Centros y Establecimientos Sanitarios de la Consejería Salud. Para su homologación los centros sanitarios se clasifican en los siguientes grupos: hospitales de media y larga distancia; médico-quirúrgico; general básico; de especialidades y centros de tratamientos específicos¹¹⁰. Todos los centros hospitalarios, salvo los centros

de 4 de junio de 1998, por la que se establece el procedimiento de gestión para la derivación de pacientes a centros hospitalarios concertados o convenidos por la Consejería de Salud.

¹⁰⁷ El I Plan Andaluz de Salud marcaba los objetivos y compromisos del Gobierno andaluz sobre la política sanitaria y aconsejaba “orientar la concertación hacia las necesidades complementarias de los servicios sanitarios públicos” (Preámbulo).

¹⁰⁸ Sobre la distinción entre convenios y contratos puede verse A. J. Sánchez Sáez, *Los convenios administrativos para la protección ambiental*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2004, pp. 107 y ss.

¹⁰⁹ En este sentido se muestran sus Dictámenes 32/1995 de 1 de junio y 161/1997, de 17 de diciembre.

¹¹⁰ Los hospitales de media y larga distancia son aquellos destinados a la atención sanitaria con procesos clínicos ya diagnosticados, que requieren hospitalización derivada de necesidades de vigilancia o rehabilitación. Los hospitales médico-quirúrgicos son aquellos destinados a la realización de intervenciones programadas de baja complejidad y a la realización de técnicas diagnósticas que requieran hospitalización. Los hospitales generales básicos son aquellos destinados a la atención sanitaria que requiera tratamiento quirúrgico de media complejidad y en los que se pueda atender, además, procesos médicos. Los hospitales de especialidades son aquellos que

de tratamientos específicos, reúnen similares características respecto al personal sanitario, equipamiento y servicios generales, de diagnóstico y tratamiento. De forma particularizada cada centro hospitalario cuenta con unidades de hospitalización y servicios propios de diagnóstico y tratamiento derivados de las finalidades que tienen encomendados¹¹¹. Además, pueden optar al desarrollo de áreas de atención, servicios de diagnósticos o especialidades médicas o quirúrgicas distintas de las prestadas con carácter necesario¹¹². La propia naturaleza de los centros de tratamiento específico, derivada de la complejidad de la asistencia sanitaria prestada o del tipo de enfermos que deben tratarse, es determinante para fijar la disponibilidad de servicios sanitarios de cada uno de ellos.

Paralelamente a la homologación los hospitales concertados tendrán que formalizar con la Consejería de Salud o el SAS el correspondiente convenio o concierto, que una vez suscrito ha de adecuarse a un contenido básico, en el que destacamos, entre otros extremos, el sistema de derivación de pacientes¹¹³. En el SAS la derivación de pacientes a hospitales concertados se ejecuta a través de dos sistemas diferenciados. En el primero la gestión se formaliza, según las necesidades que se generen en cada momento, directamente por cada centro; mientras que en el segundo la gestión de la demanda de los hospitales y la determinación de prioridad de la asistencia concertada se encomienda a una unidad específica. Tras varios años de experiencia, decae el uso del primer sistema identificándose las ventajas de la gestión centralizada, ya que permite conocer la disponibilidad asistencial de los recursos, planificar la asistencia evitando las situaciones de infrautilización o sobreutilización de los hospitales, mantener una constante fluidez en la derivación, en definitiva, proporcionar el mayor aprovechamiento de los recursos sanitarios disponibles. La sanidad andaluza apuesta por la utilización centralizada del servicio de derivación de pacientes mediante la creación de un marco de gestión único y donde la optima utilización del conjunto de hospitales concertados se desarrolla a través de las Delegaciones Provinciales de la

pueden prestar asistencia sanitaria a pacientes que requieran tratamiento quirúrgico complejo y en los que se pueda atender, además, procesos médicos. Los centros de tratamientos específicos son aquellos centros especializados en la atención sanitaria de pacientes con determinadas patologías (Anexo II Decreto 165/1995).

¹¹¹ Como especialidades los hospitales de media y larga distancia disponen de unidades de hospitalización; los hospitales médico-quirúrgico de unidades de hospitalización y servicios de diagnóstico y tratamiento –anatomía patológica y bloque quirúrgico–; los hospitales generales básicos de unidades de hospitalización con servicios específicos –medicina interna, cirugía general, traumatología y cirugía ortopédica– y servicios comunes de diagnóstico y tratamiento –anatomía patológica, bloque quirúrgico, y farmacia–; los hospitales de especialidades disponen de unidades de hospitalización –medicina interna, cirugía general, obstetricia y ginecología, oftalmología, pediatría, psiquiatría, traumatología, urología y unidad de cuidados especiales– y de servicios comunes –anatomía patológica, bloque quirúrgico, y farmacia– (apartado B, punto 2, Anexo II Decreto 165/1995).

¹¹² Las áreas de atención sanitaria a las que pueden optar los centros son: consultas externas; hospitalización a domicilio; hospital de día; urgencias; rehabilitación; unidades de cuidados especiales y otras. Los centros pueden contar con un servicio de diagnóstico de medicina nuclear y, dentro de las especialidades médicas o quirúrgicas, medicina interna, cirugía general y obstetricia y ginecología (apartado B, punto 3, Anexo II Decreto 165/1995).

¹¹³ El contenido básico que se exige a la asistencia concertada se determina en el artículo 15 del Decreto 165/1995.

Consejería de Salud que se configuran, encargadas de la derivación de pacientes y del seguimiento y evaluación de la atención sanitaria concertada, como Unidades de Gestión Provincial¹¹⁴.

En la concertación del sector hospitalario uno de los aspectos más relevantes, para la atención sanitaria, es la garantía de la transparencia a la hora de fijar los presupuestos de los diferentes convenios o conciertos suscritos y la homogeneidad del sistema de tarificación que se implante, objetivos que se alcanzan con la implementación de una fórmula de tarificación única, basada en la Unidad de Producto Concertado¹¹⁵. Los servicios sanitarios concertados tienen que concretarse en servicios de asistencia, procesos quirúrgicos con facultativos, consultas y otros servicios –sesiones de rehabilitación, hemodiálisis, ecografía, mamografía, urgencias, etc.– y están dedicados a la prestación de estancias médicas, hospitalización domiciliaria por día, estancia hospital de día, estancia en unidad de desintoxicación hospitalaria, procesos quirúrgicos, consultas y urgencias, sin perjuicio de la contratación específica de pruebas diagnósticas y terapéuticas especiales¹¹⁶.

En estas páginas únicamente hemos plasmado algunas consideraciones sobre el régimen jurídico de los hospitales concertados como instrumentos activos y complementarios integrados en las estrategias desarrolladas por la Consejería de Salud para alcanzar los objetivos de su política sanitaria¹¹⁷.

¹¹⁴ La gestión de la atención sanitaria concertada llevada a cabo por estos órganos y el procedimiento de derivación de pacientes están regulados en la Orden de 4 de junio de 1998, de la Consejería de Salud, por la que se establece el procedimiento de gestión para la derivación de pacientes a centros hospitalarios concertados o convenidos por la Consejería de Salud.

¹¹⁵ El sistema de tarificación de los convenios o conciertos sanitarios, previsto en el artículo 17 del Decreto 165/1995, a través de la Unidad de Producto Concertado, se regula en los artículos 3 y ss. de la Orden de 23 de octubre de 1998, de la Consejería de Salud, por la que se actualiza y desarrolla el sistema de presupuestación y tarificación de convenios y conciertos para la prestación de asistencia sanitaria en centros hospitalarios (BOJA núm. 128, de 10 de noviembre).

¹¹⁶ La relación, descripción y contenido de los servicios de asistencia sanitaria concertada se recoge en el artículo 2 y Anexo I de la Orden de 23 de octubre de 1998.

¹¹⁷ En Andalucía existen un total de 17 hospitales concertados pertenecientes a entidades con y sin ánimo de lucro, que prestan servicios especializados. En las provincias de Almería, Cádiz, Córdoba, Huelva, Granada, Málaga y Sevilla nos encontramos entidades concertadas como la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios, Cruz Roja, Empresa José Manuel Pascual S.A. y otras. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, *Informe anual del Sistema Nacional de Salud Andalucía*, 2010, p. 15 (publicación Internet, consultada 23/07/2013). <http://www.msssi.gob.es/.../sns/.../informeAnual2009/AndaluciaSNS2009>.

IV. LA PARTICIPACIÓN DE LA CIUDADANÍA EN EL SISTEMA ANDALUZ DE SALUD

1. La participación ciudadana en el ámbito de las instituciones sanitarias

La participación comunitaria se articulaba por la LGS a través de las corporaciones territoriales y, citadas de forma expresa, las organizaciones sindicales y empresariales (artículo 5)¹¹⁸. Ya a nivel autonómico, aparte de declarar que la ordenación general de las actividades sanitarias y las actuaciones sobre la protección de la salud se inspiran en el principio de participación ciudadana, la LSA determina los cauces formales y territoriales adecuados para la participación, si bien limitándolos a organismos participativos de carácter meramente consultivo, informativo y sin contenido operativo. La LSA en los Capítulos I y II del Título III “Participación de los ciudadanos” regula el Consejo Andaluz de Salud y los Consejos Andaluces de Área y esta regulación se completa, en cuanto a la composición y funcionamiento de ambos órganos, en vía reglamentaria¹¹⁹.

De un lado, el Consejo Andaluz de Salud se crea como “órgano colegiado de participación” de naturaleza consultiva y asesora en el ámbito de la política sanitaria de la Comunidad Autónoma¹²⁰. Son funciones de este órgano de participación social: a) Formular propuestas relacionadas con los programas de salud que faciliten la aplicación práctica de los dere-

¹¹⁸ La participación comunitaria entendida como “implicación activa de los ciudadanos, grupos sociales y la comunidad en el proceso de toma de decisiones comunitario” por el *Glossaire Européen en Santé Publique*. Un intento por definir la participación ciudadana se realiza por J. M. Porro Gutiérrez, “Participación ciudadana y democracia”, en J. M. Porro Gutiérrez (dir.), *Instrumentos y procesos de participación ciudadana en España y Marruecos*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 15-22. De igual forma este autor analiza los modelos de democracia representativa y participativa en “De la crisis de las democracias occidentales a la democracia participativa: La democratización de la democracia”, en J. M. Porro Gutiérrez (dir.), *Instrumentos y procesos de participación ciudadana en España y Marruecos*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 23-38. Por el papel del ciudadano como copartícipe en las decisiones de las políticas públicas (sanitaria) e identificando la participación con “la posibilidad de acceso de todos los ciudadanos a los centros de gestión para hacer valer sus intereses”, con un objetivo por cumplir “mejorar la eficacia de la actuación de los poderes públicos” ya que ha de permitir un mejor conocimiento “de la realidad y las necesidades sociales” y destinada a decidir “a influir en la toma de decisiones” nos dedicamos en el trabajo M. E. Teijeiro Lillo, “Marco jurídico e instrumentos participativos para la intervención ciudadana en la gestión pública”, en M. Zambonino Pulito (dir.), *Gobernanza, derecho administrativo y políticas públicas en España y Marruecos*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 89-13.

¹¹⁹ De conformidad con el contenido del artículo 7.3 de la LSAS se crea el Consejo Andaluz de Salud, por el Decreto 109/1993, de 31 de agosto, derogado por el Decreto 174/2001, de 24 de julio, por el que se establecen las normas reguladoras del Consejo Andaluz de Salud (BOJA núm. 97, de 23 de agosto). Los Consejos de Salud de Áreas se crean por el Decreto 259/2001, de 27 de noviembre, por el que se establecen las normas reguladoras de los Consejos de Salud de Área (BOJA núm. 148, de 18 de octubre de 2006).

¹²⁰ Definido como “el máximo órgano de participación social en la formulación de la política sanitaria y en el control de su ejecución y sentando las bases legislativas para el desarrollo de los correspondientes órganos territoriales de participación social, reforzando el papel que vienen desempeñando las centrales sindicales y las organizaciones empresariales, así como las organizaciones de consumidores y usuarios de Andalucía” (apartado VI Exposición de Motivos LSA).

chos y deberes de los usuarios del SSPA; b) Colaborar en el seguimiento del Plan Andaluz de Salud y en la consecución de sus objetivos; c) Estimular las iniciativas que tengan por objeto la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad; d) Recibir información relativa al funcionamiento de centros, servicios y establecimientos sanitarios públicos; e) Conocer, previamente a su aprobación, la Memoria Anual de la Consejería de Salud y del SAS; f) Realizar cuantas funciones le sean reglamentariamente atribuidas y aquéllas que específicamente se le sometan; g) Elaborar y aprobar sus normas de funcionamiento. En definitiva, este órgano tiene encomendado el ejercicio de las funciones de asesoramiento y seguimiento, sin ningún poder decisorio, de la política sanitaria.

En relación a su composición el Consejo Andaluz de Salud está integrado y tienen representación, según se determine reglamentariamente: la Administración sanitaria autonómica, las Corporaciones Locales, las Universidades, las organizaciones sindicales y empresariales, las organizaciones de usuarios y los colectivos profesionales¹²¹. Del total de vocales 8 se reservan a la Administración autonómica, 3 a otras Administraciones (Municipios, Provincias y Universidad) y el resto, 15 vocales, a las organizaciones sociales y empresariales y de éstas, 6 vocales son representantes de los colectivos profesionales del sector sanitario¹²². En cuanto a su funcionamiento, el Consejo se reúne en régimen de pleno y, cuando se estime oportuno, de comisiones de trabajo.

De otro lado, la LSA (artículo 13) articula la participación social, a nivel territorial del Área de Salud, por órganos colegiados con funciones de consulta y asesoramiento similares a las del Consejo Andaluz de Salud, son los Consejos de Salud. En cuanto a su composición es similar a la del Consejo, también éste órgano consultivo y asesor asume funciones equivalentes, si bien referidas a su ámbito territorial, y deben participar en la formulación y seguimiento de los Planes de Salud de Área¹²³.

¹²¹ La propia LSA es determinante con la composición del Consejo Andaluz de Salud y dispuso la garantía de la participación de las Administraciones locales, organizaciones sindicales y empresariales, colegios profesionales y organizaciones de consumidores y usuarios (artículo 12).

¹²² La representación de las organizaciones y colectivos profesionales se distribuye en: cuatro miembros en representación de las Federaciones y Asociaciones de Consumidores y Usuarios de Andalucía; un representante por cada uno de los Sindicatos más representativos; ocho miembros de los Colegios Profesionales existentes en Andalucía –uno de ellos por el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Médicos; otro por el de Diplomados en Enfermería; otro por el de Farmacéuticos, otro por el de Veterinarios, otro por el de Odontólogos y Estomatólogos, otro por el de Psicólogos, otro por el de Fisioterapeutas y otro por el de Podólogos–; dos miembros en representación de las Organizaciones Empresariales de mayor representatividad en Andalucía [artículo 4.1.c) Decreto 174/2001, de 24 de julio]. La composición del Consejo de Salud era homóloga en el Decreto 109/1993.

¹²³ La representación de las Administraciones Territoriales se identifica, en función de la población de los municipios que se integran en el AS y, así, están representados: un vocal para los municipios menores de 20.000 habitantes y otro para los municipios con mayor población [artículo 17.1.c) Decreto 259/2001]. Parece que el tamaño de los municipios es relevante para la composición de los órganos, sin embargo, entre los ayuntamientos de menos de 10.000 habitantes sólo un 10% posee algún instrumento normativo regulador de la participación como afirma J. M. Porro Gutiérrez, "Participación ciudadana en el ámbito local: Aproximación a la

Las previsiones de la LSA (artículo 14.1) de poder establecer otros órganos de participación ciudadana se va configuración con la creación de los Consejos de Salud en los Distritos de Atención Primaria, las Comisiones de Participación Social en las Áreas Hospitalarias y las Comisiones Consultivas en las Áreas de Gestión Sanitaria. Las Comisiones Consultiva se regulan como nuevas estructuras participativas con funciones de participación consulta y asesoramiento de ámbito limitado a cada una de estas unidades territoriales, en cuanto a su composición, similar a la de los órganos analizados, se integra con la doble representación de la Administración sanitaria y las organizaciones sociales¹²⁴. En los DAP se crea como órgano de participación, con carácter consultivo, un Consejo de Participación¹²⁵.

Durante las últimas décadas con la creación de este conjunto de órganos la participación ciudadana adquiere relevancia, al menos desde la perspectiva teórica, en el ámbito de la salud pública, si bien, la participación real en salud marca distancias porque su carácter meramente informativo y de conocimiento con escasas funciones de gestión, control y decisión directa ha provocado que los órganos de consulta y participación hayan ido desapareciendo o dejando de funcionar de manera regular¹²⁶. El SAS ha ido funcionando sin mecanismos reales de participación ciudadana, porque los organismos citados no surgen de las demandas de la sociedad, sino del compromiso y prioridad del sistema público con la salud de las personas.

2. Las nuevas orientaciones de la participación en los ámbitos de la sanidad y la salud

Los cambios sustanciales en el SNA –mayor descentralización sanitaria, nuevo modelo de financiación, incremento del gasto sanitario, etc.– han sido apreciados por la sociedad que muestra su grado de satisfacción con este sistema público y está dispuesta a participar

estructura normativa desde los reglamentos de participación ciudadana”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 39-40, 2012, p. 396.

¹²⁴ La composición de las Comisiones de AGS se distribuye en: cuatro miembros de la Administración Sanitaria Andaluza; dos miembros de las Corporaciones Locales integradas en la demarcación territorial del Área; dos miembros de las Organizaciones Sindicales; dos miembros de las Organizaciones y Asociaciones de Consumidores y Usuarios de Andalucía; dos miembros de las Organizaciones Empresariales de Andalucía (artículo 2.2 Decreto 529/2004).

¹²⁵ Artículo 20 Decreto 195/1985, de 28 de agosto.

¹²⁶ Como manifiesta J. L. Ruiz Giménez, “Participación comunitaria. Documento de discusión sobre un modelo de participación comunitaria en el Sistema Nacional de Salud del Estado español”, *Revista Comunidad PACAP*, nº 8, 2005, p. 62. De forma más expresiva “fulminar la participación social no ayuda precisamente a un sistema que está siendo cuestionado, atacado y vilipendiado por los que solo ven en la salud una mercancía” son las críticas vertidas por la Presidenta de FACUA Andalucía –Olga Ruiz– a la Consejera de Salud –María Jesús Montero–, (publicación Internet, consultada 16/07/2013) <http://www.facua.org/es/txt/noticia>. También el Informe SESPAS 2006 anuncia, reconociendo el escaso interés de los usuarios por la participación en órganos de representación, una valoración negativa.

de forma activa, a pesar de la falta de vías para canalizar su participación, en el sistema sanitario¹²⁷.

El SNS incorpora “el reconocimiento explícito de la capacidad de influencia de los pacientes, tanto individual como colectiva, por medio de las organizaciones que los representen”¹²⁸. La Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud propone la participación social en el SNA “participación ciudadana, tanto en el respeto a la autonomía de sus decisiones individuales como en la consideración de sus expectativas como colectivo de usuarios, y para permitir el intercambio de conocimientos y experiencias” (apartado I Exposición de Motivos). Dentro del ámbito de las políticas sanitarias las iniciativas ciudadanas, individuales u organizadas, engloban un amplio marco de actuación donde se recogen experiencias organizativas, de planificación, implantación y gestión del sistema sanitario hasta llegar a la autogestión de la salud¹²⁹. La Administración sanitaria andaluza está promoviendo directamente, incorporando las aportaciones de los usuarios y consumidores, iniciativas de participación ciudadana en el diseño e implantación de las políticas sanitarias como ha recogido la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias de Andalucía en un informe del año 2006¹³⁰.

En el proceso de asistencia sanitaria se plantea la conveniencia de ir fusionando, de forma gradual, la participación del usuario en la toma de decisiones, así se identifica por la legislación autonómica en relación a cuestiones como el consentimiento informado para intervenciones, tratamientos y exploraciones o la declaración de voluntad anticipada para mantener las constantes vitales en los procesos terminales¹³¹. La participación social en la toma de decisiones relativas a su salud tiene su reflejo en la Recomendación (2000) 5 del Consejo de Europa con la implantación de sus líneas directrices¹³². La promoción de la toma de decisiones compartida ha sido impulsada desde el SAS, se está incorporando en

¹²⁷ Tras analizar los barómetros sanitarios del Centro de Investigaciones Sociológicas es la conclusión que manifiestan J. Del Llano, A. Hidalgo y S. Pérez Camarero, *¿Estamos satisfechos los ciudadanos con el Sistema Nacional de Salud? Valoración según los barómetros sanitarios*, Ergon, Madrid, 2006.

¹²⁸ Artículo Ley 41/2002, de noviembre.

¹²⁹ Podríamos hablar de foros de participación, paneles informativos, jurados de ciudadanos, etc. estas y otras propuestas se examinan por A. Segura, “La participación ciudadana, la sanidad y la salud”, *Revista Gestión Clínica*, vol. 12, nº 2, 2010, pp. 55-62.

¹³⁰ Puede verse J. J. Cerezo, *Descripción de iniciativas de participación ciudadana en la planificación e implantación de políticas en sistemas sanitarios públicos*, Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias de Andalucía, Sevilla, 2006 (publicación Internet, consultada 13/10/2013) <http://www.juntadeandalucia.es/salud/orgdep/AETSA>.

¹³¹ Orden de 8 de julio de 2009, de la Consejería de Salud, por la que se dictan instrucciones a los Centros del Sistema Sanitario Público de Andalucía, en relación al procedimiento de Consentimiento Informado (BOJA núm. 152, de 6 de agosto).

¹³² En relación con ellas véase VV. AA., “Participación del ciudadano”, *Manual de Calidad Asistencial*, SESCAM, Sociedad de Calidad Asistencial de Castilla La Mancha, 2009, pp. 447-448.

su cartera de servicios para fortalecer la capacitación de los usuarios y se han elaborado varias herramientas de ayuda por los Servicios y la Agencia de Evaluación de Tecnología Sanitaria de Andalucía (AETSA)¹³³.

Tampoco debemos olvidar que la intervención del usuario tiene reflejo en las guías relativas a la mejora de la calidad de los servicios y, especialmente, en materia de prevención de riesgos de seguridad. La Consejería de Salud de la Junta de Andalucía a través de su Portal de Salud¹³⁴ incluye, en el apartado “Herramientas para ayudar a implicarlo en la toma de decisiones relacionadas con la salud” de la sección para ciudadanos, dos documentos para la prevención de errores médicos: por un lado, “cinco recomendaciones para recibir una mejor atención médica”, por otro lado, “Consejos para cuando visite a su médico”¹³⁵.

En el SAS el nuevo rol del ciudadano (paciente), su percepción del sistema público, su participación individual corresponsabilizada en las decisiones sanitarias, su formación en habilidades y competencias, su participación en la salud colectiva son los desafíos que tiene planteada, en términos de funcionalidad y de legitimidad, la gobernanza en salud pública, cuyo análisis es centro de otra ley, la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía, por ello ponemos en nuestro estudio punto y aparte¹³⁶.

¹³³ A modo de ejemplo, VV. AA., “Herramienta de ayuda a la toma de decisiones (HATD) para pacientes con fibrilación auricular no valvular”, Sevilla, AETSA, Ministerio de Salud, Madrid, 2008. La participación activa del paciente en las decisiones sobre su salud se estudia por A. Ruíz Azarola y L. Pérez Pérez, “Participación ciudadana en salud: formación y toma de decisiones compartidas. Informe SESPAS 2012”, *Revista Gaceta Sanitaria*, 2012, nº 26, pp. 158-161.

¹³⁴ Portal de Salud de la Junta de Andalucía. Ciudadanos: Herramientas para ayudarle a implicarle en la toma de decisiones relacionados con su salud (publicación en Internet, consultada 13/07/2013). <http://www.juntadeandalucia.es/salud/principal/documentos.asp?pagina=ciudadanos>.

¹³⁵ Estos consejos derivan del contenido de las Guías de la Agency for Health Research and Quality (AHRQ) de Estados Unidos para la participación activa del paciente en la mejora de la calidad de la atención sanitaria, que incorporan un documento sobre “20 recomendaciones para ayudar a prevenir los errores médicos”. Estas recomendaciones y algunas iniciativas (movilización, información, organización, etc.) para la participación del paciente en la mejora continuada de la calidad y seguridad clínica se recoge por P. J. Saturno, “Estrategias para la participación del paciente en la mejora continuada de la seguridad clínica”, *Revista de Calidad Asistencial*, nº 24, 2009, pp. 125-130.

¹³⁶ Todos estos retos son de interés para S. Blancafort Alias, “Gobernanza y participación en el Sistema Nacional de Salud: Visión y expectativas de pacientes y usuarios”, *Papeles de Trabajo*, nº 35, 2009, Fundación Salud, Innovación y Sociedad, pp. 13-24 (publicación Internet, consulta 23-09-2013). http://www.fundsis.org/docs_act/150_documento-de-trabajo-35.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M.: *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1999.

AA.VV.: “Reflexiones sobre la atención primaria de salud. Una visión histórica de la atención primaria en España y su encuadre en la evolución económica del país”, *Documento de Trabajo 172/2011*, Fundación Alternativas.

BASSOLS COMA, M.: “Consideraciones sobre los Convenios de Colaboración de la Administración con los Particulares para el fomento de las actividades económicas privadas de interés público”, *RAP*, nº 82, 1997, p. 65.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “Anotaciones a la Ley de Cohesión de Calidad del Sistema Nacional de Salud”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 11, nº 2, julio-diciembre 2003, pp. 125 y ss.

BLANCAFORT ALIAS, S.: “Gobernanza y participación en el Sistema Nacional de Salud: Visión y expectativas de pacientes y usuarios”, *Papeles de Trabajo*, nº 35, Fundación Salud, Innovación y Sociedad, 2009, pp. 13-24.

CEREZO, J. J.: *Descripción de iniciativas de participación ciudadana en la planificación e implantación de políticas en sistemas sanitarios públicos*, Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias de Andalucía, Sevilla, 2006.

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS (CIS): “Calidad de los servicios públicos, VI. Distribuciones marginales”, *Estudio*, nº 2908, 2011.

CORVELLA DUCH, J.: *Manual de Derecho Sanitario*, Atelier, Barcelona, 2006.

DEL LLANO, J.; HIDALGO A. y PÉREZ CAMARERO, S.: *¿Estamos satisfechos los ciudadanos con el Sistema Nacional de Salud? Valoración según los barómetros sanitarios*, Ergon, Madrid, 2006.

DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.: *Formas de gestión de la sanidad pública en España*, La Ley, Madrid, 2006.

ESCRIBANO COLLADO, P.: “La cohesión del Sistema Nacional de Salud: las funciones del Consejo Interterritorial”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 52, 2003.

ESTEVE PARDO, J.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2ª ed., 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid, octava edición, 1998.

GÓMEZ DE HITTA, J. L.: “Formas jurídicas de la organización sanitaria”, *Escuela Andaluza de Salud Pública*, Sevilla, serie monografías nº 25, 2000.

GÓMEZ MARTÍN, M.: *Aproximación al régimen jurídico de los conciertos sanitarios. El contrato-programa del hospital universitario de Canarias*, 2013.

INSTITUTO DE INFORMACIÓN SANITARIA: *Ordenación sanitaria en el territorio de las Comunidades Autónomas. Mapa de referencia para el Sistema de Información de Atención Primaria (SIAP)*, año 2011, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2012, p. 10.

LÓPEZ LARA, E.: “Territorio y ordenación de los servicios sanitarios en Andalucía”, E. López Lara (coord.): *Servicios y transporte en el desarrollo territorial de España*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2003.

MARTÍN, J. J. y LÓPEZ DEL AMO, M. O.: “Reformas organizativas en el Sistema Nacional de Salud”, en *Gestión Hospitalaria*, capítulo 2º, McGraww Hill, 2011.

MENÉNDEZ REXACH, A.: “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”, *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, vol. 6, nº 2, 2008.

- “Formas jurídicas de gestión de los servicios sanitarios”, L. Parejo, F. Lobo y M. Vaquer (coord.): *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- “Las fórmulas sanitarias de gestión indirecta de servicios sanitarios: especial referencia al concierto sanitario”, en *III Congreso Derecho y Salud*, Pamplona, Departamento de Salud, Gobierno de Navarra, 1995.

MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL: *Ordenación Sanitaria del Territorio en las Comunidades Autónomas. Sistema de Información de Atención Primaria (SIAP)*, 2012.

- *Ordenación sanitaria del territorio en las Comunidades Autónomas. Mapa de referencia para el Sistema de Información de Atención Primaria (SIAP)*, año 2011.
- *Sistema Nacional de Salud. Organización general de la atención primaria en las Comunidades Autónomas*, Instituto de Información Sanitaria, Madrid, 2010.
- *Informe Anual del Sistema Nacional de Salud Andalucía, 2010*, Ministerio de Sanidad y Política Social, Madrid, 2010.
- *Informe Anual del Sistema Nacional de Salud Andalucía, 2009*, Ministerio de Sanidad y Política Social, Madrid, 2009.
- *Informe Anual del Sistema Nacional de Salud Andalucía, 2008*, Ministerio de Sanidad y Política Social, Madrid, 2008.

MINUÉ LORENZO, S. y MARTÍN MARTÍN, J. J.: “Gestión privada: ¿más eficiente?”, *AMF*, nº 9, 2013.

PEMÁN GAVÍN, J. M.: *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*, Comares, Granada, 2005.

- “Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios (Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio)”, en *Reforma y Liberalización Económica. Los Decretos-Leyes de junio 1996*, pp. 293 y ss.

PORRO GUTIÉRREZ, J.: “Participación ciudadana y democracia”, en J. M. Porro Gutiérrez (dir.), *Instrumentos y procesos de participación ciudadana en España y Marruecos*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 15-22.

- “De la crisis de las democracias occidentales a la democracia participativa: La democratización de la democracia”, en J. M. Porro Gutiérrez (dir.), *Instrumentos y procesos de participación ciudadana en España y Marruecos*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 23-38.
- “Aproximación a la estructura normativa de la participación ciudadana”, en J. M. Porro Gutiérrez (dir.), *Instrumentos y procesos de participación ciudadana en España y Marruecos*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 107-124.
- “Participación ciudadana en el ámbito local: Aproximación a la estructura normativa desde los reglamentos de participación ciudadana”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 39-40, 2012, pp. 387-399.

PUIG-JUNOY, J. y PÉREZ SUST, P.: “Integración vertical y contratación externa en los servicios generales de los hospitales españoles”, *Gaceta Sanitaria*, (16) 2, pp. 145-155.

RUIZ AZAROLA, A. y PÉREZ PÉREZ, L.: “Participación ciudadana en salud: formación y toma de decisiones compartidas. Informe SESPAS 2012”, *Revista Gaceta Sanitaria*, nº 26, 2012, pp. 158-161.

RUIZ GIMÉNEZ, J. L.: “Participación comunitaria. Documento de discusión sobre un modelo de participación comunitaria en el Sistema Nacional de Salud del Estado español”, *Revista Comunidad PACAP*, nº 8, 2005, p. 62.

SEGURA, A.: “La participación ciudadana, la sanidad y la salud”, *Revista Gestión Clínica*, vol. 12, nº 2, 2010, pp. 55-62.

SÁNCHEZ CARO, J.: “Régimen jurídico de las nuevas formas de gestión en la sanidad española (la perspectiva del Instituto Nacional de la Salud)”, *Revista de Administración Sanitaria*, vol. IV, nº 14, 2000.

SÁNCHEZ SÁEZ, A. J.: *Los convenios administrativos para la protección ambiental*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2004.

SÁNCHEZ F.; ABELLÁN, J. M. y OLIVA, J.: “Gestión pública y gestión privada de servicios sanitarios públicos: más allá del ruido y la furia, una comparación internacional”, *Documento de Trabajo*, nº 4/2013.

SATURNO, P. J.: “Estrategias para la participación del paciente en la mejora continuada de la seguridad clínica”, *Revista de Calidad Asistencial*, nº 24, 2009, pp. 125-130.

TEIJEIRO LILLO, M. E.: “Marco jurídico e instrumentos participativos para la intervención ciudadana en la gestión pública”, en M. Zambonino Pulito (dir.), *Gobernanza, derecho administrativo y políticas públicas en España y Marruecos*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 89-113.

VV. AA.: “Participación del ciudadano”, *Manual de Calidad Asistencial*, SESCAM, Sociedad de Calidad Asistencial de Castilla-La Mancha, 2009, pp. 447-448.

VV.AA.: “Herramienta de ayuda a la toma de decisiones (HATD) para pacientes con fibrilación auricular no valvular”, Sevilla, AETSA, Ministerio de Salud, Madrid, 2008.

VV. AA.: “Cambios en el dispositivo asistencial y su adecuación a los cambios demográficos y a los nuevos retos sociosanitarios”, G. López I Casasnovas (dir.), *Evaluación de las políticas de servicios sanitarios en el Estado de las Autonomías*, vol. II, Fundación BBV, Bilbao, 2001.

VV. AA.: “Distritos de atención primaria: la experiencia andaluza”, en *Revista Sanidad e Higiene Pública*, nº 4 julio-agosto, 1991, p. 299.

VAQUER CABALLERÍA, M.: “La coordinación y el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud”, L. Parejo, A. Palomar y M. Vaquer (coord.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 122 y ss.

VILLAR CAÑADA, I.: “Régimen jurídico de la organización y gestión sanitaria. El nuevo modelo legal de la sanidad pública: El Sistema Nacional de Salud”, en *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Comares, Granada, 2007, p. 119.

Capítulo III. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA

Elsa Marina Álvarez González

I. INTRODUCCIÓN

Nuestra Comunidad Autónoma, al acceder a su autonomía por la vía del artículo 151 CE y asumir en su Estatuto de Autonomía las competencias recogidas en el artículo 149 CE, las cuales se hicieron efectivas desde el traspaso de las funciones y servicios necesarios para ello, se ha caracterizado en materia sanitaria por ser de las primeras en desarrollar su propio sistema sanitario público. Así, desde 1984, año en el que recibe los últimos traspasos del Estado necesarios para gestionar la asistencia sanitaria, hace ya casi tres décadas, Andalucía ha ido desarrollando a lo largo de los años, un sistema sanitario público que 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 circunstancia. Ello hace que la evolución experimentada por el sistema sanitario público andaluz durante este tiempo, haya dotado a nuestro sistema de una estabilidad organizativa e institucional de la que, claro está, no disponen otras Comunidades Autónomas, desde luego las que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 CE.

En efecto, el ciudadano se ha consolidado como auténtico centro del sistema y se ha avanzado en la garantía de nuevos derechos para los usuarios, como la libre elección de médico y hospital, el derecho a una segunda opinión médica, el establecimiento de unos tiempos máximos de respuesta para intervenciones quirúrgicas, pruebas diagnósticas y

primeras consultas externas, o la expresión del testamento vital y el derecho a la dignidad de la persona en el proceso de su muerte. Estrechamente ligado a estos avances, se ha impulsado la participación de los ciudadanos en aquellas decisiones relacionadas con su salud, así como la implicación de los profesionales andaluces en el diseño de las políticas y estrategias de actuación de la sanidad pública.

Entre las políticas sanitarias andaluzas, queremos destacar el impulso de la calidad asistencial. Así, se aprobó el III Plan Andaluz de Salud¹ como instrumento de planificación sanitaria en el que se analizaba la situación de la sanidad andaluza y se definían las actuaciones a desarrollar durante el periodo de vigencia del mismo y en el que la calidad constituía el eje central de los objetivos a conseguir; el Plan de Calidad y Modernización del Sistema Sanitario Público Andaluz, entre cuyas medidas se recogía la construcción de una red de hospitales de alta resolución, que acercara la atención especializada a todos los andaluces, posibilitando que los ciudadanos se encuentren a menos de treinta minutos de un hospital; y el vigente Plan de Calidad del Sistema Sanitario Público de Andalucía para el periodo 2010-2014², que centra su contenido en tres escenarios estratégicos de actuación: la ciudadanía, los profesionales, y la propia organización sanitaria. Así, en el escenario dedicado a la ciudadanía, las líneas de calidad se dirigen a reforzar el papel de cada usuario para ejercer su autonomía y participación sobre su propia salud. Se trata de procurar un entorno de confianza y complicidad, que permita la comunicación y toma de decisiones compartida, la corresponsabilidad en el uso de los servicios y en el ejercicio de los derechos, sobre la base del intercambio del conocimiento disponible y la especial consideración de los valores personales. El segundo escenario de actuación se concreta en la generación de una renovada relación entre los profesionales y la organización sanitaria. Un modelo de intercambio que favorezca, de un lado, la autonomía y el compromiso de los profesionales por la calidad y la excelencia en la atención, asentado en el modelo de gestión clínica; y, de otro, el compromiso de la propia organización para dar respuesta a sus necesidades y expectativas, para potenciar al máximo su desarrollo profesional, en el marco de un clima de intercambio de conocimiento e innovación permanentes. La organización sanitaria, por su parte, es a su vez el ámbito donde nace y se afianza la relación entre la ciudadanía y los profesionales, un espacio de encuentro donde ambos comparten valores, responsabilidades, conocimientos y decisiones. La organización se configura así en el tercer escenario planteado, que se dibuja como un necesario “espacio compartido” que un sistema sanitario sostenible, equitativo, solidario y maduro, debe saber construir,

¹ Este Plan abarca el periodo 2003-2008. Se puede acceder a él en la página web <http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/>.

² Se puede acceder a su contenido en la página web: http://www.juntadeandalucia.es/salud/channels/temas/temas_es/P_2_ANDALUCIA_EN_SALUD_PLANES_Y ESTRATEGIAS/II_plan_calidad/plan_calidad_2010?perfil=org&desplegar=/temas_es/P_2_ANDALUCIA_EN_SALUD_PLANES_Y ESTRATEGIAS/&idioma=es&tema=/temas_es/P_2_ANDALUCIA_EN_SALUD_PLANES_Y ESTRATEGIAS/II_plan_calidad/&contenido=/channels/temas/temas_es/P_2_ANDALUCIA_EN_SALUD_PLANES_Y ESTRATEGIAS/II_plan_calidad/plan_calidad_2010.

para trabajar con firmeza, desde la cooperación, la sensibilidad y el respeto, por la salud y la calidad de vida de cada una de los hombres y mujeres de Andalucía.

La gestión por procesos, por otra parte, también ha constituido un instrumento de organización sanitaria que ha permitido que profesionales de atención primaria y especializada, conjuntamente, determinen los distintos pasos a seguir en cada momento de la asistencia sanitaria, contando en todo momento con las expectativas expresadas por los propios ciudadanos. También en el marco del Plan de Calidad, la Consejería de Salud ha impulsado otras fórmulas organizativas novedosas, como las unidades clínicas, unos modelos que intentan dar respuesta a las demandas de la sociedad en términos de calidad, efectividad clínica, eficiencia y satisfacción, y el Proyecto Diraya –o historia de salud digital–, que ha permitido a Andalucía disponer de la base de datos clínicos más importante de la Unión Europea, lo que supone que más de 7,5 millones de andaluces tienen perfectamente identificados sus problemas de salud en una única historia de salud compartida.

Pues bien, en este contexto nos vamos a centrar en el análisis de la organización administrativa del Sistema Sanitario Público de Andalucía, materia que últimamente ha cobrado especial protagonismo al verse afectada por la reestructuración del sector público a la que estamos asistiendo en los últimos tiempos. Siendo así que nuestro objetivo en las páginas que siguen es exponer la evolución que ha sufrido la organización administrativa sanitaria en Andalucía y analizar los resultados de esa remodelación organizativa con un sentido crítico y reflexivo.

II. LA ORGANIZACIÓN DE LA SANIDAD PÚBLICA EN ANDALUCÍA: EL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA

1. El Sistema Sanitario Público de Andalucía

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 sanitaria³. 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 Salud⁴.

³ Artículo 43 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

⁴ Sobre la organización del Sistema Nacional de Salud pueden consultarse, entre otros, Álvarez González, E. M., *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública: sistema de prestaciones y coordinación sanitaria*, Ed. Comares, 2007; “El Sistema Nacional de Salud como sistema: realidad y carencias”, *Revista Derecho y Salud*, nº 1, 2007 y “El Sistema Nacional de Salud (II): ordenación de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas” en Palomar Olmeda, A., y Cantero Martínez, J. (dir.), *Tratado de Derecho Sanitario*, Ed. Thomson

Como características fundamentales del Sistema Sanitario Público de Andalucía podemos destacar:

- a) La extensión de sus servicios a toda la población⁵.
- b) El aseguramiento único y público y la financiación pública del Sistema⁶.
- c) El uso preferente de los recursos sanitarios públicos en la provisión de los servicios.
- d) La prestación de una atención integral de la salud procurando altos niveles de calidad.

El Sistema Sanitario Público de Andalucía está compuesto por:

- a) Los centros, servicios y establecimientos sanitarios públicos integrados en el Servicio Andaluz de Salud o adscritos al mismo.
- b) Los centros, servicios y establecimientos sanitarios de organismos, empresas públicas o cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho, adscritas a la Administración de la Junta de Andalucía.
- c) Los centros, servicios y establecimientos sanitarios de las Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias.

Y además, podrán formar parte del mismo, los centros, servicios y establecimientos sanitarios de otras Administraciones Públicas adscritos al mismo, en los términos que prevean los respectivos convenios o acuerdos suscritos al efecto, y, en general, todos aquellos

Aranzadi, vol. I, 2013; García de Arboleya Tornero, J. L., "El Sistema Nacional de Salud en el Estado de las Autonomías", *Revista de Administración Sanitaria*, octubre-diciembre, 3 (12) 1999; Moreno Palanqués, R. F., "El Sistema Nacional de Salud en la nueva etapa de descentralización plena", *Revista Presupuesto y Gasto Público*, nº 28, 2002; Muñoz Machado, S., "La organización de los sistemas de salud", *Revista Derecho y Salud*, I Congreso de Derecho y Salud, Barcelona, 1992 y *La formación y crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, 1995; Temes Montes, J. L. y Gil Redrado, J., *El Sistema Nacional de Salud*, Ed. McGraw Hill Interamericana, Madrid, 1997.

⁵ Es preciso señalar que el 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, ha vuelto a introducir el concepto de aseguramiento para reconocer el derecho a la asistencia sanitaria en España, concepto superado con la Ley General de Sanidad de 1986, que reconocía el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional (artículo 1.2), pero que vuelve a instaurarse casi tres décadas después. En efecto, ahora la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantiza a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado y que son aquellas personas que se encuentren en algunos de los supuestos recogidos en el artículo 3.2 del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril (desarrollado por el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto).

⁶ Este principio lo que asegura es el derecho de todos a la protección de la salud. No obstante, debemos destacar que ahora la financiación pública no será suficiente para acceder a las prestaciones sanitarias con cargo a fondos públicos, pues para ello, será necesario, además, estar en posesión de un título habilitante: ser asegurado –o beneficiario–. Creemos que resulta un tanto contradictorio exigir el cumplimiento del principio contributivo cuando existe una financiación del sistema vía impositiva, pues se llega a la paradójica situación de ciudadanos que, a pesar de pagar los impuestos con los que se financia la sanidad pública, cuando requieran atención sanitaria deberán costearla con sus propios medios económicos como "pacientes privados".

centros, servicios y establecimientos sanitarios que se adscriban al mismo en virtud de un convenio singular de vinculación.

Por tanto, el Sistema Sanitario Público de Andalucía queda configurado como un sistema de carácter preferentemente público que reconoce la universalidad del derecho a la protección de la salud, la provisión pública de las prestaciones sanitarias, y la financiación pública, todo ello en el marco de una concepción integral de la salud, y sin perjuicio de la posibilidad de que puedan darse fórmulas de gestión privada de la asistencia sanitaria pública, como vamos a ver a lo largo de estas páginas.

La dirección y coordinación del Sistema Sanitario Público de Andalucía corresponde a la Consejería de Salud, quien garantizará la integración y la coordinación del mismo en orden a posibilitar la igualdad efectiva en el acceso a las prestaciones bajo los principios de aseguramiento único y financiación pública.

A) Principios generales del Sistema Sanitario Público de Andalucía

El objetivo principal del Sistema Sanitario Público de Andalucía es hacer efectivo el derecho a la protección de la salud de los andaluces, y para ello, se consagran como principios fundamentales⁷:

- a) Universalización y equidad en los niveles de salud y la igualdad en el acceso al Sistema Sanitario Público de Andalucía.
- b) Consecución de la igualdad social y el equilibrio territorial en la prestación de los servicios sanitarios.
- c) Concepción integral de la salud, incluyendo actuaciones de promoción, educación sanitaria, prevención, asistencia y rehabilitación.
- d) Integración funcional de todos los recursos sanitarios públicos.
- e) Planificación, eficacia y eficiencia de la organización sanitaria.
- f) Descentralización, autonomía y responsabilidad en la gestión de los servicios.
- g) Participación de los ciudadanos.
- h) Participación de los trabajadores del sistema sanitario.
- i) Promoción del interés individual y social por la salud y por el sistema sanitario.
- j) Promoción de la docencia e investigación en ciencias de la salud.
- k) Mejora continua en la calidad de los servicios, con un enfoque especial a la atención personal y a la confortabilidad del paciente y sus familiares.
- l) Utilización eficaz y eficiente de los recursos sanitarios.

⁷ Artículo 2 Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

B) La concepción integral de la sanidad andaluza

Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, como ya lo hiciera la Ley General de Sanidad de 1986, acoge una concepción integral de la sanidad pública, en la que se incluyen actuaciones de promoción, educación sanitaria, prevención, asistencia sanitaria y rehabilitación (artículo 2.3). Pero, esta concepción integral no sólo se expresa como principio general de actuación de la Administración sanitaria pública de Andalucía, sino que se manifiesta a lo largo de la Ley, sobre todo en el Título IV, al recoger las actuaciones en materia de salud: salud pública, salud laboral y asistencia sanitaria.

En efecto, 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 (artículo 15):

- a) 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.
- b) 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.
- c) El control sanitario y la prevención de las antropozoonosis.
- d) Promoción y mejora de la salud mental.
- e) 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.
- f) 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.
- g) Educación para la salud de la población, como elemento primordial para contribuir a la mejora de la salud individual y colectiva.
- h) 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.
- i) Fomento de la formación e investigación científica en materia de salud pública.

La Administración sanitaria pública de Andalucía también promoverá actuaciones en materia sanitaria referentes a la salud laboral en el marco de lo dispuesto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. En este sentido, corresponderá en particular a la Administración sanitaria pública de Andalucía:

- a) El establecimiento de los medios adecuados para la evaluación y control de las actuaciones de carácter sanitario que se realicen en las empresas por los servicios de pre-

- vención actuantes. Para ello, establecerán las pautas y protocolos de actuación, oídas las sociedades científicas, a los que deberán someterse los citados servicios.
- b) La implantación de sistemas de información adecuados, que permitan la elaboración, junto con las autoridades laborales competentes, de mapas de riesgos laborales, así como la realización de estudios epidemiológicos para la identificación y prevención de las patologías que puedan afectar a la salud de los trabajadores, así como hacer posible un rápido intercambio de información.
 - c) La supervisión de la formación que, en materia de prevención y promoción de la salud laboral, deba recibir el personal sanitario actuante en los servicios de prevención autorizados.
 - d) La elaboración y divulgación de estudios, investigaciones y estadísticas relacionados con la salud de los trabajadores.

Por lo demás, las actuaciones relacionadas con la asistencia sanitaria a desarrollar por la Administración sanitaria pública de la Comunidad Autónoma, a través de los recursos y medios de que dispone el Sistema Sanitario Público de Andalucía, son:

- a) La atención integral de la salud, garantizando la continuidad de la asistencia, que incluye las actividades de promoción de la salud, salud pública, prevención de las enfermedades, así como acciones curativas y rehabilitadoras, tanto en los niveles de atención primaria como de asistencia especializada, así como las actuaciones sanitarias que sean necesarias como apoyo en los dispositivos públicos de atención socio-sanitaria.
- b) Atención a los problemas de salud mental, preferentemente en el ámbito de la comunidad, potenciando los recursos asistenciales a nivel ambulatorio, los sistemas de hospitalización parcial y la atención domiciliaria, realizándose las hospitalizaciones psiquiátricas, cuando se requiera, en unidades psiquiátricas hospitalarias.
- c) La prestación de los productos farmacéuticos, terapéuticos y diagnósticos necesarios para promover, conservar o restablecer la salud, con el alcance que se define en el artículo 4 de la presente Ley.
- d) El control y mejora de la calidad de la asistencia sanitaria en todos sus niveles.
- e) La mejora y adecuación de las necesidades de formación del personal al servicio del sistema sanitario, así como la participación en las actividades de formación de pregrado y posgrado.
- f) El fomento y participación en las actividades de investigación en el campo de las ciencias de la salud.

2. La Administración sanitaria andaluza

Ya hemos visto como la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, define 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, la prevención y la atención sanitaria. En él la Consejería de Salud,

en estos momentos bajo la denominación de Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, desempeña el papel de autoridad sanitaria pública de Andalucía en un marco de separación nítida de funciones entre ésta y los organismos encargados de la gestión y provisión de los servicios de salud. Tales organismos son:

1. El Servicio Andaluz de Salud (en adelante, SAS), que es el principal organismo, tanto por su volumen como por la extensión de sus actuaciones y competencias. Es un agencia administrativa de la Junta de Andalucía adscrita a la Consejería de Salud, cuyas competencias y funciones vienen reguladas por la Ley 2/1998, de 15 junio, de Salud de Andalucía, así como por el Decreto 140/2013, de 1 de octubre⁸.
2. La Agencia pública de Emergencias Sanitarias de Andalucía, responsable de la gestión y prestación de las actuaciones de emergencias sanitarias en el territorio de Andalucía. Es una agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, adscrita a la Consejería de Salud, con la denominación de “Empresa Pública de Emergencias Sanitarias”, “E.P.E.S”, y tiene por objeto llevar a cabo la prestación de la asistencia sanitaria a las personas con urgencias médicas, cuyo diagnóstico o tratamiento requieran una asistencia inmediata y de alta complejidad, a la vez que comporten un riesgo grave para la vida o puedan producir secuelas graves y permanentes al individuo. Fue creada por la Ley 2/1994, de 24 de marzo, y constituida por el Decreto 88/1994, de 19 de abril, por el que se regulan sus Estatutos. No obstante, la racionalización de las entidades instrumentales realizada por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, y la reordenación del sector público introducida por la Ley 1/2011, de 17 de febrero, obligaba a adecuar las entidades de Derecho Público existentes a su nuevo régimen de agencias públicas empresariales, lo que, en el caso de la EPES se ha realizado por el Decreto 217/2011, de 28 de junio, por el que adecuan diversas entidades de Derecho Público a las previsiones de la Ley 9/2007, de 22 de octubre⁹, y por el Decreto 92/2013, de 31 de julio, por el que se modifican sus estatutos para adaptarlos a su nueva naturaleza jurídica de agencia sanitaria.
3. La Agencia Sanitaria Costa del Sol, encargada de la coordinación de la gestión de los servicios sanitarios de las agencias públicas empresariales que se le adscriban, así como la gestión del Hospital Costa del Sol de Marbella (Málaga) y la de los Centros Hospitalarios de Alta Resolución que se establezcan en la provincia de Málaga. Fue creada como empresa pública, bajo la denominación de Hospital de la Costa del Sol, por la disposición adicional decimoctava de la Ley 4/1992, de 30 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1993, y regulada por sus propias normas funda-

⁸ Ha sido el Decreto 140/2013, de 1 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y del Servicio Andaluz de Salud, el que ha adaptado la naturaleza jurídica del SAS a lo previsto en el artículo 65 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, pues desde su creación en 1986 ha estado configurado como un organismo autónomo de carácter administrativo.

⁹ En el artículo 1.1.d) se establece que tendrá la condición de agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias, adscrita a la Consejería de Salud.

cionales, definidas según Decreto 104/1993, de 3 de agosto, por el que se aprobaban sus Estatutos. Pero el artículo 9 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía, ha cambiado su configuración a la de agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, y el artículo 10 de la citada Ley ha adscrito a la misma la Empresa Pública Hospital de Poniente de Almería, la Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir y la Empresa Pública Sanitaria Bajo Guadalquivir, todas ellas entidades que también pasan a configurarse como agencias públicas empresariales. Por Decreto 98/2011, de 19 de abril, se han aprobado los Estatutos de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol.

4. La Agencia Sanitaria Hospital de Poniente, responsable de la gestión y prestación de la atención especializada en el ámbito territorial de la zona del Poniente en Almería, y de la gestión de los hospitales de alta resolución de Guadix y Loja en la provincia de Granada. Fue creada como empresa pública por la disposición adicional segunda de la Ley 9/1996, de 26 de diciembre, por la que se aprueban medidas de acompañamiento a los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1997 y regulada por sus propias fundacionales, definidas según Decreto 131/1997, de 13 de mayo, por el que se aprueban sus Estatutos, modificado por el Decreto 98/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, y se modifican los de otras Agencias Públicas Empresariales Sanitarias, ya que en virtud del artículo 10 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, esta entidad ha quedado configurada como agencia pública empresarial adscrita a la agencia pública empresarial sanitaria Costa del Sol.
5. La Agencia Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir, responsable de la gestión y prestación de la atención especializada en el ámbito territorial correspondiente a Andújar y su comarca en Jaén, así como de la gestión del hospital de Montilla, el hospital de alta resolución Sierra de Segura, el hospital de alta resolución de Puente Genil, el hospital de alta resolución de Alcaudete, el hospital de alta resolución Valle del Guadiato, y el hospital de alta resolución de Alcalá la Real. Fue creada como empresa pública por la Ley 11/1999, de 30 de noviembre, y regulada su constitución así como sus Estatutos de funcionamiento por el Decreto 48/2000, de 7 de febrero, modificado por el Decreto 98/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, y se modifican los de otras Agencias Públicas Empresariales Sanitarias, ya que en virtud del artículo 10 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, esta entidad ha quedado configurada como agencia pública empresarial adscrita a la agencia pública empresarial sanitaria Costa del Sol.
6. La Agencia Sanitaria Hospital Bajo Guadalquivir, responsable de la gestión y prestación de la atención especializada en el hospital militar Vigíl de Quiñones de Sevilla, de la gestión de los centros hospitalarios de alta resolución que se establezcan en las provincias de Cádiz, Huelva y Sevilla, así como de la gestión de los centros sanitarios de nueva creación que se le adscriban. Fue creada a través de la Ley 3/2006, de 19 de junio, como una empresa pública de la Junta de Andalucía, al amparo de lo establecido en el artículo 6.1.b) de la Ley 5/19831, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y regulada su constitución así como sus Estatutos de funcionamiento por el Decreto 190/2006, de 31 de octubre, modificado por el

Decreto 98/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, y se modifican los de otras Agencias Públicas Empresariales Sanitarias, ya que en virtud del artículo 10 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, esta entidad ha quedado configurada como agencia pública empresarial adscrita a la agencia pública empresarial sanitaria Costa del Sol.

Junto a éstas, existen otras entidades públicas dependientes de la Junta de Andalucía y adscritas a la Consejería de Salud, cuya finalidad no es la prestación directa de servicios sanitarios, sino que están especializadas en otros ámbitos funcionales que son competencia completa o compartida por la Consejería. Se trata de:

1. La Escuela Andaluza de Salud Pública, que bajo la forma de sociedad mercantil de titularidad pública, creada al amparo del artículo 6.1.a) de la Ley de Hacienda Pública de Andalucía, es un órgano que se responsabiliza de la Docencia e Investigación e materia de Salud Pública y Gestión Sanitaria de Andalucía, con independencia de tareas de Asesoría y gestión directa de proyectos de Cooperación Internacional. Su cartera de servicios abarca no sólo la Comunidad Autónoma, sino que presta servicios a instituciones de todo el Estado. Fue creada por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 2 de mayo de 1985.
2. La Fundación Progreso y Salud, que bajo la forma jurídica de fundación, es la entidad central de apoyo y gestión de la investigación del Sistema Sanitario Público de Andalucía. Se encarga, por tanto, de impulsar de forma efectiva la investigación e innovación en salud en nuestra Comunidad Autónoma.
3. La Fundación Andaluza para la Integración Social del Enfermo Mental (FAISEM), entidad que, bajo la forma jurídica de fundación, asume las competencias compartidas por diferentes Consejerías de la Junta en cuanto a la integración sociolaboral y residencial de los enfermos psiquiátricos crónicos, en íntima coordinación con los servicios de salud mental del SAS, con la finalidad de ofrecer una vida digna y socialmente integrada a estos pacientes. El patronato está formado por La Consejería de Salud (que lo preside), la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, la Consejería de Asuntos Sociales y la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía. Fue creada tras una Resolución Parlamentaria del Parlamento Andaluz, por el Consejo de Gobierno, según Acuerdo de 30 de noviembre de 1993.
4. La Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía, responsable de la certificación de centros y unidades sanitarias, de competencias profesionales, de formación continuada y de páginas web, según el modelo de acreditación del Sistema Sanitario Público Andaluz, buscando siempre la excelencia en la atención sanitaria y favoreciendo una cultura de la mejora continua. Pero además, es una organización generadora de conocimiento sobre calidad, pues desarrolla proyectos de investigación, y los propios procesos de evaluación se convierten en una valiosa fuente de información para recopilar buenas prácticas y espacios de mejora comunes.
5. La Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias de Andalucía (AETSA), creada con la finalidad de fomentar la evaluación de tecnologías y procedimientos sanitarios en el sistema sanitario andaluz, se configura como una unidad orgánica directamente depen-

diente de la Consejería de Salud, y adscrita a la Dirección General de Calidad, Investigación, Desarrollo e Innovación. Su creación, objetivos y funciones se recogen en el Decreto 318/1996, de 2 de julio, por el que se acuerda su creación.

6. La Fundación para el Avance Tecnológico y Entrenamiento Profesional (IAVANTE), bajo la forma jurídica de fundación, tiene el compromiso de facilitar y promover el desarrollo y entrenamiento integral de profesionales tanto en competencias técnicas como en habilidades relacionales y sociales, a través de las más innovadoras metodologías tanto de simulación como de autoaprendizaje, así como liderar el desarrollo e innovación en nuevas tecnologías de aplicación en el sistema sanitario, especialmente aquellas basadas en las TIC's.

A) *La Administración sanitaria de la Junta de Andalucía como "autoridad sanitaria": funciones y estructura de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales*

a) *Funciones.*

La Consejería de Salud, en el marco de la acción política fijada por el Consejo de Gobierno¹⁰, ejerce las funciones de ejecución de las directrices y los criterios generales de la política de salud, planificación y asistencia sanitaria, asignación de recursos a los diferentes programas y demarcaciones territoriales, alta dirección, inspección y evaluación de las actividades, centros y servicios sanitarios y aquellas otras competencias que le estén atribuidas por la legislación vigente¹¹. Estas competencias se concretan en el artículo 62 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, y, al respecto, compete a la Consejería de Salud:

¹⁰ Las atribuciones del Consejo de Gobierno en materia sanitaria se recogen en el artículo 61 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía. En concreto, le corresponden las siguientes competencias:

- a) La fijación de los criterios, directrices y prioridades de la política de protección de la salud y de asistencia sanitaria.
- b) La aprobación de la organización, composición y funciones del Consejo Andaluz de Salud.
- c) La determinación y regulación de los órganos de participación ciudadana.
- d) La aprobación del Plan Andaluz de Salud.
- e) La creación de las áreas de salud, así como la aprobación y modificación de sus límites territoriales.
- f) La determinación de los órganos, estructura y funcionamiento de los distritos de atención primaria y los hospitales.
- g) El establecimiento de las demarcaciones territoriales, a que se alude en el artículo 48 de la Ley.
- h) La aprobación de la estructura del Servicio Andaluz de Salud.
- i) El acuerdo de nombramiento y de cese del Director gerente del Servicio Andaluz de Salud.
- j) La autorización a la Consejería de Salud para la formación de consorcios, de naturaleza pública, u otras fórmulas de gestión, integradas o compartidas con entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, con intereses comunes o concurrentes.
- k) El acuerdo de Constitución de las entidades de derecho público dependientes de la Consejería de Salud y la aprobación de sus estatutos.
- l) La potestad sancionadora, en los términos establecidos en la presente Ley.
- m) Todas las demás que le atribuya la normativa vigente.

¹¹ Artículo 36 Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

- a) La ejecución de los criterios, directrices y prioridades de la política de protección de la salud y de asistencia sanitaria, fijados por el Consejo de Gobierno.
- b) Garantizar la ejecución de actuaciones y programas en materia de promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria y rehabilitación.
- c) La planificación general sanitaria y la organización territorial de los recursos, teniendo en cuenta las características socio-económicas y sanitarias de las poblaciones de Andalucía.
- d) La elaboración del Plan Andaluz de Salud proponiendo su aprobación al Consejo de Gobierno.
- e) La delimitación de las demarcaciones territoriales y el establecimiento de las estructuras funcionales de sus competencias.
- f) La adopción de medidas preventivas de protección de la salud cuando exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud.
- g) El otorgamiento de las autorizaciones administrativas de carácter sanitario y el mantenimiento de los registros establecidos por las disposiciones legales vigentes de cualquier tipo de instalaciones, establecimientos, actividades, servicios o artículos directa o indirectamente relacionados con el uso y el consumo humano.
- h) El ejercicio de las competencias sancionadoras y de intervención pública para la protección de la salud, establecidos en la presente Ley.
- i) El establecimiento de normas y criterios de actuación en cuanto a la acreditación de centros y servicios.
- j) La autorización de instalación, modificación, traslado y cierre de los centros, servicios y establecimientos sanitarios y socio-sanitarios, si procede, y el cuidado de su registro, catalogación y acreditación, en su caso.
- k) La supervisión, control, inspección y evaluación de los servicios, centros y establecimientos sanitarios.
- l) La coordinación general de las prestaciones, incluida la prestación farmacéutica, así como la supervisión, inspección y evaluación de las mismas.
- m) El desarrollo y el control de la política de ordenación farmacéutica en Andalucía.
- n) La coordinación y ejecución de la política de convenios y conciertos con entidades públicas y privadas para la prestación de servicios sanitarios, así como la gestión de aquéllos que reglamentariamente se determinen.
- o) La aprobación de los precios por la prestación de servicios y de tarifas para la concertación de servicios, así como su modificación y revisión, sin perjuicio de la autonomía de gestión de los centros sanitarios.
- p) La gestión del sistema de información y análisis de las distintas situaciones, que, por repercutir sobre la salud, puedan provocar acciones de intervención de la autoridad sanitaria.
- q) El establecimiento de directrices generales y criterios de actuación, así como la coordinación de los aspectos generales de la ordenación profesional, de la docencia e investigación sanitarias en Andalucía, en el marco de sus propias competencias.
- r) La aprobación del anteproyecto de presupuesto del Servicio Andaluz de Salud.
- s) La óptima distribución de los medios económicos afectos a la financiación de los servicios y prestaciones que configuran el Sistema Sanitario Público y de cobertura pública.

- t) La coordinación de todo el dispositivo sanitario público y de cobertura pública y la mejor utilización de los recursos disponibles.
- u) Y todas las demás que le sean atribuidas por las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

Para el ejercicio de estas funciones, y de conformidad con los procedimientos legalmente establecidos en cada caso, la Consejería de Salud puede desarrollar las mismas directamente o mediante los organismos, entes y entidades que sean competentes o puedan crearse a dicho efecto; establecer acuerdos, convenios o conciertos con entidades públicas o privadas; constituir consorcios de naturaleza pública u otras fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades de naturaleza o titularidad pública o privada sin ánimo de lucro, con intereses comunes o concurrentes, que podrán dotarse de organismos instrumentales, y participar en cualesquiera otras entidades públicas admitidas en derecho, cuando así convenga a la gestión y ejecución de los servicios públicos.

Por lo demás, la Ley de Salud de Andalucía amplía el elenco de funciones de la Consejería de Salud al regular las actuaciones en materia de salud a realizar por la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía, reconociéndole la realización en el marco de sus competencias, de las siguientes actuaciones (artículo 19):

- a) 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 la Ley, de las que puedan derivarse acciones de intervención, así como los sistemas de información y estadísticas sanitarias.
- b) Establecer la exigencia de autorizaciones sanitarias y la obligación de someter a registro, por razones sanitarias, a las empresas o productos con especial incidencia en la salud humana.
- c) Establecer, asimismo, prohibiciones y requisitos mínimos para el uso y tráfico de los bienes, cuando supongan un riesgo o daño para la salud.
- d) Establecer las normas y criterios por los que han de regirse los centros, servicios y establecimientos sanitarios de Andalucía, tanto públicos como privados, para la calificación, acreditación, homologación y registro de los mismos.
- e) Otorgar la autorización administrativa previa para la instalación y funcionamiento, así como para las modificaciones en la estructura y régimen inicial de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de Andalucía, cualquiera que sea su nivel y categoría o titular.
- f) Inspeccionar y controlar los centros, servicios y establecimientos sanitarios de Andalucía, así como sus actividades de promoción y publicidad. Los centros, servicios y establecimientos sanitarios, a que hace referencia el artículo 45 de la Ley, quedarán sometidos, además, a la evaluación de sus actividades y funcionamiento en los términos que reglamentariamente se establezcan.
- g) Establecimiento de normas y directrices para el control y la inspección de las condiciones higiénico-sanitarias y de funcionamiento de las actividades alimentarias, locales de convivencia colectiva y del medio ambiente en que se desenvuelve la vida humana.

- h) Establecimiento de criterios generales, normas y directrices para el ejercicio de la policía sanitaria mortuoria.
- i) El ejercicio de cuantas competencias o funciones le vengán atribuidas por normas legales o reglamentarias.

Asimismo, serán objeto de evaluación, seguimiento e intervención por parte de las autoridades sanitarias en materia de asistencia sanitaria individual (artículo 20):

- a) La satisfacción de las prestaciones sanitarias, por parte de los centros, establecimientos y servicios, del personal y de las entidades aseguradoras y colaboradoras.
- b) La satisfacción de los derechos reconocidos por la Ley a los ciudadanos en el ámbito de la misma.
- c) El cumplimiento por parte de los ciudadanos de las obligaciones respecto a los servicios sanitarios, contenidos en la Ley.
- d) La eficacia y eficiencia de las diversas unidades asistenciales de los centros, servicios y establecimientos adscritos funcionalmente al Sistema Sanitario Público de Andalucía.
- e) El cumplimiento de las actuaciones propias de los servicios de salud, según la legislación vigente, en materia de salud laboral, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y situaciones de incapacidad e invalidez.
- f) En general, toda actividad sanitaria del personal, centros, servicios y establecimientos sanitarios, públicos y privados, de Andalucía, respecto al cumplimiento de las normas sanitarias asistenciales.

b) Estructura de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales.

La reestructuración de la organización administrativa de la Junta de Andalucía que se ha producido con el Decreto de la Presidenta 4/2013, de 9 de septiembre, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías, ha afectado a la Consejería de Salud, pues todas las competencias que estaban siendo ejercidas tanto por la Consejería de Salud y Bienestar Social como por la Consejería de Consejería de la Presidencia e Igualdad en materia de impulso y coordinación de las políticas de igualdad entre hombres y mujeres, y el desarrollo, coordinación y programación de políticas de juventud, han sido ahora atribuidas a la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, cuya estructura orgánica ha sido establecida por el Decreto 140/2013, de 1 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y del Servicio Andaluz de Salud.

De las competencias atribuidas en el citado Decreto 140/2013, de 1 de octubre, nos interesan las recogidas en el apartado c del artículo 1. Así, corresponde a la Consejería, además de las funciones generales recogidas en el artículo 26 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, la ejecución de las directrices y los criterios generales de la política de salud, planificación y asistencia sanitaria, asignación de recursos a los diferentes programas y demarcaciones territoriales, alta dirección, inspección y evaluación de las actividades,

centros y servicios sanitarios y aquellas otras competencias que le estén atribuidas por la legislación vigente. Para ello cuenta con la siguiente estructura:

La Viceconsejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, que ejerce la jefatura superior de la Consejería después de su titular, asumiendo la representación ordinaria y la delegación general de la misma, ostentando la jefatura superior de todo el personal de la Consejería. Igualmente, asume el resto de las funciones generales que le atribuye el artículo 27 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, y aquellas específicas que, con carácter expreso, le delegue la persona titular de la Consejería. En concreto, sin perjuicio de su ejecución por parte de la Secretaría General de Calidad, Innovación y Salud Pública y la Dirección General de Calidad, Investigación, Desarrollo e Innovación, le corresponden en el ámbito sanitario las funciones recogidas en el artículo 6.2 Decreto 140/2013, de 1 de octubre¹². Asimismo, le corresponde la alta dirección, impulso y coordinación de las actuaciones de los distintos órganos directivos de la Consejería en materia sanitaria y del Servicio Andaluz de Salud adscrito funcionalmente a la Viceconsejería. En especial, asume en lo que a nosotros nos interesa la dirección y coordinación de la Secretaría General de Calidad, Innovación y Salud Pública. Igualmente vela por el cumplimiento de las decisiones adoptadas por la persona titular de la Consejería y lleva a cabo el seguimiento de la ejecución de los programas sanitarios de la Consejería y la comunicación con las demás Consejerías, Organismos y Entidades que tengan relación con la misma.

La Secretaría General de Calidad, Innovación y Salud Pública, además de las funciones generales previstas en el artículo 28 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, asume todas las funciones relacionadas con las políticas de calidad, innovación y salud pública, el desarrollo de las estrategias de continuidad, coordinación e integralidad de estas áreas y, de manera específica, las funciones recogidas en el artículo 7 del Decreto 140/2013, de 1 de

¹² Éstas son:

- a) La definición e impulso de las políticas intersectoriales de la Consejería en materia sanitaria.
- b) La planificación y evaluación de las políticas de calidad sanitaria en los organismos y entidades dependientes de la Consejería, así como la definición y seguimiento de los instrumentos que desarrollen las citadas políticas de calidad.
- c) La definición de las políticas de autorización, acreditación y certificación de calidad en el ámbito sanitario.
- d) El análisis de las necesidades y planificación estratégica de las políticas de formación, desarrollo profesional y acreditación de profesionales en el Sistema Sanitario Público de Andalucía y en centros concertados, de acuerdo con la información obtenida a través de los diferentes proveedores de servicios.
- e) La orientación, tutela y control técnico de la Escuela Andaluza de Salud Pública.
- f) El impulso, desarrollo y coordinación de las políticas de modernización e innovación en el ámbito sanitario.
- g) El impulso, desarrollo y coordinación de la política de investigación y desarrollo sanitario.
- h) El impulso y coordinación de las políticas de acción exterior y de relación con la Unión Europea en el ámbito sanitario, así como las de cooperación internacional para el desarrollo y la relación con las organizaciones no gubernamentales, dentro del marco de las competencias propias en materia sanitaria, en coordinación con la Consejería competente en materia de acción exterior.

octubre¹³. De ella depende directamente la Dirección General de Calidad, Investigación, Desarrollo e Innovación.

La Dirección General de Calidad, Investigación, Desarrollo e Innovación tiene atribuidas, además de las funciones generales previstas en el artículo 30 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, las funciones de impulso, desarrollo y coordinación de las políticas de mejora de la calidad, innovación y gestión del conocimiento en el ámbito de sanitario; el diseño y coordinación de una estrategia de excelencia en materia de investigación, desarrollo e innovación en salud; la definición de las líneas prioritarias de investigación, desarrollo e innovación en el ámbito sanitario, la aplicación y la promoción de la transferencia de tecnología en este sector, y las demás recogidas en el artículo 11 del Decreto 140/2013, de 1 de octubre¹⁴.

¹³ Éstas son:

- a) La planificación y evaluación de las políticas de salud pública, así como la definición y seguimiento de los instrumentos que desarrollen las citadas políticas.
- b) El diseño y la coordinación del Plan Andaluz de Salud, así como la evaluación del mismo, los planes integrales y planes sectoriales.
- c) La definición, tutela y seguimiento de los Contratos-Programa y de los planes de actuación elaborados por la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en el ámbito de sus competencias.
- d) El desarrollo del modelo integrado de salud pública previsto en la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía.
- e) La coordinación y explotación de los sistemas de información de vigilancia en salud.
- f) La evaluación del impacto en salud de acuerdo con lo previsto en los artículos 55 a 59 de la Ley 16/2011, de 23 de diciembre.
- g) El análisis y vigilancia de la situación de salud de la comunidad y la relación entre factores de riesgo.
- h) El control de las enfermedades y riesgos para la salud en situaciones de emergencia sanitaria, la organización de la respuesta ante situaciones de alertas y crisis sanitarias, así como la gestión de la Red de Alerta de Andalucía y su coordinación con otras redes nacionales o de Comunidades Autónomas.
- i) La definición, programación, dirección y coordinación de las competencias que corresponden a la Consejería en materia de promoción, prevención, vigilancia, protección de la salud y salud laboral.
- j) El control sanitario, la evaluación del riesgo, la comunicación del mismo y la intervención pública en seguridad alimentaria, salud medioambiental y otros factores que afecten a la salud pública.
- k) Las autorizaciones administrativas sanitarias en las materias que afecten al ámbito competencial de la Secretaría General.
- l) 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.
- m) El impulso de programas participados dirigidos a mejorar la equidad en salud.
- n) La ordenación, inspección y sanción en materia de infracciones sanitarias, en su ámbito de actuación y dentro de las competencias asignadas a la Secretaría General.
- o) La planificación, programación, dirección y coordinación de las competencias que corresponden a la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en materia de atención socio-sanitaria y participación ciudadana.
- p) El desarrollo de los programas de Farmacovigilancia, así como la coordinación de los convenios que se suscriban a tal fin.
- q) Y en general, todas aquellas que le atribuya la normativa vigente y las que expresamente le sean delegadas.

¹⁴ Éstas son:

- a) La elaboración y fomento de políticas de innovación organizativa, asistencial y tecnológica en el ámbito sanitario, así como la promoción de proyectos de innovación tecnológica en colaboración con los sectores académicos e industriales.

Es preciso destacar que al quedar integradas en la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales las competencias en materia de impulso y coordinación de las políticas de igualdad entre hombres y mujeres, y el desarrollo, coordinación y programación de políticas de juventud; las relativas a la promoción de las políticas sociales, así como las relativas a sanidad, se ha creado una Secretaría General de Planificación y Evaluación Económica encargada de todas las funciones relacionadas con la planificación y sostenibilidad, la evaluación económica y control de los parámetros de eficiencia integral en los

-
- b) El desarrollo e integración coherente y dinámica de las estrategias de gestión del conocimiento, gestión de las competencias profesionales, gestión por procesos y acreditación de la calidad para los equipos profesionales del Sistema Sanitario Público de Andalucía en el marco del modelo organizativo de la gestión clínica, así como la evaluación, seguimiento, actualización y mejora continua de las herramientas organizativas orientadas a estos fines.
 - c) El impulso y coordinación de las actuaciones dirigidas al desarrollo profesional continuo de los profesionales del Sistema Sanitario Público de Andalucía, del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía, que permitan alcanzar niveles de excelencia en la práctica profesional individual y colectiva, el máximo desarrollo personal y, especialmente, el impulso de las estrategias de formación integral.
 - d) La autorización de los proyectos de investigación biomédica que comporten algún procedimiento invasivo en el ser humano.
 - e) La acreditación de la calidad en todas sus vertientes, así como el desarrollo, actualización y mejora de los programas de acreditación y el seguimiento de su aplicación, impacto y resultados.
 - f) La promoción de políticas destinadas a incrementar la seguridad del paciente y a reducir los riesgos de la atención sanitaria.
 - g) El seguimiento, evaluación y control de los Contratos-Programa elaborados en el ámbito de sus competencias sanitarias.
 - h) La autorización y registro de centros, servicios y establecimientos sanitarios, así como el ejercicio de la potestad sancionadora por incumplimiento de la normativa vigente en materia de centros que le corresponden a la Dirección General en el ámbito de sus competencias.
 - i) El mantenimiento y explotación del registro público de profesionales sanitarios de Andalucía, así como la determinación de los procedimientos de consulta del mismo.
 - j) El estudio de la demografía de los profesionales sanitarios de acuerdo con las necesidades de la sociedad y del Sistema Sanitario Público de Andalucía y la planificación de las medidas de adaptación a las mismas, dentro de su ámbito de competencias y en colaboración con el resto de instituciones implicadas.
 - k) La planificación y coordinación de la formación de especialistas en ciencias de la salud en el Sistema Sanitario Público de Andalucía, el impulso de estrategias de mejora de la calidad e innovación de la metodología docente y el seguimiento de su implantación en el marco de las estrategias de calidad de la Consejería.
 - l) En el ámbito de las competencias de la Consejería, la coordinación con las Universidades de Andalucía en materia de formación de grado y otras titulaciones y el seguimiento de los diferentes convenios suscritos entre la Junta de Andalucía y las Universidades, así como la coordinación con otras instituciones académicas y docentes con responsabilidad en la formación de las profesiones del área sanitaria.
 - m) La definición y coordinación de instrumentos de transparencia ante la ciudadanía, así como el análisis y la evaluación de las aportaciones recogidas a través de los diferentes canales de participación social y fuentes de información de la ciudadanía en los Sistemas Públicos de Salud.
 - n) La habilitación para el ejercicio profesional, la certificación y el reconocimiento de las cualificaciones profesionales obtenidas en los Estados miembros de la Unión Europea que, en razón de la materia, correspondan a la Consejería competente en materia de salud.
 - o) La planificación estratégica y seguimiento de la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias.
 - p) Y en general, todas aquellas que le atribuya la normativa vigente y las que expresamente le sean delegadas.

servicios y entidades adscritos a la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales¹⁵ y una Secretaría General Técnica que engloba todas las funciones de administración general de la Consejería¹⁶.

Como órganos colegiados de asistencia al Consejero debemos destacar el Consejo Andaluz de Salud como órgano de participación ciudadana en la formulación de la política sanitaria y en el control de su ejecución, asesorando en esta materia a la Consejería de Salud en el ejercicio de las funciones de fomento y desarrollo de la participación ciudadana. En él están representados las organizaciones sociales y los empresarios de Andalucía; los municipios y provincias; los Colegios profesionales, y las organizaciones de consumidores y usuarios de Andalucía¹⁷. Así como el Consejo Asesor de Salud de Andalucía como órgano de asesoramiento directo al titular de la Consejería, cuya misión es asesorarle en las implicaciones sociales, económicas, éticas, científicas y jurídicas de todos los aspectos relacionados con la sanidad andaluza. Está formado por profesionales de reconocido prestigio en estas áreas y con amplia experiencia personal y profesional¹⁸.

c) La estructura periférica de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales: las Delegaciones Territoriales de Salud y Bienestar Social.

La Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, deroga el artículo 8 de la Ley 8/1986, de 6 de mayo, del Servicio Andaluz de Salud, que establecía las Gerencias Provinciales como parte de la organización territorial del Servicio Andaluz de Salud. Aunque, lo cierto es que desde que se modificó la estructura orgánica de la entonces Consejería de Salud y Servicios Sociales por el Decreto 80/1987, de 25 de marzo, las funciones de los Gerentes Provinciales del Servicio Andaluz de Salud fueron asumidas por los Delegados Provinciales, manteniéndose así en todos los Decretos posteriores de estructura orgánica básica de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud¹⁹. Fuera de toda duda

¹⁵ Sus competencias específicas están recogidas en el artículo 9 del Decreto 140/2013, de 1 de octubre.

¹⁶ Véase el artículo 10 del Decreto 140/2013, de 1 de octubre.

¹⁷ El Consejo Andaluz de Salud se regula en el artículo 11 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía. No obstante, corresponde al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía la regulación reglamentaria de la organización, composición, funcionamiento y atribuciones del Consejo Andaluz de Salud, que se ajustará a criterios de participación democrática de todos los interesados, garantizando, en todo caso, la participación de las Administraciones locales, de los sindicatos, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, de las organizaciones empresariales más representativas a nivel de Andalucía, así como de los colegios profesionales y de las organizaciones de consumidores y usuarios de Andalucía. En este sentido, su desarrollo normativo se contiene en el Decreto 109/1993, de 31 de agosto, y en el Decreto 174/2001, de 24 de julio, de Normas Reguladoras del Consejo Andaluz de Salud.

¹⁸ Creado por Decreto 121/1997, de 22 de abril.

¹⁹ Además, en la disposición adicional primera del Decreto 57/1994, de 1 de marzo, por la que se adecuaba la Relación de Puestos de Trabajo de la Junta de Andalucía correspondiente a la Consejería de Salud y al Servicio

después de la derogación expresa por la Ley de Salud andaluza, la desconcentración administrativa de la organización periférica de la Consejería de Salud se ha realizado a favor de las Delegaciones Provinciales de Salud.

Sin embargo, en el último año hemos asistido a una transformación del modelo de organización periférica de la Junta de Andalucía. Así, al modelo tradicional de las Delegaciones Provinciales de las Consejerías, vigente en la Comunidad Autónoma andaluza desde los orígenes de su Administración, debemos añadir ahora el modelo de las Delegaciones Territoriales creado tras la reforma de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, producida con la Ley 4/2012, de 21 de septiembre, por la que se modifica la citada Ley en determinados aspectos de la organización territorial. En concreto, se introduce junto a las Delegaciones Provinciales de las Consejerías, la posibilidad de que existan Delegaciones Territoriales como órganos que agrupan, en el caso en que se establezcan, las funciones de varias Consejerías dentro de un mismo ámbito provincial. Con ello se pretende conseguir una racionalización del gasto público y una estructura administrativa dinámica y capaz de ofrecer soluciones con inmediatez a la diversidad de los problemas que se presentan.

Pues bien, establecidos así los dos modelos sobre los que puede estructurarse la Administración periférica territorial provincial de la Junta de Andalucía, el gobierno andaluz ha apostado, impulsado por la actual coyuntura económica y social, por el modelo de organización territorial provincial basado en las Delegaciones del Gobierno –como máximos órganos directivos periféricos representantes de la Junta de Andalucía en la provincia²⁰– y las Delegaciones Territoriales, creando por Decreto 342/2012, de 31 de julio, por el que se regula la organización territorial provincial de la Administración de la Junta de Andalucía, en lo que a nosotros nos interesa, las Delegaciones Territoriales de Salud y Bienestar Social. Éstas son las encargadas de asumir la representación ordinaria de la Consejería en la provincia; dirigir las unidades administrativas pertenecientes a la Delegación; ejercer la jefatura de todo el personal de la Delegación y las competencias de administración y gestión ordinarias del mismo que expresamente se le deleguen; constituir el cauce ordinario de relación con los servicios centrales de la Consejerías; trasladar órdenes e instrucciones en las materias que sean de su competencia a los titulares de las Secretarías Generales Provinciales de las Consejerías cuyos servicios periféricos se encuentren adscritos a la Delegación Territorial, y ejercer las potestades administrativas que tenga atribuidas y, en su caso, respecto a aquellas competencias de los servicios periféricos que tengan adscritos.

No obstante, estas Delegaciones Territoriales de Salud y Bienestar Social se encuentran ahora mismo vigentes con carácter transitorio, ya que la reestructuración orgánica produ-

Andaluz de Salud, se establecía que las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud ejercerían en su respectivo ámbito territorial, las funciones que correspondían a las Gerencias Provinciales del Servicio Andaluz de Salud.

²⁰ Las Delegaciones de Gobierno de la Junta de Andalucía se regulan en los artículos 36 y 37 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, y en el Decreto 512/1996, de 10 de diciembre.

cida en la nueva Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales tiene que llevar aparejada una reestructuración periférica que aún no se ha producido. Por tanto, hasta que se proceda a la reestructuración periférica de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía continuarán subsistentes las Delegaciones Territoriales, en cuanto ejerzan las funciones atribuidas a la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en el artículo 4 del Decreto de la Presidenta 4/2013, de 9 de septiembre, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías²¹.

En cualquier caso, resulta llamativo que la Ley de Salud de Andalucía no haga referencia a la estructura periférica de la Consejería de Salud como parte de la organización territorial sanitaria. Es cierto que el modelo de las Delegaciones Territoriales es demasiado reciente, pero es que ni siquiera encontramos referencia alguna a las Delegaciones provinciales de salud que han estado funcionando tantos años²². Es este sentido, La Ley se limita a derogar las antiguas Gerencias Provinciales del Servicio Andaluz de Salud²³.

B) La Administración instrumental de la Junta de Andalucía en el sector sanitario: el Servicio Andaluz de Salud

Desde mediados de la década de los ochenta del pasado siglo, cuando se culmina el proceso de traspasos en materia sanitaria del Estado a la Comunidad Autónoma andaluza, hasta la aprobación de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, la única ordenación que realizó el legislador andaluz –como titular de las competencias en materia sanitaria– fue la creación del Servicio Andaluz de Salud por la Ley 8/1986, de 6 de mayo²⁴.

²¹ Así se establece en la disposición transitoria tercera del Decreto 140/2013, de 1 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y del Servicio Andaluz de Salud.

²² Véase al respecto el Decreto 259/2001, de 27 de noviembre, por el que se determinan las competencias y estructura de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud, se delimitan las Áreas de Salud y se establecen las normas reguladoras de los Consejos de Salud de Área.

²³ Así se deduce de la disposición derogatoria primera al derogar cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan lo dispuesto en la Ley de Salud de Andalucía, y en particular, los Capítulos I, II (donde se encuentra el artículo 8, que regulaba las Gerencias Provinciales), y los artículos 14, 18, 19 y 21 de la Ley 8/1986, de 6 de mayo, del Servicio Andaluz de Salud.

²⁴ Sobre esta Ley, resulta interesante destacar la sentencia de la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo del TS de 30 de noviembre de 1996, en la que se plantea, por un lado, que la Ley 8/1986, de 6 de mayo, por la que se crea el Servicio Andaluz de Salud, contradice algunos preceptos de la Ley General de Sanidad; y por otro, se denuncia por el Colegio de Médicos de Sevilla la infracción de los artículos 22.3 y 23 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, y del artículo 44.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, al entender que el Decreto de la Junta de Andalucía 80/1987, de 27 de marzo, de ordenación y organización del Servicio Andaluz de Salud, al desarrollar la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que es norma básica estatal, no es de mera organización, sino que se trata de un reglamento ejecutivo en el que es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado, trámite éste que no se ha realizado en la elaboración de la norma reglamentaria.

Esta Ley se limitaba a regular la estructura orgánica para la adecuada gestión del Servicio, quedando relegada a un segundo plano la elaboración de una ley sustantiva de la Salud en Andalucía, que estableciera el marco para la protección de la salud de los ciudadanos, regulase el cuadro de derechos y deberes de los usuarios y determinase las responsabilidades de las diferentes Administraciones Públicas, así como la participación social, lo que se llevó a efecto por la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

El Servicio Andaluz de Salud se configuró en sus orígenes como un organismo autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía y adscrito a la Consejería de Salud y Consumo, y cuyos objetivos fundamentales eran la mejor utilización de los recursos, a fin de elevar el nivel de salud de la población andaluza, la prestación de sus servicios a toda la población, el establecimiento de una organización adecuada para la prestación de una atención integral de la salud, y la integración de todos los recursos sanitarios públicos en un dispositivo funcional y administrativo únicos. No obstante, la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, al regular las entidades instrumentales de la Junta de Andalucía introduce un nuevo modelo organizativo: las agencias como organismos dotados de personalidad jurídica pública dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía para la realización de actividades de la competencia de la Comunidad Autónoma en régimen de descentralización funcional²⁵. Y, se establece un plazo de tres años para realizar la adaptación de todas las entidades instrumentales existentes²⁶. Este mandato del legislador se ha cumplido en el ámbito sanitario con el Decreto 140/2013, de 1 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y del Servicio Andaluz de Salud, pues en él, como ya vimos, queda configurado el Servicio Andaluz de Salud como una agencia administrativa adscrita a la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales.

Las competencias y funciones del Servicio Andaluz de Salud se regulan en la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía (que derogó los Capítulos I, II y los artículos 14,

El TS considera que en ningún momento se han vulnerados preceptos de la Ley General de Sanidad por la Ley de creación del Servicio Andaluz de Salud, y además, argumenta que el artículo 44.1 del Estatuto de Autonomía andaluz sólo exige dictamen preceptivo del Consejo de Estado respecto de los reglamentos que la Comunidad Autónoma dicte en ejecución de leyes estatales, y *“el carácter ejecutivo o no de un Reglamento no depende –en contra de lo que razona la Corporación recurrente– de los pareceres vertidos en los informes emitidos a lo largo de su proceso de elaboración, sino de la naturaleza de la norma definitiva, contemplada ésta en forma objetiva y en relación con las normas de rango legislativo que, en su caso, le sirvan de cobertura. El carácter ejecutivo del Decreto autonómico no puede predicarse, así, respecto de la Ley General de Sanidad, de 25 abril 1986, al existir la interposición de una Ley Autonómica que es casi contemporánea de dicha Ley Estatal. En efecto el Decreto 80/1987, invoca en su preámbulo la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1986, de 6 de mayo, de Regulación del Servicio Andaluz de Salud, que la parte recurrente no ha invocado en su motivo de casación. El Estatuto de Andalucía no exige dictamen del Consejo de Estado para la expedición de Decretos que ejecuten Leyes Autonómicas, por lo que la denunciada infracción del artículo 44.1 del Estatuto de Autonomía debe ya perecer”*.

²⁵ Véanse los artículos 54 y ss. de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

²⁶ Disposición transitoria única de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

18, 19 y 21 de la Ley 8/1986, de 6 de mayo, por la que se creaba el Servicio Andaluz de Salud)²⁷, y su estructura orgánica se recoge en el Decreto 140/2013, de 1 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y del Servicio Andaluz de Salud.

a) *Funciones.*

Corresponden al Servicio Andaluz de Salud, bajo la dirección, supervisión y control de la Consejería de Salud, y con sujeción a las directrices y criterios generales de la política de salud en Andalucía, las siguientes funciones (artículo 65 Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía²⁸):

- a) La gestión del conjunto de prestaciones sanitarias en el terreno de la promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria y rehabilitación que le corresponda en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- b) La administración y gestión de las instituciones, centros y servicios sanitarios que obran bajo su dependencia orgánica y funcional.
- c) La gestión de los recursos humanos, materiales y financieros que se le asignen para el desarrollo de sus funciones.

Además, el Servicio Andaluz de Salud, previo informe y deliberación del Consejo de Administración, podrá elevar a la Consejería de Salud, para su aprobación por los órganos competentes, propuestas para la Constitución de consorcios de naturaleza pública u otras fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades de naturaleza o titularidad pública o privada sin ánimo de lucro, con intereses comunes o concurrentes, que podrán dotarse de organismos instrumentales, así como la propuesta de creación o participación en cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho, cuando así convenga a la gestión y ejecución de los centros y servicios adscritos al mismo.

²⁷ Disposición derogatoria primera de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía. Y, producida la regulación reglamentaria por el Decreto 245/2000, de 31 de mayo, por el que se establecía la estructura orgánica de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud, de los preceptos de la Ley 8/1986, de 6 de mayo, del Servicio Andaluz de Salud, que se mantenían en vigor, quedó totalmente derogada la Ley 8/1986, de 6 de mayo, de creación del Servicio Andaluz de Salud, de conformidad con lo previsto en la disposición final primera de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

²⁸ Estas funciones también se recogen en el artículo 16.2 del Decreto 140/2013, de 1 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y del Servicio Andaluz de Salud.

b) *Estructura.*

La estructura orgánica del Servicio Andaluz de Salud se regula en el Decreto 140/2013, de 1 de octubre. No obstante, la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, establece algunas previsiones generales sobre la estructura del mismo. En este sentido, la Ley dispone que Servicio Andaluz de Salud contará con los siguientes órganos superiores de dirección y gestión: Consejo de Administración, Dirección Gerencia y las direcciones generales que se establezcan (artículo 67).

El Consejo de Administración, máximo órgano del Servicio Andaluz de Salud, que funcionará siempre en pleno, y se reunirá con la periodicidad que reglamentariamente se establezca, y siempre que lo convoque su Presidente, estará integrado, en la forma que reglamentariamente se determine, por los siguientes miembros: a) El Consejero de Salud, que lo preside; b) Los representantes de la Administración de la Comunidad Autónoma; c) Los representantes de las Corporaciones locales; d) Los representantes de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel de Andalucía, y e) Los representantes de las organizaciones de consumidores y usuarios más representativas a nivel de Andalucía. En caso de vacante, ausencia o enfermedad de su titular, corresponderá al Viceconsejero de Salud asumir la presidencia del Consejo de Administración²⁹.

Entre las atribuciones del Consejo de Administración, podemos destacar:

- a) Definir los criterios de actuación del Servicio Andaluz de Salud, de acuerdo con las directrices de la Consejería de Salud, así como la adopción de las medidas necesarias para la mejor prestación de los servicios gestionados por el organismo.
- b) Elevar a la Consejería de Salud el anteproyecto del Estado de gastos e ingresos anual del organismo autónomo.
- c) Aprobar la Memoria anual de la gestión del Servicio Andaluz de Salud.
- d) Cuantas otras se deriven de la normativa vigente.

La Dirección Gerencia es el órgano al que corresponde la representación legal del Servicio Andaluz de Salud, así como la resolución de los procedimientos de revisión de oficio de actos nulos y anulables y la declaración de lesividad de los actos dictados por el organismo autónomo, además de la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial del mismo y cuantas otras funciones tenga reglamentariamente atribuidas³⁰. El Director

²⁹ Artículo 68 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

³⁰ El artículo 17.1 del Decreto 140/2013, de 1 de octubre, recoge entre esas otras funciones las siguientes: a) La definición de modelos organizativos y dirección de la estructura orgánica, funcional y de gestión del Servicio Andaluz de Salud, así como la autorización de las Unidades de Gestión Clínica y sus diferentes niveles de autonomía organizativa; b) La programación, dirección, gestión, evaluación interna y control de todas las actividades desarrolladas en los centros y servicios adscritos orgánica y/o funcionalmente al Servicio Andaluz de Salud; c) La jefatura superior del personal adscrito al Servicio Andaluz de Salud, así como la

gerente del Servicio Andaluz de Salud será nombrado y separado libremente de su cargo por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, a propuesta del Consejero de Salud.

Sobre esta base, la estructura del Servicio Andaluz de Salud, regulada en el Decreto 140/2013, de 1 de octubre, se caracteriza por establecer una separación entre las competencias atribuidas al organismo en materia de gestión de personal, gestión económica y aquellas relativas a la prestación de la asistencia sanitaria, contando a tal fin con los correspondientes órganos y centros directivos. Así, de la Dirección Gerencia dependen directamente los órganos o centros directivos siguientes:

- a) Dirección General de Asistencia Sanitaria y Resultados en Salud³¹.
- b) Dirección General de Profesionales³².
- c) Dirección General de Gestión Económica y Servicios³³.

Asimismo, se adscriben funcionalmente a la Dirección Gerencia la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias y la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, a la que están adscritas la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente de Almería, la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir y la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Bajo Guadalquivir.

convocatoria de provisión de los puestos de cargos intermedios del personal estatutario; d) El desarrollo efectivo de la participación de la ciudadanía en los ámbitos asistenciales del Servicio Andaluz de Salud; e) La dirección y fijación de los criterios administrativos, económicos y financieros, designación de centros de gastos, autorización de gastos y ordenación de pagos; f) La gestión operativa y el desarrollo efectivo de las estrategias de investigación biomédica en los ámbitos asistenciales del Servicio Andaluz de Salud, dentro del marco integrado de investigación, desarrollo e innovación del Sistema Sanitario Público de Andalucía, definido por la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales; g) La programación, dirección y fijación de criterios de gestión de las obras, equipamientos e instalaciones del Servicio Andaluz de Salud; h) La suscripción de Acuerdos y Convenios; i) La dirección de las actuaciones de control interno en materia de gestión económica en los Centros e Instituciones Sanitarias del Servicio Andaluz de Salud y de las Agencias Públicas Empresariales Sanitarias que le están adscritas y las actuaciones que sean necesarias para la cooperación y coordinación con las unidades de control dependientes de la Intervención General de la Junta de Andalucía, así como con la Cámara de Cuentas de Andalucía; j) La dirección y gestión operativa de los diferentes sistemas y tecnologías de la información, del Servicio Andaluz de Salud y de las Agencias Públicas Empresariales Sanitarias que le están adscritas, dentro del marco integrado de estrategias de modernización del Sistema Sanitario Público de Andalucía definido por la Consejería; k) La elaboración de las propuestas de actuación que deban formularse a la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, en relación con los presupuestos y el Contrato-Programa del Servicio Andaluz de Salud; l) Y en general, todas aquellas que le atribuya la normativa vigente y las que expresamente le sean delegadas.

³¹ Sus funciones específicas están recogidas en el artículo 18 del Decreto 140/2013, de 1 de octubre.

³² Sus funciones específicas están recogidas en el artículo 19 del Decreto 140/2013, de 1 de octubre.

³³ Sus funciones específicas están recogidas en el artículo 20 del Decreto 140/2013, de 1 de octubre.

Por último, depende directamente de la Dirección Gerencia la Asesoría Jurídica del Servicio Andaluz de Salud, que desarrollará funciones de asesoramiento jurídico, defensa y representación en juicio del Servicio Andaluz de Salud.

3. La organización funcional de la asistencia sanitaria: estructuras y niveles

La actividad prestacional de la Administración sanitaria andaluza corresponde al Sistema Sanitario Público de Andalucía en el que se integran todas las funciones y prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos para garantizar el derecho a la protección de la salud. Forman parte de él, todos los organismos encargados de la provisión de servicios sanitarios, es decir, el Servicio Andaluz de Salud y las empresas públicas o entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho, adscritas a la Administración sanitaria de la Junta de Andalucía.

En este sentido, nuestra Comunidad Autónoma, siguiendo las bases establecidas por el legislador nacional, ha dictado una organización funcional de la asistencia sanitaria basada en estructuras y niveles. Así, la estructura fundamental del Sistema Sanitario Público de Andalucía son las Áreas de Salud, en las que existen dos niveles asistenciales: atención primaria y atención especializada³⁴. Todo ello, conforme a lo que vamos a analizar en este apartado.

A) Las Áreas de Salud

La Ley de Salud de Andalucía dispone que el Sistema Sanitario Público de Andalucía se organiza en demarcaciones territoriales denominadas Áreas de Salud, que se delimitan atendiendo a factores geográficos, socioeconómicos, demográficos, laborales, epidemiológicos, culturales, ambientales, de vías y medios de comunicación homogéneos, así como de instalaciones sanitarias existentes y teniendo en cuenta la ordenación territorial establecida por la Junta de Andalucía³⁵. Estas previsiones genéricas sobre las Áreas de Salud fueron posteriormente desarrolladas por el Decreto 259/2001, de 27 de noviembre.

³⁴ Sobre la organización funcional de los servicios de salud puede verse Álvarez Nebreda, C., *Administración Sanitaria y Sistemas de Salud*, Ed. Síntesis, Madrid, 1994; Beato Espejo, M., "El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad", *Revista de Administración Pública*, nº 119, mayo-agosto, 1989; Ferrándiz Manjavacas, F., *Estructura y Administración Sanitaria Pública en España*, Centro de Estudios Procesales, Madrid, 1993; Navarro Munuera, A., "Régimen jurídico de los servicios públicos: el servicio sanitario", *Cuadernos de Derecho Judicial* (C.G.P.J.), Madrid, 1997; Rey del Castillo, J., "La organización territorial de los servicios públicos sanitarios", en *La organización de los servicios públicos sanitarios*, (Actas de las Jornadas de estudio celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 10 y 11 de abril de 2000), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001.

³⁵ Artículo 47 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

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 del usuario a los servicios. En este sentido, los límites territoriales de las Áreas de Salud son determinados por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, quedando delimitados en el Decreto 259/2001, de 27 de noviembre, que las hace coincidir con la provincia.

Para alcanzar una mayor eficacia en la organización y funcionamiento del Sistema Sanitario Público de Andalucía, cada Área de Salud se divide territorialmente en Zonas Básicas de Salud, que son el marco territorial para la prestación de la atención primaria de salud, de acceso directo de la población, en el que se ha de tener la capacidad de proporcionar una asistencia continuada, integral, permanente y accesible.

Por lo demás, el Decreto 259/2001, de 27 de noviembre, también regula la participación social de los ciudadanos, en desarrollo de lo previsto por la Ley de Salud de Andalucía³⁶. En este sentido, se establece como órgano colegiado de participación ciudadana el Consejo de Salud de Área, que se ubicará en cada Área de Salud. La finalidad de los Consejos de Salud de Área es realizar, en su ámbito, el seguimiento de la ejecución de la política sanitaria y asesorar a los órganos correspondientes a dicho nivel de la Consejería de Salud. Se adscriben a las Delegaciones Territoriales de la Consejería de Salud, y entre otras, ejercen las funciones, además de seguimiento y asesoramiento, de plantear recomendaciones y sugerencias relacionadas con políticas de salud y asistencia sanitaria que faciliten la aplicación práctica de los derechos y deberes de los usuarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía, colaborar en la formulación y seguimiento de los planes de Salud de Área, y estimular las iniciativas que tengan por objeto la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad.

Digamos en todo caso que la regulación de las Áreas de Salud por el Decreto 259/2001, de 27 de noviembre, resulta un tanto simplista. En efecto, las Áreas de Salud quedan en él delimitadas por provincias, con lo que existen en nuestra Comunidad Autónoma ocho Áreas de Salud que coinciden territorialmente con las ocho provincias andaluzas. La propia Ley de Salud de Andalucía aportaba bastantes criterios para delimitarlas territorialmente, sin necesidad de hacerlas coincidir espacialmente con la provincia, y, siendo conocidas las

³⁶ En efecto, el artículo 13 establece que en cada área de salud se establecerá un Consejo de Salud del Área, como órgano colegiado de participación ciudadana, con la finalidad de hacer el seguimiento en su ámbito de la ejecución de la política sanitaria y de asesorar a los órganos correspondientes a dicho nivel de la Consejería de Salud. No obstante, corresponde al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía la regulación reglamentaria de los Consejos de Salud de Área, que se ajustará a los criterios de participación democrática de todos los interesados, garantizando, en todo caso, la participación de las Administraciones locales, de los sindicatos y de las organizaciones empresariales más representativos del sector a nivel de Andalucía, de los colegios profesionales del sector sanitario correspondiente al territorio del área respectiva y de las organizaciones de consumidores y usuarios de Andalucía.

diferencias existentes entre las distintas provincias andaluzas en materia sanitaria, quizás la opción elegida no ha sido la más acertada, porque es posible que la delimitación de las Áreas de Salud, en función de criterios viarios o de medios de comunicación, e incluso según las instalaciones sanitarias existentes, hubiese garantizado mejor el derecho a la protección de la salud de los ciudadanos.

En cualquier caso, el artículo 57 de la Ley de Salud de Andalucía prevé que la Consejería de Salud podrá establecer otras estructuras con criterios de gestión y/o funcionales para la prestación de los servicios de atención primaria y/o especializada, atendiendo a razones de eficacia, del nivel de especialización de los centros y de la innovación tecnológica. Esta posibilidad ha sido utilizada para desarrollar, dentro de algunas de Áreas de Salud, las llamadas Áreas de Gestión Sanitaria como ámbitos de gestión unitaria de los recursos más circunscritos tanto de atención primaria como especializada que permitan una mayor autonomía de gestión, acercando la toma de decisiones al lugar donde se producen los servicios y se consumen los recursos, posibilitando, de esta manera, un mejor ejercicio de la responsabilidad y una mayor participación de los profesionales y de los ciudadanos³⁷.

B) La Atención Primaria de Salud

La Atención Primaria de salud constituye el primer nivel de acceso ordinario de la población al Sistema Sanitario Público de Andalucía y se caracteriza por prestar una atención integral a la salud, es decir, asistencia preventiva, curativa, rehabilitadora y de promoción de la salud de los ciudadanos³⁸. Se encuentra regulada por el Decreto 197/2007, de 3 de

³⁷ En estos momentos existen las siguientes Áreas de Gestión Sanitaria:

- Almería: Área de Gestión Sanitaria Norte de Almería. (Orden de 5 de octubre de 2006).
- Cádiz:
 - Área de Gestión Sanitaria Campo de Gibraltar (Orden de 2 de diciembre de 2002).
 - Área de Gestión Sanitaria Norte de Cádiz (Orden de 13 de febrero de 2013).
- Córdoba:
 - Área Sanitaria Norte de Córdoba (Decreto 68/1996, de 13 de febrero).
 - Área de Gestión Sanitaria Sur de Córdoba (Orden de 13 de febrero de 2013).
- Granada
 - Área de Gestión Sanitaria Nordeste de Granada (Orden de 13 de febrero de 2013).
 - Área de Gestión Sanitaria Sur de Granada (Orden de 5 de octubre de 2006).
- Huelva: Área de Gestión Sanitaria Norte de Huelva (Orden de 20 de noviembre de 2009).
- Jaén: Área de Gestión Sanitaria Norte de Jaén (Orden de 13 de febrero de 2013).
- Málaga
 - Área de Gestión Sanitaria Este de Málaga-Axarquía (Orden de 20 de noviembre de 2009).
 - Área de Gestión Sanitaria Norte de Málaga (Orden de 5 de octubre de 2006).
 - Área de Gestión Sanitaria Serranía de Málaga (Orden de 5 de octubre de 2006).
- Sevilla
 - Área de Gestión Sanitaria de Osuna (Decreto 96/1994, de 3 de mayo y Decreto 69/1996, de 13 de febrero).
 - Área de Gestión Sanitaria Sur de Sevilla (Orden de 13 de febrero de 2013).

³⁸ Artículos 52 y 53 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

julio, por el que se regula la estructura, organización y funcionamiento de los servicios de atención primaria de salud en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud.

Los servicios de Atención Primaria de salud se organizan en Zonas Básicas de Salud, que es la demarcación poblacional y geográfica fundamental, constituyendo la unidad de prestación de servicios de salud, capaz de proporcionar una asistencia continuada, integral, permanente y accesible, y en Distritos de Atención Primaria de Salud, que incluyen varias Zonas Básicas de Salud, con recursos sanitarios suficientes para desarrollar en su totalidad el nivel primario de atención a la población, constituyendo la unidad de planificación y gestión de los servicios de atención primaria³⁹.

a) *Zonas Básicas de Salud.*

Como dijimos al tratar las Zonas Básicas de Salud como parte de la organización territorial de las Áreas de Salud, éstas son el marco territorial para la prestación de la atención primaria de salud, de acceso directo de la población y en la que se proporciona una asistencia sanitaria básica e integral. La delimitación de su marco territorial corresponde a la Consejería de Salud, atendiendo a factores demográficos, sociales, y epidemiológicos, culturales y viarios, así como teniendo en cuenta los recursos existentes y la ordenación territorial establecida por la Junta de Andalucía. En este sentido, están constituidas por los municipios o agregaciones de municipios que determina el Mapa de Atención Primaria de Salud, actualizado por Orden de 7 de junio de 2002.

La atención sanitaria está asegurada en todos los municipios mediante los correspondientes centros de atención primaria, que son las estructuras físicas y funcionales que posibilitan el desarrollo de una Atención Primaria de Salud coordinada, integral, permanente, continuada y orientada a la ciudadanía, constituyendo la referencia de los servicios sanitarios públicos más cercanos a la población. Tienen la consideración de centros de atención primaria tanto los centros de salud como los consultorios locales y auxiliares.

b) *Distritos de Atención Primaria.*

Los distritos de atención primaria constituyen las estructuras organizativas para la planificación operativa, dirección, gestión y administración en el ámbito de la atención primaria, con funciones de organización de las actividades de asistencia sanitaria, promoción de la salud, prevención de la enfermedad, cuidados para la recuperación de la salud, gestión de los riesgos ambientales y alimentarios para la salud, así como la formación, la docencia e investigación.

³⁹ Véase al efecto el Informe SESPAS 2012, "La reforma de la atención primaria, entre el refugio del pasado y la aventura de la innovación", publicado en la *Revista Gaceta Sanitaria*, vol. 26, nº 1, 2012.

Cada distrito de atención primaria cuenta con los siguientes órganos directivos unipersonales: a) Dirección Gerencia⁴⁰, b) Dirección de Salud⁴¹, c) Dirección de Cuidados de Enfermería⁴² y d) Dirección de Gestión Económica y de Desarrollo Profesional⁴³. Y como órganos de asesoramiento está la Comisión de Dirección⁴⁴ y las Comisiones Técnicas⁴⁵. Además, en los distritos de atención primaria, cuya complejidad así lo exija y se determine por la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, se constituirán separadamente una Dirección de Gestión Económica y una Dirección de Desarrollo Profesional.

En el Distrito de Atención Primaria se integran las unidades de gestión clínica y un dispositivo de apoyo. Las unidades de gestión clínica de atención primaria están formadas por profesionales, adscritos funcionalmente a las zonas básicas de salud, mientras que el dispositivo de apoyo está integrado por los profesionales que realizan funciones administrativas, de gestión, técnicas o asistenciales, necesarias para asegurar la atención primaria de salud a la población y el funcionamiento de las unidades de gestión clínica. Así, se adscriben al dispositivo de apoyo los profesionales del área de salud bucodental, del área de fisioterapia, técnicos superiores, matronas, trabajadores sociales y personal de gestión y servicios, así como otro personal sanitario que se le adscriba. Del mismo modo, se integran en el dispositivo de apoyo, los profesionales adscritos a los siguientes servicios: Servicio de Cuidados Críticos y Urgencias⁴⁶, Servicio de Salud Pública⁴⁷, Servi-

⁴⁰ la Dirección Gerencia ejerce la superior dirección del distrito de atención primaria y, de ella dependen los demás órganos directivos y de asesoramiento. Sus funciones están recogidas en el artículo 8 del Decreto 197/2007, de de 3 de julio, por el que se regula la estructura, organización y funcionamiento de los servicios de atención primaria de salud en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud.

⁴¹ Sus funciones están recogidas en el artículo 9 del Decreto 197/2007, de de 3 de julio, por el que se regula la estructura, organización y funcionamiento de los servicios de atención primaria de salud en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud.

⁴² Sus funciones están recogidas en el artículo 10 del Decreto 197/2007, de de 3 de julio, por el que se regula la estructura, organización y funcionamiento de los servicios de atención primaria de salud en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud.

⁴³ Sus funciones están recogidas en el artículo 11 del Decreto 197/2007, de de 3 de julio, por el que se regula la estructura, organización y funcionamiento de los servicios de atención primaria de salud en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud.

⁴⁴ La Comisión de Dirección es un órgano de carácter asesor de la Dirección Gerencia del distrito de atención primaria y tiene como funciones asesorar a la Dirección Gerencia, en los aspectos organizativos, asistenciales y de gestión de recursos (artículo 12 Decreto 197/2007, de 3 de julio).

⁴⁵ Para asesorar a los órganos directivos, así como para mejorar la organización y el desarrollo de las actividades de las diferentes unidades de gestión clínica, en cada distrito de atención primaria existen las siguientes comisiones técnicas: a) Comisión de Calidad y Procesos Asistenciales; b) Comisión de Uso Racional del Medicamento; c) Comisión de Formación y Docencia; d) Comisión de Ética e Investigación Sanitarias, y e) Comisión de Salud Pública (artículo 13 Decreto 197/2007, de 3 de julio).

⁴⁶ Véase el artículo 17 del Decreto 197/2007, de 3 de julio.

⁴⁷ Véase el artículo 18 del Decreto 197/2007, de 3 de julio.

cio de Farmacia⁴⁸, Servicio de Desarrollo Profesional y Económico Financiero⁴⁹ y Servicio de Atención a la Ciudadanía⁵⁰.

La unidad de gestión clínica de atención primaria de salud, por su parte, es la estructura organizativa responsable de la atención primaria de salud a la población y estará integrada por los profesionales de diferentes categorías, adscritos funcionalmente a la zona básica de salud. Sus fines son el desarrollo de la actividad asistencial, preventiva, de promoción de salud, de cuidados de enfermería y rehabilitación, actuando con criterios de autonomía organizativa, de corresponsabilidad en la gestión de los recursos y de buena práctica clínica⁵¹. En cada unidad de gestión clínica de atención primaria existe una dirección que tiene rango de cargo intermedio y que depende jerárquica y funcionalmente de la Dirección Gerencia del distrito de atención primaria.

C) *La Atención Especializada*

La delimitación territorial, así como la ordenación funcional de la red hospitalaria pública de Andalucía, es decir, la atención especializada, fue regulada por el Decreto 105/1986, de 11 de junio, sobre ordenación de la asistencia sanitaria especializada y órganos de dirección de los hospitales. Decreto que fue modificado por el Decreto 462/1996, de 8 de octubre. Esta regulación, con la salvedad de lo previsto en la Ley de Salud de Andalucía, es la única normativa con la que contamos para el análisis de la Atención Especializada en Andalucía⁵².

La asistencia sanitaria especializada quedó ordenada en 1986, en Áreas Hospitalarias, entendidas como la demarcación geográfica para la gestión y administración de la asistencia especializada, entando integradas por al menos, un hospital y por los Centros Periféricos de Especialidades. Como fines de la asistencia especializada se configuran: ofrecer a la población los medios técnicos y humanos de diagnóstico, tratamiento y rehabilitación adecuados que, por su especialización o características, no puedan resolverse en el nivel de la atención primaria; posibilitar el internamiento en régimen de hospitalización a los pacientes que lo precisen; participar en la atención de urgencias, asumiendo las que superen los niveles de la asistencia sanitaria; prestar la asistencia en régimen de consultas externas que requieran la atención especializada de la población, en su correspondiente

⁴⁸ Véase el artículo 19 del Decreto 197/2007, de 3 de julio.

⁴⁹ Véase el artículo 20 del Decreto 197/2007, de 3 de julio.

⁵⁰ Véase el artículo 21 del Decreto 197/2007, de 3 de julio.

⁵¹ Sus funciones están recogidas en el artículo 24 del Decreto 197/2007, de 3 de julio.

⁵² Pueden resultar de interés Cuervo, J. L.; Varela, J. y Belenes, R., *Gestión de Hospitales*, Vicens Vives, 1994; y Confederación estatal de sindicatos médicos (CESM), *Crisis Hospitalaria. Presente y futuro de los hospitales españoles*, Escuela Nacional de Sanidad, Madrid, 1993.

ámbito territorial, sin perjuicio de lo establecido para el Dispositivo Específico de Apoyo a la Atención Primaria; participar, con el resto de dispositivo sanitario, en la prevención de las enfermedades y promoción de la salud; colaborar en la formación de los recursos humanos y en las investigaciones de salud.

Los hospitales, que son las instituciones sanitarias que prestan la asistencia especializada en régimen de internamiento, se clasifican en hospitales generales básicos, cuyo ámbito de actuación es el área hospitalaria a la que se encuentren adscritos, y los hospitales generales de especialidades, que tendrán la consideración de hospitales de referencia para la asistencia especializada que requiere abarcar más de un área hospitalaria, y al mismo tiempo, funciona como hospital general básico para el área hospitalaria a la cual se encuentre adscrito. En todo caso, cada una de las Áreas de Salud contará con un hospital de especialidades.

Tanto los hospitales como los Centros Periféricos de Especialidades tienen una misma estructura orgánica. Así, la Gerencia del hospital es el órgano de dirección, cuyo director gerente depende jerárquica y funcionalmente de la Delegación Provincial. De ella depende la Dirección Médica; Dirección de Enfermería; Dirección Económica-Administrativa, y la Dirección de Servicios Generales. Además, como órgano colegiado existe una Comisión de Dirección del Hospital y como órganos asesores están la Junta del Hospital y de los Centros Periféricos de Especialidades; la Junta Facultativa⁵³, que es un órgano colegiado de participación dependiente de la Dirección Médica, como órgano asesor de la Gerencia, y la Junta de Enfermería⁵⁴ como órgano colegiado dependiente de la Dirección de Enfermería.

Asimismo, cada Área de Salud dispondrá al menos de un dispositivo de atención especializada de titularidad pública, aunque, la Consejería de Salud podrá fijar los servicios y hospitales que por sus características, deban prestar asistencia sanitaria a más de un Área de Salud, así como los términos en que los usuarios podrán acceder a otro servicio, o en su caso, hospital cuando su patología ha superado la posibilidad de diagnóstico y tratamiento de su hospital inmediato.

Por lo demás, debemos hacer referencia a los instrumentos de planificación, pues, todos los hospitales y centros de especialidades deben tener un Plan General Hospitalario en el que se recoja la estructura, organización y coordinación de los servicios y unidades del hospital y centros adscritos, así como la coordinación asistencial para la derivación de pacientes a otros centros sanitarios; las normas de admisión de enfermos para la hospitalización, consultas externas y urgencias; y las normas para situaciones de emergencia, desastre o desalojo.

⁵³ La Junta Facultativa se modifica por el Decreto 462/1996, de 8 de octubre, derogando su carácter de órgano asesor previsto en el Decreto 105/1986, de 11 de junio, y otorgando un mayor nivel de implicación y participación de los profesionales sanitarios en las decisiones que afectan a la gestión asistencial.

⁵⁴ En el mismo sentido, la Junta de Enfermería también se modifica por el Decreto 462/1996, de 8 de octubre.

La Ley de Salud de Andalucía, por su parte, no establece ninguna novedad con respecto a la atención especializada. En efecto, sin aportar nada nuevo, dispone que la atención especializada se presta en los hospitales y centros de especialidades, que constituyen la estructura sanitaria responsable de la atención especializada programada y urgente, tanto en régimen de internado como ambulatorio y domiciliario, desarrollando además, funciones de promoción de la salud, prevención de la enfermedad, curación, rehabilitación y docencia e investigación, en coordinación con la Atención Primaria, siendo el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía quien determina los órganos, la estructura y el funcionamiento de los distritos de atención primaria y los hospitales⁵⁵.

Como conclusión a este apartado sobre la ordenación funcional del Sistema Sanitario Público Andaluz, queremos destacar la asimetría que existe en la regulación de la atención primaria y la atención especializada. Pues mientras en la atención primaria hemos asistido a una adaptación normativa paralela a los cambios que se han ido produciendo, en la atención especializada nos encontramos con un gran vacío normativo, pues la regulación que se realiza de la ordenación funcional especializada en 1986, no cuenta con ningún instrumento normativo que la actualice. Y además, no debemos olvidar que en Andalucía contamos con centros hospitalarios públicos gestionados por agencias públicas empresariales, cuya ordenación y estructura se realiza a través de sus propias normas de creación y sus estatutos, lo que provoca cierta inseguridad jurídica.

Por ello, consideramos que en desarrollo de la Ley de Salud de Andalucía, y como medida de modernización de la ordenación de la asistencia especializada andaluza, se debería regular mediante decreto la organización, estructura y funcionamiento de la red hospitalaria pública de Andalucía, en la que se recoja la organización y estructura de los hospitales que integran el Sistema Sanitario Público Andaluz, y por lo tanto, de los hospitales gestionados por el Servicio Andaluz de Salud, así como, al menos, establecer unos criterios comunes en la ordenación de los hospitales gestionados por agencias empresariales, todo ello en aras de una mayor seguridad jurídica, y para dar cumplimiento a los principios recogidos en la Ley de Salud de Andalucía. Asimismo, en esta necesaria reforma legislativa de la asistencia hospitalaria en Andalucía se deberían contemplar también otras estructuras hospitalarias que están funcionando en Andalucía como el hospital de día y la hospitalización domiciliaria⁵⁶.

⁵⁵ Artículo 54 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

⁵⁶ Para mayor abundamiento, véase García Arcal, C.; Reguilón Rivero, C.; Santamaría Cuesta, I. y otros, "Nuevas formas de asistencia especializada: hospitalización a domicilio", *Gestión Hospitalaria*, vol. 1, nº 1, 1999.

III. LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN ANDALUCÍA

La Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía recoge, en virtud del principio de descentralización funcional, la posibilidad de que la Administración de la Junta de Andalucía pueda crear Agencias administrativas, agencias empresariales y agencias de régimen especial, así como sociedades mercantiles y fundaciones, éstas últimas como entidades instrumentales de carácter privado.

No obstante, este modelo de organización instrumental se encuentra en estos momentos en proceso de implantación, por lo que aún nos podemos encontrar formas de organización que respondan al modelo anterior regulado en la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y que preveía la posibilidad de crear organismos autónomos; organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo; entidades de Derecho público; sociedades mercantiles y fundaciones⁵⁷. Máxime cuando la disposición transitoria única de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, establece que los organismos autónomos y las entidades de Derecho Público existentes a que hacen referencia los artículos 4 y 6.1.b), respectivamente, de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se seguirán rigiendo por la normativa vigente a la entrada en vigor de esta Ley hasta tanto se proceda a su adecuación a las previsiones contenidas en la misma⁵⁸.

En lo que a nosotros nos interesa, la gestión de los servicios sanitarios en Andalucía, ha optado de forma preferente por la utilización de modelos de gestión directa⁵⁹. Así, se deriva del artículo 44.2.c) de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, que establece como característica fundamental del Sistema Sanitario Público andaluz, el uso

⁵⁷ Artículos 4 a 6 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, derogada por letra a) de la disposición derogatoria única de Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía. Téngase en cuenta también que, conforme establece la disposición final primera de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, todas las referencias contenidas en la presente Ley a los “organismos” u “organismos autónomos” se entenderán hechas a las “agencias administrativas”. Así mismo, todas las referencias efectuadas a las “empresas” se entenderán hechas a las “agencias públicas empresariales” y a las “sociedades mercantiles del sector público andaluz”, según corresponda.

⁵⁸ Sobre la Administración instrumental en Andalucía resulta muy significativo el artículo de Rebollo Puig, M., “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *RAP*, nº 161, 2003.

⁵⁹ Sobre el marco normativo de las formas de gestión sanitaria puede verse, entre otros, Muñoz Machado, S., “Los condicionantes normativos en la evolución de los modelos de gestión de los servicios sanitarios”, en *Actas del III Congreso Derecho y Salud*, Juristas de la Salud, Pamplona, 1994, y *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995; Parejo Alfonso, L., “Constitución, Sistema Nacional de Salud y formas de organización”, en Parejo, L.; Lobo, F. y Vaquer, M. (coords.), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001; Pemán Gavín, J., “Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios (Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio)”, en *VVAA, Reforma y liberalización económica: los Decretos-leyes de junio de 1996*, Civitas, Madrid, 1996 y “Reflexiones en torno a la Ley General de Sanidad: ¿desarrollo o reforma?”, *REDA*, nº 97, enero-marzo, 1998.

preferente de los recursos sanitarios públicos en la provisión de los servicios sanitarios. Aún así, y como vamos a ver, el propio ordenamiento sanitario andaluz ampara la posibilidad de vincular al Sistema Sanitario Público de Andalucía centros y establecimiento sanitarios privados a través de las formas indirectas del convenio y concierto⁶⁰.

1. Formas de gestión directa

Entre las modalidades de gestión directa utilizadas en nuestra Comunidad Autónoma, podemos destacar la creación de formas jurídicas sin personalidad jurídica propia, agencias administrativas, agencias públicas empresariales, sociedades mercantiles de titularidad mayoritariamente pública, y fundaciones creadas por entidad pública. La única referencia a esta modalidad de gestión de la asistencia sanitaria que se recoge en la Ley de Salud de Andalucía, salvo algunas previsiones en materia de personal⁶¹, es la que se realiza en el artículo 45.1.b) que integra dentro del Sistema Sanitario Público de Andalucía los centros, servicios y establecimientos sanitarios de organismos, empresas públicas o cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho, adscritas a la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía⁶².

⁶⁰ En efecto, así se establece en el artículo 45.2.b) de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, que permite que puedan formar parte del Sistema Sanitario Público de Andalucía todos aquellos centros, servicios y establecimientos sanitarios que se adscriban al mismo en virtud de un convenio singular de vinculación.

⁶¹ En efecto, el artículo 60 de la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía, establece que el personal estatutario con plaza en el Servicio Andaluz de Salud que se incorpore a las plantillas de personal laboral de los entes públicos sanitarios que se creen, se les reconocerá el tiempo de servicios prestados a efectos de la retribución que le corresponda por antigüedad, así como a efectos de acceso a plazas selectivas por procesos selectivos. Además, este personal permanecerá en su plaza de origen en la situación especial en activo o en la de excedencia especial en activo, según los casos, por un periodo máximo de tres años. Durante este periodo podrá volver a ocupar su puesto de origen. Transcurrido dicho plazo sin haber ejercitado esta facultad, pasará a la situación de excedencia voluntaria, de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidad del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Y el artículo 59 dispone que la situación del personal estatutario con plaza en propiedad en centros, servicios o establecimientos sanitarios que pasen a ser gestionados por entidad de naturaleza o titularidad pública creadas al efecto, se mantendrá en situación de activo, si bien se le ofertará la posibilidad de incorporarse voluntariamente al régimen jurídico de personal de la entidad creada.

⁶² Un análisis más detallado de las formas de gestión de la asistencia sanitaria pública puede verse en Álvarez González, E. M., *El régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública. Sistema de Prestaciones y coordinación sanitaria*, Ed. Comares, 2007, pp. 141 a 158; Menéndez Rexach, A., "Formas jurídicas de gestión de las prestaciones sanitarias", en Parejo, L.; Lobo, F. y Vaquer, M. (coords.), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, p. 72; Rodríguez López, P., *Nuevas formas de gestión hospitalaria y responsabilidad patrimonial de la Administración*, Dykinson, 2004, p. 184; Sánchez-Caro, J., "Régimen jurídico de las nuevas formas de gestión en la Sanidad Pública Española (la perspectiva del Instituto Nacional de Salud)", en Parejo, L.; Lobo, F. y Vaquer, M. (coords.), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, p. 145.

A) *Formas sin personalidad jurídica diferenciada*

Entre las formas de gestión directa, tenemos que destacar como modalidad de gestión a través de formas sin personalidad jurídica diferenciada la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitaria (AETSA). Fue creada por el Decreto 318/1996, de 2 de julio, como “servicio administrativo sin personalidad jurídica propia”, y está adscrita a la Dirección General de Calidad, Investigación, Desarrollo e Innovación de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales⁶³.

Se crea como parte de un nuevo programa para fomentar la incorporación de la medicina basada en la evidencia y de los análisis coste-efectividad en las prácticas sanitarias en la Comunidad Autónoma. Tiene un comité asesor científico de quince miembros, compuesto por especialistas clínicos, investigadores, economistas y otros expertos. La Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitaria de Andalucía también se asesora mediante otros grupos, formados para la discusión y asesoramiento sobre aspectos más concretos de sus líneas de actividades.

La finalidad de la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitaria de Andalucía es ayudar a la toma de decisiones y facilitar la información a los profesionales de la salud sobre un uso más eficaz de los recursos clínicos. Además, participa en la elaboración del plan estratégico para mejorar la calidad en la atención hospitalaria y centros de atención primaria fomentando una medicina basada en la evidencia.

Además, la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitaria de Andalucía establece prioridades sobre los proyectos de evaluación de las nuevas tecnologías sanitarias, a partir de una lista de proyectos seleccionados por las autoridades en política sanitaria y el comité asesor científico. Sobre los mismos, la propia Agencia publica un boletín titulado “Noticias de Evaluación de Tecnologías Sanitarias” (NETS), que se distribuye a los profesionales de la medicina, consumidores, bibliotecas, publicaciones médicas y a otros miembros de INAHTA (International Network of Agencies of Health Technology Assessment), organización a la que está afiliada desde 1997.

B) *Agencia administrativa: el Servicio Andaluz de Salud*

Como vimos, el Servicio Andaluz de Salud fue configurado como un organismo autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía, adscrito a la Consejería de Salud, de los previstos en la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de Andalucía. Ésta ha sido su naturaleza jurídica durante más de veinticinco años, habiéndose adaptado con el Decreto 140/2013, de 1 de octubre, por el que se establece la estructura

⁶³ Artículo 2.4 del Decreto 140/2013, de 1 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y del Servicio Andaluz de Salud.

orgánica de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y del Servicio Andaluz de Salud, a su nueva forma de agencia administrativa, tras la reforma del modelo organizativo instrumental que realiza la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

C) Agencias públicas empresariales

En la Comunidad Autónoma Andaluza se constituyeron diversas empresas públicas sanitarias con forma de entes públicos creadas al amparo de lo establecido en el artículo 6.1.b) de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Sin embargo, la reordenación del sector público introducida por la Ley 1/2011, de 17 de febrero, ha obligado a adecuar las entidades de Derecho Público existentes a su nuevo régimen de agencias públicas empresariales previsto por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía. Este ha sido el caso, en lo que a nosotros nos interesa, de la agencia pública empresarial “Empresa Pública de Emergencias Sanitarias” (EPES)⁶⁴; la agencia sanitaria Costa del Sol⁶⁵ y las agencias sanitarias Hospital de Poniente, Hospital Alto Guadalquivir y Hospital Bajo Guadalquivir⁶⁶.

Este proceso de adaptación de las antiguas empresas públicas a su nueva naturaleza jurídica de agencias públicas empresariales ha planteado algunas cuestiones de interés aún no resueltas ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. En concreto, en el ámbito sanitario se ha constituido una macro agencia pública empresarial –la Agencia Sanitaria Costa del Sol– de la que dependen las demás –las agencias sanitarias Hospital de Poniente, Hospital Alto Guadalquivir y Hospital Bajo Guadalquivir–, y a la que se le atribuyen además de la gestión de la asistencia especializada que se presta por el Hospital Costa del Sol de Marbella y por los hospitales de alta resolución que se establezcan en la provincia de Málaga, la gestión de los servicios sanitarios prestados por las otras tres agencias sanitarias.

Todas ellas se constituyen como agencias públicas empresariales que tienen por objeto la realización de actividades prestacionales y de gestión del servicio público sanitario, por lo que se corresponderían con el modelo de agencia pública empresarial previsto en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre⁶⁷, a las que se les aplica el Derecho

⁶⁴ Véase el artículo 1.1.d) del Decreto 217/2011, de 28 de junio, por el que adecuan diversas entidades de Derecho Público a las previsiones de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

⁶⁵ Véase el artículo 9 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía.

⁶⁶ Véase el artículo 10 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía.

⁶⁷ El artículo 68.1.a) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, regula las agencias públicas empresariales que tienen por objeto principal la producción, en régimen de libre mercado, de bienes y servicios de interés público destinados al consumo individual o colectivo mediante contraprestación. En consecuencia, este tipo de agencias

Administrativo en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación. En los restantes aspectos se rigen por el Derecho Administrativo o por el Derecho Privado según su particular gestión empresarial así lo requiera.

Este tipo de agencias públicas empresariales sólo ejercen las potestades administrativas que expresamente se les atribuyan y solo podrán ser ejercidas por aquellos órganos a los que en los estatutos se les asigne expresamente esta facultad. No obstante, como los órganos de las agencias públicas empresariales no son asimilables en cuanto a su rango administrativo al de los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía, salvo las excepciones que, a determinados efectos, se fijen, en cada caso, en sus estatutos, en el caso de que se trate de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales que deban corresponder exclusivamente a personal funcionario de acuerdo con la legislación aplicable en materia de función pública, podrá llevarlas a cabo, bajo la dirección funcional de la agencia pública empresarial, el personal funcionario perteneciente a la Consejería o la agencia administrativa a la que esté adscrita⁶⁸.

Asimismo, el personal de las agencias públicas empresariales se rige en todo caso por el Derecho Laboral, así como por lo que le sea de aplicación en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, siendo seleccionado mediante convocatoria pública en medios oficiales, basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad. Y el régimen de contratación, por su parte, será el establecido para las Administraciones Públicas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011.

Este régimen jurídico así como la propia adaptación, en lo que a nosotros nos interesa, de las empresas públicas sanitarias a su nueva forma de agencias públicas empresariales ha motivado el recurso de inconstitucionalidad núm. 2733-2011 presentado ante el Tribunal Constitucional, en el que se impugna la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía, por entender que vulnera los artículos 9.3, 14, 23.2, 53.1, 103.1 y 3, 149.1.18^a de la CE, así como los artículos 33.1, 76.1 y 2 y 133.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, y el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), y que se encuentra aún pendiente de sentencia.

se rigen por el Derecho Privado, excepto en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación.

⁶⁸ Artículos 69.2 y 3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

En cualquier caso, y aún cuando estamos pendientes del correspondiente pronunciamiento jurisprudencial, parece que la reestructuración sanitaria a la que hemos asistido está necesitada de la oportuna reflexión de su alcance e implicaciones y, aunque no sea éste el lugar adecuado para ello, no nos resistimos a dejar siquiera algunos apuntes en este trabajo. Y ello, debido a la trascendencia de estas medidas organizativas que, en el fondo, están planteando cuestiones esenciales del Derecho Administrativo como son los límites de la potestad organizatoria, la delimitación del ejercicio de potestades públicas y la integración del personal bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como su incidencia en la contratación.

En efecto, la asunción por las agencias sanitarias de potestades públicas plantea el problema del ejercicio de las mismas por el personal de la agencia pública empresarial regido por el Derecho laboral. Máxime cuando el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, de carácter básico, establece: “En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”. Si bien es cierto que ello se salva con la previsión del artículo 69.3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, al atribuir la dirección funcional de la potestad administrativa al personal funcionario de la Consejería, no es menos cierto que ello plantea algunas dudas pues sigue residiendo el control del ejercicio de la potestad en la entidad instrumental y la actividad del personal funcionario queda reducida a la firma de los expedientes, cuando parece que el modelo de función pública que deriva del artículo 9.2 del EBEP es un modelo en el que han de ser los funcionarios quienes lleven a cabo, no ya el ejercicio de la potestad pública en sí misma mediante la firma del acto administrativo, sino todas aquellas funciones que puedan resultar esenciales en la instrucción de los expedientes, aunque puedan ser consideradas complementarias, de investigación y de auxilio de la función final de firmar los actos administrativos de trámite o de resolución.

En materia de contratación, por su parte, el legislador andaluz ha optado por considerar que los contratos que celebren las agencias sanitarias son contratos administrativos y como tal sometidos a la legislación de contratos del sector público, pues entiende que estas agencias sanitarias son Administración pública, y ello, a pesar de que en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de carácter básico, los organismos similares a éstas no tienen la consideración de Administración pública y, por tanto, se califican como privados los contratos celebrados por cualquier entidad que no tenga la consideración de Administración pública (artículo 3.2).

Todas estas cuestiones nos llevan a ser cautelosos con la reestructuración de la organización instrumental sanitaria que se ha producido en Andalucía, siendo, por ende, de máximo interés el posicionamiento que adopte el Tribunal Constitucional en la sentencia que dicte sobre el recurso de inconstitucionalidad núm. 2733-2011.

D) Sociedad mercantil: la Escuela Andaluza de Salud Pública (EASP)

Como ejemplo de sociedad mercantil de titularidad mayoritariamente pública tenemos que destacar la Escuela Andaluza de Salud Pública (EASP) que fue creada por acuerdo del Gobierno andaluz el 2 de mayo de 1985. Se constituye como empresa pública, con carácter de sociedad anónima y capital fundacional íntegro de la Junta de Andalucía. Su financiación en la actualidad proviene en un 20% de subvención directa y en un 80% de autofinanciación.

Su estructura organizativa está encabezada por la Junta General de Accionistas, y son órganos de dirección además de ésta, el Consejo de Administración, el Consejero Delegado y el Consejo de Dirección.

La Escuela desarrolla proyectos que integran los enfoques de salud pública y de gestión, a través de sus proyectos de docencia, consultoría e investigación de ámbito nacional e internacional. Para ello: a) Genera nuevos conocimientos y los disemina entre los miembros de las organizaciones sanitarias; b) Desarrolla un proceso continuo de actualización del conocimiento en respuesta a las variaciones en las demandas sociales y a la evolución de los sistemas sanitarios; c) Identifica los conocimientos relevantes existentes en las organizaciones y los flujos de información necesarios para su transmisión; d) Crea espacios de intercambio y circulación de la información y facilita la transferencia entre las personas que la necesitan y las que la generan; y e) Materializa el conocimiento creando productos, servicios y sistemas e implementándolos en las organizaciones.

La misión de la Escuela Andaluza de Salud Pública es colaborar en el desarrollo de los servicios de salud, mediante la formación de los recursos humanos, la elaboración de análisis, recomendaciones, dictámenes a los servicios, y el aumento de conocimiento sobre la salud de la población y sus determinantes.

Desde 1989 la Escuela Andaluza de Salud Pública es centro colaborador de la Organización Mundial de la Salud y desde 1992, desarrolla un convenio de colaboración con la Organización Panamericana de la Salud. Es miembro de las principales asociaciones internacionales de escuelas de salud pública y de gestión sanitaria tanto en Europa como en Latinoamérica: EHMA (European Health Management Association), ASPHER (Association of School of Public Health in the European Region) y ALAESP (Asociación Latinoamericana de Escuelas de Salud Pública).

E) Fundaciones sanitarias

Dentro de las modalidades de gestión directa también tenemos que destacar la creación en Andalucía de tres fundaciones en el ámbito sanitario: la Fundación Progreso y Salud, La Fundación Andaluza para la Integración del Enfermo Mental (FAISEM), y la Fundación para el Avance Tecnológico y Entrenamiento Profesional (IAVANTE).

- Fundación Progreso y Salud

La Fundación Progreso y Salud es una entidad de carácter público, sin ánimo de lucro y de carácter benéfico-asistencial y sociosanitario, regulada por la Ley 30/1994, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general. Se constituyó por tres empresas públicas de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía: el Hospital Costa del Sol –hoy en día agencia pública empresarial Costa del Sol–, la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias –hoy también con naturaleza jurídica de agencia pública empresarial–, y la Escuela Andaluza de Salud Pública. Entre sus funciones destacan las actividades que supongan un incremento de la salud de la población y una mejora en el funcionamiento de los servicios socio-sanitarios.

Por Resolución del Instituto Andaluz de Servicios Sociales, de 31 de marzo de 1997, se clasifica la Fundación Progreso y Salud, como de Asistencia Social y se aprueban sus Estatutos y se confirma la composición de su Patronato.

- Fundación Andaluza para la Integración del Enfermo Mental (FAISEM)

La Fundación Andaluza para la Integración del Enfermo Mental se creó en diciembre de 1993, a instancias del Parlamento Andaluz, con las siguientes características:

1. Su responsabilidad pública a través de las Consejerías de Salud, Trabajo y Desarrollo Tecnológico, Asuntos Sociales, Economía y Hacienda.
2. Su financiación a través de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma.
3. Su función de desarrollo y gestión de recursos de apoyo social para pacientes usuarios de los servicios públicos de salud mental con necesidades no atendibles desde los programas generales de servicios sociales.
4. Su estructura y funcionamiento libre de rigideces funcionariales y con participación de profesionales, familiares y otras entidades ciudadanas.

El objetivo general de la Fundación es la prevención de la marginación y la desadaptación de cualquier persona afectada por una enfermedad mental causante de una incapacidad personal y social, así como el apoyo a su integración social y laboral.

- Fundación para el Avance Tecnológico y Entrenamiento Profesional (IAVANTE)

La Fundación para el Avance Tecnológico y Entrenamiento Profesional (IAVANTE) se creó el 5 de diciembre de 1996 como Fundación EPES, modificándose a su denominación actual el 24 de junio de 2002 por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía.

Sus objetivos fundacionales se relacionan con la formación y el entrenamiento profesional, la investigación e innovación en tecnologías de aplicación en formación o en atención sanitaria, y programas de acción social orientadas a la promoción de la salud.

Por Resolución del Instituto Andaluz de Servicios Sociales, de 31 de marzo de 1997, se clasifica esta Fundación, instituida en Málaga, como de Asistencia Social y se aprueban sus Estatutos y se confirma la composición de su Patronato.

2. Formas de gestión indirecta: convenios, conciertos y concesiones sanitarias

La gestión indirecta de la asistencia sanitaria se produce cuando la Administración pública sanitaria vincula, a través de un convenio o concierto, la prestación del servicio público sanitario a una entidad privada (titular de un centro hospitalarios o centro y/o servicios sanitarios), que pasa a integrarse en el Sistema Sanitario Público de Andalucía. El ordenamiento jurídico andaluz, concretamente la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, regula en sus artículos 73 a 77 (Capítulo VII: Colaboración con la iniciativa privada, del Título VII: De la ordenación sanitaria) los convenios singulares y los conciertos sanitarios como formas de vinculación.

En este sentido, los convenios singulares de vinculación son los suscritos entre la Administración sanitaria y las entidades privadas titulares de centros hospitalarios, para la vinculación de los mismos a la red hospitalaria pública; mientras que los conciertos sanitarios son los suscritos por la Administración sanitaria y las entidades privadas titulares de centros y/o servicios sanitarios. A estas modalidades de gestión indirecta debemos añadir las concesiones sanitarias. En ellas, la Administración ostenta la titularidad del servicio, y mediante una regulación contractual de las condiciones, entrega su prestación y el contenido económico correspondiente a un particular o empresa privada, que asume la gestión y riesgo, obligándose frente a la Administración a responder de la marcha regular del servicio público, a mantener en buen estado los bienes que explota, a admitir el goce del servicio a todo aquel que cumpla los requisitos, a la restitución de los bienes si la concesión caduca o se extingue y en su caso, al pago a la Administración de un canon. El concesionario, por su parte, percibe a cambio las tasas, tarifas o precios fijados por la utilización del servicio público⁶⁹.

En cuanto al régimen jurídico de estas figuras, los convenios singulares se rigen por sus propias normas con carácter preferente, por las disposiciones que le sean de aplicación de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y por el Real Decreto Legisla-

⁶⁹ Sobre la concesión sanitaria, véase Larios Risco, D. y Lomas Hernández, V., "Modelos de colaboración público-privada para la construcción y gestión de infraestructuras sanitarias", *Derecho y Salud*, vol. 15, nº 2, 2007; Villar Rojas, F. J., "La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales", en *Revista de Administración Pública*, nº 172, 2007.

tivo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; los conciertos sanitarios, en cambio, se rigen por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011; y las concesiones sanitarias por las disposiciones generales que le sean de aplicación y por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 (en adelante, TRLCSP).

El legislador andaluz diferencia claramente las figuras del convenio y el concierto, pues, tal y como han quedado definidos, el convenio se usa para vincular los centros hospitalarios privados y los conciertos sanitarios para vincular los centros y/o servicios sanitarios privados. De esta diferenciación se deducen dos consecuencias: en primer lugar, la distinta naturaleza jurídica, ya que los conciertos son contratos administrativos mientras que los convenios son resoluciones necesitadas de aceptación, que subsumen cada caso concreto en la regulación abstracta establecida para la homologación de los centros privados con los públicos incluidos en la red asistencial. Y en segundo lugar, el convenio supone la plena integración del establecimiento privado en la red hospitalaria pública, es decir, la vinculación de todos sus servicios, quedando el centro sometido a un régimen sustancialmente idéntico al de los centros públicos; mientras que el consorcio sanitario supone una vinculación más difusa, limitada a determinadas prestaciones de las que puede ofrecer un centro sanitario, ya que éste prestará otros servicios no incluidos en el concierto.

No obstante, a pesar de estas matizaciones en el régimen jurídico de las figuras del convenio y el consorcio sanitario, da la impresión de que el legislador sanitario no las termina de utilizar correctamente, puesto que, si se profundiza un poco en el desarrollo de las mismas, se puede apreciar fácilmente la utilización indistinta de ambas figuras, siendo frecuente que el legislador andaluz se refiera a los consorcios sanitarios para integrar un hospital privado en la red pública, cuando en realidad, se trataría de un convenio singular de vinculación, y viceversa. Como ejemplo, podemos citar el Decreto 165/1995, de 4 de julio, por el que se regula los procedimientos de homologación de los centros hospitalarios y la suscripción de convenios y consorcios para la prestación de asistencia sanitaria, así como la Orden de 19 de septiembre de 1995, que establece normas de identidad de los centros hospitalarios concertados y convenidos con la Consejería de Salud o con el Servicio Andaluz de Salud. Del mismo modo, la Orden de 4 de junio de 1998, en la que se recoge el procedimiento de gestión para derivar a los pacientes a centros concertados o convenidos por la Consejería de Salud y la Resolución de 18 de marzo de 1999, que dicta las instrucciones para ejecutar la Orden anterior.

En cualquier caso, es preciso destacar que la diferencia fundamental entre los modelos organización instrumental que hemos analizado en el apartado anterior y la gestión indirecta es que en ésta no existe una relación de instrumentalidad como la que existe entre la Administración matriz y el ente creado. La vinculación con el sistema sanitario público se realiza a través del concierto, convenio, o concesión u otra modalidad del contrato de gestión de servicios públicos –artículo 277 TRLCSP–.

De estas modalidades, quisiera detenerme en la concesión sanitaria por ser ésta una forma de gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública que en momentos de crisis económica como la actual, parece que se ha convertido en un instrumento eficaz para racionalizar el gasto público y reducir el déficit financiero sin merma del Estado del Bienestar, y aunque Andalucía aún no ha recurrido a esta figura para la gestión de la asistencia sanitaria pública –ya hemos visto, que el modelo asumido ha sido el de agencias públicas empresariales–, si ha sido una figura muy recurrida por otras Comunidades Autónomas –Valencia⁷⁰, Castilla-La Mancha⁷¹, Galicia⁷², Madrid⁷³– poniendo en la palestra el viejo debate de la privatización de la gestión sanitaria⁷⁴.

En este sentido, es preciso señalar que la concesión de servicios es una técnica mediante la que la Administración suple su carencia de recursos, recurriendo a la iniciativa privada, que con su capital y esfuerzo, ofrece las prestaciones estipuladas, ateniéndose a la regulación del servicio establecida por aquélla y percibiendo de los usuarios unos ingresos por la utilización del servicio que le permiten recuperar la inversión realizada, sufragar los costes de explotación y obtener un razonable beneficio empresarial⁷⁵. Pero cuando el concesionario asume además de la explotación del servicio la construcción de la obra, nos encontramos ante una concesión de obra pública⁷⁶. Además, existe también el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (en adelante, CPP) en el que una Administración Pública encarga a una entidad privada la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de

⁷⁰ Fue la primera en recurrir a una concesión administrativa para construir y explotar la gestión del Hospital La Ribera en Alcira en 1996.

⁷¹ En ella ocho hospitales se gestionan por empresas privadas. En concreto, los hospitales de Manzanares, Tomelloso, Villarobledo y Almansa, mientras que los hospitales en construcción de Toledo, Cuenca, Albacete y Guadalajara van a ser contruidos y gestionados por el sector privado a cambio de una contraprestación económica durante 30 años.

⁷² Ha implantado de un modelo de gestión privada de los servicios de radiología y de alta tecnología de los hospitales gallegos.

⁷³ Con la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, se habilita al Servicio Madrileño de Salud para adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en los Hospitales Infanta Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo (artículo 62).

⁷⁴ Sobre ello puede resultar de interés nuestro trabajo “La Administración instrumental y la provisión privada de la asistencia sanitaria en tiempos de crisis” presentado al VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo publicado en <http://www.aepda.es/EscaparateFamilia.aspx?id=71-Actividades-Congresos-de-la-AEPDA.aspx>.

⁷⁵ Artículo 8 del 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.

⁷⁶ Artículo 7 del 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.

las siguientes prestaciones: a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión; b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado; y d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado⁷⁷.

Lo característicos de estas tres figuras contractuales es que en la concesión de servicios y en la de obra pública la Administración no tiene que hacer desembolso alguno para sufragar el coste del servicio, porque dicho coste se repercute vía tarifas y precios sobre los usuarios. En cambio, en el contrato de CPP la remuneración no consiste en cánones abonados por los usuarios, sino que éstos se sustituyen por pagos periódicos de la Administración contratante.

En el ámbito sanitario, entendemos que, con carácter general, hemos asistido a un abuso de los elementos típicos de la concesión de servicios y de obras al contemplar una contraprestación económica a cargo de la Administración para evitar el abono del coste por los usuarios. Sin embargo, con la regulación actual del contrato de CPP como contrato nominado, será más difícil forzar la estructura de otros contratos típicos como el de gestión de servicios públicos o la concesión de obra pública para incluir cláusulas que solo caben en un contrato de CPP, particularmente las relativas a los riesgos y a la contraprestación a cargo de la Administración. Teniendo en cuenta, además, que para que pueda celebrarse un contrato de CPP tiene que darse un requisito negativo pues hay que acreditar que no existen fórmulas alternativas para satisfacer las necesidades de la Administración dentro de los contratos típicos tradicionales. Esta condición debería operar como importante limitación a la utilización indiscriminada de estos contratos, reservados para objetos de gran envergadura y complejidad.

Por tanto, la utilización de estas modalidades de gestión indirecta a través de un contrato administrativo respetando las características propias de cada una de ellas, es totalmente viable jurídicamente, siempre que estas formas de gestión indirecta para la prestación de servicios sanitarios se utilicen con carácter excepcional, pues, como hemos visto en este trabajo, el ordenamiento jurídico sanitario mantiene como principio general la gestión directa de los servicios sanitarios. Así también lo ha expresado el Tribunal Constitucional al afirmar –en relación con el Sistema de Seguridad Social, pero aplicable también al sistema sanitario– que la gestión debe ser pública y así deberá visualizarse por la sociedad sin que puedan quedar cuestionados los rasgos estructurales e institucionales del sistema público

⁷⁷ Artículo 11 del 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.

de gestión. Además, las fórmulas de gestión privada deben ser de escasa relevancia en el conjunto del sistema⁷⁸.

En consecuencia, podemos afirmar que una generalización tal de la utilización de modelos de gestión indirecta que haga invisible la estructura pública del sistema sanitario sería a todas luces inconstitucional. En primer lugar, por vulnerar el derecho a la protección de la salud recogido en el artículo 43 de la CE, así como por conculcar el ejercicio de la competencia estatal exclusiva de regulación básica y coordinación general sanitaria recogida en el artículo 149.1.16ª CE, ya que dicha generalización en el ámbito de una Comunidad Autónoma –a lo que parece que tiende el modelo valenciano y madrileño– rompería la concepción integral del Sistema Nacional de Salud y quebraría los principios básicos del sistema de universalidad, igualdad, gratuidad y financiación pública. Y ello incluso ante la restructuración del Sistema Nacional de Salud a la que hemos asistido con el 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, que ha vuelto a introducir el concepto de aseguramiento para reconocer el derecho a la asistencia sanitaria, lo que implica que la misma se garantiza a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado, a la vez que ha modulado la financiación pública de la cartera de servicios, de tal forma que la cartera básica continúa financiándose públicamente, mientras que la cartera de servicios suplementaria y accesoria quedan sujetas a aportación y/o reembolso por parte del usuario⁷⁹.

Parece, pues, que pretender que la asistencia sanitaria se financie públicamente en todo caso, se encuentra hoy ante la realidad de una generalizada insuficiencia de recursos públicos, con lo que si la generación de recursos económicos por la vía impositiva no resulta suficiente, y si no se acude a otras fórmulas como la adoptada de introducción del pago o copago del servicio por el usuario de los servicios de salud, sobre la base del distingo entre servicios básicos y servicios añadidos, e incluso a fórmulas de gestión indirecta, difícilmente puede mantenerse el sistema sanitario público dada su escasa eficiencia económica. Lo que nos pone en la antesala de lo debería ser objeto también de reflexión: se trata de medidas coyunturales para hacer frente al déficit financiero o en el fondo estamos asistiendo a una transformación de uno de los pilares básicos del sistema sanitario público: el paso de una provisión mayoritariamente pública de la asistencia sanitaria a una provisión mayoritariamente privada de la misma a través de la privatización de la gestión de los centros y servicios sanitarios.

⁷⁸ STC 37/1994, de 10 de febrero.

⁷⁹ Véase la nueva redacción dada por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, al artículo 8 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M.: *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública: sistema de prestaciones y coordinación sanitaria*, Ed. Comares, 2007.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M.: “El Sistema Nacional de Salud como sistema: realidad y carencias”, *Revista Derecho y Salud*, nº 1, 2007.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M.: “El Sistema Nacional de Salud (II): ordenación de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas” en PALOMAR OLMEDA, A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (dir.), *Tratado de Derecho Sanitario*, Ed. Thomson Aranzadi, vol. I, 2013.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M.: “La Administración instrumental y la provisión privada de la asistencia sanitaria en tiempos de crisis”, trabajo presentado al VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, publicado en <http://www.aepda.es/EscaparateFamilia.aspx?id=71-Actividades-Congresos-de-la-AEPDA.aspx>.

ÁLVAREZ NEBREDA, C.: *Administración Sanitaria y Sistemas de Salud*, Ed. Síntesis, Madrid, 1994.

BEATO ESPEJO, M.: “El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad”, *Revista de Administración Pública*, nº 119, mayo-agosto, 1989.

CHINCHILLA MARÍN, C.: “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)”, en COLÁS TENAS, J. y MEDINA GUERRERO, M. (coords.), *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.

CUERVO, J. L.; VARELA, J. y BELENES, R.: *Gestión de Hospitales*, Vicens Vives, 1994.

FERRÁNDIZ MANJAVACAS, F.: *Estructura y Administración Sanitaria Pública en España*, Centro de Estudios Procesales, Madrid, 1993.

GARCÍA ARCAL, C.; REGUILÓN RIVERO, C; SANTAMARÍA CUESTA, I. y otros: “Nuevas formas de asistencia especializada: hospitalización a domicilio”. *Gestión Hospitalaria*, vol. 1, nº 1, 1999.

GARCÍA DE ARBOLEYA TORNERO, J. L.: “El Sistema Nacional de Salud en el Estado de las Autonomías”, *Revista de Administración Sanitaria*, octubre-diciembre, 3 (12), 1999.

GÓMEZ DE HITTA, J. L.: *Formas jurídicas de la organización sanitaria. Derecho público y derecho privado en la provisión pública de servicios sanitarios*, EASP, 2002.

INFORME SESPAS 2012: “La reforma de la atención primaria, entre el refugio del pasado y la aventura de la innovación”, *Revista Gaceta Sanitaria*, vol. 26, nº 1, 2012.

LARIOS RISCO, D. y LOMAS HERNÁNDEZ, V.: “Modelos de colaboración público-privada para la construcción y gestión de infraestructuras sanitarias”, *Derecho y Salud*, vol. 15, nº 2, 2007.

MENÉNDEZ REXACH, A.: “Las formas de gestión sanitaria indirecta de servicios sanitarios: especial referencia al concierto sanitario”, en Ob. Col. *La gestión de los Servicios Sanitarios: modelos alternativos*, Actas del III Congreso de Derecho y Salud, Pamplona, 1995.

MENÉNDEZ REXACH, A.: “Las nuevas formas de gestión sanitaria ante el derecho administrativo”, *Asociación Española de Derecho Sanitario*, IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, 1997.

MENÉNDEZ REXACH, A.: “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”, *Revista Administración Sanitaria*, 6 (2), 2008.

MORENO PALANQUÉS, R. F.: “El Sistema Nacional de Salud en la nueva etapa de descentralización plena”, *Revista Presupuesto y Gasto Público*, nº 28, 2002.

MORELL OCAÑA, L.: “La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años”, *Revista de Administración Pública*, nº 150, 1999.

MUÑOZ MACHADO, S.: “La organización de los sistemas de salud”, *Revista Derecho y Salud*, I Congreso de Derecho y Salud, Barcelona, 1992.

MUÑOZ MACHADO, S.: “Los condicionantes normativos en la evolución de los modelos de gestión de los servicios sanitarios”, en *Actas del III Congreso Derecho y Salud*, Juristas de la Salud, Pamplona, 1994.

MUÑOZ MACHADO, S.: *La formación y crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, 1995.

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

NÚÑEZ FEIJOO, A.: “Nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud”, *Revista de Administración Sanitaria*, enero-marzo, 3 (9), 1999.

PAREJO, L.; LOBO, F. y VAQUER, M. (coords.): *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001.

PEMÁN GAVÍN, J.: “Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios (Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio)”, en *VVAA, Reforma y liberalización económica: los Decretos-leyes de junio de 1996*, Cívitas, Madrid, 1996.

REY DEL CASTILLO, J.: “La organización territorial de los servicios públicos sanitarios”, en *La organización de los servicios públicos sanitarios* (Actas de las Jornadas de estudio celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 10 y 11 de abril de 2000), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: *Nuevas formas de gestión hospitalaria y responsabilidad patrimonial de la Administración*, Dykinson, 2004.

TEMES MONTES, J. L. y GIL REDRADO, J.: *El Sistema Nacional de Salud*. Ed. McGraw Hill Interamericana, Madrid, 1997.

SÁNCHEZ CARO, J.: “Nuevas formas de gestión: Las razones de una Ley”, *Revista de Administración Sanitaria*, vol. 1, nº 1, enero-marzo, 1997.

VAQUER CABALLERÍA, M.: *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

VILLAR ROJAS, F. J.: “La huida del Derecho privado en la gestión de los servicios de salud”, *Revista de Derecho y Salud*, vol. 2, nº 2, julio-diciembre, 1994.

VILLAR ROJAS, F. J.: “La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud: ¿hacia la desregulación de la sanidad pública?”, *Revista de Derecho y Salud*, vol. 2, nº 6, julio-diciembre, 1998.

VILLAR ROJAS, F. J.: “Responsabilidad en la gestión directa. Especial referencia a las nuevas fórmulas de gestión: Fundaciones”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 1, 2000.

VILLAR ROJAS, F. J.: “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, en *Revista de Administración Pública*, nº 172, 2007.

Capítulo IV. EL PERSONAL DEL SERVICIO ANDALUZ DE SALUD: CÓDIGO NUMÉRICO, ACREDITACIÓN Y CARRERA PROFESIONAL

Juan Francisco Pérez Gálvez

Este trabajo ha sido elaborado en el seno de la convocatoria del Ministerio de Economía y Competitividad, Proyecto de Investigación DER2013-48416-C2-2-R, cuyo investigador principal es el prof. Juan Francisco Pérez Gálvez

I. SALUD Y SALUD PÚBLICA EN ANDALUCÍA: DETERMINACIONES SOBRE EL PERSONAL

El régimen jurídico del personal estatutario del Servicio Andaluz de Salud es amplio y complejo. Intentar abordar en su totalidad todas las cuestiones que afectan al mismo, sería una labor más propia de un tratado ad hoc. Es por ello, que en esta colaboración, sólo me voy a referir a las que figuran en el título, dejando para mejor ocasión el estudio de las demás.

La Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, determina la organización territorial de los servicios sanitarios en nuestra Comunidad Autónoma. El Sistema Sanitario Público de Andalucía se organiza en demarcaciones territoriales denominadas áreas de salud, las cuales se han delimitado atendiendo a factores geográficos, socioeconómicos, demográficos, laborales, epidemiológicos, culturales, ambientales, de vías y medios de comunicación homogéneos, así como de instalaciones sanitarias existentes y teniendo en cuenta la ordenación territorial establecida por la Junta de Andalucía.

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. Con la finalidad de alcanzar la mayor eficacia en la organización y funcionamiento del Sistema Sanitario Público de Andalucía, cada área de salud se divide territorialmente en zonas básicas de salud.

La ordenación funcional determina que la asistencia sanitaria se prestará de manera integrada a través de programas médico-preventivos, curativos, rehabilitadores, de higiene y educación sanitaria. La asistencia sanitaria se organiza en los siguientes niveles, que actuará bajo criterios de coordinación: atención primaria y atención especializada.

El personal al servicio del Sistema Sanitario Público de Andalucía estará formado por:

- a) El personal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía que preste sus servicios en el Sistema Sanitario Público de Andalucía.
- b) El personal de otras Administraciones Públicas que se adscriba para prestar servicios en el Sistema Sanitario Público de Andalucía.
- c) El personal del Servicio Andaluz de Salud y de las empresas públicas y entes de carácter sanitario del Sistema Sanitario Público de Andalucía.
- d) El personal que se incorpore al mismo de acuerdo con la normativa vigente.

La clasificación y régimen jurídico del personal del Sistema Sanitario Público de Andalucía, y de los organismos y/o entidades adscritos o que lo conformen, se regirán por las disposiciones que respectivamente le sean aplicables, atendiendo a su procedencia y a la naturaleza de su relación de empleo.

Cuando exista personal estatutario con plaza en propiedad en centros, servicios o establecimientos sanitarios que pasen a ser gestionados por entidades de naturaleza o titularidad pública creadas a tal efecto, dicho personal se mantendrá en situación de activo, si bien se le ofertará la posibilidad de incorporarse voluntariamente al régimen jurídico de personal de la entidad creada.

Al personal estatutario, cuyo régimen jurídico se modifique como consecuencia de su incorporación a las plantillas de las entidades que se constituyan por la Administración de la Junta de Andalucía con fines sanitarios, y se adscriba al Sistema Sanitario Público de Andalucía, se le reconocerá el tiempo de servicios prestados a efectos de la retribución que le corresponda por antigüedad, así como a efectos de acceso a plazas sometidas a procesos selectivos. Asimismo, dicho personal permanecerá en su plaza de origen en la situación especial en activo o en la situación de excedencia especial en activo, según los casos, por un período máximo de cinco años [Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, (artículo 60)].

La Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía, determina que a los efectos de la presente Ley, se consideran profesionales de la salud pública aquellos profe-

sionales que tienen como dedicación principal desarrollar actividades relacionadas con las funciones de salud descritas en la misma.

Las Administraciones públicas de Andalucía velarán para que sus profesionales y equipos técnicos desarrollen las acciones de salud pública conforme a las siguientes pautas de comportamiento:

- a) Desarrollar un rol educativo, en relación con la población.
- b) Comprender las necesidades y las intervenciones en salud desde una perspectiva biosociosocial y de salud positiva.
- c) Trabajar en equipo para desarrollar un abordaje interdisciplinar, compartir lenguajes, espacios, organizaciones y puntos de vista distintos y complementarios.
- d) Desarrollar capacidades para generar alianzas y buscar la implicación y participación de las personas, sectores y agentes implicados.
- e) Desarrollar programas de intervención sostenibles y realistas, adaptados al contexto social e institucional donde se desarrollan.
- f) Desarrollar capacidades para poner en valor los activos de salud presentes en Andalucía.
- g) Desarrollar capacidades para llevar a cabo un abordaje intercultural.
- h) Participar en proyectos de investigación en salud pública, aprovechando las oportunidades de generar conocimiento útil en el contexto del trabajo cotidiano.

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. Los profesionales del Sistema Sanitario Público de Andalucía, en su desempeño profesional, desarrollarán las actuaciones de salud pública contempladas en la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía, que sean propias de su ámbito competencial.

En relación con el desarrollo profesional, la Consejería competente en materia de salud promoverá un plan de desarrollo profesional continuado, para los profesionales de salud pública del Sistema Sanitario Público de Andalucía, integrado en el modelo de gestión por competencias del que se ha dotado.

En el marco de este plan de desarrollo profesional continuado se definirán los mapas de competencias de los diferentes perfiles profesionales de salud pública, contemplando todas las titulaciones profesionales relacionadas, las estrategias de promoción y desarrollo de las competencias definidas y la integración de los programas de calidad del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

Todos los planes y programas de salud que se elaboren deberán incluir la definición de competencias y el plan de desarrollo profesional necesario para abordar la adecuación a las necesidades de salud de la población y a los progresos científicos más relevantes en la materia.

Sin perjuicio de lo dispuesto, los profesionales sanitarios de salud pública que tengan la condición de funcionarios, en cuanto a su desarrollo profesional, estarán a lo dispuesto

en el Capítulo II del Título III de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público¹ y su normativa de desarrollo. Asimismo se atenderá a los principios generales establecidos en los artículos 37 y 38 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, en lo que les sea de aplicación.

La cooperación y las alianzas para el desarrollo profesional continuado, determinan que la Administración sanitaria pública de Andalucía fomente:

- a) La cooperación entre todas las instituciones académicas en la formación continua de los profesionales que desarrollan su tarea en el ámbito de la salud pública.
- b) 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.
- c) Las estrategias oportunas para promover el prestigio del sector académico andaluz en salud pública.
- d) La colaboración necesaria con las Consejerías competentes en materia de educación, empleo, innovación, igualdad y otras que se consideren de interés para la formación continuada en competencias de salud pública de los profesionales que desarrollen su actividad en el ámbito de la salud pública, así como para la ampliación de perfiles profesionales necesarios para el cumplimiento de los objetivos propuestos en la legislación.
- e) La utilización e implantación de las enseñanzas virtuales en el proceso de formación a lo largo de la vida de los profesionales que utilicen las nuevas tecnologías para promover un aprendizaje relevante y útil para el desarrollo personal y profesional [Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía (artículo 90)].

Se establecen las siguientes responsabilidades de los profesionales de la salud pública:

- a) Velar por que la sociedad conozca los principios y funciones de la salud pública para que puedan ser comprendidos por la ciudadanía.
- b) Procurar la mejora continua mediante las actualizaciones y ampliación regulares de sus cualificaciones y competencias.
- c) Observar las prácticas éticas reconocidas y los principios éticos recogidos en los códigos deontológicos.
- d) Conocer los objetivos estratégicos de la salud pública y contribuir a la realización de sus logros.
- e) Observar en su actuación principios de gestión que coadyuven a la sostenibilidad del sistema de salud.
- f) Verificar prácticas de trabajo seguras y transparentes, incluida la adopción de las precauciones necesarias en materia de salud y seguridad.
- g) Conocer las exigencias legales en materia de protección de datos y de confidencialidad, y adoptar las medidas para cumplirlas en su actuación profesional.
- h) Colaborar en la evaluación y valoración de su rendimiento profesional de forma regular y transparente.
- i) Promover la cooperación profesional y el intercambio de información general y experiencia.
- j) Colaborar con los sistemas de información existentes respetando

¹ Vide J. F. Pérez Gálvez, *Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el acceso al empleo del personal de los servicios de salud*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2011.

los procedimientos establecidos para su correcto funcionamiento [Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía (artículo 92)].

En este contexto normativo, abordo las cuestiones que serán desarrolladas en los siguientes epígrafes.

II. EL CÓDIGO NUMÉRICO PERSONAL PARA LOS PROFESIONALES SANITARIOS

El Decreto 151/2003, de 10 de junio, establece el Código Numérico Personal para los profesionales sanitarios de la Administración sanitaria de la Junta de Andalucía. Constituye el objeto de esta regulación el establecimiento del Código Numérico Personal de los profesionales sanitarios en el ejercicio de las actividades propias de su profesión, como medio cifrado para su consignación obligatoria en los documentos normalizados y en la documentación clínica que así se prevea, en el ámbito de Servicio Andaluz de Salud, empresas públicas sanitarias y Consejería de Salud de la Junta de Andalucía.

El Código Numérico Personal lo asignará el Servicio Andaluz de Salud, las empresas públicas sanitarias y la Consejería de Salud, respectivamente, al personal sanitario a su servicio, de forma individualizada y para uso exclusivo en su propio ámbito. Constará de una serie numérica de once dígitos: los dos primeros identifican cada uno de los órganos u organismos que forman parte del sistema público sanitario en Andalucía; los siete dígitos siguientes destinados a la identificación individual del profesional sanitario, que serán asignados de manera consecutiva, sin que ninguno pueda ser repetido por cada entidad; los dos últimos dígitos serán de control (artículo 2).

En las recetas oficiales de la prestación farmacéutica y en los documentos de prescripción de prestaciones complementarias del Sistema Sanitario Público de Andalucía, el facultativo prescriptor se identificará consignando obligatoriamente para su validez, además del nombre y apellidos del mismo, el Código Numérico Personal (artículo 3).

Respecto de la cumplimentación de otros modelos de documentos aprobados por normas reglamentarias estatales: declaraciones para el Registro Civil, partes médicos de incapacidad temporal, de recetas de estupefacientes y de cuantos otros modelos de documentos aprobados por normas reglamentarias estatales, en los que esté previsto consignar el número de inscripción en el correspondiente colegio profesional, se hará en sus propios términos. Si el profesional del sistema sanitario público no estuviera colegiado, hará constar dicha circunstancia con la expresión «no colegiado»² (n/c), consignando a continuación

² Vide, entre otras, STC 3/2013, de 13 de enero, colegiación obligatoria de los empleados públicos, cuando ejercen la profesión por cuenta de la Administración.

de la firma el Código Numérico Personal (disposición adicional primera). Su importancia radica en que propicia una identificación efectiva en el ámbito de las relaciones jurídicas del sector salud.

III. ACREDITACIÓN DEL NIVEL DE LA COMPETENCIA PROFESIONAL

1. La relevancia jurídica de la acreditación en el ámbito sanitario

En sanidad, un elemento clave es la autorización (de centros, servicios, establecimientos, actividades, instalaciones, etc.)³. Sin embargo, también nos encontramos con otros términos que pueden actuar como elemento conectivo de las diversas relaciones jurídicas que se pueden dar. Es frecuente que se utilice en el ámbito sanitario un término como el de homologación⁴. Sin embargo, en este caso, se trata más bien de un proceso de normativización respecto a un estándar previo, que se utiliza con más frecuencia para referirse a aparatos médicos o instalaciones sanitarias de carácter técnico. Y resulta necesario profundizar y precisar la terminología, porque así lo exige la legislación reguladora de esta materia. Sirva como ejemplo, la LGS, artículo 40:

³ Vide J. F. Pérez Gálvez, *Creación y regulación de centros y establecimientos sanitarios*, Bosch, Barcelona, 2003.

⁴ Vide S. Muñoz Machado, *La sanidad pública en España (Evolución histórica y situación actual)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975, p. 199, respecto de la Ley de 21 de julio de 1962, sobre coordinación hospitalaria: «El juicio que haya de formularse sobre esta Ley ha de apoyarse en la contemplación de si sus objetivos se han cumplido. Uno de ellos, de gran trascendencia, como es la *homologación* de los centros hospitalarios, señalando sus condiciones mínimas, los servicios con que han de contar, etc., [...]».

Existe cierta similitud con lo que ocurre en el sector privado. En éste, existe un proceso imparable para la consecución de una normalización que afecta no sólo a las condiciones comerciales en los mercados de explotación, sino también en el mercado nacional. Es decir, en el ámbito empresarial y también en el sanitario se suelen utilizar los siguiente conceptos:

Normalización: Es toda actividad que aporta soluciones para aplicaciones repetitivas que se desarrollan, fundamentalmente en el ámbito de la ciencia, la tecnología y la economía, con el fin de conseguir una ordenación óptima en un determinado contexto. La razón de ser de la normalización es la regulación o puesta en buen orden de aquello que no lo estaba.

Homologación: Al homologar algo lo estamos sometiendo por obligación, al dictamen de un organismo calificado, para aprobar su coincidencia o no con leyes o reglamentaciones normativas de obligado cumplimiento, en razón de los altos intereses de la comunidad. En resumen: si nos conceden la homologación, actuaremos dentro de los alcances de las leyes; si no fuese así, no.

Certificación: Cuando por el contrario se busca un dictamen semejante por razones de prestigio, de pactos o cláusulas contractuales con nuestros clientes o consumidores, pero sin la presión de la obligación administrativa, estamos ejercitando un acto de capacidad en nuestra confianza y en la calidad de nuestra actividad que implica madurez y responsabilidad por encima de la mera sujeción a las leyes: buscamos la certificación o constatación de nuestros méritos para ser más competitivos.

Debo plantear ya, que muchas empresas del sector sanitario, obtienen simultáneamente por parte de las autoridades competentes la calificación, acreditación, normalización, homologación y certificación, lo que sin duda constituye una doble garantía para todos los usuarios de las mismas.

«La Administración del Estado, sin menoscabo de las competencias de las Comunidades Autónomas, desarrollará las siguientes actuaciones: [...]»

7. La determinación con carácter general de las condiciones y requisitos técnicos mínimos para la aprobación y *homologación* de las instalaciones y equipos de los centros y servicios.

8. La reglamentación sobre *acreditación, homologación, autorización* y registro de centros o servicios, de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre extracción y trasplante de órganos.

9. El Catálogo y Registro General de centros, servicios y establecimientos sanitarios que recogerán las decisiones, *comunicaciones y autorizaciones* de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus competencias».

El apartado 8 (del reproducido artículo 40 LGS) es el único de los tres que utiliza la palabra *acreditación*⁵ para referirse a los centros de extracción y trasplante de órganos. En el

⁵ También me parece oportuno reseñar la significación que se da a algunos términos que se aplican con frecuencia a los centros y establecimientos sanitarios. En un curso de metodología de inspección celebrado en Granada en 1995, y organizado por la Consejería de Salud, se dice lo siguiente:

«Compendio de definiciones.

Acreditación: Acción de acreditar. Referida a hospitales. Clase de auditoría que pretende evaluar la calidad asistencial mediante el análisis de la estructura comparándola con normas establecidas que definen el modelo deseado.

Acreditar: Hacer digna de crédito una cosa. Dar seguridad de algo. Dar testimonio en documento fehaciente de que una persona ostenta facultades para desempeñar la comisión o encargo correspondiente.

Acreditación de la Joint Commission on accreditation of health care organization: Proceso voluntario efectuado por esta organización, con fines de promoción de la calidad, basado en un sistema de confrontación del desempeño con estándares nacionales que son capaces de reflejar el consenso actualizado sobre el estado del arte. El proceso de acreditación supone: Identificación de las áreas donde el desempeño puede ser mejorado; Documentación sobre la responsabilidad de la organización en el desempeño efectivo de los cuidados de salud; Tutela formativa y servicios de consultoría en el mejoramiento de la calidad; Posibilidad de contrato con las aseguradoras y los programas de gobierno federal MEDICARE y MEDICAID; Reconocimiento público del compromiso de la organización con la calidad.

Auditoría: Examen sistemático del objeto de la intervención con objeto de verificar, evaluar e informar del cumplimiento de los requisitos a que esté sujeto o se convenga que lo esté. Es uno de los posibles métodos de evaluación de la calidad. Se considera un método tradicional.

Auditoría de calidad: Clase de auditoría cuyo objetivo es una revisión sistemática del cumplimiento del sistema de calidad o de alguno de sus elementos.

Auditoría externa: Clase de auditoría que independientemente de su objetivo, se efectúa por una persona distinta de la que realiza la actividad sometida a examen y procedente de fuera de la organización.

Auditoría financiera: Clase de auditoría cuyo objetivo consiste en verificar la adecuación de los métodos contables de una organización para proporcionar una imagen verdadera del estado financiero de la misma.

Auditoría interna: Clase de auditoría que independientemente de su objetivo, se efectúa por persona distinta de la que realiza la actividad sometida a examen, pero procedente de la propia organización.

Auditoría médica o de enfermería: Clase de auditoría que pretende evaluar la calidad asistencial mediante la revisión colegial de la práctica o "peer review". Utiliza estándares implícitos. También denominadas auditorías de proceso o de ejecución.

Auditoría operativa: Sinónimo de auditoría de gestión, auditoría de sistema. Su objetivo consiste en examinar la situación de la organización. Examina todo o parte de los elementos de control de la dirección para ver su conformidad y eficacia.

apartado 9, se indica que el Estado publicará un registro donde se recogerán todas las determinaciones que se adopten en relación con cualquier centro, servicio o establecimiento sanitario (incluyendo la homologación, autorización, acreditación, etc.). Sin embargo, la LGS no establece un sistema de acreditación ni define su contenido⁶.

Con frecuencia se expone que en materia sanitaria, la autorización administrativa que se otorga con carácter permanente o temporal por la autoridad competente, podría ser sustituida por la certificación⁷ (de duración predeterminada) o por la acreditación⁸ (sistema con

Auditoría de producto: No aplicable al campo de los servicios de salud.

Autorizar: Dar a uno autoridad o facultad para hacer alguna cosa.

Calidad (A. Andersen, 1995): "Identificar, aceptar, satisfacer y superar, constantemente las expectativas y necesidades que las personas relacionadas con la empresa –clientes, empleados, directivos, propietarios, proveedores y la comunidad– tienen sobre los productos y servicios que esta ofrece".

Garantía de calidad o control de calidad (Quality Assurance, Q.A.): Concepto utilizado en literatura de evaluación de la calidad. Evaluación tradicional de las actividades en este caso sanitarias, basada en la inspección para detectar disconformidades respecto a un estándar. Significa una etapa en la evolución del concepto de calidad.

Inspección: Acción de inspeccionar. Examinar, reconocer atentamente una cosa. Primera fase en la evolución del concepto de calidad.

Joint commission on accreditation of health care organizations: Organización del sector privado en EE.UU., que actúa como agencia nacional de acreditación de los organismos de cuidados de salud.

Mejora continua de la calidad. Calidad total. Mejora de la calidad de la organización: Modelo de gestión que, basado en un sistema empresarial orientado hacia la calidad, persigue la satisfacción de todos aquellos entes relacionados con la organización. Es la última y actual etapa en la evolución del concepto de calidad. Su metodología es la prevención sobre una cultura basada en la identificación de problemas».

⁶ Vide LGS, artículo 69: «2. La evaluación de la calidad de la asistencia prestada deberá ser un proceso continuado que informará todas las actividades del personal de salud y de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud. La Administración sanitaria establecerá sistemas de evaluación de calidad asistencial, oídas las sociedades científicas sanitarias. Los médicos y demás profesionales titulados del centro deberán participar en los órganos encargados de la evaluación de la calidad asistencial del mismo. 3. Todos los Hospitales deberán posibilitar o facilitar a las unidades de control de calidad externo el cumplimiento de sus cometidos. Asimismo, establecerán los mecanismos adecuados para ofrecer un alto nivel de calidad asistencial».

⁷ Vide L. Bohigas, "La acreditación de hospitales: Un paso hacia la liberalización del mercado hospitalario español", en AAVV, *La regulación de los servicios sanitarios en España*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 105 y 106: «La certificación de los hospitales tiene una larga tradición en EEUU donde nació en 1918 bajo la denominación de ACREDITACIÓN. Su objetivo es el mismo que la certificación de las industrias, es decir, la revisión mediante un organismo independiente de los sistemas de calidad del hospital para verificar que están de acuerdo con las normas generalmente aceptadas. La motivación de la acreditación es la misma que la certificación industrial: demostrar al cliente que el hospital tiene instrumentos calibrados para controlar su calidad. Al igual que otras empresas de servicios, el hospital tiene muchas dificultades para homologar sus productos, por lo que la estrategia es más eficiente en la actualidad para demostrar que la calidad está en la certificación. El sistema de acreditación está muy desarrollado en EEUU, Canadá y Australia debido a la existencia en estos países de mercados hospitalarios, es decir, de la capacidad de elección del hospital por parte del paciente que quiere ser tratado. Esta situación no es igual en Europa, donde existen situaciones de monopolio en los servicios hospitalarios. En algunos países los hospitales son públicos y su situación es por definición de monopolio. En otros sistemas los hospitales son privados sin finalidad lucrativa, pero su situación es de clientela cautiva y por lo tanto no están sometidos a la competencia».

⁸ Vide: A. Serigo Segarra y P. Porras Orúe, *La planificación de la asistencia hospitalaria en España*, Patronato Nacional de Asistencia Psiquiátrica, Madrid, 1966, pp. 98 y 99: «El tercer concepto es el de la *acreditación*

auditoria permanente), tanto de centros, servicios y establecimientos sanitarios como de profesionales⁹. Tanto una como otra (certificación versus acreditación) presentan una potencialidad muy elevada. Sin embargo en sus formulaciones teóricas no se aprecia nitidez para diferenciar dos términos cuyo significado responde a realidades diferentes.

La acreditación no es una licencia¹⁰, sino un proceso abierto que básicamente consiste en garantizar la calidad de un centro o servicio sanitario asistencial a partir del criterio de

hospitalaria. Prescindiendo del término de clara influencia anglosajona, el concepto por él reflejado es un escalón más en el desarrollo de una política activa en materia de promoción, de perfeccionamiento de equipos y niveles de asistencia. En términos jurídico-administrativos puede afirmarse que constituye una actividad de fomento. Mientras que la inclusión de un hospital en el Catálogo posibilita su funcionamiento como tal y su engranaje en la Red le integra en la dinámica funcional solidarizándose con la total actividad hospitalaria de la nación, la acreditación de un establecimiento le eleva a la categoría de hospital modelo o ejemplar. De esta forma, aunque el Catálogo, al clasificar los hospitales por su nivel asistencial, marque unas diferencias entre ellos, la acreditación, al consagrar a determinados hospitales como modelo, eleva a éstos de categoría y promociona, en virtud de un sistema de emulación, la elevación del nivel en los demás. En lo que toca a la acreditación hospitalaria, será misión reglamentaria el señalar la clase de acreditación que, en principio, podrá ser total para todo el hospital o parcial para un servicio en particular. También se habrán de determinar reglamentariamente los requisitos y los efectos de la acreditación, así como el procedimiento para llevarlos a cabo. La acreditación, pues, podrá ser exhibida por el hospital como un mérito relevante y sobre todo en aquello que se refiere a las labores de enseñanza e investigación». V. Pérez Díaz, "Médicos, administradores e enfermos: La calidad de la asistencia sanitaria", *Papeles de Economía Española*, 12/13, 1982, p. 246: «El sistema de acreditación está ligado al sistema de las autonomías hospitalarias: un modelo de estructura y funcionamiento del sistema hospitalario contrario al modelo de jerarquización y centralización de la red de hospitales típico de nuestro país». Vide J. M. Martín Bernal, *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*, La Ley, Madrid, 1998, pp. 275-277: «Acreditación de hospitales y servicios médicos».

⁹ Vide L. Bohigas, "La acreditación de hospitales: Un paso hacia la liberalización del mercado hospitalario español", *op. cit.*, p. 108: «En el sector sanitario existe otra tendencia en alza que puede empujar en el mismo sentido de valorar externamente la calidad, se trata de la certificación de los profesionales sanitarios. El avance de las ciencias médicas es muy rápido y existen cada vez más dudas de que un médico especialista mantenga su competencia profesional al cabo de unos años de práctica, si no ha hecho un esfuerzo de formación continua. En algunas especialidades médicas, en EEUU, se evalúa periódicamente la competencia de los profesionales especialistas, mediante un procedimiento denominado precisamente certificación. El objetivo es evaluar la puesta al día de la competencia profesional y responde tanto a principios éticos de la profesión como a la necesidad de demostrar a la sociedad que se pueden ofrecer unos servicios de calidad».

¹⁰ Vide F. González Navarro, "La relación jurídica de habilitación para la creación de firma electrónica", *Libro Homenaje al profesor doctor Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, pro-manuscrito, pp. 56 y 57: «Tanto la Directiva 99/93/CE sobre firma electrónica como la legislación en el derecho interno español ponen particular énfasis en la declaración de que la actividad de prestación de los servicios de certificación se llevará a cabo en régimen de libre competencia y sin necesidad de autorización previa. Pero es evidente que esa libertad de acceso al mercado de las empresas que se dedican a esta actividad debe conjugarse con la necesidad que dichas empresas reúnen los requisitos de capacidad económica e idoneidad técnica a los que acabo de referirme. Se entiende así que el artículo 3 de la directiva citada disponga, en lo que ahora interesa lo siguiente: "Artículo 3. Acceso al mercado. 1. Los Estados miembros no condicionarán la prestación de servicios de certificación a la obtención de autorización previa. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán establecer o mantener sistemas voluntarios de acreditación destinados a mejorar los niveles de provisión de servicios de certificación. Todas las condiciones relativas a tales sistemas deberán ser objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias. Los Estados miembros no podrán limitar el número de proveedores de servicios de certificación acreditados amparándose en la presente Directiva. 3. Los Estados miembros

asegurar unos mínimos básicos de calidad¹¹, mediante un análisis de su estructura física, orgánica y funcional, basándose en su comparación con unas normas establecidas¹². Evidentemente tiene carácter voluntario si se pretende llegar a obtenerla, y previamente, es necesario que el centro o establecimiento sanitario esté autorizado. La acreditación puede ser total o parcial dependiendo de la regulación sectorial establecida al efecto. Puede ser también exigible como un requisito fundamental a la hora de concertar con la Administración sanitaria. Y en todo caso tendrá que ser renovada cada cierto número de años. Los elementos básicos de un proceso de acreditación serán los siguientes:

«1) *Carácter voluntario del proceso*: es decir, la institución sanitaria decide libremente que desea ser acreditada y formula la petición correspondiente. 2) *Criterios y estándares definidos*: existe un instrumento objetivo en forma de criterios y estándares o niveles de cumplimiento de los mismos, que es utilizado como marco de referencia en el proceso, al objeto de disminuir al máximo el margen de arbitrariedad o el subjetivismo en las apreciaciones. 3) *Procedimiento de verificación externo*: un equipo de auditores ajeno al centro sanitario se encarga de verificar el grado de cumplimiento por la institución de los criterios y estándares establecidos. 4) *Dictamen por órgano independiente*: es fundamental que el proceso de acreditación en su conjunto sea llevado a cabo por un organismo totalmente independiente de los centros e institucio-

velarán por que se establezca un sistema adecuado que permita la supervisión de proveedores de servicios de certificación establecidos en su territorio que expidan al público certificados reconocidos". [...] Como la actividad de acreditación, aunque relacionada con la que aquí estoy analizando, queda fuera del contenido de este trabajo, se entenderá que me limite a recordar que el problema de los contornos de esa unidad jurídica que llamamos autorización no está resuelto, tanto en la doctrina científica como en la legislación y la jurisprudencia».

¹¹ Vide I. M. Arago, "Historia del hospital", *Revista del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona*, 3, 1958, pp. 18 y 19: «Acreditación (Calificación del hospital)». Incluye la historia de la acreditación hospitalaria y analiza los efectos de la misma. Vide Ley 3/2003, de 6 de febrero, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad Valenciana, artículo 10: «Acreditación de centros y servicios sanitarios. Garantía de calidad. Para la acreditación de centros y servicios sanitarios existirá un organismo público, independiente, cuyos principales objetivos serán: La evaluación de la calidad y seguridad de los servicios sanitarios. Otorgar un reconocimiento externo de la calidad de la asistencia prestada. La promoción de la mejora continua de la calidad de los servicios sanitarios. El aporte a profesionales, ciudadanos y organismos responsables de la prestación asistencial de información comparativa sobre la adecuación, calidad y efectividad de los servicios sanitarios. La incentivación de la búsqueda de la excelencia y la implicación de los profesionales en todas las fases del desarrollo de la calidad. Para la adquisición y mantenimiento de la calidad óptima del sistema de salud de la Comunidad Valenciana, se implantarán sistemas de garantía de calidad y acreditación tanto en establecimientos públicos como en los privados y concertados».

¹² Vide Orden de 25 de abril de 1983, por la que se regula la acreditación de centros y servicios asistenciales en Cataluña, artículo 1º (DOGC núm. 325, de 4 de mayo; corrección de errores en DOGC núm. 339, de 22 de junio). Vide L. Bohigas, "La acreditación de hospitales: Un paso hacia la liberalización del mercado hospitalario español", en AA.VV., *La regulación de los servicios sanitarios en España*, Cívitas, Madrid, 1997, p. 101: «La acreditación de hospitales se sitúa en este contexto de "signaling". Su propósito es enviar señales a los compradores sobre la calidad de los hospitales y especialmente en distinguir los hospitales buenos de los que no lo son. Estas señales sirven a los compradores para mejorar su nivel de información y tomar decisiones más fundamentadas».

nes sanitarias, y que sea dicho órgano el que, a través de los mecanismos oportunos, tome la decisión definitiva acerca del tipo de acreditación otorgado»¹³.

A estas alturas de la exposición queda claro que acreditación y autorización son dos figuras jurídicas diferentes. La acreditación es voluntaria, no se trata del cumplimiento de unos requisitos reglados para la puesta en funcionamiento del centro para poder iniciar la actividad, y en cierto modo viene a compensar la rápida evolución de la ciencia sanitaria y de los sistemas de funcionamiento de los centros.

Especial relevancia cobra el organismo acreditador. Las dos características fundamentales son la credibilidad y la imparcialidad y sus funciones se pueden resumir en las siguientes: en primer lugar establece las normas, en segundo lugar hace las inspecciones de los centros que quieran acreditarse y en tercer lugar emite los certificados de acreditación. Sería aconsejable crear un organismo único de acreditación que estuviera formado por el Estado, las Comunidades Autónomas y las Sociedades científicas, que asumiera todas las funciones de acreditación.

2. La acreditación del personal sanitario en Andalucía

El Decreto 18/2007, de 23 de enero, regula el sistema de acreditación del nivel de la competencia profesional de los profesionales sanitarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía (BOJA de 29 de enero).

En el ámbito normativo de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, en su artículo 44.2, establece las características fundamentales del Sistema, figurando entre ellas la prestación de una atención integral de la salud procurando altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados.

Puede, por tanto, afirmarse que la mejora continua de la calidad del sistema sanitario en su conjunto, como principio que debe presidir las actuaciones sobre protección de la salud de la Administración sanitaria y que se recoge tanto en las leyes de ámbito estatal como autonómico, exige la implantación de los instrumentos adecuados que permitan garantizar al ciudadano la calidad de la asistencia que recibe.

En este contexto se inscriben los Planes de Calidad del Sistema Sanitario Público de Andalucía, elaborados por la Consejería de Salud, que pretenden consolidar la cultura de mejora continua en la asistencia sanitaria orientada a la satisfacción de las necesidades y expectativas del ciudadano, para lo que se requiere la incorporación de instrumentos de carácter estratégico, entre las que el modelo de gestión por competencias ocupa un papel esencial. El modelo de gestión por competencias es un modelo de desarrollo pro-

¹³ *Ibidem*, p. 109.

fesional que persigue el desarrollo de profesionales excelentes a través de los procesos fundamentales de formación, evaluación y reconocimiento. En este sentido, la acreditación de competencias profesionales se convierte en un elemento clave de las estrategias de evaluación de los profesionales.

El acceso al Sistema Sanitario Público de Andalucía requiere de una habilitación profesional otorgada por las titulaciones respectivas y unas pruebas de selección o un cumplimiento de requisitos para acceder a un puesto determinado. Es por ello que se reconoce de forma automática un nivel básico de acreditación, antes de someterse al proceso voluntario de evaluación del nivel de competencia. La acreditación no cuestiona la competencia básica de los profesionales sino que quiere ser un instrumento puesto a disposición de aquellos profesionales que deseen incorporarse a un proceso de mejora continua.

El Decreto 18/2007, de 23 de enero, pretende favorecer la calidad asistencial garantizando, mediante el establecimiento de un sistema de acreditación, que los profesionales sanitarios cumplen los requisitos necesarios para prestar sus servicios en un puesto de trabajo con un determinado nivel de competencia, con independencia de la valoración del resultado de la acreditación de la competencia profesional que se realice en el sistema de reconocimiento de desarrollo profesional.

El establecimiento del sistema de acreditación del nivel de la competencia profesional debe observarse desde el prisma de las iniciativas con las que se busca situar a Andalucía en una posición de privilegio para responder a los nuevos retos que se presentan. Uno de los elementos fundamentales para conseguirlo es la incorporación de un procedimiento de mejora continua para sus profesionales y su posterior acreditación. Por otro lado la iniciativa de incorporar nuevos derechos y nuevas prestaciones en los servicios sanitarios requiere la implicación de sus profesionales, generando a su vez mecanismos incentivadores de la mejora continua en la práctica diaria.

Por todo ello, el Decreto 18/2007, tiene por objeto regular el sistema de acreditación del nivel de la competencia profesional, de los profesionales sanitarios que prestan sus servicios en el ámbito del Sistema Sanitario Público de Andalucía. A los efectos de lo previsto en el mismo, se entenderá por competencia profesional la aptitud del profesional sanitario para integrar y aplicar los conocimientos, habilidades y actitudes asociados a las buenas prácticas de su profesión para resolver los problemas que se le plantean, según se establece en el artículo 42.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (artículo 2).

El sistema de acreditación del nivel de la competencia profesional comprende el proceso previo de evaluación del nivel de la competencia profesional y su posterior acreditación por el órgano competente (artículo 3). La acreditación consiste en el reconocimiento expreso por parte de la Administración Sanitaria del desarrollo alcanzado por un profesional que se ha sometido a un proceso voluntario de evaluación para la mejora continua de sus labores asistenciales, docentes y de investigación (artículo 7).

El proceso de evaluación se desarrollará del siguiente modo (artículo 8):

- «1. El proceso de evaluación, al que hace referencia el artículo anterior, estará compuesto por una fase de autoevaluación, consistente en la recopilación y aportación de pruebas procedentes de la actividad profesional, y por una fase de evaluación externa, en función de la competencia a evaluar y atendiendo a las metodologías más apropiadas, y se realizará teniendo en cuenta el correspondiente mapa de competencias y los estándares definidos por el órgano acreditador.
2. Se entenderá por mapa de competencias el documento que recoge de forma agregada el conjunto de competencias profesionales correspondientes a la categoría, puesto o grupo profesional.
3. Se entenderá por estándares la ponderación de los criterios de desarrollo del mapa de competencias que quedará determinada reglamentariamente.
4. Las competencias profesionales se evaluarán a través de las metodologías más adecuadas para cada una de ellas y de acuerdo con los instrumentos disponibles en cada caso. Básicamente, se realizará a través del análisis de las historias clínicas, de la aplicación de técnicas de simulación y del empleo de la metodología de análisis de casos.
5. El órgano responsable de la acreditación establecerá la metodología y criterios de valoración para cada una de las competencias profesionales, asegurando la pertinencia y actualización continua de los criterios y estándares, de acuerdo con las evidencias de conocimiento científico-técnico disponibles.
6. La evaluación del nivel de competencias será realizada por la entidad evaluadora designada por la Consejería competente en materia de Salud y deberá ser independiente de la gestión de los centros y servicios del Sistema Sanitario Público, estando obligada a emitir la correspondiente certificación del resultado de la evaluación individualizada, de acuerdo con los criterios y estándares definidos por el órgano competente en acreditación.
7. Podrá solicitarse la revisión del informe del resultado del proceso de evaluación del nivel de la competencia profesional ante un comité técnico de revisión. La entidad certificadora preverá la existencia de este comité que habrá de quedar integrado por evaluadores que no hayan participado en el proceso de evaluación sobre el que se solicita la revisión y por una persona designada por el órgano de acreditación».

El proceso de acreditación se sustentará en los siguientes fundamentos (artículo 10):

- «1. El procedimiento de acreditación del nivel de la competencia profesional se iniciará mediante solicitud de la persona interesada dirigida al órgano competente. La solicitud se presentará de acuerdo con lo previsto en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Asimismo, se podrá realizar la tramitación telemática del procedimiento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y

atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (Internet)¹⁴.

2. A la solicitud a que se refiere el apartado anterior deberá acompañarse el informe del resultado del proceso de evaluación del nivel de la competencia profesional emitido por la entidad evaluadora designada a estos efectos por la Consejería de Salud.

3. El órgano competente, examinada la documentación presentada, resolverá concediendo o denegando la acreditación solicitada.

4. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución prevista en el apartado anterior será de dos meses, contados desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

5. Transcurrido el plazo previsto en el apartado anterior sin haberse dictado y notificado la resolución, se podrá entender estimada por silencio administrativo.

6. En la resolución de acreditación se hará constar el nivel alcanzado y el período de vigencia de la misma determinado en el artículo 13.1 del presente Decreto».

En el supuesto de resolución denegatoria firme del nivel de acreditación solicitada, no se podrá presentar otra solicitud hasta que transcurra el plazo de un año a contar desde el día siguiente a la notificación de la citada Resolución (artículo 12).

La vigencia de la acreditación se estructura del siguiente modo (artículo 13):

«1. La acreditación tendrá un período de vigencia de cinco años. Transcurrido dicho período, la acreditación dejará de tener efectos, salvo que con anterioridad se hubiera iniciado el proceso de reacreditación.

2. Quedará extinguida la vigencia de la acreditación por la imposición al profesional de una sanción firme de suspensión de funciones dictada en un procedimiento sancionador derivada de su actuación profesional, o la imposición de una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión mediante sentencia firme».

Respecto del apartado 2 del artículo 13 reproducido, es necesario mencionar que la STS de 24 de octubre de 2011 [(Sala de lo Contencioso-Administrativo), Ar. 1455], en el FD SEXTO se pronunció sobre la declaración de nulidad establecida en instancias inferiores, determinando:

«Tiene razón la Junta de Andalucía cuando esgrime indebida aplicación del artículo 133 LRJPAC por inexistencia de vulneración del principio “no bis in idem” en el precepto anulado en razón de la doctrina de esta Sala.

¹⁴ Vide J. F. Pérez Gálvez, “Incidencia de las nuevas tecnologías en el procedimiento administrativo español”, en J. F. Alenza García y J. A. Razquin Lizarraga (dirs.), *Organización y procedimientos administrativos*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 565-587.

Así respecto a la pérdida de la condición de funcionario aparejada a la pena de inhabilitación especial existe una amplia y reiterada jurisprudencia que no reputa sanción administrativa tal medida sino mera consecuencia de la aplicación de la ley penal.

En la Sentencia de esta Sala, Sección Séptima, de 16 de junio de 2008, Recurso de Casación 2534/2003, se confirma la de instancia al subrayar que mediante el Decreto impugnado no se impone al funcionario recurrente una nueva sanción, ni se le separa del servicio sino que se limita a declarar que había perdido la condición de funcionario por efecto directo de la condena penal que supuso para él la pérdida sobrevenida de una condición necesaria para pertenecer a la función pública. Se insiste en que, conforme a reiterada jurisprudencia, las penas de inhabilitación especial a las que fue condenado trajeron consigo esa consecuencia que deriva de la aplicación del artículo 37.1.d) del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, el cual a su vez se corresponde con el artículo 30.1.e) que exige para ingresar en la función pública no hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas.

En la Sentencia de esta Sala, Sección Séptima, de 14 de mayo de 2008, Recurso de Casación 8851/2003, se insiste en que «b) Porque el artículo 37.2 del TA/LFCE de 1964 debe ser interpretado en coherencia con lo establecido en el CP; y esta interpretación se ve hoy reforzada por lo establecido en el artículo 63.e) de la reciente Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que incluye esta causa de pérdida de la condición de funcionario de carrera: “La pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público que tuviere carácter firme”».

También la Sección Séptima de esta Sala en su Sentencia de 1 de junio de 2009, Recurso de Casación 1877/2005, afirma que “ni se produce la violación del artículo 24.1 de la Constitución, ni tampoco la del apartado 2, pues la pena de inhabilitación, como señala la sentencia impugnada opera automáticamente, tan pronto como se produce el hecho determinante en la ley, esto es la sanción penal. En consecuencia, no tratándose de un procedimiento sancionador, sino de aplicar el efecto de una sentencia penal, no es de aplicación el procedimiento sancionador que la actora entiende de aplicación”».

Y respecto de la suspensión firme de funciones continúa afirmando en el FD SÉPTIMO:

«La suspensión firme de funciones no constituye la misma sanción que la separación del servicio, pues aquella tiene un carácter temporal hasta un límite de seis años.

Sin embargo resulta innegable, a tenor del artículo 90, de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que el funcionario declarado en la situación de suspensión de funciones no podrá prestar servicios en ninguna Administración Pública ni en los Organismos públicos, Agencias o Entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a ella durante el tiempo de cumplimiento de la pena (caso de que se imponga en virtud de sentencia dictada en causa criminal) o

sanción (supuesto de imposición en virtud de expediente disciplinario). Además el funcionario declarado en situación de suspensión de funciones no puede prestar servicios en ninguna Administración Pública ni en los Organismos públicos, Agencias o Entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a ella durante el tiempo de cumplimiento de la pena o sanción.

Aunque es cierto que el anterior Estatuto no es directamente aplicable, si se constata es similar a lo reflejado en el Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud. Así la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, en su artículo 73.1.c) Suspensión de funciones. Cuando esta sanción se imponga por faltas muy graves no podrá superar los seis años ni será inferior a los dos años. Si se impusiera por faltas graves, no superará los dos años. Si la suspensión no supera los seis meses, el interesado no perderá su destino».

De este modo, concluye afirmando el TS que tampoco aquí, resulta lesionado el principio “no bis in idem”¹⁵.

La reacreditación se desarrollará del siguiente modo (artículo 14):

- «1. El profesional, por medio del proceso de reacreditación, podrá solicitar la renovación de la acreditación tanto por extinción del período de vigencia como para acceder a un nivel superior.
2. Para obtener la reacreditación se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 10 de este Decreto.
3. El plazo para solicitar la reacreditación por extinción del período de vigencia se corresponderá con los seis meses anteriores a la finalización de su período de vigencia.
4. A los efectos de acceder a un nivel de acreditación superior al alcanzado, no podrá solicitarse la renovación de la acreditación hasta que transcurra el plazo de un año a contar desde el día siguiente a la notificación de la resolución de acreditación».

La Orden de 7 de octubre de 2009, establece la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo de acreditación del nivel de la competencia profesional de los profesionales sanitarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía (BOJA núm. 227, de 20 de noviembre), y pretende posibilitar la tramitación telemática de determinados trámites y actuaciones del procedimiento administrativo de acreditación del nivel de la competencia profesional, evitando el desplazamiento personal del profesional sanitario y haciendo efectivo, en la medida en que hasta el momento lo permita la implementación

¹⁵ Vide J. F. Pérez Gálvez, “La condena penal de inhabilitación especial y su incidencia en la relación funcional [Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional, (Sala de la Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 25 de enero de 2012]”, *Boletín de Función Pública del Instituto Nacional de Administración Pública*, 10, 2012, pp. 41-45.

de los servicios públicos electrónicos, su derecho a relacionarse con la Administración utilizando estos medios.

Desde el punto de vista práctico y con la finalidad de resumir lo expuesto, puedo afirmar que el proceso de acreditación del nivel de la competencia profesional para licenciados y diplomados (graduados, especialistas y máster) sanitarios, se estructura en dos fases. La primera, el proceso de evaluación ante la Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía (<http://www.juntadeandalucia.es/agenciadecalidadsanitaria>), que se desarrolla en una fase de autoevaluación, una fase de evaluación externa y una certificación de la agencia de calidad (nivel avanzado, experto o excelente). La segunda, pone en marcha el proceso de acreditación ante la Dirección General de Calidad, Investigación y Gestión del Conocimiento, que ante la solicitud del interesado verifica el cumplimiento de requisitos [certificado de evaluación emitido por la ACSA (Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía) y acompañando a la solicitud deberá demostrar que se encuentra en activo en el puesto en el que desarrolla las competencias a acreditar; y al menos un año de servicios prestados de forma ininterrumpida en el puesto de trabajo], procediendo a resolver y notificar en el plazo de dos meses desde la entrada en su registro. La resolución estimatoria tendrá una vigencia de 5 años en el nivel acreditado (avanzado, experto o excelente) y la resolución denegatoria impide posibilitar una nueva solicitud hasta que transcurra un año desde la notificación de la resolución de la Dirección General de Calidad, Investigación y Gestión del Conocimiento.

La acreditación del nivel de la competencia profesional es requisito imprescindible para participar en el proceso de certificación de carrera profesional (nivel avanzado para nivel II de carrera; nivel experto para nivel III de carrera; nivel excelente para niveles IV y V de carrera).

IV. LA ACREDITACIÓN POSIBILITA EL DESARROLLO DE LA CARRERA PROFESIONAL

1. Régimen jurídico

La acreditación de competencias es un requisito esencial para el desarrollo del proceso de certificación de los distintos niveles de carrera profesional para licenciados y diplomados sanitarios.

En el sector público tradicionalmente se ha estructurado el derecho a la carrera profesional de una manera rígida como un instrumento de jerarquización administrativa. Frente a la estabilidad y seguridad que esta fórmula ha ofrecido a los trabajadores públicos se pueden formular objeciones que implican el olvido del esfuerzo personal del mismo por alcanzar un mayor grado de profesionalidad que implique una mejora en el servicio y por tanto de la Administración a la que sirve. Evidentemente este progreso de los profesionales también

tendrá consecuencias favorables para quien materializa su esfuerzo por alcanzar mayores cotas de formación y preparación (fundamentalmente de tipo económico y profesional) a la vez que se reivindica la necesidad de formalizar unos cauces procedimentales que hagan posible dicha promoción en virtud de la capacidad individualizada de cada uno.

El régimen jurídico vigente hasta la reforma, lo ejemplifica la materialización de justicia que efectuaban los tribunales:

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, núm. 1552/2000, de 15 de septiembre [(Sala de lo Social) JUR 2001\5387]: nivel y grado personal.

«[...]. Para el debido enfoque del tema debatido hay que tener en cuenta la Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública y el Real Decreto-Ley 3/1987, sobre retribuciones del personal sanitario así como el Acuerdo de 17 de julio de 1990, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, sobre retribuciones del Personal de Centros e Instituciones Sanitarias del SAS. La Ley 30/1984, por lo que respecta al caso que nos ocupa en su artículo 21 sobre promoción profesional señala:

1. El grado personal: a) los puestos de trabajo se clasifican en 30 niveles, b) el Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas determinarán los intervalos que correspondan a cada cuerpo o escala, c) todo funcionario posee un grado personal que corresponderá a alguno de los niveles en que se clasifiquen los puestos de trabajo, d) el grado personal se adquiere por el desempeño de uno o más puestos del nivel correspondiente durante dos años continuados o durante tres con interrupción, e) la adquisición y los cambios de grados se inscribirán en el Registro de Personal previo reconocimiento por el Subsecretario del Departamento respectivo y Organismos análogos de las demás Administraciones Públicas, f) la adquisición de los grados superiores de los Funcionarios de los Cuerpos y Escalas de cada grupo podrá realizarse también mediante la superación de cursos de formación u otros requisitos objetivos que se determinen por el Órgano competente.

2. Garantía del nivel del puesto de trabajo: a) ningún funcionario podrá ser designado para un puesto de trabajo inferior en más de dos niveles al correspondiente a su grado personal, b) ningún funcionario podrá ser designado para desempeñar un puesto de trabajo superior en más de dos niveles al de su grado personal.

La citada Ley reconoce que nivel y grado personal son la misma cosa; que el nivel identifica a la persona y que ningún funcionario puede acceder a un puesto de trabajo con nivel superior en más de dos niveles al de su grado personal» (FD 2º).

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, núm. 3035/2002, de 3 de septiembre [(Sala de lo Social) AS 2003\862]: provisión de una plaza de jefe de servicio.

«[...]. Además de la provisionalidad del nombramiento, el cargo de jefe del servicio exigía una evaluación cuatrienal a efectos de determinar su continuidad en el cargo, tanto para los nombramientos efectuados en aplicación de la Orden de 5 de febrero

de 1985, que afectaba a los dos primeros cuatrienios, como los realizados tras la entrada en vigor del Real Decreto 118/1991, de 25 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, que en la comunidad autónoma andaluza se concretó en la Orden de 13 de enero de 1992, que establece el procedimiento de evaluación específico a efectos de continuidad en los puestos de Jefes de Servicio y Sección de los Servicios Jerarquizados de los Centros Asistenciales en áreas hospitalarias del Servicio Andaluz de Salud, cuyo artículo 1º dispone que «Los puestos de jefe de servicio y de sección de los Servicios Jerarquizados de Centros Asistenciales en áreas hospitalarias del Servicio Andaluz de Salud, obtenidos con posterioridad a la Orden de 5 de febrero de 1985, se evaluarán por una Comisión de Evaluación al término de cada cuatrienio de su ejercicio, con arreglo al procedimiento contemplado en el articulado de la presente Orden», necesidad de evaluación cuatrienal que actualmente se mantiene en la disposición adicional 11ª de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, sobre Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatutario de los Servicios de Salud, por ello el recurrente no puede estar excluido de este medio de control sobre la labor asistencial, docente e investigadora realizada en el servicio hospitalario del que era responsable.

Por otra parte el recurrente no se opuso a la evaluación de sus funciones hasta que fue valorada negativamente, por ello no puede pretender la impugnación de los trámites previos de procedimiento evaluatorio, una vez que ha conocido que la resolución es contraria a sus intereses y determinó el cese en el cargo» (FD 3º).

- Procedimiento abreviado 176/2002 instruido en el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 7 de Madrid:

«Mediante el presente Recurso Contencioso Administrativo, se impugna la desestimación presunta por silencio del recurso de Alzada formulado el día [...] contra la desestimación de la solicitud de fecha [...], en la que se expresaba lo siguiente: En contestación a su reclamación de fecha [...], en la que solicitaba la revisión de los méritos aportados al objeto de promocionar de nivel en la Carrera Profesional, una vez reunida la Comisión de Evaluación en sesión ordinaria ha llegado a la conclusión: Examinada la reclamación del interesado se acuerda DESESTIMAR la misma habida cuenta que la fase de implantación de la carrera profesional sólo permite acceder como máximo al Nivel III, atendiendo a criterios de antigüedad, y a mayor abundamiento, le faltarían dos meses computados desde el [...] a la fecha de la convocatoria para cumplir los 21 años para promocionar al Nivel IV, y en consecuencia no procede la propuesta para la promoción de nivel al Consejo de Administración del Hospital de conformidad con el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 4 de junio de 1998, por el que se establece la Carrera Profesional. [...] (FD 1º).

La parte recurrente solicita una pretensión anulatoria que articula en los fundamentos de derecho, fondo del asunto, solicitando según el tenor literal lo siguiente: “que tenga por formalizado en tiempo y forma la demanda de recurso por inactividad de la Administración toda vez que con fecha [...] se entregó a mi representado la

resolución del Secretariado de la Comisión de Evaluación del Hospital General Universitario “Gregorio Marañón” de la Comunidad de Madrid, de fecha [...] denegando la reclamación que mi mandante efectuó al respecto solicitando la revisión de los méritos aportados al objeto de promocionar de nivel en la Carrera Profesional y con fecha [...] de acuerdo con lo establecido en dicha resolución mi poderdante interpuso recurso de alzada contra la misma ante el Gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, sin que hasta la fecha se haya recibido contestación alguna sobre dicho recurso y de acuerdo con el petitum de dicho recurso solicitamos se dicte sentencia y se resuelva:

Primero. Que se baremen por la Comisión de Evaluación los documentos aportados por el Dr. [...] con fechas [...] y concretamente el certificado del Insalud, de [...], y su título de Médico Especialista en [...] de [...], al objeto de constatar su antigüedad de más de 21 años, necesaria para obtener el Nivel IV que le corresponde en la Carrera Profesional para Facultativos Especialistas en el Hospital General Universitario “Gregorio Marañón”.

Segundo. Que por lo tanto se revoque la resolución de [...].

Tercero. Que se otorgue al Dr. [...] el Nivel IV en la resolución definitiva de la convocatoria de 1999 relativa a la Carrera profesional para Facultativos Especialistas en el Hospital General Universitario “Gregorio Marañón”.

Cuarto. Como consecuencia de todo lo anterior, ser incluido en la relación definitiva de candidatos con el Nivel IV que le corresponde desde la fecha de su presentación de la instancia”.

Se ha opuesto la representación de la CAM, por entender que la resolución se ajusta a derecho; que se han valorado los méritos según las Bases de la convocatoria, realizando las manifestaciones que obran en los folios [...]».

Esta sentencia fue ratificada por la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Séptima de 17 de julio de 2003 (Recurso de apelación nº 63/2003).

Frente a los sistemas tradicionales de carrera o empleo en estado puro, las nuevas formulaciones optan por la mezcla de ambos así como la incorporación de elementos nuevos que contribuyan a una correcta valoración en virtud de los principios constitucionales vigentes, así como la necesaria objetividad en un proceso de estas características.

Los grupos de titulación, el grado personal y la antigüedad han sido los parámetros fundamentales utilizados para la materialización de la carrera profesional en la función pública tradicional. En el sistema sanitario, el primero ha sido el que ha tenido mayor relevancia pues se ingresaba en virtud de una determinada formación y por la propia esencia de la actividad sanitaria, la misma se perpetuaba a lo largo de toda la vida profesional aunque a continuación se reconocía la antigüedad como un valor adicional a tener en cuenta por parte de la organización sanitaria.

La evolución de las demandas y necesidades sociales, el mayor grado de especialización, la necesaria formación continuada de los profesionales al compás de los avances científicos y tecnológicos que caracterizan la sociedad que vivimos han hecho necesario un nuevo sistema que permita atender todos los requerimientos que este nuevo escenario plantea. La introducción de un nuevo modelo se enmarca en el objetivo general de obtener una mejora cuantitativa y cualitativa de la atención sanitaria a través de la instrumentación y desarrollo de aspectos fundamentales como la consideración de la formación continuada como indicador del esfuerzo individual en la mejora de la calidad técnico-asistencial y la apertura de cauces para una mayor y más efectiva participación de los profesionales en la dirección y gestión de los servicios sanitarios.

Aproximarse y dar respuesta a esta realidad es el reto que plantea el Estatuto Marco para el Personal Estatutario de los Servicios de Salud¹⁶, dejando en manos de las Comunidades Autónomas, previa negociación en las mesas correspondientes, el establecimiento de los mecanismos de carrera profesional. Contaba con dos precedentes legislativos a tener en cuenta.

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, define en el artículo 41, apartado primero, la carrera profesional estableciendo que «es el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, investigación y cumplimiento de los objetivos de la organización en la cual prestan sus servicios», y en su apartado segundo remite la regulación de la misma al régimen establecido en el artículo 84 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, para la normativa básica, y a las Comunidades Autónomas para las normas de desarrollo.

La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, dispone en el artículo 37:

«1. Se constituye el sistema de reconocimiento del desarrollo profesional de los profesionales sanitarios a que se refieren los artículos 6 y 1 de esta Ley, consistente en el reconocimiento público, expreso y de forma individualizada, del desarrollo alcanzado por un profesional sanitario en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, docentes y de investigación, así como en cuanto al cumplimiento de los objetivos asistenciales e investigadores de la organización en la que prestan sus servicios.

2. Sin perjuicio de las facultades y funciones para las que habilite el correspondiente título oficial, el reconocimiento del desarrollo profesional será público y con atribución expresa del grado alcanzado por cada profesional en el ejercicio del conjunto de funciones que le son propias.

¹⁶ Vide J. F. Pérez Gálvez, *Comentarios al estatuto del personal estatutario de los servicios de salud*, Tomo I y II, Bosch, Barcelona, 2004, p. 1.444.

3. Podrán acceder voluntariamente al sistema de desarrollo profesional los profesionales que estén establecidos o presten sus servicios dentro del territorio del Estado».

La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, regula en el Capítulo VIII la “carrera profesional”, estableciendo los criterios generales de la misma en el artículo 40, a saber:

«Artículo 40. Criterios generales de la carrera profesional.

1. Las comunidades autónomas, previa negociación en las mesas correspondientes, establecerán, para el personal estatutario de sus servicios de salud, mecanismos de carrera profesional de acuerdo con lo establecido con carácter general en las normas aplicables al personal del resto de sus servicios públicos, de forma tal que se posibilite el derecho a la promoción de este personal conjuntamente con la mejor gestión de las instituciones sanitarias.

2. La carrera profesional supondrá el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios.

3. La Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud establecerá los principios y criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional de los diferentes servicios de salud, a fin de garantizar el reconocimiento mutuo de los grados de la carrera, sus efectos profesionales y la libre circulación de dichos profesionales en el conjunto del Sistema Nacional de Salud.

4. Los criterios generales del sistema de desarrollo profesional recogidos en la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias se acomodarán y adaptarán a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistenciales del servicio de salud o de cada uno de sus centros, sin detrimento de los derechos ya establecidos. Su repercusión en la carrera profesional se negociará en las mesas correspondientes».

Esta materia ha sido objeto de debate y tratamiento pormenorizado a lo largo de la evolución legislativa del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Tiene especial relevancia la enmienda de modificación para sustituir el Capítulo VIII (artículo 40), que presentó el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria (BOCG núm. 151-5, de 3 de julio de 2003), con la siguiente justificación:

«La formación continuada de los profesionales sanitarios es competencia autonómica, como prueba el Convenio de Conferencia Sectorial de 15 de diciembre de 1997, que pretende coordinar esa competencia territorial. En coherencia con este entendimiento, el artículo 38 de la Ley de Cohesión y Calidad encomienda al Consejo Interterritorial fijar criterios comunes en esta materia; algo que este proyecto de ley pretende modificar sin motivo alguno.

Podría alegarse que ésa era la situación hasta la aprobación de la citada Ley de Cohesión, pero que ahora quiere establecerse una regulación estatal sobre la materia. Pues bien, incluso si éste fuera el criterio, la formación continuada seguiría sin ser parte de “lo básico” en sanidad (artículo 149.1.16ª CE). En esta hipótesis, según la jurisprudencia constitucional sobre la materia, esta actividad formativa, cuando se trate de empleados públicos, forma parte de las bases del estatuto de los funcionarios públicos. El título competencial sería el artículo 149.1.18ª CE por tratarse de empleados públicos (SSTC 95 y 190/2002).

Por su parte, la carrera profesional nada tiene que ver con el ejercicio de la profesión puesto que la participación en la misma, cualesquiera que sean los resultados, es irrelevante con respecto a la facultad de ejercer la profesión sanitaria; ni se prevé limitación alguna de las facultades o habilidades, ni tampoco se abren posibilidades de actuación que estuvieran restringidas. Nada tiene que ver, por tanto, con el objeto del Proyecto de Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias y, menos aún, con el ámbito de regulación propio de la ordenación de las profesiones (artículo 149.1.30ª CE).

El mecanismo de desarrollo profesional diseñado por el proyecto de ley es un instrumento de promoción y reconocimiento profesional en el ámbito de la organización en que el profesional sanitario presta servicios. Pues bien, como con la regulación de la formación continua, el desarrollo y promoción profesional es una materia que forma parte de la relación de servicios estatutario o laboral que vincula a un profesional con la Administración Pública o con la empresa sanitaria privada. La jurisprudencia constitucional es concluyente: la promoción profesional integra las bases del estatuto de los funcionarios públicos (por todas, STC 1/2003); la promoción y desarrollo profesional es uno de los derechos de los trabajadores de acuerdo con el artículo 4.2 del Estatuto de los Trabajadores (como recuerda la STC 190/2002). En modo alguno, la carrera profesional tiene engarce ni en la competencia estatal de ordenación profesional, ni menos aún en las bases de la sanidad interior. Quizás sean estas consideraciones las que expliquen el mandato del artículo 41.2 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud: la carrera profesional debe regularse como parte del Estatuto Marco.

En definitiva, tanto la formación continuada, como la carrera profesional, deben incorporarse al Estatuto-Marco, y suprimirlas del actual Proyecto de Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias. Por seguridad jurídica, se debe evitar la dispersión normativa y las discordancias entre las diversas disposiciones generales que, con incidencia en una misma materia, son objeto de tramitación cuasi paralela, tal y como pone de manifiesto el Consejo de Estado en el apartado de “consideraciones” del informe al Proyecto de Ley analizado.

Para la elaboración del texto propuesto se han transcrito y adaptado al contexto del Estatuto Marco las previsiones del Proyecto de Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias»¹⁷.

¹⁷ El Grupo Parlamentario de Coalición Canaria propuso la modificación del Capítulo VIII, por la siguiente redacción:

«*Sección 1. Formación Continuada.*

Artículo 40. *Principios Generales.* 1. La Formación Continuada es el proceso de enseñanza y aprendizaje activo y permanente que se inicia al finalizar los estudios correspondientes a la titulación exigida para el ingreso en la correspondiente categoría, y que está destinado a actualizar y mejorar los conocimientos, habilidades y actitudes del personal ante la evolución científica y tecnológica y las demandas y necesidades, tanto sociales como del propio Sistema Sanitario. 2. Son objetivos de la formación continuada: a) Garantizar la actualización de los conocimientos del personal y la permanente mejora de su cualificación, así como incentivarles en su trabajo diario e incrementar su motivación profesional. b) Potenciar la capacidad del personal para efectuar una valoración equilibrada del uso de los recursos sanitarios en relación con el beneficio individual, social y colectivo que de tal uso pueda derivarse. c) Generalizar el conocimiento, por parte del personal, de los aspectos científicos, técnicos, éticos, legales, sociales y económicos del Sistema Sanitario. d) Mejorar en el personal la percepción de su papel social, como agentes individuales en un sistema general de atención de salud y de las exigencias éticas que ello comporta. e) Posibilitar el establecimiento de instrumentos de comunicación entre el personal.

Artículo 41. *Acreditación y reconocimiento.* 1. Las Administraciones Sanitarias del Estado y de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán acreditar actividades y programas de actuación en materia de formación continuada del personal estatutario, así como, con carácter global, los centros en los que las mismas se imparten. La acreditación, que deberá realizarse necesariamente de acuerdo con los requisitos, procedimiento y criterios que reglamentariamente se determinen, tendrá efectos en todo el territorio nacional, sea cual sea la Administración Pública que expidió la acreditación. Los organismos acreditadores habrán de ser, en todo caso, independientes de los organismos previsores de actividades de formación. 2. En cualquier momento las Administraciones Públicas podrán inspeccionar, auditar y evaluar los centros y actividades de formación continuada acreditada. Como consecuencia del resultado de dichas medidas de control, podrán acordar, de forma motivada, la suspensión provisional o revocación de la acreditación otorgada. 3. Las Administraciones Sanitarias Públicas podrán certificar las actividades de formación continuada acreditadas mediante la expedición de Diplomas de Acreditación y de Diplomas de Acreditación Avanzada, que podrán referirse tanto globalmente a las funciones propias de una categoría o especialidad, como específicamente a una concreta área funcional de la misma. Los Diplomas de Acreditación y los Diplomas de Acreditación Avanzada, que deberán expedirse necesariamente de acuerdo con los requisitos, procedimiento y criterios que reglamentariamente se determinen, tendrán efectos en todo el territorio nacional, sea cual sea la Administración Pública que expidió el Diploma. 4. A efectos de provisión de plazas y carrera profesional sólo podrán ser tomadas en consideración las actividades de formación continuada que hubieran sido acreditadas. 5. Con el fin de armonizar el ejercicio de las funciones que las Administraciones Sanitarias Públicas y demás instituciones y organismos ostentan en materia de formación continuada, así como de coordinar las actuaciones que se desarrollen en dicho campo, se constituirá la Comisión de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias, como comisión técnica dependiente de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, con la composición y funciones que reglamentariamente se determine.

Sección 2. Carrera profesional.

Artículo 42. *Carrera profesional.* 1. La carrera profesional supondrá el derecho de los profesionales a que se refiere la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios. 2. Las Comunidades Autónomas previa negociación en las Mesas Sectoriales correspondientes, establecerán en sus respectivos ámbitos competenciales, la carrera profesional de acuerdo a los principios generales que se establecen en el artículo siguiente. 3. La Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud establecerá los principios y criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional de los diferentes Servicios de Salud, a fin de garantizar

La LOPS procede a regular el desarrollo profesional en el ámbito de los centros y establecimientos del Sistema Nacional de Salud, con arreglo a una serie de principios (artículo 38):

«1. Las Administraciones sanitarias regularán, para sus propios centros y establecimientos, el reconocimiento del desarrollo profesional, dentro de los siguientes principios generales:

a) El reconocimiento se articulará en cuatro grados.

Las Administraciones sanitarias, no obstante, podrán establecer un grado inicial, previo a los anteriormente indicados. La creación de este grado inicial deberá comportar su homologación de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de esta Ley.

b) La obtención del primer grado, y el acceso a los superiores, requerirá la evaluación favorable de los méritos del interesado, en relación a sus conocimientos, competencias, formación continuada acreditada, actividad docente e investigación. La evaluación habrá de tener en cuenta también los resultados de la actividad asistencial del interesado, la calidad de la misma y el cumplimiento de los indicadores que para su valoración se hayan establecido, así como su implicación en la gestión clínica definidas en el artículo 10 de esta Ley.

el reconocimiento mutuo de los grados de la carrera, sus efectos profesionales y la libre circulación de dichos profesionales en el conjunto del Sistema Nacional de Salud.

Artículo 43. *Principios generales.* 1. La carrera profesional se ajustará a los siguientes principios generales:

a) Tendrá acceso a la carrera profesional el personal estatutario fijo tomándose en consideración el tiempo de trabajo prestado como personal estatutario temporal, a efectos de lo previsto en la letra c) del presente apartado. b) Se articulará en cuatro grados. No obstante, se podrá establecer un grado inicial, previo a los anteriormente indicados. c) La obtención de primer grado, y el acceso a los superiores, requerirá la evaluación favorable de los méritos del interesado, en relación a sus conocimientos, competencias, formación continuada acreditada, actividad docente e investigación. La evaluación habrá de tener en cuenta también los resultados de la actividad asistencial del interesado, la calidad de la misma y el cumplimiento de los indicadores que para su valoración se hayan establecido, así como su implicación en la gestión clínica. d) Para obtener el primer grado, será necesario acreditar cinco años de ejercicio profesional. La evaluación para acceder a los grados superiores podrá solicitarse transcurridos cinco años desde la precedente evaluación positiva. En caso de evaluación negativa, el profesional podrá solicitar una nueva evaluación transcurridos dos años desde la misma. e) La evaluación se llevará a cabo por un Comité científico creado a tal efecto en el ámbito que por la Administración competente se establezca. El Comité estará integrado, en su mayoría, por profesionales de la misma profesión sanitaria del evaluado y habrá de garantizarse la participación en el mismo de representantes del Servicio o Unidad de pertenencia del profesional evaluado, así como de evaluadores externos designados por Agencias de Calidad o Sociedades Científicas de su ámbito de competencia. f) Los profesionales tendrán derecho a hacer constar públicamente el grado de desarrollo profesional que tengan reconocido. g) Dentro de cada Comunidad Autónoma, estos principios generales podrán adaptarse a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistenciales del Servicio de Salud o de cada uno de sus centros. 2. Se establecerán los mecanismos que permitan la adaptación de los principios señalados en el apartado anterior a los derechos ya reconocidos. 3. En el momento de implantación de la carrera profesional, las Administraciones Sanitarias podrán asignar a los profesionales el grado que les corresponda de acuerdo con sus méritos evaluables y años de servicios prestados, sin que, a estos efectos, sea exigible comenzar por el grado inicial; ni esperar cinco años para la siguiente evaluación a que se refiere la letra d) del apartado 1 del presente artículo».

También fue presentada en la misma fecha que la enmienda anterior, una por parte del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida (núm. 28) para sustituir el artículo 40, que se justificaba en: «La necesaria cohesión del Sistema y la posibilidad de homologación entre las establecidas en los distintos Servicios de Salud, requiere una regulación más detallada en la norma básica que supone este Proyecto de Ley».

- c) Para obtener el primer grado, será necesario acreditar cinco años de ejercicio profesional. La evaluación para acceder a los grados superiores podrá solicitarse transcurridos, como mínimo, cinco años desde la precedente evaluación positiva. En caso de evaluación negativa, el profesional podrá solicitar una nueva evaluación transcurridos dos años desde ésta.
- d) La evaluación se llevará a cabo por un comité específico creado en cada centro o institución. El comité estará integrado, en su mayoría, por profesionales de la misma profesión sanitaria del evaluado, y habrá de garantizarse la participación en el mismo de representantes del servicio o unidad de pertenencia del profesional evaluado, así como de evaluadores externos designados por agencias de calidad o sociedades científicas de su ámbito de competencia.
- e) Los profesionales tendrán derecho a hacer constar públicamente el grado de desarrollo profesional que tengan reconocido.
- f) Dentro de cada servicio de salud, estos criterios generales del sistema de desarrollo profesional, y su repercusión en la carrera, se acomodarán y adaptarán a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistenciales del servicio de salud o de cada uno de sus centros, sin detrimento de los derechos ya establecidos».

También regula el desarrollo profesional en los centros privados con la preceptiva supervisión de la Administración sanitaria (artículo 38.2):

«Los centros sanitarios privados en los que existan profesionales sanitarios que presten servicios por cuenta ajena establecerán, en la medida en que lo permita la capacidad de cada centro, procedimientos para el reconocimiento del desarrollo profesional y la carrera de los mismos se adecuarán a los criterios fijados en este título. Los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior serán supervisados, en su implantación y desarrollo, por la Administración sanitaria correspondiente. En cada centro se deberá conservar la documentación de evaluación de los profesionales de cada servicio o unidad de éste».

La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 24 de octubre de 2011 (Ar. 1455), en el FD QUINTO, estableció, en relación con la falta de regulación por parte de la Administración competente sobre esta materia en un Decreto autonómico, las siguientes consideraciones:

«[...] Pero además, la ausencia de inclusión de profesionales que presten sus servicios en el Sector privado, no se vislumbra contradiga norma alguna. En la sentencia de esta Sala y Sección de 9 de febrero de 2011, Recurso 107/2009, recordábamos que “la legalidad por omisión de una norma reglamentaria presenta cierta singularidad resaltada por la jurisprudencia de esta Sala, aunque ello no significa la exclusión de la posibilidad de estimar en sede jurisdiccional la eventual infracción de la Ley o del ordenamiento jurídico como consecuencia de la ausencia de una determinada regulación en el reglamento”.

Es cierto que las pretensiones deducidas frente a la omisión o, en general, la inactividad reglamentaria ha encontrado tradicionalmente, en nuestra jurisprudencia, el doble obstáculo del carácter revisor de la jurisdicción y la consideración de la potestad reglamentaria como facultad político-normativa del ejercicio discrecional. Ahora bien, tales reparos no han sido óbice para que, ya desde antiguo, se haya abierto paso una corriente jurisprudencial que ha admitido el control judicial de la inactividad u omisión reglamentaria. En el ejercicio de esta potestad son diferenciables aspectos reglados y discrecionales (Cfr. SSTS de 8 de mayo de 1985, 21 y 25 de febrero y 10 de mayo de 1994 (RJ 1994, 1455), y no es rechazable ad limine, sin desnaturalizar la función jurisdiccional, una pretensión de condena a la Administración a elaborar y promulgar una disposición reglamentaria o a que éste se refiera a un determinado aspecto, porque el pronunciamiento judicial dependerá de la efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar una norma de dicho carácter con un contenido que contemple un determinado desarrollo normativo. Es este un problema sustantivo diferenciable, sin embargo, del alcance del control judicial, pues constatado el deber legal de dictar una regulación por la Administración y el incumplimiento de aquél resulta ciertamente más difícil admitir la posibilidad de una sustitución judicial de la inactividad administrativa reglamentaria hasta el punto de que el Tribunal dé un determinado contenido al reglamento omitido, siendo significativo a este respecto el artículo 71.2 LJCA al disponer que “los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados”. Y ello es así porque el poder de sustitución no puede llegar allí donde la ley reserva a la Administración un poder discrecional de decisión que responde a su específica posición político-constitucional. O, dicho en otros términos, tal poder sólo alcanza hasta donde la ley regla la actividad administrativa que en el ámbito de la potestad reglamentaria no suele alcanzar hasta la imposición de la forma o contenido con que ha de quedar redactada la norma reglamentaria, aunque exista la obligación legal de dictarla. En definitiva, la posibilidad de nulidad de una norma reglamentaria por infracción omisiva es posible en dos supuestos señalados ya por la jurisprudencia de esta Sala: 1º) cuando, siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria suponga el incumplimiento, no de una mera habilitación, sino de una obligación expresamente establecida por la Ley que se trata de desarrollar o ejecutar; y 2º) cuando el silencio del Reglamento determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico. Y es únicamente en este caso de omisión reglamentaria, en el que el restablecimiento de la supremacía de la Constitución o de la Ley puede consistir en negar simplemente eficacia jurídica al efecto derivado de dicho silencio del reglamento contrario al ordenamiento jurídico (Cfr. SSTS 16 (RJ 1998, 566) y 23 de enero de 1998, 14 de diciembre de 1998 (RJ 1999, 154), 7 de diciembre de 2002 y 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 4989). Y en el presente caso como se ha razonado por la Sala de instancia no se aprecia la concurrencia de una situación contraria al ordenamiento jurídico».

El supuesto de los profesionales sanitarios que desarrollen su actividad exclusivamente a través del ejercicio profesional por cuenta propia se regula en el artículo 38.3:

«[...] podrán acceder voluntariamente a los procedimientos de reconocimiento del desarrollo profesional, en la forma en que se determine por la correspondiente Administración sanitaria. En todo caso, dichos profesionales deberán superar las mismas evaluaciones que se establezcan para quienes presenten servicios por cuenta ajena en centros sanitarios».

También procede la LOPS a determinar la homologación del reconocimiento del desarrollo profesional (artículo 39):

«El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, a propuesta de la Comisión de Recursos Humanos y oída la Comisión Consultiva Profesional, establecerá los principios y criterios generales para la homologación del reconocimiento del desarrollo profesional en todo el Sistema Nacional de Salud, especialmente en lo relativo a las denominaciones de los distintos grados, a los sistemas de valoración de los méritos, a la composición de los comités de evaluación y al reconocimiento mutuo de los grados alcanzados por los profesionales de los distintos servicios de salud».

De este modo, queda claro que la regulación de la carrera profesional en cada servicio de salud, en virtud de lo establecido en el artículo 41.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, remite al futuro Estatuto Marco, y éste, en el artículo 40.1 y 4, reenvía a su vez, a la negociación de la correspondiente mesa sectorial, que adoptará al respecto los pertinentes acuerdos, respetando los criterios generales del sistema de desarrollo profesional recogidos en la LOPS, que se acomodarán y adaptarán a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistenciales del servicios de salud o de cada uno de sus centros.

La Resolución de 29 de octubre de 2008, de la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional del Servicio Andaluz de Salud, convoca con carácter abierto y permanente, proceso de acceso al modelo de carrera profesional y de promoción y mantenimiento de niveles de carrera profesional reconocidos para licenciados y diplomados sanitarios (BOJA núm. 240, de 3 de diciembre). Se adopta esta disposición de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, el artículo 38 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, el artículo 40 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y del punto octavo del Anexo V del Acuerdo de 16 de mayo de 2006, de la Mesa Sectorial de Negociación de la Sanidad, sobre política de personal para el período 2006 a 2008.

Tras la solicitud del interesado, y teniendo presente que hay dos cortes semestrales (30 de abril; 31 de octubre), la comisión de valoración de centro verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos y computa de acuerdo con el baremo de méritos correspondiente

según el tipo de personal y nivel solicitado. La Comisión Central de Valoración verifica las propuestas de las comisiones de valoración de los centros y eleva a la Dirección General propuesta provisional y definitiva de profesionales a certificar o excluir.

La Resolución de 30 de abril de 2009, de la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional del Servicio Andaluz de Salud, por la que se regula la ordenación del proceso de certificación de los distintos niveles de carrera profesional y de promoción y mantenimiento de los niveles de carrera profesional reconocidos para licenciados y diplomados sanitarios (BOJA núm. 96, de 21 de mayo) establece los elementos adicionales que permitirán que la Resolución definitiva surta efectos económicos a partir del día uno del mes siguiente a la fecha en que ha sido dictada.

De lo expuesto, se derivan dos consecuencias: primera, por un lado el carácter básico de la normativa estatal y la remisión a la normativa de desarrollo (autonómica) para acomodar los criterios generales a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistenciales del servicio de salud correspondiente; segunda, la complementación del desarrollo normativo respecto de la carrera profesional a través de la negociación colectiva.

2. El carácter básico de la normativa estatal¹⁸

A) Cuestiones formales y materiales de la potestad reglamentaria

La titularidad y competencia de la potestad reglamentaria¹⁹ constituyen exigencias y límites formales del reglamento. Además deberá respetarse el principio de jerarquía normativa respecto a la Constitución y a la Ley (artículos 9.3²⁰, 97 y 103 CE), así como respecto a los demás reglamentos dependiendo de su rango jerárquico. Así lo ha establecido, entre otras, la STSJ de Madrid, de 10 de julio de 2007 (artículo 801), FD TERCERO:

«La alegación esencial que vertebra la demanda, bajo la invocación del principio de jerarquía normativa es la de que no puede establecerse en el Decreto impugnado

¹⁸ Para un estudio más detallado de esta cuestión Vide J. F. Pérez Gálvez, "Bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios", *Revista Andaluza de Administración Pública*, 84, 2012, pp. 41-88.

¹⁹ Vide SAN de 26 de septiembre de 2007 (Ar. 664), FD TERCERO.

²⁰ Vide STC 83/1984, donde en relación al principio de legalidad afirma: «Este principio de reserva de ley entraña [...] una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho [...]. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador».

la obligación de llevar hojas de reclamaciones en el ámbito de la sanidad privada hasta que la Comunidad de Madrid –por imponerlo así el artículo 26.5 de la Ley 12/2001, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid– no dicte una norma que regule, específicamente, el sistema de reclamaciones en el ámbito sanitario privado, al igual que lo ha hecho en el ámbito sanitario público mediante la correspondiente Orden de la Consejería de Sanidad (Orden 605/2003), ya que, mientras esa regulación específica del sistema de reclamaciones en el ámbito sanitario privado no se dicte, la imposición de llevar hojas de reclamaciones que establece el precepto impugnado supone la aplicación, en este ámbito, de la legislación general de consumidores, legislación que no se considera de aplicación por el Colegio demandante, en la medida en que las consultas de odontoestomatología se rigen por su normativa propia en la que no se establece dicha obligación.

Y este planteamiento esencial sobre el que se articula la demanda no puede ser aceptado porque la validez de una norma reglamentaria, desde la perspectiva de su respeto a la Ley (principio de jerarquía normativa), no puede depender de que se haya dictado o no una norma que, a su vez, desarrolla la norma reglamentaria que se analiza, que es lo que realmente pretende la parte actora al entender que debió dictarse por la Comunidad de Madrid, en el ámbito de la sanidad privada, una norma similar a la Orden 605/2003, que regula el sistema de reclamaciones en el ámbito de la sanidad pública, antes de dictarse el precepto impugnado que impone la obligación de llevar hojas de reclamaciones también en el ámbito de la sanidad privada. En efecto, en el presente caso, ninguna vulneración del principio de jerarquía normativa se ha producido por la regulación contenida en el precepto impugnado (artículo 21.e) del Decreto 51/2006), cuyo contenido no es sino concreción o desarrollo del precepto legal en que con toda naturalidad se inserta el artículo 26.5 de la Ley 12/2001, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid».

La inderogabilidad singular de los reglamentos y el cumplimiento del procedimiento de elaboración de los mismos también forman parte de esa reserva o límite formal al que me he referido. Exigencias materiales que afectan al contenido de la norma reglamentaria son la reserva de ley, material y formal, y el respeto a los principios generales del Derecho. Un Derecho que no se reduce al expresado en la Ley, sino que comprende dichos principios en su doble función legitimadora y de integración del ordenamiento jurídico como principios técnicos y objetivos que expresan las ideas básicas de la comunidad y que inspiran dicho ordenamiento. Para cumplir esta finalidad, es necesario un proceso en su elaboración que garantice la participación de todos aquellos que ostentan la condición de interesados. De este modo, el trámite de audiencia, constituye un elemento esencial del mismo, en los términos que han sido determinados por la STS de 5 de julio de 2005 (Ar. 5206), FD PRIMERO:

«En segundo lugar y por lo que se refiere a la exigencia legal del trámite de audiencia en la elaboración de disposiciones generales, el 105, apartado a) de la Constitución, establece que: “la Ley regulará la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley,

en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten”, precepto desarrollado en el artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno, según el cual: “elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición”.

En cuanto al alcance de tal previsión legal, esta Sala ha declarado en las sentencias de [...], que el trámite de audiencia ha de calificarse como participación funcional en la elaboración de disposiciones de carácter general “preceptivamente impuesta” y que “requiere en el órgano que instruye una actividad configurada técnicamente como carga, concretada en la llamada de las organizaciones y asociaciones que necesariamente deben ser convocadas pues, en otro caso, el procedimiento podría quedar viciado o incluso la disposición resultante podría estar incurso en nulidad”, debiendo distinguir que la audiencia es preceptiva para Asociaciones que no sean de carácter voluntario, pero no cuando se trata, de asociaciones voluntarias de naturaleza privada, que, aunque estén reconocidas por la Ley, no ostentan “por Ley” la representación a que aquel precepto se refiere, pues es este criterio el que traduce con mayor fidelidad el ámbito subjetivo de aquel precepto. [...].

Pues bien, desde estas consideraciones generales, lo primero que se advierte en este caso, es que en la elaboración del Real Decreto 1277/2003 impugnado, no sólo se ha dado trámite de audiencia a las organizaciones y asociaciones que necesariamente debían ser emplazadas al efecto sino que se ha incluido la audiencia de un considerable número de asociaciones de carácter voluntario, [...], habiéndose oído igualmente a las Comunidades Autónomas, a pesar de no contemplarse específicamente tal exigencia, como expresamente se indicaba en el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia [...], por lo que objetivamente no se advierte la infracción de los indicados preceptos, al haberse cumplido ampliamente con dicho trámite»²¹.

Teniendo presente en todo caso, que la preceptividad de la audiencia excluye las asociaciones de carácter voluntario, aunque nada impide que dicha audiencia pueda ser llevada a cabo si este procedimiento aparece como adecuado en función de las circunstancias, pudiendo incluso recabar el informe de entidades de afiliación voluntaria que agrupen a colectivos afectados²².

²¹ En idénticos términos *Vide* STS de 1 de diciembre de 2008 (Ar. 200).

²² *Vide* STS de 14 de mayo de 2007 (Ar. 5849), FD OCTAVO.

B) Naturaleza de la relación existente entre el ordenamiento estatal y los distintos ordenamientos de las Comunidades Autónomas

La nueva ordenación territorial del Estado que introdujo la Constitución Española de 1978 en su Título VIII ha supuesto un cambio radical en las relaciones entre los diferentes ordenamientos jurídicos.

Esta ordenación territorial, con independencia de la integración del Derecho Comunitario Europeo, se establece en tres niveles –Administración del Estado, Administración de las Comunidades Autónomas y Administración Local– sobre la base del principio de autonomía (artículo 137 CE), que implica una potestad normativa propia, base de otros tantos ordenamientos singulares en relación con el ordenamiento general del Estado.

Esta pluralidad normativa, derivada de centros organizativos separados, se configura constitucionalmente sobre la base de tres principios generales (sigo aquí la argumentación de la STS de 13 de octubre de 2003, Ar. 7917, ponente: Fernández Montalvo):

a) Las Comunidades Autónomas han supuesto un cambio sustantivo respecto de la naturaleza de los entes locales. Estos son entes con poderes esencialmente administrativos, cuya competencia normativa, aunque opere en un ámbito autonómico garantizado por la Ley (leyes de Régimen Local o leyes sectoriales) y esté cubierta por una “garantía institucional” en la propia Constitución, es meramente reglamentaria.

Por el contrario, las Comunidades Autónomas no son simples entes administrativos, sino que poseen una verdadera esencia política por su misma posición constitucional y cuentan con un conjunto de poderes y funciones en un Estado que el Tribunal Constitucional ha calificado de “Estado compuesto”, aludiendo al sistema de autonomías político-territoriales de nacionalidades y regiones que consagra, como uno los principios básicos, el artículo 2 CE.

Las Comunidades Autónomas tienen genuinos poderes legislativos. Y, por su parte, el Tribunal Constitucional ha considerado que las leyes autonómicas pueden cubrir por sí mismas la reserva constitucional de ley, con lo que se establece la identidad de naturaleza con la ley ordinaria del Estado. La Ley del Estado y la Ley autonómica tienen, pues, el mismo rango y valor en sus respectivos ámbitos de competencia.

b) Las complejas relaciones internormativas que se producen no pueden explicarse sobre el principio de jerarquía. Aparece, por el contrario, un principio esencial de relación internormativa, cual es el principio de competencia.

Las normas autonómicas surgen en ámbitos competenciales reservados a favor de la respectiva Comunidad Autónoma por la Constitución y los Estatutos (artículos 143 y 147) por las leyes orgánicas de transferencia o delegación de facultades (artículo 150.2) y por las leyes marco (artículos 150.1 y 3). Dentro de esos ámbitos de autonomía las leyes y reglamentos del Estado no están supraordenados a las normas autonómicas antes bien están excluidos, por virtud de la reserva constitucional o legal.

La pluralidad de ordenamientos implica que cada uno tenga un ámbito propio; de manera que una norma de Comunidad Autónoma que penetrase en el ámbito estatal o viceversa, sería nula por vulneración de las normas constitucional y estatutaria que han construido tal ámbito competencial.

El principio de separación de los ordenamientos se instrumenta de forma recíproca ante el Tribunal Constitucional, bien mediante el recurso o cuestión de inconstitucionalidad, bien mediante el conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la garantía judicial ordinaria que presta la jurisdicción contencioso-administrativa.

c) La indicada relación de los ordenamientos estatal y autonómico se producen sin perjuicio de la articulación de todos ellos en el supraordenamiento constitucional. La separación entre ordenamientos a que me he referido no es en manera alguna absoluta, sino que encuentra una articulación superior en la Constitución como norma fundamental o norma normarun. Así pues, la unidad del ordenamiento general del Estado se encuentra en el nivel constitucional que comprende y abarca la totalidad de los dos subsistemas: el estatal *stricto sensu* y los autonómicos.

De esta posición de cada ordenamiento con la Constitución, en cuanto tronco común de todos ellos, deriva:

1º) Si bien existe separación entre las dos clases de ordenamiento, estatal y autonómico, las relaciones respectivas de cada uno de ellos con la Constitución es de subordinación jerárquica.

2º) La validez de todas las normas, tanto del Estado como de los ordenamientos autonómicos, está condicionada a su constitucionalidad.

3º) No sólo el Derecho estatal, sino la totalidad de los Derechos autonómicos, comenzando por los Estatutos, deben ser interpretados “conforme a la Constitución”.

d) A pesar de que la relación entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos regionales se rija fundamentalmente por el principio de competencia, no constituyen, sin embargo, compartimentos estancos, en cuanto coinciden en un ámbito personal y territorial de aplicación, y existe una indudable interconexión en la vida social que determina que cualquier actuación administrativa pueda incidir en títulos competenciales diversos atribuidos al Estado y a las Comunidades Autónomas.

Muy gráficamente lo ha expuesto la STSJ de Andalucía, Granada, de 21 de junio de 2010 (Ar. 356131), FD QUINTO:

«Con todo ello puede determinarse que la relación existente entre las normas básicas estatales y las normas de desarrollo de las correspondientes Comunidades Autónomas se manifiesta en la imagen gráfica de tres círculos concéntricos:

– El primero y central: determinaciones de interés general, común denominador para todos, con efecto preclusivo o de cierre por ser imposible su modificación por el derecho de las Comunidades Autónomas y de desplazamiento respecto de derecho autonómico que pudiera estar hasta entonces regulando la materia.

- El segundo: círculo de encuadramiento, en el que se incluyen todos los aspectos que quedan abiertos a la regulación de las Comunidades Autónomas a efectos de desarrollo de sus propias políticas.
- El tercero: círculo de suplencia, en que la normativa básica se aplicará en las Comunidades Autónomas que no regulen la materia en tanto no dicten normas propias.

Con esta base doctrinal, ha de determinarse que el legislador estatal establece una serie de pautas encomendando a las Comunidades Autónomas el desarrollo de esta materia, y también la ejecución de la misma. O sea, que existe una habilitación o mandato legal, ya que no agota el contenido y alcance de la materia regulada el propio texto legal, sino que se remite a lo que cada Comunidad Autónoma (dentro de su autonomía política) puedan determinar con amplitud de criterio, dejando abierta la posibilidad a que éstas puedan, según sus peculiaridades propias, ampliar la clasificación básica estatal.

Además, esta regulación garantiza el derecho de los ciudadanos, porque somete a autorización administrativa el funcionamiento de otros establecimientos que procedan a la adaptación individualizada de productos sanitarios, descripción que deberá concretar la propia normativa reguladora de los mismos».

C) *Las competencias sobre carrera profesional: “bases-desarrollo”*

La Constitución Española de 1978, en su artículo 149.1.16 otorga al Estado la competencia exclusiva en materia de “Bases y coordinación general de la sanidad”, y el artículo 148.1.21 reconoce la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, a través de sus Estatutos de Autonomía, asuman competencias en materia de “Sanidad e higiene”. Esta distribución competencial posibilita que Estado y Comunidad Autónoma regulen de modo global este ámbito jurídico. Al primero le corresponde establecer el régimen jurídico básico, y a la segunda, establecer la normativa de desarrollo. Las consecuencias son las siguientes²³:

- La atribución al Estado del establecimiento del mínimo común normativo o la regulación principal uniforme que debe existir y aplicarse con carácter general en todo el territorio nacional. De este modo se asegura un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad puede establecer las propias peculiaridades.
- Las bases, que tienen según el Tribunal Constitucional un carácter material o sustantivo, en materia de sanidad comprende, como manifestación esencial y característica, la elección del propio modelo sanitario atribuido, sin duda, al Estado. Y a partir de tal opción la legislación estatal, en defensa del interés general, diseña el fundamento propio de las bases con un contenido circunstancial y variable y los consiguientes efectos de

²³ Vide STS de 13 de octubre de 2003 (Ar. 7917), FD QUINTO.

preclusión o de desplazamiento para la normativa autonómica, sin perjuicio, claro está, del ulterior y eventual control del Tribunal Constitucional.

La STSJ de Madrid, de 10 de julio de 2007 (Ar. 801), FD CUARTO, advierte claramente sobre esta cuestión al afirmar:

«[...] en este caso ya no podemos acudir al principio de jerarquía, sino al principio de competencia que es el que articula las relaciones entre las normas estatales y autonómicas. [...].

Como claramente puede colegirse de esta explicación, las normas que se contienen en el citado Real Decreto que afectan al “contenido funcional de las profesiones (de odontólogo, protésico dental e higienista dental) vinculadas a los correspondientes títulos académicos habilitantes” y que regulan, por tanto, “dichas profesiones, así como sus cometidos principales, capacidades y responsabilidades”, se han dictado por el Estado al amparo del título competencial previsto en el artículo 149.1.30 CE, que atribuye al Estado la competencia sobre la “regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia”. Y en cambio, las normas contenidas en dicho Real Decreto que afectan a “los requisitos básicos y mínimos correspondiente a los centros, servicios y establecimientos de salud dental”, se han dictado por el Estado al amparo del título competencial previsto en el artículo 149.1.16 CE, que atribuye al Estado la competencia, entre otras materias, sobre las “bases y coordinación general de la sanidad”.

En este caso, la cuestión discutida –obligación de tener hojas de reclamaciones en los servicios, centros y establecimientos sanitarios públicos y privados, incluidos los de salud dental– afecta a los requisitos de funcionamiento de dichos servicios y establecimientos sanitarios por lo que el título competencial que debemos aplicar es el de “bases y coordinación general de la sanidad”, estableciendo en el artículo 149.1.16 CE, en cuya virtud, corresponde al Estado en esta materia la legislación básica y a las Comunidades Autónomas el desarrollo de esas bases, [...].

Por tanto, nada tiene de extraño que el citado Real Decreto no establezca la obligación de llevar hojas de reclamaciones en los centros y establecimientos relativos a la salud dental y que esta obligación se imponga, “ex novo”, en la legislación autonómica que venimos analizando ya que el concepto material de “bases” impide que la legislación del Estado agote la materia a la que las bases se refieren, pues el desarrollo autonómico de las bases debe permitir a las Comunidades Autónomas llevar a cabo sus propias políticas en la materia, siempre dentro de aquellas bases. Así pues, las bases estatales deben respetar un ámbito de actuación propia de las Comunidades Autónomas, pues la autonomía significa la posibilidad de seguir políticas propias, de forma que siempre ha de quedar un margen de decisión a las Comunidades Autónomas para el desarrollo, como consideren oportuno, de las bases estatales. Y así, como tempranamente señaló el Tribunal Constitucional, “el establecimiento por parte del Estado de las bases de la ordenación no puede llegar

a tal grado de desarrollo que deje vacías de contenido las correlativas competencias de la Comunidad”.

En consecuencia, ninguna discordancia con el ordenamiento jurídico puede extraerse del hecho, puesto de relieve en la demanda, de que el Real Decreto 1594/1994, no establezca esta obligación y si se imponga dicha obligación en la norma reglamentaria autonómica analizada, pues se trata, simplemente, del juego normado de la técnica competencial “bases-desarrollo”».

- El propio mecanismo de bases más desarrollo y aludidos efectos de preclusión y desplazamiento en la determinación de lo básico de una materia, además del efecto de suplencia, determina que las Comunidades Autónomas no tengan supeditado el ejercicio de su competencia normativa de desarrollo a que el Estado dicte la norma básica. Si el legislador no ha definido las bases de una materia, ello no significa que no existan ni tampoco que el legislador comunitario autonómico no pueda legislar hasta que el estatal las defina²⁴.

La STS de 6 de julio de 2005 (Ar. 9541), en un caso donde se cuestiona el carácter básico del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, afirma (FD PRIMERO):

«[...] Tampoco puede llegar a comprender esta Sala a qué tipo de doctrina constitucional se refiera la actora cuando alega que ésta no reconoce que se pretenda dotar de carácter de normativa básica en la materia que regula el Real Decreto cuestionado. Ciertamente que el argumento se formula en términos absolutamente genéricos, sin descender con el debido detalle al caso que nos ocupa; pero, de todas formas, lo cierto es que la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala han reconocido en muchas ocasiones el carácter básico –a los efectos del artículo 149.1 de la Constitución– de disposiciones que adoptan la forma de Real Decreto, siempre que se ajusten a los requisitos que en este caso, precisamente concurren.

En efecto: refiriéndonos únicamente a la doctrina constitucional que sirve de término de contraste a la demandante, la noción de legislación básica a que se refiere

²⁴ Vide STS de 6 de julio de 2005 (Ar. 9541), FD PRIMERO: «[...] Esta Tribunal ignora por qué razón la actora pretende limitar el carácter complementario y de desarrollo normativo del Real Decreto 1277/2003, a la Ley de 25 de abril de 1986, y en concreto a su artículo 29. La simple lectura del preámbulo del mismo incluso de sus primeros párrafos, ya pone de manifiesto que el reglamento impugnado se propone desarrollar y complementar dos disposiciones con carácter de ley formal: la ya mencionada General de Sanidad y la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que precisamente regula con carácter básico las garantías mínimas de seguridad exigibles para la regularización y autorización, por parte de las Comunidades Autónomas, de la apertura y puesta en servicio de centros, servicios y establecimientos sanitarios en su respectiva demarcación territorial. Añadiéndose en el párrafo tercero del mismo preámbulo, que constituye la finalidad del Real Decreto 1277/2003, la regulación de las bases de autorización de dichos centros, servicios y establecimientos sanitarios de conformidad con lo preceptuado en las Leyes de 25 de abril de 1986 y 28 de mayo de 2003».

el artículo 149 ha de ser entendida en sentido material, no siendo absolutamente necesario que revista el carácter de ley formal cuando: a) bien careciendo de legislación postconstitucional sobre el tema, el Gobierno regule una materia básica, siempre que de la legislación preconstitucional pueda inferirse claramente cuales sean las bases establecidas sobre la misma; b) bien cuando existiendo normas postconstitucionales que definan lo que resulta básico sobre una materia determinada, la posterior regulación complementaria por vía de reglamento viniese autorizada en virtud de una habilitación legal y esa posterior regulación se refiera a un aspecto de dicha materia cuya naturaleza haga inadecuada e innecesaria su regulación en virtud de ley formal.

Tanto la Ley General de Sanidad (artículo 29.2) como la de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (disposición final 5ª), básicas en la materia, autorizan al Gobierno a dictar las disposiciones complementarias que sean precisas sobre calificación, registro y autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, tema que constituye el objeto explícito del Real Decreto 1277/2003, y que desde luego no constituye materia idónea para ser reglada mediante Ley formal».

Sobre este pivote: bases-desarrollo, se sustentan las competencias sobre la carrera profesional en Andalucía.

3. El desarrollo normativo corresponde a las Comunidades Autónomas, y se materializa a través de la negociación colectiva

Anticipo en el enunciado del epígrafe lo que con más detalle ha determinado la STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera), de 22 de diciembre de 2008:

«Con esta base doctrinal, ha de determinarse que el legislador estatal establece una serie de pautas (las definiciones de la carrera profesional y los criterios generales del sistema) encomendando a las Comunidades Autónomas el desarrollo de esta materia, previa negociación con la representación de los empleados afectados. O sea, que existe una habilitación y mandato legal, ya que no agota el contenido y alcance del derecho el propio texto legal, sino que se remite a lo que cada Comunidad Autónoma (dentro de su autonomía política) y cada Mesa o Unidad de Negociación (dentro de su capacidad negociadora) puedan determinar con amplitud de criterio, y que no existe un único modelo de carrera profesional, sino que está abierto a la definición reglamentaria tanto en su ámbito subjetivo como objetivo. [...].

Y con todo ello, la Sala ha de concluir que la opción adoptada por el legislador estatal ha sido determinar como núcleo básico la definición de carrera profesional, determinando que cada Comunidad Autónoma fijará los mecanismos de la carrera profesional de acuerdo con lo establecido con carácter general en las normas aplicables al personal del resto de los servicios públicos de cada una de las Comunidades Autónomas, de forma tal que se posibilite el derecho a la promoción de

este personal conjuntamente con la mejor gestión de las instituciones sanitarias; y las Comunidades Autónomas acomodarán y adaptarán los criterios generales de la carrera profesional (establecidos en el artículo 38 de la Ley 44/2003) a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistenciales del correspondiente servicio de salud o de cada uno de sus centros».

Dicho de otro modo, el desarrollo normativo de la carrera profesional del personal sanitario corresponde a las Comunidades Autónomas, y se materializa a través de la negociación con los agentes sociales.

V. LA CARRERA PROFESIONAL DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD QUEDA FUERA DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

1. Constitución Española: artículo 43 y artículo 149.1.18ª

El estudio del derecho a la salud tal y como viene determinado en el artículo 43 de la CE ya ha sido objeto de consideración por doctrina solvente. Ahora es necesario abordar el estudio de las bases del régimen estatutario de los funcionarios, determinar su influencia respecto del personal estatutario de los servicios de salud, y para ello es necesario incidir en el análisis del artículo 149.1.18 CE.

La relación entre el legislador estatal y el autonómico es la propia de dos subsistemas normativos sobre una misma materia, que se condicionan recíprocamente, «pues el espacio de que dispone el legislador autonómico depende del alcance que el legislador dé a lo básico y, por otro lado, el legislador estatal no pueda dar la amplitud que le plazca a la regulación básica porque el ámbito propio de la legislación autonómica también le limita y condiciona»²⁵. No se trata de una relación de jerarquía, sino ordenada conforme al principio de competencia. «De ahí que si una norma autonómica de desarrollo vulnera una norma estatal de carácter básico será efectivamente inválida, pero no porque la norma estatal sea jerárquicamente superior, sino simplemente porque estará afectada de incompetencia. Y ello, claro está, únicamente si el legislador estatal no ha incurrido en ningún exceso al establecer la legislación básica, pues, de lo contrario, aun siendo la normativa autonómica contraria a preceptos formalmente declarados básicos podría ser perfectamente respetuosa del bloque de constitucionalidad, no procediendo entonces su declaración de nulidad. En tal caso, sería la legislación estatal la que resultaría contraria

²⁵ Vide A. Desdentado Bonete y E. Desdentado Daroca, "El sistema normativo de la relación de servicios del personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social", *Aranzadi Social*, vol. V, 2000, p. 924.

a la Constitución, pues habría invadido el campo que corresponde a la legislación autonómica de desarrollo»²⁶.

La competencia básica estatal es compatible con la de las Comunidades Autónomas (STC 165/1986, FJ 7):

«Sin embargo, tratándose de una Administración distinta de la del Estado y de otras Administraciones públicas, la ejecución de la legislación estatal sobre el régimen estatutario de los funcionarios no puede limitarse estrictamente a una aplicación mecánica de las normas correspondientes, pues es evidente que tales normas pueden desconocer las características propias de la organización administrativa autonómica y, por lo tanto, no adaptarse con la suficiente eficacia y previsión a ellas. En este sentido, no puede olvidarse la relativa incidencia que la diversidad de regímenes organizativos de las Administraciones públicas tiene sobre las relaciones de éstas con el personal a su servicio, así como que, en virtud del artículo 35 de su Estatuto de Autonomía, la Comunidad de Cantabria tiene atribuida una competencia específica para la estructuración de su propia Administración, y que el artículo 32.3 del mismo dispone que “las competencias de ejecución de la Diputación Regional de Cantabria llevan implícita la correspondiente potestad reglamentaria para la organización interna de los servicios, la administración y, en su caso, la inspección”. De ello se deduce que la Comunidad Autónoma, si bien no puede en ningún caso modificar o desarrollar las normas del Estado sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos en lo que atañe al régimen sustantivo de las relaciones jurídicas funcionariales, si puede en cambio utilizar instrumentos normativos propios para hacer posible el ejercicio de los derechos y obligaciones, deberes y facultades y, en general, de las situaciones jurídicas que aquel régimen sustantivo contempla, dentro de la estructura organizativa de su Administración. De otro modo, en efecto, podría suceder que la ejecución de la normativa estatal sólo pudiera llevarse a cabo con el sacrificio de la propia competencia de autoorganización».

Y evidentemente, nada tiene que ver con la referencia del artículo 150.1 CE, incompatible, con el título habilitante invocado en la disposición final primera (habilitación competencial) del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

En la STC 99/1987, sobre la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, el Tribunal revalidó la doctrina expuesta, y la competencia estatal en materia de función pública, al respaldar la mayoría de los preceptos de la ley, entre ellos los que regulaban el acceso a la carrera funcionarial, las bases retributivas, el régimen de situaciones administrativas y el estatuto disciplinario. Además determinó que era la ley y no el reglamento el competente para determinar la estructura de los cuerpos y escalas de los funcionarios. La adquisición

²⁶ *Ibidem*, p. 925.

y pérdida de la condición de funcionario, debe formar parte del contenido básico de su regulación (STC 37/2002, FJ 8º):

«Por otra parte, en relación con el contenido de la expresión “régimen estatutario de los funcionarios públicos”, empleada por los artículos 103.3 y 149.1.18ª, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar, poniendo en conexión ambos preceptos constitucionales, “que sus contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, debiendo entenderse comprendida en su ámbito, en principio, la formación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas” [SSTC 99/1987, de 11 de junio F. 3 c); 56/1990, de 29 de marzo, F. 19]».

2. Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud

A) Consideraciones generales

La denominación de “Estatuto Marco” ha sido objetada por parte de la doctrina, al entender que no responde a la verdadera naturaleza de esta disposición: «La otra cuestión a suscitar también con carácter previo y, sin perjuicio de lo que a continuación se desarrollará, es la expresión *estatuto marco*. De esta forma se llega a esa especie de galimatías redundante que da título a la ley, *estatuto marco del personal estatutario*. La historia nos ha dado ya hecha la redundancia, desde el momento en que se denomina estatutario a un determinado personal para no llamarlo funcionario. Pero, dando por buena a estas alturas la redundancia, ahí debió parar la cosa. En efecto, creo que no se debió usar la expresión de estatuto marco sino de estatuto básico o bases de los estatutos, pues es obvio que ya no puede el Estado asumir la regulación completa de las materias que integran los viejos estatutos que dan nombre a estos sectores del personal de los servicios de salud, según explicaré, pero no me parece correcto utilizar una expresión que tiene un sentido preciso en la Constitución, aunque su utilización haya sido escasa. Con ello a la redundancia se añade la inexactitud de la palabra marco que no se sabe muy bien que sentido tiene en este contexto. La impresión que da es que, a través de esta pintoresca y redundante denominación de estatuto marco del personal estatutario se quiere aludir a una especie de estatuto de los estatutos, donde el Estado puede desplegar sus competencias normativas, pero esto técnicamente se expresa como antes he indicado y como muy correctamente hacen el artículo 1 y la disposición final primera de la Ley 55/2003: bases de los estatutos, bases del régimen jurídico, etc.»²⁷.

²⁷ Vide J. I. Morillo-Velarde Pérez, “Ordenamiento jurídico actual: habilitación, competencias, desarrollo, supletoriedad”, *Derecho y Salud*, 2006, pp. 24-25.

Esta es la naturaleza que se pone de manifiesto a lo largo de la tramitación parlamentaria del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (Grupo Federal de Izquierda Unida, señora Castro Fonseca)²⁸:

«[...] Ya poníamos de manifiesto entonces la urgencia de una regulación, señora ministra, para el personal estatutario, pendiente desde la promulgación de la Ley General de Sanidad, hace 17 años, que mantenía y sigue manteniendo a estos trabajadores y trabajadoras con una regulación, desde nuestro punto de vista, preconstitucional y a todas luces claramente insuficiente. Insuficiente no sólo por los cambios producidos en las relaciones laborales dentro del Sistema Nacional de Salud, sino también por la finalización del proceso transferencial que hace imprescindible el desarrollo de normas de carácter básico que contribuyan a la articulación del sistema y a darle cohesión. En este sentido, los profesionales sanitarios son el principal recurso y a su vez la principal fuente de gasto. Es impensable, por tanto, un sistema público cohesionado y coherente sin una regulación de personal que garantice unos mínimos y fije unas pautas comunes de actuación. Esto, entendemos en mi grupo parlamentario, lejos de entorpecer la gestión que corresponde a las capacidades constitucionales de las comunidades autónomas, debe favorecerla y permitir la permeabilidad entre los distintos servicios de salud [...]»²⁹.

Por tanto, será esta disposición la que determinará todas las condiciones que afectan a este personal, pues ha derogado el régimen estatutario configurado por los tres Estatutos de Personal –todos ellos preconstitucionales– y las disposiciones que los modificaron, complementaron o desarrollaron. Este marco básico estará constituido por el propio Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud y por las disposiciones que, en el ámbito de cada Administración Pública, desarrollen tal marco básico y general.

²⁸ Vide *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 275, de 11 de septiembre de 2003, sesión plenaria núm. 262, p. 107.

²⁹ El Acuerdo Parlamentario para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el día 18 de diciembre de 1997, determinó en su apartado 10 que se consideraba imprescindible el establecimiento de un nuevo modelo de relaciones laborales para el personal estatutario de los Servicios de Salud, a través de un Estatuto-Marco que habría de desempeñar un papel nuclear como elemento impulsor de la dinámica de evolución, desarrollo y consolidación de nuestro Sistema Nacional de Salud. El propio Congreso de los Diputados señaló las líneas maestras de esa nueva regulación y marcó sus objetivos generales. Entre ellos cabe destacar los de incrementar la motivación de los profesionales y su compromiso con la gestión, el establecimiento de un adecuado sistema de incentivos, la desburocratización y flexibilización de las relaciones profesionales, la descentralización de los procesos de selección y de promoción profesional, la personalización de las condiciones de trabajo, especialmente en lo relativo a retribuciones y niveles de dedicación o la adecuación de las dotaciones de personal a las necesidades efectivas de los centros, a través de una normativa específica de carácter básico para este personal, con respeto tanto de las competencias para su desarrollo por las Comunidades Autónomas como del objetivo global de impulsar la autonomía de gestión de los Servicios, Centros e Instituciones.

B) *El diseño aprobado –Estatuto Marco– queda pendiente de un posterior desarrollo autonómico, y de su adaptación –en lo que proceda– al Estatuto Básico del Empleado Público*

Ha sido objeto de debate parlamentario el desarrollo de la normativa básica contenida en esta Ley. Se ha llegado a la conclusión de que con la actual redacción se obliga a las Comunidades Autónomas a aprobar Estatutos regionales que desarrollen el Estatuto Marco lo cual puede resultar improcedente, en tanto dicho desarrollo puede abordarse mediante normas legales o reglamentarias autonómicas sin tal caracterización, manteniendo su vigencia –total o parcial– aquellas disposiciones autonómicas anteriores a la entrada en vigor del Estatuto Marco por no oponerse a la regulación básica contenida en el mismo. Así lo expresó la enmienda núm. 93 del Grupo Parlamentario Coalición Canaria, publicada en el BOCG de 3 de julio de 2003, y justificada del siguiente modo:

«El término Estatuto se refiere a un cuerpo legal completo que habría de contemplar en su integridad todo el régimen del colectivo. Ello supondría tener que reproducir a nivel autonómico prácticamente la totalidad del texto del Estatuto Marco –puesto que en muchas materias la regulación es de tal detalle que no admite desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas– con la adición de la regulación autonómica de desarrollo que habría de abordarse de forma conjunta y simultánea a efectos de su incorporación a dicho texto, lo que contrasta con la previsión contenida en la disposición adicional sexta del Proyecto de Ley que prevé la entrada en vigor y consecuente desarrollo autonómico de forma paulatina.

La otra alternativa menos rigurosa sería optar por un estatuto Autonómico que tan sólo contuviera las materias que se desarrollen en dicho ámbito y omitiera los aspectos ya contenidos en el Estatuto Marco, lo cual obligaría a proceder a su regulación simultánea, ya que en caso contrario se plantearía la duda de cuáles de tales normas debieran tener la consideración de “estatuto”. A su vez ello supondría tener que manejar unas normas deslavazadas, lo cual dificulta su comprensión y aplicación, no tan sólo por los órganos gestores, sino por los tribunales de la Administración de Justicia.

Lo que exige el Estatuto marco, en tanto norma básica y detallista, es la regulación de determinadas cuestiones bien por ley (ej. régimen retributivo, infracciones y sanciones disciplinarias), bien por reglamento (ej. *selección y provisión de plazas*, procedimiento disciplinario) que se pueden producir de forma progresiva».

Por tanto, esta es una materia que está siendo objeto de tratamiento por cada Comunidad Autónoma en virtud de lo establecido en la disposición transitoria sexta de esta Ley:

«Disposición transitoria sexta. Aplicación paulatina de esta Ley.

No obstante lo previsto en las disposiciones derogatoria única y final segunda, las previsiones de esta Ley que a continuación se indican producirán efectos en la forma que se señala:

a) Las previsiones de los artículos 40 y 43 de esta Ley entrarán en vigor, en cada Servicio de Salud, cuando así se establezca en las normas a que se refiere su artículo 3. En tanto se produce tal entrada en vigor se mantendrán vigentes, en cada servicio de salud y sin carácter básico, las normas previstas en la disposición derogatoria única.b), o las equivalentes de cada Comunidad Autónoma.

b) Se mantendrán vigentes, en tanto se procede a su regulación en cada servicio de salud, las disposiciones relativas a categorías profesionales del personal estatutario y a las funciones de las mismas contenidas en las normas previstas en la disposición derogatoria única, e), f) y g).

c) Se mantendrá vigente, con rango reglamentario y sin carácter básico, y en tanto se proceda a su modificación en cada servicio de salud, la norma citada en la disposición derogatoria única.d).

d) Las prestaciones de carácter social previstas en las disposiciones a que se refieren los apartados e), f) y g) de la disposición derogatoria única, se mantendrán exclusivamente respecto a quienes ostenten derechos subjetivos ya adquiridos a tales prestaciones en el momento de entrada en vigor de esta Ley.

2. El límite máximo de ciento cincuenta horas anuales que se fija en el segundo párrafo del artículo 49.1 de esta Ley, se aplicará de forma progresiva durante los diez años siguientes a su entrada en vigor, en la forma que determine el Gobierno mediante Real Decreto, adoptado previo informe de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud. En dicho informe, que deberá ser elaborado en el plazo de 18 meses desde la entrada en vigor de esta norma, se analizarán detalladamente las implicaciones que en la organización funcional de los Centros Sanitarios, en la financiación del Sistema Nacional de Salud y en las necesidades de especialistas, tendrá la puesta en marcha de la indicada limitación, así como las posibles excepciones a la misma derivadas del hecho insular y las medidas que resulte conveniente adoptar en función de todo ello. Igualmente, en tal informe se analizarán las repercusiones económicas de una progresiva adaptación de la jornada de trabajo de los Centros y Servicios Sanitarios a la vigente con carácter general en el resto de los Servicios Públicos.

Para la elaboración del informe a que se refiere el párrafo anterior, la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud recabará las opiniones de expertos de las Administraciones Sanitarias, de los Servicios de Salud y de las Organizaciones Sindicales».

También han tenido en cuenta las Comunidades Autónomas lo dispuesto en la Disposición derogatoria única:

«Disposición derogatoria única. Derogación de normas.

1. Quedan *derogadas*, o se considerarán, en su caso, *inaplicables* al personal estatutario de los Servicios de Salud, cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan o contradigan a lo dispuesto en la presente Ley y, especialmente, las siguientes:

- a) Los números 1, 2 y 3 del artículo 84 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
 - b) El Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud y las disposiciones y acuerdos que lo complementan y desarrollan.
 - c) La Ley 30/1999, de 5 de octubre, de Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatutario de los Servicios de Salud.
 - d) El Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.
 - e) El Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social aprobado por Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, y las disposiciones que lo modifican, complementan y desarrollan.
 - f) El Estatuto de Personal Sanitario no Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social aprobado por Orden de 26 de abril de 1973, con excepción de su artículo 151, así como las disposiciones que lo modifican, complementan y desarrollan.
 - g) El Estatuto de Personal no Sanitario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social aprobado por Orden de 5 de julio de 1971, y las disposiciones que lo modifican, complementan y desarrollan.
2. La entrada en vigor de esta Ley no supondrá la modificación o derogación de los Pactos y Acuerdos vigentes en aquellos aspectos que no se opongan o contradigan lo establecido en la misma».

Pues el Estado estaba habilitado competencialmente, tal y como se precisa en la disposición final primera, para abordar este cometido:

«Disposición final primera. Habilitación competencial.

1. Las disposiciones de la presente Ley se dictan al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución, por lo que las mismas constituyen bases del régimen estatutario del personal incluido en su ámbito de aplicación.
2. La disposición adicional segunda se dicta, además, al amparo del artículo 149.1.16ª de la Constitución, por lo que sus previsiones constituyen bases de la sanidad.
3. Se exceptúan de lo establecido en el anterior número 1, la disposición adicional segunda, en cuanto al personal con vínculo laboral de los Centros Sanitarios a los que la misma se refiere, y la disposición transitoria primera, que se dictan al amparo del artículo 149.1.7ª de la Constitución».

Pero sin duda, este panorama complejo, ha debido abordar otro reto adicional: la entrada en vigor del EBEP.

3. Estatuto Básico del Empleado Público

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público –en adelante EBEP– publicada en el BOE del 13 de abril, es una norma anhelada durante largo tiempo:

«Necesitamos un Estatuto, porque la fragmentación y los vacíos legislativos actuales alimentan la manipulación discrecional interesada del sistema de la función pública por parte de todos los actores con poder para ello. Por esta vía se deterioran valores de convivencia claves como la seguridad jurídica, el mérito y la capacidad, la objetividad, la imparcialidad, la eficacia y la eficiencia. Pero la elaboración del Estatuto no es sino un paso en el largo proceso de reconstrucción institucional de nuestra función pública. El Estatuto es punto de partida más que de llegada: no es la programación de la función pública por la ley, sino la base legal desde la que iniciar un largo proceso de experimentación y aprendizaje. Nadie puede saber cómo será, ni siquiera cómo conviene que sea, la función pública de dentro de cincuenta, o siquiera veinticinco años. Pero sí podemos tratar de ponernos de acuerdo sobre cuáles son los problemas actuales de nuestra función pública y cómo hacer para superarlos hoy. El Estatuto debería expresar un consenso suficiente sobre la manera de entender y operar los principios fundamentales de la función pública como institución. Siendo sólo un paso aportaría mucho, pues permitiría abordar los problemas concretos desde un marco referencial cierto y compartido»³⁰.

No era fácil hacer frente a la reforma de esta materia. Afecta a muchas Administraciones distintas, a muchos trabajadores con singularidades propias, y sobre todo, había que buscar el equilibrio entre lo que se quiere hacer y lo que se podía hacer en virtud de todos los condicionantes existentes. Así lo ha expuesto con claridad Miguel SÁNCHEZ MORÓN:

«De todas formas, lo más relevante es que cualquier reforma del empleo público se destina a un cuerpo vivo, esto es, a una organización de características determinadas, moldeada por la historia y por las personas que la integran, cuyos intereses, expectativas y valores no son siempre coincidentes y, en algunos aspectos, suelen ser contrapuestos. Por eso, toda reforma debe tener en cuenta el contexto en que se produce, esto es, los recursos económicos disponibles, las demandas de los ciudadanos, la evolución de la cultura política y administrativa del país. En otros términos, la reforma del régimen del empleo público debe permitir a las Administraciones públicas dotarse de los recursos humanos necesarios para el desempeño eficaz y objetivo de sus funciones, al servicio del público, pues sin esta perspectiva finalista no hay verdadera reforma, en sentido sustantivo, sino, a lo sumo, una mera reordenación o actualización formal de la legislación. Pero también es obvio que, para ser efectiva, para poder ser aplicada, la nueva normativa debe tener en

³⁰ Vide J. Prats i Catalá, “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público”, *Documentación Administrativa*, 241-242, 1995, pp. 15-16.

cuenta la realidad y, dentro de ella, los múltiples intereses legítimos en presencia. De ahí la conveniencia –la necesidad incluso, en términos políticos– de diálogo con todos los actores implicados, con las Comunidades Autónomas y la Administración Local, con las organizaciones sindicales y asociaciones de funcionarios, con los partidos políticos, para alcanzar el más alto grado de consenso posible. Ya que la mejor reforma del empleo público no es la que con más ambición identifica a los objetivos, sino la que acierta a encontrar el equilibrio entre los fines y la situación fáctica que pretende ordenar, entre lo que conviene hacer y lo que es posible hacer, razonablemente, en cada momento histórico»³¹.

Desde el primer momento, se tenía conciencia de la necesidad de dirigir la nueva propuesta legislativa en una triple dirección: «Si bien no se podía optar por un régimen de laboralización, tampoco parecía conveniente funcionarizar a todo el empleo público, luego debería acercarse el grueso de la regulación³². Que el Estatuto fuera de mínimos: para que sea aplicable a todo el sector público, que tenga claramente delimitado lo que puede y lo que no puede hacerse. No muchas reglas, pero sí claras, sencillas y firmes. Que no fuese un texto refundido encubierto, pues eso dejaría todo el sistema exactamente igual»³³. Y todo ello, porque las razones fundamentales que justificaban la reforma eran dos: desde un punto de vista formal, era necesario acabar con la dispersión existente de la legislación básica en materia de función pública, contenida en textos legales de diferentes épocas; en términos sustantivos, la legislación vigente había quedado desbordada por la realidad (descentralización, distinto contexto económico y social)³⁴.

Sin embargo, el modelo adoptado no está exento de peligros, como acertadamente advierte Luís ORTEGA ÁLVAREZ:

³¹ Vide M. Sánchez Morón, “Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público”, en AAVV, *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, p. 25.

³² Vide J. Cantero Martínez, “Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en L. Ortega Álvarez (dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2007, p. 47: «En los últimos años, efectivamente, la propia realidad de los hechos se ha encargado de demostrar que el Derecho de la función pública y el Derecho laboral no pueden permanecer como compartimentos estancos, sino que cada una de estas ramas jurídicas ha ido progresivamente incorporando algunas de las ventajas típicas de la otra. Si se permite el recurso a la metáfora, puede decirse que la prestación de servicios a cambio de una determinada remuneración habría sido, en este sentido, la membrana fina y permeable que, a través de la exósmosis, habría permitido estas corrientes y estas influencias recíprocas entre ambas ramas del Derecho y que ahora han tenido su adecuado reflejo en la reunión en un solo texto de todas estas especialidades».

³³ Vide R. Sáenz Ortiz, “El Estatuto Básico del Empleado Público”, *XXIV Encuentro anual de Servicios Jurídicos de Comunidades Autónomas*, Logroño, 9-12 de mayo de 2007, Logroño, 2008, p. 61.

³⁴ Vide M. Sánchez Morón, “Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público”, en AAVV, *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007, pp. 27-28.

«Lógicamente esta atenuación de lo básico, da lugar a la posibilidad del aumento de las peculiaridades de los modelos autonómicos de empleo público, con el riesgo final de que tal diversidad juegue en contra del modelo mismo globalmente considerado como conjunto de Administraciones funcionando en términos cooperativos y de colaboración.

Este riesgo, en principio, está formulado como una hipótesis que deberá demostrarse y, en su caso, demostrar además que los nuevos inconvenientes del sistema no son compensados con ninguna de las nuevas virtudes que la implantación de dichas peculiaridades pudiese introducir en la gestión pública de los recursos humanos. Sin duda, el riesgo más importante es que los elementos básicos presentes en el nuevo Estatuto produzcan una compartimentación territorializada de las carreras administrativas de los empleados públicos, pues ello iría en contra, no sólo del principio constitucional de igualdad y del comunitario de libertad de movilización laboral, sino de la propia calidad de las Administraciones Públicas.

El hecho de que este Estatuto haya sido aprobado sin el acuerdo político de los dos grandes partidos de ámbito estatal y con la consiguiente influencia de los partidos de implantación autonómica en la formación de la mayoría democrática necesaria puede explicar, que las nuevas necesidades del modelo de empleo público basadas en la experiencia de gestión autonómica no hayan sido adecuadamente compensadas con reglas de mayor dimensión horizontal. Sin embargo, la implantación de estas reglas de horizontalidad, incrementando las posibilidades de homogenización de sistemas de acceso, o de promoción interna, está en la mano de los mismos partidos de dimensión nacional, que gobiernan en 15 de las 17 Comunidades Autónomas»³⁵.

Si en los últimos treinta años hemos asistido a la privatización de lo público y a la publicación de lo privado, es evidente que en materia de empleo público, el régimen funcional ha tendido a laboralizarse, y el régimen laboral se ha dirigido hacia la funcionarización o administrativización. Esta confluencia, este punto de encuentro, es lo que ha propiciado desde un punto de vista formal y material el Estatuto Básico del Empleado Público. El nuevo concepto de empleado público, artículo 8 del EBEP: «1. Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales», trata de responder a esta compleja aproximación. Sin embargo, la realidad, con las exclusiones parciales y los regímenes especiales que prevé su propio articulado, diluirá esta vocación de aplicación universal con que nace la nueva norma.

El texto finalmente aprobado presenta dos peculiaridades notables en relación con el objeto de este trabajo. En primer lugar, es necesario analizar la incidencia de esta norma básica en el conjunto del empleo público del Estado. En segundo lugar, será necesario estudiar su

³⁵ Vide L. Ortega Álvarez, "Introducción general a los comentarios sobre el Estatuto Básico del Empleado Público", en L. Ortega Álvarez (dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2007, p. 24.

incidencia en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y por tanto determinar si se produce un solapamiento normativo, un desplazamiento o su contenido resulta inocuo. Eso sí, precisando, como afecta a la acreditación y carrera profesional.

A) *Incidencia general del Estatuto Básico del Empleado Público*

El Estatuto Básico del Empleado Público parte de una premisa fundamental, mejorar el servicio a los ciudadanos y al interés general que permitan satisfacer el derecho de todos a una buena administración y de este modo contribuir al desarrollo económico y social. Sin embargo, es necesario advertir, que de poco vale aprobar un nuevo texto legal, si no se modifican los elementos fundamentales: «Pero es también evidente –y así hemos querido reflejarlo en varios lugares del Informe– que de poco vale aprobar un nuevo texto legal sobre el empleo público si no se aportan al mismo tiempo las políticas, los recursos y los medios que son necesarios para aplicarlo de manera coherente. En especial, entendemos que el tipo de propuesta que realizamos para el Estatuto Básico requiere mejoras muy significativas en la gestión de recursos humanos de las Administraciones Públicas y un reforzamiento notable de las unidades administrativas que tienen la responsabilidad de esa gestión, que permita elevar su productividad. Corresponde a la sociedad y a quienes la representan en las instituciones decidir si y hasta qué punto se está dispuesto a hacer acopio de los recursos que precisa construir una Administración mejor»³⁶.

En todo caso, es necesario destacar que un factor clave, es sin duda, el personal al servicio de la Administración, a pesar, de que pueda considerarse que no es un actor social portador de un proyecto institucional:

«[...] pocas de nuestras instituciones se han visto de hecho tan transformadas en este período. La función pública española ha venido superando razonablemente una larga serie de imponentes transiciones: del autoritarismo a la democracia; del centralismo a las autonomías; del aislamiento a la inserción en Europa; de la contracción a la expansión de los servicios públicos; de la ausencia a la vigencia de libertades sindicales; de la máquina de escribir a la tecnología de la información; de la administración a la gestión [...]. No hemos detectado la percepción ni en la clase política ni en la empresarial de que la función pública haya sido un actor dificultador de ninguno de estos grandes cambios. Tampoco que haya sido el emprendedor decisivo de alguno de ellos»³⁷.

³⁶ Vide M. FÉREZ FERNÁNDEZ, “El modelo de gestión de los recursos humanos en el ámbito local”, en A. Palomar Olmeda (coord.), *El Estatuto Básico del empleado público y su incidencia en el ámbito local*, CEMCI, Granada, 2007, p. 79, donde reproduce el sentir de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, en el Informe elaborado al efecto, p. 23.

³⁷ Vide J. Prats i Catalá, “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público”, *Documentación Administrativa*, 241-242, 1995, p. 12.

Pese a las previsiones constitucionales (artículos 103.3 y 149.1.18ª) en materia de funcionarios públicos, no se había aprobado ninguna norma que colmara esta carencia. La misión era difícil, por la diversidad de Administraciones, sectores, grupos y categorías de empleados públicos a los que estaba llamada a aplicarse, de modo directo o supletorio³⁸. Las opciones doctrinales estaban encontradas, y hay trabajos serios y rigurosos que percibían la confusión entre función pública y empleo público como un riesgo inasumible:

«Una de las tesis clave de este trabajo es que la función pública como institución no comprende la totalidad del empleo público. [...]. Lo que está en juego con la función pública *strictu sensu* es la objetividad de la Administración y la imparcialidad del funcionario como exigencias de la creación de condiciones de eficiencia en una economía de mercado. Lo que está en juego con el mero empleo público es principalmente la prestación eficaz y eficiente de los servicios públicos divisibles, ámbito éste que, no obstante su innegable importancia, sólo debe ser asegurado en su prestación por los poderes públicos [...].

En este sentido, es de reconocer la actitud de los autores que, aun aceptando acriticamente la doctrina jurisprudencial de la opción del constituyente a favor de la generalización del régimen estatutario, se ven obligados a buscar la justificación de esta generalización en la necesidad de asegurar un funcionamiento estable y regular de los servicios públicos. Esta finalidad sólo puede conseguirse, a su juicio, mediante la técnica de determinación unilateral de las condiciones de trabajo por parte de la Administración [...]. Pero estas razones no son nada convincentes y han sido académicamente rebatidas de modo hartamente suficiente.

No nos parece admisible la pretensión académica o política de [...], apostar por la universalización del régimen funcional [..].

Lo más preocupante, con todo, es que la confusión entre la función pública y el empleo público, subsumiendo la totalidad de éste en aquella va a acabar agravando considerablemente el estado de nuestras Administraciones públicas. [...]. Pero si este régimen funcional se extiende a la casi totalidad del empleo público, una de dos: o se va a hacer imposible la gestión eficaz y eficiente de todas aquellas funciones públicas en las que la imparcialidad no es el valor fundamental (de hecho son todas aquellas cuyo ejercicio puede hacerse en forma de empresa pública o por contratación o susceptibles de privatización, es decir, la inmensa mayoría) o, para evitar lo anterior, se va a “flexibilizar” de tal modo el Estatuto funcional que

³⁸ Vide Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, Exposición de Motivos: «De hecho son escasas en nuestro país las ocasiones históricas en las que se ha emprendido y culminado esta tarea, con mayor o menor fortuna. Conviene recordar ahora la regulación o “nuevo arreglo” de los empleados públicos impulsado por el Ministro de Hacienda Luís López Ballesteros, que estableció el Real Decreto de 3 de abril de 1828, precedido de otras normas para los funcionarios de la Real Hacienda. También debe hacerse mención del Estatuto de Bravo Murillo, aprobado por Real Decreto de 18 de junio de 1852, de la Ley de Bases de 22 de julio de 1918 y su Reglamento de 7 de septiembre, que contienen el denominado Estatuto de Maura, y, finalmente, de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, articulada por Decreto de 7 de febrero de 1964, en desarrollo de la Ley de Bases 109/1963, de 20 de julio».

puede producirse un fuerte deterioro del valor de la imparcialidad allí donde este valor es decisivo. Tampoco debería excluirse la peor de las combinaciones: que una coalición político-sindical suficiente impusiera la rigidificación del empleo en la provisión de servicios y la flexibilización en las funciones de autoridad y soberanía»³⁹.

En este contexto, y creo que conjurando los riesgos que se aventuraban, el Estatuto Básico del Empleado Público establece los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público. Contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio. En este aspecto (régimen jurídico del personal laboral) el EBEP ha transfigurado el ámbito material de la legislación laboral, de modo que en la regulación de este personal, las Comunidades Autónomas deben partir de lo que señala este texto normativo.

Parte del principio constitucional de que el régimen de empleo público en nuestro país es funcionarial, pero reconoce e integra el papel creciente que en el conjunto de las Administraciones públicas viene desempeñando la contratación de personal conforme a la legislación laboral. Como afirma la doctrina:

«La opción estratégica de un Estatuto del Empleado Público, y no sólo del funcionario público es sin lugar a dudas una de sus señas de identidad. La naturaleza pública del empleador –su condición de Administración Pública– había generado unas especialidades en el régimen aplicable al personal laboral contratado por las Administraciones Públicas determinando la existencia de muchos elementos comunes en los regímenes jurídicos aplicables a los funcionarios en sentido estricto y a los contratados laborales: selección del personal [...], promoción profesional, [...] incompatibilidades, [...] condiciones de trabajo que se han ido equiparando entre uno y otro colectivo; incluso el derecho a la negociación colectiva que históricamente nace en el seno de las relaciones estrictamente laborales, se había extendido a la función pública y, a su vez, la negociación colectiva de los contratados laborales estaba sometida a los límites presupuestarios. [...].

[...] el EBEP opta por establecer para todos los empleados públicos, esto es para los funcionarios en sentido amplio, [...], un régimen jurídico corolario de los principios constitucionales de mérito y capacidad. Pero a partir de ese tronco común encontramos dos ramas, los funcionarios en sentido estricto están única y exclusivamente sometidos al derecho administrativo –en una situación estatutaria– y el personal laboral se encuentra en un régimen jurídico compuesto por el EBEP y el

³⁹ Vide J. Prats i Catalá, “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público”, *Documentación Administrativa*, 241-242, 1995, pp. 39-43.

derecho laboral, en la medida en que el EBEP se remite al mismo. Es el EBEP el que marca el espacio del derecho laboral»⁴⁰.

Ya lo he dicho antes, es lo que la doctrina ha denominado «laboralización del régimen jurídico del funcionario público, al tiempo que se procede a una funcionarización del empleado laboral»⁴¹. O llevando el razonamiento un poco más lejos «no se trata ya de discutir sobre la constitucionalidad del personal laboral, sino de advertir que la realidad ha terminado por llevar al legislador a consolidar dicho modelo hasta el punto de consagrarlo como paralelo al funcional. Con ello se pone de manifiesto –de la manera más explícita posible–, la equiparación entre uno y otro régimen, antesala de la ruptura definitiva del sistema de función pública como el prevalente, como la regla general, frente al empleo laboral, como excepción»⁴².

En todo caso el proceso legislativo de reforma está en marcha y el EBEP admite que será largo y complejo (Exposición de Motivos), pero que es necesario articular la gestión del empleo público en España a las necesidades del siglo XXI.

Para eso, «la legislación básica de la función pública debe crear el marco normativo que garantice la selección y la carrera sobre la base de los criterios constitucionales de mérito y capacidad y que establezca un justo equilibrio entre derechos y responsabilidades de los empleados públicos. Además, la legislación básica ha de prever los instrumentos que faculten a las diferentes Administraciones para la planificación y ordenación de sus efectivos y la utilización más eficiente de los mismos»⁴³. Pero sin embargo, esa loable meta se alcanza de modo desigual: «En efecto, por un lado hay “bloques” del EBEP en los que los márgenes de configuración del legislador autonómico son considerables o cuando menos razonables (sistema de carrera profesional y retribuciones, así como personal directivo o movilidad). Sin embargo, existen otros ámbitos materiales en los que el legislador de desarrollo seguirá teniendo serias dificultades para introducir regulaciones que supongan algunas innovaciones en relación a la legislación básica (particularmente detallado y agotador es el Capítulo relativo a la negociación colectiva, o todo lo que tiene que ver con derechos y deberes, así como lo concerniente a situaciones administrativas básicas). Por consiguiente, un legislador básico que ofrece una forma de actuar un tanto paradójica [...]»⁴⁴.

⁴⁰ Vide E. Malaret i García, “El Estatuto Básico del Empleado Público, la modernización administrativa en el Estado de las Autonomías: un proceso en construcción”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 84, 2009, pp. 187-191.

⁴¹ Vide J. Fernández-Miranda Fernández-Miranda, “El Estatuto Básico del empleado público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público”, *REDA*, 139, 2008, p. 479.

⁴² *Ibidem*, p. 486.

⁴³ Vide Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, Exposición de Motivos.

⁴⁴ Vide R. Jiménez Asensio, “Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público”, en S. del Rey Guanter (dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008, p. 83.

Sin embargo, ha sido destacado por la doctrina⁴⁵, como el legislador ha aplicado una técnica novedosa para plasmar las bases, pues «en unos temas lleva a cabo una regulación muy abierta (carrera profesional y sistema retributivo) y en otros muy cerrada (negociación colectiva y derechos). Así mismo, *en unos casos es una norma principal (por ejemplo en materia de acceso al empleo público)*, en otros configura una norma directiva (evaluación del desempeño) y en otras se limita a habilitar un abanico de posibilidades, levantando prohibiciones y límites, “un menú dispositivo”; no todas las disposiciones se configuran como mandatos a desarrollar por el legislador autonómico»⁴⁶.

Además, frente a un modelo único, se responde a la existencia de un Estado autonómico. Para dar respuesta a esta realidad se reduce la densidad de la legislación básica y se afronta la relevante multiplicación de las formas de gestión de las actividades públicas, dentro de cada nivel territorial de gobierno:

«Quiere eso decir que el régimen de la función pública no puede configurarse hoy sobre la base de un sistema homogéneo [...]. Por el contrario, cada Administración debe poder configurar su propia política de personal, sin merma de los necesarios elementos de cohesión y de los instrumentos de coordinación consiguientes. Por tanto, la densidad de la legislación básica en materia de función pública debe reducirse hoy en día [...].

De otra parte, la apertura de mayores espacios a la autonomía organizativa en materia de personal es también necesaria para posibilitar la regulación diferenciada de los sectores del empleo público que lo requieran. Asistimos hoy, en efecto, a una gradual multiplicación de las formas de gestión de las actividades públicas dentro de cada nivel territorial de gobierno, que persigue responder adecuadamente a las exigencias que plantea, en cada caso, el servicio eficaz a los ciudadanos. [...]. Esta diversidad de organizaciones ha contribuido igualmente a la heterogeneidad actual de los regímenes de empleo público. La correcta ordenación de este último requiere soluciones en parte diferentes en unos y

⁴⁵ Vide F. Castillo Blanco, “El EBEP: ¿hasta dónde llegan las bases? El sistema de empleo público en un gobierno multinivel”, Ponencia presentada en el *III Congreso de Profesores de Derecho Administrativo*, Granada, febrero, 2008.

⁴⁶ Vide E. Malaret i García, “El Estatuto Básico del Empleado Público, la modernización administrativa en el Estado de las Autonomías: un proceso en construcción”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 84, 2009, p. 182. Vide A. Embid Irujo, “Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en la normativa de las Comunidades Autónomas”, *REDA*, 137, 2008, p. 9: «[...]». Y ello porque hay en él pocas normas absolutamente compulsivas y cerradas en el texto que deban ser cumplidas estrictamente, conforme a su tenor literal, por las CC.AA. y respecto a las que éstas tengan sólo posibilidades de desarrollo legislativo. El texto [...], está lleno de disposiciones permisivas, tendentes a establecer distintas y amplísimas facultades de desarrollo por parte de las CC.AA., dentro de circunstancias o condiciones reguladas en el Estatuto o a veces, incluso, sin ese marco normativo» y p. 29, donde concluye: «a) Nos encontramos ante una Ley importante y significativa en el título aun cuando lo es mucho menos en sus contenidos que, *en modo alguno, suponen un cambio en el modelo del empleo público en España*. [...]». c) Es claro que de todo lo anterior se deduce el notable incremento del papel que en relación a la regulación de la función pública tendrá la legislación de las CC.AA.».

otros sectores y, por eso, la legislación general básica no puede constituir un obstáculo ni un factor de rigidez. [...]»⁴⁷.

Esta realidad ha originado un recurso frecuente por parte de las Administraciones Públicas a la contratación de personal conforme a la legislación laboral. En el origen de esta situación, que no contraviene el imperativo constitucional de la primacía del régimen funcionarial, está la flexibilidad que introduce en el empleo público y su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada. Pero, que sin embargo, supone un debilitamiento, cuando no degradación, del modelo de función pública⁴⁸. Hoy, sin embargo, asistimos con asombro a la funcionarización del personal laboral como consecuencia inmediata de los efectos devastadores de una crisis que provoca reducción en el empleo público. De este modo, el cambio de régimen jurídico intenta propiciar su estabilidad frente a este fenómeno nuevo en España.

Para desarrollar el Estatuto Básico del Empleado Público, será necesario que el legislador estatal y autonómico apruebe o modifique las leyes de función pública de sus Administraciones, que podrán ser generales o referirse a sectores específicos⁴⁹ como ocurre con el personal estatutario de los servicios de salud. Un buen ejemplo lo tenemos en la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (BOE núm. 104, de 2 de mayo), Exposición de Motivos II:

«De esta forma, aunque la Ley afecta a la mayor parte del personal empleado público, su eficacia está condicionada, en primer lugar, por la relación jurídica de empleo, según se trate de personal funcionario de carrera e interino, personal docente o estatutario o de otros cuerpos específicos, personal laboral fijo, por tiempo indefinido o temporal, o personal eventual. Y en segundo lugar, por la Administración pública o institución de dependencia ya sea la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, la Administración local, la Universidad de Castilla-La Mancha, el Consejo Consultivo, el Consejo Económico y Social, o los organismos y entidades dependientes de las mismas, y las sociedades mercantiles

⁴⁷ Vide Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, Exposición de Motivos.

⁴⁸ Vide L. Martín Rebollo, "Empleo público. Estudio preliminar", en *Leyes Administrativas*, Thomson-Aranzadi, 13ª ed., Pamplona, 2007, p. 1.453.

⁴⁹ Vide Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (BOE núm. 104, de 2 de mayo), *Exposición de Motivos*: «Mediante la Ley 7/2007, de 12 de abril, se aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público. Esta norma, que cumple el mandato impuesto en el artículo 103.3 de la Constitución y que fue dictada en ejercicio de la competencia estatal para la regulación de las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones públicas, constituye el cimiento sobre el que se asienta una nueva regulación común del empleo público, que cristalizará de forma efectiva mediante su desarrollo en cada Administración pública. Precisamente el principal rasgo que caracteriza la nueva regulación básica es su flexibilidad, ya que, partiendo de las competencias atribuidas en los Estatutos de Autonomía y de la doctrina del Tribunal Constitucional, el Estatuto Básico del Empleado Público reconoce expresamente la capacidad de cada Administración pública para diseñar su propia política de personal, necesaria para permitir la regulación específica de los sectores del empleo público que lo demandan».

y fundaciones con participación o aportación mayoritaria de las Administraciones públicas de Castilla-La Mancha.

Además, la Ley se aplica de forma supletoria, en defecto de normativa específica, o de forma indirecta, solo si así lo dispone su legislación específica, al personal de determinadas relaciones de empleo, cuerpos o instituciones»,

y en su artículo 2.4:

«El personal estatutario del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha se regirá, en aquellas materias no reguladas por su normativa específica o por acuerdos o pactos específicos, por lo dispuesto en esta Ley».

Sin embargo –quizás por la complejidad del proceso– no señalan plazo para su ejercicio.

B) Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud: ¿de dónde venimos?

Es evidente que hay diferencias formales entre ambos textos legales, pero es necesario precisar cómo queda delimitado el régimen especial que supone el Estatuto Marco, y por tanto, la estructura y desarrollo de un modelo propio de la Administración sanitaria.

En el periodo preconstitucional, es claro que la normativa especial constituida por los tres Estatutos (del personal médico, del personal sanitario no facultativo y del personal no sanitario), determinan de un modo claro y taxativo la preeminencia de esta regulación sobre cualquier disposición normativa de carácter funcional. La propia naturaleza jurídica de este personal quedaba determinada por esta realidad. Tras la publicación de la Constitución Española de 1978, y la redacción del artículo 103.3, donde se determinaba que cualquier regulación de este personal debería hacerse por norma con rango de ley formal, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, disponía en su artículo 1.2: «[...] en aplicación de esta Ley podrán dictarse normas específicas a las peculiaridades del personal docente e investigador, sanitario, de servicios postales y de telecomunicación y del personal destinado en el extranjero». El mismo texto legal, en la disposición transitoria cuarta, apartado primero, determina que el personal estatutario se regirá «de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.2 de esta Ley, por la legislación que al respecto se dicte». Inicialmente, en nada se modifica el régimen jurídico de especialidad aludido, aunque se deja la puerta abierta a una regulación omnicompreensiva de lo que hoy conocemos como empleo público, que pudiera incluir o no a este personal sanitario.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, preveía la aprobación de un Estatuto Marco como norma especial que supondría la superación del marco legal preconstitucional, previsión reiterada en la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatutario en los Servicios de Salud, en su disposición final primera.

El Estatuto Marco, viene por tanto a culminar un camino previamente determinado, con las siguientes peculiaridades:

- La relación estatutaria es una relación funcionarial especial (artículo 1):

«Esta Ley tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la relación funcionarial especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud, a través del Estatuto Marco de dicho personal».

- Se establece el carácter supletorio de las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente (artículo 2.2):

«En lo no previsto por esta Ley, en las normas a que se refiere el artículo siguiente, o en los pactos o acuerdos regulados en el Capítulo XIV, serán aplicables al personal estatutario las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente»⁵⁰.

Resulta llamativa la mención que se hace al sistema de fuentes. La supletoriedad de primer grado se remite a la normativa de función pública de la “Administración correspondiente”. Esto es obvio, es así, dentro del marco bases más desarrollo, consolidado en la determinación del régimen jurídico del empleo público en el Estado. Sin embargo, esta cuestión ha sido objeto de controversia, al entender que la dicotomía relación general-especial, permitiría apuntar otra solución:

«Ciertamente no cabe negar que la cuestión más conflictiva, desde una perspectiva jurídica, es la prevista en el apartado 2 del artículo conforme al cual el régimen supletorio del propio Estatuto y de los Pactos previstos en el mismo son las normas respectivas de función pública de las correspondientes Comunidades Autónomas, lo que rompe con el esquema general de fuentes del artículo 103.3 de la CE al tenerse en cuenta que si se configura, como se ha dicho, como un régimen funcionarial de carácter especial lo coherente sería que la supletoriedad de primer grado fuese a favor de las normas de función pública estatales. Sólo este punto nos permite justificar la afirmación inicial de que la relación entre general-especial no está suficientemente bien resuelta en el ámbito del EM. De hecho, frente a lo que parece que sería lo correcto, esto es, que la relación especial se soporte (en lo que proceda) en la relación general, lo que se hace en el EM es ahondar más en la diferencia potencial remitiendo los aspectos complementarios de la relación a una normativa que no es la general sino la específica de las Comunidades Autónomas. Desde esta perspectiva los reproches a la fórmula elegida para la determinación de las fuentes se refieren, fundamentalmente, al hecho de que el régimen supletorio de primer grado elegido para completar el régimen de fuentes se centre en las normas generales de la función pública de la Administración correspondiente, y no

⁵⁰ Vide Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, artículo 1.5: «La presente Ley tiene carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación».

el del tronco común que supone la normativa que se dicte en aplicación del artículo 103.3 de la Constitución»⁵¹.

- Supone la reafirmación del régimen jurídico especial del personal estatutario, y su extensión al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral, sin contravenir su normativa específica (artículo 2.3):

«Lo previsto en esta Ley será de aplicación al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral que preste servicios en los centros del Sistema Nacional de Salud gestionados directamente por entidades creadas por las distintas comunidades autónomas para acoger los medios y recursos humanos y materiales procedentes de los procesos de transferencias del Insalud, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación y si así lo prevén las disposiciones aplicables al personal funcionario o los convenios colectivos aplicables al personal laboral de cada comunidad autónoma»⁵².

Con independencia de la naturaleza jurídica del vínculo del personal (estatutario, funcionario o laboral), el nuevo derecho estatutario, el derivado del Estatuto Marco, se erige como derecho común en los términos expuestos.

En este contexto jurídico se publica el EBEP que plantea unas bases a tener en cuenta para conciliar el régimen jurídico tradicional del personal sanitario y la nueva regulación de todos los empleados públicos. Es decir, su regulación en términos análogos a los que emplea el derecho comunitario, conformará y determinará la legislación que ha de regir al personal sanitario. Una vez llevada a buen puerto esta operación, se podrá plantear nuevamente la autointegración o heterointegración a la hora de resolver las lagunas o controversias generadas en la aplicación ordinaria del derecho a este sector del ordenamiento jurídico. Y el desarrollo del Estatuto Marco en el ámbito de cada Comunidad Autónoma.

⁵¹ Vide A. Palomar Olmeda, "Comentario al artículo 2", en A. Palomar Olmeda y A. V. Sempere Navarro (dirs.), *Comentarios a la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 53.

⁵² Vide Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, disposición adicional segunda: «Jornada y descansos de los centros del Sistema Nacional de Salud. El régimen de jornada y de descansos establecido en la Sección 1ª del Capítulo X de esta Ley, será de aplicación al personal sanitario a que se refiere el artículo 6, sea cual sea el vínculo jurídico de su relación de empleo, de los centros y servicios sanitarios gestionados directamente por los servicios de salud. Asimismo, dicho régimen será de aplicación, bien con carácter supletorio en ausencia de regulación sobre jornada y descansos en los convenios colectivos en cada caso aplicables, bien directamente si la regulación de esta Ley resulta más beneficiosa que las previsiones de dichos convenios, al personal de los centros vinculados o concertados con el Sistema Nacional de Salud, cuando tales centros estén formalmente incorporados a una red sanitaria de utilización pública».

C) *Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud: ¿dónde estamos?*

– Aplicación conjunta.

El EBEP inicialmente parece respetar el régimen jurídico especial del personal sanitario, pero con una precisión que no es banal, la aplicación en condiciones de igualdad con esta regulación especial de la normativa del empleo público en las condiciones determinada por la misma (artículo 2.3): «El personal docente y el personal estatutario de los servicios de salud se registrarán 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 III⁵³, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84».

Esta previsión inicial se ve reforzada, cuando el artículo 2.4 realiza la siguiente equiparación: «Cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud»⁵⁴.

– Excepciones.

Tal y como establece el propio texto legal (artículo 2.3 del EBEP), sólo se establecen las siguientes excepciones:

Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna (artículos 16-19 EBEP). Queda excluida la evaluación del desempeño (artículo 20 EBEP).

La carrera profesional del personal estatutario, se regula en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, artículo 40 (aunque lo he reproducido antes, me parece conveniente volver a reiterarlo):

⁵³ Debemos tener en cuenta que según la disposición final cuarta.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, lo establecido en este Capítulo sólo «producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto». Por tanto, se aplicará la legislación anterior que corresponda a cada Administración pública, teniendo presente el carácter básico de la Ley 30/1984, en esta materia.

⁵⁴ Debo señalar las diferencias que se desprenden de la regulación jurídica que estoy estudiando frente a otros colectivos mencionados expresamente en el Estatuto Básico del Empleado Público. Me estoy refiriendo: Artículo 3: «Personal funcionario de las Entidades Locales. 1. El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas [...]».

Artículo 4: «Personal con legislación específica propia. Las disposiciones de este Estatuto sólo se aplicarán directamente cuando así lo disponga su legislación específica al siguiente personal: [...]».

Artículo 5: «Personal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos. El personal funcionario de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos se registrará por sus normas específicas y supletoriamente por lo dispuesto en este Estatuto. Su personal laboral se registrará por la legislación laboral y demás normas convencionalmente aplicables».

«Criterios generales de la carrera profesional.

1. Las comunidades autónomas, previa negociación en las mesas correspondientes, establecerán, para el personal estatutario de sus servicios de salud, mecanismos de carrera profesional de acuerdo con lo establecido con carácter general en las normas aplicables al personal del resto de sus servicios públicos, de forma tal que se posibilite el derecho a la promoción de este personal conjuntamente con la mejor gestión de las instituciones sanitarias.
2. La carrera profesional supondrá el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios.
3. La Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud establecerá los principios y criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional de los diferentes servicios de salud, a fin de garantizar el reconocimiento mutuo de los grados de la carrera, sus efectos profesionales y la libre circulación de dichos profesionales en el conjunto del Sistema Nacional de Salud.
4. Los criterios generales del sistema de desarrollo profesional recogidos en la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias se acomodarán y adaptarán a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistenciales del servicio de salud o de cada uno de sus centros, sin detrimento de los derechos ya establecidos. Su repercusión en la carrera profesional se negociará en las mesas correspondientes».

El Estatuto Básico del Empleado Público, regula: concepto, principios y modalidades de la carrera profesional de los funcionarios de carrera (artículo 16⁵⁵), carrera horizontal de los funcionarios de carrera (artículo 17⁵⁶), promoción interna de los funcionarios de carrera

⁵⁵ Vide Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, artículo 16: «1. Los funcionarios de carrera tendrán derecho a la promoción profesional. 2. La carrera profesional es el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. A tal objeto las Administraciones Públicas promoverán la actualización y perfeccionamiento de la cualificación profesional de sus funcionarios de carrera. 3. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto regularán la carrera profesional aplicable en cada ámbito que podrán consistir, entre otras, en la aplicación aislada o simultánea de alguna o algunas de las siguientes modalidades: a) Carrera horizontal, que consiste en la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo y de conformidad con lo establecido en la letra b) del artículo 17 y en el apartado 3 del artículo 20 de este Estatuto. b) Carrera vertical, que consiste en el ascenso en la estructura de puestos de trabajo por los procedimientos de provisión establecidos en el Capítulo III del Título V de este Estatuto. c) Promoción interna vertical, que consiste en el ascenso desde un cuerpo o escala de un Subgrupo, o Grupo de clasificación profesional en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, a otro superior, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18. d) Promoción interna vertical, que consiste en el acceso a cuerpos o escalas del mismo Subgrupo profesional de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18. 4. Los funcionarios de carrera podrán progresar simultáneamente en las modalidades de carrera horizontal y vertical cuando la Administración correspondiente las haya implantado e un mismo ámbito».

⁵⁶ Vide Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, artículo 17: «Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto podrán regular la carrera horizontal de los funcionarios

(artículo 18⁵⁷) y carrera profesional y promoción del personal laboral (artículo 19⁵⁸). Estos preceptos quedan excluidos por configurar el Capítulo II del Título III del EBEP, con la sólo excepción del artículo 20, que regula la evaluación del desempeño, en los siguientes términos:

«1. Las Administraciones Públicas establecerán sistemas que permitan la evaluación de desempeño de sus empleados.

La evaluación del desempeño es el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados.

2. Los sistemas de evaluación de desempeño se adecuarán en todo caso, a criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación y se aplicarán sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos.

3. Las Administraciones Públicas determinarán los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias previstas en el artículo 24 del presente Estatuto.

4. La continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso quedarán vinculada a la evaluación del desempeño de acuerdo con los sistemas de evaluación que cada Administración Pública determine, dándose audiencia al interesado, y por la correspondiente resolución motivada.

5. La aplicación de la carrera profesional horizontal, de las retribuciones complementarias derivadas del apartado c) del artículo 24 del presente Estatuto y el cese del puesto de trabajo obtenido por el procedimiento de concurso requerirán la

de carrera, pudiendo aplicar, entre otras, las siguientes reglas: a) Se articulará un sistema de grados, categorías o escalones de ascenso fijándose la remuneración a cada uno de ellos. Los ascensos serán consecutivos con carácter general, salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que se prevea otra posibilidad. b) Se deberá valorar la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse asimismo otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida».

⁵⁷ Vide Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, artículo 18: «1. La promoción interna se realizará mediante procesos selectivos que garanticen el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad así como los contemplados en el artículo 55.2 de este Estatuto. 2. Los funcionarios deberán poseer los requisitos exigidos para el ingreso, tener una antigüedad de, al menos dos años de servicio activo en el inferior Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo y esperar las correspondientes pruebas selectivas. 3. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto articularán los sistemas para realizar la promoción interna, así como también podrán determinar los cuerpos y escalas a los que podrán acceder los funcionarios de carrera pertenecientes a otros de su mismo Subgrupo. Asimismo las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto podrán determinar los cuerpos y escalas a los que podrán acceder los funcionarios de carrera pertenecientes a otros de su mismo Subgrupo. 4. Las Administraciones Públicas adoptarán medidas que incentiven la participación de su personal en los procesos selectivos de promoción interna y para la progresión en la carrera profesional».

⁵⁸ Vide Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, artículo 19: «1. El personal laboral tendrá derecho a la promoción profesional. 2. La carrera profesional y la promoción del personal laboral se hará efectiva a través de los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores o en los Convenios Colectivos».

aprobación previa, en cada caso, de sistemas objetivos que permitan evaluar el desempeño de acuerdo con lo establecido en los apartados 1 y 2 de este artículo».

No hay contradicción entre la regulación legislativa que regula la carrera profesional de cada colectivo. Todos los profesionales sanitarios se verán afectados por las disposiciones que sobre el particular establece la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, y la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias. Y no queda excluida la evaluación del desempeño (EBEP: artículo 20). Así lo corrobora la STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera) de 22 de diciembre de 2008, al afirmar (FD QUINTO):

«Y a esta conclusión ha de llegarse de igual forma tras la aprobación de la nueva Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, la cual establece criterios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público más las normas legales específicas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

Concretamente el artículo 2.3 del EBEP establece que el personal estatutario de los servicios de salud se regirá “por la legislación específica dictada por el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el nuevo Estatuto, excepto el Capítulo II del Título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84”. Lo cual determina que el Estatuto Básico del Empleado Público se aplica también al personal estatutario, salvo en lo relativo al derecho a la carrera profesional y a la promoción interna, al concepto de retribuciones complementarias, a los factores que determinarán la cuantía y la estructura de tales retribuciones complementarias y a la movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas, que son materias específicas que se regularán por lo determinado en el Estatuto Marco y en la legislación complementaria de las Comunidades Autónomas».

Retribuciones complementarias (artículos 22.3⁵⁹ y 24⁶⁰ EBEP).

La excepción del régimen retributivo en materia de retribuciones complementarias no presenta tampoco una estructura que pueda ocasionar controversia respecto al diseñado para el personal sanitario, más allá de las especificidades reconocidas para cada colectivo.

⁵⁹ Vide Ley 7/2007, de 12 de abril, artículo 22.3: «Las retribuciones complementarias son las que retribuyen las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional o el desempeño, rendimiento o resultados alcanzados por el funcionario».

⁶⁰ Vide Ley 7/2007, de 12 de abril, artículo 24: «Retribuciones complementarias. La cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración Pública atendiendo, entre otros, a los siguientes factores: a) La progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa. b) La especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo. c) El grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos. d) Los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo».

El artículo 43 (retribuciones complementarias) del Estatuto Marco, lo determina con carácter potestativo en los siguientes términos:

«1. Las retribuciones complementarias son fijas o variables, y van dirigidas a retribuir la función desempeñada, la categoría, la dedicación, la actividad, la productividad y cumplimiento de objetivos y la evaluación del rendimiento y de los resultados, determinándose sus conceptos, cuantías y los criterios para su atribución en el ámbito de cada servicio de salud.

Las retribuciones complementarias podrán ser:

- a) Complemento de destino [...].
- b) Complemento específico, [...].
- c) Complemento de productividad, [...].
- d) Complemento de atención continuada, [...].
- e) Complemento de carrera, [...]».

La STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera) de 22 de diciembre de 2008, en el FD SEXTO, estableció: «Y respecto de los conceptos retributivos especificados en los apartados 3.3 y 3.4 impugnados, ha de manifestarse que son el resultado del ejercicio de las propias competencias autonómicas en materia de retribución del personal estatutario, ya que el artículo 43 del Estatuto Marco establece que las retribuciones complementarias son fijas o variables, y van dirigidas a retribuir la función desempeñada, la categoría, la dedicación, la actividad, la productividad y cumplimiento de objetivos y la evaluación del rendimiento y de los resultados determinándose sus conceptos, cuantías y los criterios para su atribución en el ámbito de cada servicio de salud; con lo que, establece una definición genérica y básica de las retribuciones complementarias, y remite su determinación concreta a las Comunidades Autónomas; las cuales podrán seguir la clasificación orientativa que establece el apartado segundo de este artículo 43 del Estatuto Marco o establecer otra distinta. Por ello, la Comunidad Autónoma tiene competencia para regular esta materia, y además, puede efectuarlo en forma de Reglamento, siempre que este sea el resultado de la previa negociación colectiva, y no porque así lo exija el Estatuto Marco, sino porque así lo fija el artículo 32.b) de la Ley 9/1987, de 12 de junio, Reguladora de los Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas».

Movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas (artículo 84 EBEP⁶¹).

Parece razonable esta excepción, dadas las características de los procesos en que se encuadra esta opción, en el ámbito operativo de las distintas Administraciones (Convenio de Conferencia Sectorial u otros instrumentos de colaboración en el EBEP) y del conjunto de los servicios de salud, tal y como lo establece el Estatuto Marco, en el artículo 37.2: «Los procedimientos de movilidad voluntaria, que se efectuarán con carácter periódico, preferentemente cada dos años, en cada servicio de salud, estarán abiertos a la participación del personal estatutario fijo de la misma categoría y especialidad, así como, en su caso, de la misma modalidad, del resto de los servicios de salud, que participarán en tales procedimientos con las mismas condiciones y requisitos que el personal estatutario del servicio de salud que realice la convocatoria. Se resolverán mediante el sistema de concurso, previa convocatoria pública y de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad».

4. Cabecera de grupo normativo: Estatuto Básico del Empleado Público y Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud

La cabecera de grupo normativo es una referencia utilizada por la jurisprudencia⁶², y viene a significar la disposición (una o varias) que da coherencia, inspira e informa un determinado sector del ordenamiento jurídico. En palabras de GONZÁLEZ NAVARRO⁶³, está llamada a cumplir una triple función «*Orienta* el grupo normativo porque contiene los criterios conforme a los cuales debe ser desarrollado e interpretado. Lo *preserva* frente a modificaciones fortuitas, por la mayor resistencia a la derogación que dicha Ley ofrece

⁶¹ Vide Ley 7/2007, de 12 de abril, artículo 84: «La movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas. 1. Con el fin de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos, que garantice la eficacia del servicio que se preste a los ciudadanos, la Administración General del Estado, y las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales establecerán medidas de movilidad interadministrativa, preferentemente mediante Convenio de Conferencia Sectorial u otros instrumentos de colaboración. 2. La Conferencia Sectorial de Administración Pública podrá aprobar los criterios generales a tener en cuenta para llevar a cabo las homologaciones necesarias para hacer posible la movilidad. 3. Los funcionarios de carrera que obtengan destino en otra Administración Pública a través de los procedimientos de movilidad quedarán respecto de su Administración de origen en la situación administrativa de servicio en otras Administraciones Públicas. En los supuestos de cese o supresión del puesto de trabajo, permanecerán en la Administración de destino, que deberá asignarles un puesto de trabajo conforme a los sistemas de carrera y provisión de puestos vigentes en dicha Administración».

⁶² Vide STS de 16 de diciembre de 1985, donde se refiere a la Ley del Suelo como «*cabecera de grupo normativo* en la materia (con funcionalidad propia de una ley básica estatal, aunque de manera expresa y directa el urbanismo no esté constitucionalmente declarado competencia estatal, sí, desde luego, de manera implícita como la mejor doctrina ha probado)» y STS de 12 de febrero de 1986, donde habla de la LPA como «*norma preconstitucional de singular relieve por su calidad técnica y que aun hoy constituye la cabecera del correspondiente grupo normativo*».

⁶³ Vide F. González Navarro, *Derecho Administrativo Español*, Eunsa, Pamplona, 1993, p. 751.

[...]. Introduce por último un *factor de economía* en el conjunto, porque mediante simples referencias a esa Ley suprema se pueden evitar reiteraciones normativas».

En ocasiones, varias leyes pueden encabezar un grupo normativo. Por ello quizás es mejor hablar de «cabecera de grupo normativo», que de «ley cabecera de grupo». Esto es lo que ha sucedido en materia de empleo público. Después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, el núcleo esencial de la legislación básica del Estado en materia de empleo público ha sido la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, una regulación que ha tenido carácter de legislación básica y que nació con pretensiones de provisionalidad, aunque ha estado en vigor durante más de dos décadas. Ley ésta que ha configurado un modelo de función pública muy distinto a los anteriores, estructurado en torno al puesto de trabajo. Esta reforma fue completada por la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y, más tarde, por la Ley 9/1987, de 12 de junio, que regula el Sistema de Representación de los Funcionarios Públicos y su Participación y Negociación Colectiva para la Determinación de sus Condiciones de Empleo (parcialmente derogada por la disposición derogatoria única de la Ley 7/2007, de 12 de abril).

Hoy el relevo, lo toma el Estatuto Básico del Empleado Público. Se trata de una reforma necesaria, tal y como reconoce su Exposición de Motivos:

«La dispersión de la legislación básica en varios textos aconsejaba, desde hace tiempo, su refundición en el marco de un modelo coordinado para las políticas de personal. Pero, además, desde que se aprobó la legislación de los años ochenta nuestra sociedad y nuestras Administraciones Públicas han experimentado muy profundas transformaciones que, junto a la experiencia acumulada desde entonces, hacían imprescindible una nueva reforma general. Así se intentó en 1999 mediante la presentación de un Proyecto de Ley de Estatuto Básico de la Función Pública, que no llegó a tramitarse. Y así se lleva a cabo definitivamente mediante el presente texto, [...]».

En el ámbito sanitario la cabecera de grupo normativo también está conformada por el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y por las disposiciones autonómicas vigentes, antes de su entrada en vigor, o publicadas con posterioridad.

A) El Estatuto Básico del Empleado Público y el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud son normas básicas, pero el primero tiene la condición de norma de referencia con vocación universal

El EBEP, en su Exposición de Motivos señala:

«[...]. En desarrollo de este Estatuto Básico, el legislador estatal y el de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, habrán de aprobar o modificar las leyes de función pública de sus Administraciones, así como

las normas aplicables a la Administración local, respetando en este último caso la autonomía organizativa de las entidades locales. Dichas leyes podrán ser, asimismo, generales o referirse a sectores específicos de la función pública que lo requieran. *Entre estas últimas habrá que contar necesariamente las que afecten al personal docente y al personal estatutario de los servicios de salud, constituyendo, en relación a este último colectivo, norma vigente la Ley 55/2003, de 14 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y asimismo su normativa de desarrollo, con independencia de la vocación universal de aplicación y de norma de referencia, en definitiva, del Estatuto Básico del Empleado Público».*

Por su parte, el Estatuto Marco, en la Exposición de Motivos, apartado 1 manifiesta:

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

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

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

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

Tanto el Estatuto Básico del Empleado Público como el Estatuto Marco del Personal Estatutario, tienen la condición de norma básica. Los títulos competenciales que amparan estas disposiciones son los siguientes:

EBEP: Disposición final primera	EMPESS: Disposición final primera
Artículo 149.1.18 CE (bases del régimen estatutario de los funcionarios).	Artículo 149.1.18 CE, de modo que sus disposiciones constituyen bases del régimen estatutario del personal incluido en su ámbito de aplicación.
Artículo 149.1.7 CE (legislación laboral).	Artículo 149.1.7 CE (aplicable al personal laboral y a los profesionales en formación: MIR, QUIR, PIR, FIR, etc.).
Artículo 149.1.13 CE (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica).	Artículo 149.1.16 CE, en lo relativo a jornada y descansos de los centros del Sistema Nacional de Salud (bases y coordinación general de la sanidad).

La disposición derogatoria única.b) del EBEP, determina que «quedan derogadas con el alcance establecido en la disposición final cuarta las siguientes disposiciones: b) De la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, los artículos 3.2.e) y f); 6; 7; 8; 11; 12; 13,2, 3 y 4; 14.4 y 5; 16; 17; 18.1 a 5; 19.1 y 3; 20.1, a) b) párrafo primero, c), e) y g) en sus párrafos primero a cuarto, e i), 2 y 3; 21; 22.1 a excepción de los dos últimos párrafos; 23; 24; 25; 26; 29, a excepción del último párrafo de sus apartados 5, 6 y 7; 30.3 y 5; 32; 33; disposiciones adicionales tercera, 2 y 3, cuarta duodécima y decimoquinta, disposiciones transitorias segunda, octava y novena». No ha sido derogado el artículo 1.2: «En aplicación de esta Ley podrán dictarse normas específicas para adecuarla a las peculiaridades del personal docente e investigador, sanitario, de los servicios postales y de telecomunicación y del personal destinado en el extranjero».

La Ley General de Sanidad, artículo 84.2: «Este Estatuto-Marco contendrá la normativa básica aplicable en materia de clasificación, *selección*, provisión de puestos de trabajo y situaciones, derechos, deberes, régimen disciplinario, incompatibilidades y sistema retributivo, garantizando la estabilidad en el empleo y su categoría profesional. En desarrollo de dicha normativa básica, la concreción de las funciones de cada estamento de los señalados en el apartado anterior se establecerá en sus respectivos Estatutos, que se mantendrán como tales» y 84.3: «Las normas de las Comunidades Autónomas en materia de personal se ajustarán a lo previsto en dicho Estatuto-Marco. La selección de personal y su gestión y administración se hará por las Administraciones responsables de los servicios a que están adscritos los diferentes efectivos», tampoco es derogada.

La conclusión es clara: la norma de referencia es el EBEP; el EBEP, en su artículo 2.3 consagra la aplicación al personal estatutario de los servicios de salud su legislación específica; la columna vertebral de la normativa especial en el ámbito del personal sanitario es el EMPESS, que no ha sido derogado. El artículo 2.2 de este texto legal es concluyente: «En lo no previsto en esta Ley, en las normas a que se refiere el artículo siguiente (normas

sobre personal estatutario: normas paccionadas), o en los pactos o acuerdos regulados en el Capítulo XIV (representación, participación y negociación colectiva), serán aplicables al personal estatutario las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente».

En aplicación de la vocación universal del EBEP –la doctrina ha llegado a calificarla de «norma central» del empleo público⁶⁴–, y en cumplimiento de lo que establece como normativa de referencia, las Comunidades Autónomas en virtud de la distribución competencial vigente, publicarán la normativa que corresponda para el gobierno del personal de los servicios de salud. Pero no olvidemos, la reducción deliberada del contenido básico del EBEP, y la mayor incidencia que en este ámbito sectorial atesora el EMPES, como normativa de referencia (básica y especial) sobre el particular⁶⁵, y las consecuencias que esta conclusión tiene:

«[...] la disposición final primera concreta que la Ley se dicta al amparo del artículo 149.1.18 de la CE por lo que la misma contiene bases del régimen estatutario del personal incluido en su ámbito de aplicación; y la exposición de motivos, asimismo, se refiere al “carácter básico”. Es decir, no estamos aquí ante una ley de bases, sino ante una ley básica, conceptos distintos, que incluso afectan al ámbito de la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (con la ley de bases lo que se produce es una delegación legislativa al Gobierno, y sólo a él, mientras que la ley básica procura la concurrencia normativa de las Autonomías). [...] la función propia de la legislación básica a la que con este término o con el de bases se refiere el artículo 149 CE, en distintos apartados, es la de delimitar el campo legislativo autonómico, lo que no supone exclusión o vaciamiento de sus competencias, sino obligación de atenerse, en el ejercicio de éstas, al sentido, amplitud y fines de la materia básica, y sin que ello implique privar a las Comunidades Autónomas de sus competencias estatutariamente asumidas y sí sólo que

⁶⁴ Vide J. M. Alegra Ávila, “Estatuto Marco y Estatuto Básico”, *REDA*, 148, 2010, p. 737.

⁶⁵ Vide J. Cayón de las Cuevas, “La incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el régimen jurídico del personal estatutario de los servicios de salud: problemas de solapamiento normativo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, versión electrónica, 2007: «Debe quedar en todo caso claro que la interpretación que resulte en relación con la aplicación del EBEP al personal estatutario debe evitar la técnica conocida como “espiguelo normativo”, consistente en la interesada aplicación en cada caso de la norma más favorable ya sea funcionarial, ya estatutaria, en cada concreta materia o condición de trabajo. Esta circunstancia, padecida históricamente en el ámbito sanitario y jurisprudencialmente vedada, debe superarse definitivamente». Vide A. Palomar Olmeda, “El fuero jurisdiccional de enjuiciamiento de las cuestiones de aplicación del régimen estatutario del personal sanitario”, *Aranzadi Social*, vol. II, 2005, p. 2.622, donde al referirse a la prelación de fuentes sobre esta materia llega a la misma conclusión: «[...] la escala de fuentes es, en primer término, el Estatuto Básico, después, la legislación sectorial especial entre la que se encuentra la del personal sanitario y, finalmente, la normativa autonómica. De esta forma la legislación sectorial concreta la legislación general del Estatuto Marco y la autonómica resulta condicionada por la básica general y por la básica especial».

su desarrollo haya de tener su referencia y límites en la materia básica que cada Comunidad Autónoma ha de respetar»⁶⁶.

B) Consecuencias

Si admitimos la conclusión expuesta, es conveniente determinar el alcance del desplazamiento normativo⁶⁷. Aunque quizás, más que desplazamiento normativo (supuesto que se daría si el EBEP ampliara lo básico, y redujera el ámbito legislativo de las Administraciones afectadas) tenemos que hablar de transitoriedad y de supletoriedad, hasta que no se desarrollen las previsiones que establece el propio EBEP, tanto en los preceptos que son directamente aplicables, como los que necesitan de la intervención complementaria del legislador estatal y autonómico, lo cual plantea de entrada, un problema de vigencias y de transitoriedad, aspecto que es afrontado en los apartados 2 y 3 de la disposición final cuarta⁶⁸.

Para ello, es necesario señalar algunas de las exclusiones que se derivan de la interacción expuesta, a saber⁶⁹:

- Exclusiones expresas: las expuestas en el artículo 2.3 del EBEP.
- Exclusiones implícitas: las que resultarían de la propia estructura del EBEP. En este supuesto se incluyen situaciones como la contenida en el artículo 73 (desempeño y agrupación de puestos de trabajo) del EBEP, o determinados preceptos relativos a los derechos retributivos de naturaleza complementaria.

⁶⁶ Vide P. González Salinas, “La relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud y la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *REDA*, 125, 2005, pp. 8-9.

⁶⁷ Vide J. M. Alegre Ávila, “Estatuto Marco y Estatuto Básico”, *REDA*, 148, 2010, p. 728.

⁶⁸ Vide Ley 7/2007, de 12 de marzo, Estatuto Básico del Empleado Público, disposición final cuarta: «Entrada en vigor. 1. El presente Estatuto entrará en vigor en el plazo de un mes a partir de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”. 2. No obstante lo establecido en los Capítulos II y III del Título III, excepto el artículo 25.2 y en el Capítulo III del Título V producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto. La disposición final tercera.2 del presente Estatuto producirá efectos en cada Administración Pública a partir de la entrada en vigor del Capítulo III del Título III con la aprobación de las Leyes de Función Pública de las Administraciones Públicas que se dicten en desarrollo de este Estatuto. Hasta que se hagan efectivos estos supuestos la autorización o denegación de compatibilidades continuará rigiéndose por la actual normativa. 3. Hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto».

⁶⁹ Vide J. Cayón De Las Cuevas, “La incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el régimen jurídico del personal estatutario de los servicios de salud: problemas de solapamiento normativo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, versión electrónica, 2007, de quien tomo la distribución por la claridad y nitidez de la misma, aunque no comparta todas las consideraciones que expone.

Otras pretendidas exclusiones implícitas, no han resultado serlo. Como ejemplo paradigmático de esta afirmación debo señalar el reconocimiento de trienios a los funcionarios interinos (artículo 25 EBEP) y su extensión al personal estatutario, que ha sido admitida por la doctrina jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Justicia⁷⁰.

- Exclusiones por naturaleza: son aquellos artículos del EBEP, que hacen referencia a conceptos ajenos a la propia configuración intrínseca de la organización sanitaria en relación con su personal. El artículo 75 (cuerpos y escalas) es un buen ejemplo de esta exclusión.
- Exclusiones temporales: las determinadas en la disposición final cuarta del EBEP, precepto problemático en su aplicación donde los haya.

Una exposición más detallada de las exclusiones/contradicciones mencionadas, la encontramos en el trabajo de Juan Manuel ALEGRA ÁVILA, “Estatuto Marco y Estatuto Básico”, *REDA*, 148, (2010), pp. 737-740, que hace referencia a cuatro apartados: trienios (artículo 25 EBEP), vacaciones (artículo 50 EBEP-artículo 53.1 EMPRESS), permisos (artículos 48 y 49 EBEP-artículo 61 EMPRESS), negociación colectiva (Título III, Capítulo IV EBEP-Capítulo XIV EMPRESS). En los dos últimos, concluye que no hay verdadera incompatibilidad. A mi juicio tampoco la hay en materia de vacaciones (diferente sistema de nominación del cómputo para llegar a idéntico resultado).

Sin embargo la gestión del personal de los servicios de salud continúa ejerciéndose con normalidad. La explicación la encontramos en la exclusión temporal reseñada (disposición final cuarta del EBEP). Cuando se publique la legislación especial adaptada a las previsiones expuestas, quedará dirimida la controversia generada. Eso sí, en el marco de la cabecera de grupo normativo aludida, incorporando las consideraciones conclusivas expuestas en epígrafes y párrafos anteriores.

El examen del camino recorrido permite afirmar que hemos pasado de una dispersión subjetiva (tres estatutos), a una concentración subjetiva (cabecera de grupo normativo) y a una mayor complejidad (política y técnica) en la vertebración del conjunto de disposiciones que afectan a este sector. Esta situación es consecuencia del nacimiento de un régimen democrático, de la descentralización operada en nuestro Estado, de la singularidad del personal sanitario, del aumento del número de prestaciones y servicios ofertados, y de la intercomunicación entre los principios tradicionales de la función pública y los laborales, dando entrada a la negociación sectorial tan relevante en aspectos claves como el derecho de huelga, negociación de las condiciones de trabajo, retribuciones, etc.

⁷⁰ En relación con el reconocimiento de trienios al personal laboral temporal de los servicios de salud, *Vide* STS (Sala de lo Social) de 26 de febrero de 2007.

5. Conclusión: normativa aplicable al personal de los servicios de salud, y en especial, a la carrera profesional

La normativa aplicable al personal estatutario de los servicios de salud, será la siguiente:

- 1) Estatuto Marco, aprobado por la Ley 55/2003, incorporando las previsiones del Estatuto Básico del Empleado Público y de la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.
- 2) Las disposiciones que en desarrollo del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, del Estatuto Básico del Empleado Público y de la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, publique la Administración autonómica y la Administración General del Estado, respectivamente, en el ámbito de sus competencias⁷¹. Habrá que atender al ámbito de aplicación que cada una establezca⁷².
- 3) Los pactos y acuerdos colectivos a que se refiere el Capítulo XIV de la Ley 55/2003, adaptados a las previsiones del Estatuto Básico del Empleado Público.
- 4) Como derecho supletorio, las disposiciones y principios generales sobre empleo público de la Administración General del Estado respecto del personal estatutario del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ceuta, Melilla, Organización Nacional de Trasplantes y el Centro Nacional de Dosimetría de Valencia), y respecto del personal estatutario que realiza su labor en los servicios autonómicos de salud, la legislación básica de empleo público de carácter estatal y las disposiciones y principios generales de empleo público de la Administración autonómica.

Así lo evidencia la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Cantabria, Ley de Personal Estatutario de Instituciones Sanitarias de Cantabria (*BO Cantabria* núm. 34-Extraordinario, de 28 de diciembre; corrección de errores *BO Cantabria* núm. 29, de 11 de febrero de 2011), Preámbulo:

⁷¹ Vide Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, artículo 3: «Normas sobre personal estatutario. En desarrollo de la normativa básica contenida en esta Ley, el Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, aprobarán los estatutos y las demás normas aplicables al personal estatutario de cada servicio de salud. Para la elaboración de dichas normas, cuyas propuestas serán objeto de negociación en las Mesas correspondientes en los términos establecidos en el Capítulo III de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, los órganos en cada caso competentes tomarán en consideración los principios generales establecidos en el artículo siguiente, las peculiaridades propias del ejercicio de las profesiones sanitarias, y las características organizativas de cada servicio de salud y de sus diferentes centros e instituciones».

⁷² Vide Ley 4/2010, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, artículo 2.4: «El personal estatutario del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha se regirá, en aquellas materias no reguladas por su normativa específica o por acuerdos o pactos específicos, por lo dispuesto en esta Ley».

«El personal de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, antecedente inmediato del actual personal de los Servicios de Salud, ha tenido desde sus orígenes un régimen jurídico específico en adecuación a la función desempeñada en tales instituciones o centros sanitarios. Tal régimen, comúnmente denominado estatutario, estuvo regido durante largo tiempo por una multiplicidad de normas de diverso rango y valor, derivadas del mantenimiento de los tres estatutos preconstitucionales de personal médico, sanitario no facultativo y no sanitario de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. Por dicho motivo la Ley General de Sanidad dispuso la existencia de un Estatuto Marco que regulase, actualizando, el régimen aplicable al personal de los Servicios de Salud cuya constitución ordenaba.

La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, cumplió casi dos décadas después con dicha previsión, estableciendo las normas básicas de tal personal estatutario al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución, optando expresamente por la especificidad de un régimen de naturaleza funcional especial, el estatutario, para el personal de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud. Por otra parte, el artículo 3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, faculta a las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, para que en desarrollo de la normativa básica puedan aprobar los Estatutos y las demás normas aplicables al personal estatutario de cada Servicio de Salud, competencia que, en el caso de Cantabria, se ampara en los antes citados artículos 24.1 y 35.3 del Estatuto de Autonomía para Cantabria.

A esta base competencial se une la conveniencia de dotar a la Comunidad Autónoma de una ley que regule de forma integradora en un Estatuto propio el régimen del personal estatutario del Servicio Cántabro de Salud, teniendo en cuenta la incidencia de otras leyes estatales, como la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, o la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, así como la múltiple normativa que desde la creación del Servicio Cántabro de Salud se ha venido produciendo a nivel autonómico, principalmente a través de la negociación colectiva, para la adecuación del régimen de empleo del personal estatutario a las necesidades del servicio público sanitario de Cantabria.

Adicionalmente es oportuno promover mediante ley la modernización de la relación de empleo de los profesionales del servicio sanitario que manteniendo una regulación especial, favorezca la eficacia, eficiencia, profesionalidad y calidad en la prestación del servicio a la población de Cantabria, mediante un régimen jurídico que se adapte a las peculiaridades organizativas del Servicio de Salud de Cantabria, incorporando condiciones que favorezcan el compromiso del personal como pilar básico del sistema sanitario».

Así lo estableció la STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera) de 22 de diciembre de 2008, respecto de la carrera profesional, al afirmar (FD QUINTO):

«Así, la normativa relativa a la carrera profesional del personal estatutario de los servicios de salud queda desgajada del EBEP, para mantener la regulación ya existente y la que posteriormente se establezca en el marco de la distribución competencial ya reseñada».

VI. CRISIS DEL MODELO ACTUAL DE CARRERA PROFESIONAL: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA), DE 22 DE DICIEMBRE DE 2008

La carrera profesional en su configuración actual está en tela de juicio tras algunas sentencias que ponen en cuestión elementos clave de la misma. Estas resoluciones judiciales han sido esencialmente, y entre otras, las que paso a detallar.

El objeto del recurso contencioso-administrativo que dio lugar a la STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera), de 22 de diciembre de 2008, fue el Acuerdo de 18 de julio de 2006, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, por el que se aprobó el suscrito entre el Servicio Andaluz de Salud y las organizaciones sindicales integrantes de la mesa sectorial de negociación de la Administración sanitaria de la Junta de Andalucía y contra la Resolución de 31 de julio de 2006, de la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional del SAS, por la que se convocó el proceso de acceso con carácter excepcional al modelo de carrera profesional del SAS.

La parte demandante solicita la estimación del recurso con nulidad del acto administrativo recurrido justificándolo en diversas argumentaciones. Entre las que afectan plenamente a la configuración de la carrera profesional, debo destacar las que desarrollo a continuación.

1. Compromiso con la organización

La STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera), de 22 de diciembre de 2008, en el FD DÉCIMO, enjuicia el epígrafe 5.2.1 del Anexo V del Acuerdo referenciado, y entiende que infringe el artículo 37 de la Ley 44/2003, al determinar otros conceptos baremables, incluyendo unos de difícil valoración como es el EDP y el compromiso con la organización.

El referido epígrafe 5.2.1 establece que el baremo de méritos para el personal licenciado y diplomado sanitario y licenciado y diplomado de gestión y servicios está compuesto por los factores: CRP (cumplimiento de los objetivos de la organización), EDP (desarrollo profesional), Formación, Compromiso con la Organización, Docencia e Investigación.

El artículo 37 de la Ley 44/2003, establece que el sistema de reconocimiento del desarrollo profesional de los profesionales sanitarios consiste en el reconocimiento público,

expreso y de forma individualizada, del desarrollo alcanzado por un profesional sanitario en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, docentes y de investigación, así como en cuanto al cumplimiento de los objetivos asistenciales e investigadores de la organización en la que prestan sus servicios.

El artículo 40.2 del EMPRESS establece, en semejantes términos, que la carrera profesional supondrá el derecho de los profesionales a progresar de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios. Si bien es cierto, que estos preceptos contienen la definición de la carrera profesional, también delimitan los criterios básicos que configuran la misma, y que, deben ser objeto de valoración.

De este modo, la Sala pretende extrapolar los criterios configuradores de la carrera profesional a los factores o méritos susceptibles de valoración o baremación para su determinación. La normativa básica estatal (Ley 44/2003) se refiere a los conocimientos, la experiencia en las tareas asistenciales, docentes y de investigación, y al cumplimiento de los objetivos asistenciales e investigadores de la organización en la que prestan sus servicios. Y si bien estos criterios generales del sistema de desarrollo profesional pueden ser acomodados y adaptados a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistenciales de cada servicio de salud (como deriva del artículo 40.4 del EMPRESS), no pueden ser obviados.

En este contexto la Sala determina en el FD DÉCIMO: «La redacción del epígrafe 5.2.1 del Acuerdo recurrido reseña todos los elementos valorables delimitados en la legislación estatal, pero añade el relativo al *compromiso con la organización*. En principio, podría considerarse que la Comunidad Autónoma, en el ejercicio de sus facultades de desarrollo de la legislación estatal y en ejercicio de las concretas competencias para las que le habilita el anteriormente referido artículo 40.4 del Estatuto Marco, procede a establecer otro factor computable a los efectos de baremar la carrera profesional; pero la Sala entiende que “el compromiso con la organización”, factor de constatación netamente subjetiva, debe entenderse ya medible a través del CRP (cumplimiento de los objetivos de la organización), sin que sea factible duplicar los factores atendibles en la baremación de los méritos».

Por ello, entiende que debe declararse la nulidad del concepto “compromiso con la organización”, como factor incluido en el baremo de méritos.

2. Modificación y descenso en la carrera profesional

El epígrafe tercero del Anexo V es también impugnado por el actor, entendiendo que vulnera el artículo 37 de la Ley 44/2003, y el artículo 40 del EMPRESS, al refutar la modificación y descenso en la carrera profesional.

El epígrafe meritado, en su apartado tercero, establece que «una vez certificado dos veces consecutivas el mismo nivel de carrera será posible el mantenimiento por un periodo in-

definido, sin necesidad de volver a recertificar el mismo»; y su apartado cuarto, establece que «el no superar el proceso de certificación será la condición que determine que un profesional descienda a un nivel inferior de carrera».

Esta regulación ha de relacionarse con el último apartado del epígrafe quinto del Anexo V, donde en relación al proceso de certificación, se desglosan las tres situaciones que derivarían como resultado global de tal proceso, y concretamente: la promoción, el mantenimiento o el descenso. Respecto del descenso, el Acuerdo impugnado precisa «si el profesional no obtiene el número de puntos establecido como mínimo para el mantenimiento en un determinado nivel se produciría el descenso del nivel actual a un inferior (aun cuando se mantenga el nivel de acreditación de competencias profesionales requerido para ese nivel o para el nivel superior)». También ha de relacionarse con el epígrafe octavo del Anexo V relativo a la periodicidad en la certificación de la carrera profesional, exigiéndose o una petición de promoción a nivel superior o una petición de recertificación para mantenerse en el mismo nivel, una vez transcurridos cinco años desde la última evaluación. Y se establece, para el caso de haber transcurrido estos cinco años desde la última evaluación sin haber efectuado las solicitudes referidas, que la misma se realizará de oficio, teniendo que presentar el profesional, en el plazo máximo de seis meses, los documentos que acrediten el mantenimiento en ese nivel de carrera, y de no presentar la documentación, se entenderá que el profesional no cumple los requisitos para el mantenimiento y se producirá el descenso de nivel.

Lo cierto es que en el súplico de la demanda se interesa la declaración de nulidad de todo el Anexo V del Acuerdo recurrido, por ello la Sala procede a analizar el conjunto de esta regulación, relativa al mantenimiento y al descenso en el nivel ya obtenido de la carrera profesional, para determinar su legalidad o no.

Dictamina la STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera), de 22 de diciembre de 2008:

«Y para ello, ha de atenderse a que la carrera profesional se ha de entender como un proceso en el cual el profesional sanitario puede progresar en una escala de niveles que se correlacionan con su competencia para el ejercicio de la profesión, sus conocimientos, formación, actividad docente e investigación; progresión, que en términos semejantes a la carrera funcionarial, implica la posibilidad de promoción, sin que pueda encarnarse un sistema en el que se prevea el regreso. La exclusión de este regreso o descenso a niveles inferiores deriva incluso de la propia normativa básica, y en concreto del apartado c) del artículo 38 de la Ley 44/2003, que establece los períodos mínimos para que proceda la evaluación para acceder a los grados superiores y reseña expresamente que “en caso de evaluación negativa, el profesional podrá solicitar una nueva evaluación transcurridos dos años desde ésta”. Lo cual significa, que, la nueva evaluación de la competencia y de los méritos ha de efectuarse para posibilitar el acceso a niveles superiores, pero no para ratificar o “recertificar” lo ya certificado anteriormente (en relación con el sistema

de mantenimiento del nivel regulado por el Acuerdo andaluz impugnado) ni para provocar el regreso a niveles inferiores (en relación con el sistema de descenso regulado por el Acuerdo andaluz recurrido); determinando que, en caso de resultar una evaluación negativa, el nivel adquirido ha de mantenerse, imponiendo al profesional un plazo (de dos años) durante el cual no podrá solicitar una nueva evaluación (tendente al ascenso, claro está).

Además, ha de determinarse lo perverso de la normativa regulada por la Comunidad Autónoma Andaluza (aún con la previa negociación colectiva), relativa a que el descenso puede producirse, como resultado de la evaluación o reevaluación sobre los mismos méritos, aún en el caso de que se mantenga el mismo nivel de acreditación de competencias profesionales (como precisa, entre paréntesis, el último apartado del epígrafe quinto, relativo a la situación de descenso como resultado global); lo cual supondría que, acreditados los mismos conocimientos, cualidades, habilidades y aptitudes (por otro lado, incluir dentro de las competencias las “actitudes” y “motivaciones” para predisponer a realizar un conjunto de actividades con un buen nivel de desempeño, como establece el penúltimo apartado de la Exposición de Motivos del Anexo V del Acuerdo recurrido, ha de considerarse excesivo, en cuanto que incide en aspectos tan subjetivos e interiorizados por cada profesional, que no pueden ser objeto de baremación objetiva) y subsistiendo, respecto del baremo de méritos, los mismos factores anteriormente valorados, relativos a formación, docencia e investigación (los cuales existían y siguen existiendo como méritos por haberse acreditado en un momento anterior); pueda darse una baremación menor, con el siguiente descenso de nivel de carrera profesional, tan sólo, por el concepto de “compromiso con la organización” u “obtención de los resultados fijados por la organización”, que, además de ser unos conceptos netamente subjetivos, no dependen sólo de los profesionales sanitarios, sino esencialmente de los medios personales y materiales facilitados por la propia Administración Pública, y que, además resultarían considerados para atender a otros conceptos retributivos como pueden ser la exclusividad de la prestación sanitaria en las instituciones públicas o el complemento de productividad. Además, este sistema de regresión más parece el resultado de un proceso sancionador, establecido sin las propias garantías exigidas a éste, que las propias de un modelo de carrera profesional».

Por todo ello, la Sala llega a la conclusión de que la normativa recurrida referente al sistema de recertificación a efecto de mantenimiento en un nivel ya previamente acreditado y al sistema de descenso a niveles inferiores debe ser anulado en cuanto atenta contra la normativa básica estatal y afecta a la esencia de los que debe entenderse como carrera profesional.

3. Pérdida de nivel de carrera profesional en situaciones de excedencia voluntaria

Relacionado directamente con el epígrafe anterior, entiende el Tribunal (FD UNDÉCIMO) que «la exigencia de que, el profesional que haya estado en situación de excedencia durante un

periodo igual o superior a dos años deba solicitar una nueva certificación que le permita el mantenimiento del nivel de reconocimiento que tenía acreditado; contraviene el espíritu propio de la carrera profesional, por la cual, acreditado un determinado nivel, éste ha de entenderse alcanzado por el profesional sanitario sin necesidad de posteriores recertificaciones».

4. Inexistencia de participación de evaluadores externos

La parte recurrente impugna también el epígrafe séptimo del Anexo V al esgrimir que vulnera el artículo 42.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, y el artículo 38.d) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, por no existir participación de evaluadores externos.

En este precepto se establece que la evaluación (para acceder a los grados superiores, como precisa el apartado c) de este artículo 38 de la Ley 44/2003) se llevará a cabo por un comité específico creada en cada centro o institución, que estará integrado, en su mayoría por profesionales de la misma profesión sanitaria del evaluado, y habrá de garantizarse la participación en el mismo de representantes del servicio o unidad de pertenencia del profesional evaluado, así como de evaluadores externos designados por agencias de calidad o sociedades científicas de su ámbito de competencia.

El Acuerdo impugnado en su epígrafe séptimo del Anexo V regula las Comisiones de Evaluación, distinguiendo la Comisión de Valoración de Carrera Profesional para Licenciados y Diplomados Sanitarios, la Comisión de Valoración de carrera profesional para el resto del personal y la Comisión Central de Valoración de la carrera profesional.

Las dos primeras tienen como cometido la valoración de los baremos de méritos, la supervisión de los resultados del cumplimiento de los objetivos del CRP y de las EDP de los profesionales que soliciten participar de la carrera profesional y proponer a la Comisión Central de Valoración los profesionales a certificar en los niveles II, III, IV y V. Y la tercera, la Comisión Central de Valoración de la carrera profesional, además de diseñar la normativa de funcionamiento de la propia Comisión Central y de las Comisiones de Centros, fijar, revisar y hacer públicos los criterios y elementos necesarios para la certificación, y velar por el correcto funcionamiento de las Comisiones de Centros; tiene la función de certificar los profesionales que accedan a los niveles II, III, IV y V de la carrera profesional a petición de las Comisiones de Centro. Con esto, puede concluirse que las Comisiones de Valoración de los Centros asumen las esenciales funciones de valoración de los méritos del baremo, mientras que la Comisión Central tan sólo realiza funciones de certificación de lo previamente propuesto y valorado por las Comisiones de Centros. Y es esta delimitación de funciones, precisamente lo destacable a la hora de determinar la presencia de evaluadores externos.

La composición de las Comisiones de valoración de los centros, regulada en este epígrafe séptimo del Anexo V, no determina la participación de evaluadores externos; la cual queda

garantizada exclusivamente para la composición de la Comisión Central de Valoración, que estará formada por los miembros de la Administración designados por la Dirección General de Personal y Servicios del SAS, por miembros de la Agencia de Calidad y por miembros designados por las Organizaciones Sindicales.

La STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera), de 22 de diciembre de 2008, en el FD DUODÉCIMO establece: «Que la participación de evaluadores designados por las Organizaciones Sindicales se establezca para la Comisión Central, puede entenderse como una prerrogativa concedida a aquellas como resultado de la negociación colectiva desarrollada con la propia Administración Sanitaria autonómica para regular la carrera profesional, pero esta regulación no es exigida por la legislación básica del Estado en la materia. Lo que sí se exige desde la Ley 44/2003, es que se garantice la presencia de evaluadores externos designados por agencias de calidad o sociedades científicas de su ámbito de competencia; lo cual cumple el Acuerdo recurrido en el presente recurso contencioso administrativo respecto de la Comisión Central, pero no respecto de las Comisiones de Valoración de Centros (respecto de licenciados y diplomados sanitarios, y respecto del resto del personal). Y precisamente en esta regulación se encierra la vulneración de la normativa básica estatal, porque se crean Comisiones para valorar los méritos computables a efectos de al carrera profesional en los que no existe garantía alguna de presencia de evaluadores externos (designados por agencias de calidad o sociedades científicas correspondientes), y se crea la denominada Comisión Central, que no tiene funciones de valoraciones sino de simple certificación de lo ya, previamente valorado, en la que sí se garantiza esta participación de evaluadores externos. Con independencia de cuál sea la composición de la Comisión Central, las Comisiones de Valoración de los Centros deben contar necesariamente con la participación de evaluadores externos, y de los designados por agencias de calidad o sociedades científicas correspondientes puesto que el artículo 38.d) Ley 44/2003, exige esta garantía respecto del Comité o Comisión que lleve a cabo la evaluación, y son precisamente las Comisiones de Valoración de Centros las que desarrollan esta función de evaluación».

Por ello, la Sala entiende que la composición de las Comisiones de Evaluación de Centros, tal y como se establece en el Acuerdo impugnado, no garantiza la participación de evaluadores externos, circunstancia que determina la declaración de su nulidad.

VII. RATIFICACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO: SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 2012

1. Formación permanente del personal sanitario y avance científico y técnico de la medicina

La STS de 12 de marzo de 2012 (Recurso nº 854/2009) resuelve el recurso de casación frente a la STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera), de 22 de diciembre de 2008.

La representación procesal de la Junta de Andalucía solicita que «se estime dicho recurso, casando la mencionada Sentencia, y en consecuencia declare ajustado a Derecho la totalidad del Acuerdo del Consejo de Gobierno de Andalucía de 18 de julio de 2006 por el que se aprueba el de 16 de mayo de 2006 de la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad, sobre política de personal para el período 2006 a 2008».

Al desarrollar su argumentario, la recurrente (Junta de Andalucía) explica (FD SEGUNDO) que la doctrina del Tribunal Constitucional afirmó la competencia autonómica para establecer el modelo de carrera profesional (se está refiriendo al ATC 201/2008). A continuación señala «que los artículos 4.6 y 12 e), f) y g) de la Ley 44/2003, sientan el principio de la formación permanente del profesional sanitario y subraya su importancia por la incidencia del avance científico y técnico de la medicina y por la obligación de aquél de prestar asistencia conforme a los niveles de desarrollo científico y técnico alcanzados en el momento de la prestación».

Sobre esta materia (avance científico y técnico de la medicina), debo señalar a qué se está refiriendo la representación procesal de la Junta de Andalucía.

A) *Justificación del tratamiento de esta materia*

En este contexto y atendiendo a un principio que he considerado, el de legalidad, es necesario destacar que en el caso de la asistencia sanitaria, la participación del reglamento en la previsión normativa de la actuación de los profesionales sanitarios es indispensable, puesto que la Ley muchas veces tendrá que utilizar conceptos jurídicos indeterminados a la hora de definir los parámetros de control, especialmente en aquellas materias técnicamente complejas, en las que se acudirá al concepto del estado de la técnica o de la ciencia⁷³. Quizás los interrogantes que haya que responder sean los siguientes: ¿Qué podemos entender por “ciencia” y “técnica”? ¿Cómo se determina el estado de la ciencia y de la técnica?; ¿Qué grado de consenso debe existir en la comunidad científica? ¿Qué diferencia la ciencia, la técnica y la práctica? ¿Cómo se fija el correcto estándar de diligencia que ha de desplegarse para que la cláusula de exención por los riesgos del desarrollo se asiente con toda legitimidad en el sistema y alcance la racionalidad que le es propia? A todo ello me voy a referir indicando la especial trascendencia de la actividad de los profesionales sanitarios. Sirva como ejemplo la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud, de la Comunidad Autónoma de La Rioja, artículo 14.1 determina: «El ciudadano tiene derecho a una asistencia sanitaria de calidad humana, que incorpore en lo posible los adelantos científicos y que sea cuidadosa con sus valores, creencias y dignidad»⁷⁴.

⁷³ Vide J. Esteve Pardo, *Técnica, riesgo y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1999.

⁷⁴ Cuando se hace esta apreciación: “que incorpore en lo posible los adelantos científicos”, se está haciendo referencia a situaciones como la que refleja la STS de 16 de noviembre de 1989 (La Ley 1990-2, 749), donde el TS estima el recurso del INSALUD y declaró que ha existía obligación de reintegro de gastos, de acuerdo con la siguiente argumentación: «[...] El artículo 43 de la Constitución, se inicia con el derecho de protección

Debo recordar una vez más que hay responsabilidad pública frente al usuario, analizadas las circunstancias del caso concreto, cuando los perjuicios causados sean consecuencia del deficiente ejercicio por parte de la Administración de sus potestades y competencias. Aludo con ello al delicado tema de la “*culpa in vigilando*”⁷⁵ o “*in ommittendo*”⁷⁶, que se presenta también de modo ordinario en la actividad profesional cotidiana⁷⁷.

a la Salud, señalando que la Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto, con lo que está excluyendo los que por su índole emergente, o limitado sólo son accesibles a algunos, no a todos. *Es evidente que respecto a aquellos medios que solamente son accesibles y disponibles en países más avanzados y que poseen un nivel científico y de desarrollo superior y que por ello y sólo por ello no son accesibles en España*, la Seguridad Social no está obligada a prestar la asistencia médica por la elemental razón de que no están ni pueden estar al alcance de todos los beneficiarios de la Seguridad Social».

⁷⁵ Vide: F. Garrido Falla, “Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa”, *REDA*, 94, 1997, p. 175; S. Ortolá Navarro, “Responsabilidad de la Administración por funcionamiento anormal del servicio público consistente en la negligencia en el cumplimiento de los deberes de policía, inspección y ejecución en materia de navegación aérea”, *REDA*, 2, 1974, pp. 319-323, en especial en la p. 322 afirma: «Sin embargo, la sentencia condena a la Administración a indemnizar los perjuicios que la demolición de la edificación produjo a los propietarios del hotel, porque la Administración descuidó, con negligencia extremada, los deberes de policía, inspección y ejecución que en materia de navegación aérea le imponen las leyes». Vide Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 13 de mayo de 1994 (Ar. 892), FD 5º: «[...] Por tanto, el Instituto Nacional de la Salud responde por la prestación de un servicio defectuoso, ya se fundamente su responsabilidad en culpa “in eligendo”, por seleccionar en el mercado un producto defectuoso para la prestación de su servicio sanitario, ya en culpa “in vigilando”, por su demostrada falta de supervisión y control de los productos sanitarios existentes en el ámbito de su actuación y empleados por el personal médico a su cargo». Vide STS de 22 de febrero de 1991 (Ar. 1587), FD SEXTO: «[...] 1ª. Porque en el supuesto de responsabilidad médica por asistencia prestada al enfermo concurren conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual [...]. 2ª. Por qué la responsabilidad derivada [...] es una responsabilidad directa, no subsidiaria, que puede ser directamente exigida al empresario por su propia culpa “in vigilando” o “in eligendo” y con independencia de la clase de responsabilidad en que haya incurrido el autor material del hecho [...]». Vide J. M. Martín Bernal, *Responsabilidad médica y derecho de los pacientes*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998, p. 203: «Dado que la prestación del médico es personalísima, no podrá realizarla a través de representantes. Bien distinto es el caso de utilización de auxiliares y ayudantes que comporta la responsabilidad *in vigilando* o *in eligendo* para los actos perjudiciales de éstos [...]». Vide: J. C. Laguna de Paz, “Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado”, *RAP*, 155, 2001, p. 23; V. Merino Molins, “La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de la sanidad”, *Actualidad Administrativa*, 6, 2003, pp. 135-161.

⁷⁶ Vide A. Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, “Responsabilidad administrativa por culpa ‘in vigilando’ o ‘in ommittendo’”, *Poder Judicial*, 2, 1986, p. 127.

⁷⁷ Vide J. M. Martín Bernal, *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998, p. 203: «[...] Cosa distinta es la cuestión de la determinación del sujeto responsable de la conducta imprudente causante del daño ante un trabajo conjunto o que los auxiliares realicen. Problema que se presenta cuando intervienen en la prestación del servicio profesionales que trabajan en equipo o mediante la distribución de las diferentes funciones entre los participantes en la actividad, que puedan encontrarse en un nivel jerárquico o de cualificación diverso, que se presenta cada vez más frecuente y que puede generar al mismo tiempo dificultades para conocer la diligencia y la consiguiente responsabilidad que corresponde a cada uno de los participantes en atención a la función asignada, especialmente cuando se produce una difuminación en el origen de las órdenes sobre distribución o cumplimiento de la prestación respectiva y cuando cada uno de los intervinientes no tiene por sí mismo una visión completa del conjunto de la profesión realizada».

B) Progreso de la “ciencia” o de la “técnica”. Un problema que hay que resolver

El desarrollo científico y tecnológico ha impulsado una mayor oferta de servicios profesionales nuevos y más especializados⁷⁸. Esta es una de las razones que desencadenan una mayor complejidad de las relaciones entre profesionales y pacientes. Pues los primeros están obligados a servirse de conocimientos y habilidades cada vez más rigurosos, técnicos y especializados, lo que origina una necesidad de mayor preparación y cualificación. De este modo se acentúa la distancia entre el médico y el profano por la condición de experto o técnico que concurre en el primero. Todo ello en un contexto donde el innovador no puede limitarse a jugar con los riesgos del desarrollo como el aprendiz de brujo:

«[...] el aprendiz de brujo, si quiere mejorar las técnicas de su maestro, debe asumir los riesgos asociados a las nuevas soluciones, debe aprender efectivamente las recetas del brujo o, al menos, aproximarse razonablemente a ellas. Y, en un mundo en el que la investigación científica y tecnológica está descentralizada, es legítimo formular la respuesta de que el fabricante, o al menos algunos de ellos, no pueden limitarse a informarse del estado de los conocimientos, sino que han de contribuir razonablemente a mejorarlos: *mejorar el estado de la ciencia y de la técnica* es algo que también incumbe al fabricante, al menos en los sectores más sensibles de la química, la biología, la medicina, la alimentación, etc.»⁷⁹.

La realidad cotidiana nos presenta otra vertiente del problema. Y la muestra la Ley 14/2002, de 5 de junio (BOE núm. 135, de 6 de junio), por la que se establecen ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público y otras normas tributarias. Su Exposición de Motivos es bastante ilustrativa:

«El virus de la hepatitis C (VHC) fue identificado y descrito a mediados de 1989, pero hasta el año 1990 no se dispuso de los medios técnicos adecuados para prevenir su transmisión a través de la sangre y productos hemoderivados, en forma de

⁷⁸ Vide J. Puig, “Innovación tecnológica y mercado sanitario: De la macro-regulación a la micro-regulación”, *Cambios en la regulación sanitaria*, Asociación Española de Economía de la Salud, Barcelona, 1995, pp. 335-364.

⁷⁹ Vide P. Salvador Coderch y J. Sole Feliu, *Brujos y aprendices. Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad del producto*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, p. 13. Quizás un caso impactante fue el del Acelerador lineal del Clínico de Zaragoza. El día 28 de diciembre de 1990 la aguja del potenciómetro del aparato se quedó fija en el nivel máximo. Un cable estaba conectado en un lugar que no procedía, y el acelerador emitía a máxima potencia y sus rayos atravesaban los cuerpos de los enfermos. El desenlace fue fatal, y de ello dieron cuenta los medios de comunicación. Vide Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, del Ministerio de Sanidad y Consumo (BOE de 10 de febrero), disposición adicional primera: «1. La incorporación de nuevas técnicas y procedimientos diagnósticos o terapéuticos, en el ámbito de las prestaciones a que se refiere este Real Decreto, deberá ser valorada, en cuanto a su seguridad, eficacia y eficiencia, por la Administración sanitaria del Estado, conforme a lo previsto en el artículo 110 de la Ley General de Sanidad».

un test de detección de anticuerpos del VHC, que empezó a aplicarse con carácter obligatorio en todas las unidades de sangre o plasma extraídas en los bancos de sangre, a tenor de lo dispuesto en la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 3 de octubre de 1990.

Por tanto, en estas circunstancias, las personas afectadas por hemofilia u otras coagulopatías congénitas estuvieron expuestas al riesgo de contraer hepatitis C, como consecuencia de los tratamientos periódicos que debían recibir con concentrados de factores de coagulación.

Debido a esta situación hay un determinado número de personas, pertenecientes a este colectivo, que resultaron contagiadas, y desarrollaron la enfermedad de la hepatitis C, como consecuencia de tratamientos recibidos en el sistema sanitario público, en un momento en el que el *estado de la ciencia* no permitía disponer de medidas oportunas para prevenir esta transmisión».

En el caso de la asistencia sanitaria, muchas veces el pronunciamiento de los profesionales se sustentará en la formación recibida, su desarrollo (acreditado en la carrera profesional), y se acudirá al concepto del *estado de la técnica o de la ciencia*, que en determinadas ocasiones, dada su acelerada evolución, no habrá podido ser seguido por la legislación. En otros casos se tratará de constatar la inexistencia de *ciencia* y por tanto de la *técnica* aparejada a la misma⁸⁰.

«Que en el supuesto de autos, y tal y como se consigna en la narración histórica de la sentencia recurrida, el procesado, desde junio de 1979, regentaba una denominada “Clínica Capilar F.S.”, dedicada al tratamiento del cuero cabelludo y a la práctica de trasplantes de cabello, poniendo inyecciones, vistiendo bata blanca, dejándose llamar “Doctor”, prescribiendo medicamentos, con apariencia de ser licenciado o Doctor en Medicina, pese a que carecía de la correspondiente titulación y, consiguientemente, de los conocimientos inherentes a las actividades que desarrollaba, los cuales no se improvisan ni se adquieren por intuición o por generación espontánea, sino que son fruto de largos estudios y de la superación de un extenso y dilatado periodo formativo durante el cual es indispensable aprobar dificultosos exámenes así como otras pruebas periódicas; y a partir de noviembre del referido año, con el fin “de aparentar legalidad”, incorporó a su clínica, a la también acusada Marina P., Licenciada en Medicina, aunque carente de experiencia en unas actividades que exigen titulación y en las que es aconsejable la especialización en Dermatología Médico-Quirúrgico o Cirugía plástica y reparadora, cuya Marina aparentó, desde entonces, llevar la dirección técnica del establecimiento, realizando, esto no obstante, tareas meramente auxiliares, pero permitiendo que, en su presencia el otro procesado, realizara los actos más complejos en las intervenciones quirúrgicas de trasplantes de cabello que practicaba».

⁸⁰ Vide STS de 28 de febrero de 1983 (Ar. 1737).

También debo recordar que la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo o, lo que es igual, no es la suya una obligación de resultados, sino una obligación de medios, es decir, está obligado, no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia (este extremo podrá ser verificado por la Administración)⁸¹. Tal y como llega a afirmar la doctrina, haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸²:

«Obligación de medios que el Alto Tribunal establece en los siguientes deberes:

A) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que, como recoge, entre otras, las Sentencias de 7 de febrero y 29 de junio 1990 (Ar. 1668 y 4945, respectivamente), 11 de marzo 1991 (Ar. 2209) y 23 de marzo 1993 (Ar. 2545), la actuación del médico se rija por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria– para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo de hacerse patente que, dada la vital trascendencia que, en muchas de las ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo»⁸³.

⁸¹ Vide SSTs: 7 de julio (Ar. 6112) y 15 de noviembre de 1993 (Ar. 9096). En la STS de 25 de abril de 1994 (Ar. 3073), se llega a afirmar, FJ 3º: «[...] el contrato que une al paciente con el médico se considera como de arrendamiento de servicios y no de obra pues, en este último caso se estaría exigiendo la consecución de resultado, concretamente, la curación del paciente; y este resultado es imposible de exigir debido tanto a la naturaleza mortal del hombre como al nivel de desarrollo de la ciencia médica, muchas veces insuficiente».

⁸² Vide J. M. Martín Bernal, *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998, pp. 180-181.

⁸³ Vide STS de 23 de febrero de 1994 (Ar. 1257), FD TERCERO: «[...] “En conclusión, ha quedado demostrado que la lesión fue producida por la inyección administrada y que necesariamente la aplicación hubo de ser incorrecta para que pudiera causar ese daño, constatándose de esta manera dos requisitos esenciales para que nazca la obligación de reparar el daño y la relación causal entre la acción u omisión y el perjuicio o la culpa o negligencia del actor”. Porque si efectivamente la responsabilidad en el ámbito sanitario, no lo es en función del resultado, dada la especial naturaleza del organismo humano, sino de la adecuación de medios a emplear en el caso expuesto, no es menos cierto, que en esa aplicación de medios subyace una necesario e imperiosa atención en ello, de suerte que por respeto a la deontología profesional y obediencia a la “*lex artis*” ha de extremarse dicha atención para que no resulte fallido o contraproducente el medio empleado, que siendo como es en este caso el adecuado, según las pruebas practicadas, resultó contraproducente por la negligente forma de practicar la introducción de la aguja hipodérmica en una zona musculosa, pero que cualquier iniciado en la materia es conocedor del riesgo de incidir en el nervio ciático, como aquí aconteció por falta de la debida

La problemática que se plantea es clara, como también lo es la respuesta, a la vista de los argumentos que voy a exponer. Y todo ello en un contexto donde la comprobación de la relación entre el resultado dañoso y la conducta negligente, es especialmente compleja cuando se trata de sectores de actividad estrechamente vinculados con el desarrollo científico y tecnológico pues en ocasiones se desconoce cómo se desenvuelven con exactitud los procesos causales de las aplicaciones científicas y tecnológicas⁸⁴.

C) *¿Qué podemos entender por “ciencia” y “técnica”?*⁸⁵ Pues el “estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes”, no es estado de la legislación⁸⁶.

El fenómeno de la especialización es uno de los signos característicos de nuestro tiempo. El progreso de los conocimientos de y en cualquier disciplina obliga, para dominarlos, a saber cada vez más de menos. Sin duda ello tiene grandes y graves costes, fundamentalmente en la disolución de las visiones, no ya globales, sino incluso de conjunto y, más aún, la pérdida del sentido del propio saber. A esto llamaba ORTEGA, en texto famoso, «la barbarie del especialismo». Pero, a la vez, la especialización es la única vía para profundizar en cualquier rama de la ciencia y de la técnica. Sin ella no hay conocimiento operativo alguno y ni siquiera se alcanza aquel nivel que permite vislumbrar los fundamentos. Porque, en efecto, cuando el saber consigue la densidad propia de nuestra época los riesgos de la

atención, pues era perfectamente previsible, anatómicamente hablando, la posibilidad de afectar el nervio ciático, por lo que no es de apreciar la infracción normativa que se denuncia en el motivo ya que no puede excluirse la conducta profesional culposa que descarta la concepción de caso fortuito [...]».

⁸⁴ Vide J. M. Martín Bernal, *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*, op. cit., p. 352: «La doctrina tanto española como extranjera viene distinguiendo entre riesgos típicos y atípicos, entendiéndose que las primeras son aquellas que pueden producirse con más frecuencia en cada tratamiento conforme a la experiencia y al estado del conocimiento científico-técnico actuales. Sobre tal distinción parece que el médico ha de informar de las consecuencias seguras que se producirán por la ejecución de cada tratamiento específico o intervención, y que sean relevantes o de importancia para el caso concreto de que se trate». En la página 362 concluye: «Desde la dimensión negativa habría que excluir del deber de información del médico las consecuencias o riesgos excepcionales o atípicos, es decir, aquellos que –de acuerdo con la ciencia y experiencia médicas– no son previsible». En la página 731 determina la interrelación entre derecho y técnica: «De nada serviría, como ha resaltado García Trevijano, el esqueleto jurídico del Derecho sanitario si no tuviéramos la actuación práctica, técnica, de la Sanidad; y de nada servirían los conocimientos técnicos si al mismo tiempo no se arbitrasen los medios jurídicos necesarios para actuarlos».

⁸⁵ Vide F. González Navarro, “La relación jurídica de habilitación para la creación de firma electrónica”, *Libro Homenaje al profesor doctor Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, pro-manuscripto, pp. 32-34, donde expone la significación y alcance del actual estado de la ciencia y de la técnica en la sociedad de la información. En la página 35 da cuenta de una materia muy interesante que denomina la “cláusula de progreso de la ciencia”.

⁸⁶ Vide M. Martín González, *Sanidad pública: Concepto y encuadramiento*, vol. I, Ministerio de la Gobernación, Madrid, 1970, pp. 732-737. En la página 21 afirma: «[...] Y es que tal intento se ve además dificultado por el mayor ritmo con que, respecto a las construcciones doctrinales, caminan el progreso de las ciencias técnicas, por un lado, y el legislador por otro».

especialización no se corrigen quedándose en la superficie, sino profundizando aún más. No son las generalidades quienes conducen a lo general, sino las raíces quienes llevan al saber radical⁸⁷.

Con carácter preliminar, tengo que contestar al interrogante que planteo, y para ello, voy a remitirles a mi colaboración “Responsabilidad por acto sanitario y progreso de la “ciencia” o de la “técnica””, REDA, 104, (1999), y a la sentencia que allí comento: STS de 31 de mayo de 1999, Ponente: González Navarro. De la misma se desprende afirmaciones como las que reproduzco y que sirven para contestar la pregunta de este enunciado:

«Y debe advertirse, además, que “estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes” no es estado de la legislación, pues es sabido que ésta –la legislación, el derecho positivo– va siempre detrás de los hechos, hasta el punto de que no es infrecuente que se modifique un texto legal para adaptarlo al progreso técnico [...]. De aquí que para probar el estado de los conocimientos de la ciencia en un determinado momento no bastará normalmente con argumentar sobre la existencia o no de una regulación legal aplicable al caso. Y conviene tomar nota de que el artículo 141 LRJPA, en su nueva redacción, habla de la ciencia y de la técnica, que son cosas distintas aunque relacionadas.

La técnica es, por lo pronto, un conjunto de actos específicos del hombre mediante los que éste consigue imponerse a la naturaleza, modificándola, venciendo o anulándola; la técnica es a modo de un camino establecido por el hombre para alcanzar determinado fin, como puede ser vencer la enfermedad, en el caso que nos ocupa; y en este sentido podríamos decir que la técnica es un método para la aplicación de la ciencia [cuando ésta ha sido ya hecha] o para la práctica de una actividad artística; en el bien entendido –conviene advertirlo– de que la técnica unas veces sigue a la ciencia y otras veces la precede: lo primero cuando la ciencia existe ya, lo segundo cuando la ciencia está aún por hacer, situación ésta que puede darse por ejemplo, cuando el hombre conoce sólo los efectos de un fenómeno pero no sus causas⁸⁸ [...]; y la técnica es también, y por último, equipamiento instrumental con que se cuenta para esa aplicación. Uno de los resultados que se obtiene del empleo de ese camino o método y de la utilización de ese equipamiento es el saber experimental, el saber práctico. La ciencia es otra cosa, la ciencia es saber teórico,

⁸⁷ Vide M. Herrero de Miñón y J. Fernández del Vallado, *Especialización y profesión médica. La garantía constitucional de las profesiones tituladas y la especialización médica según la jurisprudencia*, Cívitas, Madrid, 1997, pp. 11 y 12.

⁸⁸ La sentencia está pensando en casos como el que expone J. M. Riaza, *Ciencia moderna y filosofía. Introducción fisicoquímica y matemática*, 3ª ed., Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1969, p. 225: «Nada se supo de la naturaleza de los Rx en la 1ª década después de su descubrimiento. Estaban ya generalizadas sus aplicaciones médicas y muy perfeccionada su técnica y aun se carecía de todo conocimiento acerca de su naturaleza». Debo recordar, que W. C. Röntgen, de la Universidad de Wurzburg, haciendo experiencias en 1895 con un tubo de Crookes de rayos catódicos, descubrió casualmente el 8 de noviembre unas radiaciones a las que llamó “Rayos X”, por ser una incógnita su naturaleza.

conocimiento de los principios y reglas conforme a los que se organizan los hechos y éstos llegan a ser inteligibles. Se hace ciencia cuando, pasando de la anécdota a la categoría se elabora una teoría que permite entender los hechos haciendo posible el tratamiento de los mismos.

Y nótese también que el precepto habla de “estado” de esa ciencia y de “estado” de esa técnica. Y es que, una y otra, en cuanto productos humanos que son, se hallan sujetos a un proceso inexorable –imperceptible la mayoría de las veces, pero real– de cambio. [...]. En consecuencia, lo mismo la ciencia que la técnica, en su “avance” constante, pasan por diversos “estados” cuyo conocimiento puede obtenerse de una manera diacrónica –analizando la serie completa de esos distintos “estados”– o sincrónica –estudiando un “estado” determinado, la situación de la ciencia, o de la técnica, en un momento dado–. En cualquier caso, hay que tener presente siempre que en el saber teórico –que es lo distintivo de la ciencia respecto de la técnica– hay distintos niveles, porque las teorías están ordenadas jerárquicamente, de manera que hay teorías que dirigen –y engendran– otras teorías. Una teoría de teorías es lo que, utilizando un lenguaje filosófico, se llama “paradigma”, que es tanto como decir teoría matriz, teoría capaz de generar otras teorías. Y tan cierto es esto que el descubrimiento de un nuevo paradigma [...], o la sustitución de un paradigma por otro –abandono de la teoría geocéntrica y subsiguiente conversión a la teoría heliocéntrica, en astronomía– produce una verdadera revolución “científica”, obligando a reescribir los manuales al uso.

Como se ve, no son pocos ni fáciles los problemas que tendrán que abordar los tribunales de justicia a la hora de afrontar la interpretación del nuevo sintagma que aparece en el nuevo artículo 141.1, inciso segundo, LRJPA, haciendo patente algo que antes sólo estaba sobreentendido».

Todo esto que dice la sentencia viene a cuento, porque se cuestionó ante la Sala el nivel de los conocimientos médicos en la fecha en la que tuvo lugar la inoculación del virus de la hepatitis C postransfusional, a la que se anuda la responsabilidad patrimonial. Y esto hay que examinarlo con detenimiento y aclararlo, tal y como indica el Tribunal de casación:

«[...] con la nueva luz que aporta la nueva redacción dada al artículo 141.1 LRJPA⁸⁹ por la reciente Ley 4/1999, de 13 de enero, que ha modificado la Ley 30/1992».

Evidentemente, no se trata de aplicar este concepto con carácter retroactivo, sino de constatar que lo que ha sucedido, es que se ha positivizado un principio que estaba ya

⁸⁹ Vide LRJPAC, artículo 141: «Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

latente en la regulación anterior⁹⁰. Positivización que abordó inicialmente la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo 1647/2002, de 19 de junio, por la que se estableció la utilización de pruebas de detección genómica del virus de la hepatitis C (VHC) en las donaciones de sangre, derogada posteriormente por el Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, que establece los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión (disposición derogatoria única).

D) *¿Cómo se determina el estado de la ciencia y de la técnica?*

Lo ideal es que las autoridades sanitarias se hagan eco rápidamente y tras las comprobaciones oportunas de los avances que se vayan produciendo, y los incorporen a la legislación. Sin embargo, en muchas ocasiones, esas autoridades van por detrás de los acontecimientos, en algunos casos con consecuencias fatales. En julio del año 2001, surgió, en nuestro país, la polémica a causa de las muertes producidas por un medicamento anticolesterol, "Lipobay" del laboratorio farmacéutico Bayer⁹¹. En agosto del mismo año se produjeron varios fallecimientos tras la hemodiálisis de varios pacientes en Valencia, Madrid y Barcelona. El INSALUD confirmó que todos habían sido dializados con filtros Althane A-18 pertenecientes al mismo lote⁹². Por ello debemos responder a esta pregunta:

«¿Cómo se determina el estado de la ciencia y de la técnica? ¿Deberán tenerse en cuenta los resultados científicos y técnicos obtenidos en cualquier hospital, universidad, laboratorio o centro de investigación del mundo, con independencia de la difusión que sus responsables hayan dado a sus descubrimientos? Parece que no. Es necesaria la difusión de los conocimientos para que pueda decirse que forman parte del estado de la ciencia o de la técnica. Pero ¿qué difusión deben recibir?, ¿es suficiente con que la información aparezca en una publicación de ámbito local? Parece que tampoco. La difusión debe ser tal que la información pueda llegar a todo especialista medio del sector. Esta difusión puede producirse a través de cualquier medio, siendo la revista especializada el vehículo idóneo. Sólo entonces podrá de-

⁹⁰ Lo que hoy puede leerse en el nuevo artículo 141.1 inciso segundo, LRJPA, es: «No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos [...]».

⁹¹ Vide A. M. Romero Coloma, *La medicina ante los derechos del paciente*, Montecorvo, Madrid, 2002, p. 197: «El Ministerio de Sanidad y Consumo reconoció que estaba investigando la relación del fármaco con seis fallecimientos y con 82 pacientes afectados en España, mientras que la Asociación en Defensa del Paciente eleva las víctimas mortales a más de 20 y hasta 249 afectados.

Con carácter previo, el fabricante lo había retirado del mercado el pasado día 8 de agosto, admitiendo que podían llegar a registrarse más de 1.000 afectados en todo el mundo».

⁹² *Ibidem*, p. 198, donde da cuenta de la misma situación en diferentes ciudades de Croacia, donde fallecieron varios pacientes dializados con el mismo filtro de Baxter.

cirse que un determinado avance técnico-científico en materia sanitaria forma parte del estado de la ciencia y de la técnica. [...]»⁹³.

Es decir, es necesaria la difusión suficiente para que pueda ser conocida en condiciones normales, por los medios habituales, para los que se dedican a esta actividad. No se requiere una difusión extraordinaria, ni aquella que afecta a un ámbito geográfico reducido y por tanto no puede ser asimilada por la colectividad. Estamos en presencia de un concepto jurídico indeterminado.

E) *¿Qué grado de consenso debe existir en la comunidad científica?*

Respecto al grado de consenso es suficiente con aquel que admite la colectividad de modo genérico, porque la nueva matriz disciplinar se impone de modo coherente para los especialistas en la materia. Estamos en un campo donde nada se puede imponer, si no convence a aquellos que deben utilizarlo. Pero se trata de criterios que deberán orientar las determinaciones de los que velan por el interés general y el derecho a la salud de todos los ciudadanos. Este es el sentido de las siguientes palabras:

«Y yendo más allá: ¿qué grado de consenso debe existir en la comunidad científica acerca de la validez (veracidad, corrección) del avance o descubrimiento para que el mismo forme parte del estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica del momento?, ¿es necesario que toda la comunidad científica reconozca unánimemente que se trata de un verdadero avance o descubrimiento, o basta que exista sólo un consenso generalizado, no ya unánime, al respecto? A mi modo de ver, [...]. Para que ello se produzca es suficiente, en mi opinión, un acuerdo generalizado en la comunidad científica»⁹⁴.

F) *¿Qué diferencia la ciencia, la técnica y la práctica?*

Sin duda es una buena pregunta, y nada mejor que las siguientes palabras para entender su significado⁹⁵:

«¿Qué diferencia, pues, a la técnica de la ciencia, y al técnico del científico?: la fruición por lo problemático que es propia del quehacer científico y que a la técnica y al técnico no le preocupa o que, en el mejor de los casos, no ocupa el primer lugar

⁹³ Vide O. Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Cívitas, Madrid, 2000, pp. 279-280.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 279-280.

⁹⁵ Vide F. González Navarro, "La Universidad en la que yo creo", *RAP*, 153, 2000, pp. 125-126.

en la jerarquía de los valores que rigen su conducta. No se trata de diferencia de nivel entre uno y otro tipo de conocimiento, sino de diferencia de puntos de vista. El científico quiere saber del ser, de la sustancia, del objeto de su quehacer; busca una explicación de la realidad. El técnico no es que desdeñe esas explicaciones, y, por supuesto cuando existen las aproveche; lo que ocurre es que el técnico se mueve en un plano distinto de aquel en que trabaja el científico: el mundo de los hechos perceptibles por los sentidos sensibles, un mundo tan problemático como aquél pero que, además, no admite espera. Porque es también una diferencia de talante, de estar en el tiempo en el que se vive.

El hombre de ciencia puede tomarse todo el tiempo del mundo, no porque le sobre, tampoco, porque se pueda permitir ese estúpido lujo de “perderlo”. Trabaja sin prisa, pero también sin pausa. Y esto es así porque su trabajo, de puro delicado que es, ha de llevarlo a cabo con sumo cuidado. El científico puede tener, y tiene, intuiciones, pero no improvisa.

El técnico, en cambio, y por eso la técnica va muchas veces por delante de la ciencia, sabe que está ante un problema que hay que solucionar *aquí y ahora*; un problema cuyas causas muchas veces no conoce, pero que hay que afrontar sin demora y ver de resolverlo como sea. Lo cual exige dotes que tampoco posee cualquiera: audacia, imaginación habilidad (a las veces incluso manual), frialdad... Piénsese, por ejemplo, en el avance experimentado por la cirugía⁹⁶ durante la primera y la segunda guerra mundial y lo que ello ha supuesto también para el avance de la ciencia médica, y se entenderá lo que estoy diciendo.

El cielo puede esperar, la vida no: “La vida –decía Ortega en 1930– no puede esperar a que las ciencias expliquen científicamente el Universo. No se puede vivir *ad Kalendas graecas*. El atributo más esencial de la existencia es su perentoriedad: la vida es siempre urgente. Se vive aquí y ahora sin posible demora ni traspaso”. Cierto es que cuando escribía esto hablaba de la relación entre la cultura y la ciencia. Pero es válida para que entendamos las diferencias entre hacer ciencia y crear una técnica.

¿Y la práctica?⁹⁷ Es aplicación, bien sea de una ciencia, bien sea de una técnica. Habrá quizá, casos en que no sea fácil distinguir entre la práctica y la técnica. Pero la diferencia se hace clara si se piensa que la técnica, para hacerse, ha necesitado de la existencia de un hombre poseedor de ese don en el que confluyen la matemática y la poesía: el don imaginativo. La práctica, a lo más, requiere habilidad».

⁹⁶ Vide Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 de noviembre de 1992 (Ar. 5654), FD 3º, donde hace referencia a las técnicas exploratorias y quirúrgicas habituales de la especialidad médica de que se trate.

⁹⁷ Vide O. Ferrer Roca, *La telemedicina: Situación actual y perspectivas*, Fundación Retevisión, Madrid, 2001, pp. 161-162, donde da cuenta de la interrelación entre la técnica y la práctica para el ejercicio de la medicina (práctica médica) a distancia.

G) *¿Cómo se fija el correcto estándar de diligencia que ha de desplegarse para que la cláusula de exención por los riesgos del desarrollo se asiente con toda legitimidad en el sistema y alcance la racionalidad que le es propia?*⁹⁸

Para resolver dudas será necesario fijar el correcto estándar de diligencia, pues será la base que sustente la solución final que se pretenda alcanzar.

«Cuestión decisiva es la fijación del correcto estándar de diligencia que ha de desplegarse para que la cláusula de exención por los riesgos del desarrollo se asiente con toda legitimidad en el sistema y alcance la racionalidad que le es propia. A nuestro juicio, ese deber de diligencia debe ser muy alto de tal modo que deben desecharse *a radice*, aquellos criterios que favorezcan la relajación o la fácil justificación de los servicios públicos sanitarios ante los riesgos. Por consiguiente, debe quedar de todo punto erradicada la idea de que el estado de los conocimientos haya de ponerse en relación con el que exista en un concreto hospital, o el que sea posible por imperativos económicos en un determinado territorio, o incluso en el conjunto del país. La nueva cláusula del artículo 141.1 de la Ley 30/1992, no ha de ser entendida como una medida facilitadora de conductas irresponsables de la Administración, sino como una previsión legal definidora del sistema que trata de poner orden y coto a los excesos en pro y en contra que ha sido proverbiales en esta materia.

Los niveles de diligencia han de situarse en el plano riguroso con los que se ha manejado hasta el momento la jurisprudencia examinada, bien que ahora trasladando ese rigor al nuevo contexto técnico en el que ha de desenvolverse. En esto le queda a los Tribunales camino que recorrer. Pero es oportuno recordar, como parámetros de referencia, los postulados que al respecto han sido enunciados por el Abogado General Sr. Tesauro en sus Conclusiones a la Sentencia CEE antes comentada⁹⁹:

a) Deben imputarse al productor los riesgos previsibles, frente a los cuales puede protegerse bien con carácter preventivo, incrementando la experimentación y las inversiones en investigación, o bien, posteriormente, celebrando un contrato de seguro de responsabilidad civil que cubra los eventuales daños causados por el defecto del producto.

b) El estado de los conocimientos científicos no puede identificarse con las opiniones expresadas por la mayoría de los estudiosos, sino con el nivel más avanzado de las investigaciones efectuadas hasta un determinado momento.

⁹⁸ Vide F. López Menudo, "Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso: Un paso adelante en la definición del sistema", *RAAP*, 36, 1999, pp. 43-44.

⁹⁹ Se está refiriendo a la Sentencia de 29 de mayo de 1997, Asunto: "Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte", Asunto C-300/95 Rec. p. I-2649. Vide J. Lete Achirica, "Los riesgos del desarrollo en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1997", *Actualidad Civil*, 27, 1998.

- c) Desde el momento en que en el panorama científico contemporáneo exista una sola voz aislada que haya señalado el potencial carácter defectuoso y/o peligroso del producto, su fabricante ya no está ante un riesgo imprevisible.
- d) El “estado de los conocimientos disponibles” debe entenderse de un modo que comprenda todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica en su conjunto, habida cuenta, no obstante, según un criterio de racionalidad, de las posibilidades concretas de circulación de la información».

Solución final que pondrá de manifiesto que el estado de los conocimientos científicos se identifica con el nivel más avanzado de las investigaciones efectuadas hasta un determinado momento, cuando se haya señalado el potencial peligro, pues ya no se está ante un riesgo imprevisible. A su vez, habrá que condicionar su aplicabilidad con las respuestas a las interrogantes que han sido planteadas con anterioridad.

H) Conclusión

Debemos tener presente que la innovación tecnológica está llevando la atención sanitaria hacia nuevas formas de atender y prestar asistencia a la población. La aparición de nuevas técnicas diagnósticas, terapéuticas y organizativas, han producido un cambio en el concepto de la atención sanitaria, que afecta a todos los agentes que intervienen en el proceso de toma de decisiones sobre la utilización de la tecnología y sobre la sociedad en general¹⁰⁰. Pues bien, si se ha determinado lo que es ciencia, técnica y práctica, los profesionales sanitarios deberán tener en cuenta la información que tras una correcta difusión deba conocer el especialista medio del sector y sobre la que exista un consenso generalizado. Este será el primer criterio para determinar lo que corresponde. Y si se trata de cuestiones o materias que pueden implicar un peligro potencial para la población la Administración deberá exigir el cumplimiento del nivel más avanzado de las investigaciones efectuadas hasta ese momento. Éste será el segundo criterio, un criterio garantista ante el aluvión de innovaciones y el peligro potencial que las mismas pueden acarrear al ciudadano.

Estas orientaciones serán las que se utilicen para determinar los parámetros de inspección y control en la actividad ordinaria, así como para la adopción de las medidas cautelares o provisionales que se consideren indispensables. Dicho de otro modo se acudirá al estado de los conocimientos de la *ciencia* o de la *técnica* como conceptos jurídicos indeterminados¹⁰¹ teniendo como base de la actividad profesional las determinaciones que

¹⁰⁰ Vide J. Puig i Junoy y E. Dalmau i Matarrodona, “Regulación de la innovación tecnológica en el mercado sanitario: Una valoración de la efectividad de los instrumentos”, en *La regulación de los servicios sanitarios en España*, Cívitas, Madrid, 1997, p. 466.

¹⁰¹ Vide Real Decreto 1002/2002, de 27 de septiembre, por el que se regula la venta y utilización de aparatos de bronceado mediante radiaciones ultravioletas (BOE de 10 de octubre), donde en la presentación del texto articulado se precisa: «El ejercicio de tal actividad, por lo tanto, obliga a establecer un conjunto de

acabo de exponer. Y el derecho –como es obvio– no puede desentenderse del reto que plantea la revolución científica y tecnológica a que he hecho referencia¹⁰².

En virtud de lo expuesto, el principio de la formación permanente del profesional sanitario es extraordinariamente relevante por la incidencia del avance científico y técnico en la sanidad, y por la obligación de aquél de prestar asistencia conforme a los niveles de desarrollo científico y técnico alcanzados en el momento de la prestación.

2. Acreditación de la competencia, regresión de la carrera profesional y fallo del Tribunal Supremo de España

La recurrente continua afirmando en la STS de 12 de marzo de 2012 (FD SEGUNDO): «Asimismo, resaltar el deber que le impone la Ley de acreditar regularmente su competencia profesional y se hace eco de la apelación de la exposición de motivos de la Ley 44/2003, al cumplimiento de los objetivos de la Ley 16/2003, y a la incorporación de la cláusula de progreso al ejercicio de las profesiones sanitarias. Invoca, además, el artículo 33 de esa Ley 44/2003, que afirma el derecho y la obligación de estos profesionales de actualizar y mejorar sus conocimientos, habilidades y actitudes ante la evolución científica y tecnológica. En este sentido, señala que la Orden de 5 de febrero de 1985 del Ministerio de Sanidad constituye un antecedente y exige la evaluación permanente de los jefes de servicio o sección de los Servicios Jerarquizados de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social para mantenerse en el puesto al término del primer y segundo cuatrienio de ejercicio. En fin, afirma que la sentencia, al anular el descenso de nivel y congelar en el que tienen a determinados profesionales por lo que les reste de servicio activo, olvida la naturaleza estatutaria de su relación y la potestad de autoorganización de la Administración».

En definitiva, para la Junta de Andalucía las limitaciones que impone el fallo de la sentencia en la configuración de la carrera profesional impide el establecimiento de un modelo acorde con los principios básicos fijados por la legislación estatal.

prescripciones, coherente con el estado actual de la ciencia y la técnica, [...]». Y en el artículo 8, cuando determina el régimen jurídico de la formación del personal establece: «[...] Dicha acreditación debe renovarse teniendo en cuenta los avances científicos y técnicos. [...]».

¹⁰² Vide F. González Navarro, “La relación jurídica de habilitación para la creación de firma electrónica”, *op. cit.*, pp. 127-128: «Establecido lo que acabo de decir, y retomando el hilo de mi discurso al que pongo ya punto final, debo subrayar algo que, aunque latente en él, inevitablemente habrá aflorado en más de una ocasión en estas páginas: “*les gens de justice*” no podemos desentendernos del reto que nos plantea la evolución tecnológica. No me estoy refiriendo a la necesidad de saber utilizar un ordenador o de adquirir carta de ciudadanía en esa “aldea global” que algunos han dado en llamar Telépolis. Pues, con ser eso necesario, lo que de verdad me importa es que los juristas tomemos conciencia de que eso que llamamos “nuevas tecnologías” no es cosa que deba dejarse exclusivamente en manos de los físicos, de los matemáticos o de los informáticos. La revolución tecnológica reclama una atención del jurista, en cuanto tal, porque lo que está en juego no es sólo un problema de eficacia o de eficiencia en la gestión de los asuntos privados o de los asuntos públicos. Lo que está en juego es el derecho mismo en cuanto instrumento para la libertad. [...]».

Sobre el «compromiso con la organización» como factor del baremo de méritos, «dice que la sentencia vulnera los artículos 10 y 38.b) de la Ley 44/2003, y 40.1 de la Ley 55/2003, pues vinculan la carrera profesional a la implicación en la gestión clínica y a la mejor gestión de las instituciones sanitarias».

El Tribunal Supremo, en el FD CUARTO rechaza la argumentación esgrimida por la Junta de Andalucía. Entre otras cuestiones, pone de manifiesto que la misma, llega a reconocer implícitamente que no hay colisión con la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas y tampoco admite los otros motivos alegados. Pero deseo hacer una mención específica sobre la argumentación del Tribunal Supremo en relación con la formación permanente, los avances científicos y tecnológicos y el modelo de carrera profesional. Especialmente, en lo relativo a la regresión de la misma, pues sobre el particular, afirma:

«[...]». No nos parecen discutibles las consideraciones que hace la Junta de Andalucía sobre el significado que la Ley 44/2003, da a la formación permanente, ni cabe desconocer la importancia que para la asistencia sanitaria tiene el conocimiento y dominio de los avances científicos y tecnológicos. No nos parece que pueda concebirse ningún modelo de carrera profesional que los desconozca. De igual modo, no vemos incompatible con los principios sentados al respecto por las leyes estatales que los correlativos derecho y obligación de los profesionales sanitarios a la formación permanente proclamados por el artículo 33.1 de la Ley 44/2003, vayan acompañados de sistemas de comprobación de la misma. Ahora bien, cosa distinta es que mediante un acuerdo como el que nos ocupa se establezcan requisitos o efectos, no sólo no previstos por la Ley, sino que van más allá de las prescripciones legales.

El artículo 38 de la Ley 44/2003, relaciona el desarrollo de la carrera de los profesionales sanitarios con la superación de diversas evaluaciones de sus conocimientos, competencias, formación continuada acreditada, actividad docente e investigación y, también, de los resultados de su actividad asistencial, de la calidad de la misma y del cumplimiento de los indicadores que para su valoración se hayan establecido e, incluso, de su implicación en la gestión clínica. Ese desarrollo lo concibe esta Ley en forma de adquisición de grado inicial y de sucesivos ascensos, evaluación favorable mediante, hasta el cuarto y último, debiendo transcurrir un mínimo de cinco años desde la anterior positiva para solicitar la correspondiente al siguiente. Ahora bien, su artículo 38.1.c), que contempla expresamente el supuesto de que la evaluación sea negativa, no le atribuye más consecuencia que la imposibilidad de ascender y el reconocimiento al interesado del derecho a solicitar una nueva transcurridos dos años, durante los cuales no podrá ascender.

No hay fundamento legal, por tanto, para asignar a las evaluaciones negativas el efecto de producir el descenso de grado o, si se prefiere, de impedir la conservación del ya adquirido. Y en la medida en que la Ley no contempla esa posibilidad, tampoco admite la de someter el mantenimiento del que ya se tiene a comprobaciones o evaluaciones periódicas. Tales requisitos, por ser restrictivos de derechos,

han de estar previstos en la Ley. Y las aplicables, no sólo no los incluyen sino que, además, orientan el sistema de evaluaciones solamente hacia el ascenso».

Por todo ello, el TS desestima el recurso presentado.

VIII. LA JURISPRUDENCIA INDUCE LA REVISIÓN DEL MODELO DE CARRERA PROFESIONAL EN ANDALUCÍA

La consecuencia inmediata será la revisión del modelo de carrera profesional establecido en Andalucía. Y quizás sea una oportunidad para afrontar las diferencias entre los distintos modelos sanitarios construidos, que tienen ventajas comparativas, pero que también generan disfunciones y desigualdades (homologación automática ante el cambio de Comunidad Autónoma, tiempo mínimo en la categoría, distintas modalidades de autoevaluación, reversibilidad del nivel alcanzado, facultativos de cupo, zona e interinos excluidos, etc.). También para afrontar referencias ineludibles. Por ejemplo, no se valora el mantenimiento de la longitudinalidad. Es decir, el médico general o de familia que ofrece permanencia en el mismo puesto de trabajo a lo largo de décadas, y cuando además, proporciona en muchos casos una polivalencia que permite dar respuesta a la mayor parte de los problemas de salud del paciente y de su familia (seguimientos de embarazo, cirugía menor, terapia de familia, atención a enfermos terminales en domicilio, etc.). En la carrera profesional este aspecto se ignora y podría servir como indicador del desempeño clínico.

En materia de promoción interna también se plantea una problemática especial, cuyo vacío normativo en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud es patente. Me estoy refiriendo a aquellos supuestos en los que los servicios prestados en funciones superiores a los de su categoría de origen, son computables o no, a los efectos de la carrera profesional. Y si es así, en que categoría deben computarse.

El EMPES establece:

«Artículo 35. Promoción interna temporal.

1. Por necesidades del servicio y en los supuestos y bajo los requisitos que al efecto se establezcan en cada servicio de salud, se podrá ofrecer al personal estatutario fijo el desempeño temporal, y con carácter voluntario, de funciones correspondientes a nombramientos de una categoría del mismo nivel de titulación o de nivel superior, siempre que ostente la titulación correspondiente. Estos procedimientos serán objeto de negociación en las mesas correspondientes.

2. Durante el tiempo en que realice funciones en promoción interna temporal, el interesado se mantendrá en servicio activo en su categoría de origen, y percibirá las retribuciones correspondientes a las funciones efectivamente desempeñadas, con excepción de los trienios, que serán los correspondientes a su nombramiento original.

3. El ejercicio de funciones en promoción interna temporal no supondrá la consolidación de derecho alguno de carácter retributivo o en relación con la obtención de nuevo nombramiento, sin perjuicio de su posible consideración como mérito en los sistemas de promoción interna previstos en el artículo anterior».

Una interpretación, avalada incluso por resoluciones judiciales, determina que si el interesado está, en estos casos, en su categoría de origen en servicio activo, es evidente, que el tiempo en situación de mejora de empleo debe computarle a efectos de carrera en su categoría inicial; porque en otro caso se estaría contraviniendo el artículo 35.2 EMPRESS. Además, siguiendo literalmente esta interpretación, la mejora supondría más bien un empeoramiento de su situación, si se considerara que esos servicios en mejora de empleo no le sirven a efectos de su categoría inferior. Y tal y como refiere la STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de abril de 2012 (FD SEGUNDO): «[...] Ni siquiera es preciso plantear por hipótesis la posible ilegalidad del decreto, porque el actor se halla en situación de activo en su categoría de origen, que es para la que reclama que se le compute el tiempo a efectos de la adquisición de grado. Y es que además el artículo 14.2.1 dice que el personal en promoción interna temporal (mejora de empleo; es el caso del actor) sólo podrá acceder al desarrollo profesional en la categoría en la que tiene nombramiento fijo y tendrá derecho a percibir el complemento de desarrollo profesional de esa categoría. Es decir, este precepto presupone que el personal en mejora de empleo sí puede acceder a la carrera profesional, si bien en la categoría en que tiene su nombramiento fijo. La interpretación de la demandada niega que el personal en mejora de empleo tenga derecho a la carrera profesional, y esto no es lógico y es lo contrario de lo que se deriva del precepto transcrito».

Es cierto que su situación administrativa en la categoría de origen es la de servicio activo, y con excepción de los trienios, percibirán las retribuciones que correspondan al puesto que estén desarrollando. Pero es indudable que se penaliza doblemente a este personal contraviniendo el espíritu de la carrera profesional.

¿Qué sucede cuando una promoción interna profesional desarrolla su trabajo en un puesto vacante durante 5, 10, 15, 20 o más años, de modo continuado? Es asumible que siga formándose y desarrollando su carrera profesional en la categoría de origen. ¿Es lógico? ¿Es lo que conviene al trabajador y a la propia Administración para la que presta sus servicios?

Imaginemos que un licenciado o graduado en medicina y cirugía tiene plaza en propiedad como celador. Debo recordar que el EMPRESS establece de modo expreso, que se podrá optar a la promoción interna, sin perjuicio del número de niveles existentes entre ambos títulos¹⁰³. Si este celador, accede a una vacante de facultativo, y esta situación se pro-

¹⁰³ Vide Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre de 2003), artículo 50, apartado tres, por el que se modifica la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que da nueva redacción al apartado 2 del artículo 22 quedando de la siguiente manera: «A propuesta del Ministro de Administraciones Públicas, el Gobierno podrá determinar

longa. ¿Es asumible no fomentar la asunción y desarrollo de capacidades y competencias en el puesto de facultativo? ¿Beneficia esta situación a alguien? ¿Es lógico, sumar a la penalización de los trienios, la de la carrera profesional? Mi respuesta es negativa, aunque en este trabajo, –por razones obvias de exceso de extensión– no pueda desarrollar más la argumentación que la avala.

Estos son sólo dos supuestos, pero hay más. Todos ellos deberán ser objeto de estudio y revisión en el nuevo modelo de carrera profesional que está por venir.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRA ÁVILA, J. M.: “Estatuto Marco y Estatuto Básico”, *REDA*, 148, 2010.

ARAGO, I. M.: “Historia del hospital”, *Revista del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona*, 3, 1958.

BOHIGAS, L.: “La acreditación de hospitales: Un paso hacia la liberalización del mercado hospitalario español”, en AAVV, *La regulación de los servicios sanitarios en España*, Cívitas, Madrid, 1997.

CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en L. Ortega Álvarez (dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2007.

CASTILLO BLANCO, F.: “El EBEP: ¿hasta dónde llegan las bases? El sistema de empleo público en un gobierno multinivel”, Ponencia presentada en el *III Congreso de Profesores de Derecho Administrativo*, Granada, febrero, 2008.

CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.: “La incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el régimen jurídico del personal estatutario de los servicios de salud: problemas de solapamiento normativo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, versión electrónica, 2007.

los cuerpos y escalas de la Administración del Estado a los que podrán acceder los funcionarios pertenecientes a otros de su mismo grupo siempre que desempeñen funciones sustancialmente coincidentes o análogas en su contenido profesional y en su nivel técnico, se deriven ventajas para la gestión de los servicios, se encuentren en posesión de la titulación requerida, hayan prestado servicios efectivos durante al menos dos años como funcionarios de carrera en cuerpos o escalas del mismo grupo de titulación al del cuerpo o escala a la que pretendan acceder y superen las correspondientes pruebas». En el ámbito del Servicio Andaluz de Salud, no hay limitación alguna.

DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: “El sistema normativo de la relación de servicios del personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, vol. V, 2000.

EMBED IRUJO, A.: “Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en la normativa de las Comunidades Autónomas”, *REDA*, 137, 2008.

ESTEVE PARDO, J.: *Técnica, riesgo y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1999.

FÉREZ FERNÁNDEZ, M.: “El modelo de gestión de los recursos humanos en el ámbito local”, en A. Palomar Olmeda (coord.), *El Estatuto Básico del empleado público y su incidencia en el ámbito local*, CEMCI, Granada, 2007.

FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J.: “El Estatuto Básico del empleado público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público”, *REDA*, 139, 2008.

FERRER ROCA, O.: *La telemedicina: Situación actual y perspectivas*, Fundación Retevisión, Madrid, 2001.

GARRIDO FALLA, F.: “Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa”, *REDA*, 94, 1997.

GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Derecho Administrativo Español*, Eunsa, Pamplona, 1993.

GONZÁLEZ NAVARRO, F.: “La Universidad en la que yo creo”, *RAP*, 153, 2000.

GONZÁLEZ NAVARRO, F.: “La relación jurídica de habilitación para la creación de firma electrónica”, *Libro Homenaje al profesor doctor Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, pro-manuscrito.

GONZÁLEZ SALINAS, P.: “La relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud y la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *REDA*, 125, 2005.

HERRERO de MIÑÓN, M. y FERNÁNDEZ del VALLADO, J.: *Especialización y profesión médica. La garantía constitucional de las profesiones tituladas y la especialización médica según la jurisprudencia*, Cívitas, Madrid, 1997.

JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público”, en S. del Rey Guanter (dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008.

JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO de ALBORNOZ, A.: “Responsabilidad administrativa por culpa ‘in vigilando’ o ‘in ommittendo’”, *Poder Judicial*, 2, 1986.

LAGUNA DE PAZ, J. C.: “Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado”, *RAP*, 155, 2001.

LETE ACHIRICA, J.: “Los riesgos del desarrollo en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1997”, *Actualidad Civil*, 27, 1998.

LÓPEZ MENUDO, F.: “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso: Un paso adelante en la definición del sistema”, *RAAP*, 36, 1999.

MALARET i GARCÍA, E.: “El Estatuto Básico del Empleado Público, la modernización administrativa en el Estado de las Autonomías: un proceso en construcción”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 84, 2009.

MARTÍN BERNAL, J. M.: *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*, La Ley, Madrid, 1998.

MARTÍN GONZÁLEZ, M.: *Sanidad pública: Concepto y encuadramiento*, vol. I, Ministerio de la Gobernación, Madrid, 1970.

MARTÍN REBOLLO, L.: “Empleo público. Estudio preliminar”, en *Leyes Administrativas*, Thomson-Aranzadi, 13ª ed., Pamplona, 2007.

MERINO MOLINS, V.: “La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de la sanidad”, *Actualidad Administrativa*, 6, 2003.

MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Cívitas, Madrid, 2000.

MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I.: “Ordenamiento jurídico actual: habilitación, competencias, desarrollo, supletoriedad”, *Derecho y Salud*, 2006.

MUÑOZ MACHADO, S.: *La sanidad pública en España (Evolución histórica y situación actual)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975.

ORTEGA ÁLVAREZ, L.: “Introducción general a los comentarios sobre el Estatuto Básico del Empleado Público”, en L. Ortega Álvarez (dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2007.

ORTOLÁ NAVARRO, S.: “Responsabilidad de la Administración por funcionamiento anormal del servicio público consistente en la negligencia en el cumplimiento de los deberes de policía, inspección y ejecución en materia de navegación aérea”, *REDA*, 2, 1974.

PALOMAR OLMEDA, A.: “El fuero jurisdiccional de enjuiciamiento de las cuestiones de aplicación del régimen estatutario del personal sanitario”, *Aranzadi Social*, vol. II, 2005.

PALOMAR OLMEDA, A.: “Comentario al artículo 2”, en A. Palomar Olmeda y A. V. Sempere Navarro (dirs.), *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006.

PÉREZ GÁLVEZ, J. F.: *Creación y regulación de centros y establecimientos sanitarios*, Bosch, Barcelona, 2003.

PÉREZ GÁLVEZ, J. F.: *Comentarios al estatuto del personal estatutario de los servicios de salud*, Tomo I y II, Bosch, Barcelona, 2004.

PÉREZ GÁLVEZ, J. F.: “Incidencia de las nuevas tecnologías en el procedimiento administrativo español”, en J. F. Alenza García y J. A. Razquin Lizarraga (dirs.), *Organización y procedimientos administrativos*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

PÉREZ GÁLVEZ, J. F.: *Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el acceso al empleo del personal de los servicios de salud*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2011.

PÉREZ GÁLVEZ, J. F.: “La condena penal de inhabilitación especial y su incidencia en la relación funcional [Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional, (Sala de la Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 25 de enero de 2012]”, *Boletín de Función Pública del Instituto Nacional de Administración Pública*, 10, 2012.

PÉREZ GÁLVEZ, J. F.: “Bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 84, 2012.

PRATS i CATALÁ, J.: “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público”, *Documentación Administrativa*, 241-242, 1995.

PUIG i JUNOY, J.: “Innovación tecnológica y mercado sanitario: De la macro-regulación a la micro-regulación”, en *Cambios en la regulación sanitaria*, Asociación Española de Economía de la Salud, Barcelona, 1995.

PUIG i JUNOY, J. y DALMAU i MATARRODONA, E.: “Regulación de la innovación tecnológica en el mercado sanitario: Una valoración de la efectividad de los instrumentos”, en *La regulación de los servicios sanitarios en España*, Cívitas, Madrid, 1997.

RIAZA, J. M.: *Ciencia moderna y filosofía. Introducción fisicoquímica y matemática*, 3ª ed., Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1969.

ROMERO COLOMA, A. M.: *La medicina ante los derechos del paciente*, Montecorvo, Madrid, 2002.

SÁENZ ORTIZ, R.: "El Estatuto Básico del Empleado Público", *XXIV Encuentro anual de Servicios Jurídicos de Comunidades Autónomas*, Logroño, 9-12 de mayo de 2007, Logroño, 2008.

SALVADOR CODERCH, P. y SOLE FELIU, J.: *Brujos y aprendices. Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad del producto*, Marcial Pons, Barcelona, 1999.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: "Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público", en AAVV, *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Universidad de Zaragoza, 2007.

SERIGO SEGARRA, A. y PORRAS ORÚE, P.: *La planificación de la asistencia hospitalaria en España*, Patronato Nacional de Asistencia Psiquiátrica, Madrid, 1966.

Capítulo V. DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EN EL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA

Roberto Galán Vioque

I. INTRODUCCIÓN

El Sistema Sanitario Público de Andalucía ha experimentado una profunda transformación desde que se produjo el traspaso de las competencias sanitarias a nuestra Comunidad Autónoma a principios de los años ochenta, ya del siglo pasado. Hoy en día es uno de los más avanzados de nuestro país, homologable al de cualquiera de los países de nuestro entorno.

Han sido, desde luego, muchos los factores que han permitido conseguir estos resultados. Es indudable que se ha hecho un esfuerzo muy importante en la contratación y en la formación de personal sanitario, cada vez más cualificado, y que se han hecho fuertes inversiones en infraestructuras sanitarias. Que ahora desgraciadamente están amenazadas como consecuencia de la crisis económica y las limitaciones que se están imponiendo al gasto público. Pero ha sido también trascendental que nuestro sistema sanitario público haya sido capaz de interiorizar la importancia que tiene la dimensión subjetiva de la asistencia sanitaria. Esto es, que hay que tener en cuenta la relevancia que tiene el paciente, su dignidad como persona y sus necesidades médicas, como eje del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

Vamos a abordar en este capítulo el conjunto de los derechos que los ciudadanos tienen en Andalucía respecto al sistema sanitario público partiendo de la legislación sanitaria andaluza y en el marco de la legislación básica estatal.

II. ALCANCE DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EN EL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA

El artículo 6.1 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía (en adelante LSA), dentro del Capítulo I de su Título I que lleva por rúbrica *Derechos de los ciudadanos*, enumera una larga lista de derechos que corresponden a los ciudadanos respecto de los servicios sanitarios públicos en Andalucía¹. Este precepto es un claro reflejo de lo que De La

¹ Este precepto dispone que “[l]os ciudadanos, al amparo de esta Ley, son titulares y disfrutan, con respecto a los servicios sanitarios públicos en Andalucía, de los siguientes derechos:

- a) A las prestaciones y servicios de salud individual y colectiva, de conformidad con lo dispuesto en la normativa vigente.
- b) Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que puedan ser discriminados por razón alguna.
- c) A la información sobre los factores, situaciones y causas de riesgo para la salud individual y colectiva.
- d) A la información sobre los servicios y prestaciones sanitarios a que pueden acceder y, sobre los requisitos necesarios para su uso.
- e) A disponer de información sobre el coste económico de las prestaciones y servicios recibidos.
- f) A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y su estancia en cualquier centro sanitario.
- g) A ser advertidos de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y tratamiento que se les apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud.
En todo caso, será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la dirección del correspondiente centro sanitario.
- h) A que se le dé información adecuada y comprensible sobre su proceso, incluyendo el diagnóstico, el pronóstico, así como los riesgos, beneficios y alternativas de tratamiento.
- i) A que se les extienda certificado acreditativo de su estado de salud, cuando así lo soliciten.
- j) A que quede constancia por escrito o en soporte técnico adecuado de todo su proceso. Al finalizar la estancia en una institución sanitaria, el paciente, familiar o persona a él allegada recibirá su informe de alta.
- k) Al acceso a su historial clínico.
- l) A la libre elección de médico, otros profesionales sanitarios, servicio y centro sanitario en los términos que reglamentariamente estén establecidos.
- m) A que se les garantice, en el ámbito territorial de Andalucía, que tendrán acceso a las prestaciones sanitarias en un tiempo máximo, en los términos y plazos que reglamentariamente se determinen.
- n) A que se les asigne un médico, cuyo nombre se les dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad.
- ñ) A que se respete su libre decisión sobre la atención sanitaria que se le dispense, previo consentimiento informado, excepto en los siguientes casos:
 1. Cuando exista un riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas, siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.
 2. Cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la persona enferma y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, lo dispuesto en su declaración de voluntad vital anticipada y, si no existiera esta, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a ella.
- o) A disponer de una segunda opinión facultativa sobre su proceso, en los términos en que reglamentariamente esté establecido.
- p) A negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el epígrafe ñ) 1º de este artículo y previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8, apartado 6, de esta Ley.

Cuadra Salcedo ha calificado como un proceso de subjetivación de la sanidad en España que define como “*el cambio de perspectiva desde lo objetivo (el sistema o el instrumento –el sistema sanitario–) a lo subjetivo (los derechos de quienes quedan comprendidos dentro del artículo 3 de la Ley 16/2003)*” que vendría exigido “*no tanto como consecuencia de los derechos fundamentales, que desde luego es evidente que están presentes, sino como consecuencia de la culminación del proceso de descentralización en la materia*”². Para este autor, en la medida que el Estado ya no gestiona la sanidad pública, salvo la sanidad exterior, la legislación estatal básica tiene que prestar una mayor atención a los derechos de los ciudadanos frente a la actividad sanitaria que ahora es responsabilidad de las Comunidades Autónomas desde la culminación del traspaso de competencias que se produjo en materia de asistencia sanitaria en el año 2001³. Andalucía como recibió estas competencias tempranamente ya se ocupó de anticipar esta subjetivación de su sistema sanitario público estableciendo un régimen jurídico de los ciudadanos en relación con la asistencia sanitaria pública.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que cuando se aprobó la LSA el marco legal básico estatal estaba conformado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS)⁴ que, precisamente, tenía como finalidad principal la de articular un nuevo modelo de organización administrativa del sistema sanitario público en el que se pudieran integrar los sistemas autonómicos de salud que se fueron creando a medida que se efectuaron los primeros traspasos en materia sanitaria. A la regulación de los derechos de los usuarios frente a las Administraciones sanitarias, y también de sus obligaciones, le dedica sus artículos 9 a 11 pero, como se ha señalado⁵, presentaba importantes lagunas⁶. A la

q) A la participación en los servicios y actividades sanitarios, a través de los cauces previstos en esta Ley y en cuantas disposiciones la desarrollen.

r) A la utilización de las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias, así como a recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente estén establecidos.

s) A disponer, en todos los centros y establecimientos sanitarios, de una carta de derechos y deberes por los que ha de regirse su relación con los mismos”.

² En su “Igualdad, derecho de los pacientes y cohesión del sistema nacional de salud”, L. Parejo, A. Palomar y M. Vaquer, *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons-Departamento de Derecho Público del Estado, Madrid-Barcelona, 2004, p. 12.

³ Vid. sobre este punto a J. A. Pemán Gavín, “La culminación del proceso de descentralización de la sanidad española. El Sistema Nacional de Salud tras el cierre de las transferencias y la aplicación del nuevo sistema de financiación”, *Informe de las Comunidades Autónomas*, 2001, Institut de Dret Public, Barcelona, 2002, pp. 651-696.

⁴ Su artículo 2 estableció el carácter básico de la mayor parte de su articulado.

⁵ M. de la E. González Hernández, *La protección de los derechos de los pacientes en la Unión Europea: Legislación comparada*, Editorial de la Universidad de Granada, 2010, p. 18 (Esta tesis doctoral se puede consultar en <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/4871/1/18655890.pdf>).

⁶ Cfr. M. Beato Espejo, “Derecho de los usuarios de los servicios sanitarios a los diez años de la aprobación de la Ley General de Sanidad”, *Revista de Administración Pública*, nº 141, 1996, pp. 22-60.

LGS le seguirían tres nuevas leyes estatales que terminaría por cerrar el marco jurídico básico estatal relativo a los derechos de los ciudadanos respecto de los servicios sanitarios públicos.

La primera de estas Leyes, 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 (LBAP), sería la de mayor relevancia. Su finalidad principal, según reza en su exposición de motivos, fue la de efectuar “una adaptación de la Ley General de Sanidad con el objetivo de aclarar la situación jurídica y los derechos y obligaciones de los profesionales sanitarios, de los ciudadanos y de las instituciones sanitarias”⁷. La LBAP, como ha señalado Pemán Gavín⁸, constituye una *rara avis* legislativa por cuanto no procede de una iniciativa legislativa gubernamental, sino que fue el fruto de un trabajo consensuado entre las distintas formaciones parlamentarias que tuvo su origen en el Senado. Esta Ley buscaba garantizar la autonomía del paciente, llegado el caso de sus representantes, a la hora de tomar las decisiones médicas que le afectan sobre la base de disponer de la información asistencial adecuada. Aparte de regular una cuestión tan sensible como es la de la historia clínica de los pacientes. Su impacto sobre la LSA fue, por lo tanto, notable por lo que se refiere a los derechos de los ciudadanos en relación con la toma de decisiones en el ámbito sanitario.

La posterior Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS), tuvo un objetivo completamente distinto. Después de que se cerrase el traspaso de la sanidad a todas las Comunidades Autónomas, con la excepción de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, era necesario “rearmar” el modelo de la gestión de la sanidad pública para que la Administración General del Estado, a través del que hoy se denomina Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, pudiera garantizar la igualdad de la asistencia sanitaria pública en toda España. Esta preocupación por la igualdad de las prestaciones sanitarias dentro del Sistema Nacional de Salud⁹ se trataría de asegurar con el reforzamiento del papel del Consejo Interterritorial de Sistema Nacional de Salud¹⁰, que fue la pieza clave de una ley que, en contra de lo que suele suceder cuando un partido

⁷ Sobre el alcance de esta Ley véase *in extenso* a J. A. Seoane Rodríguez, “El significado de la Ley Básica de Autonomía del Paciente (Ley 41/2002, de 14 de noviembre) en el sistema jurídico-sanitario español: una propuesta de interpretación”, *Derecho y Salud*, vol. 12, n° 1, 2004, pp. 41-60.

⁸ *Cfr. Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Biblioteca de derecho y ciencias de la vida-Comares, Granada, 2005, p. 265.

⁹ A la que se refiere J. M. PEMÁN GAVÍN, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Biblioteca de derecho y ciencias de la vida-Comares, Granada, 2005, p. 227.

¹⁰ *Vid.* M. VAQUER CABALLERÍA, “La coordinación y el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud”, L. Parejo, A. Palomar y M. Vaquer, *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, *op. cit.*, pp. 111-136.

goza de mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados¹¹, fue aprobado con el consenso de todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria. Pero la LCCSNS no se olvidó de los derechos de los que en su versión original calificaba como titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria¹². Al contrario, introdujo una serie de garantías que trataban de garantizar que en toda España las prestaciones sanitarias se iban a poder recibir en condiciones de igualdad¹³ dentro del sistema sanitario público. Es más, esta Ley curiosamente vino a generalizar para todo el Sistema Nacional de Salud algunos derechos que unilateralmente habían ido reconociendo las Comunidades Autónomas que habían recibido las competencias de sanidad en un primer momento. Así sucedió respecto de la Comunidad Autónoma de Andalucía con el derecho a disponer de una segunda opinión facultativa¹⁴. El artículo 28.1 de la LCCSNS incorporó este derecho dentro del Sistema Nacional de Salud al disponer que las “*instituciones asistenciales velarán por la adecuación de su organización para facilitar la libre elección de facultativo y una segunda opinión en los términos que reglamentariamente se establezcan*”. Aunque este desarrollo reglamentario aún no se ha producido a nivel estatal por lo que el derecho a una segunda opinión médica no es exigible en todo el sistema nacional de salud. Lo mismo sucedió con la garantía de acceso a las prestaciones sanitarias en un plazo máximo que novedosamente introdujo la LSA¹⁵. La LCCSNS instauró una garantía de tiempo¹⁶ para establecer un tiempo máximo para el acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que ha sido objeto de un desarrollo reglamentario, aunque muy modesto¹⁷.

¹¹ Como sucedía con el Partido Popular en la VI Legislatura.

¹² Artículo 3 de la LCCSNS antes de que fuera modificado por el 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.

¹³ Artículos 23 a 29 LCCSNS. Véase a J. Vida Fernández, “Las prestaciones del SNS: Catálogo de prestaciones y cartera de servicios”, L. Parejo, A. Palomar y M. Vaquer, *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, op. cit., pp. 90 y ss.

¹⁴ Este derecho a la segunda opinión médica se introdujo en la letra o) del artículo 6.1 LSA y se encuentra desarrollado reglamentariamente por medio del Decreto 127/2003, de 13 de mayo, que establece el ejercicio de derecho a la segunda opinión médica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía que más adelante se analizará.

¹⁵ Previsto en la letra m) del artículo 6.1 LSA y desarrollado reglamentariamente por medio de los Decretos 209/2001, de 18 de septiembre, por el que se establece la garantía de plazo de respuesta quirúrgica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía y 96/2004, de 9 de marzo, por el que se establece la garantía de plazo de respuesta en procesos asistenciales, primeras consultas de asistencia especializada y procedimientos diagnósticos en el Sistema Sanitario Público de Andalucía, que se analizarán en otro Capítulo VI de esta obra.

¹⁶ Artículo 25. Como destaca J. M. Pemán Gavín, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, op. cit., p. 242.

¹⁷ Real Decreto 1039/2011, de 15 de julio, que establece los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

El último hito en la evolución de la legislación estatal en materia de sanidad, largamente esperado¹⁸, ha venido representada por la aprobación de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP). Con esta Ley se cierra el círculo de los derechos y deberes de los ciudadanos en el ámbito de la sanidad integrando los aspectos relativos a la salud pública. Esta Ley define a 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*”¹⁹, dentro de las actuaciones del Sistema Nacional de Salud. El Parlamento de Andalucía que estaba tramitando simultáneamente a las Cortes Generales un proyecto de ley de Salud pública de Andalucía, acabó finalmente aprobándola en su Ley 16/2011, de 23 de diciembre (LSPA), que debido a esta coincidencia no recogió ninguna referencia a la LGSP.

Tampoco se puede olvidar, como ya se ha analizado en esta obra²⁰, que el vigente Estatuto de Autonomía de Andalucía (EAA) aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, introdujo en el apartado 2 de su artículo 22, que regula el derecho a la salud, una también larga lista de derechos de los pacientes y usuarios del sistema andaluz de salud²¹ en la que se recogen derechos que ya están reconocidos en nuestra Comunidad Autónoma y se añade alguno nuevo como el “*consejo genético y la medicina predictiva*”²². Aunque

¹⁸ C. Cierco Seira, “La necesaria actualización de la legislación española en materia de salud pública”, *Derecho y Salud*, vol. 17, nº Extra 1, 2009, pp. 23-45 ya advirtió proféticamente que la necesaria regulación de la salud pública no tendría efectos si no venía acompañada de medios para su aplicación. Más en extenso véase la obra también de C. Cierco Seira, *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Biblioteca de derecho y ciencias de la vida-Comares, Granada, 2005.

¹⁹ Artículo 1 *in fine*.

²⁰ En su Capítulo I.

²¹ Este precepto estatutario dispone que “[l]os 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.

²² Letra f) del artículo 22.1 del EAA que fue desarrollado por la 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

teóricamente estos derechos vincularían a los poderes públicos andaluces ex artículo 38 del EAA, el apartado 4 de su artículo 22 dispone cautamente que las condiciones del ejercicio de estos derechos se tendrán que establecer legamente.

Por otra parte, cuando se recoge en este mismo precepto el derecho a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes para las “*personas con enfermedad mental, las que padezcan enfermedades crónicas e invalidantes y las que pertenezcan a grupos específicos reconocidos sanitariamente como de riesgo*”²³ lo que se está haciendo en realidad es reconocer a nivel estatutario un mandato que ya había impuesto el Legislador sectorial andaluz. Así, habría que citar a las Leyes 4/1997, de 9 de julio, de Prevención y Asistencia en Drogodependencias de Andalucía [artículo 13.a)]; la 1/1998, de 20 de abril, del Menor de Andalucía; la 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores de Andalucía (artículo 27); la 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género y la 10/2010, de 15 de noviembre, de Asistencia a las Víctimas del Terrorismo de Andalucía (artículo 10).

Todo este conjunto de normas, tanto estatales como andaluzas y legales y reglamentarias, conforman los derechos que los ciudadanos tienen en Andalucía respecto de su sistema sanitario público que no coincide, ni tiene porqué coincidir, con el de otros sistemas sanitarios autonómicos. Para su desarrollo vamos a sistematizar estos derechos en cuatro bloques distintos: el relativo al acceso a las prestaciones sanitarias, el derecho a la información en el ámbito de la sanidad, el derecho a poder tomar decisiones médicas por el paciente o sus representantes y el respeto a su dignidad y privacidad con respecto a las actuaciones sanitarias.

Estos derechos que se reconocen en relación con la asistencia sanitaria tienen su contrapeso en la previsión de una serie de obligaciones que se recogen tanto en la LGS como en la LSA. El artículo 11 de la LGS establece tres tipos de obligaciones de los ciudadanos en relación con el Sistema Nacional de Salud como son las de cumplir las prescripciones generales de naturaleza sanitaria comunes para toda la población y las específicas determinadas por los Servicios Sanitarios; cuidar las instalaciones sanitarias y colaborar en el mantenimiento de su habitabilidad y responsabilizarse del uso adecuado de las prestaciones ofrecidas por el sistema sanitario fundamentalmente en el ámbito laboral. Estas obligaciones se reiteran en la LSA que añade también el deber de cumplir las normas y procedimientos de uso y acceso a los derechos derivados de esta Ley y a mantener el debido respeto a las normas establecidas en cada centro sanitario y a su personal²⁴. En el ámbito de la salud pública, la LGSP impone a los ciudadanos el deber de colaborar con las Administraciones sanitarias para facilitar “*el desarrollo de las actuaciones de salud*

de los Bancos de ADN Humano en Andalucía.

²³ Apartado 3 del artículo 22 EAA.

²⁴ Apartados 4 y 5 del artículo 8 LSA.

pública” y el de abstenerse “de realizar conductas que dificulten, impidan o falseen su ejecución”²⁵. También están obligado a comunicarles los hechos, datos o circunstancias que puedan constituir un riesgo o peligro grave para la salud de la población, sin perjuicio de las obligaciones de comunicación e información que corresponden a los profesionales sanitarios²⁶. Lo que prácticamente se reproduce en la LSPA²⁷.

Para garantizar la efectividad de los derechos que reconoce, la LSA parece confiar en el desarrollo reglamentario que de ella haga el Consejo de Gobierno de Andalucía y en la previsión de un régimen sancionador para aquellas acciones u omisiones que dificultan o impiden “el disfrute de cualquiera de los derechos reconocidos en el Título II de la presente Ley a los ciudadanos, respecto a los servicios sanitarios públicos o privados” que califica como infracción grave [artículo 25.1.a)]. Por supuesto que todas estas presumibles garantías son independientes de las reclamaciones e impugnaciones que, tanto en vía administrativa²⁸ como judicialmente, se puedan hacer valer por los ciudadanos afectados. Aunque debido a la propia naturaleza de las prestaciones sanitarias públicas la litigiosidad prácticamente se ha reducido a los supuestos de exigencia de responsabilidad patrimonial al Servicio Andaluz de Salud por negligencia médica y a cuestiones relativas al personal que presta sus servicios en la sanidad pública andaluza.

Estos derechos son, por supuesto, aplicables íntegramente dentro del Sistema Sanitario Público de Andalucía con independencia de la forma, pública o privada, en que se gestione su servicios sanitarios²⁹. Pero también, aunque no todos, en el ámbito de las instituciones sanitarias privadas tal y como disponen los artículos 10.15 de la LGS y 6.5 de la LSA.

²⁵ Artículo 8.

²⁶ Artículo 9.

²⁷ Su artículo 18 dispone, bajo la rúbrica de Obligaciones de la ciudadanía en materia de salud pública, que la “población en Andalucía, en materia de salud pública, deberá:

- a) 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.
- b) 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) No causar, voluntariamente o por negligencia grave, un peligro para la salud de otras personas.
- d) Hacer un uso responsable de las prestaciones y servicios públicos.
- e) Poner en conocimiento de las autoridades sanitarias cualquier evento o situación que pueda constituir una emergencia de salud pública.
- f) 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”.

²⁸ Derecho que se recoge expresamente en la letra r) del artículo 6.1 LSA.

²⁹ Sobre esta cuestión véase a L. Tolivar Alas, “Derechos de los pacientes y usuarios ante la gestión privada de servicios sanitarios”, *Derecho y Salud*, vol. 15, nº Extra 1, 2007, pp. 43-62.

III. EL DERECHO A ACCEDER A LAS PRESTACIONES SANITARIAS INDIVIDUALES Y COLECTIVAS EN ANDALUCÍA

Lógicamente, el principal derecho que se puede tener en relación con el Sistema Sanitario Público de Andalucía, lo que constituye su razón de ser, es poder acceder a las prestaciones sanitarias para la curación o la prevención de las enfermedades. Coherentemente tanto el artículo 22.2 del EAA como el artículo 6.1 de la LSA sitúan en primer lugar, entre los derechos de los ciudadanos en el ámbito de la sanidad pública andaluza, el acceso a las prestaciones sanitarias. Lo que no hace la LGS.

En este epígrafe vamos a abordar una cuestión, hasta hace poco pacífica, como es la determinación de las personas que son titulares del derecho a la asistencia sanitaria pública y a analizar cuál pueda ser el alcance y el contenido de las prestaciones sanitarias que ofrezca el Sistema Público de Salud de Andalucía.

1. Titulares de la asistencia sanitaria en Andalucía

Nuestra Constitución proclama enfáticamente, en su artículo 43.1, que se *“reconoce el derecho a la protección a la salud”* y más enérgicamente el Estatuto andaluz añade que la garantía de este derecho se hará *“mediante un sistema sanitario público de carácter universal”*³⁰. Nuestro ordenamiento jurídico, como señala entre otros DE LA CUADRASALCEDO³¹, ha seguido una tendencia a la universalización que se inició con la LGS³² y que teóricamente se iba a alcanzar definitivamente con la LGSP en cuya disposición adicional sexta se estableció una extensión del *“derecho al 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”*.

Esta tendencia hacia la universalización de la asistencia sanitaria pública se ha visto abruptamente cortada con la aprobación 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 (Real Decreto-Ley 16/2012), que, con un título desde luego engañoso y sin ningún consenso político, acomete una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud que afecta, entre otros aspectos, al ámbito de las personas que van a tener derecho a una asistencia sanitaria pública. El nuevo artículo 3 de la LCCSNS establece

³⁰ Artículo 22.1 *in fine*.

³¹ En *“Igualdad, derecho de los pacientes y cohesión del sistema nacional de salud”*, L. Parejo, A. Palomar y M. Vaquer, *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, *op. cit.*, p. 19 y también A. Menéndez Rexach, *“El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas”*, *Derecho y Salud*, vol. 11, nº Extra 1, 2003, p. 22 y J. M. Pemán Gavín, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, *op. cit.*, p. 230.

³² Artículo 1 y disposición transitoria tercera LGS.

ahora que para tener derecho a recibir prestaciones sanitarias con cargo a fondos públicos financiadas a través del Sistema Nacional de Salud hay que tener reconocida la condición de asegurado y en ella se encontrarían quienes sean trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta; quienes ostenten la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social; los que sean perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo y, por último, quienes hayan agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figuren inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.

Además, tendrán la condición de beneficiarios de un asegurado, siempre que residan en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%.

Fuera de estos supuestos y sólo para las personas con nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea³³, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y para los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, se les podrá reconocer la condición de asegurado siempre que acrediten que no tengan ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía³⁴.

Para asegurarse la aplicación de esta medida se atribuye a la Administración General del Estado, a través del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina, el reconocimiento y el control de la condición de asegurado o de beneficiario del Sistema Nacional de Salud³⁵.

³³ Sobre el acceso de los ciudadanos de la Unión Europea al Sistema Nacional de Salud puede verse a J. Huelin Martínez de Velasco, "La libertad de circulación de los enfermos en la Unión Europea: del turismo sanitario al reintegro de gastos", *Derecho y Salud*, vol. 21, nº Extra 1, 2011, pp. 85-95 también publicado con un título algo distinto en *El fenómeno del turismo sanitario: la libertad de circulación de los enfermos en la Unión Europea*, J. Tomillo Urbina y J. Cayón de las Cuevas (dirs.), *Estudios sobre Derecho de la Salud*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 91-109; P. J. Ortiz de Elgea Goicoechea, "La asistencia sanitaria en la Unión Europea y la libre circulación de usuarios", *Derecho y Salud*, vol. 11, nº Extra 1, 2003, pp. 63-76; J. Pemán Gavín, "Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios: sobre la libre circulación de pacientes en el espacio comunitario europeo (A propósito de la sentencia Smits y Peerbooms del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)", *Revista de Administración Pública*, nº 160, 2003, pp. 123-166 y C. Rodríguez Medina, *Salud pública y Asistencia sanitaria en la Unión Europea. Una Unión más cercana al ciudadano*, Biblioteca de derecho y ciencias de la vida-Comares, Granada, 2007.

³⁴ Artículo 2.1.b) del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, que regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

³⁵ Artículo 3 bis LCCSNS.

Se trata de una medida de “recorte” del gasto público, en este caso sanitario, ya que permite dejar fuera del Sistema Nacional de Salud, y por lo tanto de su financiación, de un conjunto de personas que hasta entonces tenían derecho a recibir las prestaciones sanitarias públicas. Lógicamente el impacto de la medida tiene una incidencia mayor entre los extranjeros en España que se encuentren en una situación irregular³⁶. Para este colectivo la LCCSNS sólo prevé que podrán recibir asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica; de asistencia al embarazo, parto y postparto y que en todo caso los extranjeros menores de dieciocho años recibirán la misma asistencia sanitaria que los españoles³⁷. Aparte de poder optar, como el resto de las personas excluidas por el Real Decreto-Ley 16/2012, del Sistema Nacional de Salud, a recibir sus prestaciones sanitarias mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota tras la suscripción de un convenio especial³⁸.

En definitiva, se trata de un replanteamiento del sistema que había ido progresivamente separándose del régimen de las Seguridad Social y que ahora vuelve a sus orígenes al vincular el acceso a las prestaciones sanitarias a estar afiliado a la Seguridad Social o a encontrarse en una situación asimilada a la afiliación. Esta controvertida norma estatal, de discutible constitucionalidad, ha sido impugnada por varias Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional, entre ellas la de Andalucía que, además, no está aplicando su régimen de exclusiones.

2. Contenido de las prestaciones sanitarias en Andalucía

El principal objetivo que tenía la LCCSNS era el de asegurar la igualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias en todo el territorio nacional³⁹. Con este fin esta Ley distingue

³⁶ Cfr. C. Aprell Lasagabaster, “El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: los efectos del Real Decreto-Ley 16/2012, de Medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 32, 2013. Para compararlo con la situación anterior a la reforma operada por el Real Decreto-Ley 16/2012, puede consultarse I. Martín Delgado, “La asistencia sanitaria de los extranjeros en España”, *Derecho y Salud*, vol. 10, nº 2, 2002, pp. 197-218.

³⁷ Nuevo artículo 3 ter LCCSNS.

³⁸ Nuevo artículo 3.5 LCCSNS, disposición adicional tercera del citado Real Decreto 1192/2012 y Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

³⁹ J. M. Pemán Gavín, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, op. cit., p. 235 y J. Vida Fernández, “Las prestaciones del SNS: Catálogo de prestaciones y cartera de servicios”, L. Parejo, A. Palomar y M. Vaquer, *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, op. cit., pp. 37 a 107. El estado de las prestaciones sanitarias anterior a la LCCSNS se puede ver en A. Menéndez Rexach, *El derecho*

entre el catálogo de prestaciones y la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud. El catálogo de prestaciones sanitarias tiene como objeto *“garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención”* y se consideran prestaciones de atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud *“los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos”*⁴⁰. Este catálogo comprende las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario.

La cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud la define el artículo 2.1 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización como *“el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias”*. Este Real Decreto vino a derogar al anterior e importante Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

El Real Decreto-Ley 16/2012, ha venido a incidir también sobre el contenido de las prestaciones sanitarias al distinguir ahora dentro de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud una cartera común básica de servicios asistenciales que estaría cubiertas de forma completa con financiación pública, un cartera común suplementaria que queda sujetas a aportación del usuario y en la que se incluye la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, la prestación con productos dietéticos y el transporte sanitario no urgente y, por último, la cartera común de servicios accesorios que comprenden actividades, servicios o técnicas que no se consideran esenciales y están sujetas a aportación y/o reembolso por parte del usuario.

Estas medidas también están orientadas a reducir el gasto sanitario bien por la vía de excluir prestaciones del Sistema Nacional de Salud o por la vía de someterlo a un régimen de copago.

Las Comunidades Autónomas de acuerdo con lo que dispone ahora el artículo 8 quinquies de la LCCSNS tienen la obligación de incluir en su cartera de servicios como mínimo la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud en sus modalidades básica de servicios asistenciales, suplementaria y de servicios accesorios⁴¹. El artículo 4.2 de la LSA

a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas, op. cit., p. 22 y del mismo J. M. Pemán Gavín, “Las prestaciones sanitarias públicas: configuración actual y perspectivas de futuro”, *Revista de Administración Pública*, nº 156, 2001, pp. 101-154.

⁴⁰ Artículo 7.1.

⁴¹ Así lo recogía el artículo 4.1 LSA.

autoriza la inclusión de nuevas prestaciones en el Sistema Sanitario Público de Andalucía condicionándolo a que sean 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 que lleve asociada la correspondiente financiación. Con arreglo a esta previsión se incorporó al Sistema Sanitario Público de Andalucía, entre otras, las operaciones de cambio de sexo en el año 1999⁴² o la prestación asistencial dental a la población de 6 a 15 años en 2001⁴³. Entre las peculiaridades que las prestaciones sanitarias tienen en el Sistema Sanitario Público de Andalucía habría que incluir la garantía del acceso en un plazo máximo a las prestaciones sanitarias a la que ya nos hemos referido.

La nueva regulación contenida en la LCCSNS sigue permitiendo a las Comunidades Autónomas incorporar a sus carteras de servicios técnicas, tecnologías o procedimiento que no se encuentren en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud pero para su inclusión no es suficiente, como hasta ahora, con que se previeran los recursos adicionales necesarios. Es, además, obligatorio que se aseguren los recursos económicos necesarios para asegurar la financiación de la cartera común de servicios y, lo que es más difícil, dada la actual situación de crisis, que se garantice previamente su suficiencia financiera en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria. La duda que se abre es si esta nueva normativa estatal pueda llegar a acarrear como consecuencia que la Comunidad Autónoma de Andalucía tenga que dejar de ofrecer dentro del Sistema Sanitario Público de Andalucía las prestaciones sanitarias adicionales que ha ido incorporando mientras siga incurriendo en déficit público.

IV. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA

En el ámbito de la actividad sanitaria el acceso a la información por parte de los ciudadanos es crucial⁴⁴. Constituye un *prius* que condiciona el ejercicio del resto de los derechos.

⁴² En cumplimiento de la Proposición no de ley (5-98/PNLP-10480) aprobada el 12 de febrero de 1999 por el Pleno del Parlamento andaluz sobre Inclusión en el servicio andaluz de salud del proceso de reasignación de sexo de las personas transexuales y medidas de acompañamiento para la normalización social de las mismas que se encuentra publicada en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía, nº 307, de 9 de marzo de 1999, p. 17.858 de la Vª Legislatura. En su punto primero se instó al Consejo de Gobierno a que *“incluya, dentro de las prestaciones del Servicio Andaluz de Salud, el tratamiento psicológico, endocrinológico y quirúrgico de reasignación de sexo para las personas transexuales residentes en Andalucía, y que para este fin se cree una unidad especializada de tratamiento en nuestra Comunidad Autónoma”*.

⁴³ Por medio del Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, que regula la prestación asistencial dental a la población de 6 a 15 años de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

⁴⁴ Vid. J. Mejica y J. R. Díez, *El estatuto del paciente. A través de la nueva legislación sanitaria estatal*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 31 y ss.

Esto explica que todas las leyes dictadas en el ámbito de la sanidad desde la aprobación de la Constitución de 1978 hayan hecho hincapié en el derecho de información de los ciudadanos en sus relaciones con el Sistema sanitario público y que el propio Estatuto de Andalucía se ocupe de este derecho.

A la hora de abordar el derecho a la información en el ámbito sanitario hay que distinguir según cuál sea el círculo de los destinatarios de la información ya que puede que se trate de una información general del sistema sanitario público que se dirija al conjunto de la población o tener un alcance más restringido por afectar a la persona o a las personas que requieren una prestación sanitaria⁴⁵. Como hace el EAA que en la letra c) de su artículo 22 reconoce el derecho a la “*información sobre los servicios y prestaciones del sistema, así como de los derechos que les asisten*” y en la d) el de “[s]er adecuadamente informados sobre sus procesos de enfermedad y antes de emitir el consentimiento para ser sometidos a tratamiento médico”. La aprobación en el año 2011 de sendas leyes estatal y andaluza sobre salud pública no ha hecho sino incrementar el ámbito de la información sanitaria.

Se puede afirmar, en definitiva, que la sanidad, como sucede también en otros ámbitos⁴⁶, ha sido precursora de las disposiciones que ahora se contienen en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y buen Gobierno, recientemente aprobada por las Cortes Generales.

1. Información general en el Sistema Sanitario Público de Andalucía

La información sobre la asistencia sanitaria a la que tienen derecho dentro del Sistema Nacional de Salud y los requisitos necesarios para su uso constituye de acuerdo con el artículo 6.1 b) de la LSA⁴⁷ un derecho de los ciudadanos y también una obligación de los poderes públicos⁴⁸. La LCCSNS refuerza esta obligación genérica de información sanitaria al convertirla en una garantía del Sistema Nacional de Salud⁴⁹. Su artículo 26.1 dispone que los “*servicios de salud informarán a la ciudadanía de sus derechos y deberes, de las*

⁴⁵ La legislación sanitaria estatal y andaluza no distingue nítidamente entre paciente y usuario del sistema sanitario público. M. de la E. González Hernández, *La protección de los derechos de los pacientes en la Unión Europea: Legislación comparada, op. cit.*, p. 44 hace un intento de diferenciarlos.

⁴⁶ Notoriamente el medio ambiente con la Ley 27/2006, de 18 de julio, que Regula los Derechos de Acceso a la Información, de Participación Pública y de Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente.

⁴⁷ Como también proclama el artículo 10.2 LGS.

⁴⁸ Artículo 9 LGS.

⁴⁹ Destaca la importancia de la información en el Sistema Nacional de Salud a partir de la LCCSNS A. Palomar Olmeda, “Servicio de información y tarjeta sanitaria en el marco de la nueva regulación de las relaciones interadministrativas en materia de sanidad”, L. Parejo, A. Palomar y M. Vaquer, *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales, op. cit.*, p. 183.

prestaciones y de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, de los requisitos necesarios para el acceso a éstos y de los restantes derechos recogidos en la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, así como de los derechos y obligaciones establecidos en la Ley General de Salud Pública, y en las correspondientes normas autonómicas, en su caso". También crea un Sistema de información sanitaria del Sistema Nacional de Salud para que, entre otras funciones relevantes, los ciudadanos tengan información sobre sus derechos y deberes y los riesgos para la salud y les facilite la toma de decisiones sobre su estilo de vida, prácticas de autocuidado y utilización de los servicios sanitarios y le permite formular sugerencias respecto del funcionamiento del Sistema Nacional de Salud (artículo 53).

Además, la LSA con el objeto de fomentar un uso responsable y racional de la asistencia sanitaria en Andalucía introdujo el derecho de los ciudadanos a "*disponer de información sobre el coste económico de las prestaciones y servicios recibidos*" para que puedan conocer su coste para la Hacienda autonómica. También obliga a los centros y establecimientos sanitarios⁵⁰, tanto públicos como privados, a disponer de una carta de derechos y deberes⁵¹. Todas estas previsiones de información han acabado recogiendo en el artículo 12 de la LBAP⁵².

Finalmente, hay que señalar que de acuerdo con lo que dispone el artículo 10.c) de Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se conocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas las Administraciones Públicas sanitarias tienen que adoptar las medidas adecuadas para promover la prestación de servicios de intérpretes en lengua de signos española y/o en las lenguas de signos propias de las comunidades autónomas

⁵⁰ J. M. Tejedor Muñiz y J. Moro Aguado, *Derechos del paciente. Criterios para su evaluación en centros hospitalarios*, Universidad Europea Miguel de Cervantes, 2011, Cuadernos de Aranzadi de Derecho civil, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 35 detalla el contenido concreto de información que tiene que facilitar los centros sanitarios.

⁵¹ Artículo 6.1.s). Su artículo 10 precisa que los "*centros y establecimientos sanitarios, públicos y privados, deberán disponer y, en su caso, tener permanentemente a disposición de los usuarios:*

1. *Información accesible, suficiente y comprensible sobre los derechos y deberes de los usuarios.*
2. *Formularios de sugerencias y reclamaciones.*
3. *Personal y locales bien identificados para la atención de la información, reclamaciones y sugerencias del público.*

⁵² Este precepto dispone en su apartado 1 que "[a]demás de los derechos reconocidos en los artículos anteriores, los pacientes y los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán derecho a recibir información sobre los servicios y unidades asistenciales disponibles, su calidad y los requisitos de acceso a ellos" y añade en su apartado siguiente que los "*servicios de salud dispondrán en los centros y servicios sanitarios de una guía o carta de los servicios en la que se especifiquen los derechos y obligaciones de los usuarios, las prestaciones disponibles, las características asistenciales del centro o del servicio, y sus dotaciones de personal, instalaciones y medios técnicos. Se facilitará a todos los usuarios información sobre las guías de participación y sobre sugerencias y reclamaciones*".

donde las haya, para los usuarios que lo necesiten en aquellos centros sanitarios que atiendan a personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. Y ordena que *“las campañas informativas y preventivas en materia de salud sean accesibles a las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas en lenguas de signos españolas”*. La Ley 11/2011, de 5 de diciembre, de Lengua de Signos de Andalucía, completa estas previsiones en el ámbito de la salud al ordenar a la Administración sanitaria que adopte medidas que potencien la formación en lenguaje de signos española del personal del Sistema Público Sanitario de Andalucía y promueva la accesibilidad tanto a los servicios sanitarios como a los planes, procesos y programas con la incorporación de ayudas técnicas y la tecnología necesaria⁵³.

2. La ampliación de la información sanitaria en relación con la Salud Pública

La LGS no recogió ninguna referencia expresa a la necesidad de informar en materia de salud pública, lo que constituye un claro reflejo de la escasa preocupación que a mediados de los años ochenta del siglo pasado existía en relación con la salud pública. Tímidamente la LSA incluyó en la letra c) del artículo 6.1 como derecho que se informara *“sobre los factores, situaciones y causas de riesgo para la salud individual y colectiva”*. Este derecho a la información epidemiológica lo consagró, generalizando para toda España, la LBAP en su artículo 6 precisando que esta información tiene que difundirse *“en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud”*. En los últimos años hemos vivido episodios de riesgo epidemiológicos de alcance mundial (Gripes A y aviar) en los que la difusión de esta información ha sido clave para la prevención frente a las enfermedades.

El artículo 10 de la LGSP establece ahora con rotundidad que *“[s]in perjuicio de las competencias que corresponden a otras autoridades públicas, las Administraciones sanitarias informarán sobre la presencia de riesgos específicos para la salud de la población”*, añadiendo que esta *“información incluirá una valoración de su impacto en la salud, de las medidas que adopten las Administraciones sanitarias al respecto y de las recomendaciones para la población”*. En parecidos términos lo hace la LSPA⁵⁴.

La aprobación de la LGSP ha supuesto una considerable ampliación de los derechos a la información sanitaria⁵⁵. Su artículo 4 dispone que los *“ciudadanos, directamente o a*

⁵³ Artículo 11.2.

⁵⁴ Bajo la rúbrica de transparencia el artículo 22 de esta Ley dispone que *“[c]uando 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”*.

⁵⁵ Sobre la importancia que la información tiene en materia de salud pública consúltese a C. Cierco Seira, *La necesaria actualización de la legislación española en materia de salud pública*, op. cit., pp. 53-88 y 176-183.

través de las organizaciones en que se agrupen o que los representen, tienen derecho a ser informados, con las limitaciones previstas en la normativa vigente, en materia de salud pública, por las Administraciones competentes. Este derecho comprende en todo caso, los siguientes:

- a) Recibir información sobre los derechos que les otorga esta Ley, así como sobre las vías para ejercitar tales derechos.
- b) Recibir información sobre las actuaciones y prestaciones de salud pública, su contenido y la forma de acceder a las mismas.
- c) Recibir 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. Si el riesgo es inmediato la información se proporcionará con carácter urgente.
- d) 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”.

Desde luego es discutible que la información pueda hacerse de manera indirecta a través de organizaciones ciudadanas. Máxime cuando, hoy en día, con las nuevas tecnologías la difusión es más sencilla y tiene un alcance mucho mayor que hace unos años. La LSPA, que tiene una sistemática mejorable y emplea en algunos preceptos un lenguaje poco jurídico, reproduce prácticamente el precepto básico estatal, también por lo que se refiere a la difusión de la información de una manera mediata⁵⁶. Pero es más sensible al uso de las nuevas tecnologías. En su artículo 16.1.d), respecto de lo que califica como derechos en relación con las actuaciones sanitarias, reconoce a la “población en Andalucía” un “[d]erecho a la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación para potenciar la interacción electrónica en los asuntos de salud pública”. Aunque queda por ver cómo se va a materializar este derecho porque la LSPA se remite a un posterior desarrollo reglamenta-

⁵⁶ En su artículo 9 que dispone que 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 vigente, en materia de salud pública por las Administraciones públicas de Andalucía. Este derecho comprende, en todo caso, los siguientes:

- a) A recibir información sobre los derechos que les otorga esta Ley, así como sobre las vías para ejercitar tales derechos.
- b) A recibir información sobre las actuaciones y prestaciones de salud pública, su contenido y la forma de acceder a las mismas.
- c) A recibir 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. Si el riesgo es inmediato, la información se proporcionará con carácter urgente.
- d) A recibir información sobre programas y calendario vacunal.
- e) A recibir información fluida y sistemática en los supuestos de epidemias y pandemias”.

rio, que aún no se ha producido, para la determinación del contenido y del procedimiento necesario para hacerlo efectivo⁵⁷.

La LSPA parece que quiere llegar más lejos que la estatal, al menos semánticamente, porque no se limita a establecer un derecho a la información en materia de salud pública. Proclama, en su artículo 11, un abstracto “derecho a conocer” en relación con la salud pública. Lo que debería implicar, aparte de la transmisión de la información, la comprobación de que está ha sido aprehendida por las personas que viven en Andalucía. En concreto, y también supeditado a un futuro desarrollo reglamentario, se proclama el derecho a un conocimiento adecuado sobre el estado epidemiológico de su entorno; sobre la salud ambiental y sobre las características y condicionantes relevantes para la salud pública de los productos alimentarios y la naturaleza y los riesgos que tengan asociados. La información sobre el estado epidemiológico se basará en la evidencia científica y tendrá que ser suficiente, comprensible, adecuada y comprender los factores, las situaciones y causas de riesgo para la salud individual y colectiva.

3. La información asistencial en Andalucía

Para que una personas pueda tomar decisiones de forma autónoma en materia sanitaria es imprescindible que cuente con la información necesaria, en el grado que de acuerdo a su situación personal, social y cultural sea más adecuado, acerca de la prestación sanitaria que pueda llegar a recibir. Esta información es lo que se denomina como información asistencial. El cumplimiento de esta obligación es lo que permite que un paciente pueda posteriormente dar válidamente, o rechazarlo, su consentimiento informado⁵⁸.

Para humanizar el trato médico la LSA, al igual que hizo antes la LGS⁵⁹, incluyó entre los derechos de los ciudadanos ante el Sistema Sanitario de Andalucía el de “*que se asigne un médico, cuyo nombre se les dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial*” y que en “*caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad*”. Posteriormente la LBAP denominó a este facultativo como *médico responsable* que definió como aquel “*profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial*”⁶⁰. A este facultativo es al que le corresponde, de acuerdo con lo dispuesto en

⁵⁷ Artículo 16.2 LSPA.

⁵⁸ Como ha señalado M. de la E. González Hernández, *La protección de los derechos de los pacientes en la Unión Europea: Legislación comparada, op. cit.*, p. 49 la información asistencial y el consentimiento informado están estrechamente vinculados.

⁵⁹ Artículo 10.7.

⁶⁰ Artículo 3.

el artículo 4.3 de esta misma Ley, garantizar que se cumple con la obligación de facilitar al paciente la información asistencial. Sin perjuicio de que el resto de los profesionales sanitarios que atiendan a un paciente durante un proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto tengan también la obligación de informarle.

El artículo 6.1.h) de la LSA concreta que el paciente tiene derecho a “*que se le dé información adecuada y comprensible sobre su proceso, incluyendo el diagnóstico, el pronóstico, así como los riesgos, beneficios y alternativas de tratamiento*”⁶¹. Esta información por regla general se facilitara de forma verbal y se tendrá que dejar constancia de ella en la historia clínica especificando como mínimo “*la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias*”⁶². La información tiene que ser veraz y se debe de comunicar al paciente de forma que le sea comprensible y le sirva para tomar una decisión médica de acuerdo con su propia voluntad. La LBAP se ocupa de detallar cuál debe ser el contenido mínimo de esta información⁶³.

La LBAP recoge también en su artículo 5.4 lo que se conoce como el privilegio terapéutico, que SÁNCHEZ-CARO⁶⁴ prefiere calificar de necesidad terapéutica, que consiste en la potestad que tiene el médico de omitir esta información al paciente cuando si se la diera se podría perjudicar su salud de manera grave. Y que es diferente al pronóstico fatal⁶⁵. Como puede suceder, por ejemplo, cuando el paciente está atravesando una situación depresiva. En estos supuestos el facultativo tendrá que dejar constancia de la omisión de haber realizado la obligación de realizar la información asistencial al paciente en la historia clínica y comunicar esta decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho⁶⁶.

⁶¹ Reproduciendo casi literalmente lo que establece el artículo 10.5 de la LGS.

⁶² Artículo 4.2 LBAP.

⁶³ Su artículo 10.1 dispone que el “*facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:*

- a) *Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.*
- b) *Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.*
- c) *Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.*
- d) *Las contraindicaciones”.*

⁶⁴ J. Sánchez-Caro, “Consentimiento informado y salud”, AA.VV., *Salud Pública y Derecho Administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2004, Madrid, p. 180.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 181.

⁶⁶ Es lo que M. de la E. González Hernández, *La protección de los derechos de los pacientes en la Unión Europea: Legislación comparada*, op. cit., p. 45 denomina derecho a la mentira.

La información asistencial constituye un derecho del paciente pero no una obligación para él⁶⁷. El artículo 4.1 de la LBAP obliga a la Administración sanitaria a respetar la decisión que pueda tomar de no ser informado. De acuerdo con lo que previene el artículo 9.1 de esta misma Ley esta renuncia está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Por ejemplo, cuando se le haya diagnosticado una enfermedad contagiosa que tenga necesariamente que conocer. En los casos que sea procedente la renuncia a la información asistencial, la Administración sanitaria deberá respetar su decisión y dejar constancia nuevamente de esta circunstancia en la historia clínica.

Aparte del propio paciente, y si éste lo autoriza expresa o tácitamente, podrán también ser informadas las personas con las que esté vinculadas por razones familiares o de hecho. Si estuviera incapacitado, además de informar a su representante legal, habría que informar al paciente de un *“modo adecuado a sus posibilidades de comprensión”*⁶⁸. Si a pesar de no estar incapacitado el médico apreciase que el paciente carece de capacidad para entender la información debido a su estado físico o psíquico la información asistencial se facilitará nuevamente a las personas con las que se encuentre vinculadas por razones familiares o de hecho.

En relación con la información asistencial que haya de facilitarse a los menores de edad el artículo 10.3 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, del Menor de Andalucía, establece que tendrán *“derecho a recibir una información adaptada a su edad, desarrollo mental, estado afectivo y psicológico, con respecto al tratamiento médico al que se les someta”*. Por su parte, los *“padres, o tutores de los menores, serán informados de los motivos de la atención, de la gravedad de los procesos, de las medidas sanitarias y tratamientos a seguir, y tendrán derecho al acompañamiento del menor durante el máximo tiempo posible, siempre que no afecte a la actividad realizada por los profesionales”*.

Precisamente en relación con los menores de edad, y con el objeto de protegerles frente a los riesgos que van aparejados a intervenciones quirúrgicas de cirugía estética, el Consejo de Gobierno andaluz aprobó el Decreto 49/2009, de 3 de marzo, sobre Protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía⁶⁹, que, entre otros aspectos, obliga a la persona menor de edad que se pretende someter a una operación de esta clase y a sus padres o representantes legales, y con carácter previo a que se otorgue el consentimiento

⁶⁷ J. Mejica y J. R. Díez, *El estatuto del paciente. A través de la nueva legislación sanitaria estatal*, op. cit., p. 63.

⁶⁸ Artículo 5.2.

⁶⁹ Desarrollado por Orden de la Consejería de Salud, de 30 de noviembre 2011, que determina los datos referentes a las intervenciones de cirugía estética que se realizan a personas menores de edad en Andalucía que han de ser objeto de comunicación, así como los indicadores de calidad relativos a dichas intervenciones.

informado por quien corresponda legalmente, a recibir la información científica disponible relativa a la operación a que se quiere someter. La información dirigida al menor de edad “deberá ser siempre en términos adecuados a su edad, desarrollo mental, madurez, estado afectivo y psicológico”⁷⁰. Esta información deberá ser aportada por el médico que vaya a realizar la intervención quirúrgica de cirugía estética que normalmente se realizarán en centros sanitarios privados.

V. EL DERECHO A LA TOMA DE DECISIONES MÉDICAS EN ANDALUCÍA

La humanización que se ha producido en la asistencia sanitaria en España, y en general en el resto de los países occidentales, ha puesto al paciente, al receptor de la atención médica, en el centro del sistema sanitario. En el Sistema Sanitario Público de Andalucía la autonomía del paciente a la hora de poder adoptar decisiones médicas que le afectan se traduce en la facultad que tiene de elegir libremente a su médico, de poder solicitar un segunda opinión médica en determinados supuestos y, finalmente, de poder dar o rechazar su consentimiento informado a recibir una determinada prestación.

1. El derecho a elegir libremente médico y centro sanitario

A) El reconocimiento del derecho a la libre elección de médico

La relación que existe entre el paciente y su médico es necesariamente una relación de confianza de ahí que sea necesario que se le reconozca el derecho a la libre elección de médico. En el sistema Sanitario Público de Andalucía la libre elección de médico se reconoció muy tempranamente por medio del Decreto 195/1985, de 28 de agosto, de Ordenación de los Servicios de Atención Primaria de Salud de Andalucía. Aunque tenía un alcance muy limitado ya que quedaba restringido al ámbito territorial de cada Zona Básica de Salud y en función de la organización de la asistencia sanitaria que se hacía asignando cupos de paciente para cada facultativo. Posteriormente la LGS incluyó entre los derechos de los ciudadanos frente a la Administración sanitaria el de “elegir el médico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regulen el trabajo sanitario en los Centros de Salud”.

El desarrollo reglamentario de este derecho se hizo en Andalucía en el ámbito de la medicina general y la pediatría mediante el Decreto 257/1994, de 6 de septiembre, por el que se regula la libre elección de Médico General y Pediatra en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que se desarrolló a su vez por Orden de la Consejería de Salud, de 5 de

⁷⁰ Artículo 4.1.

octubre de 1994, que estableció el procedimiento de libre elección y las normas de asignación de dichos facultativos en el ámbito de la Comunidad Autónoma. Estas dos disposiciones reglamentarias autonómicas fueron anuladas por una sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo, con sede en Granada, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 28 de julio de 1997 por defecto de forma al no haberse realizado correctamente el trámite de audiencia⁷¹. Por lo que tuvieron que ser sustituidas por los posteriores Decreto 60/1999, de 9 de marzo, que regula la libre elección de médico general y pediatra en la Comunidad Autónoma de Andalucía y Orden de la Consejería de Salud, de 9 de junio de 1999, por la que se regula el procedimiento de libre elección y se establecen las normas de asignación de médico general y pediatra en la Comunidad Autónoma de Andalucía, todavía vigentes que básicamente reprodujeron la normativa anterior que había sido anulada judicialmente. Antes se había regulado la libre elección de médico especialista y de hospital en el Sistema Sanitario Público de Andalucía con el Decreto 128/1997, de 6 de mayo, que regula la libre elección de médico especialista y de hospital en el sistema sanitario público.

Por lo tanto cuando se aprobó la LSA, en junio de 1998, la legislación sanitaria andaluza ya contemplaba la libre elección tanto de médico general y pediatra como de médico especialista y de hospital, aunque su efectividad –al menos en relación con la elección de médico general y pediatra– se retrasara hasta la entrada en vigor de la Orden de 27 de febrero 2002, que establece la efectividad del carácter individual de la libre elección de médico y su gestión por la base de datos de usuarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía. Lo que explica que en el artículo 6.1.l) de la LSA, se ampliara el ámbito de elección médico previsto en la LGS al incluir junto con la libre elección de médico la de *“otros profesionales sanitarios, servicio y centro sanitario en los términos que reglamentariamente estén establecidos”*. Lo que se acabaría recogiendo en la legislación básica estatal en la LBAP⁷² que, además, en su artículo 13 establecería el derecho de *“los usuarios y pacientes del Sistema Nacional de Salud, tanto en la atención primaria como en la especializada, ... a la información previa correspondiente para elegir médico, e igualmente centro, con arreglo a los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes”*. Y, finalmente se recalara expresamente en la letra b) del artículo 22.2 del EAA⁷³ entre los derechos de los pacientes y usuarios del Sistema Andaluz de Salud.

⁷¹ Posteriormente el auto de la Sala Tercera (Sección 1ª) del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1998 declaró su firmeza.

⁷² En su artículo 3 define la libre elección como *“la facultad del paciente o usuario de optar, libre y voluntariamente, entre dos o más alternativas asistenciales, entre varios facultativos o entre centros asistenciales, en los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes, en cada caso”*.

⁷³ Que recoge expresamente el derecho a *“[l]a libre elección de médico y de centro sanitario”*.

B) El ejercicio del derecho a la libre elección de médico y centro sanitario en el Sistema Público Sanitario de Andalucía

La normativa andaluza proclama, dentro derecho del Sistema Sanitario Público de la Comunidad Autónoma de Andalucía, un genérico derecho a la libre elección de médico, tanto general y pediatra como especialista, como hospital. Esta elección habrá de realizarse individualmente por parte de las personas que tengan reconocida la asistencia sanitaria pública en Andalucía.

En el caso de elección de médicos generales y pediatras la elección deberá realizarse entre los médicos generales y pediatras existentes en el Distrito de Atención Primaria al que esté adscrito mediante la presentación de la correspondiente solicitud en su Centro de Salud o en cualquiera de los registros previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Si en la ciudad que reside el usuario hubiera más de un Distrito de Atención Primaria podría también optar entre los facultativos que presten servicio en su término municipal aunque no perteneciera a su distrito. No obstante, cuando el usuario hubiera elegido un facultativo que no perteneciera a su Zona Básica de Salud, el facultativo elegido podrá oponerse y corresponderá al Director del Distrito de Atención Primaria resolver, autorizando o denegando, la elección solicitada⁷⁴.

Para evitar que un facultativo, como consecuencia de esta libre elección médica, tenga que atender a un número de pacientes superior al cupo que tenga asignado se faculta a los Directores de los Distritos de Atención Primaria de Salud a que, mediante resolución motivada, les dejen de asignar nuevos pacientes. Los usuarios, en todo caso, tienen derecho a pedir que se les informe sobre el cupo que tenga adscrito cada facultativo⁷⁵.

De acuerdo con lo que dispone el artículo 3 del Decreto 60/1999, la elección de médico general y pediatra puede efectuarse en cualquier momento y sin necesidad de justificación. Previamente se puede solicitar una entrevista con el facultativo. No obstante, para garantizar la ordenación administrativa interna de los servicios médicos cuando se elija facultativo la siguiente elección no podrá realizarse hasta que transcurran como mínimo tres meses.

El plazo para resolver la solicitud de elección de médico general o pediatra es de cuarenta y cinco días a contar a partir de que la solicitud haya entrado en algún Registro del Distrito sanitario. El silencio administrativo, que se producirá si en este plazo no se le notifica al solicitante ninguna resolución, es favorable. En este caso deberá facilitarse al interesado, de oficio o a petición suya, el documento de asignación del Centro y del Médico elegido.

⁷⁴ Artículo 3.2 Decreto 60/1999.

⁷⁵ Artículo 4.2 Decreto 60/1999.

Contra la resolución de los directores de Distrito de Atención Primaria se podrá interponer recurso de alzada ante el titular de la Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de Salud⁷⁶.

En relación con la elección de facultativo especialista u hospital el artículo 3 del Decreto 128/1997, restringe la elección a las actuaciones relativas a consultas programadas médicas y quirúrgicas; a los procedimientos terapéuticos médicos y quirúrgicos y a los servicios y Unidades de diagnóstico cuando el médico responsable solicite las pruebas. La elección en este caso se canaliza a través del médico de atención primaria que tendrá que disponer de información suficiente para que los usuarios puedan ejercer este derecho y en todo caso el listado de los médicos especialistas que puedan ser objeto de elección, lugares y horarios de consulta y tiempos de espera. Corresponderá al Centro de Atención Primaria facilitarle, al menos, la primera cita⁷⁷.

A diferencia de lo que sucede con la elección de médico general y pediatra una vez elegido el médico especialista o el hospital público la elección tendrá que mantenerse durante todo el proceso patológico y si se trata de procesos de larga duración, por un período mínimo de doce meses. A menos que el Servicio Andaluz de Salud, previa solicitud del interesado, autorice el cambio de médico especialista u hospital antes del plazo establecido por concurrir causas que lo justifiquen. En ningún caso se podrá elegir a varios facultativos u hospitales al mismo tiempo para el mismo proceso patológico, sin perjuicio del derecho a la segunda opinión médica que se abordará a continuación.

La solicitud de elección de médico especialista u hospital se registrará por los mismos plazos y sentido del silencio que el de médico general y pediatra que se encuentran en la Orden de la Consejería de Salud, de 9 de junio de 1999.

2. El derecho a una segunda opinión médica

Nuestra Comunidad Autónoma fue pionera en España en introducir en el sistema sanitario público el derecho a una segunda opinión médica⁷⁸. Este derecho consiste en la facultad que tiene un paciente para poder exigir que el proceso patológico que está sufriendo y que ya ha sido diagnosticado una primera vez pueda volverse a revisar por otro facultativo, o un equipo médico, para confirmar, o en su caso rechazar, este primer diagnóstico. Se trata de una prestación que es ya habitual en los sistemas sanitarios de los países más

⁷⁶ Artículo 2 de la Orden de la Consejería de Salud, de 9 de junio de 1999.

⁷⁷ Artículo 3 Decreto 128/1997.

⁷⁸ Como ha destacado M. L. Gómez Jiménez, "La incidencia de los derechos de los pacientes en la e-health: el auge del derecho a la segunda opinión médica", *Revista eSalud.com*, vol. 3, nº 11, 2007, III Trimestre, p. 2 de su edición digital, que se puede consultar en <http://www.revistaesalud.com/index.php/revistaesalud/article/view/171/445>.

avanzados. La incorporación de este derecho en el Sistema Sanitario Público de Andalucía se hizo incluyendo en la letra o) del reiterado artículo 6.1 de la LSA el derecho a *“disponer de una segunda opinión facultativa sobre su proceso, en los términos en que reglamentariamente esté establecido”*. Este derecho se desarrolló efectivamente por medio del Decreto 127/2003, de 13 de mayo, que establece el ejercicio de derecho a la segunda opinión médica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía, que fue a su vez desarrollado por Orden de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud, de 24 de agosto 2004, por la que se establece el ejercicio del derecho a la segunda opinión médica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía. Como ya se ha dicho, posteriormente la LCCSNS incluiría este derecho a la segunda opinión médica en su artículo 4.1.a) entre los derechos del conjunto del Sistema Nacional de Salud. Pero como quiera que el desarrollo reglamentario que esta Ley exige para la efectividad del derecho a la segunda opinión médica⁷⁹ aún no se ha producido no se trata de un derecho que se pueda ejercitar todavía plenamente en el Sistema Nacional de Salud. El EAA se ocuparía también de elevar a rango estatutario este derecho⁸⁰.

Como ha señalado GÓMEZ JIMÉNEZ el ámbito que la segunda opinión médica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía está muy delimitado⁸¹. No se reconoce para todos los procesos patológicos sino que se reserva para los más graves. Sólo procederá, como dispone el artículo 1 del Decreto 127/2003 *“tras el diagnóstico de una enfermedad de pronóstico fatal, incurable o que compromete gravemente la calidad de vida o tras la propuesta de un tratamiento con elevado riesgo vital, una vez que el proceso diagnóstico se ha completado y siempre que no requiera tratamiento urgente”*.

En concreto, de conformidad con lo que dispone su artículo 3, se podrá hacer uso del derecho a una segunda opinión médica para la confirmación diagnóstica de una enfermedad degenerativa progresiva sin tratamiento curativo del sistema nervioso central, de una enfermedad neoplásica maligna, excluido los cánceres de piel que no sean el melanoma; de tumoración cerebral o raquimedular; de enfermedad rara⁸² y de alternativas terapéuticas de neoplasias malignas, excepto los cánceres de piel que no sean el melanoma tanto al inicio, como a la recidiva o en el momento de aparición de metástasis. También procederá la segunda opinión en relación con propuestas terapéutica para enfermedad coronaria avanzada de angioplastia múltiple o simple frente a cirugía cardíaca coronaria convencional; de cirugía coronaria convencional en situación de riesgo, con o sin circulación extracorpórea, frente a revascularización transmiocárdica con láser, neoangiogénesis o trasplante; de cardiopatía congénita con indicación de cierre o ampliación de defecto

⁷⁹ Artículo 28.1 LCCSNS.

⁸⁰ Artículo 22.2.h).

⁸¹ *“La incidencia de los derechos de los pacientes en la e-health: el auge del derecho a la segunda opinión médica”, op. cit., p. 4.*

⁸² Que define como *“aquella enfermedad con peligro de muerte o de invalidez crónica, incluidas las de origen genético, que tiene una prevalencia baja, es decir, menor de cinco casos por cada diez mil habitantes”*.

congénito por técnica de cardiología intervencionista frente a cirugía convencional y de tratamiento quirúrgico en escoliosis de grado mayor idiopática o no idiopática⁸³.

La solicitud de la segunda opinión médica corresponde al paciente, o en su defecto, a sus familiares, a su pareja de hecho, a personas allegadas, a sus representantes legales o a la persona en quien expresamente haya delegado salvo que haya excluido esta posibilidad en su declaración de voluntad vital anticipada.

Aunque el Decreto 127/2003, autorice la presentación de la solicitud de segunda opinión médica por medios de transmisión digitales⁸⁴, la Orden de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud, de 24 de agosto de 2004, sólo contempla su presentación por escrito, utilizando el modelo que ella misma aprueba, en cualquier Registro de los centros sanitarios o de los órganos administrativos dependientes de la Consejería y en los registros que se establecen en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992.

La tramitación y resolución de esta solicitud se centraliza en la hoy Dirección General de Asistencia sanitaria y Resultados en Salud integrada en el Servicio Andaluz de Salud. El artículo 7 del Decreto prevé la creación de un equipo de expertos de entre los profesionales que presten sus servicios en el Sistema Sanitario Público de Andalucía y tenga reconocida la máxima acreditación profesional que serán los que, individualmente o dentro de un equipo de expertos, estudien la solicitud de segunda opinión médica, salvo que esta haya sido rechazada en los siete primeros días por no reunir los requisitos reglamentariamente establecidos.

Con el objeto de evitar desplazamientos y nuevas pruebas al paciente los expertos emitirán su informe final a la vista de las pruebas médicas que ya se le hubiesen realizado, a menos que excepcionalmente sea necesario hacer más pruebas o una exploración complementaria. En este caso si el paciente, o quien deba tomar la decisión por él, se negase a realizarlas, la negativa será causa para la desestimación de la solicitud de segunda opinión médica. De acuerdo con lo que dispone el artículo 8 de la Orden de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud, de 24 de agosto de 2004, se desestimará también la solicitud si se produce un cambio sustancial en la situación clínica del paciente; si esta situación clínica ha requerido una actuación inmediata que hace que sea inútil el informe de segunda opinión y por su renuncia o fallecimiento.

Si el informe de los expertos coincide con el primer diagnóstico, o con el primer tratamiento que se propuso, se continuara con estos. En caso de discrepancia con el diagnóstico o con el tratamiento, o con ambos, se analizará, estudiará y discutirá el caso en el seno del

⁸³ El artículo 3 y el Anexo I de la Orden de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud, de 24 de agosto de 2004, concretan estas circunstancias.

⁸⁴ Artículo 5.1.

equipo de expertos, emitiéndose un informe final de manera colegiada. Corresponderá a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y Resultados en Salud garantizar que el paciente va a recibir en el ámbito del Sistema Sanitario Público de Andalucía la atención clínica respecto del diagnóstico o del tratamiento propuesto en el informe final⁸⁵.

El plazo máximo que esta Dirección General tiene para notificar el informe final de segunda opinión es el de los treinta días siguientes al día que tuvo su entrada en su Registro. Aunque el plazo quedara en suspenso si se acuerdan nuevas pruebas médicas o exploraciones complementarias por el tiempo que sea necesario para practicarlas. Ni en el Decreto 127/2003, ni en la Orden de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud, de 24 de agosto de 2004, se dispone nada para el caso de silencio administrativo porque no tiene en este supuesto ninguna aplicación ya que es imprescindible la emisión del informe final de segunda opinión. Si se incumple el plazo a lo sumo cabrá el planteamiento de un recurso contencioso-administrativo por inactividad previsto en el artículo 30.1 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa o, en su caso, la exigencia de responsabilidad patrimonial al Servicio Andaluz de Salud.

3. El consentimiento informado a las prestaciones sanitarias

La subjetivización que se ha producido en el sistema sanitario público español en las últimas décadas ha supuesto que se deje en manos del receptor de las prestaciones sanitarias, o sus representantes, la toma de las decisiones médicas que le pueden afectar. Es el paciente el que, a la vista de la información asistencial que tiene que haber recibido por parte del médico responsable, tiene que poder decidir el tratamiento al que se va a someter o incluso rechazar la asistencia sanitaria, salvo aquellos casos en los que proceda imponérselo legalmente.

De acuerdo con lo que dispone la letra ñ) del artículo 6.1 de la LSA⁸⁶ los usuarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía tienen derecho a *“que se respete su libre decisión sobre la atención sanitaria que se le dispense, previo consentimiento informado”*. Aunque se exceptúen aquellos supuestos en los que por razones médicas no se pueden hacer depender la asistencia sanitaria de la voluntad del paciente porque se ponga el peligro la salud de otras personas o la del propio paciente como sucede cuando *“exista un riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley”*⁸⁷ y también cuando *“exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la persona*

⁸⁵ Artículo 6 Decreto 127/12003.

⁸⁶ Reiterando lo que dispone el artículo 10.6 LGS.

⁸⁷ La LSA obliga que cuando se adopten esta clase *medidas de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, se tendrá que comunicar a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas, si supone el internamiento obligatorio de personas.*

enferma y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, lo dispuesto en su declaración de voluntad vital anticipada y, si no existiera esta, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a ella”.

El denominado consentimiento informado se erige, de este modo, en la clave de bóveda de nuestro sistema sanitario⁸⁸. La LBAP lo define como *“la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”*⁸⁹. Por regla general este consentimiento informado debe emitirse de forma oral. Pero tendrá que prestarse por escrito necesariamente cuando se trate de una intervención quirúrgica, de procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, cuando se apliquen procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente (artículo 8 LBAP). El artículo 10.2 de la LBAP, positivando una regla médica, dispone que el *“médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente”*. El consentimiento informado es necesario prestarlo incluso en los casos en los que el propio paciente se haya negado a recibir la información asistencial como requisito indispensable para aplicarle el tratamiento sanitario. Como acto de voluntad que es, la Ley permite al paciente, o a sus representantes revocarlo libremente en cualquier momento siempre que se deje constancia por escrito de esta revocación.

También se prevé que el paciente, si es mayor de edad y con plena capacidad, pueda elaborar un documento de instrucciones previas⁹⁰ en el que exprese anticipadamente su voluntad para el caso que llegue a una circunstancia en que no sea capaz de hacerlo personalmente que tienen como límite que sean contrarias al ordenamiento jurídico, a la *«lex artis»* o no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado previsto cuando se manifestaron⁹¹.

Fuera de los supuestos, que se han señalado, en los que la intervención médica le viene impuesta al paciente, éste puede con plena libertad negarse a recibir el o algunos de

⁸⁸ Para M. de la E. González Hernández, *La protección de los derechos de los pacientes en la Unión Europea: Legislación comparada, op. cit.*, p. 27. la implantación del consentimiento informado ha supuesto la democratización de la asistencia médica. Consúltese también a J. Sánchez-Caro, *Consentimiento informado y salud, op. cit.*, pp. 150 a 201.

⁸⁹ Artículo 3. Para J. M. Pemán Gavín, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud, op. cit.*, p. 272 la regulación del consentimiento informado sería la mayor aportación de la LBAP. Véase *in extenso* a J. Mejica y J. R. Diez, *El estatuto del paciente. A través de la nueva legislación sanitaria estatal, op. cit.*, pp. 37 y ss.

⁹⁰ J. A. Seoane Rodríguez, “Derecho e instrucciones previas”, *Derecho y Salud*, vol. 22, nº Extra 1, 2011, pp. 11-31.

⁹¹ Artículo 11 LBAP.

los tratamientos que se le proponen⁹². Aunque entonces la LSA les obliga a firmar un documento en el que se deje constancia con claridad que *“el paciente ha quedado suficientemente informado y rechaza el tratamiento sugerido”*⁹³. El artículo 21 de la LBAP ha derogado el estricto régimen que para estos casos de rechazo al tratamiento establecían los artículos 10.8 y 11.4 de la LGS que obligaba al paciente a solicitar el alta voluntaria. Ahora se suaviza esta imposición indicando que *“se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria”* y que si no la firma entonces corresponderá decidir a *“la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable,... disponer el alta forzosa”*. Sin que sea algo automático ya que el *“hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos”*. Debiendo dejar constancia escrita de todas estas circunstancias. En casos extremos de resistencia del paciente a aceptar el alta forzosa que le propone el centro sanitario, habiéndole oído y previa comprobación del informe clínico, se tendrá que acudir a la autoridad judicial para que confirme esta alta forzosa o la revoque⁹⁴.

Al igual que sucedía con la información asistencial nuestro ordenamiento también afronta la posibilidad de que el consentimiento informado se pueda otorgar por representación⁹⁵. Desde luego el consentimiento lo presta el representante legal en caso de que la incapacidad haya sido declarada judicialmente. Cuando, sin mediar una incapacidad legal, el médico responsable considere que el paciente no es capaz de tomar decisiones o su estado físico o psíquico no le permiten afrontar esta decisión, en defecto de representante legal, corresponderá prestar el consentimiento informado a las personas con las que se encuentre vinculadas por razones familiares o de hecho.

La cuestión de la prestación del consentimiento informado respecto de los menores de edad no ha estado exenta de polémica en los últimos años⁹⁶. En principio corresponde al representante legal del menor otorgar el consentimiento informado cuando *“no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”*. Si el menor tiene doce años cumplidos se deberá recabar previamente su opinión. A partir de los dieciséis años, siempre que el menor de edad no está incapacitado o carezca de capacidad para tomar la decisión médica, o sí está emancipado el menor será él mismo quien preste

⁹² Artículos 6.1.p) LSA y 10.9 LGS. J. García Amez, “Autonomía del paciente y rechazo al tratamiento: el derecho a decir ‘no’”, *Derecho y Salud*, vol. 23, nº 1, 2013, pp. 27-52.

⁹³ Artículo 8.6.

⁹⁴ Artículo 21.2 LGS.

⁹⁵ Artículo 9.3 LBAP que desarrollamos arriba.

⁹⁶ J. L. Beltrán Aguirre, “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica”, *Derecho y Salud*, vol. 15, nº Extra 1, 2007, pp. 9-26 y M. del C. Vidal Casero, “La evolución legislativa de la protección del menor, la defensa de sus derechos y la atención a su salud”, *Derecho y Salud*, vol. 10, nº 2, 2002, pp. 219-230.

el consentimiento informado. Aunque si se trata de una actuación sanitaria de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres tendrán que ser informados y *“su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”*.

La polémica se produjo con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, que está recurrida ante el Tribunal Constitucional. En su artículo 13, estableció, al regular los requisitos necesarios para interrupción voluntaria del embarazo, que en *“el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad”*; añadiendo que *“[a]l menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer”* salvo que *“la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo”*⁹⁷.

Por último hay que señalar que la LSA en artículo 6.1.g) reconoce el derecho a *“ser advertidos de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y tratamiento que se les apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud”*. Y se exige como cautela *“la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la dirección del correspondiente centro sanitario”*⁹⁸. Supuesto que en relación a determinadas enfermedades que actualmente tienen escasa probabilidades de curación tiene una gran relevancia.

VI. EL DERECHO AL RESPETO, A LA DIGNIDAD Y A LA PRIVACIDAD EN EL SISTEMA PÚBLICO SANITARIO DE ANDALUCÍA

Las intervenciones sanitarias por su propia naturaleza tienen una gran incidencia sobre la esfera personal del paciente. Para minimizar esta intromisión el artículo 6.1.b) de la

⁹⁷ El artículo 8 del Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, concreta este precepto obligando a la mujer de 16 ó 17 años que al prestar su consentimiento acompañe un documento el que acredite que se ha informado a unos de sus representantes legales y previendo que se entregue personalmente por ella acompañada de su representante legal al personal sanitario del centro en el que vaya a practicarse la intervención. Para el caso de que se acoja a la excepción de informar a sus representantes legales dispone que *“el médico encargado de practicar la interrupción del embarazo deberá apreciar, por escrito y con la firma de la mujer, que las alegaciones de ésta son fundadas, pudiendo solicitar, en su caso, informe psiquiátrico, psicológico o de profesional de trabajo social”*.

⁹⁸ Como literalmente establece el artículo 10.4 LGS y también prevé el artículo 10.4 LBAP.

LSA proclama el derecho al “*respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que puedan ser discriminados por razón alguna*”. Como también hacen el artículo 10.1 de la LGS y el propio EAA en su artículo 22.2.e). Por su parte, el artículo 7.2 de la LBAP ordena a los centros sanitarios que adopten las medidas oportunas que garanticen estos derechos.

Hay que tener en cuenta que los datos médicos tienen, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, que regula la Protección de Datos de Carácter Personal, la consideración de datos especialmente protegidos⁹⁹ que sólo pueden “*ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente*”. El tratamiento que se pueda hacer de estos datos es el que establece la legislación sanitaria y tendrá que tener fines médicos¹⁰⁰.

Esta obligación de proteger los datos relativos a la salud se corresponde con el derecho que establece la LSA a “*la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y su estancia en cualquier centro sanitario*”¹⁰¹. La LBAP se ocupa de establecer de forma detallada el régimen jurídico de la historia clínica que su artículo 14.1 define como “*el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro*”¹⁰².

Finalmente, en relación con la participación en actuaciones de salud pública tanto la LGSP¹⁰³ como la LSPA¹⁰⁴ proclaman también el derecho al respeto de la dignidad e intimidad personal y familiar de las personas implicadas.

⁹⁹ Vid. M^a Á. Egusquiza Balmaseda, *Protección de datos: Intimidad y Salud*, Cuadernos de Aranzadi de Derecho civil, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009 y J. Rubí Navarro, “El tratamiento de los datos de salud y la legislación sobre protección de datos”, AA.VV., *Salud pública y Derecho administrativo*, Cuadernos de Derecho judicial, 2004, Madrid, pp. 203 a 231.

¹⁰⁰ A. Palomar Olmeda, *Servicio de información y tarjeta sanitaria en el marco de la nueva regulación de las relaciones interadministrativas en materia de sanidad*, op. cit., p. 210 aborda el acceso y el tratamiento de los datos sanitarios públicos.

¹⁰¹ Artículo 6.1.h) y también 10.3 de la LGS.

¹⁰² Capítulo V de la Ley.

¹⁰³ Artículo 7.

¹⁰⁴ Artículo 17.

Capítulo VI. GARANTÍAS DE ESPERA EN LOS TIEMPOS DE RESPUESTA ASISTENCIAL

Gema García Megido¹

I. INTRODUCCIÓN

1. Consideraciones sobre el derecho de los ciudadanos a recibir las prestaciones sanitarias en tiempo adecuado y la existencia de las listas de espera

Apoyada en el derecho constitucional a la protección de la salud, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (1), estableció la universalidad de la asistencia sanitaria, su carácter público y el acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva.

La Ley 2/1998, de Salud (2) de Andalucía, determina que la igualdad efectiva en las condiciones de acceso al Sistema Sanitario Público junto con la universalización y equidad en los niveles de salud, es uno de los principios que han de inspirar las actuaciones sobre la protección de la salud (artículo 2.1). Con el reconocimiento del derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria² esta Ley introduce la exigibilidad por los ciudadanos de recibirlas en un tiempo adecuado con el artículo 6.1 letra m³ que se garantizará, en el ámbito te-

¹ Jefe del Servicio de Planificación Sanitaria. Dirección General de Planificación y Ordenación Farmacéutica. Secretaría General de Planificación y Evaluación Económica. Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales. Junta de Andalucía.

² Artículo 4.1. "Las prestaciones sanitarias ofertadas por el Sistema Sanitario Público de Andalucía serán, como mínimo, las establecidas en cada momento para el Sistema Nacional de Salud".

³ Artículo 6.1. Relativo a los derechos de los ciudadanos con respecto a los servicios sanitarios públicos en Andalucía.

territorial de Andalucía, el acceso a las prestaciones sanitarias en un tiempo máximo, en los términos y plazos que reglamentariamente se determinen. El mismo artículo 6.1 en la letra d, reconoce el derecho a la información sobre los servicios sanitarios a los que pueden acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso.

Los Decretos y Órdenes que regulan y desarrollan la garantía de plazos para recibir la asistencia sanitaria en Andalucía han partido de la consideración de los principios y derechos que, como se ha visto, rigen las dos Leyes mencionadas: el acceso de los ciudadanos a las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad efectiva (ante la misma necesidad), el establecimiento de tiempos máximos de respuesta asistencial y la garantía de acceso a la información sobre su situación en los registros de demanda, que aporte transparencia a la gestión administrativa de las listas de espera.

2. Consideraciones sobre la existencia de las Listas de Espera

Estando admitido que incluso una eficiente utilización de los recursos sanitarios no evita la generación de las listas de espera que recogen una demanda, es esencial que, para asegurar su adecuación en dimensión –número de pacientes– y en contenido –los pacientes cuya asistencia es demorable– su gestión se base en el establecimiento y aplicación de criterios de priorización de asistencia en cada uno de los pacientes, y que los distintos procesos de diagnóstico y de tratamiento sean categorizados según necesidad de atención y que cada categoría tenga garantizado su plazo máximo de respuesta: “la propia existencia de la lista de espera puede servir como instrumento de planificación del trabajo y gestión de la demanda, siendo, sin duda, un método de organizar la actividad sanitaria; per se no es indicativa de una mala gestión, pero pierde su sentido si el número de pacientes que incluye es elevado y el período de espera se prolonga cada vez más. Es en estos casos cuando las listas de espera se convierten en un problema importante para los ciudadanos y para el Sistema Sanitario, pues el tiempo de espera va más allá de lo razonablemente aceptado por el paciente y el propio Sistema”⁴.

En el mismo sentido, el Defensor del Pueblo Andaluz, se ha posicionado “considerando comprensibles determinadas demoras para acceder a las prestaciones sanitarias no urgentes, en el marco de un sistema presidido por los principios de universalidad y gratuidad, aunque estimando también que las mismas no son concebibles si superan unos límites tolerables médica y personalmente, en cuyo caso se produce una verdadera desasistencia”⁵.

⁴ R. Peñalver, “Algunas consideraciones sobre la gestión de la demanda en los servicios sanitarios. La experiencia del servicio de salud de Castilla-La Mancha”, *Rev Adm Sanit*, 2005, 3(3):467-75.

⁵ Defensor del Pueblo Andaluz, *Informe al Parlamento 2012*, BOPA núm. 200, de 11 de abril de 2013.

Con estas consideraciones en Andalucía, para el establecimiento y revisión de los tiempos de respuesta quirúrgica que se garantizan, se ha individualizado la necesidad con la valoración de: a) Procesos graves que no tengan la consideración de urgencias o emergencias, pero en los que la demora pueda entrañar riesgo para la vida del paciente. b) Procesos en los que la demora en la intervención quirúrgica pueda generar graves discapacidades o alterar de manera importante la capacidad funcional del paciente. c) Procesos que producen dolor importante e invalidante⁶.

La regulación por la autoridad sanitaria de los máximos tiempos de espera para recibir la asistencia, hace que los centros sanitarios queden comprometidos a mejorar la gestión de sus recursos (evitando demoras innecesarias) y la administración sanitaria queda obligada, cuando se hayan superado los plazos establecidos en las garantías, a financiar la asistencia en centros ajenos: “Sin duda, la delimitación de los tiempos de espera genera una obligación de carácter contractual con los ciudadanos sanitarios del SNS, y en coherencia, la superación de dichos plazos sin asistencia sanitaria genera para la Administración una obligación ex lege al pago de dicha prestación sanitaria sin posibilidad de revisión ni en vía administrativa ni judicial. La objetiva superación del tiempo de espera otorga al ciudadano sanitario un título ejecutivo de exigibilidad jurídica incondicionada, impregnándose así el SNS de calidad democrática y de seguridad jurídica”⁷.

II. ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LA NORMATIVA QUE EN ANDALUCÍA VIENE A GARANTIZAR LOS TIEMPOS DE RESPUESTA ASISTENCIAL

La ordenación sanitaria en el Sistema Nacional de Salud (SNS) reconoce la Atención Primaria como el primer contacto y primordial responsable de la asistencia sanitaria al paciente, facilitando en principio el acceso inmediato a las consultas médicas y de enfermería en este nivel⁸. Son entonces los profesionales de la Atención Primaria quienes en caso de necesidad de apoyo en el diagnóstico y/o decisión terapéutica⁹ solicitan las consultas en las especialidades hospitalarias y las pruebas diagnósticas disponibles en ese nivel asistencial.

⁶ Decreto 209/2001. Disposición adicional quinta.

⁷ J. M. Antequera Vinagre, “Las garantías y la exigibilidad de las prestaciones sanitarias como factor de cohesión del Sistema Nacional de Salud. Breves reflexiones”, *Rev Adm Sanit*, 2003, 1(2):171-87.

⁸ En el *Informe 2013* de la Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública, en el parámetro de “Lista de Espera” se incluye el indicador “% de primeras visitas en At. Primaria en < 24 h”.

⁹ *Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Artículo 15*. “Una vez superadas las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de la Atención Primaria, los usuarios del SNS tienen derecho, en el marco de su Área de Salud, a ser atendidos en los servicios especializados hospitalarios”.

La continuidad asistencial en el proceso de atención es un elemento básico para la efectividad de los servicios sanitarios ya que condiciona los resultados en salud y por tanto, la calidad de la asistencia.

El modelo de atención por Procesos Asistenciales que propicia el Sistema Sanitario Público de Andalucía, implica que los profesionales de distintos niveles asistenciales tienen sus propias competencias para dar una respuesta en tiempo adecuado al problema de salud considerado: establecer unos plazos máximos de respuesta ante la solicitud desde atención primaria de consultas y procedimientos diagnósticos es imprescindible para garantizar la accesibilidad a los diferentes niveles de la atención especializada.

En Andalucía, el sistema de garantías en los tiempos de respuesta asistencial asegura al ciudadano unos tiempos máximos de espera para recibir de forma programada un tratamiento quirúrgico, la atención en consulta o la realización de un procedimiento diagnóstico indicado, todos ellos en las circunstancias que se establecen en los Decretos reguladores y sus Órdenes que los desarrollan.

En este contexto, para corresponder al mandato de la Ley de Salud de Andalucía (artículo 9.1) de garantizar a los ciudadanos información suficiente, adecuada y comprensible sobre sus derechos y deberes respecto a los servicios sanitarios en Andalucía, cada ciudadano en lista de espera puede conocer en todo momento la fecha desde la que está inscrito (fecha de entrada en la lista de espera) y su situación en los registros de demanda quirúrgica, de consultas en atención especializada y de procedimientos diagnóstico. Los procedimientos establecidos son la consulta personal en Inters@s¹⁰; con ayuda de una persona, a través de Salud Responde¹¹ (teléfono, correo electrónico).

Se ha realizado un análisis descriptivo de los dos Decretos de garantía de plazo de respuesta de forma conjunta con las Órdenes de desarrollo.

La normativa que actualiza los contenidos de la garantía (plazos máximos de respuesta y la asistencia objeto de la garantía) se describe en apartado propio.

Para los términos que lo requieren se ha incorporado su definición en el Glosario (Anexo IV.2).

¹⁰ Inters@s es la oficina virtual del Sistema Sanitario Público de Andalucía. La consulta de los registros de demanda requiere la autenticación del usuario con certificado digital por tratarse de datos personales de alta protección.

¹¹ Salud Responde: es un centro de información y servicios, disponible 24 horas los 365 días del año, con atención telefónica personalizada.

1. Garantía de plazo de respuesta quirúrgica: Decreto y Órdenes de desarrollo

1.1. Decreto 209/2001, de 18 de septiembre, por el que se establece la garantía de plazo de respuesta quirúrgica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía (BOJA núm. 114, de 2 de octubre).

A) Resumen de las características principales

- Se garantiza que la intervención quirúrgica será realizada en un tiempo máximo de 180 días para una amplia selección de procedimientos quirúrgicos que conllevan su inclusión en lista de espera (700 técnicas). Posteriormente, mediante Orden, se ha reducido a 120 días el plazo para los 11 procesos asistenciales¹² más comunes, que incluyen 71 de las técnicas quirúrgicas con garantía.
- La garantía de plazo de respuesta no afecta a las intervenciones quirúrgicas urgentes, que se realizan de manera inmediata y no se incluyen en lista de espera. Tampoco a los trasplantes, por su exclusiva dependencia de la disponibilidad del órgano requerido.
- La gestión de esta garantía de plazo requiere la creación del Registro de Demanda Quirúrgica¹³ que reúna los datos relativos a quién se le reconoce el derecho (datos de identificación del paciente), qué (procedimiento quirúrgico afecto a la garantía), cuando se inició la garantía (fecha de solicitud de la inscripción).
- Se determina el momento en el que se inicia el cómputo del plazo máximo, las circunstancias que lo suspenden y aquellas que provocan su extinción (pérdida del derecho) por causas imputables al propio paciente y que resulten injustificadas.
- Con gestión descentralizada del registro único, y por tanto común, cada hospital ha de programar la intervención en su centro o bien promover que se realice en otro centro del Sistema Sanitario Público de Andalucía o en centro concertado. De no cumplirse el plazo de respuesta establecido en la normativa, la persona tiene derecho a acudir a un centro público o privado y la administración sanitaria asume los gastos ocasionados.
- La elección del hospital privado por el paciente queda condicionado a que no exista determinada incompatibilidad en sus profesionales y que el centro acepte las tarifas oficiales establecidas.

¹² Anexo IV.2 Glosario.

¹³ Artículo 7. El Registro de Demanda Quirúrgica ha sustituido al anterior Registro de la Demanda de Servicios Quirúrgicos en el Servicio Andaluz de Salud que se mantuvo en funcionamiento hasta que por Orden de 25 de septiembre de 2002 (disposición final segunda), el 1 de octubre de 2002 se inició la actividad del Registro de Demanda Quirúrgica.

- Por la necesidad de adecuar la estructura organizativa de los centros sanitarios al cumplimiento de este derecho, se indica¹⁴ la implantación progresiva de la garantía de forma que el plazo de 180 días en la respuesta quirúrgica se garantice a los doce meses desde la entrada en vigor del presente Decreto (día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía).

B) Normativa de desarrollo

La disposición final primera de Habilitación reglamentaria, faculta al titular de la Consejería de Salud para el desarrollo del contenido del Decreto, que se ha llevado a efecto en las siguientes Ordenes de la Consejería de Salud:

- Orden de 25 de septiembre de 2002, sobre procedimiento de pago de los gastos derivados de intervenciones quirúrgicas en centros sanitarios privados por superación del plazo máximo de respuesta quirúrgica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía (BOJA núm. 115, de 1 de octubre).
- Orden de 25 de septiembre de 2002, por la que se crea el fichero automatizado de datos de carácter personal llamado Registro de Demanda Quirúrgica del Sistema Sanitario Público de Andalucía (BOJA núm. 115, de 1 de octubre).
- Orden de 25 de septiembre de 2002, por la que se establecen normas para la aplicación de la garantía de plazo de respuesta quirúrgica y el funcionamiento del registro de demanda quirúrgica del Sistema Sanitario Público de Andalucía (BOJA núm. 115, de 1 de octubre).
- Orden de 20 de diciembre de 2006, por la que se modifican los plazos de respuesta quirúrgica para algunos de los procedimientos incluidos en el Anexo I del Decreto 209/2001, de 18 de septiembre (BOJA núm. 3, de 4 de enero 2007).
- Orden de 14 de mayo de 2007, por la que se actualizan los procedimientos quirúrgicos recogidos en el Anexo I del Decreto 209/2001 (BOJA núm. 113, de 8 de junio).

C) Análisis de contenidos y de los procedimientos de aplicación de la norma

C.1) Garantía y sus beneficiarios

El Decreto establece la garantía de plazo de respuesta quirúrgica en 180 días naturales a todas las personas que precisan una intervención quirúrgica programada para la atención de alguno de los procedimientos quirúrgicos contemplados en su Anexo 1, con derecho a

¹⁴ Disposición transitoria segunda.

la asistencia sanitaria en el Sistema Sanitario Público de Andalucía¹⁵ cuyo aseguramiento corresponda a la Administración Sanitaria Pública de la Junta de Andalucía y estén inscritas en el Registro de Demanda Quirúrgica (RDQ)¹⁶.

Han quedado excluidos de la garantía del Decreto, los procedimientos quirúrgicos que, por comprometer la vida del paciente, hayan de ser realizados con carácter urgente según criterio facultativo¹⁷, así como la extracción y el trasplante de órganos al quedar condicionada su realización a la existencia de donantes y por tanto, a la disponibilidad de los órganos¹⁸.

El resto de procedimientos no incluidos son muy poco relevantes por no causar dolor ni alterar el desempeño de las actividades básicas diarias. Quedan naturalmente excluidos aquellos que no tienen la condición de prestación sanitaria pública¹⁹.

Los procedimientos quirúrgicos con la garantía de plazo máximo de respuesta del Anexo 1 pueden ser actualizados por la Consejería de Salud si existen circunstancias técnicas que lo aconsejen²⁰ y el plazo de respuesta establecido en cada uno de ellos puede ser revisado de forma que se reduzca ante “especiales características asistenciales y de necesidad sanitaria” en procesos en los que la demora pueda entrañar riesgo para la vida del paciente, generar graves discapacidades o alterar de manera importante la capacidad funcional del paciente o que produzcan dolor importante e invalidante²¹.

C.2) Registro de Demanda Quirúrgica del Sistema Sanitario Público de Andalucía

Para el control y la gestión de la demanda de las intervenciones quirúrgicas programadas, se crea²² el Registro de Demanda Quirúrgica del Sistema Sanitario Público de Andalucía adscrito a la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud.

¹⁵ El Decreto hace beneficiarios del derecho a las personas incluidas en el artículo 3.1 de la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía: Los españoles y los extranjeros residentes en cualquiera de los municipios de Andalucía.

¹⁶ Artículo 4 de la Orden de 25 de septiembre de 2002, por la que se establecen normas para la aplicación de la garantía de plazo de respuesta quirúrgica y el funcionamiento del Registro de Demanda Quirúrgica del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

¹⁷ Decreto 209/2001, disposición adicional primera.

¹⁸ Decreto 209/2001, disposición adicional segunda.

¹⁹ Se mantienen las exclusiones citadas en la normativa estatal reguladora de los plazos máximos de espera: Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo, por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre listas de espera en el SNS.

²⁰ Decreto 209/2001, disposición adicional cuarta.

²¹ Decreto 209/2011, disposición adicional quinta.

²² Decreto 209/2001, artículos 7 y 8.

Es un fichero de datos personales en el que se inscriben los pacientes demandantes de procesos quirúrgicos en el Sistema Sanitario Público de Andalucía y como tal requiere la existencia de normativa específica de creación²³ y de una normativa que regule el funcionamiento del RDQ al establecer su estructura y contenido, el procedimiento de inscripción y baja y los responsables de su gestión y mantenimiento²⁴.

Por su característica de Registro de Demanda Quirúrgica único en Andalucía se accede desde todos los centros hospitalarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía, determinados centros concertados y las Unidades de Gestión Provincial, estableciéndose la gestión descentralizada por cada uno de ellos para la actualización permanente de sus registros y para su uso en la programación de la actividad quirúrgica.

En el Registro han de inscribirse todas las intervenciones programadas²⁵, requieran o no los procedimientos quirúrgicos incluidos en el Anexo 1 del Decreto de garantías, que hayan sido indicados por los facultativos del Sistema Sanitario Público de Andalucía y por los profesionales de los centros concertados en los que se haya implantado: se inicia con la “Solicitud de inscripción en el Registro de Demanda Quirúrgica”, que es una solicitud normalizada en el Decreto (Anexo 2) que cumplimenta el facultativo que establece la necesidad del tratamiento quirúrgico siempre que se trate de una intervención programable y esté incluida en la cartera de servicios del hospital.

Las Unidades Administrativas con responsabilidad directa en el mantenimiento y actualización de los datos quedan obligadas a la inscripción para cada paciente de la totalidad de los datos que el Decreto 209/2001 y la Orden de 25 de septiembre de 2002, sobre normas de funcionamiento del RDQ, establecen como contenido mínimo²⁶ y que están relacionados con: la

²³ Orden de 25 de septiembre de 2002, por la que se crea el fichero automatizado de datos de carácter personal llamado Registro de Demanda Quirúrgica del Sistema Sanitario Público de Andalucía (BOJA núm. 115, de 1 de octubre).

²⁴ Orden de 25 de septiembre de 2002, por la que se establecen normas para la aplicación de la garantía de plazo de respuesta quirúrgica y el funcionamiento del Registro de Demanda Quirúrgica del Sistema Sanitario Público de Andalucía (BOJA núm. 115, de 1 de octubre).

²⁵ Aunque queden expresamente excluidas de inscripción en el RDQ: a) Las intervenciones urgentes y las urgentes diferidas. b) Las intervenciones quirúrgicas de extracción y trasplante de órganos. c) Las intervenciones programadas durante un episodio de hospitalización en el que se establece aquella indicación quirúrgica. d) Los procesos obstétricos.

²⁶ 1. Datos para la identificación del paciente. 2. Fecha de presentación de la solicitud de inscripción en el Registro. 3. Indicación quirúrgica por el facultativo especialista responsable del paciente (Proceso que motiva la intervención y el procedimiento quirúrgico propuesto). 4. Aceptación por el paciente de su inscripción en el Registro. 5. Causa de la suspensión del cómputo del plazo máximo de respuesta quirúrgica. 6. Fecha del inicio de la suspensión. 7. Fecha de reinicio del cómputo del plazo máximo de respuesta quirúrgica, una vez desaparecida la causa que motivó la suspensión. 8. Fecha de la baja en el Registro. 9. Causa de la baja en el Registro. 10. Causa que motiva la pérdida de la garantía de respuesta quirúrgica en el plazo que se haya establecido para su intervención. 11. Fecha de la pérdida de la garantía.

Identificación del paciente; los Datos Clínicos iniciales; la Situación del paciente en el RDQ, en relación a la aplicación de la garantía de plazo, intervención programable o no programable; Datos de los centros asistenciales y profesionales responsables en cada momento.

Es el interesado u otra persona de su consideración quién presenta el documento en la unidad administrativa responsable del procedimiento en el hospital o en el registro de cualquier órgano administrativo u oficina de Correos.

C.3) Sistema de Garantías²⁷

c.3.1. Cómputo de plazo máximo de respuesta.

Los 180 días naturales comienzan a contar desde la fecha de presentación del documento “Solicitud de inscripción en el RDQ” del Sistema Sanitario Público de Andalucía, que se considera la fecha de inscripción.

Como garantía del cómputo de los días en espera, se obliga a que la inscripción real en el Registro se efectúe en los 30 días siguientes a la entrada de la solicitud o a la subsanación de datos deficientes o inexistentes requeridos. En este caso el interesado tiene 10 días para facilitar aquellos y de no hacerlo, se deniega la inscripción en el Registro por resolución del Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud o según el centro, de la Agencia Sanitaria o por la persona titular de la Delegación Provincial de la Consejera de Salud.

La Administración Sanitaria tiene el deber de mantener actualizada la información sobre los tiempos de espera quirúrgicos en los distintos centros y servicios del Sistema Sanitario Público de Andalucía, que ha de estar a disposición de los ciudadanos según recoge el artículo 4.2 del Decreto²⁸.

c.3.2. Oferta de Centros.

En este periodo de espera y para posibilitar que la intervención se realice en plazo, la Administración Sanitaria puede ofertar el tratamiento quirúrgico indicado no solo en el hospital

²⁷ La Orden de 25 de septiembre de 2002, por la que se establecen normas para la aplicación de la garantía de plazo de respuesta quirúrgica y el funcionamiento del registro de demanda quirúrgica del Sistema Sanitario Público de Andalucía tiene como objeto el desarrollo del sistema de garantías para el acceso a la asistencia quirúrgica en el plazo y en los procedimientos quirúrgicos previstos en el Decreto 209/20001.

²⁸ Los centros informan sobre el tiempo de espera en los hospitales ofertados en el momento de la oferta. La persona cuya intervención quirúrgica consta en el RDQ puede consultar su estado en InterS@S (oficina virtual del Sistema Sanitario Público de Andalucía). Los ciudadanos tienen acceso a la publicación en web de la Consejería de los datos de lista de espera quirúrgica, actualizados anual o semestralmente.

de origen sino en cualquiera de los centros del Sistema Sanitario Público de Andalucía o en un centro concertado.

Así lo contempla el Decreto 209/2001, y es la Orden de 25 de septiembre sobre normas para la aplicación de la garantía donde se establece el procedimiento de oferta de asistencia en otros centros y de derivación de pacientes (artículos 8 a 10):

- Son los Servicios de Atención al Usuario del hospital de origen quienes contactan con el paciente para la oferta del centro que podrá realizar la intervención quirúrgica en el plazo garantizado, con prioridad del hospital más cercano al domicilio del interesado, si bien pueden ofertarse centros existentes en cualquier provincia de la Comunidad Autónoma.

Cuando el paciente prefiere permanecer en espera para ser intervenido en el hospital de origen, se documenta por escrito el rechazo a la oferta, sabiendo que conlleva la pérdida de la garantía de plazo de respuesta quirúrgica.

- Oferta y derivación de centros públicos: analizando la situación de los datos centros del Sistema Sanitario Público de Andalucía respecto a demora quirúrgica, su rendimiento quirúrgico, las tasas de indicaciones, la disponibilidad presupuestaria y su cartera de servicios, se determinan aquellos que podrán participar en el programa de autoconcerto del Servicio Andaluz de Salud para la eliminación de las demoras quirúrgicas y que serán ofertados desde los hospitales de origen a los pacientes cuya intervención se encuentra en situación “con garantía programable”.

Obtenida la autorización del interesado, se procede a la derivación del procedimiento al nuevo hospital quién asume la responsabilidad de realizar la intervención en el plazo garantizado.

- Oferta y derivación hacia centros concertados: en función de la capacidad asistencial y por especialidad quirúrgica de los hospitales privados, la gestión de la oferta a los centros del Sistema Sanitario Público se realiza en las Unidades de Gestión Provincial de las Delegaciones de Salud, que así dan respuesta a la demanda quirúrgica que supera la capacidad de respuesta en los centros de su ámbito.

El hospital de origen del usuario, atendiendo a su capacidad asistencial y a la oferta recibida desde la Delegación Provincial, informa al paciente de la posibilidad de ser intervenido en un centro concertado y con la conformidad del interesado para ser intervenido en el centro concertado, se le asigna el centro.

La Unidad de Gestión Provincial valora la adecuación de la demanda al contenido del concierto y emite el documento de derivación al centro concertado, quién asume la responsabilidad de contactar con el usuario y programar su intervención en plazo.

c.3.3. Permanencia en el Registro.

De manera individual puede producirse la situación de “Suspensión del plazo máximo de intervención quirúrgica” o “Suspensión de la garantía”²⁹ a criterio del facultativo por considerar que la existencia de circunstancias derivadas de su proceso asistencial o sobreañadidas hacen no conveniente realizar la intervención quirúrgica prevista, hasta que se resuelvan las incidencias surgidas.

Igualmente se prevé la “Pérdida de la garantía”³⁰ cuando el paciente rechaza la fecha de asistencia asignada o el centro ofertado (sea el hospital donde se indicó la intervención u otro con posibilidad de asumir el tratamiento en plazo); o bien, no acuda en la fecha y lugar indicados a la citación correspondiente o voluntariamente demorara la intervención, sin que existan circunstancias justificadas en los motivos señalados. Para que se produzca la pérdida del derecho a la garantía el paciente ha de haber sido requerido de forma fehaciente en el domicilio señalado para ello en la solicitud de inscripción en el RDQ.

Las situaciones previstas de permanencia del paciente en el Registro en relación a la garantía de plazo y a su disponibilidad para la intervención son:

- Sin garantía inicial: la intervención requiere un procedimiento quirúrgico no incluido en el Anexo 1 del Decreto 209/2001.
- Con garantía programable: situación presente desde el inicio de la inscripción en el RDQ hasta el momento de su baja por las diferentes causas que más adelante se detallan; implica cómputo de plazo y el paciente está en disposición de recibir cualquiera de las actuaciones asociadas al tratamiento quirúrgico que precisa.
- Con garantía no programable: situación consecuencia de la suspensión del cómputo de plazo máximo de intervención quirúrgica, prevista en el artículo 6. Implica que el cómputo del plazo de días transcurridos desde la inscripción queda suspendido por tiempo determinado y se presenta: a) en caso de reevaluación clínica: por indicación de un facultativo que valora la situación clínica del paciente y considera no conveniente realizar en ese momento la intervención quirúrgica prevista; b) por solicitud de aplazamiento de la operación a petición del propio usuario o por su incomparecencia, siempre por causa justificada³¹.

²⁹ Artículo 6 Decreto 209/2011 y artículo 5 de la Orden de 25 de septiembre de 2002, de normas para la aplicación de la garantía de plazo de respuesta quirúrgica.

³⁰ Decreto 209/2001, artículo 5 Orden de 25 septiembre de 2002, de normas para la aplicación de la garantía de plazo de respuesta quirúrgica, artículo 6, se recoge como o “Pérdida de la garantía de plazo de respuesta quirúrgica”.

³¹ Son circunstancias que justifican la incomparecencia del usuario: a) Nacimiento o adopción de hijo o nieto. b) Matrimonio. c) Fallecimiento o enfermedad grave de un familiar por consanguinidad o afinidad, hasta el cuarto grado inclusive. d) Cumplimiento de un deber inexcusable, de carácter personal. e) Fuerza mayor. Orden de 25 de septiembre de 2002, de normas para la aplicación de la garantía de plazo de respuesta quirúrgica. Artículo 7.

Se requiere la justificación ante el hospital donde debe ser intervenido en los primeros quince días naturales desde que produjo la circunstancia que causó la incomparecencia del paciente; en caso de no haber constancia de la justificación, una resolución de la Dirección Gerencia a la que esté adscrita el hospital interviniente acordará la pérdida de la garantía (del Servicio Andaluz de Salud, o de las Agencias Públicas Empresariales Sanitarias) y por el Delegado Provincial de la Consejería de Salud, si la incomparecencia se produjo en un centro concertado o convenido.

Una vez resuelta la incidencia considerada, se continúa el cómputo desde el número de días ya contabilizados.

- Sin garantía y Programable: hay pérdida de la garantía de plazo y el paciente se mantiene en el RDQ con la fecha de su inscripción, su intervención quirúrgica será programada en el hospital de su elección sin tener en cuenta el tiempo transcurrido, con el criterio común de antigüedad en lista de espera.

Para la totalidad de las inscripciones en el Registro de Demanda Quirúrgica, se contempla la “Suspensión temporal de la garantía de plazo máximo de respuesta”³², cuando “por circunstancias excepcionales se vea alterado el normal funcionamiento de los centros asistenciales”.

c.3.4. Salida del Registro de Demanda Quirúrgica.

El Decreto contempla las causas³³ por las que se producirá la baja en el RDQ, de las que obligatoriamente ha de dejarse constancia en éste junto con la fecha en que se produce:

- a) La realización de la intervención quirúrgica indicada, registrando la fecha de intervención.
- b) La voluntad expresa del paciente de causar baja, en solicitud normalizada (Anexo 3). Se registra la fecha de la inscripción de esta solicitud como fecha de baja en el registro.
- c) La reevaluación de la indicación por un facultativo, que haga desaconsejable la intervención quirúrgica. Con solicitud normalizada (Anexo 3), la fecha de la inscripción de esta solicitud se considera la fecha de baja en el registro.
- d) El fallecimiento del paciente, con registro de la fecha en que aquel se haya producido.

La Orden que regula el funcionamiento del Registro³⁴ incorpora la baja con carácter trimestral (al menos) de las inscripciones en las que la intervención quirúrgica se ha realizado con carácter urgente, con la finalidad de mantener actualizados los datos y facilitar la gestión de la demanda.

³² Decreto 209/2001, disposición adicional tercera.

³³ Decreto 209/2001, artículo 10.

³⁴ Orden de 25 de septiembre de 2002, por la que se establecen normas para la aplicación de la garantía de plazo de respuesta quirúrgica y el funcionamiento del registro de demanda quirúrgica del Sistema Sanitario Público de Andalucía. Disposición adicional primera.

Sobre el procedimiento de salida o baja en el Registro, cualquier hospital público relacionado con la intervención quirúrgica de un usuario (el hospital que propuso la intervención o el centro de libre elección o el hospital autoconcertado) puede efectuar la baja en el Registro de Demanda Quirúrgica por las causas descritas en las letras a), b) y d) si bien es el hospital de origen quién ha de disponer de la documentación acreditativa de la baja.

De esta forma se reserva la baja por reevaluación clínica para el hospital de origen del usuario o para el hospital de libre elección.

Los centros privados concertados no tienen autorización para la baja en el RDQ, siendo la Unidad de Gestión Provincial de la Delegación de Salud quién lo asume.

c.3.5. Incumplimiento del plazo máximo con garantía.

Una vez transcurrido el plazo de respuesta sin haberse realizado la intervención quirúrgica, el paciente puede recibir el tratamiento en un centro sanitario privado y la Administración Sanitaria queda obligada al pago de los gastos derivados.

Se requiere que el paciente así lo solicite a la Administración Sanitaria y ésta queda obligada a facilitarle la relación de centros privados con los que se mantiene convenio de colaboración junto con un documento acreditativo³⁵ con la circunstancia de que esta persona se encuentra inscrita en el Registro de Demanda Quirúrgica y que se ha superado el plazo máximo de garantía de respuesta quirúrgica para el procedimiento quirúrgico que se señala, indica el hospital que propuso la intervención y el importe máximo que corresponde satisfacer por los gastos derivados de la intervención quirúrgica. El documento ha de ser firmado por la Dirección Gerencia del organismo al que esté adscrito el hospital de origen (Servicio Andaluz de Salud o Agencia Pública Empresarial Sanitaria) o de la persona titular de la Delegación Provincial de Salud si se tratara de un hospital concertado o convenido.

Este documento acreditativo con validez de un año desde su emisión, de forma que la no utilización en ese periodo conlleva la anulación del compromiso de pago por la Administración Sanitaria.

Se ha establecido una cuantía máxima a abonar al centro privado que elija el paciente y que se establece para cada uno de los procedimientos quirúrgicos que se incluyen en el Anexo I del Decreto.

³⁵ Normalizado en modelo del Anexo 4 del Decreto 209/2001. Desarrollo del procedimiento en la Orden de 25 de septiembre de 2002, de normas para la aplicación de la garantía de plazo de respuesta quirúrgica. Artículos 11 a 13.

En la determinación del precio se han considerado los costes de todas las actuaciones³⁶ sanitarias inherentes a cada procedimiento que puedan realizarse en el periodo preoperatorio, durante la estancia del paciente en el centro y en el periodo postoperatorio. El precio de las prótesis no está incluido en el importe de las intervenciones quirúrgicas y el importe máximo a incorporar en la factura queda establecido en el Anexo 1 de la Orden de 25 de septiembre de 2002.

Como garantía de accesibilidad al centro elegido, si estuviera situado en localidad distinta a la del hospital donde se indicó su intervención, se abonarán asimismo los gastos derivados del desplazamiento del paciente y de un acompañante, según tarifas vigentes (artículo 11).

El artículo 12 del Decreto recoge las circunstancias en las que la Administración Sanitaria no tiene obligación de pago de la intervención quirúrgica que se realice en ese centro privado: a) en el centro desarrollan su actividad médicos del Sistema Sanitario Público de Andalucía, de la especialidad correspondiente al procedimiento quirúrgico indicado; b) la intervención quirúrgica realizada es distinta a la intervención que consta en el RDQ; c) si se incumple alguno de los requisitos del Decreto.

Como desarrollo de este apartado, se establece³⁷ mediante Orden el procedimiento de pago de los gastos derivados de intervenciones quirúrgicas en centros sanitarios privados por superación del plazo máximo de respuesta quirúrgica.

Esta misma norma fija los precios máximos a facturar por la implantación de determinadas prótesis quirúrgicas y establece la posibilidad de suscripción de convenios de colaboración con centros privados que, contando con las debidas autorizaciones sanitarias, reúnen los requisitos para llevar a cabo los procedimientos quirúrgicos en las condiciones establecidas en el Decreto 209/2001.

³⁶ El precio incluye: 1. Pruebas diagnósticas y terapéuticas rutinarias o especiales que sea preciso realizar al paciente con anterioridad al procedimiento al que vaya a ser sometido, o durante el período de hospitalización incluido, en su caso, los estudios preoperatorios necesarios. 2. La atención derivada de las posibles complicaciones que puedan presentarse a lo largo de todo el proceso asistencial, tanto en la fase preoperatoria, como en la intervención quirúrgica, como en la hospitalización, y como en el postoperatorio, hasta los 60 días naturales contados desde el día siguiente a producirse el alta clínica del paciente. 3. Las reintervenciones quirúrgicas que haya que realizar al paciente, siempre que estén relacionadas con la causa que motivó su intervención. 4. El tratamiento medicamentoso que se requiera durante el proceso, así como la sangre y hemoderivados. 5. Las curas. (Anexo 1).

³⁷ *Orden de 25 de septiembre, sobre procedimiento de pago de los gastos derivados de intervenciones quirúrgicas en centros sanitarios privados por superación del plazo máximo de respuesta quirúrgica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía.*

C.4) Participación de los centros privados: Convenio de Colaboración³⁸

Los centros sanitarios privados que se ofrecen a las personas que desean ejercer su derecho han de haber suscrito un convenio de colaboración con la Administración Sanitaria para este fin (artículo 5 y Anexo II), en el que se expresa la disponibilidad de los centros afectos al convenio para llevar a cabo los procedimientos quirúrgicos que se recogen en el apéndice del convenio, en las condiciones establecidas en el Decreto 209/2001, y por las cuantías máximas establecidas.

Con una vigencia de doce meses a partir del décimo día natural desde la fecha de suscripción, se contempla la prórroga tácita por iguales periodos, salvo denuncia expresa por cualquiera de las partes con una antelación de sesenta días naturales a la fecha de su finalización.

Los centros sanitarios privados con los que la Administración Sanitaria Pública de la Junta de Andalucía ya mantenga concierto o convenio para la prestación de asistencia sanitaria en la misma especialidad quirúrgica que la del procedimiento requerido, no podrán suscribir este nuevo convenio.

El centro sanitario privado elegido por el usuario, dispone de un mes tras la intervención, para presentar a la autoridad sanitaria que firmó el documento acreditativo y la documentación que justifique que la intervención quirúrgica se ha realizado: a) Fotocopia del documento acreditativo facilitado al paciente que autoriza la intervención en el centro. b) Documento de alta³⁹. c) Parte de quirófano. d) Factura única por las intervenciones realizadas en el mes anterior.

El compromiso de la Administración es pagar los importes correctamente facturados en un plazo no superior a dos meses, previa comprobación de que concurren el resto de condiciones del convenio⁴⁰.

³⁸ Orden de 25 de septiembre de 2002, de normas para la aplicación de la garantía de plazo de respuesta quirúrgica.

³⁹ Informe clínico con datos de identificación del paciente, del procedimiento quirúrgico y fecha de la intervención.

⁴⁰ Documentación disponible: Autorización de funcionamiento del centro sanitario; Declaración responsable del centro sobre no actividad en el mismo de médicos del Sistema Sanitario Público de Andalucía de la especialidad correspondiente y que no mantiene con la Administración Sanitaria Pública de la Junta de Andalucía contrato o convenio en el que se incluya prestación de servicios de dicha especialidad; Relación de los médicos del centro de la especialidad correspondiente al procedimiento quirúrgico realizado; Declaración responsable de no haber facturado ni se facturará al paciente por ninguno de los conceptos que se facturan.

1.2. Orden de 20 de diciembre de 2006, por la que se modifican los plazos de respuesta quirúrgica para algunos de los procedimientos incluidos en el Anexo I del Decreto 209/2001, de 18 de septiembre, por el que se establece la garantía de plazo de respuesta quirúrgica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía (BOJA núm. 3, de 4 de enero)

Con Artículo Único, su objeto es modificar el plazo máximo de respuesta quirúrgica de 180 días, que se reduce a 120 días naturales para las intervenciones quirúrgicas que se precisen para la realización de los procedimientos quirúrgicos relacionados en su Anexo.

Mantiene el resto de características de la garantía de plazo de respuesta que se recogen en el Decreto 209/2001 y en las normas establecidas en las Órdenes de 25 de septiembre de 2002, para la correcta aplicación de la garantía por la administración sanitaria y sus centros.

Vigente desde el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, si bien, la disposición transitoria única contempla la implantación progresiva de este nuevo plazo máximo para adecuar la estructura organizativa de los centros sanitarios al cumplimiento de este derecho, de forma que se garantice a los seis meses, desde la entrada en vigor de la misma, el plazo recogido en su artículo único.

1.3. Orden de 14 de mayo de 2007, por la que se actualizan los procedimientos quirúrgicos recogidos en el Anexo I del Decreto 209/2001, de 18 de septiembre, por el que se establece la garantía de plazo de respuesta quirúrgica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía y se establecen sus correspondientes cuantías (BOJA núm. 113, de 8 de junio)

En su preámbulo justifica la actualización del Anexo I del Decreto 209/2001⁴¹, por las dos actualizaciones que se han producido en la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-9-MC), sistema oficial que asigna códigos a los diagnósticos y procedimientos utilizados para describir parte de la asistencia hospitalaria prestada y utilizado en la elaboración del Anexo I.

Esta Orden modifica el Anexo I al incorporar en el texto la correcta descripción de los procedimientos quirúrgicos incorporando los nuevos códigos de procedimientos quirúrgicos de la CIE-9-MC y retirando los procedimientos que fueron eliminados.

⁴¹ Actualización de los procedimientos quirúrgicos cuando las circunstancias técnicas lo aconsejen. *Disposición adicional cuarta. Decreto 209/2001.*

De esta forma, el Artículo Único establece como objeto de la Orden la actualización de esos procedimientos y el establecimiento de las cuantías máximas en cada uno de ellos a abonar al centro privado.

Entra en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

2. Garantía de plazo de respuesta en Procesos Asistenciales, Primeras Consultas de asistencia especializada y Procedimientos Diagnósticos: Decreto y Órdenes de desarrollo.

2.1. Decreto 96/2004, de 9 de marzo, por el que se establece la garantía de plazo de respuesta en procesos asistenciales, primeras consultas de asistencia especializada y procedimientos diagnósticos en el Sistema Sanitario Público de Andalucía (BOJA núm. 62, de 30 de marzo)

A) Resumen de las características principales

- Se garantiza de un plazo máximo de respuesta en procesos asistenciales, primeras consultas de asistencia especializada y procedimientos diagnósticos en el Sistema Sanitario Público de Andalucía.
- Para facilitar la cita en plazo, desde el centro de origen de la demanda de asistencia, se oferta cualquiera de los centros públicos o centros asistenciales concertados situados en un área que garantice siempre la accesibilidad de los pacientes.
- Cuando no puede obtenerse una cita en el plazo máximo establecido, una vez transcurrido éste, la persona tiene derecho a solicitar la atención en un centro privado y la administración sanitaria asume los gastos ocasionados.
- La gestión de esta garantía conlleva la creación del registro de demanda con los pacientes en espera de consulta o de procedimiento diagnóstico y el establecimiento de normas y procedimientos administrativos para garantizar la atención en los plazos establecidos.
- Se recogen las circunstancias de pérdida y de suspensión temporal de la garantía.

B) Normativa de desarrollo

El desarrollo de su contenido se contempla en las siguientes Ordenes de la Consejería de Salud:

- Orden de 18 de marzo de 2005, por la que se establecen normas para la aplicación de la garantía de plazo de respuesta en procesos asistenciales, primeras consultas de asistencia especializada y procedimientos diagnósticos y sobre el funcionamiento de los Registros de Procesos Asistenciales, de Demanda de Primeras Consultas de Asistencia Especializada y de Demanda de Procedimientos Diagnósticos del Sistema Sanitario Público de Andalucía (BOJA núm. 60, de 29 de marzo).
- Orden de 18 de marzo de 2005, por la que se establece el procedimiento de pago de los gastos derivados de procesos asistenciales, primeras consultas de asistencia especializada y procedimientos diagnósticos en los centros sanitarios privados por superación del plazo de respuesta máxima establecido por el Decreto 96/2004, de 9 de marzo (BOJA núm. 60, de 29 de marzo).
- Orden de 18 de marzo de 2005, por la que se crea el fichero automatizado de datos de carácter personal de los Registros de demanda de procesos asistenciales, de demanda de primeras consultas de asistencia especializada y de demanda de procedimientos diagnósticos del Sistema Sanitario Público de Andalucía (BOJA núm. 60, de 29 de marzo).

C) *Análisis de contenidos y de los procedimientos de aplicación de la norma.*

C.1) *Garantía y sus beneficiarios*

El Decreto establece la garantía de plazo de respuesta a todas las personas con derecho a la asistencia sanitaria en el Sistema Sanitario Público de Andalucía⁴², cuyo aseguramiento corresponda a la Administración Sanitaria Pública de la Junta de Andalucía y estén inscritos en los Registros de demanda que corresponda⁴³.

El plazo máximo de respuesta para los distintos tipos de demanda que contempla, es:

- 1º De 60 días naturales para la realización de las primeras consultas de asistencia especializada⁴⁴ en 20 especialidades hospitalarias que se soliciten desde Atención Primaria.
- 2º De 60 días naturales en 2 procesos asistenciales relacionados con cardiopatías, desde que se inicia su atención por disponer de un diagnóstico inicial hasta que se alcanza el diagnóstico definitivo y se toma la decisión terapéutica que proceda.

⁴² El Decreto 96/2004, hace beneficiarios del derecho a las personas incluidas en el artículo 3.1 de la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía: Los españoles y los extranjeros residentes en cualquiera de los municipios de Andalucía.

⁴³ Orden de 18 de marzo, para la aplicación de las garantías, artículo 4.

⁴⁴ Definición en el Glosario. Los Anexos I, II y III del Decreto recogen expresamente los Procesos Asistenciales, las especialidades con garantía de atención en Consultas y los procedimientos diagnósticos objeto del plazo máximo de respuesta.

- 3º Se reduce el plazo a 30 días naturales para la atención de 6 procesos asistenciales relacionados con neoplasias / cáncer con propuesta de un plan terapéutico en ese plazo.
- 4º De 30 días para la realización de 293 procedimientos diagnósticos seleccionados.

Es requisito que las solicitudes de las consultas y/o de realización de los procedimientos diagnósticos se encuentren inscritas en los correspondientes Registros que se crean y asimismo se exige que las solicitudes hayan sido realizadas por facultativos que prestan su asistencia en centros del Sistema Sanitario Público de Andalucía o en centros concertados para esa asistencia.

Tanto el contenido de la asistencia considerada en la garantía como los plazos de respuesta pueden actualizarse “cuando las circunstancias lo aconsejen”⁴⁵.

Se contempla la suspensión temporal de la garantía de plazo de respuesta “en caso de que por circunstancias excepcionales se vea alterado el normal funcionamiento de los centros asistenciales”⁴⁶.

C.2) Registro de Procesos Asistenciales, Registro de Primeras Consultas de Asistencia Especializada y Registro de Procedimientos Diagnósticos del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

Para el control y la gestión de la demanda de los procesos asistenciales, de las primeras consultas de asistencia especializada y de los procedimientos diagnósticos cuyo plazo de respuesta se garantiza, se crean⁴⁷ el Registro de Procesos Asistenciales, el Registro de Primeras Consultas de Asistencia Especializada y el Registro de Procedimientos Diagnósticos del Sistema Sanitario Público de Andalucía, adscritos a la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud.

Los centros quedan obligados a incorporar en el momento de la inscripción un contenido mínimo⁴⁸, para posibilitar el mantenimiento de los Registros y disponer de la información

⁴⁵ Decreto 96/2004. Disposición adicional segunda. Disposición adicional tercera.

⁴⁶ Decreto 96/2004. Disposición adicional primera.

⁴⁷ Decreto 96/2004, artículo 7.

⁴⁸ Decreto 96/2004, artículo 8. 1. Datos identificativos del paciente. 2. Datos identificativos del médico solicitante. 3. Fecha de la inscripción a efectos de la garantía de plazo de respuesta. 4. Datos identificativos de la consulta, del procedimiento diagnóstico o del proceso asistencial solicitado. 5. Proceso asistencial y/o motivo de la solicitud. 6. Fecha y hora de la cita. 7. Situación respecto a la garantía (con y sin garantía y con pérdida de la misma especificando en su caso la causa que motiva dicha pérdida). 8. Fecha de baja en el Registro. 9. Causa de la baja a efectos de la garantía plazo de respuesta.

necesaria para la programación de consultas y actividad diagnóstica que permita cumplir los plazos garantizados.

Los tres registros son ficheros de datos personales en el que se inscriben los pacientes demandantes de asistencia en el Sistema Sanitario Público de Andalucía y como tal requiere la existencia de normativa específica de creación⁴⁹ y de una normativa⁵⁰ que regule su funcionamiento, estructura, contenido y los procedimientos de alta y baja.

Siendo, cada uno de ellos, el único registro en la Comunidad Autónoma de Andalucía para su finalidad, se establece la gestión descentralizada de las altas y bajas por el centro donde se realizan las inscripciones. En consecuencia, tienen acceso todos los centros sanitarios públicos, los centros privados concertados que hayan sido autorizados y las Unidades de Gestión Provincial de las Delegaciones de Salud, con la responsabilidad de garantizar su correcto funcionamiento y asumen los procesos de mantenimiento y actualización de los datos.

La inscripción del alta en los Registros se hará en el plazo de cinco días naturales desde la fecha de entrada de la solicitud (o desde que se subsanen por el solicitante los defectos formales) y transcurrido el plazo de quince días naturales sin que se hubiera notificado resolución expresa, la solicitud de inscripción se entiende estimada.

Cabe la denegación de la inscripción en el Registro por haber transcurrido los plazos indicados o no haberse subsanado en el plazo de cinco días naturales los defectos formales en la solicitud. Requiere resolución dictada por la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, de las Agencias Sanitarias o por la Delegación Provincial de la Consejería de Salud, en según la adscripción de los centros públicos o que sean centros asistenciales concertados o convenidos con la Consejería de Salud.

c.2.1. Registro de Procesos Asistenciales.

Destinado a la inscripción de los procesos asistenciales que, incluidos en el Anexo I del Decreto 96/2004, hayan sido identificados por los médicos del Sistema Sanitario Público de Andalucía y de los centros concertados que tengan implantado este Registro.

⁴⁹ Orden de 18 de marzo de 2005, por la que se crea el fichero automatizado de datos de carácter personal de los Registros de demanda de procesos asistenciales, de demanda de primeras consultas de asistencia especializada y de demanda de procedimientos diagnósticos del Sistema Sanitario Público de Andalucía (BOJA núm. 60, de 29 de marzo).

⁵⁰ Orden de 18 de marzo de 2005, por la que se establecen normas para la aplicación de la garantía de plazo de respuesta en procesos asistenciales, primeras consultas de asistencia especializada y procedimientos diagnósticos y sobre el funcionamiento de los Registros de Procesos Asistenciales, de Demanda de Primeras Consultas de Asistencia Especializada y de Demanda de Procedimientos Diagnósticos del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

La solicitud de inscripción ha de ser presentada en el centro asistencial de procedencia dentro del plazo de los cinco días naturales siguientes a la fecha de solicitud de la consulta o procedimiento diagnóstico que se requiera en el proceso.

c.2.2. Registro de Demanda de Primeras Consultas de Asistencia Especializada.

Destinado a la inscripción de las primeras consultas de Atención Especializada que, incluidas en el Anexo II del Decreto 96/2004, hayan sido solicitadas por los médicos de Atención Primaria del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

La solicitud de inscripción ha de ser presentada en el centro asistencial de procedencia o por un centro de su Distrito de Atención Primaria dentro del plazo de los siete días naturales siguientes a la fecha de solicitud de la consulta.

c.2.3. Registro de Demanda de Procedimientos Diagnósticos.

Destinado a la inscripción de los procedimientos diagnósticos que, incluidos en el Anexo III del Decreto 96/2004, hayan sido indicados desde una consulta programada ambulatoria por el personal facultativo de los centros que tengan implantado el Registro.

- La solicitud de inscripción ha de ser presentada en el centro asistencial de procedencia o por un centro de su Distrito de Atención Primaria.

C.3) Sistema de Garantías

c.3.1. Cómputo de plazo.

Acceder a la garantía de plazo requiere la inscripción de los datos de la solicitud de consulta o prueba diagnóstica en los correspondientes Registros de pacientes del Sistema Sanitario Público de Andalucía. Y el cómputo de los plazos fijados, en días naturales, comienza al día siguiente de la fecha de inscripción en los mismos.

Destacar que la consideración de la “fecha de inscripción” es diferente para las tres situaciones con garantía: en Procesos Asistenciales es la fecha de solicitud de consulta o de procedimiento diagnóstico por el facultativo que inicie la atención; en Consultas es la fecha de solicitud por el médico de Atención Primaria; y en procedimientos diagnósticos es la fecha de presentación de la solicitud realizada por el facultativo, con la conformidad en su caso del paciente.

c.3.2. Gestión de las citas.

El sistema de gestión de citas se dirige inicialmente hacia las agendas del centro asistencial de referencia y en caso de no disponer de cita en el plazo garantizado, se ha de ofertar en segundo término una cita en otros centros asistenciales del Sistema Sanitario Público de Andalucía (priorizando los más próximos al domicilio del paciente, los situados en el “área de atracción”) y en caso de imposibilidad, en centros concertados, garantizándose las mismas condiciones de accesibilidad que el paciente tiene a su centro de referencia.

Esta gestión requiere que los centros asistenciales accedan a información sobre la capacidad asistencial en tiempo real por especialidad y por centros de la red asistencial pública (coordinado desde el Servicio Andaluz de Salud) y de los centros concertados (a través de la Delegación de Salud de su provincia).

c.3.3. Permanencia.

La permanencia en el Registro contempla las situaciones de Garantía y Sin garantía.

Se produce la pérdida de la garantía de respuesta en plazo establecida “cuando el paciente, una vez requerido, demorase voluntariamente, se negara, o no hiciese acto de presencia a la consulta de asistencia especializada o a la realización del procedimiento diagnóstico correspondiente, en el centro que indicó la misma o en otro centro que se le oferte, siempre que tales circunstancias resulten injustificadas”⁵¹.

Asimismo, se pierde la garantía cuando la persona ejerce su derecho a la libre elección de hospital o médico especialista⁵² y opta por un facultativo o un centro asistencial con una demora que impide disponer de fecha adecuada para garantizar el tiempo máximo de respuesta.

c.3.4. Salida.

La fecha de la baja en cualquiera de los Registros de demanda, es la fecha en que se produce su causa y es el centro asistencial en el que el usuario tiene la cita solicitada quién ha proceder a la baja en el Registro.

El Decreto contempla las siguientes causas de baja en los Registros de Pacientes: a) La resolución diagnóstica del proceso asistencial y la elaboración de su plan terapéutico, la

⁵¹ Decreto 96/2004, artículo 6. Orden de 18 de marzo de 2005, sobre normas de aplicación de la garantía, artículo 14.

⁵² Decreto 128/1997, de 6 de mayo, por el que se regula la libre elección de médico especialista y de hospital en el sistema sanitario público.

realización efectiva de la primera consulta o del procedimiento diagnóstico. b) La voluntad expresa del paciente de causar baja. c) El fallecimiento del paciente.

c.3.5. Incumplimiento del plazo máximo con garantía⁵³.

Cuando no se disponga de cita para ser atendido dentro del plazo de respuesta y éste hubiera transcurrido, el paciente podría solicitar la atención en un centro sanitario privado y la Administración Sanitaria queda obligada al pago de los gastos derivados conforme a las tarifas aprobadas en el Anexo I de la Orden que establece el procedimiento de pago.

Se requiere que el paciente presente la solicitud de autorización, preferentemente en el mismo centro donde se realizó la inscripción de la demanda en el registro, y que la administración sanitaria reconozca la validez de la garantía y así se lo notifique en un plazo máximo de siete días a partir del día siguiente de la fecha de entrada de la solicitud.

La dirección del centro (si fuera un centro concertado, sería la Delegación Provincial de Salud) ha de emitir un documento normalizado⁵⁴ que acredita al paciente ante un centro sanitario privado para la atención demandada. Es un documento donde se explicita que se ha superado el plazo máximo de garantía para la realización del proceso asistencial, primera consulta especializada o procedimiento diagnóstico propuesto y se compromete a satisfacer al centro sanitario privado de elección del paciente la cantidad máxima aprobada por Orden para satisfacer los gastos derivados.

La validez del documento acreditativo tiene la misma duración que el plazo previsto de garantía de respuesta, contada desde la fecha en que se entrega. Si se utilizase más allá de ese plazo, la Administración Sanitaria queda exonerada del pago de los gastos derivados.

En el importe aprobado se incluye: a) En el caso de los procesos asistenciales: La primera consulta realizada⁵⁵. b) En el caso de las primeras consultas de asistencia especializada,

⁵³ Decreto 96/2004, artículo 11. Orden de 18 de marzo de 2005, sobre normas de aplicación de la garantía, artículo 9. Orden de 18 de marzo de 2005, por la que se establece el procedimiento de pago de los gastos derivados de procesos asistenciales, primeras consultas de asistencia especializada y procedimientos diagnósticos en los centros sanitarios privados por superación del plazo de respuesta máxima establecido por el Decreto 96/2004, de 9 de marzo.

⁵⁴ Anexo IV del Decreto 96/2004: Modelo. Orden de 18 de marzo de 2005, sobre normas de aplicación de la garantía, artículo 11 Contenido del Documento Acreditativo: a) Datos del paciente. b) Fecha de inscripción en el Registro. c) Acreditación de haberse superado el plazo máximo de garantía de respuesta previsto. d) Proceso asistencial, primera consulta de asistencia especializada o procedimiento diagnóstico propuesto. e) Centro que realizó la inscripción. f) Cuantía económica que se compromete a satisfacer por los gastos derivados de la asistencia.

⁵⁵ Las pruebas diagnosticas y la resolución del proceso se realizarán en centros del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

la primera consulta realizada. c) En el caso de los procedimientos diagnósticos, la prueba diagnóstica que consta en ese Registro.

El centro sanitario privado ha de presentar la factura en el mes siguiente a la fecha de asistencia, junto con la copia del documento acreditativo y el Informe clínico que justifique la atención facilitada.

El compromiso de la Administración es pagar los importes correctamente facturados en el plazo no superior al que se acuerde, previa comprobación de que concurren el resto de condiciones del convenio⁵⁶.

C.4) Participación de los centros privados: Convenio de Colaboración

Al paciente se le facilita junto con el documento acreditativo, la relación de centros sanitarios privados cuya cartera de servicios permitirá recibir la asistencia que precisa.

Para disponer de esa relación, han de estar incluidos en los convenios de colaboración de entidades privadas con la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud o de las Agencias Sanitarias para este fin (artículo 4 y modelo en el Anexo II), lo que implica su disponibilidad para llevar a cabo los procesos asistenciales, las primeras consultas de asistencia especializada, o los procedimientos diagnósticos que se recogen expresamente en el apéndice del convenio, en las condiciones establecidas en el Decreto 94/2000, y por las cuantías máximas determinadas.

Los centros sanitarios privados con los que la Administración Sanitaria Pública de la Junta de Andalucía ya mantenga concierto o convenio para la prestación de asistencia sanitaria en la misma especialidad que la del correspondiente proceso asistencial, primera consulta de asistencia especializada, o procedimiento diagnóstico realizado.

Con una vigencia de doce meses desde la fecha de suscripción, se contempla la prórroga tácita por iguales periodos, salvo denuncia expresa por cualquiera de las partes con una antelación de sesenta días naturales a la fecha de su finalización.

⁵⁶ Documentación disponible: Autorización de funcionamiento del centro sanitario; Declaración responsable del centro sobre no actividad en el mismo de médicos del Sistema Sanitario Público de Andalucía de la especialidad correspondiente y que no mantiene con la Administración Sanitaria Pública de la Junta de Andalucía contrato o convenio en el que se incluya prestación de servicios de dicha especialidad; Relación de los médicos del centro de la especialidad correspondiente al proceso asistencial, la primera consulta de asistencia especializada, o el procedimiento diagnóstico realizado; Declaración responsable de no haber facturado ni se facturará al paciente por ninguno de los conceptos que se facturan.

2.2. Orden de 18 de marzo de 2005, por la que se establecen normas para la aplicación de la garantía de plazo de respuesta en procesos asistenciales, primeras consultas de asistencia especializada y procedimientos diagnósticos y sobre el funcionamiento de los Registros de Procesos Asistenciales, de Demanda de Primeras Consultas de Asistencia Especializada y de Demanda de Procedimientos Diagnósticos del Sistema Sanitario Público de Andalucía (BOJA núm. 60, de 29 de marzo)

Es la norma reguladora del ámbito de aplicación, de las personas beneficiarias, la pérdida de la garantía y el funcionamiento de los Registros de Demanda que se crean en el Decreto 96/2004, estableciendo los procedimientos de inscripción y de baja, su gestión y mantenimiento, la estructura y el contenido.

En este apartado se recoge la estructura de la Orden para facilitar su consulta, habiéndose realizado en el punto anterior, conjuntamente con el Decreto, el análisis descriptivo del sistema de garantías de acceso a los procesos asistenciales, a las primeras consultas de asistencia especializada y a los procedimientos diagnósticos.

El Capítulo I “Disposiciones generales”, recoge el Objeto y las Definiciones de términos utilizados (artículos 1 y 2).

El Capítulo II “Ejercicio del derecho a la garantía de plazo de respuesta en procesos asistenciales, primeras consultas de asistencia especializada y procedimientos diagnósticos”. Con sus secciones:

- Sección 1ª. Ámbito de aplicación, beneficiario y contenido de la garantía (artículos 3 a 5).
- Sección 2ª. Oferta de asistencia en centro asistencial distinto, Procedimiento de derivación hacia otros centros asistenciales de la red asistencial pública, hacia centros concertados (artículos 6 a 8).
- Sección 3ª. Documento acreditativo: Expedición. Tramitación. Contenido. Validez. Justificación de su utilización (artículos 9 a 13).
- Sección 4ª. Pérdida de la garantía de plazo de respuesta (artículo 14).

El Capítulo III “Funcionamiento de los Registros de Procesos Asistenciales, de Demanda de Primeras Consultas de Asistencia Especializada y de Demanda de Procedimientos Diagnósticos del Sistema Sanitario Público de Andalucía”:

- Sección 1ª. Cuestiones generales: Ámbito de aplicación. Adscripción de los Registros. Gestión de los Registros. Mantenimiento de los Registros (artículos 15 a 18).
- Sección 2ª. Estructura, contenido y procedimiento de alta y baja del Registro de Procesos Asistenciales (artículos 19 a 24).
- Sección 3ª. Estructura, contenido y procedimiento de alta y baja del Registro de Demanda de Primeras Consultas de Asistencia Especializada (artículos 25 a 30).

- Sección 4ª. Estructura, contenido y procedimiento de alta y baja del Registro de Demanda de Procedimientos Diagnósticos (artículos 31 a 36).

2.3. Orden de 18 de marzo de 2005, por la que se establece el procedimiento de pago de los gastos derivados de procesos asistenciales, primeras consultas de asistencia especializada y procedimientos diagnósticos en los centros sanitarios privados por superación del plazo de respuesta máxima establecido por el Decreto 96/2004, de 9 de marzo.

Esta norma reguladora establece el procedimiento a seguir para el pago de los gastos derivados por la asistencia sanitaria realizada en centros sanitarios privados a pacientes cuando se ha superado el plazo garantizado.

Además regula la suscripción de convenios de colaboración con entidades privadas que dispongan de centros privados que reúnan las condiciones requeridas para prestar la asistencia sanitaria en procesos asistenciales, primeras consultas de asistencia especializada y procedimientos diagnósticos, en las condiciones establecidas en el Decreto 96/2004, de 9 de marzo.

Se ha incorporado su contenido en el análisis descriptivo del Decreto 96/2004, en los apartados de “Sistema de Garantías” de acceso a los procesos asistenciales, a las primeras consultas de asistencia especializada y a los procedimientos diagnósticos (“Incumplimiento del plazo máximo con garantía”) y de “Participación de los centros privados: Convenio de Colaboración”.

III. LA GARANTÍA DE TIEMPOS DE ATENCIÓN EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

La prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud (SNS) en condiciones de igualdad efectiva y calidad, es uno de los principios que informan la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. En su Capítulo I regula la garantía de las prestaciones que, entre otras, contempla la garantía de accesibilidad y una garantía de tiempo en el acceso a las prestaciones, como un plazo máximo para recibir la asistencia demandada⁵⁷.

⁵⁷ Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, *Artículo 2, Principios; Artículo 23, Garantía de accesibilidad*. Todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a las prestaciones sanitarias reconocidas en esta Ley en condiciones de igualdad efectiva.

La citada Ley 16/2003, en su artículo 4 de “Derechos de los ciudadanos en el conjunto del SNS”, recoge el derecho a “recibir asistencia sanitaria en su comunidad autónoma de residencia en un tiempo máximo, en los términos del artículo 25”.

Este artículo 25 establece las garantías de tiempo, disponiendo que en el seno del Consejo Interterritorial se establecerán los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud y las comunidades autónomas definirán los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco.

La citada Ley 16/2003, en su artículo 71, define las funciones del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud que conocerá, debatirá y, en su caso, emitirá recomendaciones sobre los criterios marco que permitan garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud.

Desde finales del año 2001 hasta la actualidad, todos los Servicios Regionales de Salud están afectados por la garantía de los tiempos máximos de acceso regulado en normas de diferente rango por las Comunidades Autónomas. De esta forma todos los usuarios del SNS tienen derecho a recibir la asistencia en un plazo máximo (común solamente en algunos procedimientos)⁵⁸, si bien con diferente respuesta por las distintas administraciones sanitarias cuando se supera ese plazo.

Como se ha dicho más arriba, las listas de espera se generan con la demanda asistencial no atendida en el momento en que se produce, siendo imprescindible la creación de los registros correspondientes en cada Comunidad Autónoma que informan de las características de esa demanda y orientan su gestión.

Las distintas definiciones de conceptos relacionados con las listas de espera y la aparente falta de homogeneidad en los criterios empleados para el tratamiento de los registros y la construcción del sistema de información sobre las demoras, son un obstáculo de cara a la comparabilidad de la información a compartir.

Ello motivó que se creara, con dependencia del Consejo Interterritorial, una Comisión sobre listas de espera en el Sistema Nacional de Salud que constató la situación descrita y cuyas recomendaciones constituyeron el motivo principal de la elaboración de una normativa estatal que estableciera criterios e indicadores básicos y comunes sobre lista de espera: el Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo, por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre listas de espera en el Sistema Nacional de Salud.

⁵⁸ Real Decreto 1039/2011, de 15 de julio, por el que se establecen los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

1. Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo, por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre listas de espera en el SNS (BOE núm. 134, de 5 de junio)

Establece criterios, indicadores y requisitos mínimos, básicos y comunes en materia de listas de espera en el conjunto del Sistema Nacional de Salud (SNS) para que, una vez garantizada su homogeneidad, sea posible el análisis de sus resultados y detectar necesidades, garantizando la transparencia y la uniformidad de la información facilitada al ciudadano. Se definen criterios comunes para una adecuada indicación y para la priorización de la asistencia en los pacientes que entran en lista de espera.

A) Sistema de información sobre listas de espera

Se trata entonces de implantar en los Servicios Regionales de Salud un Sistema de Información, compartido, sobre las listas de espera en el acceso a las prestaciones básicas y comunes del SNS en las consultas de atención especializada y para la realización de pruebas diagnósticas/terapéuticas e intervenciones quirúrgicas, que requiere el registro de la demanda y que ha de obtener, al menos, los indicadores comunes seleccionados y la evaluación global objetiva de las listas de espera en el SNS.

Concreta en su Anexo IV una primera relación de las especialidades (de consultas y responsables de las intervenciones quirúrgicas), de las pruebas diagnósticas y de los procesos quirúrgicos en los que se inicia la recogida de datos para incluir en el sistema de información. La relación definitiva se encomienda al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Para configurar el sistema de información sobre las listas de espera, del que deben disponer todas las comunidades autónomas⁵⁹, en los Anexos I y II se definen los principales elementos de las listas de espera, que han de adoptar los Servicios Regionales de Salud para la homogeneidad de los datos de entrada y salida al sistema: a) Las definiciones y los criterios de cómputo de listas de espera. b) Los criterios e indicadores de medida básicos, mínimos y comunes. c) El conjunto mínimo de datos precisos para la elaboración de esos indicadores.

Las comunidades autónomas deben remitir al Ministerio de Sanidad datos sobre sus listas de espera con periodicidad semestral, quién ha de generar y mantener el sistema de información sobre listas de espera del Sistema Nacional de Salud. Con el tratamiento de estos datos parciales, se construye la serie de datos e indicadores globales con el compromiso de comunicarlos semestralmente a las comunidades autónomas.

⁵⁹ Se determina un período de 6 meses para la adaptación de sus sistemas de información sobre listas de espera quirúrgicas y de 12 meses para consultas y pruebas diagnósticas/terapéuticas. *Disposición transitoria única. Adaptación de los sistemas de información sobre listas de espera.*

No siendo objeto de la garantía de plazo de respuesta la asistencia de carácter urgente, las intervenciones quirúrgicas de trasplante de órganos o la asistencia requerida en situaciones de catástrofe, quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta norma. Asimismo quedan excluidas las actividades sanitarias no contempladas en la legislación vigente como prestaciones básicas y comunes del Sistema Nacional de Salud.

B) Priorización de la asistencia en los pacientes que entran en lista de espera

En el inicio del capítulo se ha afirmado que para asegurar la adecuación de una lista de espera tanto en número de pacientes como en su contenido –que estén los pacientes que pueden esperar– han de establecerse y aplicarse criterios de priorización de asistencia en cada uno de los pacientes.

Esta norma define⁶⁰ los criterios comunes para la priorización individualizada, en base a la situación clínica o social, de la asistencia en los pacientes que entran en lista de espera de consultas, pruebas diagnósticas/terapéuticas e intervenciones quirúrgicas:

- Consultas y Pruebas diagnósticas / terapéuticas. Prioridad 1: Preferente. Asistencia necesaria en un periodo máximo de 15 días; Prioridad 2: Ordinaria. Asistencia en función de disponibilidad, recurso y antigüedad en lista de espera.
- Intervenciones quirúrgicas. Prioridad 1: No admite una demora superior a 30 días; Prioridad 2: Recomendable en un plazo inferior a 90 días; Prioridad 3: la demora no produce secuelas importantes y se programa la intervención en función de disponibilidad, recurso y antigüedad en lista de espera.

De nuevo, son criterios de priorización que han de utilizarse como referencia hasta que el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud establezca y apruebe los definitivos⁶¹.

C) Transparencia: Información a los ciudadanos

El Ministerio de Sanidad ha de publicar semestralmente la información sobre los tiempos de espera en el Sistema Nacional de Salud y en las comunidades autónomas. Se encarga al Consejo Interterritorial que determine las características y el contenido de esa información.

⁶⁰ Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo, artículo 3.

⁶¹ Actualmente se está trabajando con un Borrador de Proyecto de Real Decreto por el que se establecerán las garantías de calidad y seguridad en la prestación asistencial sanitaria, que incluye este aspecto.

Además reconoce el derecho individual a conocer la espera prevista en relación con su proceso asistencial, a través de los Servicios Regionales de Salud.

Finalmente las comunidades autónomas y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (para Ceuta y Melilla) quedan obligados a informar a los ciudadanos sobre las garantías de tiempos máximos de demora en el acceso a los servicios de atención sanitaria en el acceso a las consultas externas, pruebas diagnósticas/terapéuticas e intervenciones quirúrgicas en su territorio.

2. Real Decreto 1039/2011, de 15 de julio, por el que se establecen los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud (BOE núm. 207, de 29 de agosto)⁶²

En desarrollo de las previsiones de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, en su artículo 25, este Real Decreto define los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud y que este acceso se realice en condiciones de igualdad efectiva.

Las garantías establecidas en este Real Decreto son de aplicación a la asistencia prestada por los Servicios Regionales de Salud de las Comunidades Autónomas, por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y por las mutualidades (Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado-MUFACE, el Instituto Social de las Fuerzas Armadas-ISFAS y la Mutualidad General Judicial-MUGEJU).

A las actividades sanitarias excluidas en el Real Decreto 605/2003⁶³, de la garantía de plazo de respuesta, el Real Decreto incorpora las intervenciones que puedan requerir una espera para reunir las condiciones adecuadas para su realización, como es el caso de las relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida; los reimplantes de miembros y atención a quemados, por su carácter de atención sanitaria de urgencia.

Al fijar unos tiempos máximos de acceso en determinados procedimientos quirúrgicos, prevé la posibilidad de actualizaciones periódicas, previo acuerdo del Consejo Interterritorial, para adaptarse a la realidad sanitaria de cada momento, a la situación socioeconómica y a las necesidades de los usuarios del Sistema Nacional de Salud.

Con entrada en vigor el día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial del Estado, se contempla un plazo de seis meses como periodo de adaptación de las normativas de las comunidades autónomas.

⁶² Esta norma tiene naturaleza jurídica de legislación básica y común en materia de garantías de tiempos máximos de acceso para todo el Sistema Nacional de Salud.

⁶³ La asistencia de carácter urgente, los trasplantes de órganos, asistencia requerida en situaciones de catástrofe, y las prestaciones no contempladas como prestaciones básicas y comunes del SNS.

A) *Garantía de tiempos máximos de acceso: Criterios marco*

Como garantía común a todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud, en su único Anexo, el Real Decreto 1039/2011, establece un tiempo máximo de acceso de 180 días para la realización de seis intervenciones quirúrgicas⁶⁴ seleccionadas al aplicar los criterios marco de gravedad de las patologías, eficacia y oportunidad de la intervención:

- a) Gravedad: Patologías que en su evolución posterior originan riesgo de muerte o de discapacidad o disminuyen de forma importante la calidad de vida.
- b) Eficacia: La intervención quirúrgica es eficaz para aumentar la supervivencia, disminuir la discapacidad o mejorar la calidad de vida del usuario.
- c) Oportunidad: Su realización temprana evita la progresión de la enfermedad o las secuelas de la misma.

Y especifica que estos tiempos máximos de acceso serán objeto de monitorización a través del sistema de información regulado en el Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo, que se ha descrito en el punto 1.

En segundo término, insta a los Servicios Regionales de Salud a establecer, en procesos o patologías con especial impacto en la salud o en la calidad de vida del usuario, unos tiempos máximos de acceso para la atención sanitaria programable aplicando los criterios marco (gravedad, eficacia y oportunidad) y utilizando como referente el tiempo máximo establecido de 180 días del anexo.

Y finalmente, previo acuerdo del Consejo Interterritorial, dispone la progresiva inclusión en su anexo de tiempos máximos de acceso para primera consulta de atención especializada y para pruebas diagnósticas o terapéuticas, aplicando los criterios marco.

B) *Sistema de garantías*

a) *Garantía de tiempo máximo de acceso.*

Los Servicios Regionales de Salud quedan comprometidos a atender al usuario con las adecuadas condiciones de calidad, dentro del tiempo máximo de acceso que se haya establecido en la comunidad autónoma y que no será superior al establecido en el SNS por este Real Decreto. La garantía aplica a la atención sanitaria por la que se hubiera incluido al usuario en el registro de lista de espera y no cubrirá ninguna otra atención sanitaria diferente a la que originó dicha inscripción.

⁶⁴ Cirugías Cardíacas Valvular y Coronaria. Cataratas. Prótesis de rodilla. Prótesis de cadera.

Se inicia el cómputo del tiempo máximo de acceso, expresado en días naturales, desde el momento de la indicación de la atención por el facultativo y se corresponderá con la fecha de entrada en el registro de demanda.

Los servicios de salud deberán ofertar al interesado las alternativas que consideren más apropiadas para la efectiva realización de la atención garantizada en plazo.

b) Pérdida de la garantía del tiempo máximo de acceso (artículo 6).

- b.1) Causas de suspensión de la garantía de tiempo máximo de acceso y permanencia en el Registro: 1. No optar o rechazar en el plazo establecido, alguna de las alternativas ofertadas; 2. Retrasar la atención sin causa justificada; 3. Incumplimiento de alguna de estas obligaciones: a) de mantener actualizados los datos solicitados a efectos de llamamiento, notificación o localización. b) de justificar, cuando concurren motivos personales, la solicitud de aplazamiento de la atención garantizada. c) de facilitar la información que le sea requerida a efecto de poder asignarle la alternativa más adecuada para la realización de la atención garantizada.
- b.2) Causas de suspensión de la garantía con baja en el Registro: 1. Haber desaparecido la indicación que justificaba la atención garantizada. 2. La renuncia voluntaria. 3. No presentarse, sin motivo justificado, a la citación correspondiente en el centro que le ofrezca el servicio de salud como alternativa.

c) Suspensión de la garantía (artículo 6).

Situación provisional en la que queda suspendida de forma transitoria la garantía de plazo máximo de respuesta, con interrupción del cómputo del tiempo máximo de acceso y que se reanuda una vez hayan desaparecido las circunstancias que hubiesen motivado la interrupción del plazo. Se produce en los siguientes supuestos:

- c.1) Solicitud por el interesado de aplazamiento de la atención garantizada durante un tiempo determinado, sin renunciar a la misma, y siempre que alegue causas debidamente justificadas⁶⁵.
- c.2) Concurre causa clínica que justifica el aplazamiento del proceso de atención.
- c.3) En caso de acontecimientos catastróficos, epidemias, huelgas o disfunciones graves que afecten a uno o más centros o servicios sanitarios.

⁶⁵ Causas justificadas: nacimiento o adopción de hijo, matrimonio, fallecimiento o enfermedad grave de un familiar o cumplimiento de un deber inexcusable de carácter personal durante los días que resulten indispensables para atenderlo.

IV. ANEXOS

1. Normativa

ESTATAL

- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (*BOE* núm. 101, de 29 de abril).
- Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (*BOE* núm. 128, de 29 de mayo).
- Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo, por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre las listas de espera en el Sistema Nacional de Salud (*BOE* núm. 134, de 5 de junio).

ANDALUZA

1. Ley 2/1998, de Salud de Andalucía (*BOJA* núm. 74, de 4 de julio).
2. Decreto 209/2001, de 18 de septiembre, por el que se establece la garantía de plazo de respuesta quirúrgica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía (SSPA) (*BOJA* núm. 114, de 2 de octubre).
3. Orden de 25 de septiembre de 2002, por la que se establecen normas para la aplicación de la garantía de plazo de respuesta quirúrgica y el funcionamiento del registro de demanda quirúrgica del SSPA (*BOJA* núm. 115, de 1 de octubre).
4. Orden de 25 de septiembre de 2002, sobre procedimiento de pago de los gastos derivados de intervenciones quirúrgicas en centros sanitarios privados por superación del plazo máximo de respuesta quirúrgica en el SSPA (*BOJA* núm. 115, de 1 de octubre).
5. Decreto 96/2004, de 9 de marzo, por el que se establece la garantía de plazo de respuesta en procesos asistenciales, primeras consultas de asistencia especializada y procedimientos diagnósticos en el SSPA (*BOJA* núm. 62, de 30 de marzo).
6. Orden de 18 de marzo de 2005, por la que se establecen normas para la aplicación de la garantía de plazo de respuesta en procesos asistenciales, primeras consultas de asistencia especializada y procedimientos diagnósticos y sobre el funcionamiento de los Registros de Procesos Asistenciales, de Demanda de Primeras Consultas de Asistencia Especializada y de Demanda de Procedimientos Diagnósticos del SSPA (*BOJA* núm. 60, de 29 de marzo).
7. Orden de 18 de marzo de 2005, por la que se establece el procedimiento de pago de los gastos derivados de procesos asistenciales, primeras consultas de asistencia especializada y procedimientos diagnósticos en los centros sanitarios privados por superación del plazo de respuesta máxima establecido por el Decreto 96/2004, de 9 de marzo (*BOJA* núm. 60, de 29 de marzo).
8. Orden de 20 de diciembre de 2006, por la que se modifican los plazos de respuesta quirúrgica para algunos de los procedimientos incluidos en el Anexo I del Decreto 209/2001, de 18 de septiembre (*BOJA* núm. 3, de 4 de enero 2007).
9. Orden de 14 de mayo de 2007, por la que se actualizan los procedimientos quirúrgicos recogidos en el Anexo I del Decreto 209/2001 (*BOJA* núm. 113, de 8 de junio).

2. Glosario de términos⁶⁶

AGD: Aplicación estadística que facilita la gestión de la demanda quirúrgica.

INFHOS: Aplicación estadística que permite llevar a cabo el control de los tiempos en la citación de atención especializada y en la realización de las pruebas diagnósticas a la ciudadanía.

Lista de Espera: Conjunto de pacientes que, en un momento concreto, se encuentran pendientes de recibir una determinada prestación asistencial por imperativos ajenos a la voluntad del paciente.

Lista de Espera Quirúrgica: Pacientes inscritos en el Registro de Demanda Quirúrgica, pendientes de una intervención programada y no urgente, afectada por el Decreto 209/2001, de garantía de plazo de respuesta quirúrgica.

Pacientes en Lista de Espera Quirúrgica “Con garantía”: Pacientes inscritos en el Registro de Demanda Quirúrgica, pendientes de una intervención quirúrgica programada y no urgente, afectados por el Decreto 209/2001, de garantía de plazo de respuesta quirúrgica y que **mantienen el derecho a la garantía** de plazo máximo como establece el artículo 4. Sistemas de Garantías del Decreto 209/2001.

Pacientes en Lista de Espera Quirúrgica “Sin garantía”: Pacientes inscritos en el Registro de Demanda Quirúrgica, pendientes de una intervención programada y no urgente, incluida en el Decreto 209/2001, de garantía de plazo de respuesta quirúrgica y que han perdido el derecho a la garantía de plazo máximo. El artículo 5 del Decreto 209/2001, establece que la garantía quedará sin efecto cuando el paciente se niegue o no haga acto de presencia a la citación correspondiente, de forma fehaciente, o voluntariamente demore la intervención de manera injustificada.

Pacientes en Lista de Espera Quirúrgica en situación de “Programable”: Pacientes pendientes de una intervención quirúrgica en situación de que se le realicen las actuaciones requeridas por el procedimiento quirúrgico indicado y cuya espera es atribuible a la organización.

Pacientes en Lista de Espera Quirúrgica en situación de “Suspensión del plazo de intervención”, en la que el paciente no se encuentra en disposición de que se le realice alguna de las actuaciones requeridas por el procedimiento quirúrgico indicado. Transitoriamente no pueden ser intervenidos por motivos clínicos (revaluación clínica); por solicitud de aplazamiento por el paciente o éste no se presenta a la citación correspondiente mediando causa justificada en ambos casos (Nacimiento o adopción de un hijo o nieto;

⁶⁶ A efectos de la normativa del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

Matrimonio; Fallecimiento o enfermedad grave de un familiar; Cumplimiento de un deber inexcusable de carácter personal; Fuerza mayor; Otros motivos laborales o personales a petición propia). Es una situación de intervención **“No programable”**.

Primeras consultas de asistencia especializada: Consultas programadas y en régimen ambulatorio que, estando incluidas en el Anexo 2 del Decreto 96/2004, sean solicitadas por un médico de Atención Primaria para un facultativo especialista y no tengan consideración de Revisiones.

Proceso Asistencial: Conjunto de actuaciones normalizadas que se inician cuando un facultativo, de un centro del Sistema Sanitario Público de Andalucía o del centro concertado que se determine, realiza la orientación diagnóstica de alguna de las enfermedades contempladas en el Anexo 1 del Decreto 96/2004, y concluyen con la resolución diagnóstica y propuesta de plan terapéutico para dicha enfermedad.

Procesos Asistenciales con garantía de tratamiento quirúrgico inferior a 120 d: Adeno-amigdalectomía; artroscopia, prótesis de cadera, reparación de hallux valgus y otras deformidades de los pies, síndrome del túnel carpiano; cataratas; colestiasis, quiste pilonidal, reparación de hernia inguinal, y varices de miembros inferiores; hiperplasia benigna de próstata. Las técnicas quirúrgicas utilizadas en el tratamiento de estos procesos, son las consideradas en el sistema de información sobre tiempos de espera articulado para el conjunto del Sistema Nacional de Salud.

Procedimientos diagnósticos: Procedimientos que, estando recogidos en el Anexo 3 del Decreto 96/2004, sean solicitados por los facultativos que desempeñen sus funciones en una consulta programada ambulatoria de un centro de Atención Primaria o especializada del Sistema Sanitario Público de Andalucía o de un centro concertado que se determine.

BIBLIOGRAFÍA

ANTEQUERA VINAGRE, J. M.: “Las garantías y la exigibilidad de las prestaciones sanitarias como factor de cohesión del Sistema Nacional de Salud. Breves reflexiones”, *Revista de Administración Sanitaria*, 2003, 1(2):171-87.

BOHIGAS SANTASUSAGNA, L.: “Cartera de servicios ofertados y equidad de prestaciones en el Sistema Nacional de Salud”, *Revista de Administración Sanitaria*, 2007, 5(3):451-58.

ESPALLARGUES, M.; GALLO, P.; PONS, J. M. V. y SAMPIETRO-COLOM, L.: *Situación y abordaje de las listas de espera en Europa*, Barcelona, Agència d’Avaluació de Tecnologia i Recerca Mèdiques. Servei Català de la Salut. Departament de Sanitat i Seguretat Social, Generalitat de Catalunya, noviembre de 2000.

MÚGICA, E. OFICINA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO: *Listas de espera en el Sistema Nacional de Salud*, Diario de sesiones de las Cortes Generales, número 119, 2002.

PEÑALVER, R.: “Algunas consideraciones sobre la gestión de la demanda en los servicios sanitarios. La experiencia del servicio de salud de Castilla-La Mancha”, *Revista de Administración Sanitaria*, 2005, 3(3):467-75.

Capítulo VII. LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD VITAL ANTICIPADA EN ANDALUCÍA

Severiano Fernández Ramos

I. INTRODUCCIÓN

Las voluntades anticipadas o instrucciones previas, llamadas también testamentos vitales, constituyen una expresión del respeto a la autonomía de las personas que, de este modo, pueden decidir sobre aquellos cuidados y tratamientos que desean recibir o no en el futuro si se encuentran ante una determinada circunstancia o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de sus órganos. Mediante las instrucciones previas esta autonomía no se proyecta de forma inmediata sino prospectiva, para que sea efectiva en el caso de que el declarante no se encuentre en condiciones de expresarla directamente en el momento de una actuación sanitaria¹.

Asimismo, junto a este objetivo básico de garantizar a todos los ciudadanos el ejercicio de este derecho a la autonomía personal, con el máximo respeto a sus libertades, no puede desconocerse un objetivo secundario consistente en dotar de instrumentos seguros a los profesionales sanitarios que se enfrentan a situaciones clínicas extremas, justamente para la mejor efectividad del objetivo principal. Como señala la exposición de motivos del Real Decreto 124/2007, las voluntades anticipadas no solo permiten al paciente influir en las

¹ Como es sabido, el Tribunal Constitucional ha ubicado el derecho a la toma de decisiones sobre la propia salud en el ámbito del derecho a la integridad física y moral del artículo 15 de la Constitución (SSTC 137/1990, de 19 de julio, y 154/2002, de 18 de julio). Asimismo, es evidente que las prácticas de encarnizamiento terapéutico (menos comunes de lo que pudiera pensarse) conculcan el derecho fundamental de no sufrir torturas y malos tratos recogido en el mismo artículo 15 CE. Véase, R. Canosa Usera, *El derecho a la integridad personal*, IVAP y Lex Nova, 2006.

futuras decisiones asistenciales, sino que facilitan a los profesionales de la salud la toma de decisiones respetuosas con la voluntad del enfermo cuando este no tiene ya capacidad para decidir por sí mismo. Con todo, sería ilusorio pensar que podrán evitarse todas las dudas y conflictos éticos que en estas situaciones se producen, estando también sometidas las voluntades anticipadas a la buena práctica clínica.

En todo caso, es innegable la gran relevancia que ha adquirido en la actualidad este instrumento médico-legal, sobre todo teniendo en cuenta el aumento de la expectativa de vida con el consiguiente envejecimiento de la población². Ello explica la tendencia actual a la extensión de su ámbito de aplicación más allá del sanitario, alcanzado al de los servicios sociales.

Ahora bien, la efectividad de este instrumento debe vencer aún ciertas reservas tanto de familiares del paciente, como sobre todo por parte de los profesionales sanitarios, acostumbrados a que sus indicaciones sean seguidas casi al pie de la letra por los familiares. En efecto, su uso es aún limitado. En España hay registrados alrededor de 150.000 testamentos vitales, 24.290 de ellos en Andalucía, donde cada día se consulta tres veces este registro³. Sólo el 0,3% de la población tiene voluntades en el Registro Nacional de Instrucciones Previas⁴. Así, se ha señalado que la situación actual en España es muy similar a la de Estados Unidos de principios de los años 90: un gran desarrollo legislativo de las voluntades anticipadas, pero poca implantación real de las mismas, ni en el mundo sanitario ni en la ciudadanía en general⁵.

Se trata, por tanto, de un instrumento aún no lo suficientemente conocido por la sociedad española, en la que pesa aún una cultura reticente a hablar del fin de la vida, los sentimientos negativos que provoca el plantearse decisiones futuras⁶. Asimismo, los profesionales sanitarios y los centros asistenciales deben habituarse a la existencia, cada vez más frecuente, de personas que hayan otorgado un documento de voluntades anticipadas, lo que requerirá conocer el contenido del mismo, a fin de respetar la voluntad de los pacientes cuando no puedan manifestarla de manera inmediata.

² J. Zabala Blanco y J. F. Díaz Ruiz, 2010, 267.

³ El País, Sociedad, 20-04-2013.

⁴ Datos aportados por el Ministerio de Sanidad con fecha de 1 de marzo de 2013. Cataluña, con un 0,6 por ciento; País Vasco con el 0,49; La Rioja con el 0,42; Aragón con el 0,37 y Asturias con el 0,37. En el otro extremo, Ceuta y Melilla con un 0,001%.

⁵ M. Martínez León, D. Queipo Burón, et. alt., 2008, 16. Asimismo, desde el sector médico se viene alertando de no repetir la experiencia del consentimiento informado, que se limita en la mayoría de las ocasiones al simple intento de conseguir que los pacientes firmen los formularios para eximir de responsabilidad al equipo médico, y de aquí la necesidad de superar un modelo burocrático basado exclusivamente en un formulario.

⁶ Tal vez se piensa que este tipo de documento está indicado exclusivamente para enfermos de tipo terminal, pero en realidad está indicado para todo el mundo, independientemente de si se está enfermo o no. No es posible prever un accidente de tráfico o un ictus, y no se podrá expresar la voluntad tras ese incidente.

De otro lado, la experiencia de aplicación de las Leyes autonómicas ha puesto también de relieve ciertos problemas de aplicación práctica derivados de la generalidad de las directrices o su falta de concreción. Los pacientes no suelen comentar este documento con su médico habitual, lo cual requiere una relación de confianza que no parece frecuente, por lo que en su redacción se utilizan términos muy genéricos que al intentar ponerlos en práctica en situaciones concretas son de poca utilidad⁷.

No es objeto de este trabajo un estudio exhaustivo de esta figura en el ordenamiento español, para lo cual existen recientes estudios productos de diversas tesis doctorales elaboradas desde disciplinas diversas⁸. Este trabajo se centra, en el marco de esta obra colectiva y, en general, de esta colección, en el estudio de las declaraciones de voluntad vital anticipada en el ordenamiento andaluz, eso sí enmarcado en el ordenamiento estatal básico y en las tendencias del resto de los ordenamientos autonómicos.

II. ORDENACIÓN LEGAL

1. Antecedentes legales

Sin perjuicio de precedentes más lejanos⁹, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina),

⁷ X. Gómez-Batiste Alentorn y J. González Barboteo, 2008, p. 242.

⁸ J. Zabala Díaz y S. Gallego Riestra, 2009; M^a C. Quijada González, 2010.

⁹ Como tantas otras instituciones jurídicas modernas, el origen de las instrucciones previas se sitúa en EE.UU. El inicio de la difusión de estos documentos lo protagonizó Lewis Kutner, abogado norteamericano y partidario de la eutanasia, quien en 1967 propugnó la difusión de documentos (*living wills*) en los que un paciente pudiera manifestar su deseo por escrito de que, en caso de enfermedad terminal, se dejase de administrarle un tratamiento. En 1976 el estado de California aprobó la llamada «Natural Death Act». Posteriormente, los llamados *living wills* se plasmaron en la «Uniform Rigths of de Terminally Act» de 1985 (revisada en 1989), y en la Ley Federal de 1991 «United Status Patient Self-Determination Act», que permite a cada Estado adoptarla o no. Esta Ley obliga a todos los centros sanitarios y sociosanitarios que recibieran fondos de Medicare o Medicaid a ofrecer de forma activa a sus pacientes la cumplimentación de voluntades anticipadas. Es decir, el personal de recepción debe preguntar a los pacientes, en el momento del ingreso, si han firmado una *advance health care directive* (evolución del original *living will*, con un contenido más amplio que incluye la designación de un representante para evitar conflictos familiares, que actúe como interlocutor válido con el médico). Si el paciente posee este documento, se fotocopia y se incluye dentro de la historia clínica. Si el paciente declara no haber firmado esta clase de documentos, es necesario explicarle en qué consisten, para comprobar que su negativa a firmarlos no responde a una falta de información. Posteriormente se observó que esta Ley no promociona la firma de las directrices anticipadas antes del ingreso en el centro sanitario, cuando, en realidad, dicha situación es muy estresante para el paciente y poco propicia para tomar decisiones con serenidad. Prácticamente todas las asociaciones y autores defienden la elaboración de las directrices anticipadas recomiendan que estos documentos se firmen en cuanto se tengan deseos de expresar estas opiniones, aunque no se padezca ninguna enfermedad. M. Martínez León, D. Queipo Burón, et. alt., 2008, 20.

suscrito en Oviedo el 1 de abril de 1997, se configura como el primer instrumento internacional sobre la materia, con carácter jurídico vinculante para los países que lo suscriben¹⁰. Según el artículo 9 del Convenio de Oviedo, «Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad».

Tal y como se aclara en el Informe oficial explicativo del Convenio, el precepto mencionado se refiere a los casos en que las personas con capacidad de entender hayan expresado con anterioridad su consentimiento (ya sea asentimiento o rechazo) en relación a situaciones previsibles en las que ya no se encuentren en condiciones de expresar su opinión sobre una intervención. Además, esta norma comprende no sólo las urgencias, sino también las situaciones de salud en que el individuo considere que podría llegar a ser incapaz de dar su consentimiento válido, como por ejemplo en el supuesto de padecer una enfermedad progresiva como la demencia senil¹¹.

En el plano legislativo, en España, el primer paso lo dio la Ley de Cataluña 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica, en cuyo artículo 8 se regularon, por vez primera, las «voluntades anticipadas». Y esta iniciativa fue secundada por otras Comunidades Autónomas, inicialmente también en leyes de alcance más amplio¹².

Finalmente, la figura de las instrucciones previas es recogida por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, la cual subraya en su exposición de motivos: «En particular, merece mención especial la regulación sobre instrucciones previas que contempla, de acuerdo con el criterio establecido en el Convenio de Oviedo, los deseos del paciente expresados con anterioridad dentro del ámbito del consentimiento

¹⁰ El Convenio fue suscrito por 40 países del Consejo de Europa más los Estados Unidos, Canadá, Australia, Japón y la Santa Sede. El Convenio fue ratificado por las Cortes Generales el 23 de julio de 1999, y entró en vigor en España el 1 de enero de 2000.

¹¹ En esta línea, el Código de Ética y Deontología Médica de 1999 recogió el siguiente precepto en su Capítulo VII («De la muerte»), artículo 27.2: «El médico... ha de tener en cuenta la voluntad explícita del paciente a rechazar el tratamiento para prolongar su vida y a morir con dignidad. Y cuando su estado no le permita tomar decisiones, el médico tendrá en consideración y valorará las indicaciones anteriores hechas por el paciente...». Asimismo, la Organización Médica Colegial y la Sociedad Española de Cuidados Paliativos emitieron el 11 de enero de 2002 la «Declaración sobre atención Médica al final de la vida», en la que se expresa: «Las voluntades anticipadas son una expresión de autonomía y de la libertad de elección de los medios terapéuticos, y deben ser respetadas por los médicos y otros profesionales, así como las organizaciones. También es importante recalcar que las voluntades anticipadas no pueden incluir la demanda de eutanasia, ya que sería ilegal, y también contradictoria con los principios de la buena práctica médica».

¹² Como la Ley 3/2001, de 28 de mayo, Reguladora del Consentimiento Informado y de la Historia Clínica de los Pacientes de Galicia; o la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.

informado»¹³. Y, en efecto, la Ley 41/2001, contempla las denominadas instrucciones previas de manera muy escueta en su artículo 11, dejando su desarrollo en manos de las Comunidades Autónomas¹⁴.

2. La cuestión competencial

Para esta cuestión es fundamental determinar si la ordenación de las instrucciones previas es fundamentalmente materia sanitaria o Derecho Civil. En concreto, se ha suscitado si la declaraciones de voluntad anticipada constituyen un negocio jurídico-privado que, además, afecta a la capacidad de las personas y a las instituciones de guarda y protección previstas para quienes no gozan de plena capacidad serían materia de Derecho civil (artículo 149.1.8ª de la Constitución)¹⁵. Ello tendría importantes consecuencias, pues únicamente aquellas Comunidades con un Derecho civil propio podrían legislar sobre la materia, pero no otras Comunidades como Andalucía, por carecer de competencia sobre Derecho civil. Asimismo, el criterio para determinar la ley aplicable sería el de la vecindad civil, ley personal, que es la que determina la capacidad de las personas, conforme a los artículos 9.1 y 16.1 del Código Civil, lo que podría ocasionar situaciones muy complejas¹⁶.

En cambio, si se considera que la materia prevalente es la sanidad, todas las Comunidades Autónomas con competencias en materia sanitaria, prácticamente todas, podrían desarrollar las normas estatales. Asimismo, el ámbito de aplicación sería territorial, propio de las normas de carácter público –artículo 8 Código Civil–. A este respecto, la propia Ley 41/2002 (disposición adicional primera), se declara norma básica «de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.1ª y 16ª de la Constitución», que, respectivamente determinan la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos

¹³ La Iglesia católica española fue pionera en esta materia. En 1998, la Conferencia Episcopal elaboró y divulgó un borrador para que los católicos pudieran renunciar al encarnizamiento terapéutico. "A mi familia, a mi médico, a mi sacerdote, a mi notario", comenzaba el texto. En él, tras una serie de consideraciones sobre la vida –"es un don y una bendición de Dios, pero no es el valor supremo absoluto"– se recogían las condiciones de los tratamientos a los que se renunciaba: "Si por mi enfermedad llegara a estar en situación crítica irrecuperable, no se me mantenga en vida por medio de tratamientos desproporcionados o extraordinarios".

¹⁴ En la IX Legislatura se presentó en las Cortes el Proyecto de Ley Reguladora de los Derechos de la Persona ante el Proceso Final de la Vida, que contenía un planteamiento más amplio, el cual no prosperó debido al adelanto electoral, BOCG de 17 de junio de 2011.

¹⁵ Así, N. Tur Faúndez, 2004.

¹⁶ En tal caso, ni siquiera las Comunidades Autónomas con competencia sobre Derecho civil propio estarían legitimadas para introducir una norma sobre el ámbito de aplicación de la ley autonómica porque, de acuerdo con el artículo 149.1.8ª de la Constitución, la determinación de las normas sobre conflicto de leyes es materia reservada a la competencia del Estado (Mª Ángeles Parra, 2006, 87). Asimismo, como señala S. Gallego Riestra, 2009, 143, el criterio de la vecindad civil puede suponer diferencias de trato incluso dentro de una misma Comunidad Autónoma.

y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y sobre las bases y coordinación general de la sanidad. Y debe ya señalarse que este es el criterio seguido por la práctica totalidad de las leyes autonómicas. Así, en Andalucía, la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de Declaración de Voluntad Vital Anticipada, declara que tiene por objeto regular, «en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía», la declaración de voluntad vital anticipada –artículo 1–¹⁷.

Para nosotros, por encima de la naturaleza técnica de negocio jurídico, la declaración anticipada de la voluntad es, ante todo, un derecho del ciudadano, o más ampliamente de toda persona, tal como se expresan las normas legales más recientes, como el Estatuto de Autonomía para Andalucía¹⁸. Derecho que enlaza con el más genérico declarado como básico en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia: derecho a decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno –artículo 4.2.f)–. Distinta sería la naturaleza de la autotutela, más claramente privatista, y que si bien comparte con las instrucciones previas la finalidad de ampliar la facultad de los para la toma de decisiones autónomas, su origen, significado y alcance son diversos¹⁹.

3. La ordenación autonómica

La Ley 41/2002 –artículo 11.2– dispone lo siguiente: «Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito».

¹⁷ En términos similares, por ejemplo, Ley 6/2005, de 7 de julio, de Castilla La-Mancha, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en Materia de la Propia Salud (artículo 1); o la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, Reguladora del Documento de Instrucciones Previas en el Ámbito de la Sanidad (artículo 1), la cual añade que esta Ley será de aplicación a las personas que ejerzan en la Comunidad Autónoma de La Rioja su derecho a emitir el documento de instrucciones previas (artículo 2).

¹⁸ En este sentido, el Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida, contemplaba el derecho a otorgar instrucciones previas (artículo 9.1): «Toda persona mayor de edad y con plena capacidad de obrar tiene derecho a manifestar anticipadamente su voluntad sobre los cuidados y el tratamiento asistencial que desea recibir en el proceso final de su vida». *BOCG* de 17 de junio de 2011.

¹⁹ Como señala J. A. Seoane, 2006, 287, la autotutela actúa sobre una esfera personal más amplia, no limitada al ámbito sanitario, y también sobre la esfera patrimonial, ajena a las instrucciones previas. Permite la adopción de ciertas disposiciones personales por parte de una persona con capacidad de obrar en previsión de una incapacitación futura, y no de la mera incapacitación propia de las instrucciones previas. Entre tales disposiciones está la designación de tutor (con mayor propiedad, de la persona que será nombrada judicialmente como tutor), mientras que las instrucciones previas se refieren a la posible designación de un representante. Además, el único procedimiento válido para el otorgamiento de la autotutela es el documento público notarial, a diferencia de la pluralidad de modalidades previstas en la legislación autonómica para el otorgamiento de las instrucciones previas.

Así, la Ley básica se remite, sin ambages, para la formalización del testamento vital a lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, salvo en tres puntos: la necesidad de que se formalicen por escrito (apartados 2 y 4 del artículo 11); la posibilidad de que en cualquier momento puedan revocarse (apartado 4); y que, en su aplicación, “en la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones” (apartado 3 *in fine*).

Todas las Comunidades Autónomas cuentan con una normativa propia y específica sobre esta temática, si bien pueden diferenciarse hasta tres modelos de ordenación. Por un lado, las Comunidades Autónomas que cuentan con una ley y un reglamento específicos en esta materia: Baleares²⁰, Cataluña²¹, Castilla-La Mancha²², Castilla y León²³, Comunidad de Madrid²⁴, Comunidad Valenciana²⁵, Galicia²⁶, La Rioja²⁷, País Vasco²⁸ y Extremadura²⁹. De otro

²⁰ Ley 1/2006, de 3 de marzo, de Voluntades Anticipadas.

²¹ Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre Derechos de Información Concerniente a la Salud y la Autonomía del Paciente y la Documentación Clínica; desarrollada por Decreto 175/2002, de 25 de junio que regula el Registro de Voluntades Anticipadas.

²² Ley 6/2005, de 7 de julio, de Declaración de Voluntades Anticipadas en Materia de la Propia Salud y Decreto 15/2006, de 21 de febrero, de Registro de Voluntades Anticipadas de Castilla-La Mancha. Posteriormente, la Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre Derechos y Deberes en Materia de Salud de Castilla-La Mancha, ratifica la ordenación anterior.

²³ Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre Derechos y Deberes de las Personas en Relación con la Salud; desarrollado por Decreto 30/2007, de 22 de marzo, que regula el documento de instrucciones previas en el ámbito sanitario y crea el Registro de Instrucciones Previas de Castilla y León.

²⁴ Ley 3/2005, de 23 de mayo, por el que se regula el ejercicio del Derecho a Formular Instrucciones Previas en el Ámbito Sanitario, y se crea el registro correspondiente, y Decreto 101/2006, de 16 de noviembre, que regula el Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid.

²⁵ Ley 1/2003, de 28 de enero, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana; desarrollado por Decreto 168/2004, de 10 de septiembre, que regula el documento de voluntades anticipadas y crea el Registro Centralizado de Voluntades Anticipadas de la Comunidad Valenciana.

²⁶ Ley 3/2001, de 28 de mayo, Reguladora del Consentimiento Informado y de la Historia Clínica de los Pacientes, modificada por la Ley 3/2005, de 7 de marzo, para adaptar la denominación a la Ley estatal 41/2002. La Ley se desarrolló por el Decreto 259/2007, de 13 de diciembre, por el que se crea el Registro gallego de instrucciones previas sobre cuidados y tratamiento de la salud.

²⁷ Ley 9/2005, de 30 de septiembre, Reguladora del Documento de Instrucciones Previas en el Ámbito de la Sanidad.

²⁸ Ley 7/2002, de 12 de diciembre, del País Vasco, de las Voluntades Anticipadas en el Ámbito de la Sanidad, desarrollado por el Decreto 270/2003, de 4 de noviembre, que crea y regula el Registro Vasco de Voluntades Anticipadas.

²⁹ Ley 3/2005, de 8 de julio, de Información Sanitaria y Autonomía del Paciente.

lado, están las Comunidades Autónomas que cuentan únicamente con una ordenación de carácter reglamentario: Cantabria³⁰, Canarias³¹, Murcia³².

La distinción indicada no es irrelevante, pues como ha señalado algún órgano consultivo, el ejercicio de este derecho sólo puede modularse a través de normas con rango de ley, en las que el Estado realiza su configuración básica, sin que sea legítimo que una norma reglamentaria autonómica realice restricción o modulación alguna del referido derecho, sino que deberá limitarse a aspectos procedimentales y adjetivos, sin entrar en aspectos sustantivos relativos a la configuración del derecho³³.

Por último, un tercer grupo de Comunidades Autónomas (Aragón³⁴ y Navarra³⁵) cuentan, además de la legislación específica sobre voluntades anticipadas, con una ordenación legal de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte, grupo en el que se encuentra Andalucía, como se verá seguidamente. La principal diferencia con respecto a las ordenaciones anteriores, es que en estas Comunidades Autónomas existe una ordenación de los aspectos sustantivos del proceso relativo al final de la vida, que complementan la ordenación formal de las instrucciones previas. Así, se reconocen y definen derechos relativos al proceso de la muerte, que se pueden ejercer mediante el documento de las instrucciones previas, tales como el derecho a los cuidados paliativos o el derecho a la limitación del esfuerzo terapéutico, dotando de mayor solidez jurídica a las disposiciones contenidas a los documentos de instrucciones previas.

³⁰ Decreto 139/2004, de 15 de diciembre, que crea y regula el Registro de Voluntades Previas de Cantabria.

³¹ Decreto 13/2006, de 8 de febrero, que regula las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente Registro.

³² Decreto 80/2005, de 8 de julio, por el que se aprueba el reglamento de instrucciones previas y su registro.

³³ Así lo expresó el Dictamen 2004/357, de 29 de julio, emitido por el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, relativo al proyecto de decreto del Gobierno Valenciano por el que se regula el derecho a emitir voluntades anticipadas y se crea el Registro Centralizado de Voluntades Anticipadas de la Comunidad Valenciana.

³⁴ La Comunidad de Aragón reguló inicialmente esta figura en la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud, modificada por la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, desarrollada por Decreto 100/2003, de 6 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y el funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas. Posteriormente se aprobó la Ley 10/2011, de 24 de marzo, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de Morir y de la Muerte.

³⁵ En primer lugar se dictó la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, de Navarra, sobre Derechos del Paciente a las Voluntades Anticipadas, a la Información y a la Documentación Clínica, desarrollada por Decreto Foral 140/2003, de 16 de junio, que regula el registro de voluntades anticipadas. Pero esta Ley fue derogada y sustituida por la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud, debiendo tenerse en cuenta, además, la Ley Foral 8/2011, de 24 marzo, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte.

4. La ordenación en Andalucía

En el ordenamiento andaluz se da la circunstancia especial según la cual esta figura ha sido reconocida como derecho social en el mismo Estatuto de Andalucía. En efecto, la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, recoge en su artículo 20 –bajo la rúbrica “testamento vital y dignidad ante el proceso de la muerte”– el derecho a declarar la voluntad vital anticipada que deberá respetarse, «en los términos que establezca la ley», lo cual es, en todo caso, el condicionante de los derechos sociales estatutarios, de acuerdo con la doctrina constitucional³⁶.

La ordenación vigente se encuentra aún en la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de Declaración de Voluntades Vitales Anticipadas. Esta Ley tuvo origen en una proposición no de ley aprobada por el Parlamento Andaluz, en la sesión celebrada el 23 de mayo de 2003, en la que se instó al Gobierno, entre otras cosas, a presentar un proyecto de ley que garantizara a los ciudadanos el ejercicio del derecho a decidir libremente sobre los tratamientos y las condiciones en que éstos se le aplican, en situaciones de gravedad y cuando su estado le impida expresarlas personalmente, y ejercer, por tanto, su derecho a la autonomía personal³⁷.

En tal sentido, el objeto declarado de la Ley 5/2003, es regular, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la declaración de voluntad vital anticipada, como cauce del ejercicio por la persona de su derecho a decidir sobre las actuaciones sanitarias de que pueda ser objeto en el futuro, en el supuesto de que llegado el momento no goce de capacidad para consentir por sí misma –artículo 1–.

Asimismo, con motivo de la aprobación de la Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte de Andalucía, por la que se desarrolla el citado precepto del Estatuto de Autonomía, la Ley 5/2003, fue objeto de una modificación puntual. Entre las modificaciones que se introdujeron se encuentra el hecho de permitir que la persona que realice la declaración de voluntad vital anticipada pueda manifestar, en la misma, los valores vitales que sustenten sus decisiones y preferencias.

³⁶ Como sucede con tantos otros preceptos del Estatuto andaluz, es notoria la inspiración en el paralelo precepto del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006: «Todas las personas tienen derecho a expresar su voluntad de forma anticipada para dejar constancia de las instrucciones sobre las intervenciones y los tratamientos médicos que puedan recibir, que deben ser respetadas en los términos que establecen las leyes, especialmente por el personal sanitario cuando no estén en condiciones de expresar personalmente su voluntad» –artículo 20.2–. En la versión inicial de la proposición de reforma del Estatuto de 3 de febrero de 2006, se reconocía «el derecho a inscribir en un registro la voluntad vital anticipada que deberá respetarse, en los términos que establezca la ley». Por su parte, la mención al testamento vital en el rótulo del artículo se introdujo en la tramitación en el Congreso.

³⁷ Para la elaboración del anteproyecto de Ley se llevó a cabo un proceso de reflexión en el seno de la Consejería de Salud y abierto a la opinión de diferentes expertos tanto en el campo de la Medicina clínica, la Bioética, la Filosofía y el Derecho.

Pero, además, la Ley 2/2010, contiene diversas disposiciones aplicables a la declaración de voluntad vital anticipada (algunas definiciones, artículos 9 y 19, fundamentalmente). Por ello, es cuestionable la opción del legislador de mantener la dualidad de regulaciones actual, tanto en la Ley 5/2003, como en la Ley 2/2010. Entendemos que habría sido más clarificador aprovechar la aprobación de la Ley 2/2010, para integrar en la misma la ordenación completa de la declaración de voluntad vital anticipada.

De otro lado, y siguiendo la práctica generalizada en las leyes autonómicas que regulan esta materia, la Ley 5/2003 –artículo 9.1– dispuso que reglamentariamente se determinará la organización y funcionamiento del Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía. En tal sentido, fue aprobado el Decreto 238/2004, de 18 de mayo, por el que se regula el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía. Ahora bien, debido a las modificaciones introducidas en la Ley 5/2003 por la Ley 2/2010, así como a la necesidad de mejorar algunos aspectos del Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía, el Decreto 238/2004 fue derogado y sustituido por el Decreto 59/2012, de 13 de marzo, de igual título³⁸.

III. LAS INSTRUCCIONES PREVIAS: CONCEPTO, CONTENIDO Y FORMA

1. Concepto y caracteres

La Ley 41/2002 –artículo 11.1– declara lo siguiente: «Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo». Técnicamente se aprecia un error, al confundir la declaración de voluntad con el documento en que se plasma³⁹.

³⁸ Entre las novedades del Decreto 59/2012, es de especial mención la regulación que se establece tanto de la gestión descentralizada del mismo a través de sedes habilitadas para tal fin, como de las funciones de las personas responsables del Registro, tanto a nivel autonómico como en las sedes habilitadas, para las que se establecen unas competencias específicas. Asimismo, como avance importante para facilitar el acceso y la consulta del contenido de la declaración y, en definitiva, para asegurar el cumplimiento de las instrucciones de cada persona dentro del ámbito sanitario, se regulan las cuestiones relativas a la incorporación de la declaración de voluntad vital anticipada a la historia de salud de la persona.

³⁹ Así, J. A. Seoane, 2006, 288.

Por su parte, las leyes autonómicas contienen sus propias definiciones⁴⁰. Así, se estima más correcta la definición de la Ley 5/2003 –artículo 2–, cuando declara que «se entiende por declaración de voluntad vital anticipada la manifestación escrita hecha para ser incorporada al Registro que esta Ley crea, por una persona capaz que, consciente y libremente, expresa las opciones e instrucciones que deben respetarse en la asistencia sanitaria que reciba en el caso de que concurran circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad», definición que reitera la Ley 2/2010 –artículo 5.d)–.

Su fundamento es prácticamente el mismo que el del consentimiento informado pues, al fin y al cabo, no deja de ser sino la plasmación de la voluntad del paciente en los casos en los cuales deba someterse a una intervención o tratamiento sin que goce de una capacidad suficiente para otorgar un consentimiento válido⁴¹. Se trata, por tanto, de una variante del consentimiento informado. De este modo, cuando el paciente no está en situación de emitir el consentimiento, en lugar de acudir al consentimiento por representación, a cargo de representantes legales o de personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho (artículo 9.3 de la Ley 41/2002), el propio interesado otorga un consentimiento anticipado para una situación hipotética, o bien, en el caso de rechazar determinados tratamientos, lleva a cabo el ejercicio negativo de dicho consentimiento informado.

Desde el punto de vista de la terminología, la situación es confusa. El empleo del término «instrucciones previas» en la Ley 41/2002, obedece a una enmienda (la número 90) presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, en la que se criticaba la utilización de la expresión “voluntades anticipadas” por ser una transposición a nuestro ordenamiento de la terminología anglo-norteamericana, que resultaba además ajena al mundo de la bioética y el Derecho sanitario. Se hacía necesario, asimismo, adaptar la terminología a la utilizada en el Convenio de Oviedo.

Por su parte, en la legislación autonómica se siguen denominaciones muy variadas: «instrucciones previas» (Asturias, Castilla y León, C. de Madrid, R. de Murcia, Galicia y La Rioja);

⁴⁰ Así, la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de Voluntades Anticipadas, de las Illes Balears, declara que las voluntades anticipadas consisten en una declaración de voluntad unilateral emitida libremente por una persona mayor de edad y con plena capacidad de obrar, mediante la que se indica el alcance de las actuaciones médicas o de otras que sean procedentes, previstas por esta Ley, solamente en los casos en que concurran circunstancias que no le permitan expresar su voluntad (artículo 1). Y por citar una de las más recientes, la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, declara que el documento de voluntades anticipadas es el dirigido al médico responsable en el cual una persona mayor de edad, o un menor al que se le reconoce capacidad conforme a la presente Ley Foral, deja constancia de los deseos previamente expresados sobre las actuaciones médicas para cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad, por medio del consentimiento informado, y que deben ser tenidos en cuenta por el médico responsable y por el equipo médico que le asista en tal situación –artículo 54.1–.

⁴¹ Como señala J. A. Seoane, 2006, 286, a diferencia de lo que sucede en el consentimiento informado ordinario o actual, que se otorga para una actuación o intervención inmediata o casi inmediata, en las instrucciones previas se presta el consentimiento ahora, en el momento presente, aun cuando la actuación o intervención derivada de dicho consentimiento y sus resultados o consecuencias aparezcan diferidos en el tiempo.

«voluntades anticipadas» (Aragón, Baleares, Castilla La Mancha, Cataluña, Comunidad Valenciana, Navarra y País Vasco); «manifestaciones anticipadas de voluntad» (Canarias); «voluntades previas» (Cantabria); «expresión anticipada de voluntades (Extremadura).

En Andalucía, la Ley 5/2003 utilizó la expresión «declaración de voluntad vital anticipada». Y el artículo 20 del vigente Estatuto de Autonomía para Andalucía utiliza tanto la expresión de la Ley 5/2003 «declaración de voluntad vital anticipada» –artículo 20.1–, como la clásica de «testamento vital» (rótulo del artículo 20). Por su parte, la Ley 2/2010 declara que la expresión «Testamento vital» es un sinónimo de declaración de voluntad vital anticipada –artículo 2.p)–. Es sorprendente la (re)introducción de la expresión «testamento vital», tomada de la experiencia norteamericana (es traducción literal de *living will*) y que el ordenamiento español no había seguido, pues es equívoca, dado que el testamento es un acto *mortis causa*, mientras que el acto que nos ocupa, como se verá, es un negocio fundamentalmente inter vivos.

Siguiendo a Bravo Sánchez⁴², pueden señalarse los caracteres siguientes de las instrucciones previas:

- a) Unilateral: la declaración de voluntad procede de una sola parte, sin que sea necesaria la aceptación. Más aún, sería una declaración unilateral y no recepticia, toda vez que la simple emisión con las formalidades exigidas (y, en su caso, inscripción) es suficiente para que produzca efectos⁴³. No obstante, esta afirmación debe matizarse, pues en caso de designación de representante, tal como se verá más adelante, tal función debe ser expresamente aceptada por el designado.
- b) Personalísima: Sólo puede llevarse a efecto por el propio paciente o interesado, de tal manera que no puede delegarse su realización en un tercero.
- c) Formal: porque su plena validez, eficacia y perfección se alcanza cuando la declaración de voluntad se manifiesta a través de las solemnidades previstas (documento privado o documento público, según los casos). Además, en algunas Comunidades Autónomas, para su eficacia se requiere la inscripción de la declaración en el correspondiente registro administrativo con un efecto constitutivo (*ad solemnitatem*).
- d) Intervivos: ha de producir sus efectos en la vida del declarante, si bien también debe matizarse que determinados contenidos secundarios tienen un alcance post mortem (los referidos al destino del cuerpo o de sus órganos).
- e) Revocable: en cualquier momento, total o parcialmente, siempre que la persona se encuentre en plenitud de facultades mentales.

⁴² En idéntico sentido se expresa también M. Pérez Roldán, 2007.

⁴³ S. Gallego Riestra, 2009, 153.

2. Contenido de la declaración

A partir del contenido inicial ligado a las actuaciones sanitarias de que pueda ser objeto una persona cuando no goce de capacidad para decidir por sí misma, las instrucciones previas se han extendido a otros contenidos relacionados con el proceso de la muerte. De este modo, las declaraciones de voluntad anticipada es un instrumento amplio en el que se pueden contener tanto las instrucciones expresas que el paciente determine para una situación en que esté privado de su capacidad de decidir (lo que se ha dado en llamar testamento vital), como otras posibilidades, como son sus opciones personales ante determinadas situaciones vitales (comúnmente llamada «historia de valores»), la designación de otras personas que representen su voluntad y, también, su decisión expresa respecto a elementos tales como la donación de sus órganos en caso de fallecimiento.

La Ley 41/2002 –artículo 11.1– refiere tres posibles contenidos de las instrucciones previas, mientras que la Ley 5/2003 –artículo 3–, contempla cuatro posibles contenidos, y que pueden clasificarse como sigue, teniendo en cuenta que la designación de representante se trata más adelante, como uno de los sujetos de la declaración:

A) *Las instrucciones relacionadas con la atención sanitaria*

En general, debe advertirse que no existe un modelo único de documento de voluntades anticipadas, sino tan sólo formularios orientativos publicados por las Comunidades Autónomas y algunas organizaciones cívicas. En la práctica, a veces el formulario es excesivamente abierto (no es más que una línea de puntos en blanco para que el paciente lo rellene).

Con carácter general, debe señalarse que la Ley 2/2010 declara que las personas que se encuentren en el proceso de muerte «o que afronten decisiones relacionadas con dicho proceso tienen derecho a tomar decisiones respecto a las intervenciones sanitarias que les afecten» –artículo 7.1–. Inicialmente la manifestación de voluntad contenida en el documento de instrucciones previas tiene el mismo ámbito de aplicación que la voluntad manifestada a través del consentimiento informado. Ahora bien, no puede desconocerse que existe una diferencia, que no es en absoluto irrelevante, y es que el consentimiento informado se presta con conocimiento de causa y existe constancia de la información recibida por un médico especialista ante un supuesto de hecho real concreto, mientras que las instrucciones previas se otorgan basadas en hipótesis y no consta el asesoramiento especializado⁴⁴.

Pueden diferenciarse tres tipos de contenidos. En primer lugar, delimitar el presupuesto para la aplicación de las instrucciones o voluntades; en segundo lugar, las instrucciones en

⁴⁴ M^a C. Quijada González, 2010, 540.

sí mismas, y, en tercer lugar, los llamados valores vitales. Respecto al primero, se suelen diferenciar tres supuestos de hecho: la enfermedad incurable avanzada, la enfermedad terminal y la situación de agonía⁴⁵. Sin embargo, no debe pensarse única y exclusivamente en supuesto de inconsciencia o de enfermedad terminal, sino también, por ejemplo, en aquellos casos en los que una persona, por la razón que sea, no es capaz ya de emitir un consentimiento válido (enfermedad mental, demencia senil, etc.)⁴⁶. Asimismo, como precisa alguna ley autonómica, la enfermedad o lesión puede ser tanto que ya la padezca la persona otorgante como las que eventualmente podría padecer en un futuro⁴⁷.

A este respecto, el formulario previsto en el Decreto 238/2004, contemplaba expresamente los estados clínicos siguientes: a) daño cerebral severo e irreversible (coma irreversible, estado vegetativo persistente y prolongado); b) enfermedad en fase muy avanzada o terminal, ya sea por cáncer avanzado, por enfermedad degenerativa del sistema nervioso o neuromuscular en fase avanzada que no responde al tratamiento y que impide la movilidad y capacidad de relación; c) demencia de causa degenerativa avanzada, grave e irreversible (caso de demencias seniles), y d) y, a modo de cláusula de cierre, enfermedades o situaciones de incapacidad de gravedad comparable a las anteriores, que afecten plenamente a la calidad de vida⁴⁸. No obstante, el vigente Decreto 59/2012, ha suprimido estas referencias explícitas, y se limita a contemplar un espacio en blanco, para que el declarante introduzca las situaciones sanitarias.

⁴⁵ Se entiende por enfermedad incurable avanzada aquella enfermedad de curso progresivo, gradual, con diverso grado de afectación de la autonomía y la calidad de vida, con respuesta variable al tratamiento específico, que evolucionará hacia la muerte a medio plazo. Nos encontraríamos ante el caso, por ejemplo, de una persona afectada de Enfermedad de Alzheimer en fase severa, que presenta una obstrucción intestinal y hay que adoptar medidas como intervenir quirúrgicamente y posiblemente ingresar en la Unidad de Cuidados Intensivos y las decisiones a adoptar son muy distintas según lo expresado en el documento de instrucciones previas. Por enfermedad terminal, se entiende aquella enfermedad avanzada, en fase evolutiva e irreversible, con síntomas múltiples, impacto emocional, pérdida de autonomía, con muy escasa o nula capacidad de respuesta al tratamiento específico y con un pronóstico de vida generalmente inferior a los seis meses, en un contexto de fragilidad progresiva, sería por ejemplo una persona que presenta un cáncer pulmonar, que ha dado metástasis cerebrales que le provoca desorientación, alucinaciones, dificultad para el lenguaje y deterioro cognitivo, por el tipo de tumor se sabe que no le quedan más de seis meses de vida, entonces se aplicaría lo dispuesto en su Documento de Instrucciones Previas. Y, por último, se entiende por situación de agonía la situación que precede a la muerte cuando ésta se produce de forma gradual, y en la que existe deterioro físico intenso, debilidad extrema, alta frecuencia de trastornos cognitivos y de la conciencia, dificultad de relación e ingesta y pronóstico de vida de días u horas.

⁴⁶ La mayoría de los registrados expresan el deseo de que se respete su testamento en caso de daño cerebral severo e irreversible (coma irreversible, estado vegetativo persistente y prolongado), enfermedad en fase muy avanzada o terminal, ya sea por cáncer, por patología degenerativa del sistema nervioso o neuromuscular que no responde al tratamiento y que impide la movilidad y la capacidad de relación del afectado, o cuando aparezca una demencia degenerativa grave.

⁴⁷ Artículo 2.2 y 4 Ley del País Vasco 7/2002, de 12 de diciembre.

⁴⁸ Según datos aportados por F. J. García León y C. Méndez Martínez, 2008, 181, las situaciones clínicas más comunes en las declaraciones realizadas ante el registro andaluz se refieren al daño cerebral, enfermedad en fase avanzada y demencia.

En segundo lugar, se encuentran las instrucciones propiamente dichas respecto a las intervenciones médicas o tratamientos terapéuticos que se quieran recibir o, por el contrario, que no se desean recibir⁴⁹. A este respecto, como se ha señalado antes, uno de los problemas más comúnmente indicados a las declaraciones de voluntad anticipada ha sido que su carácter genérico hace difícil saber si una determinada medida terapéutica concreta en una situación real entra o no dentro del marco de voluntades expresadas por el declarante. Esto ha llevado en algunos países a una complicación progresiva de estos documentos. Así, comenzaron a incorporárseles referencias explícitas a la aceptación o rechazo de determinadas terapias: quimioterapia, ventilación mecánica, reanimación cardiopulmonar, etc.⁵⁰.

En todo caso, las instrucciones más comunes son las siguientes:

- Rechazo a los tratamientos desproporcionados o extraordinarios. Se trataría de la oposición al antes llamado encarnizamiento terapéutico, dura expresión que se ha sustituido por la más aséptica de «obstinación terapéutica», es decir, cuando se trata de prolongar el proceso de muerte de una persona en situación terminal e irrecuperable mediante tratamientos o actos terapéuticos extremos⁵¹. En este sentido, se pronuncia expresamente alguna Ley autonómica, al disponer que en las voluntades anticipadas «se pueden incorporar manifestaciones para que, en el supuesto de situaciones críticas, vitales e irreversibles respecto a la vida, (...) no se prolongue la vida artificialmente por medio de tecnologías y tratamientos desproporcionados o extraordinarios, ni se atrase irracionalmente el proceso de la muerte⁵². En Andalucía, la Ley 2/2010 declara expresamente el deber del médico o médica responsable de cada paciente, en el ejercicio de una buena

⁴⁹ Ley 3/2005, de 23 de mayo, de la Comunidad de Madrid (artículo 6.2).

⁵⁰ Esta complejidad ha llegado al extremo de desarrollar voluntades anticipadas específicas para enfermedades concretas, como la enfermedad pulmonar obstructiva crónica, la insuficiencia renal crónica terminal o el sida. Véase I. M^a Barrio Cantalejo, 2004.

⁵¹ Como señala J. Sánchez Caro, 2008, 17, no es asumible la obstinación irrazonable que rechaza, mediante un razonamiento porfiado, reconocer que una persona está destinada a la muerte y que no es curable. Se trata, por tanto, de utilizar medios inadecuados o desproporcionados. Cuando ningún fin de la medicina es ya posible, los médicos no están obligados a prolongar la vida. Sin embargo, como indica también el autor citado, a pesar de una cierta creencia consistente en que este modo de actuar se da con cierta frecuencia, no es seguro que practique tanto como se dice. Además de que los médicos actuales han superado, en general, dicha fase, hay que tener en cuenta que existen poderosas razones económicas y éticas que se oponen a ello, sin olvidar que, a veces, el límite entre el furor técnico rechazable y la obstinación valiente es a menudo difuso.

⁵² Ley Foral de Navarra 11/2002, de 6 de mayo (artículo 9) y, en la actualidad, la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre (artículo 54.1). De modo similar, la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de las Islas Baleares, se refiere a que en un supuesto de situación crítica e irreversible respecto de la vida, se evite el padecimiento con medidas terapéuticas adecuadas, aunque éstas lleven implícitas el acortamiento del proceso vital, y que no se alargue la vida artificialmente ni se atrase el proceso natural de la muerte mediante tratamientos desproporcionados (artículo 2). Por su parte, la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja, prevé la posibilidad de expresar la voluntad contraria a que se prolongue temporalmente y artificialmente la vida si no se acompaña de ningún resultado aceptable para los objetivos del otorgante (artículo 5.1.c).

práctica clínica, a limitar el esfuerzo terapéutico, cuando la situación clínica lo aconseje, evitando la «obstinación terapéutica»⁵³. Por su parte, el formulario aprobado por el Decreto 59/2012, ofrece la posibilidad de que el declarante se pronuncie o no expresamente sobre una amplia gama de actuaciones sanitarias: transfusión de sangre, alimentación mediante nutrición parenteral, alimentación mediante tubo de gastronomía, mediante sonda nasogátrica, hidratación con sueros por vía venosa, técnicas de diálisis (depuración extrarrenal), respirador artificial (ventilación mecánica), reanimación cardiopulmonar.

- Deseo de que se utilicen los procedimientos de sedación y analgesia necesarios para evitar el dolor, el sufrimiento o la angustia extrema⁵⁴. A este respecto, debe subrayarse que la Ley 2/2010 declara que los pacientes tienen derecho a recibir la atención idónea que prevenga y alivie el dolor, incluida la sedación si el dolor es refractario al tratamiento específico –artículo 13–, y, en concreto, los pacientes en situación terminal o de agonía tienen derecho a recibir sedación paliativa, cuando lo precisen –artículo 14–. Más aún, alguna Ley autonómica precisa que en las voluntades anticipadas «se pueden incorporar manifestaciones para que, en el supuesto de situaciones críticas, vitales e irreversibles respecto a la vida, se evite el sufrimiento con medidas paliativas *aunque se acorte el proceso vital*»⁵⁵. En tal sentido, el formulario previsto en el Decreto 238/2004, contemplaba expresamente la posibilidad de seleccionar la petición de que se proporcionen los tratamientos necesarios para paliar al máximo el dolor, sufrimiento o angustia extrema, «aunque esto pueda acortar mi expectativa de vida». En cambio, el formulario contenido en el vigente Decreto 59/2012, se limita a contemplar escuetamente la sedación paliativa. No obstante, aun cuando no se mencione expresamente, debe entenderse que este «doble efecto» forma parte de la noción misma de la sedación paliativa⁵⁶.

⁵³ La propia Ley 2/2010, define la obstinación terapéutica, como la situación en la que a una persona, que se encuentra en situación terminal o de agonía y afecta de una enfermedad grave e irreversible, se le inician o mantienen medidas de soporte vital u otras intervenciones carentes de utilidad clínica, que únicamente prolongan su vida biológica, sin posibilidades reales de mejora o recuperación, siendo, en consecuencia, susceptibles de limitación –artículo 5.i)–. Por su parte, cabe recordar que el Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida, contemplaba un precepto según el cual el médico responsable, antes de proponer cualquier intervención a un paciente en el proceso final de su vida, deberá asegurarse de que aquélla responde a la *lex artis*, en la medida en que está clínicamente indicada mediante un juicio clínico que se base en la evidencia científica disponible, en su saber profesional, en su experiencia y en el estado, gravedad y pronóstico del paciente. Conforme a esto, el personal sanitario adecuará el esfuerzo terapéutico de modo proporcional a la situación del paciente, evitando la adopción o mantenimiento de intervenciones y medidas de soporte vital carentes de utilidad clínica, en atención a la cantidad y calidad de vida futuras del paciente, y siempre sin menoscabo de aquellas actuaciones sanitarias que garanticen su debido cuidado y bienestar (artículo 17). BOCG de 17 de junio de 2011.

⁵⁴ Así, Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja (artículo 5.1.c).

⁵⁵ Ley Foral de Navarra 11/2002, de 6 de mayo (artículo 9), y, en la actualidad Ley Foral 17/2010 (artículo 54.1).

⁵⁶ M^a C. Quijada González, 2010, 540, entiende que los cuidados paliativos que como efecto secundario producen acortamiento de la vida se consideran buena práctica médica y serán de aplicación aun cuando el paciente incapaz no los solicite porque el médico está obligado a actuar en su beneficio.

- Petición de suministro de los fármacos necesarios para terminar de forma rápida e indolora con la vida en situaciones de grave deterioro. Este deseo sería abiertamente contrario al ordenamiento, pues supone entrar en el campo de la eutanasia activa.
- Petición de que sean aplicados todos los tratamientos precisos para el mantenimiento de la vida hasta donde sea posible, según el buen criterio médico⁵⁷. Sería la petición opuesta a las precedentes. Ni que decir tiene que tan contrarias son a la *lex artis* las peticiones de acortamiento de la vida que comporten prácticas de eutanasia activa, como la petición de medidas que supongan encarnizamiento terapéutico⁵⁸. Otra cosa es que no se han previsto los medios necesarios para conocer las peticiones contenidas en el documento hasta el momento de su aplicación, por lo que no se podrán hacer provisiones de los tratamientos alternativos que se solicitan, con el consiguiente riesgo de dejar reducidas las instrucciones previas a recoger la autorización del paciente para la no aplicación de tratamientos⁵⁹.

Al margen de estas opciones principales, cabe incluir múltiples matices referidos al tratamiento sanitario que se desea:

- Solicitar o rechazar tratamientos o terapias experimentales que no hayan demostrado su efectividad o no estén dirigidas específicamente a aliviar su sufrimiento⁶⁰.
- Voluntad de no ser informados en los supuestos de diagnóstico fatal, pudiendo designar una o varias personas a las que el médico pueda informar⁶¹.
- La mujer otorgante podrá expresar su voluntad de que se demore la eficacia de su documento de instrucciones previas hasta después de producirse el alumbramiento, si llegado el momento de su aplicación estuviera embarazada⁶². Es decir, si llega la circunstancia de tener que hacer uso del documento estuviesen embarazadas, solicitan que se les aplique el soporte vital necesario para mantener el feto con vida y en condiciones viables de nacer. En Andalucía, esta posibilidad se contemplaba expresamente en el formulario contenido en el derogado Decreto 238/2004, pero no así en el formulario vigente.

⁵⁷ Modelo oficial de instrucciones previas de la Comunidad de Madrid. Por su parte, la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja (artículo 5.1.c), prevé esta voluntad en los términos siguientes: «Que se agoten los tratamientos indicados sobre sus dolencias, siempre que no sean desproporcionados en su aplicación o en relación a su previsible resultado».

⁵⁸ M^a C. Quijada González, 2010, 539.

⁵⁹ M^a C. Quijada González, 2010, 548.

⁶⁰ Esta posibilidad se contemplaba expresamente en el formulario contenido en el derogado Decreto 238/2004, y se contempla en alguna ley autonómica, como la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de Baleares (artículo 2).

⁶¹ Ley de la Comunidad de Madrid 3/2005, de 23 de mayo (artículo 6.4).

⁶² Así, Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja (artículo 7.3). A. S. Gallego Riestra, 2009, 176, le parece una extravagancia, pues habría bastado que el declarante manifestara su voluntad de que se le aplicasen los cuidados extraordinarios necesarios para prolongar su embarazo en caso de inconsciencia hasta que el feto fuese viable.

En tercer lugar, dado que es prácticamente imposible prever todas las situaciones clínicas en las que una persona se puede llegar a encontrar y las actuaciones a seguir (los tratamientos que se solicita o rechaza, según los casos) con la necesaria precisión, de modo alternativo o complementario, en algunas Comunidades Autónomas se ha previsto la posibilidad de expresar los llamados valores vitales que sustenten sus decisiones, sus preferencias y expectativas personales, es decir, objetivos vitales, de calidad de vida y expectativas personales; así como las opciones personales en cuanto a valores éticos, morales, culturales, sociales, filosóficos o religiosos⁶³. En este sentido, la doctrina ha subrayado la importancia de la historia de valores, pues son el principal criterio orientador para la interpretación de su voluntad⁶⁴.

En Andalucía, esta posibilidad se ha añadido expresamente a la Ley 5/2003 por la disposición final 2.1 de Ley 2/2010, de 8 de abril, la cual contiene una definición de los valores vitales como «Conjunto de valores y creencias de una persona que dan sentido a su proyecto de vida y que sustentan sus decisiones y preferencias en los procesos de enfermedad y muerte» –artículo 5.q)–. No obstante, debe señalarse que ya se contemplaba esta posibilidad en el formulario previsto en el Decreto 238/2004, el cual mencionaba las siguientes opciones vitales: la capacidad de comunicarse y relacionarse con otras personas; la posibilidad de mantener una independencia funcional suficiente que le permita cierta autonomía para las actividades propias de la vida diaria; el hecho de no sufrir dolor intenso e invalidante que deteriore su capacidad de relacionarse con los demás; su preferencia por mantener una buena calidad de vida aunque eso suponga un acortamiento de la vida; su preferencia por no prolongar la vida por sí misma en situaciones ya irreversibles si no se dan unos mínimos definidos por los puntos anteriores de este apartado; y otras que se desearan especificar⁶⁵. Sin embargo, el vigente Decreto 59/2012, se limita a contemplar un recuadro en blanco en el cual el declarante puede consignar los valores vitales.

⁶³ Así la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja (artículo 5.1). Por su parte, el Decreto de Canarias 13/2006, de 8 de febrero, determina que: “Además, podrá recoger las indicaciones de naturaleza ética, moral o religiosa que expresen sus objetivos vitales y valores personales para que orienten a los profesionales médicos en la toma de decisiones clínicas” (artículo 4.2). Y la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de Baleares, se refiere a la manifestación de sus objetivos vitales y sus valores personales (artículo 2).

⁶⁴ J. Seoane, 2006, 289. Así, J. Zabala Blanco, 2007, 111, señala que es conveniente la introducción, en el documento, de los objetivos vitales y valores personales del otorgante, para que llegado el caso se configuren como un elemento clarificador y en el mejor criterio interpretativo, para ajustar lo más fielmente posible las actuaciones a sus deseos reales.

⁶⁵ Según datos aportados por F. J. García León y C. Méndez Martínez, 2008, 181, los valores más comunes contenidos en las declaraciones realizadas ante el registro andaluz son el deseo de no sufrir dolor intenso que deteriore la capacidad de relación, tener independencia y capacidad de comunicarse (90% de los registros), seguidos de la importancia de la calidad de vida aunque suponga un acortamiento de la misma (77%) y no prolongar la vida de una forma innecesaria (74 %).

B) Instrucciones relacionadas con el proceso de la muerte

En este ámbito son múltiples las posibles instrucciones o voluntades. Así, es posible determinar quién quiere el paciente que esté presente cuando fallezca y, en tal sentido, es frecuente la petición de que se facilite a los seres queridos y familiares acompañar al enfermo en el trance final de su vida⁶⁶. Cabe también incluir la solicitud de asistencia religiosa (y de qué confesión) para asumir la muerte. Por su parte, la Ley 2/2010 ha dado carta de naturaleza legal a este tipo de disposiciones, al declarar que, siempre que la asistencia se preste en régimen de internamiento en un centro sanitario, los pacientes, ante el proceso de muerte, tienen derecho: a) A disponer, si así lo desean, de acompañamiento familiar⁶⁷. b) A recibir, cuando así lo soliciten, auxilio espiritual de acuerdo con sus convicciones y creencias –artículo 16–⁶⁸.

También cabe estipular sobre el lugar –centro hospitalario o domicilio– en el que se desea recibir los últimos cuidados y, finalmente, morir. A este respecto, debe recordarse que la Ley 2/2010 declara que los pacientes en situación terminal o de agonía, si así lo desean, tienen derecho a que se les proporcionen en el domicilio que designen en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía los cuidados paliativos que precisen, siempre que no esté contraindicado –artículo 12.2–.

Son también frecuentes las disposiciones sobre el funeral, por ejemplo, la decisión sobre la incineración, la inhumación u otro destino del cuerpo después de la defunción⁶⁹. En general, la ordenación de los funerales es una manifestación de la libre determinación del individuo, y es posible contenido del testamento, pero en la práctica los usos funerarios y la voluntad de la familia se imponen.

No obstante, las voluntades más comunes son las instrucciones sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo una vez llegado el fallecimiento. Así, se puede plasmar la voluntad relativa a la donación de sus órganos o de alguno de ellos en concreto, con

⁶⁶ Ley de Cantabria 7/2002 (artículo 35). Así, la Ley 3/2005, de 23 de mayo, de la Comunidad de Madrid, prevé que en el documento de instrucciones previas, los pacientes pueden manifestar anticipadamente su voluntad de estar acompañados en la intimidad en los momentos cercanos al *exitus*, y a que los acompañantes reciban el trato apropiado a las circunstancias (artículo 6.5). Cabe también que el paciente desee evitar la intrusión de determinadas personas que puedan privarle de la paz interior.

⁶⁷ En Andalucía, esta posibilidad se contemplaba expresamente en el formulario contenido en el derogado Decreto 238/2004.

⁶⁸ En coherencia con este derecho, la Ley 2/2010, establece que los centros e instituciones sanitarias facilitarán, a petición de los pacientes, de las personas que sean sus representantes, o de sus familiares, el acceso de aquellas personas que les puedan proporcionar auxilio espiritual, conforme a sus convicciones y creencias, procurando, en todo caso, que las mismas no interfieran con las actuaciones del equipo sanitario –artículo 23.2–.

⁶⁹ Ley 1/2006, de 3 de marzo, de Baleares (artículo 2).

finalidad terapéutica, docente o de investigación, o bien en relación con autopsias clínicas, todo ello de acuerdo con lo establecido en la legislación en la materia. En relación con la donación de órganos, algunas leyes autonómicas establecen que «en la declaración de voluntad anticipada, la persona interesada podrá hacer constar la decisión respecto de la donación total o parcial de sus órganos para fines terapéuticos, docentes o de investigación. En este supuesto, no se requerirá ninguna autorización para la extracción o utilización de los órganos donados»⁷⁰.

A este respecto hay que tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, de Extracción y Trasplante de Órganos. Según el artículo 5 de esta Ley, la extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, «en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición». Las personas presumiblemente sanas que falleciesen en accidente o como consecuencia ulterior de éste se considerarán, asimismo, como donantes, «si no consta oposición expresa del fallecido»⁷¹. De este modo, todas las personas son potencialmente donantes mientras no hayan manifestado nuestra voluntad en contra.

El régimen aplicable a la oposición del interesado a que después de su muerte se realicen extracciones de órganos u otras piezas anatómicas del propio cuerpo es el previsto en Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, que regula las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos. Según esta norma, es preciso que la persona fallecida, de la que se pretende extraer órganos, no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de órganos. Dicha oposición, así como su conformidad si la desea expresar, puede referirse a todo tipo de órganos o solamente a alguno de ellos, y tiene que ser respetada cualquiera que sea la forma en la que se haya expresado –artículo 10–⁷².

Y, añade la disposición citada: «Siempre que se pretenda proceder a la extracción de órganos de donantes fallecidos en un centro autorizado, la persona a quien corresponda dar la conformidad para la extracción deberá realizar la comprobación pertinente acerca de la “información sobre si el interesado hizo patente su voluntad a alguno de sus familiares o de los profesionales que le han atendido en el centro sanitario, a través de las anotaciones que los mismos hayan podido realizar en el Libro de Registro de Declaraciones de Voluntad o en la historia clínica».

⁷⁰ Ley Foral Navarra 11/2002, de 6 de mayo (artículo 9.1); Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Comunidad Valenciana (artículo 17.1); y Ley 3/2005, de 8 de julio, de Extremadura (artículo 17.4).

⁷¹ A tales efectos debe constar la autorización del juez al que corresponda el conocimiento de la causa, el cual deberá concederla en aquellos casos en que la obtención de los órganos no obstaculizare la instrucción del sumario por aparecer debidamente justificadas las causas de la muerte.

⁷² Tratándose de menores de edad o personas incapacitadas, la oposición puede hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquéllos su representación legal, conforme a lo establecido en la legislación civil.

Sin embargo, a pesar de que según los términos de la legislación expuesta, los familiares del fallecido nada deciden por sí mismos en orden a la extracción, que se supone es autorizada por el donante si no consta su oposición, como ha señalado la doctrina civilista, en la práctica no se realiza ninguna extracción de órganos de personas fallecidas sin el consentimiento de sus familiares. De aquí la utilidad de incluir este tipo de manifestación en el documento de voluntades anticipadas, pues de este modo, y tal como declara expresamente alguna ley autonómica, no se requerirá autorización de ninguna clase para la extracción y la utilización de los órganos o piezas anatómicas donados⁷³. Por lo demás, en estos casos, deberá inscribirse la declaración en el Registro de donantes de órganos.

En cuanto al destino sobre el propio cuerpo, hay que tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 29/1980, de 21 de junio, Reguladora de las Autopsias Clínicas, según la cual «los pacientes fallecidos que, por sí mismos o a través de su cónyuge o de sus familiares en primer grado, no hubiesen manifestado su oposición al procedimiento, pueden, cumpliendo los demás requisitos establecidos en esta Ley, ser sometidos a un estudio autopsico, que garantizará a los familiares la no desfiguración manifiesta del cadáver y la no comercialización de las vísceras» –artículo 3.2–. De acuerdo con el artículo 5.2 del Real Decreto 2230/1982, de 18 de junio, que desarrolla la Ley 29/1980, de 21 de junio, se considerará que no existe dicha oposición cuando no conste en el libro de registro del hospital y tampoco se haya manifestado por el cónyuge o familiares en primer grado del difunto, dentro de las cuatro horas siguientes al momento en que se les entregue o, si no se encontrasen en el hospital, se ponga a su disposición la copia del certificado médico especial a que se refiere el artículo 6.1.

De este modo, el documento de voluntades anticipadas puede servir también para oponerse expresamente a la realización de una autopsia. Pero, como es lógico, esta voluntad también está sujeta a límites legales, como pueda ser la realización de autopsias en el marco de la investigación penal o por razones sanitarias, en los términos previstos en el Real Decreto 2230/1982.

Cabe, además, recodar que la Ley 14/2006, de 22 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, al regular la posibilidad de utilizar el material reproductor del marido después de su muerte, establece: que «tanto el marido como el varón no unido por vínculo matrimonial (parejas de hecho), podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de *instrucciones previas*, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los

⁷³ Ley 3/2005, de 23 de mayo, de la Comunidad de Madrid (artículo 6.3); Ley 1/2006, de 3 de marzo, de las Islas Baleares (artículo 2); Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre (artículo 54.1). S. Gallego Riestra, 2009, 171, critica los términos literales empleados en estas leyes autonómicas, pues ninguna norma exige tal autorización. Por su parte, M^a C. Quijada González, 2010, 542, señala que queda por ver el valor que se otorga a esta manifestación ante la negativa del representante, o de la familia, aun cuando no esté autorizada para decidir, y cómo se va a proceder en caso de silencio sobre este aspecto en el documento.

efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial» –artículo 9.2–⁷⁴. La exigencia de este consentimiento expreso tiene sentido pues de la convivencia en común no cabe presumir la voluntad de transmitir los genes después de muerto, cuando es evidente que no va a poder ocuparse del futuro hijo⁷⁵.

Finalmente, alguna Ley autonómica prevé expresamente la posible estipulación acerca de la incineración, la inhumación u otro destino del cuerpo después de la defunción⁷⁶. Este tipo de disposiciones sobre el destino del cadáver, como señala la doctrina civilista, son típicas de los documentos testamentarios, si bien en la práctica, a falta de testamento, suele ser la familia quien toma la decisión sobre el funeral y lugar de enterramiento, lo que en ocasiones origina también conflictos. También en este aspecto debe tenerse en cuenta las limitaciones derivadas de algunas normas de policía sanitaria mortuoria (Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, aprobado, por Decreto 95/2001, de 3 de abril). Así, hay ayuntamientos que prohíben esparcir cenizas en lugares públicos⁷⁷.

3. Requisitos formales o procedimiento de la declaración

Según el artículo 11.2 *in fine* de la Ley 41/2002, las instrucciones previas deberán constar siempre por escrito, pudiendo ser revocadas libremente y en cualquier momento dejando constancia de ello igualmente por escrito (artículo 11.4). En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

Según algunos autores, es criticable la decisión del legislador de que tanto la instrucción previa como la revocación consten por escrito, pues debería admitirse que la expresión de la voluntad, así como, en su caso, el cambio de opinión consten a través de otros medios tan o más seguros que el escrito (pensemos, por ejemplo, en una grabación de vídeo o de voz). En todo caso, la exigencia por escrito y ajustada a ciertas formalidades determina que carezcan de eficacia jurídica otras expresiones de la voluntad del individuo tales como documentos privados, carnés o tarjetas personales emitidas por ciertas asociaciones,

⁷⁴ De este modo se exceptúa la regla general según la cual no puede determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón, lo cierto es que en la norma se prevé una excepción para dar cabida a los supuestos referidos anteriormente. La Ley 14/2006, de 22 de mayo, añade que el consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido –artículo 9.2–.

⁷⁵ Vid. F. Abellán, 2008, 163, con cita de resoluciones judiciales anteriores a la Ley 14/2006.

⁷⁶ Ley 1/2006, de 3 de marzo, de las Islas Baleares –artículo 2.f)–.

⁷⁷ M^a Ángeles Parra, 2006, 95.

anotaciones en la historia clínica o social realizadas a petición del interesado, pero no suscritas por éste, o manifestaciones de familiares o allegados sobre los deseos que la persona hubiera podido confiarles anteriormente.

Por lo que respecta a la forma, ésta corresponde fijarla a las Comunidades Autónomas⁷⁸. No obstante, con carácter general, puede señalarse que en el documento de instrucciones previas deberá figurar el lugar y fecha en que se otorga, así como la identificación de su autor y su firma⁷⁹. Por su parte, las Comunidades Autónomas han previsto tres formas diversas:

- Documento público ante notario, en cuyo caso generalmente no será necesaria la presencia de testigos (Cataluña⁸⁰, Aragón⁸¹, Navarra⁸², Cantabria⁸³, Extremadura⁸⁴), si bien en alguna Comunidad Autónoma se exige esta presencia⁸⁵.
- Documento privado ante testigos. En buena parte de las Comunidades Autónomas (Aragón⁸⁶, Cataluña⁸⁷, Canarias⁸⁸, Cantabria⁸⁹, Comunidad de Madrid⁹⁰, Extremadura⁹¹,

⁷⁸ El Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida, en relación con, el derecho a otorgar instrucciones previas (artículo 9.2), se limitaba a prever que esta manifestación de voluntad podrá realizarse mediante documento público o en documento otorgado conforme a lo dispuesto en la normativa autonómica aplicable. *BOCG* de 17 de junio de 2011.

⁷⁹ Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja (artículo 6.1).

⁸⁰ Ley 21/2000, 29 diciembre, de Cataluña (artículo 8).

⁸¹ Ley 6/2002, de 15 de abril, de Aragón (artículo 15).

⁸² Primero Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo (artículo 9), y, en la actualidad, Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre (artículo 55.1).

⁸³ Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Cantabria (artículo 34).

⁸⁴ Ley 3/2005, de 8 de julio, de Extremadura (artículo 17).

⁸⁵ Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja (artículo 6.2).

⁸⁶ Ley 6/2002, de 15 de abril, de Aragón (artículo 15).

⁸⁷ Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de Cataluña (artículo 8).

⁸⁸ Decreto 13/2006 de Canarias: «Los testigos serán personas mayores de edad, con plena capacidad de obrar y no vinculadas con el otorgante por razón de matrimonio o relación análoga, parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o relación laboral, patrimonial o de servicios» (artículo 6.2).

⁸⁹ Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Cantabria (artículo 34).

⁹⁰ Ley 3/2005, de 23 de mayo, la cual exige el otorgamiento "ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no deberán tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por matrimonio o vínculo de análoga relación de afectividad en la forma establecida legalmente, relación laboral, patrimonial, de servicio u otro vínculo obligacional con el otorgante" (artículo 5).

⁹¹ Ley 3/2005, de 8 de julio, de Extremadura (artículo 17).

Navarra⁹², País Vasco⁹³, Región de Murcia⁹⁴, La Rioja⁹⁵) también se permite ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, respecto de los cuales dos como mínimo, se suele exigir que carezcan de relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante. Dada la conveniencia y exigencia de consignación de las instrucciones por escrito, debe entenderse que en el caso de formalización mediante la intervención de testigos debe existir también un documento escrito (a ser posible manuscrito por quien realiza las instrucciones) y firmado por éste y por los tres testigos. Se trata de una fórmula más flexible que las anteriores, y acorde al entorno clínico y a los momentos decisivos de la vida del paciente, sobre todo a la hora de saber cuál ha sido la última determinación del mismo a los efectos de tenerla como una revocación de anteriores otorgamientos⁹⁶. No obstante, no está exenta de problemas. Así, en los casos en los que la Ley no menciona nada, ¿pueden tener los testigos alguna relación personal o un interés patrimonial con el declarante, por ejemplo, por tratarse de herederos? ¿quién, cómo y cuándo aprecia la capacidad de los testigos intervinientes?, entre otros⁹⁷.

- Ante los funcionarios de la Consejería competente en materia de salud encargados del Registro (País Vasco⁹⁸, Castilla-La Mancha⁹⁹, Baleares¹⁰⁰, La Rioja¹⁰¹, Navarra¹⁰²), o

⁹² Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo (artículo 9) y, en la actualidad, Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre (artículo 54.1).

⁹³ Ley País Vasco 7/2002, de 12 de diciembre: «Los testigos serán personas mayores de edad, con plena capacidad de obrar y no vinculadas con el otorgante por matrimonio, unión libre o pareja de hecho, parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o relación patrimonial alguna» (artículo 3.3).

⁹⁴ Decreto 80/2005 de la Región de Murcia: "Ante tres testigos, que han de ser mayores de edad con plena capacidad de obrar quienes declaran, bajo su responsabilidad, que el otorgante es mayor de edad, actúa libremente y no les consta que esté incapacitado judicialmente, así como que, en su presencia, ha firmado el documento. Nada se dice de ausencia de vínculo ni patrimonial ni familiar" –artículo 2.c)–.

⁹⁵ Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja (artículo 6.2).

⁹⁶ J. L. Requero Ibáñez, 2002, 11; M. Pérez Roldán, 2007.

⁹⁷ Cabe también preguntarse ¿qué es "vinculación patrimonial"?, o ¿cómo se autentifica en el caso del otorgamiento ante testigos la veracidad de la firma del otorgante? Así, M^a C. Quijada González, 2010, 544, considera que el otorgamiento ante testigos no ofrece garantías bastantes de libertad de actuación por parte del otorgante, y recuerda que el testamento sucesorio sólo admite esta forma en casos graves expresamente contemplados por la ley.

⁹⁸ Ley 7/2002, de 12 de diciembre, del País Vasco (artículo 3).

⁹⁹ Ley 6/2005, de 7 de julio, de Castilla-La Mancha (artículo 5).

¹⁰⁰ Ley 1/2006, de 3 de marzo, de Illes Balears (artículo 3).

¹⁰¹ Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja (artículo 6.2).

¹⁰² Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre (artículo 54.1).

bien ante personal al servicio de la Administración designado por la Consejería competente en materia de sanidad (Castilla y León¹⁰³ y Comunidad de Madrid¹⁰⁴). En ocasiones, la imposición de la presencia de un empleado público ha supuesto un obstáculo¹⁰⁵.

En opinión de algunos autores, habría sido conveniente establecer una regulación estatal supletoria sobre la forma de otorgar las instrucciones previas para aquellas Comunidades Autónomas que carecen aún de dicha normativa, pues de esta forma sus ciudadanos se ven privados de facto de dicha posibilidad, al no estar fijado el procedimiento por el cual emitir su voluntad. En todo caso, la constancia de estos documentos en el Registro Nacional de Instrucciones Previas no puede ser requisito necesario para la validez de las mismas.

En la legislación específica de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Ley 5/2003, de 9 de octubre, no hizo alusión alguna al procedimiento a través del cual deben formalizarse la declaración de voluntades anticipadas, pues únicamente se requiere que conste por escrito, con la identificación del autor, su firma, así como fecha y lugar del otorgamiento, y que se inscriba en el Registro previsto en la Ley –artículo 5.1–. Si no supiere o no pudiere firmar, firmará por él un testigo a su ruego, debiendo constar la identificación del mismo, expresándose el motivo que impide la firma por el autor. Con todo, nada impide utilizar alguna de las formalidades antes señaladas.

Ahora bien, esta omisión a las formas por testigos y/o fedatarios antes indicadas no puede estimarse un olvido, sino que fue intencionada, como se desprende de la exposición de motivos de la Ley 5/2003, se expresa lo siguiente: «Esta norma prevé, como requisito de validez de la declaración, el que sea emitida por escrito, con plena identificación de su autor y que sea inscrita en el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía, que se crea a tal efecto. Con esta fórmula se han perseguido dos finalidades, en primer lugar, evitar el tener que recurrir a terceros, como son testigos o fedatarios públicos, para un acto que se sitúa en la esfera de la autonomía personal y la intimidad de las personas, y en segundo lugar, poder garantizar la efectividad de esta declaración, haciéndola accesible para los responsables de su atención sanitaria que, de otra manera y por desconocimiento sobre su existencia, podrían prescindir de ella».

Además, añade la Ley 5/2003 –artículo 5.2– que en el supuesto de que la declaración contenga la designación de un representante, se requiere que el representante esté plenamente identificado y que, además, haya expresado su aceptación a serlo. En todo caso, esta persona deberá ser mayor de edad y tener plena capacidad.

¹⁰³ Ley 8/2003, de 8 de abril, Castilla y León (artículo 30).

¹⁰⁴ Ley 3/2005, de 23 de mayo, Comunidad de Madrid (artículo 5).

¹⁰⁵ El País, Sociedad, 13-8-2009.

Y Ley 5/2003 precisa –artículo 6– que por personal funcionario público habilitado al efecto por la Consejería competente en materia de salud, se procederá a la constatación de la personalidad y capacidad de la persona autora de la declaración, así como a la verificación de los requisitos formales determinantes de la validez de la citada declaración establecidos en los artículos 4 y 5¹⁰⁶. La exigencia de la condición de funcionario del personal al servicio de la Administración autonómica se estima acorde con otros ámbitos del ordenamiento (piénsese a efectos del valor probatorio de sus actuaciones, según el artículo 134 LRJPAC). Ahora bien, dado el carácter aparentemente constitutivo de la inscripción en el Registro en el ordenamiento andaluz, a diferencia de otros registros autonómicos, puede estimarse que a la postre el legislador andaluz ha optado, en la práctica, por la tercera de las opciones antes indicadas.

De otro lado, una cosa es constatar la «personalidad», para lo cual es competente cualquier fedatario público, y otra muy distinta es constatar la «capacidad», pues se desconoce la competencia de un funcionario público adscrito a un registro administrativo para valorar una cuestión de tanta trascendencia como la capacidad de una persona. En nuestro derecho la capacidad de las personas se presume mientras no se demuestre lo contrario. Incluso, desde un punto de vista estrictamente legal, sólo es incapaz quien ha sido declarado como tal mediante resolución judicial y en virtud de alguna de las causas establecidas en la Ley¹⁰⁷.

En todo caso, parece evidente que las funciones de verificación del Registro se limitan a aspectos formales, ya que, en principio, la valoración del contenido de los Documentos de Voluntades Anticipadas se encomienda al personal sanitario responsable de la intervención. Por tanto, en relación con la capacidad para otorgar la declaración –artículo 4–, bastará comprobar la mayoría de edad o, en caso de menor, la emancipación. Y de tratarse de persona incapacitada judicialmente, deberá comprobar los términos de la resolución judicial, bastando que este negocio jurídico no haya sido excluido. Igualmente, en el caso de designación de representante, deberá comprobar que se trate de persona mayor de edad.

Finalmente, debe significarse que la disposición adicional segunda del Decreto 59/2013, ha previsto la inscripción de la declaración de voluntad vital anticipada otorgada ante fedatario público en los términos siguientes: «La declaración de voluntad vital anticipada otorgada ante fedatario público, que reúna los requisitos establecidos en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley 5/2003, de 9 de octubre, podrá ser inscrita en el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía. Al objeto de facilitar la inscripción, la Consejería competente en materia de salud y el Ilustre Colegio Notarial de Andalucía podrán establecer, mediante

¹⁰⁶ Originariamente la Ley 5/2003, se refería a «funcionarios dependientes de la Consejería de Salud responsables del Registro», pero este apartado fue modificado por la Ley 2/2010.

¹⁰⁷ Véase también, F. Abellán-García Sánchez, 2008, 122.

Convenio, un procedimiento específico de remisión de las declaraciones de voluntad vital anticipada al Registro». Aun cuando esta posibilidad –como se ha dicho– no estaba prevista en la Ley 5/2003, tampoco puede estimarse excluida por la misma, por lo que no existe inconveniente para admitir su introducción por Decreto. En cuanto al procedimiento, en general el Notario ha de comunicar la existencia de la declaración al encargado del Registro y ha de remitirle copia compulsada para su inscripción.

IV. SUJETOS DE LA DECLARACIÓN

1. El declarante: capacidad para otorgar la declaración

De acuerdo con la Ley 41/2002 –artículo 11.1–, «el documento de instrucciones previas debe emitirlo una «persona *mayor de edad*, capaz y libre». Esta misma exigencia, y en iguales términos, se recoge en la legislación de la mayoría de las Comunidades Autónomas que han regulado la materia¹⁰⁸. No obstante, existen algunas excepciones. Así, en Navarra, la Ley reconoce capacidad a los menores emancipados¹⁰⁹. Y en la Comunidad Valenciana, la Ley permite realizar voluntades anticipadas también al menor emancipado¹¹⁰. Y este es justamente el caso de la Ley 5/2003 –artículo 4.1–, la cual establece que la declaración de voluntad vital anticipada podrá ser emitida por un mayor de edad «o un menor emancipado»¹¹¹.

Lo cierto es que el documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas guarda una estrecha relación con el consentimiento informado y, sin embargo, en este caso no se exige la mayoría de edad del sujeto que lo va a prestar sino que es suficiente que el paciente menor esté emancipado o haya alcanzado la edad de dieciséis años, según los casos. Según el artículo 9.3 Ley 41/2002, si el menor estuviera emancipado, o en todo caso a partir de

¹⁰⁸ Artículo 8.1 de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de Cataluña; artículo 11.5.a) de la Ley 10/2001, de 28 de junio, de Extremadura; artículo 28 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid; artículo 15.1 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Aragón; artículo 5 de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, de Galicia; artículo 4 de la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja.

¹⁰⁹ Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo (artículo 9) y, en la actualidad, Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre (artículo 54.1). También admite al menor emancipado la Ley 6/2002, de Salud de Aragón (artículo 15.1).

¹¹⁰ Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Comunidad Valenciana (artículo 17). En este sentido, el Decreto de la Comunidad Valenciana 168/2004, de 10 de septiembre, también permite a los menores emancipados otorgar instrucciones previas (artículo 1).

¹¹¹ La exposición de motivos de la Ley 5/2003, declara: «Es importante resaltar que, para el ejercicio del derecho a formalizar una declaración de voluntad vital anticipada en Andalucía, esta Ley posibilita su ejercicio a todo individuo mayor de edad y a todo aquel que goce de facultades intelectivas y volitivas apropiadas, como es el caso de los menores emancipados o aquellos incapacitados judicialmente, siempre que en la resolución judicial no se disponga expresamente lo contrario respecto a estas facultades».

que tenga 16 años, será él quien decida, de modo que los padres sólo serán informados y su opinión únicamente será tenida en cuenta. Igualmente, la Ley 2/2010 declara que las personas menores emancipadas o con dieciséis años cumplidos prestarán por sí mismas el consentimiento, si bien sus padres o representantes legales serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión final –artículo 11.3–¹¹².

Por ello, un sector de la doctrina considera que no existe razón de peso que sustente suficientemente que el menor con capacidad natural pueda rechazar un tratamiento de forma coetánea al momento en el que se le quiere practicar –consentimiento informado– y sin embargo no lo pueda expresar en un documento de voluntades anticipadas, que supondría la misma opinión pero para un momento diferido en el tiempo y en el que no pudiera expresarse personalmente¹¹³. En todo caso, surge la cuestión de si las Leyes autonómicas, incluida la andaluza, que se separan de los términos de la Ley 41/2002, incumplen o no la norma básica estatal, así como se suscitan dudas sobre la eficacia de tales declaraciones de voluntad fuera del ámbito territorial de dichas Comunidades¹¹⁴.

De otro lado, la Ley 41/2002 –artículo 11.1– declara que «el documento de instrucciones previas debe emitirlo una «persona mayor de edad, capaz y libre»¹¹⁵. Interpretado de forma estricta este requisito parecería descartar la posibilidad de que las personas inca-

¹¹² Esta restricción contrastaría también con la afirmación habitual en la doctrina civilista según la cual las limitaciones que el artículo 323 Código civil se limitan a la esfera patrimonial, mientras que en lo personal su capacidad es plena. De otra opinión, M^a Ángeles Parra (2006, 84) considera que la proximidad de estas instrucciones a la disposición sobre la propia vida puede aconsejar que se exija un plus de capacidad para expresar una voluntad que necesariamente, hay que convenir, no tiene por qué formarse de igual manera «a priori», antes de que la persona se encuentre en situación de riesgo vital.

¹¹³ Así, S. Gallego Riestra, 2009, 165. En este sentido, P. Bravo Sánchez, “Las instrucciones previas en el ámbito Sanitario o testamento vital”, Jornada sobre El Derecho del Mayor, días 13-14 de diciembre 2005, Universidad Rey Juan Carlos; quien señala también que el requisito de la mayoría de edad que establece la ley básica no tiene en cuenta el estado actual sobre la capacidad de los menores (artículo 162 Código Civil, Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, y artículo 6 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos).

¹¹⁴ Según M^a C. Quijada González, 2010, 547, el artículo 11 Ley 41/2002 no permite otorgar instrucciones previas a los menores de edad. «Pero se imponen de momento las legislaciones autonómicas que autorizan al mayor de dieciséis años a otorgarlo equiparándolo al mayor de edad. Con esta postura, el derecho a la salud del menor queda desprotegido y el derecho de tutela de los padres es asumido por las Administraciones públicas comunitarias, no así la responsabilidad por las consecuencias que comporta aceptar la voluntad de quien no tienen capacidad jurídica para responder por sus actos y al que la Ley básica no reconoce el ejercicio de este derecho». Por su parte, S. Gallego Riestra, 2009, 167, entiende que es difícil admitir la constitucionalidad de una ley autonómica que contraviene lo dispuesto en la Ley básica en un elemento esencial como es el de la edad del otorgante.

¹¹⁵ La legislación autonómica emplea expresiones diversas: “capacidad suficiente” (Islas Baleares, Cataluña, Galicia), “plena capacidad de obrar” (Cantabria), simplemente ser “capaces” (Castilla León), “tener capacidad” (Comunidad de Madrid), “capacidad legal suficiente” (Aragón, Extremadura, Valencia). Alguna ley autonómica excluye expresamente a todo incapacitado judicialmente (La Rioja), mientras otras sólo a los incapacitados judicialmente para emitir tal declaración (Castilla-La Mancha, País Vasco), que es el criterio seguido en Andalucía.

pacitadas pudiesen emitir la declaración de voluntad anticipada. No obstante, poniendo en conexión estos preceptos con los que rigen el consentimiento informado en los casos de personas incapaces, la doctrina llega a la conclusión de que es “capaz” para otorgar voluntades anticipadas quien sea “capaz” (es la expresión del artículo 11.1 de la Ley estatal) para entender el alcance de su otorgamiento (capacidad natural, de hecho). Y, en tal sentido, alguna ley autonómica permite expresamente que los incapacitados judicialmente puedan suscribir estos documentos con ciertas condiciones¹¹⁶.

Por su parte, siguiendo el criterio de la Ley 6/2002, de Salud de Aragón, la Ley 5/2003 –artículo 4.2– establece que los incapacitados judicialmente «podrán emitir declaración de voluntad vital anticipada, salvo que otra cosa determine la resolución judicial de incapacitación. No obstante, si el personal facultativo responsable de su asistencia sanitaria cuestionara su capacidad para otorgarla, pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, inste ante la autoridad judicial un nuevo proceso, que tenga por objeto modificar el alcance de la incapacitación ya establecida». Este criterio puede estimarse acorde con lo establecido en el Código Civil –artículo 210–, según el cual habrá que estar al contenido de la sentencia, que determinará «la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de tutela o guarda al que haya de quedar sometido el incapacitado»¹¹⁷.

Finalmente, las leyes estatal y autonómicas no se ocupan de la traslación al ámbito de las declaraciones anticipadas de una cuestión fundamental en materia de consentimiento informado, como es justamente garantizar que el paciente dispone de la información necesaria para prestar su consentimiento, lo que trasladado a este ámbito supone disponer de información sobre tratamientos y posibilidades de curación y riesgos, cuya ausencia puede implicar que la declaración de voluntad está viciada de error¹¹⁸.

A este respecto, debe subrayarse que, conforme a la Ley 2/2010, las personas que se encuentren en el proceso de muerte o que afronten decisiones relacionadas con dicho pro-

¹¹⁶ La Ley 6/2002, de Salud de Aragón, declara: «podrán emitir declaración de voluntades anticipadas los incapacitados judicialmente, salvo que otra cosa determine la resolución judicial de incapacitación. No obstante, si el personal facultativo responsable de su asistencia sanitaria cuestionara su capacidad para otorgarla, pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, inste ante la autoridad judicial un nuevo proceso que tenga por objeto modificar el alcance de la incapacitación ya establecida» (artículo 15.3).

¹¹⁷ Así, el artículo 665 del Código Civil permite testar al incapacitado judicialmente si la sentencia no contiene pronunciamiento acerca de su capacidad para testar aunque se precisa el reconocimiento de dos facultativos. Este es, asimismo, el criterio seguido en la Ley 2/2010: «En el caso de pacientes incapacitados judicialmente se estará a lo dispuesto en la sentencia judicial de incapacitación, salvo que en ella no exista prohibición o limitación expresa sobre la recepción de información o la prestación del consentimiento informado, situación en la cual el médico o la médica responsable valorará la capacidad de hecho de los mismos» –artículo 10.2–.

¹¹⁸ Como recuerda Requero Ibañez, 2002, un error de conocimiento invalida un contrato (artículo 1266.1 Código Civil); y aquí podría decirse que un consentimiento anticipado sin que conste una necesaria información, podría ser inválido por basarse en un conocimiento erróneo.

ceso tienen derecho a recibir información en los términos que establece la Ley 41/2002 –artículo 6.1–, y, más específicamente, todos los profesionales sanitarios están obligados a proporcionar, a las personas que se la soliciten, información acerca del derecho a formular la declaración de voluntad vital anticipada –artículo 19.1–.

2. El representante

Según la Ley 41/2002 –artículo 11.1–: «El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas»¹¹⁹.

La figura del representante permite evitar los habituales conflictos derivados de la falta de acuerdo entre los familiares que tanto distorsionan el proceso de toma de decisiones sobre el destino de aquellos pacientes que carecen de capacidad para expresarse personalmente. Básicamente sus funciones pueden sintetizarse en las tres siguientes: interlocutor con los profesionales sanitarios y demás personas implicadas en la relación asistencial, intérprete cualificado de la voluntad del otorgante, y garante del respeto de la voluntad manifestada por el otorgante en el documento¹²⁰. El representante, como la persona de confianza del otorgante del documento y que conoce su jerarquía de valores y sus opciones de vida, será quien mejor conozca y exprese la voluntad del otorgante cuando no esté en condiciones de hacerla saber. Así, podrá ayudar al médico a suplir las carencias del documento al tiempo de hacerlo efectivo¹²¹.

Ahora bien, se discute si la función de interlocutor permite al representante expresar una voluntad no manifestada en el documento por el paciente, o si por el contrario debe limitarse a aclarar esa voluntad dependiendo de las diversas circunstancias en las que pueda encontrarse aquél. En general la doctrina se inclina por esta segunda opción, es decir, deben existir siempre instrucciones previas que, en su caso, podrá acomodar a esas circunstancias el representante dentro de los márgenes establecidos por el propio paciente.

¹¹⁹ De modo más contundente, la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre (artículo 54.1), declara que el representante «será la única interlocutora válida y necesaria con el médico o el equipo sanitario».

¹²⁰ J. A. Seoane, 2006, 289.

¹²¹ Según datos aportados por F. J. García León y C. Méndez Martínez (2008, 181), el 69% de las declaraciones realizadas ante el registro andaluz contienen la designación de un representante. La figura del representante surgió en los EE.UU. para dar respuesta al problema de la inicial falta de determinación de la persona responsable de interpretar los deseos del paciente, lo que llevó a la creación de los "poderes" específicos para las decisiones sanitarias de sustitución (*Durable Power of Attorney for Health Care* o *Health Care Powers of Attorney*), y, finalmente, a la generalización de documentos mixtos (la denominada "*advance directive*"), que incluyen ambos contenidos, y que serían el equivalente a los documentos previstos en la legislación española.

Lo que no cabría, en líneas generales, es designar un representante para que decida en lugar de aquél¹²².

Sin embargo, esta posibilidad de sustituir al declarante ha sido prevista expresamente en algunas leyes autonómicas¹²³. Y es justamente el caso de Andalucía, pues la Ley 5/2003, al referir el contenido de la declaración, y siguiendo el criterio de la Ley 6/2002, de Aragón, declara: «La designación de un representante, plenamente identificado, *que será quien le sustituya en el otorgamiento del consentimiento informado*, en los casos en que éste proceda». En estas circunstancias habría sido de interés recoger también el precepto de la Ley autonómica citada según el cual que el representante siempre actuará buscando el mayor beneficio y el respeto a la dignidad personal y a los valores vitales de su representado¹²⁴. Precepto que ha sido finalmente incorporado por la Ley 2/2010: «Cuando en la declaración de voluntad vital anticipada se designe a una persona representante, esta actuará siempre buscando el mayor beneficio y el respeto a la dignidad de la persona a la que represente» –artículo 9.4–¹²⁵.

¹²² La doctrina que ha estudiado esta posibilidad parece mostrar acuerdo a la hora de excluir que este “representante” pueda sustituir una voluntad no expresada por el paciente (Requero, Domínguez Luemo, Barral Viñals). De otra opinión, M^a Ángeles Parra (2006, 83) considera que debe respetarse la voluntad de quien designa a otra persona en quien confía para que, precisamente, llegado el caso de que él no pueda expresar su voluntad, decida lo que le parezca más conveniente y le sustituya, tomando decisiones en lugar del otorgante, por la que la autora no ve inconveniente en que sea la designación del representante sea el único contenido del documento. Como veremos más adelante, se ha llegado a una solución intermedia a partir de la definición por parte del otorgante de sus valores y opciones vitales.

¹²³ La Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Comunidad Valenciana declara: “En este documento, la persona otorgante podrá también designar a un representante que será el interlocutor válido y necesario con el médico o el equipo sanitario para que, caso de no poder expresar por sí misma su voluntad, *la sustituya*” (artículo 17). Y la Ley 21/2000, de Cataluña, prevé que la persona puede también designar un representante para que le sustituya en el caso de que no pueda expresar su voluntad por sí misma. Más claramente, la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Aragón dispone: “La designación de un representante, plenamente identificado, *que será quien le sustituya en el otorgamiento del consentimiento informado*, en los casos en que éste proceda” (artículo 15.1.b). Igualmente, la Ley de La Rioja 9/2005, de 30 de septiembre, prevé la posibilidad de que el representante no conozca la voluntad del otorgante –artículo 5.1–.

¹²⁴ Ley 6/2002, de 15 de abril, de Aragón. De modo similar, la Ley de La Rioja 9/2005, de 30 de septiembre, dispone que de no conocer la que hubiera sido su voluntad, la actuación del representante estará orientada a hacer valer todo cuanto contribuya a los mejores intereses del otorgante –artículo 5.1–. Por parte, el Decreto 80/2005, de 8 de julio, de Murcia establece que el representante ha de interpretar los valores y directrices que consten en el documento de instrucciones previas, de forma adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del otorgante y con respeto a su dignidad como persona –artículo 3.2–.

¹²⁵ En este sentido, el Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida, contemplaba el siguiente precepto: «El representante velará para que, en las situaciones clínicas contempladas en la declaración, se cumplan las instrucciones que haya dejado establecidas la persona a la que represente y actuará siempre buscando el mayor beneficio y respeto a la dignidad de la misma» (artículo 9.3). BOCG de 17 de junio de 2011.

Asimismo, aunque la Ley 5/2003 emplea términos imperativos («*que será quien le sustituya*»), entendemos que la persona interesada podrá determinar las funciones de la persona representante, quien deberá atenerse a las mismas. Y así ha sido reconocido expresamente por la Ley 2/2010, al declarar que la persona interesada podrá determinar las funciones de la persona representante, quien deberá atenerse a las mismas –artículo 9.6–.

De este modo, podrán diferenciarse dos situaciones principales posibles, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 2/2010 que sigue el criterio de la Ley autonómica antes citada¹²⁶:

- En el caso de que la persona a la que represente haya dejado establecidas instrucciones, el representante velará para que, en las situaciones clínicas contempladas en la declaración, se cumplan dichas instrucciones –artículo 9.4 Ley 2/2010–.
- Para la toma de decisiones en las situaciones clínicas no contempladas explícitamente en la declaración de voluntades anticipadas, a fin de presumir la voluntad que tendría el paciente si estuviera en ese momento en situación de capacidad, la persona representante tendrá en cuenta los valores u opciones vitales recogidos en la citada declaración –artículo 9.5 Ley 2/2010–¹²⁷. De este modo, el representante no actúa, en ningún caso, de forma absolutamente libre, sino vinculado a los valores y opciones vitales expresados por el otorgante.

Nada dice la Ley 41/2002 sobre quién puede ser designado representante, de modo que puede designar a una persona vinculada al otorgante del documento por vínculos familiares, o sin ningún parentesco con el mismo, naturalmente siempre que sea mayor de edad y que no haya sido incapacitada legalmente para ello, tal como prevén expresamente algunas normas autonómicas¹²⁸. Algún autor (C. López Sánchez) plantea si puede ser nombrado un menor emancipado, argumentando por analogía con el mandato. No obstante,

¹²⁶ Ley 6/2002, de 15 de abril, de Aragón –artículo 9.3 y 4–.

¹²⁷ En este sentido, el Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida, contemplaba un precepto idéntico (artículo 9.3): «Para la toma de decisiones en las situaciones clínicas no contempladas explícitamente en las instrucciones previas, a fin de presumir la voluntad que tendría la persona si estuviera en ese momento en situación de capacidad, quien la represente tendrá en cuenta los valores u opciones vitales recogidos en dichas instrucciones».

¹²⁸ El Decreto 80/2005, de la Región de Murcia: “Puede ser designado representante cualquier persona mayor de edad, que no haya sido incapacitada legalmente para ello” (artículo 4). Por su parte, el Decreto 16/2003 de Canarias dispone: “El representante a que se refiere la presente norma deberá estar perfectamente identificado, ser mayor de edad y ostentar plena capacidad de obrar”. Y la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de las Islas Baleares declara: «el representante o los representantes designados deberán ser mayores de edad y con plena capacidad de obrar» (artículo 3.3). En la práctica, es frecuente la designación como representante de un amigo que conoce bien al declarante, descargando así al cónyuge de tomar este tipo de decisiones.

entendemos que esta analogía está forzada en exceso, dado el carácter personalísimo de este nombramiento¹²⁹.

En todo caso en Andalucía, ya la Ley 5/2003 dispuso que el representante deberá ser mayor de edad y tener plena capacidad –artículo 5.2–. Y, en este sentido, la Ley 2/2010, define al representante como la persona «mayor de edad y capaz que emite el consentimiento por representación de otra, habiendo sido designada para tal función mediante una declaración de voluntad vital anticipada o, de no existir esta, siguiendo las disposiciones legales vigentes en la materia» –artículo 5.k)–.

De otro lado, algunas normas autonómicas establecen algunas limitaciones muy razonables, en el sentido de que no puede designarse como representante a las siguientes personas: a) el notario o los testigos ante los que se formalizó, por uno u otro procedimiento, el documento de instrucciones previas; b) el responsable del Registro de Instrucciones Previas; c) personal de las compañías que financien la atención sanitaria de la persona otorgante; d) personal sanitario que debe aplicar las instrucciones previas¹³⁰. No es el caso de la legislación andaluza, si bien habría sido interesante incorporar estas limitaciones.

Aunque la Ley 41/2002 no lo explicita, cabe también nombrar dos o más representantes, a actuar de forma sucesiva o conjunta, lo cual puede plantear problemas de discrepancias. Por ello alguna Ley autonómica prevé una regla específica: «En el caso de designar varios representantes, se deberá indicar si éstos actuarán de forma sucesiva o simultánea; y en este último caso, si lo harán mancomunada o solidariamente»¹³¹. La Ley andaluza no contempla expresamente esta posibilidad, aunque el Decreto 59/2012, sí prevé la posibilidad de designar un representante y una persona sustituta del representante, que debe entenderse que ejercerá las funciones de este en caso de fallecimiento o incapacidad del representante designado¹³². Con todo, no debería existir inconveniente en admitir la designación de varios representantes no sólo sucesivos, sino también solidarios o mancomunados, si bien el documento habrá de precisar el criterio de actuación para tales casos¹³³.

¹²⁹ El Decreto 259/2007, de Galicia, admite que la persona representante podrá ser un menor de edad, no obstante, la eficacia de esta designación quedará condicionada a que una vez llegada la situación en la que deban ser aplicadas las instrucciones previas, la persona representante designada sea mayor de edad y ostente plena capacidad de obrar –artículo 4.3–.

¹³⁰ Ley del País Vasco 7/2002, de 12 de diciembre (artículo 3.a); Decreto 168/2004, de 10 de septiembre, de la Comunidad Valenciana (artículo 2.2); Decreto 30/2007, de 22 de marzo, de Castilla y León (artículo 6.2); Ley de La Rioja 9/2005, de 30 de septiembre (artículo 5.1.d).

¹³¹ Ley de La Rioja 9/2005, de 30 de septiembre (artículo 5.1).

¹³² Decreto 259/2007, de Galicia (artículo 4.3).

¹³³ No obstante, no parece conveniente incluir modos de actuación complicados (varios, pues es preciso tener en cuenta que las instrucciones habrán de ser consultadas en momentos muchas veces críticos y van dirigidas al equipo sanitario por lo que la sencillez y claridad serán imprescindibles (M^a Ángeles Ceballos Hernán).

De otro lado, alguna normativa autonómica requiere la aceptación expresa del representante¹³⁴. En ausencia de una disposición de este tipo, se puede entender producida la aceptación de forma tácita, por ejemplo, mediante la simple comparecencia en el centro hospitalario ejerciendo el contenido del nombramiento (M^a Ángeles Parra). No obstante, conviene quede constancia en la documentación de la aceptación del representante¹³⁵. En todo caso, en Andalucía, el Decreto 59/2012, requiere para la inscripción en el Registro de la declaración la suscripción del representante de un documento de aceptación –artículo 8.4–.

En cuanto a la extinción de la representación, la Ley 5/2003 –artículo 8.3– prevé la revocación expresa ante el Registro de su aceptación por parte de representante designado¹³⁶. En tal caso, el Registro comunicará al interesado que ha quedado sin efecto la designación inicial para que conozca esta circunstancia y pueda designar nuevo representante, si lo desea¹³⁷.

Pero, además, algunas normas autonómicas contemplan supuestos de revocación legal. Así, alguna ley autonómica dispone que el «nombramiento de representante que haya recaído en favor del cónyuge o pareja de hecho de la persona otorgante se extingue a partir, bien de la interposición de la demanda de nulidad, separación matrimonial o divorcio, bien de la extinción formalizada de la pareja de hecho o unión libre. Para el mantenimiento de la designación será necesario, en caso de nulidad, separación matrimonial o divorcio, que conste expresamente en la resolución judicial dictada al efecto. En el supuesto de extinción formalizada de la pareja de hecho o unión libre, será necesaria la manifestación expresa en un nuevo documento»¹³⁸. Se trataría de llevar a efecto en este ámbito de la previsión genérica ordenada en el Código Civil –artículo 102–, según la cual admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiere otorgado al otro.

3. Destinatarios de la declaración

Algunas normas autonómicas tratan esta cuestión, determinando que por destinatario de la declaración de voluntad vital anticipada debe entenderse todo aquel personal facultativo responsable de un tratamiento o intervención de un paciente que se encuentre en una de

¹³⁴ Ley de La Rioja 9/2005, de 30 de septiembre (artículo 6).

¹³⁵ Decreto 13/2006, de Canarias (artículo 4.1.d).

¹³⁶ En este sentido, la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja, prevé que los representantes podrán renunciar a su nombramiento en cualquier momento –artículo 9–.

¹³⁷ En idéntico sentido, Decreto 13/2006, de Canarias (artículo 5.2).

¹³⁸ Ley Vasca 7/2002, de 12 de diciembre. De modo similar, la Ley Balear 1/2006, de 3 de marzo, ordena la revocación automática con la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio, o por el cese de la convivencia, a no ser que el declarante manifieste expresamente que la representación continua –artículo 5–.

las situaciones sanitarias previstas para su aplicación¹³⁹. En Andalucía, la Ley 5/2003 no contiene un precepto de este tipo. No obstante, lo cierto es que este tipo de preceptos son incompletos, pues el destinatario dependerá del contenido de la declaración de voluntad anticipada. Así, las voluntades relacionadas con cuestiones como la forma en que deberá realizarse el sepelio, detalles de la ceremonia, o el destino del cuerpo, están dirigidas al representante. No obstante, en general, es cierto que el destinatario principal de la declaración de voluntad no puede ser otro que el médico o centro sanitario responsable de la asistencia sanitaria.

A este respecto, la Ley 41/2002 –artículo 11– establece que el personal sanitario responsable de su asistencia sanitaria «deberá respetar» las opciones e instrucciones sobre cuidados y el tratamiento de su salud. Por su parte, la legislación autonómica contiene preceptos diversos orientados a establecer esta obligatoriedad¹⁴⁰.

En el ordenamiento andaluz, la Ley 5/2003 –artículo 7– establece que la declaración de voluntad vital anticipada, una vez inscrita en el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía, será eficaz, de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico, cuando sobrevengan las situaciones previstas en ella y en tanto se mantengan las mismas. Dicha declaración prevalecerá sobre la opinión y las indicaciones que puedan ser realizadas por los familiares, allegados o, en su caso, el representante designado por el autor de la declaración y por los profesionales que participen en su atención sanitaria. Así, la exposición de motivos de la Ley 5/2003, declara que la Ley reconoce este derecho «como prevalente ante cualquier otro criterio, siempre en el marco del vigente Ordenamiento Jurídico»¹⁴¹.

En tal sentido, la Ley 5/2003 (disposición adicional única), introdujo una modificación en la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía –artículo 6.1.ñ–, en virtud de la

¹³⁹ La Ley 3/2005, de 23 de mayo, de la Comunidad de Madrid (artículo 8.1), dispone que corresponde al médico encargado directamente de prestar la asistencia al paciente cumplir las instrucciones previas, sin perjuicio de la posible intervención de otros profesionales que participen en las actuaciones asistenciales, así como de las recomendaciones de los Comités de Ética Asistencial o del Comité Asesor de Bioética de la Comunidad. Por su parte, la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de Illes Balears declara: «Son destinatarios de las voluntades anticipadas los hospitales, las clínicas, los centros de salud, los dispensarios, los médicos u otras personas u organismos a los que corresponda cumplir la voluntad anticipada que se manifiesta» (artículo 4). Más terminante, la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre (artículo 54.2), dispone que el documento de voluntades anticipadas deberá ser respetado por los servicios sanitarios y por cuantas personas tengan alguna relación con el autor del mismo, «como si se tratara de un testamento».

¹⁴⁰ Así, por ejemplo, la Ley 6/2005, de 7 de julio, de Castilla-La Mancha, establece que las voluntades anticipadas, formalizadas en un documento conforme a lo dispuesto en esta Ley, obligarán al médico, al equipo sanitario o a cuantas personas deban ejecutarlo dispuesto en las mismas. Y añade: «Las voluntades anticipadas prevalecerán sobre la opinión y las indicaciones que puedan ser realizadas por los familiares, allegados o, en su caso, el representante designado por el autor de la declaración y por los profesionales que participen en su atención sanitaria» (artículo 8.2).

¹⁴¹ De modo similar, el Decreto 13/2006 de Canarias declara: «La manifestación anticipada de voluntad eficaz prevalecerá sobre la opinión e indicaciones de terceras personas» (artículo 7).

cual se declara el derecho a que «se respete su libre decisión sobre la atención sanitaria que se le dispense». Asimismo, será preciso el previo consentimiento escrito del paciente, libremente revocable, para la realización de cualquier intervención sanitaria, excepto, entre otros supuestos:

- «2. Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en la declaración de voluntad vital anticipada.
3. Cuando no estando capacitado para tomar decisiones y no haya emitido declaración de voluntad vital anticipada, el derecho corresponderá a sus familiares, representantes legales o personas allegadas, y en el caso de no existir éstos, o no ser localizados, corresponderá a la autoridad judicial.
4. Cuando exista peligro inminente de lesión grave irreversible o de fallecimiento que exija una actuación urgente, salvo que la declaración de voluntad vital anticipada disponga otra cosa».

De este modo, se refuerza la regla según la cual la declaración de voluntad vital anticipada prevalece sobre el criterio de los familiares, representantes legales o personas allegadas. No obstante, aun tratándose del deber principal, no es el único, por lo que habría sido oportuno que la Ley explicitara los deberes que los profesionales sanitarios, especialmente el médico responsable del paciente, tienen las siguientes obligaciones en materia de expresión anticipada de voluntades. Siguiendo parcialmente el criterio explicitado en alguna ley autonómica¹⁴², podrían señalarse los siguientes:

- 1) Aceptar el documento que recoja la expresión anticipada de voluntades y entregarlo al departamento competente del centro sanitario para su remisión al registro de voluntades anticipadas competente por razón del territorio, salvo que ya lo hubiera registrado antes el propio paciente¹⁴³.
- 2) Incorporar el documento a la historia clínica del paciente, pues de este modo todos los profesionales que intervengan en el proceso del paciente puedan conocer su existencia.
- 3) Si el documento no consta en la historia clínica, verificar su existencia en el registro de la Comunidad Autónoma y en el Registro Nacional de Instrucciones Previas. En este sentido, en su versión original, la Ley 5/2003 dispuso lo siguiente: «Cuando se preste atención sanitaria a una persona, que se encuentre en una situación que le impida to-

¹⁴² La Ley 3/2005, de 8 de julio, de Extremadura (artículo 20.1). Véase también, F. Abellán-García Sánchez, 2008, 117.

¹⁴³ Así, por ejemplo, el Decreto 311/2007 de Extremadura, establece que los profesionales sanitarios, especialmente el médico responsable del paciente, tienen entre las obligaciones atribuidas por la Ley 3/2005, de 8 de julio, la de aceptar los documentos que recojan la expresión anticipada de voluntades, entregarlos al departamento competente del centro sanitario para su remisión al Registro de Expresión Anticipada de Voluntades e incorporarlos a la historia clínica del paciente –artículo 7.4–.

mar decisiones por sí misma, en los términos previstos en el artículo 2 de esta Ley, los profesionales sanitarios responsables del proceso consultarán si existe en el Registro constancia del otorgamiento de voluntad vital anticipada y, en caso positivo, recabarán la misma y actuarán conforme a lo previsto en ella» –artículo 9.2–.

En cambio, tras la modificación efectuada por la Ley 2/2010, la Ley 5/2003 establece lo siguiente: «Cuando se preste atención sanitaria a una persona que se encuentre en una situación que le impida tomar decisiones por sí misma, en los términos previstos en la presente Ley, los profesionales sanitarios implicados en el proceso consultarán su historia clínica para comprobar si en ella existe constancia del otorgamiento de la declaración de voluntad vital anticipada, actuando conforme a lo previsto en ella» –artículo 9.2–, precepto reiterado por la Ley 2/2010: «En caso de que los pacientes se hallen en situación de incapacidad de hecho, los profesionales procederán de acuerdo con lo previsto en el artículo 9.2 de la Ley 5/2003, de 9 de octubre» –artículo 19.2–.

Ahora bien, como quiera que el presupuesto de estos preceptos está constituido por la efectiva integración del documento en la historia clínica, la Ley 2/2010, tuvo la prudencia de añadir la siguiente disposición transitoria: «No obstante lo previsto en el artículo 9.2 de la Ley 5/2003, de 9 de octubre, hasta tanto el contenido de la declaración de voluntad vital anticipada se incorpore a la historia clínica, conforme a lo previsto en el artículo 9.2 de la presente Ley, los profesionales sanitarios responsables de los pacientes que se encuentren en el proceso de muerte estarán obligados a consultar el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas».

Por su parte, y en coherencia con esta modificación legal, el Decreto 52/2912 –artículo 11.3– establece que la historia clínica de la persona deberá ser consultada por profesionales sanitarios que participen en su proceso asistencial para comprobar si en ella existe constancia del otorgamiento de una declaración de voluntad vital anticipada, y deberán acceder a la misma cuando la persona otorgante no pueda expresar personalmente su voluntad.

- 4) Respetar lo dispuesto en el documento, con los límites establecidos en la Ley, es decir, que vulneren el ordenamiento jurídico, la *lex artis* o que no se correspondan con el supuesto de hecho que se hubiera previsto al otorgarlas, límites cuyo alcance se trata más adelante.

En Andalucía, la Ley 2/2010 ha reforzado la vinculación de la declaración de voluntad vital anticipada. De un lado, la Ley 2/2010 declara: «Todos los profesionales sanitarios implicados en la atención de los pacientes tienen la obligación de respetar los valores, creencias y preferencias de los mismos en la toma de decisiones clínicas, en los términos previstos en la presente Ley, en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en la Ley 5/2003, de 9 de octubre, y en sus respectivas normas de desarrollo, debiendo abstenerse de imponer criterios de actuación basados en sus propias creencias y convicciones personales, morales, religiosas o filosóficas» –artículo 18.2–. Precepto que curiosamente reitera la Ley en el artículo siguiente: «Los profesionales sanitarios tienen obligación de respetar los valores e instrucciones contenidos en la declaración de voluntad vital anticipada, en los términos previstos en la presente Ley, en la Ley 41/2002,

de 14 de noviembre, en la Ley 5/2003, de 9 de octubre, y en sus respectivas normas de desarrollo» –artículo 19.3–.

- 5) Razonar, por escrito, en la historia clínica, la decisión final que se adopte. Debe subrayarse que se trata de una obligación ordenada directamente en la Ley 41/2002: «En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones»¹⁴⁴.
- 6) Informar a los pacientes del carácter y finalidad del documento de expresión anticipada de voluntades, y ayudar en la redacción e interpretación del mismo, evitando toda coacción, así como aconsejar a los pacientes la actualización del contenido del documento, cuando aparezcan posibilidades médicas que el enfermo no hubiera previsto. Como se ha señalado antes, la Ley 2/2010, dispone que todos los profesionales sanitarios están obligados a proporcionar, a las personas que se la soliciten, información acerca del derecho a formular la declaración de voluntad vital anticipada –artículo 19–.

Uno de los principales problemas de las leyes autonómicas sobre instrucciones previas es la ausencia de un régimen sancionador que penalice las conductas contrarias a las mismas. En este sentido, la Ley 5/2003 no era una excepción. Ahora bien, esta laguna ha sido subsanada por la Ley 2/2010, la cual tipifica como infracciones muy graves «El obstáculo o impedimento a los ciudadanos del disfrute de cualquiera de los derechos expresados en el Título II de la presente Ley», y «La actuación que suponga incumplimiento de los deberes establecidos en el Título III de la presente Ley» –artículo 31.1–. Y debe recordarse que entre los derechos del Título II se encuentra el derecho a realizar la declaración de voluntad vital anticipada –artículo 9–, y entre los deberes del Título III los deberes respecto a la declaración de voluntad vital anticipada –artículo 19–¹⁴⁵. Por lo demás, no debe excluirse por completo la posibilidad de responsabilidad patrimonial, sobre todo, la objetiva de la Administración, cuando se haya desatendido una instrucción previa o se haya hecho una indebida interpretación¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Así, Decreto 13/2006, de Canarias (artículo 22.2).

¹⁴⁵ Por su parte, S. Gallego Riestra, 2009, 177, considera que en determinados supuestos extremos de encarnizamiento terapéutico con un enfermo podría incurrirse en responsabilidad civil por daño moral derivado de la falta de respeto a su autonomía.

¹⁴⁶ M. Pérez Roldán, 2007.

V. EFICACIA, LÍMITES, VARIACIÓN

1. Eficacia de la declaración

Como señala alguna norma autonómica, el documento de instrucciones previas surtirá sus efectos cuando el otorgante no pueda manifestar por sí mismo su voluntad. «En consecuencia, si el otorgante conservara su capacidad, su voluntad prevalecerá sobre lo expresado en el documento otorgado»¹⁴⁷. Lo que pasan por alto estas disposiciones es quién decide cuándo el paciente no está en condiciones de expresar su voluntad. A este respecto, no cabe si no acudir, por analogía, al criterio empleado por la Ley 41/2002, respecto al consentimiento informado, según la cual corresponde al médico responsable de la asistencia determinar si el paciente es capaz o no de tomar decisiones¹⁴⁸.

En todo caso, si el paciente está consciente y en uso de sus facultades se le puede recabar un consentimiento informado ordinario, y debe entenderse que esta vía prevalecerá sobre un posible documento de voluntad anticipada preexistente, pues el presupuesto de ésta es justamente que «concurran circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad» –artículo 2 Ley 5/2003–. Es decir, el consentimiento informado “actual” del otorgante prevalece frente a las instrucciones que consten en el documento. Y es fundamental que esta regla esté explicitada en la Ley, para generar la adecuada seguridad a los otorgantes de no verse en ningún caso constreñidos por la voluntad en su día expresada en el documento¹⁴⁹.

En tal sentido, la Ley 5/2003 –artículo 8.2– precisa que si una persona ha otorgado una declaración de voluntad vital anticipada y posteriormente emite un consentimiento informado eficaz que contraría, exceptúa o matiza las instrucciones contenidas en aquélla, para la situación presente o el tratamiento en curso, prevalecerá lo manifestado mediante el consentimiento informado para ese proceso sanitario, aunque a lo largo del mismo quede en

¹⁴⁷ Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja (artículo 7.1); Ley 3/2005 de la Comunidad de Madrid (artículo 7). En este sentido, la Ley 3/2005, de 8 de julio, de Extremadura declara: «Mientras la persona conserve su capacidad, la posibilidad de expresarse y actúe libremente, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.1 de esta Ley, su voluntad, expresada por escrito, prevalecerá sobre las instrucciones contenidas en el documento de expresión anticipada de voluntades» (artículo 21.1). El único reparo es la exigencia en todo caso que se exprese el consentimiento por escrito, lo cual no exige la Ley 41/2002 (S. Gallego Riestra, 2009, 179). Por su parte, el Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida, tras declarar que las instrucciones previas podrán ser modificadas o revocadas mediante cualquiera de los medios previstos para su otorgamiento, añade lo siguiente: «En todo caso, cuando la persona que se encuentre en el proceso final de la vida conserve su capacidad, la voluntad manifestada durante este proceso prevalecerá sobre cualquier otra previa» (artículo 10).

¹⁴⁸ S. Gallego Riestra, 2009, 180.

¹⁴⁹ Así, J. A. Seoane, 2006, 290.

situación de no poder expresar su voluntad¹⁵⁰. Asimismo, si el documento de instrucciones previas es posteriormente modificado, sustituido o revocado, prevalecerá el contenido del último documento otorgado, tal como se verá más adelante¹⁵¹.

En definitiva, la declaración anticipada de voluntad sólo dejará de tener efectos por posterior declaración de voluntad del otorgante realizada en el momento del acto médico, emitida con plena consciencia y con conocimiento informado, o a través de su modificación formal posterior, mediante el acto de revocación que se trata más adelante¹⁵². Como señala F. Abellán, una cosa es la forma de variar el documento en sí de instrucciones o voluntades, que requiere de una formalidad escrita regulada, y otra cosa es poder dejar sin efecto su contenido verbalmente mientras se conserve la capacidad¹⁵³.

De otro lado, debe señalarse que, a diferencia de los que sucede en otros ordenamientos, en España las declaraciones previas no caducan, lo que puede originar problemas derivados de los avances científicos, de lo que nos ocupamos más adelante. Por ello, es de interés que se promueva la revisión periódica de las instrucciones previas por parte del declarante, con la doble finalidad de que estén siempre actualizadas y de que se demuestre el persistente interés del declarante¹⁵⁴.

Finalmente, en cuanto a su eficacia territorial, la doctrina es unánime a la hora de precisar que, siempre que conste por escrito, que es la única exigencia básica fijada por la Ley estatal, los servicios de salud deben respetar las declaraciones de voluntad otorgadas

¹⁵⁰ Exactamente en el mismo sentido se expresa la Ley 3/2005, de 8 de julio, de Extremadura (artículo 21.3). Como señala algún autor (M. Pérez Roldán, 2007), la relación médico-paciente puede desarrollarse con gran flexibilidad y espontaneidad, de manera que en el curso de ese proceso de diálogo, el paciente puede hacer consideraciones que encierren verdaderas revisiones o revocaciones expresas o presuntas de lo que hizo constar en un documento de voluntad anticipada. Ante esa tesitura lo aconsejable sería no sólo dejar constancia de esas manifestaciones en la historia clínica, sino transformarlas en una declaración de voluntad formalizada, por ejemplo, ante tres testigos por su mayor facilidad en un entorno clínico.

¹⁵¹ Así Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja (artículo 7.2).

¹⁵² Así, Decreto 13/2006, de Canarias (artículo 7).

¹⁵³ F. Abellán-García Sánchez, 2008, 128. Como señala S. Gallego Riestra, 2009, 195, en estos casos simplemente no es aplicable la voluntad anticipada pues falta el presupuesto de la misma, es la falta de capacidad del declarante.

¹⁵⁴ Así, J. Zabala Blanco, 2007, 112; J. Sánchez Caro, 2008, 54. En este sentido, J. Seoane, 2006, 289, ha propuesto introducir en el documento de instrucciones previas una cláusula de ratificación o revisión periódica, que reforzaría la fiabilidad y la actualidad de las voluntades manifestadas, y facilitaría su interpretación y aplicación, si bien no incluir esta cláusula o no manifestar la ratificación en el documento de instrucciones previas no sería causa de invalidez del documento.

conforme a los requisitos de otras Comunidades Autónomas, bastando para ello la inscripción en el Registro estatal, tal como se trata más adelante¹⁵⁵.

2. Límites de la declaración

De acuerdo con lo establecido en el artículo 11.3 Ley 41/2002, «No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la «lex artis», ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas». Y en sentido similar se pronuncian las normas autonómicas¹⁵⁶.

A) Instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico

En puridad, la mención de este límite era innecesaria, pues, como es conocido, el Código Civil –artículo 1255– ordena que las disposiciones de los negocios jurídicos no pueden ser contrarias a la Ley. Pero, evidentemente, el legislador está pensando en la eutanasia, tipificada como delito en el artículo 143.4 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que castiga al que «causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo»¹⁵⁷.

Como es conocido, se suele diferenciar entre la eutanasia activa y la pasiva. La primera consiste en actos ejecutivos que suponen un acortamiento de la vida del paciente, distinguiéndose entre la eutanasia directa que persigue directamente la muerte de una persona que sufre una enfermedad (que, en todo caso, sería punible) y la eutanasia indirecta que consiste en la aplicación de analgésicos o lenitivos a una persona próxima a la muerte patológica o traumática con la finalidad exclusiva de eliminar o paliar los graves e insoportables sufrimientos físicos que padece, sin perjuicio de que aquéllos puedan producir

¹⁵⁵ Y ello a pesar de que en la tramitación parlamentaria de la Ley 41/2002, no se aprobaron las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista ni por Convergencia y Unió en las que se proponía incorporar una disposición conforme a la cual, los documentos formalizados con arreglo a lo previsto en la legislación de una Comunidad Autónoma surtirían efecto en todo el territorio nacional.

¹⁵⁶ Así, anticipándose al legislador básico, la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de Cataluña dispuso: «no se pueden tener en cuenta voluntades anticipadas que incorporen previsiones contrarias al ordenamiento jurídico o a la buena práctica clínica, o que no se correspondan exactamente con el supuesto de hecho que el sujeto ha previsto en el momento de emitirlos» –artículo 8.3–.

¹⁵⁷ Véase F. Rey Martínez, *Eutanasia y derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2008.

un acortamiento no significativo de su vida. Por su parte, la eutanasia pasiva consiste en la no iniciación o en la interrupción de un tratamiento que contribuye a la prolongación artificial de la vida humana deteriorada de forma irreversible por una enfermedad incurable y terminal, de manera que se acelera el desenlace mortal¹⁵⁸.

Pues bien, hecha esta distinción, existe consenso en que la llamada *eutanasia pasiva*, sedación terminal o fin del encarnizamiento terapéutico es considerada una práctica aceptable y, por tanto, conforme al ordenamiento jurídico. Igualmente, como nos consta, determinadas leyes autonómicas aceptan expresamente la llamada eutanasia activa indirecta¹⁵⁹.

Por el contrario, sería contraria al ordenamiento, y subsumible en el tipo penal indicado, una instrucción consistente en una práctica de *eutanasia activa directa*. Por tanto, unas voluntades anticipadas en las que se solicitara directamente el suministro de un fármaco o tratamiento para acabar directamente con la vida son ineficaces, y quien las ejecutara incurriría en una conducta ilícita. Lo que no excluye que exista un abanico de posibilidades de compleja valoración, desde la conducta inequívoca delictiva de la eutanasia activa directa, hasta la claramente legítima de la eutanasia pasiva indirecta¹⁶⁰.

En este punto, resulta interesante aludir al Dictamen 90/2007, de 27 de febrero de 2007, emitido por el Consejo Consultivo de Andalucía, en torno a la petición de una paciente, mediante la que solicitaba la suspensión del tratamiento con ventilación mecánica que venía recibiendo en los últimos 10 años en un centro hospitalario de Granada. En el mismo se plantean y resuelven las dos siguientes cuestiones jurídicas:

1. Si la solicitud de limitación del esfuerzo terapéutico y negativa al tratamiento con ventilación mecánica, efectuada por la paciente puede considerarse adecuada a derecho.
2. En el supuesto de que la anterior consulta se sustancie con un dictamen afirmativo, si la actuación de los profesionales sanitarios procediendo a la desconexión del aparato de ventilación mecánica, una vez cumplidos los requisitos establecidos por la Comisión Autonómica de Ética e Investigación Sanitarias, puede considerarse punible desde el punto de vista jurídico.

¹⁵⁸ Con frecuencia se argumenta que la línea divisoria entre la eutanasia activa y la pasiva no siempre es neta, por ejemplo, en el caso de enfermedad incurable de largo desarrollo, si bien en la actualidad existe consenso en considerar la retirada de soportes vitales como equivalente a la no continuación de un tratamiento. De otro lado, se plantea el problema de enfermedades incurables en las que no cabe la eutanasia pasiva: cuando no están afectados órganos y funciones vitales, y la única forma de poner fin al sufrimiento es la eutanasia activa.

¹⁵⁹ F. Abellán, 2008, 137, señala dos requisitos: que el suministro de los analgésicos lo realice un médico y que lo haga en el marco de la *lex artis* médica. En estos casos la impunidad de la conducta del médico derivaría del cumplimiento por su parte del deber constitucional de salvaguardar el derecho a la integridad física y moral de los ciudadanos.

¹⁶⁰ I. Sancho Gargallo, 5.

Respecto a la primera de las cuestiones, el Consejo Consultivo de Andalucía, después de analizar la normativa tanto nacional, como internacional y autonómica al respeto, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señala que la contestación a la consulta pasa por el análisis de la normativa específica que regula la autonomía del paciente. A este respecto, el Consejo Consultivo de Andalucía entiende que se trata de una petición amparada por el derecho a rehusar el tratamiento y su derecho a vivir dignamente, sin estar exceptuada por ninguna de las previsiones legales específicamente examinadas en este fundamento jurídico que permitirían continuar la asistencia médica en contra del consentimiento de la paciente. Siendo así, resulta exigible la conducta debida por parte de los profesionales sanitarios para que sea respetado el derecho de la misma a rehusar los medios de soporte vital que se le aplican.

En cuanto a la segunda de las cuestiones, el Consejo Consultivo mantiene que la interrupción de la ventilación mecánica es una conducta pasiva e indirecta, que se justifica por la existencia de un deber de respetar una decisión libre y consciente del paciente en tal sentido, amparada por la legislación específicamente reguladora de la asistencia sanitaria, y en consecuencia los profesionales sanitarios que la adopten deben quedar impunes por la razón que se acaba de indicar. Añade, este órgano consultivo que “aún en la hipótesis de que la interrupción de la ventilación mecánica no se considerase conducta pasiva o indirecta, dichos profesionales estarían exentos de responsabilidad criminal por actuar en cumplimiento de un deber y, por tanto, amparados en el artículo 20, apartado séptimo, del Código Penal”¹⁶¹.

De otro lado, como es conocido, el ordenamiento jurídico también impide aceptar instrucciones previas o voluntades anticipadas que constituyan un riesgo para la salud pública.

¹⁶¹ El Dictamen fue adoptado por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía con un voto particular disidente, formulado por el Consejero Sr. Sánchez Galiana que considera que “la solicitud de limitación del esfuerzo terapéutico y negativa al tratamiento con ventilación mecánica no puede considerarse ajustada a Derecho. No resulta admisible, a nuestro entender, una interpretación forzada o radical de la Ley de Autonomía del Paciente que suponga una exaltación sin límites del principio bioético de la autonomía del paciente, ya que colisionaría directamente con otros elementos de nuestro ordenamiento jurídico, pudiendo acarrear graves consecuencias jurídico-penales, en relación con los profesionales sanitarios que de algún modo participasen en la desconexión del respirador, a pesar de cumplir con los requisitos establecidos por la Comisión Autónoma de Ética e Investigación Sanitarias. Entendemos que ni la Comunidad Autónoma, ni en particular la Consejería de Salud, deberían acceder a algo que no está legalizado por el vigente ordenamiento jurídico”. Añadió que en el supuesto en cuestión no estamos ante una anticipación de la muerte como consecuencia secundaria de aplicar un tratamiento paliativo, en una situación de enfermedad de muerte avanzada o minusvalía grave crónica, y con el consentimiento de la paciente, conducta que se podría considerar lícita, sino ante la provocación directa de la muerte, atendiendo a la petición de la paciente, orientada a eliminar sus graves sufrimientos físicos o psíquicos, a través de la desconexión del respirador. La desconexión del respirador como soporte vital, supone, un comportamiento activo que, en el supuesto de enfermedad mortal avanzada o minusvalía grave crónica, y con el objetivo de terminar con la situación clínica desfavorable en que se encuentra la paciente, llevado a cabo por petición expresa de ésta, como ocurre en el caso examinado, no sólo constituye un comportamiento que no puede ser exigido a un profesional sanitario, sino que, además, constituye una actividad delictiva (homicidio consentido del artículo 143.4 del Código Penal) que en modo alguno puede justificarse a través de la causa de justificación de cumplimiento de un deber.

En tal sentido, la propia Ley 41/2002 establece que “los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley” –artículo 9.2–¹⁶².

Finalmente, la Ley 41/2002 declara que «no serán aplicadas las instrucciones contrarias al ordenamiento jurídico», por lo que no prohíbe que el otorgante incorpore una voluntad contraria al ordenamiento jurídico, sino simplemente que, de hacerlo así, la misma no será aplicada. En este sentido, algunas leyes autonómicas declaran expresamente que se tendrán por no puestas, y por tanto no serán aplicadas, las instrucciones que en el momento de ser aplicadas resulten contrarias al ordenamiento jurídico¹⁶³. Esto es relevante, pues es posible que determinadas previsiones que no se ajusten al ordenamiento jurídico vigente en el momento de su declaración, en un futuro puedan tener cabida dentro de la legalidad¹⁶⁴.

B) Instrucciones previas contrarias a la *lex artis*

Este límite no debe entenderse como una vaga remisión a la “ética médica”, lo cual supondría dejar en manos de la voluntad del personal sanitario la efectividad de este derecho¹⁶⁵. También es cuestionable que la Ley se refiera en este punto a las normas deontológicas, pues requieren de su aprobación por los correspondientes Colegios Profesionales y, en tal caso, pasan a formar parte del ordenamiento jurídico (STC 219/1989), lo cual nos lleva al límite anterior.

La mención legal a la *lex artis* hace referencia más bien a la llamada *buena práctica clínica*, es decir, la forma correcta de actuar por parte de un profesional atendiendo a las

¹⁶² J. J. Oliván del Cacho, 2006, 135, plantea la necesidad de obtener la correspondiente autorización judicial para incumplir una instrucción del afectado en estos casos.

¹⁶³ Ley 7/2002, de 12 de diciembre, del País Vasco –artículo 5.3–; Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja –artículo 5.2–.

¹⁶⁴ Así lo puso de manifiesto ya el «Documento sobre las voluntades anticipadas», elaborado por el Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret Parc Científic de Barcelona, Barcelona, junio de 2001. En este sentido parece manifestarse S. Gallego Riestra, 2009, 184.

¹⁶⁵ El citado «Documento sobre las voluntades anticipadas», elaborado por el Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret Parc Científic de Barcelona, Barcelona, junio de 2001, se manifestó abiertamente crítico con este límite legal: «la mención a conceptos abiertos, como que no se tendrán en cuenta voluntades contrarias “a la buena práctica clínica” –sin que se especifique en ninguna parte cómo y quién define, en cada momento, qué se ha de entender por buena práctica clínica– puede dejar sin efecto la voluntad expresada por el otorgante del Documento si el personal sanitario, o las asociaciones sanitarias, entienden que tienen la facultad de interpretar la adecuación del contenido del Documento de voluntades anticipadas a una imprecisa “buena práctica clínica”. Es decir, vuelve a aparecer –y ahora en un texto legal– la actitud injustificadamente paternalista que una norma dirigida precisamente a preservar la autonomía de los pacientes habría tenido que abandonar sin ambigüedad».

circunstancias que se le presentan de disponibilidad de tiempo, medios y lugar donde se encuentra¹⁶⁶. La cuestión es el determinar el alcance de la buena práctica, pues una interpretación amplia puede llevar a la perfecta inutilidad este tipo de declaraciones¹⁶⁷. Más aún, una cierta corriente de pensamiento presente incluso en el sector médico defiende que una “buena práctica” deja de serlo si no respeta la voluntad del enfermo, si no respeta su autonomía¹⁶⁸.

En general, las demandas de limitación o abstinencia de tratamientos deberían respetarse siempre, pues la abstención de tratar no se puede objetar ni se puede invocar la «buena práctica» o la *lex artis* como excusa para imponer un tratamiento en contra de la voluntad. De hecho la limitación del tratamiento es la razón de ser del documento de voluntades anticipadas¹⁶⁹.

Más juego puede presentar la *lex artis* en relación con las instrucciones en las que se expresa el deseo de recibir un concreto tratamiento, esto es, respecto a las obligaciones de hacer. Y, en tal sentido, en algunas normas autonómicas se dispone: «Tampoco serán aplicables, y en consecuencia se tendrán por no puestas, las instrucciones relativas a las intervenciones médicas que la persona otorgante haya manifestado que desee recibir cuando resulten *contraindicadas para su patología*»¹⁷⁰.

Asimismo, la *lex artis* también es relevante respecto a la aplicabilidad de los denominados tratamientos fútiles, esto es, aquellos que deben descartarse porque no producen beneficio alguno al paciente, y donde también debemos incluir los supuestos en los que el

¹⁶⁶ F. Abellán, 2008, 137. En este sentido, la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre (artículo 54.3), ha sustituido la referencia a la *lex artis* por la «buena práctica clínica y la mejor evidencia científica disponible».

¹⁶⁷ V. J. C. Siurana.

¹⁶⁸ Ameneiros Lago, Carballada Rico y Garrido Sanjuán, 2001, 121, quienes consideran que el tradicional modelo paternalista está siendo sustituido por un “modelo autonomista” de relación médico-paciente.

¹⁶⁹ Vid. J. Busquet Font, 2008, 195. Como bien señala S. Gallego Riestra, 2009, 185, no tendría sentido diferenciar el alcance de la *lex artis* en función de que el paciente se encuentre consciente para emitir un consentimiento informado o que nos encontremos ante unas instrucciones previas. En el primer caso, está claro que el consentimiento informado forma parte de la *lex artis*, es decir, una actuación médica que prescinda del consentimiento informado es una actuación contraria a la *lex artis*; en cambio, las instrucciones previas estarían sujetas a la *lex artis*, lo que supondría su absoluto vaciamiento. Sobre la negativa a los tratamientos sanitarios, véase el clásico en nuestra literatura jurídica, E. Cobrerros Mendazona, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, IVAP, Oñati, 1988, donde se defiende que la voluntad de las personas debe ser respetada, siempre que no se encuentren en situación de incapacidad.

¹⁷⁰ Ley 7/2002, de 12 de diciembre, del País Vasco (artículo 5.4); Ley 3/2005, de 23 de mayo, de la Comunidad de Madrid (artículo 11.2). En tal sentido, J. A. Seoane, 2006, 289, ha propuesto optar por la *contraindicación* o lo *contraindicado* como límite a la aplicación de las instrucciones previas, en lugar de emplear el recurso a la *lex artis*, en la medida en que delimita con mayor precisión el alcance del ejercicio de la autonomía del paciente otorgante y de la actuación y las obligaciones de los profesionales sanitarios.

beneficio esperado puede ser muy pequeño, por lo que tampoco procede realizarlos (al no estar indicados) aunque los haya solicitado el paciente (o los pida su familia)¹⁷¹.

En definitiva, el paciente puede rechazar una actuación sanitaria, pero no puede pedir que se le trate con terapias o tratamientos contrarios a la *lex artis*¹⁷². Es decir, se trataría de una *objección de ciencia*.

Relacionado con esto, la Ley 41/2002 no contiene mención alguna relativa a la *objección de conciencia* para el equipo médico respecto a la aplicación del contenido del documento de instrucciones previas¹⁷³, sin embargo, esta previsión sí se recoge en la legislación de algunas Comunidades Autónomas, en la que se viene a establecer que en caso de que en el cumplimiento del documento de voluntades anticipadas surgiera la objeción de conciencia de algún facultativo, la administración pondrá los recursos suficientes para atender la voluntad anticipada de los pacientes en los supuestos recogidos en el actual ordenamiento jurídico¹⁷⁴.

Nada se prevé expresamente en la Ley 5/2003. Ante ello debe recordarse que la doctrina constitucional considera que no existe en nuestro derecho un reconocimiento de la objeción de conciencia con carácter general, de manera que no cabe admitir más objeciones

¹⁷¹ F. Abellán, 2008, 143.

¹⁷² Así, S. Gallego Riestra, 2009, 186.

¹⁷³ Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 41/2002, el Grupo Parlamentario Mixto formuló una enmienda en este sentido, a tenor de la cual “La Administración sanitaria garantizará que el derecho de los profesionales sanitarios a la objeción de conciencia no limite el derecho reconocido en este artículo. Si se produjese tal circunstancia, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar el contenido de la voluntad del paciente recogida en el documento”. Enmienda que no fue acogida.

¹⁷⁴ Artículo 17 Ley de la Comunidad Valenciana de la Ley 1/2003, de 28 de enero; artículo 20.2 de la Ley 3/2005, de 8 de julio, de Extremadura y artículo 5.2 del Decreto 80/2005, Región de Murcia; Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja (artículo 7.4). Más brevemente, en la Comunidad de Madrid se señala que los profesionales sanitarios podrán ejercer la objeción de conciencia con ocasión del cumplimiento de las instrucciones previas (artículo 3.3 de la Ley 3/2005, de 23 de mayo). Por su parte, en las Islas Baleares se prevé que en el caso de que contra el cumplimiento de las instrucciones previas se manifestase la objeción de conciencia de algún facultativo, éste debe comunicarlo al interesado o a su representante y a la consejería, que debe garantizar los profesionales sanitarios y los recursos suficientes para atender a voluntad manifestada (artículo 6.1 de la Ley 1/2006, de 3 de marzo). Asimismo, en el Decreto 58/2007, de 27 de abril, que desarrolla la Ley, se establece que “el facultativo encargado de la salud del paciente, en el caso de que no pueda llevar a término el contenido de la declaración de voluntades anticipadas por motivos personales, morales o religiosos, ha de poner esta cuestión en conocimiento de la gerencia o dirección del centro, para que ésta adopte las medidas pertinentes para que el contenido de las instrucciones previas otorgadas por el paciente se cumplan” (artículo 4). Por su parte, el Decreto 311/2007 de Extremadura dispone: «En el caso de que se hiciera uso del derecho a la objeción de conciencia por parte del facultativo responsable de la asistencia, la autoridad sanitaria competente dispondrá los recursos suficientes para atender la expresión anticipada de voluntades de los pacientes en los supuestos recogidos en el ordenamiento jurídico, requiriéndose, en caso necesario, la cooperación del Comité de Bioética Asistencial correspondiente» –artículo 13.3–.

que aquellas expresamente reconocidas en la Constitución o en una ley ordinaria (SSTC 160/1987 y 321/1994)¹⁷⁵.

En todo caso, la Ley 2/2010, establece que las instituciones sanitarias responsables de la atención directa a los pacientes deberán arbitrar los medios para que los derechos de estos no se vean mermados en ningún caso o eventualidad, «incluida la negativa o ausencia del profesional o la profesional», así como cualquier otra causa sobrevenida –artículo 22.2–. Ahora bien, se trata de una medida de garantía, que no prejuzga la legitimidad o no de la negativa del facultativo a cumplir la declaración de voluntad anticipada¹⁷⁶.

C) *Falta de correspondencia entre el supuesto de hecho previsto por el sujeto y la situación real*

Este supuesto es obvio, pues en rigor no existe ninguna instrucción previa al respecto. No obstante, deberían evitarse interpretaciones maximalistas inspiradas en el redactado desafortunado de la Ley cuando dice «no se pueden tener en cuenta voluntades anticipadas que no correspondan con el supuesto que el sujeto ha previsto», pues una exigencia de correspondencia exacta invalidaría de hecho cualquier tipo de declaración de voluntad anticipada¹⁷⁷.

Ahora bien, no debe obviarse la posibilidad de que se presenten problemas de interpretación de la voluntad del paciente y su adecuación a la situación actual, especialmente en los casos en que exista un importante desfase entre la voluntad plasmada en el documento y las posibilidades que pueda ofrecer la medicina debido a los avances de la ciencia médica (por ejemplo, que en el momento en el que se realizaron las instrucciones previas no existieran o no se hubiera tenido noticia de las posibilidades de la ciencia médica para afrontar la patología o dolencia). En tal caso estaría justificado que no se respetara la voluntad del paciente, si bien no cabe duda de que se trata de una decisión delicada y difícil. En

¹⁷⁵ De otra opinión, F. Abellán, 2008, p. 147, considera que la vinculación de la objeción de conciencia con la libertad ideológica y religiosa permite extenderlo a situaciones similares relacionadas con el principio y final de la vida que se planteen en el futuro, en las que la carga ideológica o religiosa resulta especialmente acentuada, con apoyo en la STC 53/1985 sobre el aborto, que –como puede observarse– es anterior a las otras citadas. Además, en la STC 135/2000 se declara que el derecho a la libertad ideológica no resulta por sí solo suficiente para eximir a los ciudadanos, por motivos de conciencia, del cumplimiento de los deberes legalmente establecidos. Véase la posición intermedia de S. Gallego Riestra, 2009, 193.

¹⁷⁶ Así, Ameneiros Lago, Carballada Rico y Garrido Sanjuán, 2011, 123, opinan que no es adecuado acogerse a la objeción de conciencia para evitar el cumplimiento de lo expresado por los pacientes en sus instrucciones previas. Los profesionales deberán respetar los deseos del paciente y únicamente no tendrá obligación de cumplir aquellas peticiones que reclaman actuaciones que están fuera de la legislación vigente (p. ej.: peticiones de eutanasia) o bien que reclaman actuaciones contraindicadas.

¹⁷⁷ Vid. J. Busquet Font, 2008, 195.

tal sentido, alguna Ley autonómica prevé expresamente que no se tengan en cuenta las instrucciones contrarias «a la mejor evidencia científica disponible»¹⁷⁸.

Y es aquí donde puede tener mayor virtualidad la figura del representante. En su defecto, del precepto se desprende que será posible prescindir de la voluntad declarada por el paciente cuando en el momento de expresarla no se tuvieron en cuenta los avances científicos para determinados tratamientos. Por lo demás, para forzar a la actualización periódica de las instrucciones, algún autor critica que la Ley no hubiera establecido un plazo de caducidad de los documentos de instrucciones previas, al modo del existente en otros países como Francia, donde su validez inicial se limita a tres años¹⁷⁹.

3. Interpretación y resolución de conflictos

Ningún otorgante puede prever anticipadamente todas sus contingencias futuras, por lo que el documento de voluntades anticipadas puede precisar de interpretación, debiendo darse prioridad absoluta a la voluntad expresada por el paciente, en su caso, mediante la declaración de sus valores vitales. En este sentido, en alguna ley autonómica se explicita que «el documento de voluntades anticipadas deberá ser respetado por los servicios sanitarios y por cuantas personas tengan alguna relación con el autor del mismo, como si se tratara de un testamento»¹⁸⁰.

En caso de que existan carencias o lagunas en el documento de instrucciones previas, puede acudir al auxilio del representante. Incluso si éste no ha sido nombrado, puede acudir a las personas que, según el artículo 9 de la Ley 41/2002, pueden otorgar el consentimiento por sustitución, para que se pudieran arrojar luces sobre una voluntad deficientemente manifestada. El problema mayor puede surgir cuando se produzca un desfase entre la voluntad plasmada en el documento y las posibilidades que pueda ofrecer la medicina¹⁸¹. En tales casos, se ha sugerido la conveniencia de que el médico pida una segunda opinión¹⁸².

¹⁷⁸ Ley Foral Navarra 11/2002, de 6 de mayo (artículo 9.1), derogada.

¹⁷⁹ F. Abellán, 2008, 146.

¹⁸⁰ Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo (artículo 8.2), derogada. Por su parte, la Ley de La Rioja 9/2005, de 30 de septiembre, declara que el documento de instrucciones previas se deberá interpretar en el contexto clínico real del caso (artículo 8.1).

¹⁸¹ Como señala Requero Ibáñez, 2002, 15, «por razón de la información médica que pudo servir de base para su otorgamiento puede darse el caso, por ejemplo, de que no se hubiera tenido noticia de las posibilidades de la ciencia médica para afrontar la patología o dolencia, o la evolución de esa ciencia permita al tiempo de hacer efectivo el documento, afrontar el proceso con medios insospechados o ignorados al tiempo del otorgamiento.

¹⁸² Vid. J. Busquet Font, 2006, 196.

Con todo se pueden plantear situaciones de conflicto si no hubiera acuerdo entre el representante y el personal sanitario, y a este respecto en algunas Comunidades Autónomas se han previsto diversas fórmulas para resolver estos conflictos. Así, en algunas normas autonómicas se prevé la posible consulta o mediación de los Comités de Ética Asistencial¹⁸³.

Más completo es el sistema diseñado en la Comunidad de Aragón, pues en cada centro hospitalario debe crearse una comisión específicamente encargada de valorar el contenido de dichas voluntades, que tendrá la importante función de examinar tales Documentos de Voluntades Anticipadas y de resolver lo que proceda sobre si deben ser tenidos, o no, en cuenta. Tales Comisiones, de acuerdo con el artículo 5 del Decreto 100/2003, estarán formadas por tres miembros, de los cuales al menos uno poseerá formación acreditada en Bioética Clínica y otro será licenciado en derecho o titulado superior con conocimientos acreditados de legislación sanitaria. Su nombramiento se encomienda al Director del Centro Sanitario, que tiene la posibilidad de nombrar a personal ajeno al propio centro. Como señala Oliván del Cacho, la intervención de las Comisiones de Valoración (o de otro órgano semejante) es adecuada, ya que proporciona mayor seguridad al médico que deba enfrentarse a un documento de esta naturaleza¹⁸⁴.

¹⁸³ Así, la Ley de La Rioja 9/2005, de 30 de septiembre, dispone que «si no hubiera acuerdo entre el representante y el personal sanitario, se podrá solicitar la mediación de un Comité de Ética» –artículo 8.2–. Por su parte, el Decreto de la Región de Murcia 80/2005, de 8 de julio, dispone lo siguiente: “Los posibles conflictos que pudieran surgir en la aplicación de los documentos de instrucciones previas se resolverán por la dirección del centro sanitario, en su caso, oído el Comité de Ética Asistencial, pudiendo a tales efectos solicitar informe al Consejo Asesor Regional de Ética Asistencial” –artículo 6–. Asimismo, el artículo 5 de la Orden 2196/2006, de 18 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, dispone lo siguiente: “En caso de duda sobre el contenido de las Instrucciones Previas, el médico encargado de la asistencia podrá evacuar consulta, en su caso, a los órganos de asesoramiento competentes, dejando, en todo caso, en la historia clínica constancia razonada de la consulta y del dictamen emitido”. Por su parte, el artículo 22.1 del Decreto de Canarias 13/2006, establece: «Las dudas que pudieran surgir en la aplicación de la voluntad del otorgante, una vez producido el supuesto previsto en el documento, deberán ser resueltas por el personal médico que le atiende, asesorado, en su caso, por el Comité de Ética del centro y por el representante designado por el otorgante, como interlocutor de su voluntad final, efectuándose la correspondiente anotación en la respectiva historia clínica». De modo similar Decreto 30/2007 de Castilla y León: “Los Comités de Ética Asistencial podrán ser consultados en aquellos casos en que se considere necesario para resolver las posibles dudas que pudieran surgir en la aplicación e interpretación de las instrucciones previas” (disposición adicional primera). Finalmente, el Decreto 311/2007 de Extremadura establece: «Las posibles dudas sobre la aplicación de las instrucciones contenidas en el documento de expresión anticipada de voluntades deberán ser resueltas por el médico responsable de la asistencia, que podrá consultar las mismas con el Comité de Bioética Asistencial del centro, salvo en aquellos supuestos en los que por razones de urgencia y gravedad no sea posible, quedando en este caso a criterio del médico responsable» –artículo 13.2–.

¹⁸⁴ J. J. Oliván del Cacho, 2006, 143. En este sentido, J. Sánchez Caro, 2008, p. 6, señala que la necesidad de un juicio plural y de una reflexión diferente permite, al multiplicar los diferentes puntos de vista, adoptar una decisión finamente conceptualizada y moralmente fundamentada a través del mayor consenso posible, siendo en este ámbito donde hay que situar los problemas que suscita la relación clínica al final de la vida. Con todo, el autor considera razonable que los comités de ética tengan solo un valor consultivo, ya que sus recomendaciones o consejos son un enfoque de un caso concreto, dentro de los diferentes puntos de vista posibles, y cuya fundamentación no debe ser otra que el análisis del caso y la justificación argumental de fondo.

En Andalucía, la Ley 5/2003 no contempló ninguna de estas opciones, sin embargo, la Ley 2/2010 se ha sumado al criterio más extendido en el panorama autonómico al dar entrada a los Comités de Ética Asistencial. Así, tras establecer que todos los centros sanitarios o instituciones dispondrán o, en su caso, estarán vinculados a un Comité de Ética Asistencial, con funciones de asesoramiento en los casos de decisiones clínicas que planteen conflictos éticos, la Ley establece que en los casos de discrepancia entre los profesionales sanitarios y los pacientes «o, en su caso, con quienes ejerciten sus derechos», o entre estos y las instituciones sanitarias, en relación con la atención sanitaria prestada en el proceso de muerte, que no se hayan podido resolver mediante acuerdo entre las partes, se solicitará asesoramiento al Comité de Ética Asistencial correspondiente, que podrá proponer alternativas o soluciones éticas a aquellas decisiones clínicas controvertidas –artículo 27.2–¹⁸⁵.

Al margen de estas consideraciones, se ha propuesto también dar una mayor participación al Ministerio Fiscal a lo largo de todo el proceso, desde el otorgamiento hasta su aplicación, como elemento fundamental para garantizar la protección de los derechos de los pacientes, en especial de los menores o incapacitados y el respeto a su voluntad y a su dignidad¹⁸⁶.

4. Variaciones del documento

De acuerdo con la Ley 41/2002 –artículo 11.4–: «Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito». En este sentido, la mayoría de las leyes autonómicas recoge expresamente esta revocabilidad, naturalmente siempre que el titular conserve la capacidad, tal como precisa innecesariamente alguna norma¹⁸⁷. Como señala Requero Ibáñez, el mismo escrúpulo jurídico que se advierte para preservar la voluntad anticipada del paciente debe seguirse para cuando decida dejarla sin efecto, pues tanto el otorgamiento de la voluntad como su revocación es la misma manifestación de su autonomía¹⁸⁸.

Algún autor ha defendido que el paciente puede autolimitarse, atribuyendo a la voluntad expresada en el momento de otorgamiento de las voluntades anticipadas el carácter de irrevocables, con la finalidad de evitar que el paciente se viera presionado por algún pariente para revocar u otorgar de otra forma unas instrucciones previas. Sin embargo, debe

¹⁸⁵ No obstante, la Ley 2/2010, precisa que los informes o dictámenes emitidos por el Comité de Ética Asistencial en ningún caso sustituirán las decisiones que tengan que adoptar los profesionales sanitarios – artículo 27.1–.

¹⁸⁶ M^a C. Quijada González, 2010, 549.

¹⁸⁷ Decreto 80/2005, de 8 de julio (artículo 4).

¹⁸⁸ J. L. Requero Ibáñez, 2002, 17; así S. Gallego Riestra, 2009, 194.

entenderse que, fuera de los casos en que la constatación de tal presión permita entender que ha faltado una voluntad libre en la modificación o en la revocación, tal irrevocabilidad sería contraria al derecho a la libertad personal (M^a Ángeles Parra).

En general, de acuerdo con el principio *contrarius actus*, deberán seguirse las mismas reglas formales previstas para su otorgamiento¹⁸⁹. Además, deberán seguirse las mismas reglas en relación con la custodia del documento. Así, si el documento obra en un registro deberá incluirse el documento de revocación en ese registro para que obre con el documento; si obra en una historia clínica –por ejemplo, en caso de patologías crónicas–, deberá documentarse en esa historia.

No obstante, en algunas Comunidades Autónomas se establece una regulación más exhaustiva que una mera remisión a los requisitos para su otorgamiento. Así, se diferencian tres tipos de según su naturaleza modificativa, sustitutiva o revocatoria de la voluntad que se manifiesta respecto a la declaración anterior¹⁹⁰:

- La voluntad de modificación, expresando con total claridad qué parte del documento previo permanece vigente, qué parte queda sin efectos y, en su caso, cuál es la redacción de la parte que se incorpora.
- La declaración del otorgante de sustituir dicho documento, estableciendo las nuevas instrucciones previas.
- La voluntad de revocar íntegramente y, por tanto, de privar de efectos el documento anterior.

Incluso, se prevé una regla supletoria, a efectos interpretativos, en el sentido de que, a menos que el otorgante manifieste en un documento de instrucciones previas su voluntad de que un documento anteriormente emitido subsista, en todo o en parte, el documento posterior otorgado válidamente revoca totalmente el anterior¹⁹¹. En general, este tipo de declaraciones modificativas, sustitutivas o revocatorias de una voluntad anterior deberán contener una identificación clara del anterior documento que se quiere sustituir¹⁹².

¹⁸⁹ Así, M. Pérez Roldán, 2007, dirá: «entiendo que el mismo escrúpulo jurídico que se advierte para preservar la voluntad anticipada del paciente debe seguirse para cuando decida dejarla sin efecto, pues tanto el otorgamiento de la voluntad como su revocación es la misma manifestación de su autonomía».

¹⁹⁰ Decreto de la Región de Murcia 80/2005, de 8 de julio (artículo 4). Esta triple distinción se ha reflejado también en el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas. La Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja –artículo 9–, habla también de ampliación del documento, pero no deja de ser una modificación del mismo.

¹⁹¹ Decreto de la Región de Murcia 80/2005, de 8 de julio (artículo 4); Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre (artículo 54.2).

¹⁹² Artículo 5 del Decreto 30/2007, de 22 de marzo, de Castilla y León. Más discutible es la exigencia contenida en alguna norma, según la cual la identificación del documento anterior se debe realizar «mediante

Por su parte, la Ley 5/2003 –artículo 8.1– establece que la declaración de voluntad vital anticipada podrá ser modificada por su autor en cualquier momento y cumpliendo los requisitos exigidos para su otorgamiento. En cuanto a la forma, el Decreto 59/2012 –artículo 10.1–, establece que la persona otorgante podrá revocar su declaración de voluntad vital anticipada en cualquier momento, personándose en una de las sedes habilitadas del Registro. Esta revocación se efectuará por escrito y surtirá efectos inmediatos desde que se produzca la inscripción de la revocación produciéndose la baja en el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía y en el Registro nacional de instrucciones previas. La revocación por la persona otorgante de su declaración de voluntad vital anticipada, una vez inscrita y producida su baja en el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía y en el Registro nacional de instrucciones previas, tendrá también efectos inmediatos de revocación en su historia de salud¹⁹³.

En el supuesto de que la persona que quiera revocar su declaración esté impedida por enfermedad o discapacidad para desplazarse a una sede habilitada del Registro, el Decreto 59/2012, ha previsto que el interesado podrá solicitar a la persona responsable del Registro en dicha sede, que se desplace a su domicilio, residencia o centro sanitario en el que se encuentre, para formalizar dicha revocación –artículo 10.2–, en coherencia con la posibilidad similar también prevista para la inscripción.

En cuanto al alcance de la revocación, la Ley 5/2003 –artículo 8.2– dispone que el otorgamiento de una nueva declaración de voluntad vital anticipada revocará las anteriores, salvo que la nueva tenga por objeto la mera modificación de extremos contenidos en las mismas, circunstancia que habrá de manifestarse expresamente. Sin embargo, este criterio dispositivo no se ha respetado en el Decreto 59/2012 el cual establece de forma imperativa que la inscripción de una nueva declaración de voluntad vital anticipada en el Registro de otra Comunidad Autónoma comportará la baja inmediata de la declaración de voluntad vital anticipada inscrita en el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de

la expresión del lugar y día de otorgamiento, Notario, funcionario, empleado público o testigos ante quienes se formalizó» (Decreto de la Región de Murcia 80/2005, de 8 de julio –artículo 4–).

¹⁹³ El Decreto anterior 238/2004 había previsto una suspensión automática: «la solicitud de inscripción de la revocación en el Registro conlleva, de acuerdo con su contenido, la suspensión total o parcial de los efectos de la declaración de voluntad vital anticipada inscrita que se pretende modificar, hasta que se resuelva sobre la inscripción de aquella en el citado Registro» –artículo 7–. Y el Consejo Consultivo de Andalucía, en su Dictamen 818/2011, se manifestó partidario de mantener un precepto similar: «sería conveniente mantener el efecto suspensivo de los efectos cuando se solicite la revocación, pues aunque cabe el consentimiento informado ad hoc que contraría, exceptúa o matiza las instrucciones expresadas en la declaración de voluntad vital anticipada, el cual prevalece sobre ésta (artículo 8.2 de la Ley 5/2003), no han de ser infrecuentes los supuestos en que, mientras se inscribe la revocación o modificación de la declaración de voluntad vital anticipada, la salud del enfermo llegue a un estado tal que no le sea posible, eficazmente, emitir un consentimiento informado excluyente de las instrucciones previas que ya haya decidido revocar por escrito, estando a la espera de la inscripción de la revocación. Por ello, en estos supuestos, se debería atribuir un efecto total o parcialmente suspensivo a la solicitud de inscripción de la revocación, dejando constancia de ello, mediante anotación, en el Registro».

Andalucía –artículo 10.4–. Probablemente se ha preferido primar la seguridad jurídica ante estas situaciones delicadas, de modo que los facultativos responsables no tengan que interpretar dos o más documentos, tal vez no coincidentes, con las dificultades consiguientes.

5. Planificación anticipada de decisiones

La cumplimentación del documento de instrucciones previas puede tener lugar en dos escenarios bien diferenciados. Uno, es el de personas que en situación de salud o en las que no existan razones desde el punto de vista sanitario para esperar una muerte cercana, ejerzan este derecho con el objeto de prever situaciones que hipotéticamente se pudieran dar en el futuro. En tales casos, la declaración de voluntad generalmente se realiza al margen de los centros sanitarios y de los profesionales, de modo que se suele circunscribir al modelo estándar, que solo recoge preferencias generales, por lo que el documento a menudo resulta impreciso y no da respuesta a todas las dudas que, de hecho, se le plantean a los profesionales cuando están ante un enfermo terminal. Además, como nos consta, en nuestras sociedades modernas existe un escaso interés a acercarse a este instrumento cuando la persona está sana¹⁹⁴.

Pero existe un segundo escenario, en el cual ya está iniciada una relación clínica, de modo que el declarante es ya paciente. Debiendo recordarse que en las sociedades industrializadas la muerte se produce en el 80% de los casos aproximadamente en los hospitales, y de ellas en el 70% tras un periodo más o menos largo de incapacidad para tomar decisiones por uno mismo¹⁹⁵. Pues bien, en los enfermos afectados de enfermedades crónicas la información por parte del profesional del pronóstico de su enfermedad y de las complicaciones previsibles de la misma resulta fundamental para que el paciente pueda concretar sus límites. Así, en el tratamiento de determinadas enfermedades neurodegenerativas (como, por ejemplo, el *Alzheimer*), el médico debería anticipar la evolución clínica del enfermo e informarle sobre cuándo dejará de ser competente para emitir un consentimiento informado y, por tanto, optar por redactar un documento de instrucciones previas.

¹⁹⁴ En un sector de los profesionales existe la impresión que muchos de los documentos van a ser de poca utilidad precisamente porque no son producto de un proceso de planificación individualizado y acompañado. Como consecuencia de ello es muy habitual que contengan expresiones generales y vagas (no prolongar inútilmente mi vida, no administrar tratamientos desproporcionados, no sufrir innecesariamente), que poco ayudan a la toma de decisiones en situaciones complejas. Un documento ajeno a las profesiones sanitarias. Más aún, se ha señalado que la característica mayormente compartida por los documentos sea la de haberse realizado al margen de las consultas y los centros sanitarios, donde se hallan precisamente aquellos a quienes van dirigidos y deben tener en cuenta su contenido. Vid. J. Busquet Font, 2008, 189.

¹⁹⁵ J. Zabala Blanco y J. F. Díaz Ruiz, 2010, 267.

Por ello, en este contexto, se plantea que el documento final debiera ser el resultado del proceso continuo reflexivo y dialogado en el marco de la relación médico paciente¹⁹⁶. Y de aquí la idea de la *Planificación Anticipada de Decisiones* (en inglés, *Advance Care Planning*), que apareció en Estados Unidos a mediados de los años noventa y que hoy es una herramienta consolidada en sistemas sanitarios de Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda y el Reino Unido¹⁹⁷.

Además, el proceso de planificación anticipada de las decisiones complementa al testamento vital, al aproximar la reflexión sobre las preferencias del enfermo a un momento de enfermedad en el que se puede prever su evolución, lo que supone la mejor garantía de su aplicación. Por ejemplo, ante una enfermedad neurodegenerativa, respiratoria crónica o un proceso oncológico, los profesionales pueden imaginar los puntos de decisión potencialmente conflictivos a los que se va a enfrentar ese paciente y prepararlo, junto a su familia, para tomar decisiones relacionadas con el proceso de la muerte de la mejor manera y en el momento más adecuado¹⁹⁸.

A este respecto, la Consejería de Salud de la Administración de la Junta de Andalucía ha editado su propia guía elaborada por médicos, psicólogos y enfermeros de la sanidad andaluza. El objetivo, según recoge el documento, es que los profesionales, los pacientes y su familia elaboren un plan conjunto para que, en el caso de que la persona pierda su capacidad de decidir, ya sea temporal o permanentemente, puedan tomarse decisiones sanitarias “coherentes con sus deseos y valores”. Lo ideal, según la guía, es que esta planificación se le ofrezca a cualquier paciente al que se le abra una historia clínica, pero se pondrá especial celo en que se aborde en personas mayores de 75 años, pacientes con alto riesgo de enfermedad cardiovascular o cerebrovascular y afectados por enferme-

¹⁹⁶ Ya en el XXV Congreso de Medicina Familiar y Comunitaria celebrado en Santiago de Compostela los días 22 a 26 de noviembre de 2005, la Dra. Ángeles Reinoso afirmó que desde la atención primaria se intenta abrir un debate social sobre la planificación anticipada “que es algo que va mucho más allá del testamento vital”. “No es un papel que se firme en un momento dado, sino un proceso de comunicación y de conocimiento entre el paciente y los sanitarios que de cómo resultado una información impecable de la voluntad del paciente cuando llegue la hora de la muerte”.

¹⁹⁷ Siguiendo a Inés M^a Barrio Cantalejo (2004), la idea parte de un informe que apareció como suplemento especial del *Hastings Center Report* en noviembre/diciembre de 1994, que planteaba la necesidad de reorientar toda la estrategia de implantación de las voluntades anticipadas, dejando de estar centrados en los documentos en sí, en los papeles escritos. En lugar de eso deberían suscitarse amplios procesos comunicativos entre profesionales, pacientes y familiares que ayudaran a mejorar la calidad moral de las decisiones al final de la vida. En esos procesos las voluntades anticipadas jugarían un papel importante, pero no serían el objetivo, sino una herramienta más de trabajo.

¹⁹⁸ Como ha señalado José Luis Rocha, se trata de configurar una hoja de ruta para un proceso que está por venir en un plazo breve, contribuyendo a superar el miedo, la desconfianza o los prejuicios del paciente cuando todavía se encuentra capaz. Y de los propios profesionales, evitando actitudes pasivas o *pactos de silencio*. El País, Sevilla, 31-05-2013. Para ello, como señalan J. Zabala Blanco y J. F. Díaz Ruiz, 2010, 267, es preciso que las instrucciones previas sean consideradas como un proceso y no solo como acto documental; como parte de la ética de la relación clínica y no exclusivamente como un acto legal.

dades “con evolución fatal previsible”, como dolencias neurodegenerativas, respiratorias, oncológicas o cardiovasculares de mala evolución. Como es lógico, el inicio de este plan “será siempre voluntario” para el paciente. Los médicos del sistema sanitario público tendrán que ofrecer esta opción al enfermo, pero este puede o no aceptarla¹⁹⁹.

Si el paciente lo permite, en la planificación participarán también sus familiares u otras personas de su confianza. Una de ellas será designada su representante y será la que actúe como interlocutora y tomará decisiones en nombre del enfermo cuando éste no pueda decidir por sí mismo. El plan quedará integrado en la historia clínica y se revisará periódicamente o cuando cambien las condiciones de salud del enfermo²⁰⁰. Las preferencias mostradas por el paciente en este plan, igual que las que recoge el testamento vital, solo se tendrán en cuenta cuando el paciente ya no pueda expresar su voluntad²⁰¹.

VI. LOS REGISTROS DE INSTRUCCIONES PREVIAS

1. Los registros autonómicos

Las instrucciones previas constituyen una información sensible, cuyo titular puede desear mantener en secreto hasta el momento en que se produzcan las circunstancias previstas en el mismo. Ahora bien, es evidente que la persona que emite unas instrucciones previas desea que el documento se conozca en el momento que resulte necesaria su aplicación por el personal sanitario que lo atienda. Ciertamente se puede aportar el documento al centro sanitario en el que está siendo tratado el paciente, pero si éste se encuentra privado de la posibilidad de tomar decisiones por sí mismo, ello no será posible. Cabe también que los pacientes incluyan su declaración en el historial clínico, pero si son atendidos en un centro sanitario distinto no existían garantías de que se llevase a término.

Por todo ello para garantizar la efectividad de las instrucciones previas la mejor manera es la inscripción del documento en un registro administrativo pueda ser consultado por los representantes del interesado o por el personal sanitario competente. Sin la existencia de un registro no habría ningún mecanismo que permitiera a los médicos averiguar si un pa-

¹⁹⁹ “Es importante que el paciente se sienta totalmente libre para decir o no decir, para hablar o callar, para abordar unos temas y evitar otros”, advierte la guía facilitada a los profesionales. “Se trata de aclarar los deseos, preferencias y valores de la persona como paciente, en ningún caso de imponerle los de los demás, ni los de la familia, ni los de su representante ni, por supuesto, los nuestros como profesionales”, añade el documento.

²⁰⁰ En este sentido, J. A. Seoane, 2006, 290, apuntó la importancia de la adecuada documentación del proceso de planificación anticipada de decisiones garantizan el respeto de la autonomía y los derechos del paciente, y el cumplimiento del denominado deber de calidad de los profesionales sanitarios.

²⁰¹ El País, Sevilla, 31-05-2013.

ciente ha expresado su voluntad sobre si acepta o no determinados tratamientos en caso de encontrarse en una situación límite. Asimismo, la existencia de un registro accesible es fundamental en caso de urgencia o accidente²⁰².

La primera Comunidad Autónoma que reguló el registro de instrucciones previas fue Cataluña, a través de Decreto 175/2002, de 25 de junio, por el que se regula el registro de voluntades anticipadas. A ella la han seguido el resto de las Comunidades Autónomas, las cuales han aprobado sus normas con posterioridad a la publicación de la Ley 41/2002²⁰³.

La principal diferencia en la ordenación del registro consiste en que la mayoría de las Comunidades Autónomas la inscripción de una voluntad anticipada tiene un carácter meramente declarativo, de tal modo que se considera eficaces las declaraciones no inscritas siempre que se hubieran formalizado de acuerdo con lo previsto en la Ley²⁰⁴, mientras que en algunas Comunidades (como Andalucía, como nos consta) se le atribuye un carácter constitutivo.

²⁰² Así lo puso de manifiesto ya el «Documento sobre las voluntades anticipadas», elaborado por el Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret Parc Científic de Barcelona, Barcelona, junio de 2001.

²⁰³ Decreto 100/2003, de 6 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y el funcionamiento del registro de Voluntades Anticipadas; Decreto Foral 140/2003, de 16 de junio, que regula el registro de voluntades anticipadas de Navarra; Decreto 270/2003, de 4 de noviembre, que crea y regula el Registro Vasco de Voluntades Anticipadas; Decreto 168/2004, de 10 de septiembre, que regula el Documento de Voluntades Anticipadas y crea el registro Centralizado de Voluntades Anticipadas de la Comunidad Valenciana; Decreto 139/2004, de 15 de diciembre, que crea y regula el Registro de Voluntades Previas de Cantabria; Decreto 80/2005, de 8 de julio, por el que se aprueba el reglamento de instrucciones previas y su registro de la Región de Murcia; Decreto 13/2006, de 8 de febrero, que regula las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente Registro de Canarias; Decreto 15/2006, de 21 de febrero, que regula el Registro de Voluntades Anticipadas de Castilla-La Mancha; Decreto 30/2006, de 19 de mayo, que regula el Registro de instrucciones previas de La Rioja; Decreto 101/2006, de 16 de noviembre, que regula el Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid; Decreto 30/2007, de 22 de marzo, que regula el documento de instrucciones previas en el ámbito sanitario y crea el registro de Instrucciones Previas de Castilla y León; Decreto 58/2007, de 27 de abril, que desarrolla la Ley de Voluntades Anticipadas y del Registro de Voluntades Anticipadas de las Illes Balears; Decreto 311/2007, de 15 de octubre, por el que se regula el contenido, organización y funcionamiento del Registro de Expresión Anticipada de Voluntades de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Decreto 259/2007, de 13 de diciembre, por el que se crea el Registro gallego de instrucciones previas sobre cuidados y tratamiento de la salud; Decreto 4/2008, de 23 de enero, de Organización y Funcionamiento del Registro del Principado de Asturias de Instrucciones Previas en el ámbito sanitario.

²⁰⁴ Ley 6/2005, de 7 de julio, de Castilla-La Mancha (artículo 9.1 Ley 3/2005, de 23 de mayo, de la Comunidad de Madrid), crea el Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid, «bajo la modalidad de inscripción declarativa» –artículo 12.1.–. Así, la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja –artículo 10.2.–, dispone que la inscripción en el Registro tendrá carácter declarativo, y asegura la eficacia del documento.

2. El Registro Nacional de Instrucciones Previas

La efectividad del derecho a la declaración de voluntad anticipada exige que el documento de instrucciones previas, independientemente del lugar en el que haya sido formalizado, pueda ser conocido precisa y oportunamente por los profesionales de la salud a los que, en su momento, corresponda la responsabilidad de la asistencia sanitaria que deba prestarse. Por esta razón, la Ley 41/2002 –artículo 11.5– dispuso lo siguiente: «Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud». En tal sentido, aun con cierto retraso, fue aprobado el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal²⁰⁵. Lo cierto es que hoy en día cabe plantear la conveniencia de la creación de un registro de ámbito europeo.

A) Finalidad y objeto

La finalidad del Registro nacional de instrucciones previas es doble: por un lado, es la de asegurar la eficacia de las instrucciones previas; y por otro, posibilitar el conocimiento en todo el territorio nacional de las instrucciones otorgadas por los ciudadanos que hayan sido formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las comunidades autónomas.

El Registro nacional de instrucciones previas tiene como objeto la constatación, salvo prueba en contrario, de los siguientes datos –artículo 2–:

- a) La existencia misma de las instrucciones previas inscritas en los distintos registros autonómicos únicos en los que estarán registradas con sus contenidos.
- b) La localización y fecha de inscripción de la declaración que haya realizado la persona otorgante, así como de la eventual modificación, sustitución o revocación de su contenido, cualquiera que sea el registro autonómico en el que hayan sido inscritas.
- c) El contenido de las instrucciones previas.

Sobre el alcance de este Registro estatal, en el seno del Consejo de Estado, se discutió si el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas obliga a crear un registro sin contenido sustantivo, es decir, dirigido a la mera constatación de la existencia de instrucciones a efectos de remitir al solicitante a los correspon-

²⁰⁵ El Congreso aprobó por dos veces, en 2004 y 2005, sendas proposiciones no de ley instando al Gobierno a la constitución del registro nacional.

dientes sistemas autonómicos o si, por el contrario, el registro Nacional, como fichero automatizado, debe permitir conocer de manera fehaciente, sin necesidad de consultar los registros de las Comunidades Autónomas, el contenido mismo de las manifestaciones de voluntad cuya salvaguarda es la esencia misma del contenido de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 41/2002. Pues bien, a juicio del Consejo de Estado (Dictamen núm. 564/2005, de 14 de abril), “con independencia de la cuestión de las inscripciones directas en el registro Nacional en defecto de sistema autonómico (...), lo cierto es que el texto proyectado, en cuanto que obliga a las Comunidades Autónomas a remitir al registro Nacional las copias de las manifestaciones de voluntad formalizadas válidamente conforme a la legislación autonómica, ha dejado claro, (...), que se trata de lo segundo, es decir, de un auténtico Registro, con entidad propia, y no de un mero registro de remisión a otros, y de que lo que se pretende establecer es un Registro que de fe incluso del contenido mismo de las declaraciones y al que pueden y deben tener acceso quienes necesiten conocer esos datos a efectos del tratamiento o del destino último del cuerpo y/o sus órganos”²⁰⁶.

B) Relación con los registros autonómicos

Inscritas las instrucciones previas en el correspondiente registro autonómico, el encargado de este lo comunicará al Registro nacional de instrucciones previas, por vía telemática y dentro de los siete días siguientes a la inscripción efectuada; a tal efecto, dará traslado de los datos e información mínima que se recogen en el Anexo del Real Decreto, así como de la copia del documento de instrucciones previas registrado que se remitirá por la citada vía telemática –artículo 3.1 Real Decreto 124/2007–.

Recibida la comunicación telemática de los datos e información mínima a que se refiere el apartado anterior, se procederá a su inscripción, así como a la de la copia del documento de instrucciones previas en el Registro nacional de instrucciones previas, y se notificará el acto de inscripción y registro al registro autonómico, en el término de siete días, por el mismo procedimiento telemático²⁰⁷.

²⁰⁶ Sobre si esta solución respeta o no los límites de la potestad reglamentaria y el sistema de distribución de competencias, el Consejo de Estado entendió que la Ley 41/2002, en su artículo 11.5, cuando impone la necesidad de establecer un sistema que asegure la eficacia en todo el sistema nacional de las instrucciones previas, no se limita a establecer un sistema que permita dicha eficacia sino que crea un auténtico Registro nacional (distinto de los sistemas autonómicos). «Dado que la esencia de dicho sistema es la eficacia, debido en muchos casos a la extrema urgencia con que es necesario conocer dichas instrucciones, nada obsta, desde el punto de vista de la estricta legalidad, a que el Registro, en principio permita conocer el contenido directo de las mismas a quienes están legitimados para acceder a él».

²⁰⁷ Cuando la información mínima resulte incompleta o se apreciara algún defecto subsanable, se procederá a la inscripción provisional y se requerirá al registro autonómico para que subsane la ausencia de aquellos datos en el plazo que se le señale, que no será superior a 15 días. Transcurrido el referido plazo sin suplir la omisión o corregir el defecto advertido, se denegará la inscripción sin más trámites, sin perjuicio de su eficacia transitoria y provisional hasta ese momento –artículo 3.2–.

A este respecto, algún autor ha defendido que el Registro nacional debería actuar como filtro respecto de aquellas legislaciones autonómicas que no se ajustan a los presupuestos básicos del artículo 11 de la Ley 41/2002, no inscribiendo las instrucciones que, aun conformes con la norma autonómica, no se ajustan a la Ley básica (por ejemplo, las otorgadas por un menor de edad en determinadas Comunidades Autónomas, como Andalucía), al tiempo que debería admitir la inscripción directa de los particulares que deseen otorgar sus instrucciones de acuerdo a lo dispuesto en la Ley básica²⁰⁸. Pero, acertadamente, el Registro Nacional ha optado por admitir todos los documentos cedidos por los registros autonómicos y negar la inscripción de los documentos directamente de los particulares, pues –como es notorio– una Ley debe cumplirse mientras no se declare su inconstitucionalidad.

Para cumplir con el objeto del Registro, las Comunidades Autónomas debieron remitir en su día al Registro nacional de instrucciones previas todas las inscripciones efectuadas en los registros autonómicos, así como las copias de los documentos de instrucciones previas (disposición adicional primera)²⁰⁹.

C) Acceso al Registro

Se encuentran legitimados para acceder a los asientos del Registro Nacional las siguientes personas –artículo 4 Real Decreto 124/2007–:

- Las personas otorgantes de las instrucciones previas inscritas en él. Los representantes legales de las personas otorgantes o los que a tal efecto hubieran sido designados de manera fehaciente por éstas, mediante la presentación de solicitud escrita al encargado del registro quien, previa comprobación de la identidad del peticionario, procederá a expedir la certificación acreditativa.
- Los responsables acreditados de los registros autonómicos, a través de comunicación telemática, previa solicitud del facultativo que estuviese tratando al otorgante.
- Las personas designadas por la autoridad sanitaria de la comunidad autónoma correspondiente o por el Ministerio competente en materia de sanidad, las cuales podrán acceder al Registro nacional de instrucciones previas a través de sus respectivos registros autonómicos²¹⁰.

²⁰⁸ M^a C. Quijada González, 2010, 544.

²⁰⁹ El Real Decreto 124/2007 contempló, además, una disposición transitoria para el caso de que una Comunidad Autónoma no hubiese regulado el procedimiento al que se refiere el artículo 11.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, situación que en la actualidad afecta exclusivamente a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

²¹⁰ A tal efecto, deberán disponer de un certificado de clase 2 CA emitido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda o de un certificado de firma electrónica reconocida, emitido por un prestador de servicios de certificación homologado, conforme a las prescripciones sectoriales y a la legislación de firma electrónica –artículo 4.3–.

Debe recordarse que las personas que, en razón de su cargo u oficio, accedan a cualquiera de los datos del Registro nacional de instrucciones previas están sujetas al deber de guardar secreto –artículo 4.5–.

Por último, es importante que la información esté disponible las 24 horas, pues no se puede estar a expensas de que para acceder al documento haya que localizar un fin de semana o por la noche a un funcionario²¹¹. También que la información esté accesible para el sistema de trasplantes en caso de donación de órganos.

3. El Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía: organización

La Ley 5/2003 –artículo 9.1– creó el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía, adscrito a la Consejería de Salud, para la custodia, conservación y accesibilidad de las declaraciones de voluntad vital anticipada emitidas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Asimismo, la Ley dispuso que reglamentariamente, se determinará la organización y funcionamiento del citado Registro, asegurando en todo caso la confidencialidad y el respeto de la legislación de protección de datos personales, con el objetivo de dotar de efectividad a las declaraciones de voluntad vital anticipada, facilitando su acceso por los centros sanitarios.

En cumplimiento de esta remisión normativa fue aprobado el Decreto 238/2004, de 18 de mayo, que regula el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas. Asimismo, la Consejería de Salud suscribió con el Consejo Andaluz de Colegios Médicos en diciembre de 2004 un convenio que permite dar el alta en el sistema a los profesionales que desarrollan su labor en el sector privado.

En cambio, la Ley 5/2003 –artículo 5.1–, al regular los requisitos para que la declaración de voluntad vital anticipada «sea considerada válidamente emitida», exige «que se inscriba en el Registro», lo que parece constituir, por tanto, un requisito constitutivo²¹².

²¹¹ El País, Sociedad, 20-04-2008.

²¹² En esta línea, la Ley extremeña 3/2005, de 8 de julio, dispone en su artículo 18.2: “Será aceptado como válido cualquier documento escrito que, cumpliendo los requisitos expresados en el artículo anterior, contenga la información regulada en este artículo, y esté debidamente inscrito en el Registro de Expresión Anticipada de Voluntades de la Comunidad Autónoma de Extremadura”. De forma menos contundente, la Ley balear 1/2006, dispone en su artículo 3.4 lo siguiente: “Este documento se inscribirá en el Registro de voluntades anticipadas y, en su caso, en el Registro de donantes de órganos”. Por su parte, el artículo 12 Decreto canario 13/2006, de 8 de febrero, determina que la inscripción es voluntaria respecto de las otorgadas ante notario, y obligatoria en cuanto a las otorgadas ante el funcionario encargado del registro y ante testigos.

En cuanto a la organización del registro, como es lógico, el Registro está adscrito a la Consejería competente en materia de salud²¹³. Asimismo, tras el Decreto 59/2012, se establece que si bien el Registro es único, su gestión se llevará a cabo de manera descentralizada (en realidad, desconcentrada), mediante sedes habilitadas para tal función mediante Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de salud –artículo 3.2–²¹⁴. Podrán ser sedes habilitadas para el funcionamiento del Registro, además de las Delegaciones Provinciales de la Consejería competente en materia de salud (únicas previstas en el Decreto anterior 238/2004), los centros de salud, los consultorios u hospitales del Sistema Sanitario Público de Andalucía, así como cualquier otra sede que se determine a tal efecto dentro de la Administración Pública Andaluza, con el objeto de garantizar la accesibilidad de la ciudadanía, para la cual las sedes deben cumplir determinados requisitos²¹⁵.

El Registro contará con una única persona responsable a nivel autonómico, que será nombrada entre el personal funcionario o estatutario adscrito a dicho órgano –artículo 2.3–²¹⁶. Y cada sede habilitada contará con al menos una persona responsable del Registro –artículo 3.2–²¹⁷, que también deberá ostentar la condición de personal funcionario o estatutario habilitado al efecto²¹⁸. La exigencia de que se trate de personal funcionario deriva de la Ley 5/2003, que –como nos consta– establece que por personal «funcionario público»

²¹³ En concreto al órgano competente para la coordinación y el control de los sistemas de información sanitaria, registros y estadísticas oficiales de la Consejería competente en materia de salud –artículo 1.1 Decreto 52/2012–.

²¹⁴ En esta línea de mayor proximidad al ámbito sanitario, la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, dispone que se deberá posibilitar que desde cada una de las áreas de salud resulte factible su cumplimentación (artículo 55).

²¹⁵ Las sedes habilitadas contarán con un espacio adecuado que facilite la intimidad y la confidencialidad, con acceso al sistema de información del Registro, con una persona responsable designada para tal fin y con el equipamiento necesario para garantizar su adecuado funcionamiento –artículo 6 Decreto 52/2012–.

²¹⁶ A diferencia del Decreto anterior 238/2004, que determinaba directamente la persona encargada del Registro (el Jefe del Servicio de Información y Evaluación de la Viceconsejería de Salud), el Decreto 52/2012, se limita a disponer que será nombrada por el órgano competente para la coordinación y el control de los sistemas de información sanitaria, registros y estadísticas oficiales de la Consejería competente en materia de salud –artículo 2.3 Decreto 52/2012–.

²¹⁷ Las personas responsables del Registro en cada una de las sedes habilitadas serán nombradas por el órgano competente para la coordinación y el control de los sistemas de información sanitaria, registros y estadísticas oficiales de la Consejería competente en materia de salud, a propuesta de: a) La persona que ocupe la Dirección Gerencia de Atención Primaria, de Atención Hospitalaria o la Gerencia de Área de Gestión Sanitaria, cuando la sede habilitada sea un centro del Sistema Sanitario Público de Andalucía. b) La persona titular de la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de salud, cuando la sede del Registro sea la propia Delegación Provincial. c) La persona que ostente la titularidad del órgano de la Administración Pública de Andalucía que opte por ser sede habilitada –artículo 3.3 Decreto 52/2012–. Debe observarse que el Decreto anterior 238/2004, asignaba esta función directamente a los Secretarios Generales de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud.

²¹⁸ Exigencia que se extiende a los suplentes: «En caso de vacante, ausencia o enfermedad de las personas responsables del Registro, sus funciones serán asumidas por otra persona designada por el órgano competente para la coordinación y el control de los sistemas de información sanitaria, registros y estadísticas oficiales de

habilitado al efecto por la Consejería competente en materia de salud, se procederá a la constatación de la personalidad y capacidad de la persona autora de la declaración, así como a la verificación de los requisitos formales determinantes de la validez de la citada declaración –artículo 6–. Por su parte, el Decreto 59/2012, extiende la consideración al personal estatutario, lo cual no puede estimarse contrario a la Ley 5/2003, pues la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, califica a este personal como de «relación funcional especial» –artículo 1–, y el propio EBEP –artículo 2.4– declara que cada vez que el Estatuto hace mención al personal «funcionario de carrera» se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud. Además de estos requisitos formales, relativos a la condición del vínculo y a la adscripción, el Decreto 52/2012 también hace referencia a exigencias materiales de competencia profesional²¹⁹.

La gestión desconcentrada del Registro determina que sean las personas responsables de las sedes habilitadas las que reciban las solicitudes de inscripción de las declaraciones de voluntad vital anticipada en el Registro, y por ello sean también las que resuelvan las dudas que pudiera tener la persona otorgante sobre el proceso de cumplimentación de la declaración, le proporcionen la información complementaria que precise, y ejerzan las funciones asignadas en el artículo 6 de la Ley 5/2003, esto es comprobar la identidad de la persona otorgante de la declaración, constatar su capacidad, y verificar los requisitos formales determinantes de la validez de las declaraciones. Además, esta misma persona acordará la inscripción de las declaraciones en el Registro o, en su caso, la denegar justificadamente. Igualmente, le corresponde registrar la revocación de una declaración previamente inscrita –artículo 5–. En cambio, las funciones de la persona responsable del Registro a nivel autonómico son de carácter coordinador²²⁰. Con todo, debe resaltarse la gran labor informativa desplegada desde la unidad central del registro²²¹.

la Consejería competente en materia de salud, que deberá ostentar la condición de personal funcionario o estatutario» –artículo 3.4 Decreto 52/2012–.

²¹⁹ Las personas responsables del Registro deberán tendrán los conocimientos, habilidades y aptitudes necesarias que les permitan el desarrollo de las funciones establecidas en los artículos 4 y 5 del presente Decreto, respectivamente. Deberán tener conocimientos de aspectos éticos y legales relacionados con las voluntades vitales anticipadas, habilidades en el manejo de las herramientas informáticas necesarias, habilidades de comunicación sobre temas y situaciones relacionadas con el final de la vida, así como aquellas otras competencias que reglamentariamente sean determinadas por la persona titular de la Consejería competente en materia de salud –artículo 7 Decreto 52/2012–.

²²⁰ Las funciones de la persona responsable del Registro a nivel autonómico serán las siguientes: a) Velar por la calidad, integridad y accesibilidad del Registro. b) Coordinar el mantenimiento operativo y seguridad del Registro. c) Gestionar el sistema de información del Registro. d) Mantener la coordinación y la relación del Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía con el Registro Nacional de Instrucciones Previas –artículo 4 Decreto 52/2012–.

²²¹ F. J. García León y C. Méndez Martínez, 2008, p. 178, indicaban que a través del servicio Salud Responde, se contaba ya con 100 preguntas tipo con respuesta estandarizada.

Finalmente, de acuerdo con la Ley 2/2010, reglamentariamente se contemplarán, en todo caso, los procedimientos para el acceso a las instrucciones previas manifestadas por los pacientes de otras Comunidades Autónomas y que estén inscritas en el Registro nacional de instrucciones previas de acuerdo a lo establecido en el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero –artículo 9.2–. De igual forma, la declaración de voluntad anticipada inscrita en el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía se incorporará al Registro nacional de instrucciones previas en los términos establecidos por el Real Decreto 124/2007.

4. Inscripción en el Registro

En Andalucía, las solicitudes de inscripción declaración de voluntad vital anticipada se presentarán por la persona otorgante de la declaración en el modelo que figura como Anexo I del Decreto 52/2012, en cualquier sede habilitada del Registro, ante la persona responsable del mismo, que constatará la personalidad y capacidad de la persona otorgante y procederá a la verificación de los requisitos formales determinantes de la validez de la declaración previstos en la Ley 5/2003 –artículo 8.2 Decreto 52/2012–. Por tanto, lo que no podrá realizar el responsable del registro, como se indicó más arriba, es una valoración del contenido de las voluntades anticipadas y si se ajustan o no al ordenamiento y a la *lex artis*²²².

En el supuesto de que la persona otorgante de la declaración esté impedida por enfermedad o discapacidad para presentar la solicitud personalmente en una sede habilitada del Registro, podrá solicitar a la persona responsable del Registro en dicha sede, que se desplace a su domicilio, residencia o centro sanitario en el que se encuentre, para formalizar la declaración de voluntad vital anticipada²²³.

Junto con la solicitud de inscripción de la declaración de voluntad vital anticipada, la persona otorgante deberá aportar:

- a) Declaración de voluntad vital anticipada en el modelo normalizado que figura como Anexo II del Decreto. De este modo, en Andalucía sólo se pueden registrar los impresos normalizados.

²²² Así, S. Gallego Riestra, 2009, 207.

²²³ Una disposición similar ya se contemplaba en el Decreto anterior 238/2004 –artículo 4.2–: «En el supuesto de que el autor de la declaración esté impedido por enfermedad o discapacidad para presentar la solicitud personalmente, podrá solicitar del Secretario General de la Delegación Provincial de la Consejería de Salud de su provincia de residencia, acreditando previamente la incapacidad mediante informe clínico expedido por su médico de familia, que, en su condición de encargado del Registro, se desplace a su domicilio o centro sanitario para recibir la solicitud de inscripción de la declaración, constatando previamente la personalidad y capacidad del autor». Según datos aportados por F. J. García León y C. Méndez Martínez, 2008, p. 179, este desplazamiento supone el 0,3% de las inscripciones.

- b) En el caso de designar representantes, los modelos normalizados que figuran como Anexos III y IV del Decreto, referidos respectivamente a la aceptación de la persona designada como representante, así como a la aceptación de la persona sustituta del representante, en su caso, y acompañados de los documentos que acrediten la identidad de éstos. Como se recordará, la Ley 5/2003 requiere que el representante esté plenamente identificado y que, además, haya expresado su aceptación a serlo –artículo 5.2–.
- c) Si se trata de una persona menor de edad emancipada, la documentación que acredite tal condición.
- d) Si se trata de una persona que esté incapacitada judicialmente, la resolución judicial de incapacitación, para el conocimiento de los términos y alcance de la misma.

Si la persona otorgante de la declaración no supiere o no pudiese firmar, firmará por ella otra persona en calidad de testigo a su ruego, debiendo constar la identificación de la misma²²⁴. Igualmente, podrá autorizar a la persona responsable del Registro a que firme en su lugar. Los datos declarados por la persona otorgante de la declaración de voluntad vital anticipada se presumen ciertos, recayendo sobre la misma la responsabilidad derivada de la omisión o falsedad en alguno de ellos²²⁵.

En la mayoría de las Comunidades Autónomas se establece un procedimiento formalizado de inscripción de las declaraciones en el Registro, con la previsión de un plazo de resolución, del recurso a interponer en caso de denegación y del silencio administrativo²²⁶. Este era también el criterio del Decreto anterior 238/2004, que fijó un plazo de un mes para la notificación de la resolución y un silencio estimatorio²²⁷.

²²⁴ Una disposición similar ya se contemplaba en el Decreto anterior 238/2004 –artículo 4.5–.

²²⁵ Una disposición similar ya se contemplaba en el Decreto anterior 238/2004 –artículo 5.3–.

²²⁶ Así, el Decreto 58/2007, de Baleares, dispone que el plazo máximo para la resolución y notificación del procedimiento de inscripción es de un mes, a contar desde la fecha en que la solicitud de inscripción haya tenido entrada en el Registro de Voluntades Anticipadas –artículo 8.7–. De modo similar, el Decreto 259/2007, de Galicia, dispone lo siguiente: «El plazo máximo para dictar resolución y notificarla será de un mes, contado desde la entrada de la solicitud en la unidad de Registro gallego de instrucciones previas. Transcurrido el plazo señalado sin resolución expresa, se entenderá estimada la solicitud por silencio administrativo. Mientras no recaiga resolución, la solicitud se entenderá inscrita con carácter provisional, siendo los efectos de esta la mera constancia de su existencia» –artículo 6.3–.

²²⁷ «Dentro del mes siguiente a la presentación de la solicitud, el encargado del Registro procederá a su inscripción y notificará a su autor que se ha efectuado aquélla, indicándole la fecha en que se ha producido y a partir de la cual podrá ser plenamente eficaz, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 5/2003, de 9 de octubre» –artículo 6.2–. Además, contempló expresamente la posibilidad de denegar la inscripción: «De no reunirse los requisitos determinantes de la validez y eficacia de la declaración de voluntad vital anticipada, por el encargado del Registro se notificará al autor de la misma la denegación de la inscripción en el Registro en el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud». Y, en fin, contempló la terminación por silencio: «Transcurrido un mes sin que se haya procedido a la inscripción y notificación de la misma, podrá entenderse estimada la solicitud de inscripción en el Registro» –artículo 6.6–.

En cambio, el Decreto 52/2012 se limita a disponer que una vez constatada la validez de la declaración de voluntad vital anticipada, se procederá de forma inmediata a la inscripción de la declaración de voluntad vital anticipada en el Registro por la persona responsable y a la entrega de la certificación de la misma a la persona otorgante de la declaración –artículo 9.1–. Es decir, a diferencia de otras normativas autonómicas, no se fija un plazo de inscripción, sino que se prevé una actuación inmediata. No obstante, se añade lo siguiente: «En el caso excepcional de que, en ese momento, no fuera posible la inscripción por concurrir cualquier incidencia que lo impidiese, se le notificará a la persona otorgante una vez subsanada dicha incidencia y dentro del mes siguiente a la presentación de la solicitud, la fecha en que se haya producido la inscripción en el Registro, a partir de la cual es plenamente eficaz la declaración».

A nuestro modo de ver, dado que el propio Decreto 52/2012, prevé expresamente la posibilidad de denegar justificadamente la inscripción de las declaraciones –artículo 5– y dado el carácter aparentemente constitutivo de las mismas –artículo 7 Ley 5/2003–, debería preverse qué sucede en caso de falta de respuesta en plazo, y que, en ausencia de determinación legal en contra, debería ser estimatoria²²⁸.

La inscripción de la declaración en el Registro conlleva la incorporación de la misma a la historia de salud de la persona otorgante dentro del Sistema Sanitario Público de Andalucía –artículo 8.3–²²⁹. Igualmente, una vez inscrita la declaración en el Registro se comunicará por vía telemática al Ministerio competente en materia de sanidad para su inscripción en el Registro nacional de instrucciones previas, atendiendo a lo establecido en el artículo 3 del Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, tratado más arriba.

5. Conservación

La mayoría de las Comunidades Autónomas no determina un plazo específico de conservación de la documentación en la que se plasma la declaración de voluntad anticipada, con algunas excepciones. Así, en Castilla y León, se establece que los documentos de

²²⁸ Un criterio muy plausible es el seguido en el Decreto 311/2007, de Extremadura, pues establece un plazo muy breve de 10 días con silencio estimatorio, que creemos concilia la necesaria inmediatez con las garantías formales de todo procedimiento: «La Secretaría General de la Consejería competente en materia de Sanidad resolverá sobre la solicitud de inscripción en el plazo de diez días desde que la misma tuvo entrada en el Registro Central de ésta. La solicitud de inscripción sólo podrá ser desestimada, mediante resolución motivada, en caso de inobservancia de las formalidades legalmente establecidas para el otorgamiento del documento de expresión anticipada de voluntades. Si en el plazo establecido, no se dictase y notificase resolución expresa, se entenderá estimada la solicitud» (artículo 9.4).

²²⁹ Asimismo, la inscripción de la declaración en el Registro determina su incorporación al correspondiente fichero de datos, cuyo órgano responsable es aquel competente para la coordinación y el control de los sistemas de información sanitaria, registros y estadísticas oficiales de la Consejería competente en materia de salud –artículo 9.3 Decreto 52/2012–.

instrucciones previas que hayan sido inscritos en el Registro de Instrucciones Previas de Castilla y León así como la documentación que se adjunte, se custodiarán y conservarán hasta su revocación o hasta que hayan transcurrido cinco años desde el fallecimiento del otorgante, salvo que sean prueba documental en un proceso judicial o procedimiento administrativo, en cuyo caso se conservarán hasta que se dicte sentencia judicial o resolución administrativa firmes, respectivamente²³⁰.

En Andalucía, la Ley 2/2010 resuelve esta cuestión al establecer que una vez inscrita en el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía, la declaración de voluntad anticipada se incorporará a la historia clínica, en los términos que reglamentariamente se determinen –artículo 9.2–²³¹. De este modo, se aplicarán las normas de conservación de la historia clínica contenidas en la Ley 41/2002, criterio que ha sido seguido por otra Comunidad Autónoma²³².

En este sentido, el Decreto 52/2012 ordena la incorporación de la declaración de voluntad vital anticipada a la Historia de Salud del Sistema Sanitario Público de Andalucía: «La inscripción en el Registro de la declaración de voluntad vital anticipada conllevará la incorporación de la misma en la historia de salud del Sistema Sanitario Público de Andalucía de la persona otorgante, facilitando la consulta de su contenido a profesionales sanitarios obligados a ello y a actuar conforme a lo previsto en dicha declaración» –artículo 13.3–. De este modo, se aplicarán las reglas de conservación de la documentación clínica establecidas en la Ley 41/2002 –artículo 17–. Asimismo, de este modo, se garantiza algo esencial y es que el acceso al Registro debe garantizarse las 24 horas del día, los 365 del año.

²³⁰ Artículo 20.2 de la Ley 8/2003, de 8 de abril, Castilla y León. En este sentido, el Decreto 58/2007, de Baleares, establece que el Registro de Voluntades Anticipadas ha de custodiar los documentos inscritos hasta pasados cinco años desde la defunción de la persona otorgante. Los documentos revocados y los sustituidos por otros nuevos se han de destruir en el mismo momento de la inscripción de la revocación o de la sustitución –artículo 11–. Igualmente, el Decreto 259/2007 de Galicia declara: «El Registro gallego de instrucciones previas deberá custodiar los documentos inscritos hasta transcurridos cinco años del fallecimiento de la persona otorgante, en el que se procederá a la cancelación de la Inscripción» (artículo 9). En cambio, el Decreto 311/2007, de Extremadura establece, que el Registro de Expresión Anticipada de Voluntades de la Comunidad Autónoma de Extremadura conservará los documentos inscritos durante quince años desde el fallecimiento de la persona otorgante (artículo 10).

²³¹ La Ley 3/2005, de 23 de mayo, de la Comunidad de Madrid, dispone que el documento de instrucciones previas se incorporará a la historia clínica del paciente, haciéndose constar en lugar visible al acceder a la historia (artículo 8.2). En cambio, la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja –artículo 7.5–, no obliga a incorporar el documento de instrucciones previas a la historia clínica del otorgante hasta el momento en que deba surtir efectos, sin perjuicio de que pueda constar antes. Lo cierto es que ya la Ley 41/2002, establece que el consentimiento informado forma parte de la historia clínica de cada paciente (artículo 15.2), y, como nos consta, el documento de voluntades anticipadas es el equivalente a dicho consentimiento informado cuando se producen las circunstancias previstas en el mismo.

²³² Ley 10/2011, de 24 de marzo, de Aragón: «Una vez inscrita, en su caso, la declaración en el Registro de Voluntades Anticipadas, la información sobre su existencia constará en la historia clínica del paciente, en los términos que reglamentariamente se determinen» –artículo 9–. Igualmente, la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre (artículo 54.3).

6. Accesibilidad

Debido a la naturaleza de las informaciones que contienen las declaraciones de voluntades anticipadas es evidente su sujeción a la normativa sobre protección de datos (Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, y Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que aprueba su Reglamento de desarrollo), lo que implica la necesidad de declaración del fichero, la implementación de medidas de seguridad y de sistemas que garanticen los derechos de los ciudadanos en relación con sus datos, tanto en su tratamiento confidencial, como en el ejercicio de sus derechos de acceso, rectificación y cancelación. Más en concreto, las voluntades anticipadas entran en la noción de datos especialmente protegidos del artículo 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999 (datos de carácter personal que hagan referencia a la salud)²³³.

En cuanto al acceso, se reconoce en todas las normativas autonómicas el acceso al Registro por parte del otorgante, o su representante legal, el representante en su caso designado, y el médico responsable de la atención al paciente. Así, debe recordarse que la propia Ley 41/2002 establece que el derecho de acceso del paciente a la historia clínica puede ejercerse también por representación debidamente acreditada –artículo 18.2–. Más aún, es razonable el criterio previsto en alguna ley autonómica, según el cual el que otorga una declaración de voluntades anticipadas podrá expresar quien quiere que tenga acceso a la misma, así como también sus restricciones²³⁴.

Ahora bien, el gran reto para hacer efectivas las declaraciones previas es que éstas no sólo sean accesibles por parte del personal sanitario, posibilidad ésta que ya se deriva de la Ley 41/2002, según la cual los profesionales que realizan el diagnóstico o tratamiento de pacientes tienen acceso a la historia clínica como instrumento fundamental para su adecuada asistencia, quedando sujetos al deber de secreto profesional. Sino imponiendo a este personal el deber legal de consultar su existencia y, en su caso, contenido, de modo que no se desconozcan²³⁵.

²³³ Por ello es innecesaria alguna disposición autonómica que declara que los datos que constan en el Registro tendrán el tratamiento que la Ley concede a los datos de carácter «reservado» (Ley 6/2002, de 15 de abril, de Aragón –artículo 9.5–), terminología, por cierto, ausente en la LOPD, que habla de datos especialmente protegidos.

²³⁴ Ley 10/2011, de 24 de marzo, de Aragón (artículo 9); Decreto 311/2007 de Extremadura (artículo 14.3).

²³⁵ Así, por ejemplo, el Decreto 58/2007, de Baleares, establece que el médico o el equipo sanitario responsable de la asistencia al paciente tiene la obligación de dirigirse al Registro para tener conocimiento de la existencia o no de documento de voluntades anticipadas, y en caso afirmativo, de su contenido, sólo en los casos en que concurren circunstancias que no permitan al paciente expresar su voluntad –artículo 10.2–.

A) Acceso al registro por otorgante y representantes

El Decreto 52/2012 –artículo 11.1–, establece que la persona otorgante de la declaración de voluntad vital anticipada, su representante legal y las personas designadas en la declaración como representantes, si las hubiera, podrán acceder al Registro, de forma presencial o por medios telemáticos, para conocer el contenido de la declaración y tener conocimiento de los accesos que se hayan producido a la misma²³⁶. En este sentido, debe recordarse que entre las funciones de las personas responsables del Registro de las sedes habilitadas se encuentra la de expedir las certificaciones y/o copias de la declaración, una vez registrada, que sean solicitadas a instancia de la persona otorgante de la declaración, a instancia de su representante legal o a instancia de las personas designadas como representantes en la declaración de voluntad vital anticipada –artículo 5.j)–²³⁷.

En el caso de personas fallecidas, el acceso a la declaración de voluntad vital anticipada podrá realizarse por su representante legal, por la persona responsable del Registro en el ejercicio de sus funciones y por las personas vinculadas a la persona fallecida, por razones familiares o de hecho, en los mismos términos establecidos en la legislación vigente para el acceso a la historia clínica de personas fallecidas, salvo que quien haya fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite –artículo 11.5 Decreto 52/2012–.

B) Acceso al registro por facultativos

Como es lógico, las personas responsables del Registro podrán acceder a la declaración de voluntad vital anticipada en el ejercicio de las funciones que les son propias –artículos 4 y 5 Decreto 52/2012–²³⁸, pero interesa sobre todo el acceso al registro por parte de los facultativos, y la configuración del mismo como un deber legal efectivo²³⁹. En tal sentido,

²³⁶ En la Comunidad de Madrid el representante puede acceder a los datos que sobre él están contenidos en el Registro, por si necesita modificar alguno de ellos (cambio de domicilio, de teléfono,...) o si acude a inscribir su renuncia como representante del otorgante que en su día le designó como tal. Decreto 101/2006, de 16 de noviembre (artículo 5).

²³⁷ Para acceder al Registro por medios telemáticos, la persona otorgante de la declaración, su representante legal y las personas designadas en la declaración como representantes, si las hubiera, deberán disponer de un sistema de firma electrónica incorporado al Documento Nacional de Identidad o de un certificado digital reconocido por la Junta de Andalucía en los términos establecidos en el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos –artículo 12.1 Decreto 52/2012–. En tal caso, de acuerdo con la Guía de la Consejería de Salud, el declarante podrá conocer además quiénes han accedido a su declaración de voluntad vital anticipada.

²³⁸ A tal efecto, se dispone que las personas responsables del Registro accederán por medios telemáticos utilizando códigos de acceso seguros –artículo 12.4 Decreto 52/2012–.

²³⁹ De acuerdo con la exposición de motivos de la Ley 5/2003: «Para evitar esto, la Ley, como innovación sobre otros proyectos de similares características, establece un sistema de acceso y notificación de estos documentos, de tal forma que su existencia sea detectable con facilidad y eficacia. Para ello, la Ley establece la

como ya nos consta, el Decreto 52/2012 –artículo 13– establece que la inscripción en el Registro de la declaración de voluntad vital anticipada conllevará la incorporación de la misma en la historia de salud del Sistema Sanitario Público de Andalucía de la persona otorgante, facilitando la consulta de su contenido a profesionales sanitarios obligados a ello y a actuar conforme a lo previsto en dicha declaración.

Pero, sobre todo, la Ley 5/2003 –artículo 9.2– dispuso en su versión original lo siguiente: «Cuando se preste atención sanitaria a una persona que se encuentre en una situación que le impida tomar decisiones por sí misma, en los términos previstos en la presente Ley, los profesionales sanitarios implicados en el proceso «consultarán» su historia clínica para comprobar si en ella existe constancia del otorgamiento de la declaración de voluntad vital anticipada, actuando conforme a lo previsto en ella». No obstante, este apartado de la Ley 5/2003 fue modificado por la Ley 2/2010. Básicamente, la redacción inicial se refería a los profesionales sanitarios «responsables» del proceso, mientras que la redacción dada por la Ley 2/2010, extiende el deber legal de consultar el Registro a los profesionales sanitarios «implicados» en el proceso.

De acuerdo con esta modificación legal, el Decreto 52/2012 –artículo 11.3– establece que la historia clínica de la persona deberá ser consultada por profesionales sanitarios que participen en su proceso asistencial para comprobar si en ella existe constancia del otorgamiento de una declaración de voluntad vital anticipada, y deberán acceder a la misma cuando la persona otorgante no pueda expresar personalmente su voluntad²⁴⁰.

El acceso al Registro por parte de profesionales sanitarios que participen en el proceso asistencial de la persona podrá hacerse por vía telemática, por vía telefónica, o mediante la consulta desde la historia de salud del Sistema Sanitario Público de Andalucía de la persona otorgante de la declaración. Este acceso se realizará asegurando la adecuada identificación de quien hace la consulta y, en su caso, el centro sanitario desde donde se hace, y velando por la confidencialidad del contenido de la declaración de voluntad vital anticipada consultada²⁴¹.

obligatoriedad de consulta al citado Registro para todo el personal sanitario responsable de la atención sanitaria a una persona que se encuentre en una situación que le impida tomar decisiones por sí misma».

²⁴⁰ Con esta finalidad, el propio Decreto 52/2012 –artículo 9.5–, dispone que la inscripción comporta la autorización para la cesión de los datos de carácter personal que se contengan en la declaración de voluntad vital anticipada a los profesionales sanitarios que participen en el proceso asistencial de la persona.

²⁴¹ La identificación de profesionales sanitarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía que puedan acceder por medios telemáticos o telefónicos al Registro, se realizará mediante códigos de acceso seguros. Para la identificación y acceso seguro al Registro por parte de profesionales sanitarios ajenos al Sistema Sanitario Público de Andalucía, deberán disponer (además del código personal, se entiende) de un sistema de firma electrónica incorporado al Documento Nacional de Identidad o de un certificado digital reconocido por la Junta de Andalucía –artículo 12.3 Decreto 52/2012–. A tal efecto, ya se suscribió un Convenio entre la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía y el Consejo Andaluz de Colegios de Médicos para facilitar el acceso al registro de voluntades vitales de Andalucía a los médicos ajenos al sistema sanitario público de Andalucía, a través de

Como es conocido, el acceso a esta información está sujeto a los principios de vinculación asistencial con el paciente y de proporcionalidad²⁴². Asimismo, debe garantizarse la integridad de la información a la que se accede y la constancia del acceso, sobre todo porque el facultativo no tiene que acreditar que el paciente se encuentra en una de las situaciones sanitarias concretas en las que se deben tener en cuenta sus instrucciones²⁴³. Todo ello sin perjuicio de que el otorgante pueda autorizar al facultativo a acceder a la declaración, tal como se prevé expresamente en alguna disposición autonómica²⁴⁴.

Por lo demás, todas las personas que por razón de su cargo u oficio accedan al contenido del Registro están sujetas al deber de guardar secreto de los datos que conozcan²⁴⁵. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a la aplicación del régimen disciplinario correspondiente, sin perjuicio en su caso de la concurrencia de responsabilidad civil o penal.

los colegios oficiales de médicos de Andalucía, hecho en Cádiz a 31 de enero de 2005, de tal modo que son los colegios oficiales de médicos de Andalucía los que facilitan a éstos las claves de acceso.

²⁴² Como señala F. Abellán, 2008, 153, con arreglo al primero de ellos, la efectiva realización de actos sanitarios por el profesional al paciente es la única que justifica, en el contexto de la asistencia sanitaria, el acceso por el primero a la documentación clínica del segundo. Más concretamente, manifiesta que debe existir una relación de tratamiento médico real y actual entre el paciente y el profesional de la salud que desee acceder a su historia.

²⁴³ Así, el Decreto 259/2007 de Galicia (artículo 8.3), establece que el médico que presta la asistencia sanitaria hará constar su acceso en la historia clínica del paciente otorgante.

²⁴⁴ Decreto 259/2007 de Galicia (artículo 8.2).

²⁴⁵ La Ley 3/2005, de 23 de mayo, de la Comunidad de Madrid, establece que todos los empleados públicos y profesionales, sanitarios o no sanitarios, que accedan a cualquiera de los datos de los documentos de instrucciones previas por razón de su función, quedan sujetos al deber de guardar secreto (artículo 9). En este sentido, la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja (artículo 11), ordena que el personal de la Administración está obligado a guardar secreto sobre el contenido de los documentos de instrucciones previas de que tenga conocimiento en el ejercicio de sus funciones. También el Decreto 259/2007 de Galicia (artículo 8.4).

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F.: “Estudio jurídico sobre el marco regulatorio de las instrucciones previas en España: Estado y Comunidades Autónomas”, en *Instrucciones previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*, Comares, 2008, pp. 115 y ss.

AMENEIROS LAGO, E.; CARBALLADA RICO, C. y GARRIDO SANJUÁN, J. A.: “Los documentos de Instrucciones Previas y la planificación anticipada de las decisiones sanitarias”, *Galicía Clin* 2011, 72 (3): 121-124.

BARRIO CANTALEJO, I. M^a: “De las voluntades anticipadas o instrucciones previas a la planificación anticipada de las decisiones”, *Nure Investigación*, nº 5, mayo 2004.

BRAVO SÁNCHEZ, P.: “Las instrucciones previas en el ámbito Sanitario o testamento vital”, *Jornada sobre El Derecho del Mayor*, días 13-14 de diciembre 2005, Universidad Rey Juan Carlos.

BUSQUET FONT, J.: “Las voluntades anticipadas de Cataluña”, en *Instrucciones previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*, Comares, 2008, pp. 187 y ss.

CANTERO MARTÍNEZ, J.: *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, ed. Bomarzo, 2005.

CASADO BLANCO, M.: “Aspectos éticos y legales de las instrucciones previas”, *CFOR*, 9-10/2009-2010.

GALLEGO RIESTRA, S.: *El derecho del paciente a la autonomía personales y las instrucciones previas: una nueva realidad legal*, Aranzadi Thomson, Pamplona, 2009.

GARCÍA LEÓN, F. J. y MÉNDEZ MARTÍNEZ, C.: “Las voluntades anticipadas de Andalucía”, en *Instrucciones previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*, Comares, 2008, pp. 175 y ss.

GÓMEZ-BATISTE ALENTORN, X. y GONZÁLEZ BARBOTEJO, J.: “Aspectos clínicos en cuidados paliativos y voluntades anticipadas”, en *Instrucciones previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*, Comares, 2008, pp. 239 y ss.

JUNTA DE ANDALUCÍA: *Guía para hacer la voluntad vital anticipada*, Consejería de Salud, Sevilla, 2012.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital y voluntad del paciente (conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Dykinson, Madrid, 2003.

MARTÍNEZ LEÓN, M. y QUEIPO BURÓN, D., et alt.: “Análisis médico-legal de las instrucciones previas («Living Will») en España”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, junio de 2008, pp. 16 y ss.

NAVARRO MICHEL, M.: “El documento de voluntades anticipadas (el mal llamado testamento vital)”, *La Notaría*, 2, 2003.

OLIVÁN DEL CACHO, J. J.: “Límites a las voluntades anticipadas”, *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 2006.

PARRA, M^a A.: “Voluntades anticipadas (Autonomía personal: voluntades anticipadas. Autotutela y poderes preventivos)”, *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 2006.

PÉREZ ROLDÁN, M.: “Derecho a la autonomía del paciente. Instrucciones previas y su registro”, *RGDA*, n^o 15, junio 2007.

QUIJADA GONZÁLEZ, M^a C.: *El Documento de Instrucciones Previas en el Ordenamiento Jurídico Español*, Tesis doctoral, Universidad Católica San Antonio, Murcia, junio 2010.

REQUEIRO IBÁÑEZ, J. L.: “El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español”, en *La Ley*, 5570, de 20 de junio de 2002.

SÁNCHEZ CARO, J.: “Concepto y evolución histórica de las instrucciones previas”, en *Instrucciones previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*, Comares, 2008, pp. 63 y ss.

SÁNCHEZ CARO, J.: “Las instrucciones previas en el contexto de las decisiones al final de la vida”, en *Instrucciones previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*, Comares, 2008, pp. 1 y ss.

SANCHO GARGALLO, I.: “Límites al contenido de las voluntades anticipadas”, <http://www.ajilc.cat/pdf/annals/Comunicaci%C3%B3%20Sr.%20Sancho%20Gargallo%209.03.2010%20L%C3%ADmites%20al%20contenido.pdf>

SEOANE, J. A.: “Derecho y planificación anticipada de la atención: panorama jurídico de las instrucciones previas en España”, *Derecho y Salud*, vol. 14, n^o 2, julio-diciembre 2006, pp. 285 y ss.

SIURANA, J. C.: *Voluntades anticipadas. Una alternativa a la muerte solitaria*, Madrid, Trotta, 2005.

– “Argumentos a favor y en contra de las voluntades anticipadas”, <http://www.uv.es/gibuv/ArgumentosVVAA.pdf>

TERRIBAS SALA, N.: “Las voluntades anticipadas y su problemática en la aplicación práctica”, *Cuadernos de Derecho judicial*, 5, 2004, 267-96.

TUR FERNÁNDEZ, N.: *El documento de instrucciones previas o testamento vital. Régimen jurídico*, *Aranzadi Civil*, 10/2004, pp. 15-32.

VILLAR ABAD, G.: “La regulación de las instrucciones previas en las Ley 41/2002”, en AA.VV., *Autonomía del paciente, información e historia clínica*, Civitas, 2004, pp. 342 y ss.

ZABALA BLANCO, J.: *Autonomía e instrucciones previas, un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español*, Tesis doctoral, Universidad de Cantabria, 2007.

ZABALA BLANCO, J. y DÍAZ RUIZ, J. F.: *Reflexión sobre el desarrollo y utilidad de las instrucciones previas*, *Semergen*, 36(5), 2010, pp. 266–272.

Capítulo VIII. DERECHOS Y GARANTÍAS DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA EN EL PROCESO DE LA MUERTE EN ANDALUCÍA*

“No tengo fuerza ni para respirar sola;
...estoy harta de vivir así y depender del mundo;
...cada día es más dolor, más vacío, más soledad, más silencio, más opresión;
...si tuvieran a su madre o a su hijo así, ¿Qué harían? ¿Le dejarían sufrir?”

Inmaculada Echevarría
El País, 18 de octubre de 2006

José María Pérez Monguió

I. OBJETO DE ESTUDIO Y SISTEMÁTICA

El estudio que me propongo abordar en las próximas páginas, como su propio título indica, es el relativo a los derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte. Un estudio que tiene como eje central la Ley 2/2010, con el mismo título, aprobada por el Parlamento el 8 de abril, y publicada en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* el 7 de mayo. De esta manera el propósito es tratar, en la extensión que permiten este tipo

* Este trabajo está dedicado a todas las personas que conforman el equipo humano del Dos Mares, Roberto, Javier, Aurelio, Emilio, Eva, Manoli, Pelayo, Julián, Antonio, Luis y otros muchos, que logran, año tras año, crear para mí, con sus atenciones y ánimos, un ambiente propicio para la investigación en un lugar que nos recuerda que también nosotros somos África.

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, pionera en nuestro país, exponiendo sus aportaciones y sus puntos. Ello no impedirá la necesaria conexión con otras normas, tanto nacionales como autonómicas, pero siempre sobre el eje que supone la Ley Andaluza. Por tanto, no trataré de realizar un análisis de cada una de las cuestiones que se regulan en la norma, como puede ser el consentimiento informado, la voluntad vital anticipada, el rechazo al tratamiento..., conceptos que podrían ser todos ellos objeto de estudios monográficos, sino más bien una aproximación jurídica a esta materia desde la perspectiva del Derecho autonómico andaluz.

La elección de la sistemática de este estudio ha sido una tarea compleja. La Ley Andaluza 2/2010, se estructura, al margen del Título I (en el que se regula el objeto, los fines, el ámbito de aplicación o los principios), y el V, (que se dedica al régimen sancionador), en tres capítulos íntimamente vinculados entre sí. En primer lugar, se encuentran los derechos de las personas en el proceso de la muerte –Título II–, que halla su revés de la moneda en los deberes de los profesionales sanitarios que atienden a pacientes en el proceso de la muerte –Título III–, para finalizar con una serie de garantías que proporcionarán las instituciones sanitarias –Título IV–. Por tanto, con la estructura de la Ley, analizar cada uno de los Títulos –III, IV y V– por separado podría resultar confuso y pesado para los lectores, debido a que, como hemos mencionado, existe una íntima conexión entre los mismos. Así, por ejemplo, el acompañamiento a los pacientes se contempla como un derecho en el artículo 16, y también es una garantía en el artículo 23 o, por ejemplo, las personas con incapacidad, tiene un precepto en el que se establecen sus derechos –artículo 10– y otro en el que se recogen los deberes del personal sanitario respecto a las personas que puedan hallarse en situación de incapacidad de hecho –artículo 20–. En consecuencia, para dotar el trabajo de una mayor claridad expositiva, que evite a los que se acerquen al mismo tener que desplazarse a lo largo del estudio para conocer la regulación de una determinada cuestión, el criterio seguido ha sido agrupar los epígrafes por materias.

II. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTUALIZACIÓN DE LA MATERIA: LA LEY 2/2010

Las cuestiones relacionadas con el proceso de la muerte, como mantiene la exposición de motivos de la Ley Andaluza 2/2010, “han adquirido gran importancia en nuestra sociedad. Por un lado, los avances de la medicina y otras ciencias afines permiten la prolongación de la vida o el mantenimiento de funciones vitales hasta límites insospechados hace pocos años. Ello, sumado al envejecimiento de la población y al consiguiente incremento de personas con enfermedades crónicas, hace que un número creciente de personas con enfermedades degenerativas o irreversibles lleguen a una situación terminal, caracterizada por la incurabilidad de la enfermedad causal, un pronóstico de vida limitado y un intenso sufrimiento personal y familiar, con frecuencia en un contexto de atención sanitaria intensiva altamente tecnificada”. Pese a que todo lo anterior es cierto, entiendo que el interés por la

materia ha existido siempre pues, entre otras cuestiones, es un principio del ser humano, y de todos los seres vivos sintientes, la búsqueda de la felicidad, que entre otras cuestiones entraña la ausencia de sufrimiento y de dolor. Lo que sí ha sucedido es que se ha abierto un debate en amplias capas de la sociedad, al que han contribuido casos muy señalados como el de Inmaculada Echevarría¹, que ligados a bienes jurídicos tutelados al más alto nivel, como la dignidad (artículo 10 CE), la libertad o la integridad física y moral (artículo 15 CE) o la intimidad personal y familiar (artículo 18 CE) de las personas, han propiciado un proceso social del replanteamiento de la posición que debe ocupar la persona en este trance inevitable que supone la muerte.

En este contexto, el valor de la autonomía personal ha modificado profundamente los valores de la relación clínica, que debe adaptarse ahora a la individualidad de la persona enferma. Todo ello en la medida que, como apunta la exposición de motivos de la Ley Andaluza 2/2010, “en una sociedad democrática, el respeto a la libertad y autonomía de la voluntad de la persona han de mantenerse durante la enfermedad y alcanzar plenamente al proceso de la muerte”.

Este amplio debate ha tenido su traslación al campo jurídico como en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que reconoce el derecho de toda persona a la integridad física y psíquica (artículo 3.1), y la obligación, congruente con él, de respetar, en el marco de la medicina y la biología, «el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley» [artículo 3.2.a)]; el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, consagra el mismo principio; y, más específicamente, las Recomendaciones 1418/1999 y 24/2003 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre «Protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos» y «Organización de Cuidados Paliativos», respectivamente, vinculan el tratamiento y cuidado de las personas en el proceso final de su vida con la necesidad de velar por su dignidad y autonomía personal, además de con la prevención del sufrimiento, y de adoptar medidas legislativas para establecer un marco coherente en relación con ellas; y, en fin, la Resolución 1649 de la misma Asamblea del Consejo de Europa «Cuidados paliativos: un modelo para una política social y de salud innovadora» cuando considera los cuidados paliativos como un componente esencial de una atención sanitaria basada en la dignidad, la autonomía y los derechos de los pacientes. Asimismo, y en idéntico sentido, se pronuncia la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (artículo 5), aprobada por la Conferencia General de la Unesco el 19 de octubre de 2005.

En este ámbito, constituyó un gran avance la vigente Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de

¹ Véanse otros casos que han suscitado un intenso debate en otros países, en M. Boladeras, *El derecho a no sufrir*, los libros del linco, Barcelona, 2009, pp. 85-120.

Información y Documentación Clínica². Una Ley básica estatal, que partiendo del principio de respeto a la dignidad personal, a la libre autonomía de la voluntad y a la intimidad, estableció la regla general de que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere el previo consentimiento de los pacientes o usuarios del sistema sanitario, el derecho de éstos a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles, así como a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley.

Pese a que pueda mantenerse que la regulación de los derechos de los pacientes, las obligaciones de los sanitarios y las garantías de las instituciones sanitarias se encontraban cubiertas con la citada Ley, la Ley General de Sanidad de 1986, las leyes de sanidad o salud autonómicas –en el caso de Andalucía con la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud– y la jurisprudencia constitucional, lo cierto es que el régimen estaba disperso y no se adaptaba, como debiera, a las particularidades que entraña el proceso de la muerte.

Consciente de esta necesidad o carencia, la exposición de motivos de la Ley Andalucía 2/2010, manifiesta que “la frecuencia cada vez mayor de situaciones complejas relacionadas con la capacidad de decisión sobre la propia vida y sobre la aplicación o no de determinados tratamientos, que han motivado un amplio debate social, reflejan la conveniencia de abordar de forma específica la regulación de los derechos que afrontan el proceso de su muerte, con el fin de preservar la dignidad de la persona en ese trance, respetar su autonomía y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos”. Unos derechos, como el tratamiento del dolor o el relativo a los cuidados paliativos que habían sido elevados al más alto nivel en el Estatuto de Autonomía de 2007³.

De esta manera y con este convencimiento nace la Ley Andalucía 2/2010⁴, con el acuerdo unánime del arco parlamentario⁵. Una Ley pionera en nuestro país, pues hasta ese momen-

² Véase, entre otros, J. Sánchez Caro, F. Abellán-García Sánchez, *Derechos y deberes de los pacientes: (Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas)*, Comares, Granada, 2003.

³ Véase A. Rodríguez, “Muerte digna y derechos en los Estatutos de Autonomía”, *Constitución y democracia: ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, ed. Universitas, vol. 3, 2012, pp. 3.487-3.512 y antes, F. Rey Martínez, “¿Nuevos derechos en los Estatutos de Autonomía?: el derecho a una muerte digna”, en *Cuadernos de Alzate: Revista vasca de la cultura y las ideas*, nº 40, 2009, pp. 43-64.

⁴ Existe un límite infranqueable para las Comunidades Autónomas que es el tema de la eutanasia, sobre el que, en su exposición de motivos, la Ley Andalucía 2/2010 se apresura a manifestar que la “Ley no contempla la regulación de la «eutanasia»”, que se aborda en el artículo 143.4 del Código Penal.

⁵ Existieron dudas del apoyo del Grupo Parlamentario hasta el último momento por diferencias sobre el deber de los médicos a abstenerse de imponer sus creencias sobre las del paciente, la obligación de los profesionales de limitar el esfuerzo terapéutico) y la regulación del Comité de Ética Asistencial. Véase http://elpais.com/diario/2010/03/18/andalucia/1268868124_850215.html (Consultado el 22/05/2014).

to no había sido aprobado un texto de esta naturaleza⁶. Una norma que ha sido calificada como “valiente y avanzada”, y que “constituye un importante hito en nuestro ordenamiento jurídico”, a la vez de oportuna y necesaria en la medida que da respuestas claras y válidas a conflictos recientes (sedaciones de Leganés, caso de Inmaculada Echeverría, etc.) que han generado dudas, incertidumbres e inseguridad jurídica⁷.

Una Ley a la que son aplicables plenamente las palabras de la exposición de motivos de la Ley Navarra 8/2011, inspirada, e incluso idéntica en muchos aspectos, en la Andaluza, cuando manifiesta que “Surge así la necesidad de legislar los derechos y garantías que aseguren la aspiración de morir dignamente con los significados que ello conlleva. Morir con el mínimo sufrimiento físico, psíquico o espiritual. Morir acompañado de los seres queridos. Morir bien informado, si se desea, y no en el engaño falsamente compasivo de una esperanza irreal. Morir pudiendo rechazar los tratamientos que no se desean. Morir según los deseos íntimos previamente expresados en un testamento vital. Morir en la intimidad personal y familiar. Morir, en fin, sin tener que soportar tratamientos que no son útiles y solo alargan el fin, innecesariamente, proporcionados por profesionales bien intencionados, pero obstinados en terapias no curativas.

Morir bien cuidado, morir a tiempo, morir dormido si se quiere. Morir en paz. Morir «de forma natural», sin prolongación artificial, cuando llegue el momento”.

III. OBJETO, FINES Y PRINCIPIOS DE LA LEY 2/2010

La Ley Andalucía 2/2010 tiene como objeto articular un sistema para preservar, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, los derechos de las personas en el proceso

⁶ Con posterioridad, se publicarían la Ley 10/2011, de 24 de marzo, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de Morir y de la Muerte en Aragón, y la Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte. Unas leyes con un contenido y un esquema muy similar a la Ley Andaluza. Véase un análisis comparativo entre las leyes autonómicas vigente en <http://www.vida-digna.org/#!análisis-de-las-leyes-de-muerte-digna/c234n>. En Canarias, País Vasco y Galicia se ha presentado iniciativas de esta naturaleza. En Canarias se está tramitando actualmente el Proyecto de Ley 8L/PPL-0017, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona ante el Proceso Final de su Vida (BOPACA núm. 161, de 19 de mayo de 2014). En el contexto estatal, el Gobierno de Rodríguez Zapatero, en su segunda legislatura, presentó un proyecto de ley, que caducó, bajo el título Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida” [BOCG núm. 132-1, de 17 de junio de 2011 (Serie A)].

⁷ J. L. Beltrán Aguirre, “El derecho de las personas a una muerte digna”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2010, p. 1 (BIB 2010|1272). Véase también Proyecto de Ley andaluz: ¿necesitamos leyes para una muerte digna?, *Medicina y humanidades*, nº 1.757, 2010, pp. 75-80. J. J. Bonilla Sánchez, “El derecho a morir dignamente en Andalucía”, en *Espacio y Tiempo: Revista de Ciencias Humanas*, nº 25, 2011, pp. 171-188; y la única monografía específica sobre la Ley Andalucía 2/2010: J. León-Castro Alonso, *Derecho a la vida: ¿hacia una muerte digna?: breves reflexiones en torno a la Ley Andaluza 2/2010, de 8 de abril, sobre Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte*, Bosch, Barcelona, 2012.

de la muerte –artículo 1–, derechos que son a su vez los que delimitan los fines que son: proteger la dignidad de la persona en el proceso de su muerte y asegurar la autonomía de los pacientes –artículo 2.a)–⁸ y el respeto a su voluntad en el proceso de la muerte, incluyendo la manifestada de forma anticipada mediante el testamento vital –2.b)–⁹.

Estos derechos se ven reforzados por un conjunto de deberes del personal sanitario¹⁰, con una serie de garantías que son responsabilidad de los centros e instituciones sanitarias, sin olvidar un régimen sancionador para los supuestos en que se produzcan incumplimientos de los deberes y/o garantías. De esta manera, se configura un sistema, aparentemente sin fisuras, que ha sido literalmente reproducido por las leyes autonómicas que se han publicado hasta el momento¹¹. Este sistema se sustenta o descansa sobre una serie de principios básicos que inspiran la Ley –artículo 4– y que son¹²:

- a) La garantía del pleno respeto del derecho a la plena dignidad de la persona en el proceso de la muerte.
- b) La promoción de la libertad, la autonomía y la voluntad de la persona, de acuerdo con sus deseos, preferencias, creencias o valores, así como la preservación de su intimidad y confidencialidad.
- c) La garantía de que el rechazo de un tratamiento por voluntad de la persona, o la interrupción del mismo, no suponga el menoscabo de una atención sanitaria integral y del derecho a la plena dignidad de la persona en el proceso de su muerte.
- d) La garantía del derecho de todas las personas a recibir cuidados paliativos integrales y un adecuado tratamiento del dolor en el proceso de su muerte.
- e) La igualdad efectiva y la ausencia de discriminación en el acceso a los servicios sanitarios en el proceso de la muerte.

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El artículo 3 de la Ley Andalucía 2/2010 establece o determina el ámbito de aplicación de la Ley. En primer lugar, la Ley especifica el ámbito territorial en el que queda circunscrito,

⁸ La Ley Navarra 10/2011, este fin lo circunscribe a “los límites reconocidos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente” –artículo 2.b)– y la Ley Aragón 8/2011, a los límites establecidos por la legislación básica –artículo 2.b)–. Esta precisión resulta innecesaria por el carácter de básica de la Ley 41/2002.

⁹ La regulación del testamento vital en la Ley Andalucía 2/2010, no ha sido tratada en este capítulo al disponer la materia de un capítulo específico en la presente obra.

¹⁰ J. A. Díez Fernández, “Autonomía de paciente y deberes del médico en el proyecto de Ley Andaluza de “muerte digna””, *Cuadernos de bioética*, nº 71, 2010, pp. 51-60.

¹¹ Véanse artículo 1 Ley Aragón 10/2011 y Ley Navarra 8/2011.

¹² Véanse artículo 4 Ley Aragón 10/2011 y Ley Navarra 8/2011.

como no podía ser de otro modo, a la Comunidad Autónoma de Andalucía. Y en segundo lugar, se concreta a quiénes se les aplicará: personas que se encuentren en el proceso de la muerte o que afronten decisiones relacionadas con dicho proceso, como por ejemplo las relativas a la declaración de voluntad vital anticipada –artículo 9–, al personal implicado en la atención sanitaria de este tipo de pacientes, y por último, a los centros, servicios¹³ y establecimientos sanitarios, tanto públicos como privados, y entidades aseguradoras que presten sus servicios en Andalucía. Esta última previsión hace que el “derecho a la muerte digna” tenga una dimensión universal en toda Andalucía con independencia de la naturaleza de entidad que preste el servicio¹⁴.

V. EL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES

1. Derecho a la información asistencial como premisa¹⁵

El derecho de los pacientes a recibir la información asistencial constituye una cuestión de primer orden y uno de los deberes de la *lex artis ad hoc*¹⁶, sin el cual resulta sumamente complejo el ejercicio de los restantes derechos y garantías contemplados y reconocidos por la normativa.

Este derecho se recoge en el artículo 6.1 de la Ley Andalucía 2/2010, cuando se prevé que las “las personas que se encuentren en el proceso de muerte – situación de agonía y situación terminal– o que afronten decisiones relacionadas con dicho proceso, tienen derecho a recibir información...”. El citado precepto se remite a los artículos 4 y 5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica –una Ley que tiene condición de básica conforme a lo dispuesto en la disposición adicional primera– para concretar el ejercicio del mismo¹⁷.

¹³ La Ley Navarra 8/2011 es un poco más precisa en este aspecto y extiende el ámbito de aplicación a “todos los centros sanitarios y de atención sociosanitaria, tanto públicos como privados que presten sus servicios, tanto directos como de atención en domicilio en la Comunidad Foral” –artículo 3–.

¹⁴ La redacción del objeto de la Ley Aragón 10/2011 –artículo 3.1– es idéntica al de la Ley Andalucía 2/2010.

¹⁵ Véase, sobre del Derecho a la información asistencial, S. Gallego Riestra, *El derecho del paciente a la autonomía personal y las instrucciones previas: una nueva realidad legal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 110-111.

¹⁶ La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2011 (La Ley, 1997, 9738) se expresa del siguiente modo: «Ahora bien, un elemento esencial de esa *lex artis ad hoc* o núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos, es el de la obligación de informar al paciente, o en su caso, a los familiares del mismo».

¹⁷ Este derecho tiene distintas manifestaciones en el artículo 6 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía –artículo 6.1.c) y h)–.

De esta manera, la Ley Andalucía 2/2010 aporta poco al régimen establecido por la legislación básica estatal en esta cuestión, y, por tanto, es a esta última a la que debemos remitirnos para adentrarnos en la regulación de este derecho.

A) Titular del derecho

El titular del derecho a la información evidentemente es el paciente que se encuentra frente al proceso a la muerte o quienes afronten situaciones relacionadas con dicho proceso¹⁸, como se deriva del artículo 6.1 Ley Andalucía 2/2010, y 5.1 Ley 41/2002. Esta condición de titularidad no se pierde ni siquiera en los supuestos en los que el paciente se encuentra incapacitado, pues en estos supuestos, deberá ser informado de la manera más adecuada a sus capacidades y grado de discernimiento¹⁹ (artículos 10.3 y 5.2 Ley 41/2002) –huelga decir que siempre que sea posible– y a su representante legal (artículo 5.2 Ley 41/2002).

Esta última norma también establece el deber de informar a las personas vinculadas al paciente en un sentido amplio, en la medida que, al margen de la vinculación familiar, permite una vinculación de hecho. Sin embargo, esta amplitud requiere una concreción tanto en el término de vinculación familiar como en el concepto “vinculación de hecho”. Así, la vinculación familiar puede ser muy amplia, aunque al menos tiene un carácter objetivo, mientras que la vinculación de hecho también es amplia y de naturaleza subjetiva, al tener entrada desde los amigos a los compañeros de trabajo. Por tanto, debe hacerse una interpretación restrictiva para evitar colisiones con otros derechos como el de la intimidad. Recordemos que el paciente debe dar permiso, empleando la expresión –no muy afortunada– de la Ley 41/2002, ya sea expreso o tácito que se le facilite la información²⁰, lo cual no tiene sentido pues la idea debiera ser que la información se transmita a estas personas por su especial vinculación con el titular del derecho. En los demás supuestos sería suficiente con la autorización expresa. Por tanto, entiendo que el propósito de la norma debiera ser que la información se transmitiera a la familia cercana –padres, cónyuge (concepto que debería incluir a las parejas de hecho) e hijos– salvo que el titular se niegue expresamente y en los demás supuestos se debería exigir el consentimiento expreso.

¹⁸ Véase, sobre el concepto del titular del derecho a la información asistencial, S. Gallego Riestra, *El derecho del paciente a la autonomía personal y las instrucciones previas: una nueva realidad legal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 110-112.

¹⁹ Véanse artículos 10.3 Ley Andalucía 2/2010 y 5.2 Ley 41/2002.

²⁰ Compartimos el criterio de A. Berrocal Lazarot –“La autonomía del individuo en el ámbito sanitario”, en *Revista Foro, Nueva época*, nº 0, p. 242– cuando dispone que «la expresión “en la medida en que el paciente lo permita” (...) puede interpretarse tanto referida a las personas como al contenido de la información», p. 262. En la Ley Valencia 1/20003 –artículo 7.1– se refiere exclusivamente al contenido mientras que la Ley Foral Navarra 11/2002 –artículo 3.1– se encuentra en la misma línea de la Ley 41/2002.

B) Derecho a no saber

Como otra cara de la misma moneda del derecho a la información asistencial existe el “derecho a no saber” total o parcialmente, previsto con carácter general en el artículo 4.1 de la Ley 41/2002²¹. Así, la Ley Andalucía 2/2010 contempla la posibilidad de que los pacientes rechacen –resulta evidente que debe ser voluntaria y libremente– ser informados²².

Esta decisión deberá ser respetada, como dispone expresamente el artículo 6.2, tanto por el personal sanitario como por los centros e instituciones sanitarias²³, teniendo en cuenta que responde o es una manifestación de uno de los principios básicos de la Ley, como es el de “la promoción de la libertad, la autonomía y la voluntad de la persona, de acuerdo con sus derechos, preferencias, creencias y valores, así como la preservación de su intimidad y confidencialidad” –artículo 4.b)–.

En este caso, el Legislador andaluz exige que los facultativos le soliciten al paciente la designación de una persona que acepte recibir la información y tomar las decisiones en su representación –artículo 6.2– y les hagan “ver la transcendencia de la misma”.

La renuncia de los pacientes a ser informados –sería más correcto referirse al desistimiento del derecho a la información asistencial en la medida que el paciente en cualquier momento podría solicitar la información que estimase conveniente o necesaria– debe realizarse de forma expresa y deberá constar documentalmente –artículo 9.1 *in fine* Ley 41/2002–.

2. Toma de decisiones: incluido el rechazo al tratamiento

La Ley tras reconocer el derecho a la información asistencial –como primer paso o escalón necesario para ejercer con seriedad el principio de autonomía de los pacientes²⁴ y garantizar el pleno respeto de sus derechos y la toma de decisiones–, dispone que las personas que se encuentren en el proceso de muerte –incluso aquellas personas que afronten

²¹ A. Cavoukian «La confidencialidad en la genética: la necesidad del derecho a la intimidad y el derecho a “no saber”», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 2, 1995, pp. 53 y ss.

²² La regulación del “derecho a no saber” es idéntica en la Ley Aragón 10/2011 –artículo 6.2–.

²³ Debe tenerse presente que el artículo 9.1 de la Ley 41/2002 prevé que: “la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso”. Véase sobre este particular, M. Alonso Álamo, “El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico. Bases jurídicas e implicaciones penales”, en B. Mendoza Buergo (ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 111-112 y 128.

²⁴ A. Ruiz Miguel, “Autonomía individual y derecho a la propia muerte”, *Revista española de derecho constitucional*, nº 89, 2010, pp. 11-43.

decisiones relacionadas con dicho proceso²⁵– tendrán el derecho a “tomar decisiones respecto a las intervenciones sanitarias que les afecten” –artículo 7.1–²⁶.

Este derecho a la toma de decisiones por parte de los pacientes se refuerza con el deber de los médicos responsables respecto a la toma de decisiones clínicas, recogido en el artículo 18 de la Ley. Así, con carácter previo a cualquier intervención sanitaria, el médico responsable tiene la obligación de asegurarse de que la medida se encuentra clínicamente indicada para el paciente, tanto desde un punto subjetivo, desde el punto de vista personal del facultativo basado en su saber profesional y en su experiencia, como del paciente en virtud al estado clínico, gravedad y pronóstico, como desde un punto de vista objetivo, basándose en el estado de la ciencia. Sólo en los casos en que a juicio del profesional, ponderadas las dos perspectivas anteriores, estime conveniente la intervención sanitaria será cuando proponga la intervención o intervenciones posibles.

Los médicos responsables, como todos los profesionales implicados en la atención de los pacientes, por una parte, tienen la obligación de respetar los valores, creencias y preferencias de los mismos en la toma de decisiones clínicas, en los términos previstos en la Ley Andalucía 2/2010, en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en la Ley 5/2003, de 9 de octubre, y en sus respectivas normas de desarrollo, y, por otra parte, tienen el deber de abstenerse de imponer criterios de actuación basados en sus propias creencias y convicciones personales, morales, religiosas o filosóficas²⁷. El incumplimiento de este deber está tipificado como una infracción muy grave –artículo 31.1.b)–²⁸.

²⁵ La Ley Aragón 10/2011 incluye como un punto separado el derecho de toda persona a participar en la planificación anticipada de las decisiones sanitarias relativas a su proceso de morir y de la muerte” –artículo 7.1–.

²⁶ Véase, sobre la renuncia a tratamiento por motivos religiosos y sus implicaciones, M. Alonso Álamo, “El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico. Bases jurídicas e implicaciones penales”, en B. Mendoza Buergo (ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, Navarra, pp. 133-138.

²⁷ Véase en el mismo sentido, artículo 18.2 Ley Aragón 10/2011, y artículo 17.2 Ley Navarra 8/2011. Véase el interesante trabajo de F. Viola, “La voluntad del malato e l'etica del medico: il problema del conflitto”, en la *Ragion Pratica* (1994/2), pp. 215-226. Beltrán Aguirre califica como una de las grandes aportaciones de la Ley, “La precisa enumeración que hace de los deberes de los profesionales sanitarios. Entre ellos, destaca el deber de todos los profesionales sanitarios implicados en la atención del paciente de respetar los valores, creencias y preferencias del paciente en la toma de decisiones clínicas, debiendo abstenerse de imponer criterios de actuación basados en sus propias creencias y convicciones personales, morales o religiosas”, J. L. Beltrán Aguirre, “El derecho de las personas a una muerte digna”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2010, p. 5 (BIB 2010|1272).

²⁸ En relación a este deber de abstención del personal sanitario comparto con Beltrán Aguirre que destaca la “no regulación de la objeción de conciencia, lo que en términos jurídicos significa no reconocer su ejercicio en los concretos ámbitos regulados por la Ley”, J. L. Beltrán Aguirre, “El derecho de las personas a una muerte digna”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2010, p. 5 (BIB 2010|1272). Durante la tramitación parlamentaria, el Grupo Parlamentario Popular presentó distintas enmiendas para reconocer la objeción de conciencia. Entre ellas, se encontraba la Enmienda núm. 22, propuesta de modificación del artículo 1, para incluir entre el objeto de la Ley esta materia, pero especialmente destaca la Enmienda núm. 31, por la que se pretendía incluir un

En último caso, el paciente será el que acepte o rechace la intervención propuesta, tras un periodo de información y decisión, aunque ello pueda poner en peligro su propia vida²⁹ –artículo 8.1 Ley Andalucía 2/2010–³⁰, sin que ello pueda suponer un menoscabo de una atención sanitaria integral y del derecho a la plena dignidad de la persona en el proceso de la muerte –artículo 4.c)–³¹.

nuevo capítulo, concretamente el primero, bajo la rúbrica De la objeción de conciencia, al Título III de la Ley, que estaría compuesto por tres artículos. Véanse las Enmiendas núms. 32, 33 y 34, (BOPA núm. 382, de 22 de enero de 2010, pp. 14 y 15). Véase un detenido análisis sobre el fundamento jurídico de la objeción en M. Gascón Abellán, “Objeción de conciencia sanitaria”, en B. Mendoza Buergo (ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, Navarra, pp. 143-162. Igualmente resulta de interés S. Gallego Riestra, *El derecho del paciente a la autonomía personal y las instrucciones previas: una nueva realidad legal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 188-194.

²⁹ La posibilidad de rechazo de tratamiento, incluso cuando ello pueda hacer peligrar su vida, ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia constitucional desde hace años (STC 120/1990, 119/2001, y 154/2002. Igualmente es importante la STC 37/2011, de 28 de marzo (RTC 2011\37), que se conoce que este derecho forma parte del artículo 15 de la Constitución «una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas»; la cual sería «precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal (STEDH de 29 de abril de 2002, caso Pretty c. Reino Unido, § 63), y también por este Tribunal (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9)». Véase José Miguel Serrano Ruiz-Calderón, “Sentencias constitucionales sobre la muerte digna: STC 120/1990, de 27 de junio”, en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 54, 2006, pp. 229-258.

³⁰ Como manifiesta Beltrán Aguirre, “estos derechos ya asentados en nuestro ordenamiento jurídico desde la Ley 41/2002, y que ahora la Ley Andaluza los sitúa específicamente en el contexto del proceso de la muerte, son corolario del derecho fundamental a la integridad física puesto que ha declarado el Tribunal Constitucional en su sentencia 120/1990, de 27 de junio (RTC 1990, 120), que una asistencia médica impuesta al paciente en contra de su voluntad limita y, por tanto, vulnera el derecho fundamental a la integridad física, salvo que tal imposición tenga justificación constitucional”, J. L. Beltrán Aguirre, “El derecho de las personas a una muerte digna”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2010, p. 4 (BIB 2010|1272). Véanse artículos 26.1 Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud en la Comunidad Foral de Navarra, y 8.1 Ley Aragón 10/2011. Existen otros autores que cuestionan esta posición, cuando manifiestan que “es cuanto menos discutible la doctrina que acepta, con apoyo en la jurisprudencia constitucional, que el derecho a rechazar el tratamiento es un derecho fundamental que integra el contenido esencial del derecho a la propia integridad física reconocido en el artículo 15 de la Constitución... pero el derecho del paciente en situación terminal a no ser tratado –más precisamente, a que no se le prolongue artificialmente la vida– no se apoya tanto en el derecho a la integridad física cuanto en otro aspecto de la llamada “inviolabilidad”, esto es, el derecho a la integridad moral (con independencia de que pueda fundamentarse también en la libertad). Invirtiendo el razonamiento: no se vulnera la integridad física del enfermo cuando es mantenido artificialmente con vida en contra de su voluntad, sino, en su caso, su integridad moral o libertad. La renuncia al tratamiento encuentra mejor encuadre constitucional en la libertad o en la integridad moral/dignidad”, M. Alonso Álamo, “El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico. Bases jurídicas e implicaciones penales”, en B. Mendoza Buergo (ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, Navarra, pp. 133-134.

³¹ En el Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida, presentado por el Gobierno de Rodríguez Zapatero, se preveía expresamente la sedación paliativa. El artículo 6.2 resultaba muy claro en este sentido, cuando disponía que: “La negativa a recibir una intervención o tratamiento, o la deci-

De igual modo, en un momento posterior podría cambiar de parecer sobre el particular y aceptar la intervención o rechazarla (en el caso de que la hubiere aceptado) en los términos que expondremos en el epígrafe siguiente, y todo ello sin necesidad u obligación de expresar los motivos que le han conducido a tomar la decisión última³². Con todo, esta autonomía del paciente tiene dos límites que impone el artículo 6.ñ) de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía:

- a) Cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas en la Ley. En todos los casos se comunicará a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas cuando se requiera el internamiento obligatorio, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.
- b) Cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la persona enferma y no sea posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, lo dispuesto en su declaración de voluntad vital anticipada y, si no existiera esta, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a ella.

Sin embargo, la Ley Andalucía 2/2010, no ha previsto, como por ejemplo sí que lo ha hecho la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud en la Comunidad Foral de Navarra, el protocolo a seguir en los supuestos en que el paciente ingresado decida no continuar con el tratamiento. Aunque resulta razonable que el hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa necesariamente, en los supuestos en que se encuentre ingresado, cuando existan trata-

sión de interrumpirlos, no supondrá menoscabo alguno en la atención sanitaria de otro tipo que se le dispense, especialmente en lo referido a la destinada a paliar el sufrimiento, aliviar dolor y otros síntomas y hacer más digno y soportable el proceso final de su vida" [BOCG núm. 132-1, de 17 de junio de 2011 (Serie A)]. Véase J. R. Martínez Riera, "El derecho al cuidado en la muerte digna", en *Revista ROL de enfermería*, vol. 34, nº 10, 2011, p. 5.

³² En el proyecto de Ley Andaluza, el artículo 8, comenzaba con "La persona que se encuentre en el proceso de muerte...", restringiendo, por tanto, el derecho al rechazo y a la retirada de la intervención a las personas que se pudieran incluir en este marco conforme a la definición contemplada en el artículo 5. El Grupo Parlamentario Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía, presentó la Enmienda núm. 10, para sustituir "La persona que se encuentre..." por "Toda persona..." (BOPA núm. 382, de 28 de enero de 2010). Esta Enmienda fue incorporada por el Informe de la Ponencia constituida en el seno de la Comisión de Salud (BOPA núm. 403, de 22 de febrero). De esta manera, como manifiesta Beltrán Aguirre, "La redacción del proyecto de Ley solo amparaba casos de enfermedad mortal avanzada, esto es, cuando se está ante un proceso terminal de muerte próxima (pronóstico inferior a seis meses). La redacción finalmente aprobada, por el contrario, acoge procesos de enfermedad grave y permanente, sin posibilidades de curación, y dependiente de un respirador artificial u otro mecanismo de soporte vital, pero que puede mantener y de hecho mantiene la vida biológica durante un tiempo indeterminado, más o menos largo, de manera que puede decirse que estamos ante un proceso estable clínicamente", J. L. Beltrán Aguirre, "El derecho de las personas a una muerte digna", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2010, p. 6 (BIB 2010|1272).

mientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos³³.

Distintos serán los supuestos en los que no exista tratamiento alternativo disponible o se rechazasen todos los ofrecidos y disponibles. En estos casos, el artículo 53 de la citada Ley manifiesta que se propondrá al paciente la firma del alta voluntaria y cuando no la firmase, la dirección del centro, a propuesta del profesional sanitario responsable, podrá ordenar el alta forzosa del paciente.

3. Consentimiento informado

Toda intervención requerirá un previo consentimiento libre y voluntario de los pacientes, una vez que hayan recibido y valorado la información recibida, voluntad que se manifiesta a través del “consentimiento informado”³⁴ –artículo 7.2–, que como el Tribunal Constitucional ha manifestado: “La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral³⁵, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental”³⁶.

La Ley Andalucía 2/2010 realiza una salvedad a lo anterior cuando se refiere al artículo relativo a los derechos de los menores –artículo 11–³⁷, en los que en muchas ocasiones,

³³ Véase artículo 53.1 Ley Foral 17/2010.

³⁴ Véase, para saber más sobre el consentimiento informado, entre otros, J. C. Galán Cortés, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001; A. Rovira Viñas, *Autonomía personal y tratamiento médico: (una aproximación constitucional al consentimiento informado)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor. Navarra, 2007; A. Pelayo González-Torre, *La intervención jurídica de la actividad médica: el consentimiento informado*, Dykinson, Madrid, 1997; N. Sanz Mulas (coord.), *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, Comares, Granada, 2012; M. Palomares Bayo, J. López y García de la Serrana (coords.), *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital: análisis de la legislación europea, nacional y autonómica: estudio de su evolución jurisprudencial*, Comares, Granada, 2002.

³⁵ Véase M. Hernández Ramos, “El consentimiento informado y el derecho fundamental a la integridad física y moral”, en N. Sanz Mulas (coord.), *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, Comares, Granada, 2012, pp. 1-10.

³⁶ STC núm. 37/2011, de 28 marzo (RTC 2011\37).

³⁷ Debe tenerse presente el artículo 10.3 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía cuando dispone que: “Los menores, cuando sean atendidos en los centros sanitarios de Andalucía, además de todos los derechos generales, tendrán derecho a recibir una información adaptada a su edad, desarrollo mental, estado afectivo y psicológico, con respecto al tratamiento médico al que se les someta.

como veremos, serán padres, tutores o incluso la autoridad judicial, quien decidirá pero, aún en estos supuestos, en que la decisión corresponde a una persona distinta al paciente, este último tiene el derecho a ser informado conforme a su grado de entendimiento. Con todo, entiendo que la Ley debería haber incluido en esta excepción igualmente a los incapacitados de hecho o judicialmente –artículo 10– pues en estos casos igualmente serán otros los que tomen las decisiones y presten el consentimiento informado³⁸.

El consentimiento, como manifiesta el artículo 7.3 de la Ley Andalucía 2/2010, que sigue lo previsto en el artículo 8.2 de la Ley 41/2002, se prestará de forma verbal, con carácter general, y se dejará constancia en la historia clínica. Sin embargo, deberá prestarse por escrito en los supuestos recogidos en el citado precepto de la Ley 41/2002, esto es³⁹:

- Intervención quirúrgica.
- Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores.
- En general, en los supuestos de aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

Con todo, el artículo 10.2 de la Ley 41/2002, dispone que “el médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente”.

En este apartado debemos traer a colación los supuestos en los que el paciente rechaza la intervención propuesta o solicita la retirada de una intervención, es decir, la revocación del consentimiento informado. En ambos supuestos se requiere que el rechazo se formalice por escrito –artículos 8.1 y 8.3–⁴⁰, conste en la historia clínica –artículos 8.1 y 8.3 *in*

Los padres, o tutores de los menores, serán informados de los motivos de la atención, de la gravedad de los procesos, de las medidas sanitarias y tratamientos a seguir, y tendrán derecho al acompañamiento del menor durante el máximo tiempo posible, siempre que no afecte a la actividad realizada por los profesionales.

Para la realización de cualquier intervención que suponga un riesgo para la vida del niño, se recabará el previo consentimiento de los padres o tutores en los términos establecidos en la legislación vigente. En el caso de negativa de los padres o tutores, primará el interés del niño”.

³⁸ La opción propuesta fue la seguida por la Ley Aragón 10/2011 cuando incluye en la excepción tanto a los supuestos previstos para los menores, como a los incapaces –artículos 10 y 11–; preceptos que, por cierto, tienen una redacción muy similar a los de la Ley Andalucía 2/2010.

³⁹ En los supuestos en que sea necesario el consentimiento por escrito, la Ley 41/2002 prevé una serie de obligaciones del médico con carácter previo al recabar el consentimiento por escrito, cuando dispone que “1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento por escrito, la información básica siguiente: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. d) Las contraindicaciones” –artículo 10.1–.

⁴⁰ Véanse artículo 8.2 *in fine* Ley Navarra 8/2011, y artículo 8.1 Ley Aragón 10/2011.

*fine*⁴¹ y en la hipótesis de que no pudiese firmar, lo hará en su lugar otra persona que actuará como testigo, debiendo dejar constancia de su identificación y del motivo que impide la firma por la persona que rechaza la intervención propuesta. Como podemos apreciar, con independencia de que la regla general es la prestación del consentimiento verbal, cuando se produce un rechazo de la intervención propuesta o una revocación del consentimiento informado, con independencia de la manera en que se formalizara (por escrito o de forma verbal) la revocación o la renuncia siempre deberán efectuarse por escrito.

La revocación de un consentimiento informado respecto a una intervención concreta necesariamente supondrá o implicará la interrupción o suspensión de la misma, aunque pueda poner en peligro la vida del paciente. Esta regla tiene una excepción, como ya hemos visto, en la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, en su artículo 6.º), esto es, cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas en la Ley.

4. Situaciones especiales

A) Personas incapaces

La Ley Andalucía 2/2010, como hacen igualmente las Leyes de Aragón y Navarra⁴², dedica un artículo específico a los derechos de las personas en situación de incapacidad, distinguiendo entre la incapacidad de hecho y la incapacidad judicial.

Es un precepto, concretamente el décimo, que tiene por propósito determinar esencialmente a quien corresponderá recibir la información del paciente, la prestación del consentimiento informado y, en su caso, de la elección del domicilio donde recibirá los cuidados paliativos integrales más que de derechos concretos o determinados a favor de las personas que se encuentran en esta situación. Todo ello bajo el principio de que el ejercicio de los derechos por parte de los responsables se hará “siempre buscando su mayor beneficio y el respeto a su dignidad personal”⁴³.

Sin embargo, es importante reseñar que la Ley, recogiendo el principio previsto en el artículo 5.2 de la Ley básica 4/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, no priva del derecho de estas personas a ser informadas y les permite participar en el proceso de

⁴¹ Véanse, en el mismo sentido, artículo 8.2 in fine Ley Navarra 8/2011, artículo 53.1 Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud en la Comunidad Foral de Navarra, y artículo 8.1 Ley Aragón 10/2011.

⁴² Artículo 10 Ley Aragón 10/2011, y 11 Ley Navarra 8/2011.

⁴³ Véanse, en el mismo sentido, artículo 10.4 Ley Aragón 10/2011, y artículo 11.4 Ley Navarra 8/2011.

toma de decisiones, claro está de modo adecuado a su grado de entendimiento⁴⁴. De esta manera, se impone como un deber al personal facultativo informar al paciente con independencia del grado de incapacidad para que en la medida de lo posible pueda participar de las decisiones que puedan afectar al proceso que vive. A mayor abundamiento, se establece como criterio para la interpretación de la voluntad de los pacientes los que se hubieran expresado o manifestado con anterioridad a la incapacitación, así como los que hubiera formulado presuntamente de encontrarse en situación de capacidad –artículo 10.3 *in fine*–⁴⁵.

a) *Incapacidad de hecho*.

La incapacidad de hecho, definida como “situación en la que las personas carecen de entendimiento y voluntad suficientes para gobernar su vida por sí mismas de forma autónoma, sin que necesariamente haya resolución judicial de incapacitación” –artículo 5.ñ) Ley Andalucía 2/2010– plantea una serie de problemas o dificultades que pueden ser agrupadas en dos:

- a) Determinar o concretar quién velará por los derechos del paciente, en un sentido amplio, y tomará las decisiones que se produzcan durante el proceso.
- b) Determinar el proceso o procedimiento de la incapacitación.

En cuanto a la primera cuestión, en el caso de las personas con una incapacidad de hecho la recepción de la información, prestación del consentimiento informado, y en su caso, la elección del domicilio para recibir los cuidados intensivos, se realizarán conforme al orden previsto en el artículo 10 de la Ley⁴⁶:

- Persona designada específicamente a tal fin en la declaración de voluntad vital anticipada.
- Persona que actúe como representante legal.
- Cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad.
- Familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado el de mayor edad.

Para concluir este sistema de prelación, el citado precepto recoge una cláusula de cierre, cuando se dispone que todo ello sin perjuicio de lo que pudiera decidir la autoridad judicial competente conforme a la legislación procesal.

Como puede apreciarse, como primer criterio se recurre a la persona designada en la declaración de voluntad vital, y, por tanto, se prioriza la voluntad del paciente manifestada en

⁴⁴ Véanse, en el mismo sentido, artículo 10.3 Ley Aragón 10/2011, y artículo 11.3 Ley Navarra 8/2011.

⁴⁵ Véanse, en el mismo sentido, artículo 10.4 Ley Aragón 10/2011, y artículo 11.4 Ley Navarra 8/2011.

⁴⁶ En el Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida se preveía expresamente la sedación paliativa, presentado por el Gobierno de Rodríguez Zapatero, se incluía el mismo sistema de prelación en el artículo 8.1 [BOCG núm. 132-1, de 17 de junio de 2011 (Serie A)]. En el mismo sentido artículos 11.1 Ley Navarra 8/2011, y 10.1 Ley Aragón 10/2011.

un momento anterior, opción que es seguida tanto por la Ley Aragonesa como por la Ley Navarra. Sin embargo, a diferencia de las dos leyes anteriores, la Ley Andaluza contempla como segunda opción al “representante legal”. Esta opción del Legislador podría plantear alguna duda en cuanto a la figura a la que se está refiriendo. Entiendo que se refiere al representante del artículo 6.1 de la Ley Andalucía 2/2010. Es decir, aquel que el personal sanitario solicitará al paciente que designe cuando se niegue a recibir información para que la reciba en su nombre y tome las decisiones en su representación. Es evidente que tal designación debe ser efectuada con anterioridad a la declaración de incapacidad de hecho y tendrá efecto siempre y cuando no hubiere sido revocada con anterioridad a la declaración.

El tercer criterio es el cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad. En este último concepto entrarían las parejas de hecho en sentido propio e impropio.

En cuarto y último lugar, se encuentran los familiares del grado más próximo. Este último concepto plantea la duda de ¿qué debemos entender por grado más próximo? Tanto en relaciones de consanguinidad como de afinidad la proximidad resulta sencilla de determinar, ¿pero qué prevalece, la consanguinidad o la afinidad? ¿Un primo o un cuñado? La respuesta, *a priori*, es compleja y nada clara en la Ley Andaluza. Por tanto, propongo de *lege ferenda* como *modus operandi* en este tipo de supuestos dar prioridad a la consanguinidad sobre la afinidad pero no de forma automática, sino acudiendo al criterio de la Ley Aragonesa, es decir, siempre que dicho familiar “se ocupe de él” –artículo 10.1–. De esta manera, un cuñado tendrá preferencia incluso sobre un hermano del paciente, siempre que sea el que se ocupe de él.

En los supuestos de incapacidad de hecho se plantea, al margen de la cuestión abordada anteriormente, otra cuestión de enorme transcendencia, que no surge en el caso de la incapacidad judicial. Me refiero al procedimiento de declaración de la incapacidad.

La Ley Andalucía 2/2010, en el artículo 20 –precepto que se inserta dentro del Título III de la Ley, *Deberes de los profesionales sanitarios que atienden a pacientes ante el proceso de la muerte*– bajo la rúbrica, *Deberes con respecto a las personas que puedan hallarse en situación de incapacidad de hecho*, atribuye al médico responsable la obligación de valorar si la persona que se halla bajo su atención médica pudiera encontrarse en una situación de incapacidad de hecho, que le impidiera decidir por sí misma, todo ello sin perjuicio de la posibilidad que se prevé de que pueda contar con la opinión de otros profesionales implicados directamente en la atención de los pacientes. Asimismo, se podrá consultar a la familia con objeto de conocer su opinión –artículo 20.2–⁴⁷.

⁴⁷ Esta facultad otorgada a los médicos se recoge o prevé en la Ley básica 4/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, artículos 5.2 y 9.3.a).

El artículo 20.1 de la Ley establece una serie de factores para determinar la situación de incapacidad de hecho que deberán ser evaluados⁴⁸:

- a) Si tiene dificultades para comprender la información que se le suministra.
- b) Si retiene defectuosamente dicha información durante el proceso de toma de decisiones.
- c) Si no utiliza la información de forma lógica durante el proceso de toma de decisiones.
- d) Si falla en la apreciación de las posibles consecuencias de las diferentes alternativas.
- e) Si no logra tomar finalmente una decisión o comunicarla.

Sin embargo, estos criterios o factores no son un *numerus clausus* pues el médico responsable podrá acudir a todos aquellos que estime clínicamente convenientes, pues huelga recordar que nos hallamos ante una obligación que entraña una enorme responsabilidad. Como ocurre con todos los datos relevantes o que afectan a los pacientes, el médico responsable debe hacer constar en la historia clínica tanto la valoración debidamente motivada de la situación de incapacidad de hecho, aunque la Ley no atribuya expresamente la obligación al mismo (aunque la lógica no admite otra posibilidad pues la incorporación de una cuestión de tanta importancia y que se deriva de un juicio de un profesional, debe ser introducida por él mismo) –artículo 20.1–, como de la persona que deberá actuar en nombre de la persona en situación de incapacidad –20.3–.

Cuadro resumen del régimen de los pacientes con incapacidad de hecho

Proceso de declaración de la incapacidad de hecho	Corresponde:	Al médico responsable y podrá contar con la opinión de otros profesionales implicados directamente en la atención del paciente y consultar a la familia.
	Criterios:	Se evaluarán, entre otros factores que se estimen clínicamente convenientes, los siguientes: a) Si tiene dificultades para comprender la información que se le suministra. b) Si retiene defectuosamente dicha información durante el proceso de toma de decisiones. c) Si no utiliza la información de forma lógica durante el proceso de toma de decisiones. d) Si falla en la apreciación de las posibles consecuencias de las diferentes alternativas. e) Si no logra tomar finalmente una decisión o comunicarla.
	Obligaciones del médico responsable:	Dos obligaciones en relación a la historia clínica: a) Incluir la valoración de incapacidad de hecho. b) Incorporar los datos de la persona que deba actuar por el paciente en situación de incapacidad.

⁴⁸ Véanse, en el mismo sentido, artículo 20.1 Ley Aragón 10/2011, y artículo 19.1 Ley Navarra 8/2011.

Persona que actuará en nombre del paciente para la:	Recepción de la información Prestación del consentimiento Elección del domicilio para recibir cuidados paliativos integrales	<ul style="list-style-type: none"> - Persona designada específicamente a tal fin en la declaración de voluntad vital anticipada. - Persona que actúe como representante legal. - Cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad. - Familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado, el de mayor edad. <p>* Todo ello, sin perjuicio de lo que pudiera decidir la autoridad judicial.</p>
---	--	--

b) Incapacidad judicial.

En el supuesto de pacientes incapacitados judicialmente, la Ley, como por otra parte no podía ser de otra forma, remite a lo previsto en la sentencia judicial de incapacitación. Sin embargo, la Ley, con buen criterio, prevé la posibilidad de que en la sentencia no exista prohibición o limitación expresa sobre la recepción de información o la prestación del consentimiento informado en cuyo caso el médico responsable valorará la capacidad de hecho del paciente, siguiendo el esquema que hemos visto en el epígrafe anterior.

B) Menores de edad

La Ley Andalucía 2/2010 contempla un régimen específico o complementario para los menores de edad, condición que no se ostenta hasta los 18 años conforme al artículo 12 de la Constitución.

De esta manera, el artículo 11 de la citada Ley recoge como premisa el derecho de todo menor a recibir información sobre su enfermedad y sobre las intervenciones sanitarias que se propongan. Esta información debe ser trasladada de forma o de manera adecuada y adaptada a la comprensión de los menores por parte de los profesionales sanitarios⁴⁹, debiendo velar por el cumplimiento de este derecho el médico responsable.

⁴⁹ Ya con anterioridad, y aún vigente, el artículo 5 del 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 y se crea el Consejo de Salud de las Personas Menores de Edad, bajo la rúbrica, Derecho a la información, dispone que: "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 de edad. 2. Los profesionales sanitarios responsables de la persona menor de

Con todo, la Ley Andalucía 2/2010, siguiendo el ejemplo de la Ley 4/2002, prevé un régimen especial atendiendo a las condiciones del menor y a la edad del mismo en relación al consentimiento informado. Así, en los supuestos en que aquellos no sean capaces, en un sentido amplio, pues se contempla una incapacidad intelectual o emocional⁵⁰, el consentimiento corresponderá al representante⁵¹. Opción que debe ser tildada de lógica y

edad garantizarán el cumplimiento del derecho a la información del paciente menor de edad y de su padre y madre o representante legal. Se considerará que el padre y la madre tienen derechos y obligaciones iguales respecto de la persona menor, salvo que se acredite documentalmente que el ejercicio de la patria potestad corresponde exclusivamente al padre o a la madre. 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". En este sentido, véase la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y la Carta Europea del Niño. Pero incluso antes la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía, contemplaba expresamente, en el artículo 10.4 dispone que: "Los menores tienen derecho a estar acompañados por sus padres, tutores, guardadores u otros familiares, durante su atención en los servicios de salud, tanto especializados como de atención primaria. La Administración de la Junta de Andalucía, a través de los organismos competentes, regulará la accesibilidad de padres, tutores, guardadores y familiares, estableciendo las normas de acreditación y los controles necesarios que garanticen este derecho".

⁵⁰ Como ha puesto de relieve P. Simón "La cuestión del consentimiento informado en el caso de los menores es quizás una de las cuestiones más complejas y debatidas en la actualidad, y también una de las que más angustian a los clínicos", en su artículo "La capacidad de los pacientes para tomar decisiones una tarea todavía pendiente", *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.*, nº 28, 2008, pp. 325-348. Como señala del Río Sánchez, en los últimos años se está imponiendo la tesis del "respeto a la autodeterminación y autonomía de aquellos menores o adolescentes con suficiente capacidad de discernimiento y la consideración de su derecho a tomar decisiones sobre hechos que pueden afectar a su salud. La principal dificultad de la doctrina del "menor maduro" se encuentra precisamente en la valoración de la madurez o capacidad para tomar decisiones ya que no existen directrices claras ni suficientes procedimientos validados". Véase C. del Río Sánchez, "El consentimiento informado en menores y adolescentes. Contexto ético-legal y algunas cuestiones problemáticas", en *Información psicológica*, nº 100, 2010, pp. 60-67. Véanse también P. Simón y M. Barrio, "La capacidad de los menores para tomar decisiones sanitarias: un problema ético y jurídico", *Revista Española de Pediatría*, 1997, pp. 107-119; I. Barrio, "El problema de la capacidad de los menores para tomar decisiones sanitarias: nuevo contenido en la responsabilidad profesional de la enfermera", *Enfermería Clínica*, nº 4, 1998, pp. 161-165. D. García, "Toma de decisiones en el paciente menor de edad", *Med Clin (Barc.)*, nº 117, 2001, pp. 179-190. B. Orgando, C. García, "Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro", *Pediatría Integral*, XI 2007, pp. 877-883. Véase igualmente sobre la edad para consentir, S. Gallego Riestra, *El derecho del paciente a la autonomía personal y las instrucciones previas: una nueva realidad legal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 114-115.

⁵¹ En este mismo sentido, el artículo 6.1 del Decreto 246/2005, de 8 de noviembre, 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 y crea el Consejo de Salud de las Personas Menores de Edad. Como apunta Alonso Álamo, más conflictivo resulta el consentimiento por representación o sustitución cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones a criterio del médico responsable, cuando el paciente esté incapacitado legalmente, o cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectualmente ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En estos casos, "no puede aceptarse sin reservas la representación o la sustitución para rechazar un tratamiento vital", M. Alonso Álamo, "El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico. Bases jurídicas e implicaciones penales", en B. Mendoza Buergo (ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, Navarra, p. 135.

acertada. Sin embargo, el artículo 11.2 *in fine* de la Ley Andaluza remite al artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, que exige –incluso en estos supuestos– que el menor sea escuchado siempre que tenga doce años cumplidos⁵². Esta obligación, que se deriva de la normativa básica estatal, me resulta contradictoria pues, si emocionalmente o intelectualmente no es capaz de entender, con independencia de la edad, se le puede llegar a causar un daño que se podría evitar, y por tanto, surge la duda de la oportunidad de la previsión. En este supuesto es más claro el artículo 6.2 del 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 y se crea el Consejo de Salud de las Personas Menores de Edad, cuando dispone que “Aun cuando el consentimiento tuviera que ser otorgado por el padre, madre o representante legal, en el caso de menores con doce años cumplidos, la opinión de éstos será escuchada antes de que se otorgue el consentimiento, si aprecia el personal médico responsable del o de la paciente que dispone de capacidad intelectual y emocional para expresarla”⁵³.

Al margen del supuesto anterior, tanto la Ley Andaluza como la Ley estatal contemplan, en los casos de menores que no sean incapaces ni se hallen incapacitados, y sean mayores de dieciséis años y/o se encuentren emancipados, el derecho a prestar por sí mismas el consentimiento informado –y a revocarlo (artículos 11.3 y 8.2 Ley Andalucía 2/2010)–, sin que quepa el consentimiento por representación, salvo voluntad expresa del paciente menor. Con todo, y pese a ello, los padres o representantes legales serán informados y su opinión será tenida en cuenta en el proceso de toma de decisiones –artículo 11.3 Ley Andalucía 2/2010–, siempre y cuando nos hallemos ante una actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo –artículo 9.3.c) *in fine* Ley 41/2002–⁵⁴.

⁵² Antes de los 12 años se da la presunción legal de incapacidad y se obtiene el consentimiento por representación. Entre los 12 y los 15 años habría que valorar la madurez para tener en cuenta la capacidad de decidir. “Así surge el término “menor maduro” para designar un sujeto que siendo menor de edad posee un grado de madurez psicológica y humana que le permite disfrutar de los derechos de personalidad en grado mayor o menor”, C. Martínez, “Problemas éticos y legales en Pediatría”, *Bol Pediatr*, nº 49, 2009, pp. 303-306. Como señala González Carrasco, “el concepto madurez suficiente para ser escuchado y participar en todas las cuestiones que le afecten se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico, y se ha introducido la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio de sus derechos. El artículo 162.1 del Código civil español exceptúa la representación legal de los padres en los actos de los menores relativos a los derechos de la personalidad (como son el derecho a la intimidad –espiritual, corporal o sexual–, a la salud, a las relaciones paternofiliales, a la propia muerte, la sexualidad o la procreación), u otros que el hijo puede disfrutar, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, así como aquellos en los que exista conflicto de intereses entre los padres y los hijos”. Véase, para saber más del menor maduro en nuestra legislación, al margen del extracto reproducido, E. González Carrasco, “Autonomía y tratamiento médico del menor”, en B. Menedoza Burgo (ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, Navarra, pp. 197-198.

⁵³ En los supuestos en que nos hallemos ante un menor maduro en desacuerdo con el criterio de los padres en relación a una actuación médica, una de las soluciones podría ser acudir al Comité de Ética Asistencial.

⁵⁴ La Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de Dignidad de la Persona en el Momento de la Muerte, solventa o al menos aporta una mayor claridad, a mi juicio, a este tema al disponer que “las personas menores emancipadas o con dieciséis años cumplidos prestarán por sí mismas el consentimiento, si bien, cuando corresponda –entiendo

Igualmente se prevé que este último grupo de menores –emancipados y mayores de dieciséis– podrán rechazar la intervención que les sea propuesta por los profesionales sanitarios (artículos 11.3 y 8.1 Ley Andalucía 2/2010).

Cuadro resumen de los derechos de los menores

	Derecho a ser informado	Derecho a que su opinión sea escuchada	Revocar el consentimiento informado	Rechazar la intervención propuesta por los profesionales sanitarios
< 12 años	Sí	No	No	No
> 12 años	Sí	Sí	No	No
> 16 años o emancipados	Sí	Sí	Sí	Sí

VI. DERECHO A NO SUFRIR

Una de las cuestiones principales que preocupan en el proceso de la muerte es la incertidumbre del sufrimiento físico que se derivará del mismo, en su caso, y el deseo humano de morir sin dolor⁵⁵. El Estatuto de Autonomía de 2007, consciente de esta “reivindicación

que en los casos de “grave riesgo”– sus padres o representantes serán informados y su opinión tenida en cuenta para la toma de la decisión final correspondiente (artículo 12). En caso de conflicto prevalecerá la opinión del menor...”. De esta manera, los padres y representantes legales serán tenidos en cuenta e informados pero, en caso de conflicto, siempre prevalecerá el criterio del menor. La solución o el tratamiento de la Ley 10/2011, de 24 de marzo, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de Morir y de la Muerte en la Comunidad Autónoma de Aragón, es más complejo, pues distingue entre pacientes menores y mayores de catorce años. En el primero de los supuestos, con independencia de la edad del menor, siempre y cuando tenga la capacidad de entender el alcance de la intervención, el consentimiento informado corresponderá al menor, aunque se requerirá la autorización conjunta de los padres o del tutor. En el caso o la hipótesis de la negativa por parte de alguno de ellos, la autorización podrá ser suplida por el juez. Teniendo en cuenta que contra la voluntad del menor sólo es posible practicar intervenciones sanitarias con autorización judicial en interés del mismo. En los supuestos en que el menor sea mayor de catorce años y tenga el juicio suficiente para comprender el alcance de la intervención, podrá prestar por sí mismo el consentimiento informado y otorgar el documento de voluntades anticipadas, con la asistencia de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor. Cuando exista la imposibilidad de prestar asistencia por parte de aquellos, el menor podrá solicitarla a la Junta de Parientes o al juez. En el caso de mayores de dieciséis o menores emancipados, el régimen es igual para todo el territorio nacional, pues deriva de la Ley 41/2002, que es una Ley básica.

⁵⁵ Véase M. Gómez Arcas, “No me da miedo la muerte, me da miedo el dolor”, *Index de enfermería: información bibliográfica, investigación y humanidades*, nº 58, 2007, pp. 63-67. M. Boladeras resume una serie de artículos publicados en *El País* en el año 2005 en los que se recogían los datos más relevantes de un estudio coordinado desde el hospital Torrecárdenas de Almería. Del mismo se derivaba que “en el 48,2% de los enfermos sufría

social”, incluyó el artículo 20.2 en el que reconoce “a todas las personas tienen derecho a recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrales y a la plena dignidad en el proceso de su muerte”, consagrando el “derecho a no sufrir” al más alto nivel⁵⁶.

En sentido la Ley Andaluza recoge entre sus principios básicos “la garantía del derecho de todas las personas a recibir cuidados paliativos integrales y un adecuado tratamiento del dolor en el proceso de la muerte” –artículo 4.d)–. Principio que se materializa en un conjunto de preceptos que configuran o recogen una serie de derechos, que unidos, podríamos decir que dan forma al Derecho a no sufrir. Estos van desde el derecho a recibir cuidados paliativos integrales, al tratamiento del dolor, para concluir con el derecho a la administración de sedación paliativa.

una enfermedad crónica terminal, el 42,8% neoplasias diversas extendidas, y el 9% restante, una enfermedad aguda intratable. Se describe que el 70% de los pacientes agonizó sin ayuda médica suficiente: con dolor no controlado, disnea, angustia vital, vómitos, miedo o agotamiento. El 30% no recibió analgesia ni sedación de ningún otro tipo y otro 40% recibió analgesia, pero limitada, no centrada en el paciente y manifiestamente mejorable. Todos los pacientes menos uno tenían puesto algún catéter al morir, y aunque todos padecieron disnea, sólo se suplementó oxígeno en el 76% de los casos, morían extenuados, dice el estudio. Pese a lo inevitable de la muerte, solo había orden documentada de no reanimar en el 42,9% de los enfermos, y sólo en 29 casos las enfermeras fueron informadas de que se trataba de enfermos terminales”. Véase, sobre el deseo humano a no sufrir en el proceso de la muerte, M. Boladeras, *El derecho a no sufrir*, ob. cit., pp. 51-69.

⁵⁶ Mucho se ha discutido sobre los problemas que plantean el rechazo de tratamiento, la limitación de medidas de soporte vital y la sedación paliativa al entender algunos que aquellas prácticas se encuentran en el campo de la eutanasia pasiva, criterio que no comparto. La exposición de motivos de la Ley Andalucía 2/2010 se muestra contundente cuando manifiesta que estas acciones no “deben ser calificadas como acciones de eutanasia. Dichas actuaciones nunca buscan deliberadamente la muerte, sino aliviar o evitar el sufrimiento, respetar la autonomía de los pacientes y humanizar el proceso de la muerte. Aceptar el derecho de las personas enfermas a rechazar una determinada intervención sanitaria no es sino mostrar un exquisito respeto a la autonomía personal, a la libertad de cada cual para gestionar su propia biografía asumiendo las consecuencias de las decisiones que toma”. El Dictamen núm. 90/2007, del Consejo Consultivo de Andalucía, al analizar una solicitud de suspensión de tratamiento con ventilación mecánica, vino a respaldar esta decisión al considerar que «... se trata de una petición amparada por el derecho a rehusar el tratamiento y su derecho a vivir dignamente...» y que «...resulta exigible la conducta debida por parte de los profesionales sanitarios para que sea respetado el derecho de la misma a rehusar los medios de soporte vital que se le aplican...». El uso inadecuado de medidas de soporte vital, esto es, su aplicación cuando no tienen otro efecto que mantener artificialmente una vida meramente biológica, sin posibilidades reales de recuperación de la integridad funcional de la vida personal, es contrario a la dignidad de la vida humana. Por eso, no iniciar o retirar dichas medidas es algo que solo aspira a respetar dicha dignidad de forma plena. Facilitar, a aquellas personas en situación terminal que libremente lo deseen, la posibilidad de entrar en la muerte sin sufrimiento, en paz, no puede ser sino otra expresión del respeto a la dignidad del ser humano. Ninguna de estas prácticas puede ser considerada contraria a una ética basada en la idea de dignidad y en el respeto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, antes al contrario, deben ser consideradas como buenas prácticas clínicas y actuaciones profesionales plenamente conformes a la legalidad vigente.

1. Derecho a cuidados paliativos integrales

Como se manifiesta en la Exposición de motivos de la Ley Andalucía 2/2010, “entre los contenidos claves del ideal de muerte digna que gozan de consenso se encuentra el derecho de los pacientes a recibir cuidados paliativos integrales de alta calidad⁵⁷. La Recomendación 1418/1999, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre «Protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos», ya lo estableció así”⁵⁸.

Los cuidados paliativos comprenden todo un conjunto de medidas, que se limitan a las personas que se encuentren en situación terminal⁵⁹ o situación de agonía⁶⁰, no exclusivamente destinadas a prevenir o aliviar el sufrimiento, sino destinadas a mejorar la calidad de vida, definida como satisfacción individual antes las condiciones objetivas de la vida desde

⁵⁷ Dentro de la batería de medidas para preservar los derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte, la Ley Andalucía 2/2010 prevé, en materia de cuidados paliativos, que “La Administración Pública Sanitaria, para el mejor cumplimiento de lo establecido en la presente Ley en relación a la prestación de cuidados paliativos, procurará una formación específica de alta calidad a sus profesionales en su ámbito y promoverá las medidas necesarias para disponer en el Sistema Sanitario Público de Andalucía del número y dotación adecuados de unidades de cuidados paliativos y equipos de soporte”, disposición adicional tercera.

⁵⁸ Recordemos que la atención paliativa a enfermos terminales se incluye en las carteras de servicios comunes de atención primaria y especializada, según determina el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, sobre cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, en el Anexo II.7 cuando dispone, bajo la rúbrica, Atención paliativa a enfermos terminales, que “Comprende la atención integral, individualizada y continuada de personas con enfermedad en situación avanzada, no susceptible de recibir tratamientos con finalidad curativa y con una esperanza de vida limitada (en general, inferior a 6 meses), así como de las personas vinculadas a ellas. Su objetivo terapéutico es la mejora de su calidad de vida, con respeto a su sistema de creencias, preferencias y valores. Esta atención, especialmente humanizada y personalizada, se presta en el domicilio del paciente o en el centro sanitario, si fuera preciso, estableciendo los mecanismos necesarios para garantizar la continuidad asistencial y la coordinación con otros recursos y de acuerdo con los protocolos establecidos por el correspondiente servicio de salud. Incluye: 7.1 Identificación de los enfermos en situación terminal, según los criterios diagnósticos y la historia natural de la enfermedad. 7.2 Valoración integral de las necesidades de pacientes y cuidadores/as y establecimiento de un plan de cuidados escrito que incluya medidas preventivas, recomendaciones higiénico-dietéticas, control de los síntomas y cuidados generales. 7.3 Valoración frecuente y control de síntomas físicos y psíquicos, indicando el tratamiento farmacológico y no farmacológico del dolor y de otros síntomas. Información y apoyo al paciente en las distintas fases del proceso. 7.4 Información, consejo sanitario, asesoramiento y apoyo a las personas vinculadas al paciente, especialmente al cuidador/a principal. 7.5 En las situaciones que lo precisen, y particularmente en los casos complejos, se facilita la atención por estructuras de apoyo sanitario y/o social o por servicios especializados, tanto en consultas como en el domicilio del paciente o mediante internamiento, en su caso”.

⁵⁹ Situación terminal: “presencia de una enfermedad avanzada, incurable y progresiva, sin posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico, con un pronóstico de vida limitado y en la que pueden concurrir síntomas intensos y cambiantes que requieran una asistencia paliativa específica”, –artículo 5.o)–.

⁶⁰ Situación de agonía: “fase gradual que precede a la muerte y que se manifiesta clínicamente por un deterioro físico grave, debilidad extrema, trastornos cognitivos y de conciencia, dificultad de relación y de ingesta, y pronóstico vital de pocos días” – artículo 5.n)–.

los valores y las creencias personales, de los pacientes y de sus familias ante el proceso concreto de la muerte en sentido amplio⁶¹.

Así, la Ley Andaluza define los cuidados paliativos como un “conjunto coordinado de intervenciones sanitarias dirigidas, desde un enfoque integral, a mejorar la calidad de vida de los pacientes y sus familias, afrontando los problemas asociados a una enfermedad terminal mediante la prevención y el alivio del sufrimiento, así como la identificación, valoración y tratamiento del dolor y otros síntomas físicos y/o psíquicos” –artículo 5.c)–⁶².

Sin embargo, la Ley Andalucía 2/2010 no reconoce simplemente un derecho general a los cuidados paliativos, sino que va más allá y reconoce expresamente el derecho de los pacientes a recibir, en primer lugar, unos cuidados paliativos integrales, lo que supone todo un conjunto indeterminado de medidas destinadas y orientadas a proporcionar calidad de vida a los pacientes y a sus familias, y que no se limitan a evitar, prevenir o aliviar el dolor; y, en segundo lugar, que los mismos sean de calidad –artículo 12–⁶³.

Por último, la Ley contempla en el Título IV, *Garantías que proporcionarán las instituciones sanitarias*, un artículo dedicado al asesoramiento en cuidados paliativos –artículo 25–, un precepto cuyo contenido podría haberse integrado en el artículo 6, sobre información asistencial, pero que recoge en un título diverso, como es el de “garantía”, cuando dispone que “se garantizará a los pacientes en proceso de muerte información sobre su estado de salud y sobre los objetivos de los cuidados paliativos que recibirán durante su proceso, de acuerdo con sus necesidades y preferencias”⁶⁴.

⁶¹ Con el fin de diagnosticar los cuidados paliativos en Andalucía y dar respuesta a esta cuestión de suma importancia se elaboró el Plan Andaluz de Cuidados Paliativos 2008-2012. Un plan que, en palabras de la Consejera M. Jesús Montero, es “un instrumento que nace con el objetivo de proporcionar una atención integral que dé una respuesta adecuada a las necesidades de diversa índole –físicas, emocionales, sociales, espirituales, etc.– que presentan las personas que se hallan en una situación terminal, así como a sus familiares, procurándoles el máximo grado de bienestar y calidad de vida posibles, siempre dentro del respeto a la dignidad y voluntad personal en el que es su último periodo vital”, cfr. http://www.juntadeandalucia.es/salud/export/sites/cs salud/galerias/documentos/c_1_c_6_planes_estrategias/plan_cuidados_paliativos/Plan_Cuidados_Paliativos.pdf (consultado el 20/07/2014).

⁶² Los cuidados paliativos, según la definición de la Organización Mundial de la Salud: “Palliative care is an approach that improves the quality of life of patients and their families facing the problem associated with life-threatening illness, through the prevention and relief of suffering by means of early identification and impeccable assessment and treatment of pain and other problems, physical, psychosocial and spiritual” <http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/> (consultado el 10/08/2014).

⁶³ Véanse, en el mismo sentido, los artículos 12 Ley Aragón 10/2011, y 13.1 Ley Navarra 8/2011.

⁶⁴ Esta opción sistemática también ha sido seguida por la Ley Aragón 10/2011 –artículo 25– y Ley Navarra 8/2011.

2. Derecho a recibir los cuidados paliativos en el domicilio particular

Los cuidados paliativos integrales y de calidad se prestarán –se reconoce como un derecho–, si así lo desean los pacientes, en el domicilio que designen en el territorio de la Comunidad Autónoma⁶⁵, siempre y cuando no esté contraindicado –artículo 12.2–. Sin embargo, incluso en los supuestos en que pueda estar contraindicado, hay que tener presente que los cuidados paliativos comprenden todo un conjunto de medidas que tienen entidad propia, y, por tanto, entiendo que no se prestarán exclusivamente en el domicilio aquellos cuidados que estén contraindicados, pero deberán ofrecérsele en el lugar designado por el paciente todos aquellos en los que no exista esta limitación.

Con todo, y aunque muchos pacientes puedan terminar sus vidas en sus domicilios, podrían ser frecuentes u ocasionales las visitas de urgencia a los centros sanitarios. En estos casos, como prevé el Plan Andaluz de Cuidados Paliativos 2008-2012, cuando se precise la hospitalización de un paciente en situación terminal atendido en el domicilio, ésta se facilitará desde la Unidad de Cuidados Paliativos (UCP), cuando exista, o en camas de servicios hospitalarios convencionales, “mediante un procedimiento previamente establecido al margen del circuito de atención de urgencias y emergencias”. Todo ello con la idea de evitar todo el engorroso proceso que supone el ingreso por urgencias⁶⁶.

3. Apoyo a la familia

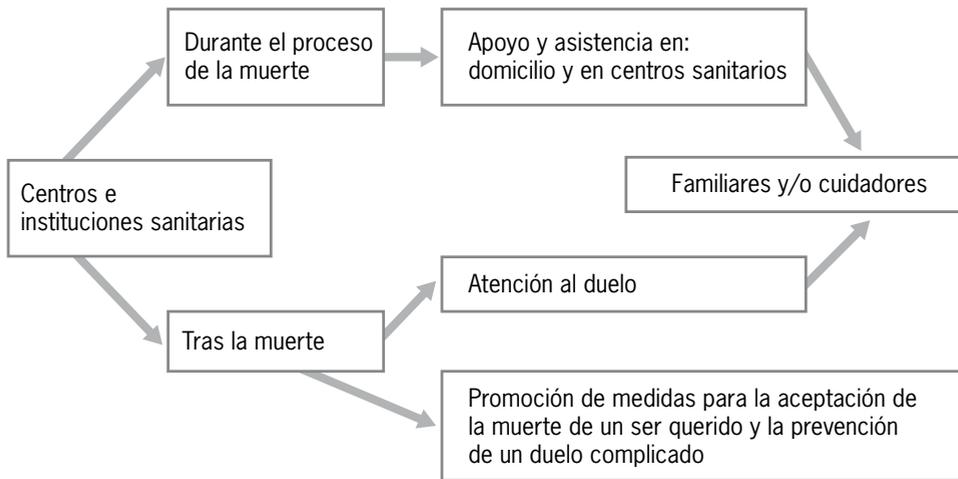
Los cuidados paliativos incluyen toda una batería de medidas o intervenciones sanitarias coordinadas, desde un enfoque integral, destinadas a proporcionar calidad de vida a los pacientes, definida como satisfacción individual ante las condiciones objetivas de vida desde los valores y las creencias personales –artículo 5.a) Ley Andalucía 2/2010–. Pero a veces se olvida que los mismos también tienen por objetivo o finalidad mejorar la calidad de vida de los familiares –artículo 5.c)–.

⁶⁵Véase el ejercicio de este derecho, en el caso de personas con incapacidad de hecho, en el artículo 10.1 Ley Andalucía 2/2010. Véanse los artículos 12 Ley Aragón 10/2011, y 13.2 Ley Navarra 8/2011.

⁶⁶ En el informe del Defensor del Pueblo de 2012, en relación a la queja 11/2841, se manifestaba que “Se echa de menos una estrategia diseñada para favorecer el acceso de estos pacientes al ingreso hospitalario, cuando los recursos convencionales o avanzados que los vienen asistiendo en el ámbito domiciliario, lo estiman necesario. El propio Plan Andaluz de Cuidados Paliativos dispone que cuando se precise la hospitalización de un paciente en situación terminal atendido en el domicilio, ésta se facilitará desde la UCP cuando exista, o en camas de servicios hospitalarios convencionales, “mediante un procedimiento previamente establecido al margen del circuito de atención de urgencias y emergencias”. Ante estas conclusiones, recomendaba: “Que se establezcan mecanismos de coordinación entre los recursos avanzados de cuidados paliativos para garantizar la recepción individualizada de los pacientes terminales en el servicio de urgencias hospitalarias, así como la atención de los episodios de agudización, o el ingreso hospitalario para que el fallecimiento se produzca en este medio, al margen de los itinerarios habituales de funcionamiento del mismo”.

De esta manera el artículo 24, bajo la rúbrica *Apoyo a la familia y personas cuidadoras*, prevé la obligación de los centros e instituciones sanitarias de prestar apoyo y asistencia a los familiares y, muy importante, también a los cuidadores (que podrán ser familiares o no), en el domicilio o en el centro donde se encuentre ingresado, durante el tiempo en que permanezca con vida el paciente. Pero igualmente se contempla la obligación de prestar atención en el duelo a la familia y a las personas cuidadoras, y promover medidas para la aceptación de la muerte de un ser querido y la prevención del duelo complicado⁶⁷.

Apoyo a la familia y personas cuidadoras



⁶⁷ Véase en el mismo sentido, el artículo 24 Ley Aragón 10/2011. La Ley Navarra 8/2011, resulta más completa en esta cuestión cuando extiende la obligación de prestar el servicio también a los centros e instituciones sociosanitarias, fija o concreta el objeto de la asistencia y la atención “para facilitar su atención y cuidados, favorecer un clima de confianza que promueva la expresión de sus emociones en un ambiente de intimidad y prevenir la claudicación familiar” y, por último, establece que la atención tras el fallecimiento será integral (artículo 24). En el Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida, presentado por el Gobierno de Rodríguez Zapatero, se contenía un artículo, bajo la rúbrica Apoyo emocional durante el proceso final de la vida, que obligaba a las instituciones sanitarias a facilitar medios de apoyo emocional tanto a los pacientes como a sus familias y a promover, por parte de los poderes públicos, la participación del voluntariado en el acompañamiento de los pacientes y de sus familias en el proceso final de la vida –artículo 21– [BOCG núm. 132-1, de 17 de junio de 2011 (Serie A)].

4. Derecho al tratamiento del dolor

El tratamiento del dolor físico es una parte del conjunto de medidas que integran los cuidados paliativos y al que los pacientes tienen derecho por Ley –artículo 13–⁶⁸. Un derecho que consiste en recibir una atención idónea que no solo alivie el dolor sino que también lo prevenga. Entre las medidas previstas se halla la sedación cuando el dolor sea refractario del tratamiento específico aplicado⁶⁹.

5. Derecho a sedación paliativa

El artículo 14 de la Ley Andalucía 2/2010 reconoce el derecho de los pacientes, en situación terminal o de agonía, a recibir sedación paliativa, cuando lo precisen⁷⁰. Un procedimiento que consiste en la disminución deliberada del nivel de conciencia del enfermo mediante la administración de los fármacos apropiados con el objetivo de evitar un sufrimiento intenso causado por uno o más síntomas refractarios. Puede ser continua o intermitente y su profundidad se gradúa buscando el nivel de sedación mínimo que logre el alivio sintomático⁷¹. El principal problema en relación a esta práctica reside en el hecho de que el tratamiento puede implicar un acortamiento de la vida. Sin embargo, las leyes de muerte digna que se han aprobado, como hemos visto, la contemplan sin velos, incluso

⁶⁸ Véanse, en el mismo sentido, el artículo 13 Ley Aragón 10/2011, y 14 Ley Navarra 8/2011 –artículo 25.1–.

⁶⁹ En el Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida, presentado por el Gobierno de Rodríguez Zapatero, se preveía expresamente la sedación paliativa en el artículo 11.1, donde se manifestaba que “Todas las personas que se encuentren en el proceso final de su vida tienen derecho a recibir la atención idónea integral que prevenga y alivie el dolor y sus manifestaciones, lo que incluye, además del tratamiento analgésico específico, la sedación” [BOCG núm. 132-1, de 17 de junio de 2011 (Serie A)].

⁷⁰ Véase, en el mismo sentido, el artículo 14 Ley Aragón 10/2011. En el Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida, presentado por el Gobierno de Rodríguez Zapatero, se preveía expresamente la sedación paliativa e incluso daba un paso más al manifestar en su exposición de motivos incluyendo los supuestos en que “ello pudiera implicar un acortamiento de la vida” [BOCG núm. 132-1, de 17 de junio de 2011 (Serie A)].

⁷¹ Dentro de la sedación paliativa se encuentra la que se practica en situación de agonía, que se utiliza cuando el enfermo se encuentra en sus últimos días u horas de vida para aliviar un sufrimiento intenso, y es continua y tan profunda como sea necesario para aliviar dicho sufrimiento. Véase Guía de sedación paliativa, Organización Médica Colegial y Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL) https://www.cgcom.es/sites/default/files/guia_sedaccion_paliativa.pdf (consultado el 10/06/2014). Por parte de algunos colectivos existe un rechazo a la sedación paliativa por considerarla cercana a la eutanasia; sin embargo, “existe una clara y relevante diferencia si se observa desde la Ética y la Deontología Médica. La frontera entre ambas se encuentra en la intención, en el procedimiento empleado y en el resultado. En la sedación se busca disminuir el nivel de conciencia, con la dosis mínima necesaria de fármacos, para evitar que el paciente perciba el síntoma refractario. En la eutanasia se busca deliberadamente la muerte anticipada tras la administración de fármacos a dosis letales, para terminar con el sufrimiento del paciente” https://www.cgcom.es/sites/default/files/guia_sedaccion_paliativa.pdf (p. 7). Véase Aspectos éticos de la sedación en cuidados paliativos, en <http://www.unav.es/cdb/secpal4.html> (Consultado el 22/02/2014).

en el Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida, presentado por el Gobierno de Rodríguez Zapatero, en su exposición de motivos, entraba en la materia sin titubeos cuando mencionaba “el tratamiento del dolor, previendo específicamente el derecho a la sedación paliativa, aun cuando ello pudiera implicar un acortamiento de la vida”⁷².

VII. OBSTINACIÓN TERAPÉUTICA Y LA LIMITACIÓN DEL ESFUERZO TERAPÉUTICO

En el marco de los deberes de los profesionales sanitarios, contemplados en el Título III de la Ley Andalucía 2/2010, se encuentran aquellos, como manifiesta en la exposición de motivos, “respecto de la limitación de las medidas de soporte vital, con el fin de evitar la denominada obstinación terapéutica”. La obstinación terapéutica es definida como “situación en la que a una persona, que se encuentra en situación terminal o de agonía y afecta de una enfermedad grave e irreversible, se le inician o mantienen medidas de soporte vital u otras intervenciones carentes de utilidad clínica, que únicamente prolongan su vida biológica, sin posibilidades reales de mejora o recuperación, siendo, en consecuencia, susceptibles de limitación” –artículo 5.i) Ley Andalucía 2/2010–. Por tanto, el objetivo o el propósito de la medida es “Morir, en fin, sin tener que soportar tratamientos que no son útiles y solo alargan el fin, innecesariamente, proporcionados por profesionales bien intencionados, pero obstinados en terapias no curativas” –Exposición de motivos de la Ley Navarra 8/2011–. Para evitar la situación de obstinación terapéutica, también denominada por algunos como el “encarnizamiento terapéutico”⁷³, se regulan los deberes respecto a la limitación del esfuerzo terapéutico, concepto⁷⁴ que es definido por la propia Ley como la “retirada o no instauración de una medida de soporte vital⁷⁵ o de cualquier otra intervención que, dado el mal pronóstico de la persona en términos de cantidad y calidad de vida

⁷² [BOCG núm. 132-1, de 17 de junio de 2011 (Serie A)].

⁷³ M. A. Núñez Paz, *La buena muerte*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 111.

⁷⁴ Este es un concepto no exento de polémica como señalan P. Hernando, G. Diestre y F. Baigorri “Limitación del esfuerzo terapéutico: ¿cuestión de profesionales o también de enfermos?”, en *An. Sist. Sanit. Navar.*, 2007; 30 (Supl. 3), p. 131. Véase, entre otros trabajos en materia de limitación de esfuerzo terapéutico, L. González Morán, “Dimensión jurídica de la limitación del esfuerzo terapéutico”, en F. J. de la Torre Díaz (ed. lit.), *La limitación del esfuerzo terapéutico*, Universidad Pontificia de Comillas, 2006, p.p. 145-192; J. Navia, P. Monedero, “Limitación del esfuerzo terapéutico y eutanasia: toma de decisiones y resolución de conflictos en el paciente crítico”, en *Revista española de anestesiología y reanimación*, vol. 57, nº 9, 2010, pp. 586-593; M. J. Bueno Muñoz, “Limitación del esfuerzo terapéutico: aproximación a una visión de conjunto”, en *Enfermería intensiva*, nº 4, 2013, pp. 167-174; E. Ameneiros Lago, C. Carballada Rico, J. A. Garrido Sanjuán, “Limitación del esfuerzo terapéutico en la situación de enfermedad terminal: ¿nos puede ayudar la bioética a la toma de decisiones?”, en *Medicina paliativa*, nº 4, 2006, pp. 174-178.

⁷⁵ Véase Fernando M. Gamboa-Antiñolo, “Limitación de esfuerzo terapéutico. ¿Es lo mismo retirar un tratamiento de soporte vital que no iniciarlo?”, en *Medicina clínica*, vol. 135, nº 9, 2010, pp. 410-416.

futuras, constituye, a juicio de los profesionales sanitarios implicados, algo fútil, que solo contribuye a prolongar en el tiempo una situación clínica carente de expectativas razonables de mejora”–artículo 5.f)–⁷⁶.

De esta manera, se establece, en el artículo 21 de la Ley Andalucía 2/2010, como un deber del médico responsable –concepto definido en el artículo 5.h)–, el hecho de limitar el esfuerzo terapéutico, esfuerzo que queda supeditado a que la situación clínica lo aconseje, obligando expresamente a evitar la obstinación terapéutica⁷⁷.

La Ley establece una serie de cautelas y/o controles a la hora de limitar el esfuerzo terapéutico, pues para adoptar la medida se requiere, con carácter previo, la obligación de oír el criterio profesional del enfermero responsable de los cuidados⁷⁸, y la exigencia de la opinión coincidente del médico responsable con la de otro médico –es un criterio de mínimos pues se exige “al menos, otro médico”–, que participe en la atención sanitaria del paciente⁷⁹. La redacción final de esta cautela fue fruto de la tramitación parlamentaria. En

⁷⁶ En el Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida, presentado por el Gobierno de Rodríguez Zapatero, se contenía un precepto, concretamente el 17, bajo la rúbrica, Proporcionalidad de las medidas terapéuticas, en el que se abordaba, en su apartado segundo, la limitación del esfuerzo terapéutico en los siguientes términos: “1. El médico responsable, antes de proponer cualquier intervención a un paciente en el proceso final de su vida, deberá asegurarse de que aquella responde a la *lex artis*, en la medida en que está clínicamente indicada mediante un juicio clínico que se base en la evidencia científica disponible, en su saber profesional, en su experiencia y en el estado, gravedad y pronóstico del paciente. 2. Conforme a lo previsto en el apartado anterior, el personal sanitario adecuará el esfuerzo terapéutico de modo proporcional a la situación del paciente, evitando la adopción o mantenimiento de intervenciones y medidas de soporte vital carentes de utilidad clínica, en atención a la cantidad y calidad de vida futuras del paciente, y siempre sin menoscabo de aquellas actuaciones sanitarias que garanticen su debido cuidado y bienestar. Este mismo criterio de proporcionalidad se aplicará al supuesto previsto en el artículo 11.2.c). En todo caso, la adecuación del esfuerzo terapéutico requerirá del juicio coincidente de, al menos, otro médico que participe en la atención sanitaria, y se adoptará tras informar al paciente o a su representante, tomando en consideración su voluntad, y una vez oído el criterio profesional del personal de enfermería responsable de los cuidados. De todas las actuaciones mencionadas en los párrafos anteriores deberá quedar constancia en la historia clínica.” [BOCG núm. 132-1, de 17 de junio de 2011 (Serie A)].

⁷⁷ Véanse, en el mismo sentido, artículos 21.1 Ley Aragón 8/2011, y 20.1 Ley Navarra 10/2011.

⁷⁸ Este es el criterio que también sigue la Ley Navarra 10/2011 en el artículo 20.2. En el Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida, presentado por el Gobierno de Rodríguez Zapatero, se seguía igualmente este criterio cuando se requería que: “En todo caso, la adecuación del esfuerzo terapéutico requerirá del juicio coincidente de, al menos, otro médico que participe en la atención sanitaria, y se adoptará tras informar al paciente o a su representante, tomando en consideración su voluntad, y oído el criterio profesional del personal de enfermería responsable de los cuidados” – artículo 17.2– [BOCG núm. 132-1, de 17 de junio de 2011 (Serie A)]. Sin embargo, con buen criterio, a mi juicio exigía la necesidad de informar al paciente o a su representante, tomando en consideración su voluntad. Véase, sobre el particular, M. A. Asensio Sánchez, “Consentimiento informado y *lex artis* médica en la limitación del esfuerzo terapéutico (LET)”, en *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, nº 12, 2012, pp. 7-46.

⁷⁹ La redacción del artículo 21.2 del Proyecto de Ley que entró en el Parlamento –8-09/PL-000004, Proyecto de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte (BOPA núm. 269, de 1 de julio de 2009)– era muy distinto al que finalmente se aprobó. Concretamente se disponía que “dicha limita-

el proyecto de Ley se requería la opinión coincidente de, como mínimo, otros dos profesionales sanitarios, de los cuales uno, al menos, debía ser médico. Por tanto, el personal de enfermería, al que no se hacía referencia en el texto, podía, siempre que existiese la opinión favorable de un médico, ser decisiva para adoptar las medidas de limitación del esfuerzo terapéutico. Sin embargo, en la redacción final, como hemos apreciado, se exige oír al enfermero responsable, aunque no tiene un criterio vinculante, y se requiere el apoyo de otro médico.

Junto con estos requisitos o cautelas materiales, se encuentran también los requisitos o cautelas formales, que son: el deber de que la justificación de la limitación conste en la historia clínica –21.1 *in fine*– y que la identidad de “dichos profesionales y su opinión sea registrada en la historia clínica” –21.2 *in fine*–. Esta última previsión resulta confusa pues no queda claro a quién se refiere cuando alude “a dichos profesionales”. De la lectura del precepto parece que exclusivamente se circunscribe a los médicos, que son los que emiten “opinión”, pues el médico debe oír “el criterio” del enfermero. Se puede estar en sintonía o no con la reforma del artículo 2.1.2 operada en la tramitación parlamentaria y el papel que ocupa el personal de enfermería en esta materia, pero lo que a mi juicio no resulta aceptable es que no quede constancia en la historia clínica de la opinión de este profesional que debe ser oída por imperativo legal. Por tanto, con ánimo integrador y con el espíritu de preservar todas las garantías del paciente en el proceso de la muerte, entiendo que deberíamos interpretar la expresión “profesionales” en un sentido amplio e incluir la de todos los que de una manera u otra hayan influido en la decisión.

La limitación del esfuerzo terapéutico no supondrá una relajación de las obligaciones del médico responsable, así como de los demás profesionales sanitarios respecto a los pacientes, los cuales están obligados a ofrecerles aquellas intervenciones sanitarias necesarias para garantizar su adecuado cuidado y confort⁸⁰.

ción requiere la opinión coincidente de, al menos, otros dos profesionales sanitarios de los que participen en la atención del paciente. Al menos uno de ellos deberá ser personal facultativo médico...”. El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida propuso, en la Enmienda núm. 13, que tras “...al menos uno de ellos deberá ser personal facultativo médico”, se incluyera “y otro la enfermera o enfermero responsables de los cuidados” (BOPA núm. 382, de 22 de enero de 2010). Esta última fue la opción de la Ley Aragón 10/2011, cuando dispone que: “Dicha limitación requiere la opinión coincidente de, al menos, otros dos profesionales sanitarios de los que participen en la atención sanitaria del paciente. Al menos uno de ellos deberá ser personal facultativo médico y otro la enfermera o enfermero responsable de los cuidados. La identidad de dichos profesionales y su opinión será registrada en la historia clínica” –artículo 21.2–.

⁸⁰ Véanse, en el mismo sentido, artículos 21.3 Ley Aragón 8/2011, y 20.3 Ley Navarra 10/2011.

Deberes del personal sanitario

Deber general del médico responsable	Limitar el esfuerzo terapéutico, cuando la situación clínica lo aconseje	
	Cautelas materiales	Cautelas formales
	Oír el criterio del profesional enfermero responsable de los cuidados + la opinión coincidente con la de, al menos, otro médico.	Debe constar en la historia clínica: Justificación de la limitación del esfuerzo terapéutico. Identidad y opinión de los profesionales en relación a la limitación del esfuerzo terapéutico.
Deber general de todo el personal sanitario que atienda a los pacientes	Ofrecer a los pacientes aquellas intervenciones sanitarias necesarias para garantizar su adecuado cuidado y confort.	
Propuestas de <i>lege ferenda</i>	La necesidad de que el médico responsable, antes de adoptar la medida, tenga que informar al paciente o a su representante, y tomar en consideración su voluntad. Exigir que la opinión del enfermero quede registrada en la historia clínica.	

VIII. INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

La Ley Andalucía 2/2010 contiene una serie de preceptos que son una manifestación, entre otros, del artículo 18.1 de la Constitución y que tienen por objeto preservar la intimidad personal y familiar en el proceso de la muerte.

Así se consagran como derechos la preservación de la intimidad personal y familiar, el derecho al acompañamiento, al auxilio espiritual y a la confidencialidad de sus datos sanitarios. Junto con estos derechos se articulan una serie de garantías, en el Título IV, como son el acompañamiento de los pacientes y la estancia en habitación individual⁸¹.

⁸¹ En este sentido, resultaba mucho más claro y sistemáticamente más correcto el artículo 13 del Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida, presentado por el Gobierno de Rodríguez Zapatero, que bajo la rúbrica Derecho a la intimidad personal y familiar, recogía el derecho a intimidad personal y familiar, la habitación individual y la protección de datos, cuando disponía que: "1. Las personas que se encuentren en el proceso final de su vida tienen derecho a que se preserve su intimidad personal y familiar. A estos efectos, los centros e instituciones sanitarias facilitarán a las personas que deban ser atendidas en régimen de hospitalización una habitación de uso individual durante su estancia. 2. Asimismo, las personas en el proceso final de su vida tienen derecho a la protección de todos los datos relacionados con su atención sanitaria, historia clínica e instrucciones previas" [BOCG núm. 132-1, de 17 de junio de 2011 (Serie A)].

1. Acompañamiento de pacientes

La Ley Andaluza prevé como derecho de los pacientes que se encuentren ante el proceso de la muerte, a los que se preste la asistencia en régimen de internamiento en un centro sanitario, el disponer de “acompañamiento familiar”, si así lo desean –artículo 16.a)–⁸², en todas las dependencias⁸³.

Este es un derecho que la propia norma vincula al artículo 23, precepto que se encuentra en el Título IV, *Garantías que proporcionarán las instituciones sanitarias*, y que obliga a los centros e instituciones sanitarias a facilitar al “ciudadano o ciudadana en el proceso de muerte el acompañamiento de un familiar”. Sin embargo, el mismo precepto prevé que

⁸² Véase artículo 16.1 Ley Aragón 10/2011. La Ley Navarra 8/2011 no contempla como un derecho el acompañamiento y exclusivamente lo recoge como una garantía en el artículo 22.1, pero lo hace de una manera más contundente que la Ley Andaluza, cuando manifiesta que “Los centros e instituciones sanitarias facilitarán en todo momento y garantizarán a la persona en proceso de muerte el acompañamiento familiar...”. Sin embargo, el ordenamiento jurídico navarro, prevé el derecho de acompañamiento en el artículo 16, Derecho de acompañamiento, de la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de Derechos y Deberes de las Personas en Materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra, cuando dispone que “1. Los centros, servicios y establecimientos sanitarios facilitarán el acompañamiento de los pacientes por un familiar o persona de su confianza, excepto en los casos y situaciones en que esta presencia sea desaconsejable o incompatible con la prestación sanitaria. 2. Los menores tienen derecho a estar acompañados por sus padres o tutores, salvo que este hecho perjudique u obstaculice su asistencia sanitaria. En las mismas condiciones, los incapacitados tienen derecho a estar acompañados por sus representantes legales...”.

⁸³ El Defensor del Pueblo Andaluz tuvo ocasión de manifestarse sobre esta cuestión en su Informe de 2012, ante la queja 11/2841, presentada por la hija de un paciente terminal que había fallecido en la que, entre otras cuestiones, la interesada se lamentaba amargamente de que las últimas horas de conciencia de su padre durarían en soledad, la noche que pasó en el área de observación de urgencias del centro hospitalario, tras la negativa tajante de los responsables de aquélla a permitir el acompañamiento de algún familiar. El Defensor manifiesta que “El derecho al acompañamiento del paciente, siempre que la asistencia se preste en régimen de internamiento en un centro sanitario, está sujeta a la compatibilidad con el conjunto de medidas sanitarias necesarias para ofrecer una atención de calidad a los pacientes (artículos 16 y 23). Ahora bien, la sobrecarga asistencial o la escasez de espacios no pueden esgrimirse genéricamente para impedir el ejercicio de un derecho que resulta perfectamente exigible y no puede ser entendido como reseña el informe de ese centro, como un mero desideratum al que se debe aspirar, o como un objetivo que presida la obligada adscripción de medios. De esta manera, las limitaciones para su ejercicio deben ser absolutamente excepcionales (...). En último término pensamos que la Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte, no determina un período transitorio para facilitar la adopción de los medios que permitan la garantía de los derechos que se recogen en la misma, por lo que al margen de la situación material actual de los centros hospitalarios, estos deben facilitar el acompañamiento de los pacientes en el proceso de muerte, de forma que las limitaciones de este derecho por las exigencias de la prestación de asistencia sanitaria, sean absolutamente excepcionales y resulten plenamente justificadas”. Por tanto, el Defensor del Pueblo incluía entre sus recomendaciones: “Que se facilite mayoritariamente el acompañamiento de los pacientes en el proceso de muerte en todas las áreas del servicio de urgencia, de manera que las limitaciones del ejercicio de este derecho se justifiquen por circunstancias absolutamente excepcionales, no pudiendo entenderse como tales la habitual sobrecarga asistencial”.

debe compatibilizarse con el conjunto de medidas necesarias para garantizar una atención de calidad a los pacientes –artículo 23.1 *in fine*–⁸⁴.

La redacción y, por tanto, la configuración de este derecho, que es de una importancia capital, entiendo que deja algunas lagunas que deberían solventarse para evitar vacíos que pudieran provocar situaciones de tensión y daños morales irreparables. En primer lugar, no me parece de recibo que se haya limitado el derecho a acompañamiento a los familiares y me resulta más acertada la fórmula de la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud en la Comunidad Foral de Navarra, que no la de la Ley Navarra 8/2011, específica de la dignidad de las personas en el proceso de la muerte, cuando de manera disyuntiva extiende la posibilidad a personas de confianza –artículo 16–⁸⁵. En segundo lugar, entiendo que la referencia genérica a personas en proceso de muerte que, conforme al artículo 5 de la Ley Andalucía 2/2010, incluye tanto la situación terminal como de agonía, requería un esfuerzo para delimitar el ejercicio de este derecho, distinguiendo entre ambas situaciones. Por último, sería oportuno reconocer el derecho a acompañamiento de una persona en todo momento, con las únicas excepciones de la negativa del paciente o la imposibilidad de prestar un servicio de calidad al mismo, en cuyo caso se deberían justificar por escrito las causas en la historia clínica, garantizándose, en estos casos, que en el momento previo a la muerte pueda estar acompañado. En este sentido, el artículo 26, un precepto que se integra en el Título IV dedicado a las garantías que proporcionarán las instituciones sanitarias, bajo la rúbrica *Estancia en habitación individual para personas en situación terminal*, incluye un punto segundo en el que se manifiesta que “estos pacientes podrán estar acompañados permanentemente por una persona familiar o allegada”. Esta previsión plantea algunas dudas, pues parece que exclusivamente se prevé para los pacientes que se encuentren en habitación individual. Como se aprecia, se extiende la condición de acompañante también a los allegados, fijando el número, concretamente uno, que podrán acompañar al paciente. Por tanto, estos tres artículos conjuntamente –16.a), 23 y 26.2– hacen surgir todo tipo de dudas pero en ánimo integrador y acudiendo a los principios del artículo 4 de la Ley, como son el respeto a la plena dignidad y la promoción de la libertad, la autonomía y la voluntad de la persona, entiendo que se podría mantener que los pacientes que se encuentren en esta situación tienen el derecho, que también se contempla como garantía, de estar acompañados de una persona, interpretando el concepto familiar en sentido amplio para

⁸⁴ Véanse artículos 23.1 Ley Aragón 10/2011, 13.2 Ley Navarra 8/2011. En el Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida, presentado por el Gobierno de Rodríguez Zapatero, se condicionaba el ejercicio de este derecho a “que ello resulte compatible con el conjunto de medidas sanitarias necesarias para ofrecer una atención de calidad” –artículo 12– [BOCG núm. 132-1, de 17 de junio de 2011 (Serie A)].

⁸⁵ En el Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida, presentado por el Gobierno de Rodríguez Zapatero, el derecho de acompañamiento tenía un alcance más amplio cuando se disponía que: “Los pacientes en el proceso final de su vida que requieran permanecer ingresados en un centro sanitario, tienen derecho a que se les permita el acompañamiento de su entorno familiar, afectivo y social en los centros e instituciones sanitarias ...” –artículo 12– [BOCG núm. 132-1, de 17 de junio de 2011 (Serie A)].

incluir también a los allegados y, cuando se encuentre en régimen de internamiento en una habitación, podrá estar “permanentemente acompañada”.

Por último, es importante apuntar que el impedimento del acompañamiento en el proceso de la muerte, salvo que existan circunstancias clínicas que así lo justifiquen, tendrá la consideración de infracción muy grave –artículo 30.1.b)–.

2. Auxilio espiritual

El elemento espiritual, no necesariamente religioso, cobra una especial dimensión en el momento de la muerte para muchas personas, las cuales desean este tipo de asistencia para morir en paz en un ejercicio último de sus valores vitales, definidos por la Ley 2/2010 como el conjunto de valores y creencias de una persona que dan sentido a su proyecto de vida y que sustentan sus decisiones y preferencias en los procesos de enfermedad y muerte” –artículo 5.q)–.

La Ley Andalucía 2/2010, consciente de la importancia de esta cuestión, prevé en su precepto dedicado al derecho al acompañamiento –artículo 16–, no exclusivamente el acompañamiento de los familiares, sino también el “acompañamiento espiritual”⁸⁶. De esta manera, el artículo contempla el derecho “a recibir, cuando así lo soliciten, auxilio espiritual de acuerdo con sus convicciones y creencias”. El Grupo Parlamentario Popular propuso, sin éxito, sustituir la expresión “auxilio espiritual” por “asistencia religiosa”⁸⁷. Ninguna de las expresiones me parece absolutamente correcta, pues entiendo que lo espiritual engloba a lo religioso pero no al contrario. Igualmente, me parece más acertado el concepto asistencia, que es más amplio, que el de auxilio, en la medida que no todas las personas que se encuentran en el proceso de la muerte requieren auxilio, les basta con la asistencia. Por tanto, el derecho podría configurarse como un derecho a la asistencia espiritual⁸⁸.

La Ley 2/2010, como la cara contraria de la moneda, recoge como una de las garantías que proporcionarán las instituciones sanitarias, la de facilitar, “a petición de los pacientes, de las personas que sean sus representantes o de sus familiares, el acceso de aquellas personas que les puedan proporcionar auxilio espiritual, conforme a sus convicciones y

⁸⁶ Las normas que han regulado la materia han optado por el mismo término “auxilio espiritual” que la Ley Andalucía –Ley Aragón 10/20 [artículos 16.b) y 23.2] y Ley Navarra 8/2011 (artículo 22.2)–.

⁸⁷ Enmienda núm. 29, (BOPA núm. 382, de 22 de enero de 2010).

⁸⁸ En el Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida se optaba por el concepto que propongo, aunque también lo extendía al religioso, cuando disponía que: “Asimismo, y con la misma limitación asistencial, estos pacientes tendrán derecho a recibir, conforme a sus convicciones y sus creencias, la asistencia espiritual o religiosa que se procuren, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. Las indicaciones sobre este extremo podrán ser objeto de expresión en las instrucciones previas” –artículo 12–, [BOCG núm. 132-1, de 17 de junio de 2011 (Serie A)].

creencias, procurando, en todo caso, que las mismas no interfieran con las actuaciones del equipo sanitario” –artículo 23.2–.

Este “derecho-garantía” es una manifestación, al menos en los casos en los que hablamos de religión, del Derecho fundamental a la libertad de culto, desarrollado por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. Concretamente, el artículo 2 de la citada norma, contempla como una manifestación de la libertad religiosa de culto reconocida en la Constitución, el derecho de toda persona a: “Practicar los actos de culto y *recibir asistencia religiosa de su propia confesión ...*” –artículo 2.1.b)– y para “la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios...” –artículo 2.3–.

3. Estancia en habitación individual

En el marco del conjunto de medidas destinadas a proporcionar intimidad personal y familiar se halla, entiendo en un lugar central, la estancia en una habitación individual. Esta medida que la Ley Andalucía 2/2010 configura como una garantía recogida en el artículo 26.1 dispone que “los centros e instituciones sanitarias garantizarán a los pacientes en situación terminal, que deban ser atendidos en régimen de hospitalización, una habitación individual durante su estancia, con nivel de confort e intimidad que requiere el estado de salud”⁸⁹. El hecho de incluir la medida como una garantía en el Título IV de la Ley tiene su importancia y sus consecuencias, entre las que se encuentra que el incumplimiento de esta garantía será calificada como una infracción leve. En consecuencia, lo razonable sería haberla recogido como un derecho del paciente y de la familia⁹⁰.

⁸⁹ En un sentido muy similar, véanse los artículos 26.1 Ley Aragón 10/2011, 26 Ley Navarra 8/2011 y 26.6 Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre.

⁹⁰ Se han presentado distintas quejas en el Defensor del Pueblo en las que se observa un incumplimiento de algunas de las previsiones de la Ley Andalucía 2/2010, como es el caso de la habitación individual. Así, en la queja 11/2841 “la interesada denunciaba las condiciones en las que se desarrolló la asistencia proporcionada a su padre en un servicio de urgencias hospitalario. Afectado de un cáncer de páncreas en estado terminal, venía recibiendo cuidados paliativos en su domicilio por parte de su centro de atención primaria y una unidad de CUDECA, hasta que la presencia de una hemorragia interna sangrante abierta hizo que los profesionales aconsejaran a los familiares el traslado al hospital. Señalaba que los cuidados proporcionados en el domicilio y el mimo y atención dispensada, tanto por los profesionales como por la familia, en los cinco meses que sobrevivió al diagnóstico, fueron arruinados desde el momento en que el enfermo cruzó el umbral del servicio de urgencias hospitalario, en el que pasó las peores 27 horas de su enfermedad: “Es triste decir que después de cinco meses muy enfermo, mi padre pasara 27 horas horribles en ese hospital, donde se supone que lo trajimos para que tuviese el bienestar que le correspondía en esos momentos y muriese tranquilo y en paz”. Desde el centro hospitalario se manifiesta que “aunque se esfuerzan por garantizar una muerte digna, ello no siempre es posible porque carecen de los medios adecuados para ello, cifrando en los términos de la ley (Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte), exclusivamente un punto de partida para poner en marcha los mecanismos necesarios que permitan cumplir sus previsiones. En

IX. COMITÉS DE ÉTICA ASISTENCIAL

El objeto de la Ley 2/2010, como hemos podido apreciar a lo largo de las páginas anteriores, no está exento de problemas de naturaleza ética y de posibles conflictos que pueden surgir al hilo o en desarrollo de los derechos de los pacientes, pero igualmente en el cumplimiento de los deberes por parte del personal sanitario o incluso por parte de las direcciones de los centros e instituciones sanitarias. Problemas y conflictos que pueden afectar o enfrentar a cualquiera de las partes anteriores entre sí.

Para canalizar estos conflictos o tensiones, en relación con la atención sanitaria prestada en el proceso de muerte se prevé, en el artículo 27 Ley Andalucía 2/2010, la creación de Comités de Ética Asistencial con una regulación escueta, como veremos, fijando las líneas maestras, como la función esencial, el carácter no determinante de los informes, el deber de los miembros de guardar silencio sobre el contenido de sus deliberaciones y de proteger la confidencialidad de datos personales a los que hayan tenido acceso en virtud de su cargo⁹¹. Sin embargo, otros aspectos importantes para el efectivo funcionamiento, como composición, funcionamiento y procedimientos de acreditación quedaban pendientes de un posterior desarrollo reglamentario –artículo 27.4– que la disposición final tercera de la Ley Andalucía 2/2010 encomendaba al Consejo de Gobierno en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley⁹². Plazo que no se cumplió, aunque por muy poco, pues el 27 de diciembre del mismo año, se publicaba el Decreto 439/2010, de 14 de diciembre, por el que se regulan los órganos de ética asistencial y de la investigación biomédica en Andalucía⁹³.

concreto, se alude a la carencia de espacios para poder terminar el proceso de la vida dignamente, sin dolor, y acompañado de los familiares y allegados”, véase Informe del Defensor del Pueblo de 2012, área de salud.

⁹¹ El artículo 27.3 Ley Andalucía 2/2010 obliga a los miembros a guardar secreto sobre el contenido de las deliberaciones y a proteger la confidencialidad de los datos personales que, sobre profesionales sanitarios, pacientes, familiares y personas allegadas hayan podido conocer desde su condición. El Decreto 439/2010, extiende esta obligación a los expertos externos al Comité cuando dispone que “Cuando los Comités lo estimen oportuno, o el procedimiento o tecnología utilizada lo hagan necesario, recabarán el asesoramiento de personas expertas no pertenecientes a los mismos, que en todo caso estarán obligadas a respetar el principio de confidencialidad respecto de la documentación recibida e identidad de las personas que van a ser objeto de estudio” –artículo 13.6–.

⁹² El Grupo Parlamentario Popular solicitó la eliminación del actual artículo 27 de la Ley Andalucía 2/2010 –Enmienda núm. 37– y propuso la creación del Capítulo II, “Comités de Ética Asistencial”, dentro del Título IV. En el citado Capítulo, integrado por siete artículos, se abordaban concepto y ámbito de aplicación, creación, acreditación, composición, funciones, funcionamiento e informes. Ninguna de las propuestas fueron aceptadas en la medida que el proyecto de ley no sufrió modificación en la tramitación parlamentaria como consecuencia de las Enmiendas –núms. 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45– (BOPA núm. 382, de 22 de enero de 2010).

⁹³ Recordemos que la Ley 2/2010 no prevé un plazo de *vacatio legis*. La Ley Navarra 8/2011 fijó un plazo de tres meses para la entrada en vigor –disposición final segunda–, al igual que la Ley Aragón 10/2011 –disposición final cuarta–.

El citado Decreto dedica el Capítulo IV a los Comités de Ética Asistencial, abordando definición y constitución –artículo 10–, funciones –artículo 11–, composición –artículo 12–, funcionamiento –artículo 13– y en el Capítulo V, la acreditación –artículo 19–, preceptos que en parte reproducían el contenido de algunas de las enmiendas que el Grupo Parlamentario Popular presentó en la tramitación parlamentaria.

1. Concepto

El artículo 27.1 de la Ley 2/2010 establece que todos los centros sanitarios o instituciones dispondrán de un Comité de Ética Asistencial o, en su caso, deberán estar vinculados a uno⁹⁴, y siempre actuarán bajo la coordinación general del Comité de Bioética de Andalucía –artículo 10.2 Decreto 349/2010–⁹⁵.

Estos Comités serán órganos colegiados de deliberación⁹⁶ y, por tanto, no tendrán capacidad ejecutiva, de carácter multidisciplinar, para el asesoramiento de pacientes y personas usuarias, profesionales de la sanidad y equipos directivos de los centros e instituciones sanitarias en la prevención o resolución de los conflictos éticos que pudieran generarse en el proceso de atención sanitaria, que deberán ser acreditados por el órgano competente en materia de salud, y cuya finalidad esencial será la mejora continua de la calidad integral de la atención sanitaria –artículo 27.1 y 2 Ley Andalucía 2/2010, y 10 Decreto 349/2010–.

⁹⁴ El Grupo Parlamentario Popular propuso que la creación de los comités fuese voluntaria cuando, en la Enmienda núm. 40, solicitaba la adición del artículo 27 *bis*, con el siguiente contenido: “Los Comités de Ética Asistencial se crearán con carácter voluntario por acuerdo de las órganos competentes de cada centro o centros en los que vayan a intervenir” (BOPA núm. 382, de 22 de enero de 2010).

⁹⁵ Artículo 10.3 Decreto 439/2010: “Los Comités de Ética Asistencial constituidos en el Sistema Sanitario Público de Andalucía darán apoyo y asesoramiento a todos los centros sanitarios o instituciones que lo integran. Con esta finalidad, todos los centros asistenciales deberán estar adscritos a un Comité de Ética Asistencial de referencia, de acuerdo con los siguientes criterios: a) Los hospitales, distritos sanitarios de atención primaria y centros hospitalarios de alta resolución que tengan entre sí interdependencia funcional de acuerdo a criterios de continuidad asistencial y proximidad geográfica, se agruparán en un único Comité de Ética Asistencial. b) Cada área de gestión sanitaria del Sistema sanitario Público de Andalucía constituirá un Comité de Ética Asistencial. No obstante, en los casos en que se considere conveniente, podrán agruparse a otro Comité, conforme a los criterios expuestos en el epígrafe anterior. c) Las agencias públicas empresariales sanitarias de la Consejería competente en materia de salud que no estén recogidas en los apartados anteriores deberán constituir un Comité de Ética Asistencial, a propuesta de su dirección gerencia, o bien unirse a otro Comité atendiendo a criterios de continuidad asistencial y proximidad”.

⁹⁶ El Decreto 439/2010, se somete a sus propias normas de funcionamiento y de régimen interno, pero de manera subsidiaria, para lo no previsto en el citado reglamento, como son la cuatro convocatorias ordinarias o la mayoría cualificada para la adopción de acuerdos, se regirán por “lo determinado a estos efectos para los órganos colegiados en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en la Sección 1ª del Capítulo II del Título IV de la Ley 9/2007, de 22 de octubre” –artículo 13.2 *in fine*–.

Mapa de los Comités de Ética Asistencial de Andalucía⁹⁷



2. Funciones

La función esencial de los Comités de Ética Asistencial en esta materia viene determinada en la Ley Andalucía 2/2010 cuando dispone que, “En los casos de discrepancia entre los profesionales sanitarios y los pacientes o, en su caso, con quienes ejerciten sus derechos, o entre estos y las instituciones sanitarias, en relación con la atención sanitaria prestada en el proceso de muerte, que no se hayan podido resolver mediante acuerdo entre las partes, se solicitará asesoramiento al Comité de Ética Asistencial correspondiente, que podrá proponer alternativas o soluciones éticas a aquellas decisiones clínicas controvertidas”–artículo 27.2–⁹⁸. Por tanto, actuarán en los casos de discrepancia entre pacientes, sanitarios o/y instituciones sanitarias, que no hayan podido solventarse mediante acuerdo de las partes. Por consiguiente, los Comités, que actuarán a principio rogado y que tienen un carácter subsidiario, podrán proponer alternativas o soluciones éticas a aquellas decisiones clínicas controvertidas⁹⁹. Con todo, no debemos olvidar que las alternativas o soluciones en ningún caso son vinculantes, pues recordemos que su naturaleza es de órgano de asesoramiento. A mayor abundamiento, la propia Ley manifiesta que “los informes

⁹⁷ <http://si.easp.es/eticaysalud/content/comites-de-etica-asistencial/mapa> (consultado el 28/07/2014).

⁹⁸ Véase la información sobre algunos de los casos más famosos de la historia de la Bioética, en <http://si.easp.es/eticaysalud/content/casos-de-estudio>.

⁹⁹ Las solicitudes de asesoramiento procedentes de pacientes y personas usuarias de los centros sanitarios se canalizarán a través de las unidades de atención ciudadana de cada centro o mediante cualquier procedimiento equivalente que se establezca en el centro sanitario correspondiente –artículo 13.7 Decreto 349/2010–.

o dictámenes emitidos por el Comité de Ética Asistencial en ningún caso sustituirán las decisiones que tengan que adoptar los profesionales sanitarios” –artículo 27.1 *in fine*–¹⁰⁰. Por tanto, nos hallamos ante informes no vinculantes respecto de las cuestiones éticas planteadas en relación con la práctica clínica –artículo 11.b) Decreto 439/2010–.

Esta función básica se ha visto complementada con otras muchas que les atribuye el artículo 11 del Decreto 349/2010, algunas de las cuales pueden darse o suceder también en el proceso de la práctica clínica vinculada al proceso de la muerte. Entre ellas se encuentran:

- Fomentar el respeto a la dignidad y la mayor protección de los derechos de las personas que intervienen en la relación clínica mediante recomendaciones a pacientes, personas usuarias de los centros, profesionales de la sanidad, directivos de los centros sanitarios y responsables de las instituciones públicas y privadas.
- Analizar, asesorar y emitir informes no vinculantes respecto de las cuestiones éticas planteadas en relación con la práctica clínica, que puedan generarse en el ámbito de su actuación, al objeto de facilitar decisiones clínicas a través de un proceso de deliberación ética altamente cualificado.
- Asesorar a los equipos directivos de los correspondientes centros e instituciones sanitarias para la adopción de medidas que fomenten los valores éticos dentro de los mismos.
- Proponer a los correspondientes centros e instituciones sanitarias protocolos y orientaciones de actuación para aquellas situaciones en las que se presentan conflictos éticos de forma reiterada o frecuente.
- Promover y colaborar en la formación bioética de los profesionales de los centros e instituciones sanitarias.
- Mejorar la calidad y fundamento de las deliberaciones y dictámenes del Comité promoviendo y facilitando la formación continuada experta en bioética y disciplinas afines para las personas que formen parte del propio Comité, así como fomentando la colaboración y el intercambio de conocimiento con órganos o instituciones similares.
- Promover la investigación en materia de ética asistencial y organizacional, con la finalidad de plantear a profesionales y equipos directivos propuestas de mejora al respecto.

3. Composición de los Comités de Ética Asistencial

La composición de los Comités de Ética Asistencial de los Centros Sanitarios se encuentra regulada en el artículo 12 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.

¹⁰⁰ Como dispone el artículo 13.5 Decreto 349/2010 “Los informes o recomendaciones respecto a casos o situaciones clínicas concretas que emita el Comité serán remitidos a quien hubiera solicitado el asesoramiento y no podrán ser difundidos públicamente por parte de éste. En los casos en que, a juicio del Comité, proceda su difusión, se llevará a cabo a través de los órganos de gobierno de los centros e instituciones sanitarias correspondientes, con absoluto respeto a la confidencialidad de los datos de carácter personal contenidos de las deliberaciones realizadas por el propio Comité”.

El reglamento atribuye a las direcciones de las gerencias de los centros adscritos establecer un procedimiento abierto, público, equitativo, objetivo y transparente para la selección y renovación de las personas que van a ser miembros de los Comités, debiendo garantizarse en la composición la representación equilibrada de hombres y mujeres, así como una presencia suficiente de los diferentes profesionales y centros sanitarios que pudieran estar adscritos al mismo.

Los miembros deben ser elegidos por cuatro años y para su designación se valorarán preferentemente los conocimientos y la formación en bioética, debiendo, al menos, una tener formación experta acreditada en esta disciplina.

La norma no determina el número de miembros que se integrarán en estos Comités, sino que se limita a indicar un mínimo de integrantes, que fija en diez, pertenecientes a los centros sanitarios adscritos al mismo, y entre los cuales al menos la mitad serán profesionales sanitarios con actividad clínica asistencial, en los que deberán estar presentes¹⁰¹:

- Profesionales de la medicina.
- Profesionales de la enfermería.
- Profesionales del área de gestión y servicios.
- Una persona licenciada en derecho, preferentemente, con conocimiento en legislación sanitaria o bioderecho.
- Una persona perteneciente al área de atención ciudadana.
- Al menos, un directivo o responsable del área asistencial de alguno de los centros sanitarios adscritos que lo constituyen.
- Una persona perteneciente al Comité de Ética de la Investigación de alguno de los centros sanitarios adscritos.

Junto con los miembros anteriores, deberá integrarse en estos Comités una persona que no sea ni profesional sanitario ni tenga vínculos laborales con los centros sanitarios adscritos al Comité, que será elegida entre las personas usuarias de los centros adscritos y que deberá prestar su consentimiento.

El Comité propondrá a las direcciones gerencias de los centros adscritos a las personas que desempeñarán la presidencia y la secretaria. La dirección o gerencia será la encargada de nombrarles, una vez elegidas estas personas entre los miembros del Comité por mayoría cualificada de dos tercios.

¹⁰¹ El artículo 12.1 del Decreto 439/2010, sí que exige que “Las personas integrantes de un Comité de Ética Asistencial de Centros sanitarios lo serán con carácter voluntario y a título individual, no pudiendo hacerlo en representación, o como portavoz, de asociación alguna de tipo social, profesional, ideológico, confesional o de cualquier otra índole”.

4. Acreditación¹⁰²

El artículo 27.1 de la Ley Andalucía 2/2010 exige que todos los Comités se encuentren acreditados por la Consejería competente en materia de salud. Esta escueta precisión fue desarrollada en el artículo 19 del Decreto 439/2010, que en su punto primero, dispone que “los Comités de Ética Asistencial de Centros Sanitarios deberán ser acreditados por el órgano acreditador competente en materia de calidad e investigación de la Consejería competente en materia de Salud, con carácter previo al inicio de la actividad, a solicitud de la dirección gerencia o cargo equivalente donde resida”¹⁰³. Por tanto, la acreditación se convierte en un elemento previo al inicio de la actividad y de naturaleza obligatoria. De este modo, la actividad sólo podrá iniciarse una vez obtenida la correspondiente acreditación por parte del órgano acreditador competente –artículo 13.1 Decreto 439/2010–.

En relación al procedimiento para la obtención de la acreditación puede observarse los distintos pasos en el siguiente cuadro:

Solicitud de acreditación	Quién la debe presentar:	Ámbito del Sistema Sanitario Público de Andalucía: dirección gerencia del centro donde resida el Comité de Ética Asistencial. Centros sanitarios de titularidad privada: dirección del centro donde residirá el Comité.
	¿Ante quién?	Secretaría General de Calidad, Innovación y Salud Pública.
	Documentación	Solicitud; en la que se hará constar la composición del Comité, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del presente Decreto. Currículum vitae de cada una de las personas propuestas para formar parte del Comité. Declaración de actividades en la que consten los potenciales conflictos de intereses de quienes compongan el Comité, y en la que conste que no tienen intereses profesionales o personales que puedan interferir en su función de velar por el respeto de los principios éticos de quienes soliciten el asesoramiento del Comité. Sede del Comité de Ética Asistencial y ámbito de actuación.
	Plazo de resolución	3 meses desde la presentación.
	Efectos del silencio	Positivo.

¹⁰² <http://www.juntadeandalucia.es/haciendayadministracionpublica/clara/cprDetalleTramites.html?c=1-RNJRD&nombre=Acreditaci%F3n+de+los+%D3rganos+de+%C9tica+Asistencial+y+de+la+Investigaci%F3n+Biom%E9dica>

¹⁰³ El Grupo Parlamentario Popular propuso que la acreditación fuese una opción y no una obligación cuando en la Enmienda núm. 41, solicitaba la adición del artículo 27 *ter*, con el siguiente contenido: “1. Los Comités de Ética Asistencial que lo deseen podrán ser acreditados por la Consejería de Salud” (BOPA núm. 382, de 22 de enero de 2010).

Una vez obtenida la acreditación, la misma tendrá una vigencia de cuatro años desde el otorgamiento y deberá ser renovada con una antelación de al menos dos meses antes de la finalización del citado plazo. Con todo, el incumplimiento de los requisitos de acreditación establecidos por el órgano competente, con anterioridad a la extinción del plazo de vigencia, conllevará su revocación, previa instrucción del correspondiente procedimiento, en el que se dará audiencia al Comité interesado, correspondiendo su resolución, de forma expresa, al titular del órgano acreditador –artículo 19.7 Decreto 439/2010–.

Acreditación	Vigencia	4 años desde el otorgamiento.
	Renovación	Solicitud: al menos dos meses antes de finalizar dicho periodo ante el mismo órgano que otorgó la acreditación inicial. Deberá actualizarse, en su caso, el currículum vitae y la declaración responsable de conflictos de intereses de quienes vayan a formar parte del Comité.
	Para la renovación de la acreditación, el órgano acreditador realizará una evaluación de las solicitudes, de acuerdo con los siguientes criterios:	Reglamento de régimen interno ¹⁰⁴ y procedimientos normalizados de trabajo. Adecuación a los objetivos y requisitos expresados en el presente Decreto. Adecuación y capacidad de las personas propuestas para el cumplimiento de las funciones encomendadas. Calidad científico-técnica de los informes, valoraciones y memorias anuales. Grado y calidad de la actividad formativa en la esfera propia de sus actividades. Adecuación de los procedimientos y gestión de sus actividades al reglamento interno de funcionamiento.
	Plazo de resolución	3 meses desde la solicitud.
	Efectos del silencio	Positivo.

¹⁰⁴ Recordemos que el artículo 13.1 del Decreto 439/2010, exige que “En los seis meses posteriores a su acreditación el Comité deberá elaborar y aprobar el reglamento de régimen interno de funcionamiento para remitirlo al órgano acreditador”.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ÁLAMO, M.: “El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico. Bases jurídicas e implicaciones penales”, en B. MENDOZA BUERGO (Ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, Navarra, pp. 97-142.

AMENEIROS LAGO, E.; CARBALLADA RICO, C. y GARRIDO SANJUÁN, J. C.: “Limitación del esfuerzo terapéutico en la situación de enfermedad terminal: ¿nos puede ayudar la bioética a la toma de decisiones?”, en *Medicina paliativa*, nº 4, 2006, pp. 174-178.

ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: “Consentimiento informado y lex artis médica en la limitación del esfuerzo terapéutico (LET)”, en *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, nº 12, 2012, pp. 7-46.

BARRIO, I.: “El problema de la capacidad de los menores para tomar decisiones sanitarias: nuevo contenido en la responsabilidad profesional de la enfermera”, *Enfermería Clínica* 1998, 8 (4), pp. 161-165.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “El Derecho de las personas a la muerte digna”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5/2010, pp. 83-96.

- “La relación médico-paciente en situaciones de riesgo grave, de enfermedad invalidante e irreversible, y en el proceso del final de la vida: supuestos y respuestas bioéticas y jurídicas”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6/2011, pp. 81-100.
- “En torno a la constitucionalidad de una posible legalización parcial de la eutanasia”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8/2010, pp. 59-74.

BERROCAL LAZAROT, A.: “La autonomía del individuo en el ámbito sanitario”, en *Revista Foro, Nueva época*, nº 0.

BONILLA SÁNCHEZ, J. J.: “El derecho a morir dignamente en Andalucía”, en *Espacio y Tiempo: Revista de Ciencias Humanas*, nº 25, 2011, pp. 171-188.

BUENO MUÑOZ, M. J.: “Limitación del esfuerzo terapéutico: aproximación a una visión de conjunto”, en *Enfermería intensiva*, nº 4, 2013, pp. 167-174.

CAVOUKIAN, A.: “La confidencialidad en la genética: la necesidad del derecho a la intimidad y el derecho a ‘no saber’”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 2, 1995, pp. 53 y ss.

CRUZ LARRAÑAGA, J. y BARANDIARAN, L. M.: “¿Nuevos horizontes de la eutanasia activa?: (comentario a la encuesta en torno a la muerte digna)”, en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 9, 1995, pp. 211-218.

DEL RÍO SÁNCHEZ, C.: “El consentimiento informado en menores y adolescentes. Contexto ético-legal y algunas cuestiones problemáticas”, en *Información psicológica*, nº 100, 2010, pp. 60-67.

DÍEZ FERNÁNDEZ, J. A.: “Autonomía del paciente y deberes del médico en el Proyecto de Ley andaluza de ‘muerte digna’”, *Cuadernos de bioética*, nº 71, 2010, pp. 51-60.

FERNÁNDEZ SUÁREZ, J. A.: “El Derecho a una muerte digna”, en *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio*, vol. 1, 1992, pp. 283-317.

FLECHA ANDRÉS, J. R.: “Eutanasia y muerte digna: Propuestas legales y juicios éticos”, *Revista española de derecho canónico*, vol. 45, nº 124, 1988, pp. 155-208.

GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001.

GALLEGO RIESTRA, S.: *El Derecho del Paciente a la Autonomía Personal y las Instrucciones Previas: Una nueva realidad legal*, Aranzadi-Thomson-Reuter, Cizur Menor, Navarra, 2009.

GAMBOA-ANTIÑOLO, M.: “Limitación de esfuerzo terapéutico. ¿Es lo mismo retirar un tratamiento de soporte vital que no iniciarlo?”, en *Medicina Clínica*, vol. 135, nº 9, 2010, pp. 410-416.

GARCÍA C. y ORGANDO, B.: “Doctrina del menor maduro: aplicación práctica en la toma de decisiones sanitarias”, *Enfermería Científica*, marzo-abril 2005, 276-7.

GARCÍA, D. et al.: “Toma de decisiones en el paciente menor de edad”, *Med Clin*, 117, Barcelona, 2001, pp. 179-190.

GASCÓN ABELLÁN, M.: “Objeción de conciencia sanitaria”, en B. MENDOZA BUERGO (Ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, Navarra, pp. 143-162.

GÓMEZ ARCAS, M.: “No me da miedo la muerte, me da miedo el dolor”, *Index de enfermería: información bibliográfica, investigación y humanidades*, nº 58, 2007, pp. 63-67.

GONZÁLEZ, P.: “Breve reflexión sobre el consentimiento informado en pediatría”, *Bioética*, mayo-agosto 2007, pp. 4-10.

GONZÁLEZ MORÁN, L.: “Dimensión jurídica de la limitación del esfuerzo terapéutico”, en F. J. DE LA TORRE DÍAZ (ed. lit.), *La limitación del esfuerzo terapéutico*, Universidad Pontificia de Comillas, 2006, pp. 145-192.

HANS-GEORG KOCH: "Una muerte digna: derecho penal y eutanasia", *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº Extra 5, 1992, pp. 133-142.

HERNÁNDEZ RAMOS, M.: "El consentimiento informado y el derecho fundamental a la integridad física y moral", en N. SANZ MULAS (coord.), *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, Comares, Granada, 2012, pp. 1-10.

LANDROVE DÍAZ, G.: "El derecho a una muerte digna", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 1998, pp. 1.999-2.005.

LEÓN CASTRO ALONSO, J.: *Derecho a la vida. ¿Hacia una muerte digna?*, Bosch, Barcelona, 2011.

– *Derecho a la vida: ¿hacia una muerte digna?: breves reflexiones en torno a la Ley andaluza 2/2010, de 8 de abril, sobre Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte*, Bosch, Barcelona, 2012.

LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, M. T.: "Principios secundarios y muerte digna", en *Anuario de filosofía del derecho*, nº 12, 1995, pp. 115-126.

LUIS TINANT, E.: "Reflexiones sobre la Ley de muerte digna", *La Ley Uruguay: legislación, jurisprudencia y doctrina*, nº 7, 2012, pp. 906-913.

LYNCH D. et al.: "Investigación en Pediatría. Un desafío ético", en *Rev Hosp Niños BAires*, 50 (226), 2007, pp. 44-53.

MARTÍNEZ, C.: "Problemas éticos y legales en Pediatría", *Bol Pediatr*, nº 49, 2009, pp. 303-306.

MARTÍNEZ RIERA, J. R.: "El derecho al cuidado en la muerte digna", en *Revista ROL de enfermería*, vol. 34, nº 10, 2011.

NAVIA, J. y MONEDERO, P.: "Limitación del esfuerzo terapéutico y eutanasia: toma de decisiones y resolución de conflictos en el paciente crítico", en *Revista española de anestesiología y reanimación*, vol. 57, nº 9, 2010, pp. 586-593.

NÚÑEZ PAZ, M. A.: *La buena muerte: el derecho a morir con dignidad*, Tecnos, 2006.

OCHOA MILLÁN, G.: "Derecho a una muerte digna", en *Persona y bioética*, vol. 1, nº 1, 1997, pp. 98-107.

ORGANDO, B. y GARCÍA C.: "Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro", en *Pediatr Integral*, XI (10), 2007, pp. 877-883.

PALOMARES BAYO, M. y LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. L. (coords.): *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital: análisis de la legislación europea, nacional y autonómica: estudio de su evolución jurisprudencial*, Comares, Granada, 2002.

PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A.: *La intervención jurídica de la actividad médica: el consentimiento informado*, Dykinson, Madrid, 1997.

REY MARTÍNEZ, F.: “¿Nuevos derechos en los Estatutos de Autonomía?: el derecho a una muerte digna”, en *Cuadernos de Alzate: Revista vasca de la cultura y las ideas*, nº 40, 2009, pp. 43-64.

RODRÍGUEZ, A.: “Muerte digna y derechos en los Estatutos de autonomía”, *Constitución y democracia: ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, ed. Universitas, vol. 3, 2012, pp. 3.487-3.512.

RUIZ MIGUEL, A.: “Autonomía individual y derecho a la propia muerte”, *Revista española de derecho constitucional*, nº 89, 2010, pp. 11-43.

ROVIRA VIÑAS, A.: *Autonomía personal y tratamiento médico: (una aproximación constitucional al consentimiento informado)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2007.

SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F.: *Derechos y deberes de los pacientes: (Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas)*, Comares, Granada, 2003.

SANZ MULAS, N. (coord.): *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, Comares, Granada, 2012.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M.: “Sentencias constitucionales sobre la muerte digna: STC 120/1990, de 27 de junio”, en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 54, 2006, pp. 229-258.

SIMÓN, P.: “Diez mitos en torno al consentimiento informado”, en *An. Sist. Sanit. Navar.*, 29, (Supl. 3), 2006, pp. 29-40.

SIMÓN P. y BARRIO, M.: “La capacidad de los menores para tomar decisiones sanitarias: un problema ético y jurídico”, en *Revista Española de Pediatría*, 1997, pp. 107-19.

SIMÓN, P.: “La capacidad de los pacientes para tomar decisiones una tarea todavía pendiente”, en *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.*, 28 (102), 2008, pp. 325-48.

SORAYA NADIA HIDALGO: “La frontera de la vida: muerte digna y eutanasia: ¿nuevas alternativas del siglo XXI?”, en *El derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Mendoza, Argentina, 20 al 24 de septiembre de 1998, vol. 1, 1998, pp. 248-266.

TOMÁS Y GARRIDO, G. M^a: “Mar Adentro”, en *Persona y bioética*, vol. 8, n^o 22-23, 2004.

VIOLA, F.: “La volunta del malato e l’etica del medico: il problema del conflicto”, en *la Ration Pratica* (1994/2), pp. 215-226.

Otros documentos consultados:

Guía de sedación paliativa, Organización Médica Colegial y Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL)

https://www.cgcom.es/sites/default/files/guia_sedaccion_paliativa.pdf

(Consultado 10/06/2014)

Aspectos éticos de la sedación en cuidados paliativos, en

<http://www.unav.es/cdb/secpal4.html>

(Consultado 22/02/2014).

Capítulo IX. LA MEDICINA PREDICTIVA Y LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS QUE SE SOMETEN A ANÁLISIS GENÉTICOS EN ANDALUCÍA

Miguel Ángel Recuerda Girela

I. ALGO SOBRE LA HISTORIA DE LA MEDICINA

La Historia de la Medicina, como explica el profesor Ackerknecht, nos permite tener un mejor conocimiento de la Historia en general y de la sociedad de cada momento en particular, pero además, nos ayuda a comprender mejor la medicina y las actuaciones médicas¹.

En las sociedades primitivas se consideraba que las enfermedades tenían un origen mágico-religioso por lo que los remedios tenían que ser de la misma naturaleza, y debían ser administrados por personas con poderes sobrenaturales. Esta concepción mágica se fue abandonando progresivamente en la medida en que se introdujo en los estudios de medicina la racionalidad, la cientificidad, y la experimentación médica². La medicina y las ciencias han tenido una inseparable relación desde los tiempos de la antigüedad, a la que se ha unido el desarrollo de la tecnología. Cualquier libro de Historia de la Medicina cuenta con más o menos detalle la historia de las enfermedades, el nacimiento de la medicina,

¹ E. H. Ackernecht, *A Short History of Medicine*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1982, p. xv.

² W. Bynum, *The History of Medicine. A very short Introduction*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 15.

los tratamientos primitivos, la evolución de ciencia médica, el papel de los hospitales, laboratorios y medicamentos. Pero no todos los libros de Historia de la Medicina cuentan con un capítulo final dedicado al futuro de la medicina. El doctor Geoff Watts explica que la medicina moderna es poderosa y efectiva, y que el enfoque científico y tecnológico tiene muchos beneficios. Sin embargo, también pone de manifiesto que los avances médicos presentan una doble faz porque prolongan la vida humana pero lo hacen, en ocasiones, a un alto precio, cuando la vida humana se alarga pero aparecen nuevas enfermedades asociadas a la vejez que condenan a las personas a una mala calidad de vida³.

Uno de los capítulos más recientes de la Historia de la Ciencia y de la Historia de la Medicina es el descubrimiento de la secuencia del genoma humano que puede conllevar un nuevo enfoque de la medicina sobre el que se están poniendo grandes esperanzas.

II. DE LA MEDICINA REACTIVA A LA MEDICINA PREVENTIVA

Tradicionalmente la medicina ha sido reactiva, es decir, ha estado focalizada en la curación de las enfermedades. Otra vertiente complementaria y más moderna de la medicina es la preventiva. La medicina preventiva tiene como finalidad reducir la incidencia de determinadas enfermedades a partir de los conocimientos científicos aportados por las ciencias médicas. En realidad, como explica Piédrola Gil, es muy difícil separar la medicina curativa de la preventiva: el cirujano que diagnostica y opera una apendicitis lleva a cabo medicina preventiva de la peritonitis⁴.

Hogart ha señalado que el concepto de medicina preventiva se ha ido ampliando en la actualidad desde la aplicación por el médico a sus pacientes individuales de los conocimientos y técnicas para prevenir enfermedades, a las actividades sanitarias organizadas para la promoción de la salud colectiva⁵.

La medicina preventiva se considera una especialidad médica, en la que trabajan especialistas clínicos, docentes e investigadores, que tiene por objeto la prevención de las enfermedades sobre las base de los conocimientos y del consejo médico. Se suele distinguir entre prevención primaria, que comprende las actuaciones que se realizan sobre personas sanas, prevención secundaria, que se basa en el diagnóstico precoz, cribado o screening, prevención terciaria, que comprende las actuaciones para prevenir las complicaciones que

³ R. Porter, (ed.), *The Cambridge Illustrated History of Medicine*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, p. 344.

⁴ G. Piédrola Gil, *Medicina preventiva y salud pública*, Masson, Barcelona, 2002, p. 12.

⁵ G. Piédrola Gil, *op. cit.*, p. 12.

pueden derivarse de una enfermedad, y prevención cuaternaria, que comprende las actividades que pueden evitar intervenciones médicas excesivas o innecesarias⁶.

La identificación de factores de riesgos como parte de la prevención se ha considerado en los últimos años como un nuevo paradigma en la prevención de enfermedades⁷. Por ejemplo, el consumo de tabaco, la dieta desequilibrada o la falta de actividad física y deporte son factores de riesgo que están en el origen de muchas enfermedades. La intervención sobre el consumo de tabaco reduce la incidencia de tumores malignos, cáncer de pulmón, enfermedades cardiovasculares, enfermedades pulmonares obstructivas crónicas, cardiopatías isquémicas e ictus⁸.

En algunos casos los factores de riesgo están indisolublemente unidos a formas de vida. En la medida en que existan factores modificables se podrá y deberá actuar para modificarlos. Así por ejemplo, los factores más importantes implicados en la obesidad son los hábitos alimentarios y el nivel de actividad física, que están afectados por variantes genéticas. La prevalencia actual de la obesidad no parece deberse por tanto a causas genéticas sino a dietas de alta densidad energética con un estilo de vida sedentario⁹.

III. LOS RIESGOS DERIVADOS DE LOS ESTILOS DE VIDA

La medicina preventiva ha puesto de relieve la importancia de la investigación sobre los riesgos relacionados con los estilos de vida. Desde el punto de vista del Derecho también se ha suscitado el debate sobre el alcance de la regulación que afecta a los estilos de vida cuando éstos pueden provocar daños a la salud y generar costes para el sistema sanitario público. En relación, por ejemplo, con la obesidad se está discutiendo sobre el impacto de la publicidad de alimentos, y en especial, de la publicidad dirigida a niños, o la conveniencia de establecer impuestos que graven el consumo de ciertos alimentos con un alto contenido en grasa o azúcar¹⁰. En estos casos se plantea una cuestión esencial y básica como es el adecuado equilibrio entre la libertad de elección de los ciudadanos y la intervención estatal por medio de la regulación. A pesar de la esencialidad de la libertad de elección, la intervención del Estado puede

⁶ L. Salleras, D. Domínguez, M. D. Forés, "Los métodos de la medicina clínica preventiva", *Med Clin*, Barcelona, 1994, nº 102.

⁷ P. Skarabank, y J. McCormick, *Follies and fallacies in medicine*, Tarragon Press, Glasgow, 1989.

⁸ J. R. Banegas, F. Rodríguez-Artalejo, y A. Graciani, "Interacción de los factores de riesgo en las enfermedades crónicas", *Revista Española de Salud Pública*, 76, 1, 2002.

⁹ J. A. Martínez, M. J. Moreno-Aliaga, y A. Martí, "Factores desencadenantes de la obesidad", M. V. Vaquero, (coord.), *Genética, nutrición y enfermedad*, Instituto Tomás Pascual Sanz y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2008, p. 211; M. A. Recuerda Girela (dir.), *Tratado de Derecho Alimentario*, Thomson Aranzadi, 2011.

¹⁰ M. A. Recuerda Girela, (dir.), *Tratado, op. cit.*

estar justificada por razones económicas, porque su actuación en estos ámbitos puede reducir costes para el sistema sanitario público, o para proteger a las personas más vulnerables¹¹.

IV. LA MEDICINA PREDICTIVA

1. Concepto, origen y desarrollo

El premio Nobel Jean Dausset define la medicina predictiva como “la identificación de individuos sanos que tienen predisposición a desarrollar una determinada enfermedad”¹². Como explica el profesor Segovia de Arana el moderno concepto de medicina predictiva empezó a desarrollarse a partir del conocimiento del sistema histocompatibilidad, es decir, la estructura inmunológica de los seres vivos. Se comprobó que cuando algunos antígenos del sistema de histocompatibilidad se presentaban con más frecuencia en algunas enfermedades existía una predisposición constitucional condicionada genéticamente a padecer determinados procesos patológicos¹³.

La secuenciación del ADN y la medicina genómica supone un avance en la medicina predictiva porque el conocimiento de las alteraciones genéticas permite conocer la predisposición de las personas a padecer ciertas enfermedades. Como explica Segovia de Arana, existen procesos patológicos que son debidos exclusivamente a la alteración de un solo gen y que constituyen las enfermedades monogénicas en las que la influencia del medio externo son escasas ante la fuerte penetración que tiene el gen incriminado. En estos casos, dice Segovia de Arana, el estudio genotípico confirma el diagnóstico clínico y determina el estado de los familiares con riesgo de padecer la enfermedad¹⁴. Por otro lado, hay enfermedades multifactoriales en las que se produce la interacción entre múltiples genes y factores ambientales que determinan la enfermedad en un individuo¹⁵.

Algunos expertos han sugerido que el conocimiento del genoma puede transformar la medicina de distintas formas: quizás podrá hacerse una clasificación de enfermedades en función de su origen genético, se podrá identificar con antelación a las personas que pueden responder mejor o peor a ciertos medicamentos, y se mejorará la prevención de algunas enfermedades mediante un enfoque anticipatorio.

¹¹ S. Planzer, y A. Alemanno, “Lifestyle Risks: Conceptualisation of an Emerging Category of Research”, *European Journal of Risk Regulation*, 4, 2010.

¹² J. Dausset, “Bioética y responsabilidad”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 3, 1995.

¹³ J. M. Segovia de Arana, (coord.), *Ochoa y la medicina clínica*. J. M. Segovia de Arana, *Medicina preventiva y predictiva*, Farmaindustria, Madrid, 2004, p. 75.

¹⁴ J. M. Segovia de Arana, *op. cit.*, p. 76.

¹⁵ J. M. Segovia de Arana, *op. cit.*, p. 76.

Conviene recordar que en la Historia de la Medicina algunas predicciones han resultado finalmente un auténtico fracaso. Debemos ser prudentes y no alentar falsas expectativas. El futuro de la medicina predictiva o personalizada está aún por escribir, aunque ya están sobre la mesa algunas de las cuestiones clave que plantea.

Según Green y Guyer, el futuro de la medicina genómica conllevará una mejora de los diagnósticos, que hará posible que los tratamientos sean más adecuados y eficaces¹⁶.

2. Implicaciones éticas de la medicina predictiva

La medicina predictiva va a contribuir a un mejor conocimiento de las enfermedades y a una más eficiente prevención. Sin embargo, el conocimiento de la información genética de las personas suscita al mismo tiempo importantes preocupaciones éticas que afectan al individuo, a las familias, y a la sociedad en su conjunto. A nivel individual debe considerarse el derecho de las personas a decidir sobre la realización de estudios de ADN, los conflictos familiares que pueden surgir ante distintas posiciones sobre el conocimiento genético y sus consecuencias, y los problemas sociales que pueden aparecer en forma de discriminación ya sea en las relaciones laborales, la contratación de seguros o incluso ante el posible uso judicial de la información genética para prevenir determinados comportamientos.

La información genética tiene por tanto una vertiente positiva, en cuanto que puede contribuir a la mejor prevención de enfermedades, y una vertiente negativa, dado que puede dañar al individuo, ya sea porque fundamente actuaciones discriminatorias, o porque el conocimiento de la predisposición genética a padecer ciertas enfermedades puede constituir una carga psicológica, o por otras razones.

3. Incidencia económica de la medicina predictiva

La medicina personalizada o predictiva está siendo presentada generalmente como una alternativa más eficiente tanto desde el punto de vista sanitario como económico. En el informe *"The Economic and Functional Impacts of Genetics and Genomic Clinical Laboratory Testing in the United States"*, se señala que los test genéticos aportarán beneficios tanto para la economía como para la sociedad. De forma resumida esos beneficios podrían consistir en: evitar diagnósticos erróneos que se asocian con complicaciones y costes, tratamientos más tempranos que son más eficaces y menos costosos, mejora de la efectividad de los medicamentos, eliminación de las reacciones adversas a medicamentos y de sus costes, reducción de los desordenes genéticos en recién nacidos, eliminación de

¹⁶ E. Green, y M. Guyer, "Charting a course for genomic medicine from base pairs to bedside", *Nature*, 470, 2011, pp. 204-2013.

enfermedades laborales y ambientales, e impulso de los sistemas sanitarios de la medicina reactiva a la preventiva¹⁷.

Sin embargo, la medicina personalizada también suscita alguna interrogante económica de gran importancia: las investigaciones de las compañías farmacéuticas se centran actualmente en la investigación y el desarrollo de medicamentos que posteriormente se destinan a grandes grupos de población; en cambio, la medicina personalizada precisará de medicamentos más específicos y particulares que serán más costosos en su desarrollo y que se destinarán a un público más reducido. Podemos suponer por tanto que la promesa de la medicina personalizada tiene que ir superando el reto de la complejidad científica y el la complejidad económica.

V. LOS DERECHOS EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ANDALUCÍA

1. Los titulares de los derechos

El artículo 12 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (en adelante, “EAA”) establece que “Los destinatarios de las políticas públicas y los titulares de los derechos y deberes contenidos en este título son todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía, sin perjuicio de lo establecido para el derecho de participación en los asuntos públicos en el artículo 30 y de acuerdo con las leyes reguladoras de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas”. La vecindad viene determinada por la inscripción en el padrón municipal y la residencia en el municipio. Por tanto, los destinatarios de las políticas públicas y los titulares de los derechos y deberes que se contienen en el Título I del EAA son todas las personas que tengan vecindad administrativa en Andalucía, incluidos los extranjeros residentes en la Comunidad Autónoma de Andalucía, con la excepción, como señala Cámara Villar, de los derechos de participación política, cuyos titulares son estrictamente las personas que gozan de la condición política de andaluz¹⁸.

Sobre la condición de andaluz o andaluza el artículo 5 EAA establece que: “1. A los efectos del presente Estatuto, gozan de la condición política de andaluces o andaluzas los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía. 2. Como andaluces y andaluzas, gozan de los derechos políticos definidos en este Estatuto los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en Andalucía

¹⁷ S. Tripp, M. Grueber, y D. Cummings, *The Economic and Functional Impacts of Genetics and Genomic Clinical Laboratory Testing in the United States*, American Clinical Laboratories Association, 2012.

¹⁸ G. Cámara Villar, “Titulares de los derechos y destinatarios de las políticas públicas”, F. Balaguer Callejón (dir.), *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, p. 37.

y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España. Gozarán también de estos derechos sus descendientes inscritos como españoles, si así lo solicitan, en la forma que determine la Ley del Estado. 3. Dentro del marco constitucional, se establecerán los mecanismos adecuados para promover la participación de los ciudadanos extranjeros residentes en Andalucía”.

Por otro lado, para la determinación de la vecindad hay que tener en consideración el artículo 15 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante “LBRL”), que dispone que “Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente. Quien viva en varios municipios deberá inscribirse únicamente en el que habite durante más tiempo al año. El conjunto de personas inscritas en el Padrón municipal constituye la población del municipio. Los inscritos en el Padrón municipal son los vecinos del municipio. La condición de vecino se adquiere en el mismo momento de su inscripción en el Padrón”.

2. La declaración de derechos en el Estatuto de Autonomía de Andalucía y su complejo encaje constitucional

El EAA, tras su modificación por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, recoge en su artículo 13 un precepto que se titula “Alcance e interpretación de los derechos y principios” que dispone lo siguiente: “Los derechos y principios del presente título no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes. Ninguno de los derechos o principios contemplados en este Título puede ser interpretado, desarrollado o aplicado de modo que se limiten o reduzcan derechos o principios reconocidos por la Constitución o por los tratados y convenios internacionales ratificados por España”.

Advierte a este respecto Balaguer Callejón que “la mayor efectividad de los derechos está garantizada, más allá de las limitaciones competenciales, por cuanto que el nivel autonómico de protección y desarrollo se inserta dentro de un contexto espacial más amplio que garantiza esa efectividad. En el ámbito de sus competencias, las Comunidades Autónomas podrán ampliar los otros niveles y, específicamente, el constitucional, pero nunca limitarlos. Esa ampliación debe ser interpretada del modo que garantice su mayor efectividad dentro del ámbito de las competencias autonómicas. Más allá de esas competencias, la efectividad de los otros niveles de protección y desarrollo está garantizada por las cláusulas de salvaguardia”¹⁹.

¹⁹ F. Balaguer Callejón, “Alcance e interpretación de los derechos. Las cláusulas de limitación competencial y de salvaguardia del nivel constitucional e internacional de protección”, F. Balaguer Callejón (dir.), *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, pp. 57-58.

Ahora bien, no debe dejar de señalarse que la introducción en los nuevos Estatutos de Autonomía de declaraciones de derechos ha sido objeto de controversia doctrinal²⁰. Algunos autores sostienen que es posible que los Estatutos de Autonomía declaren derechos, deberes y principios, pero otros consideran que no lo es. Así por ejemplo, Díez-Picazo²¹, Ferreres Comella²², Rodríguez de Santiago²³ y otros ha sostenido que los Estatutos de Autonomía no pueden contener declaraciones de derechos. Por otro lado, autores como Caamaño²⁴ y otros consideran que sí es posible.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta importante cuestión en la Sentencia núm. 31/2012, de 28 de junio de 2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. El Tribunal Constitucional reconoce en esa sentencia la idoneidad de los estatutos de autonomía para reconocer derechos, aunque ha dicho que los derechos estatutarios no son derechos fundamentales, sino otra cosa, porque no derivan de la Constitución, y que sólo vinculan al legislador autonómico. En concreto dice esta sentencia:

«16. El Título I del Estatuto catalán relaciona una serie de ‘Derechos, deberes y principios rectores’ ordenados en cinco capítulos que agrupan los artículos 15 a 54 EAC, varios de ellos impugnados por los recurrentes. El conjunto de dicho Título ha merecido una crítica de principio en la demanda, cuyas razones sobre el particular se han consignado en el antecedente 11 y tienen que ver con la supuesta inidoneidad de un Estatuto de Autonomía para incluir derechos fundamentales o afectar a los que con ese carácter se reconocen en los artículos 15 a 29 CE. Objeción a la que las restantes partes de este proceso han opuesto los argumentos referidos en los antecedentes 12, 13 y 14.

Derechos fundamentales son, estrictamente, aquellos que, en garantía de la libertad y de la igualdad, vinculan a todos los legisladores, esto es, a las Cortes Generales y a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, sin excepción. Esa función limitativa sólo puede realizarse desde la norma común y superior a todos los legisladores, es decir, desde la Constitución, norma suprema que hace de los derechos que en ella se reconocen un límite insuperable para todos los

²⁰ Vid. J. Morcillo Moreno, “La devaluación de los derechos estatutarios y sus garantías”, *Revista de Administración Pública*, núm. 188, 2012.

²¹ L. M. Díez-Picazo, “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 78, 2006, pp. 63-75.

²² V. Ferreres Comella, P. Biglino Campos, y M. Carrillo, *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

²³ J. M. Rodríguez de Santiago, “Una vez más sobre las declaraciones de derechos (y otras regulaciones materiales) en los Estatutos de Autonomía”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 145, 2009.

²⁴ F. Caamaño, “Sí, puede (declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 79, 2007.

poderes constituidos y dotado de un contenido que se les opone por igual y con el mismo alcance sustantivo en virtud de la unidad de las jurisdicciones (ordinaria y constitucional) competentes para su definición y garantía. Derechos, por tanto, que no se reconocen en la Constitución por ser fundamentales, sino que son tales, justamente, por venir proclamados en la norma que es expresión de la voluntad constituyente.

Los derechos reconocidos en Estatutos de Autonomía han de ser, por tanto, cosa distinta. Concretamente, derechos que sólo vinculen al legislador autonómico, – como así se desprende, inequívocamente, del propio Estatuto recurrido, cuyo artículo 37.1 EAC, también impugnado y sobre el que más adelante habremos de pronunciarnos en particular, circunscribe, por principio, a los poderes públicos de Cataluña, y según la naturaleza de cada derecho a los particulares, el ámbito de los obligados por los derechos reconocidos en los Capítulos I, II, y III del Título I–; y derechos, además, materialmente vinculados al ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma, circunstancia expresamente detallada, según veremos, en el artículo 37.4 EAC. Ahora bien, bajo la misma categoría ‘derecho’ pueden comprenderse realidades normativas muy distintas, y será a éstas a las que haya de atenderse, más allá del puro nomen, para concluir si su inclusión en un Estatuto es o no constitucionalmente posible. En efecto, ya en la propia Constitución bajo el término ‘derecho’ se comprenden tanto verdaderos derechos subjetivos como cláusulas de legitimación para el desarrollo de determinadas opciones legislativas, si bien en ambos casos se trata siempre, al cabo, de mandatos dirigidos al legislador, bien imponiéndole un hacer o una omisión que se erigen en objeto de una pretensión subjetiva exigible ante los Tribunales de justicia; bien obligándole a la persecución de un resultado sin prescribirle específicamente los medios para alcanzarlo y sin hacer de esa obligación el contenido de ningún derecho subjetivo, que sólo nacerá, en su caso, de las normas dictadas para cumplir con ella. Normas, en definitiva, que prescriben fines sin imponer medios o, más precisamente, que proveen a la legitimación de la ordenación política de los medios públicos al servicio de un fin determinado.

En el nuevo Estatuto catalán se prodiga sobre todo, según veremos, sin que falten proclamaciones de derechos subjetivos stricto sensu, el segundo tipo de derechos, es decir, mandatos de actuación a los poderes públicos, ya estén expresamente denominados como ‘principios rectores’, ya estén enunciados literalmente como derechos que el legislador autonómico ha de hacer realidad y los demás poderes públicos autonómicos respetar. Lo decisivo para pronunciarse sobre su legitimidad constitucional será, en cada caso, si los mandatos en ellos comprendidos vinculan exclusivamente al poder público catalán y, naturalmente, si sólo pretenden hacerlo en el marco de sus competencias. Este tipo de derechos estatutarios, que no son derechos subjetivos sino mandatos a los poderes públicos (STC 247/2007, FF.JJ. 13 a 15), operan técnicamente como pautas (prescriptivas o directivas, según los casos) para el ejercicio de las competencias autonómicas. De lo que resulta, naturalmente, un principio de diferenciación que no puede confundirse con la desigualdad o el privilegio proscritos por los artículos 138.2 y 139.1 CE, pues con ella sólo

se abunda en la diversidad inherente al Estado autonómico [STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2.a)] en tanto que implícita en la pluralidad de ordenamientos que, fundamentados y reducidos a unidad en la Constitución, operan sobre ámbitos competenciales diversos en los que se actúan potestades legislativas y gubernamentales propias cuyo ejercicio puede legítimamente condicionarse desde la misma norma que define, en concurso con la Constitución, cada uno de esos ámbitos privados».

Un ejemplo de reconocimiento concreto de un derecho estatutario analizado por el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia lo encontramos en el artículo 20 del Estatuto de Autonomía de Cataluña que establece el “derecho a recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrales y a vivir con dignidad el proceso de su muerte”, y el “derecho a expresar su voluntad de forma anticipada para dejar constancia de las instrucciones sobre las intervenciones y los tratamientos médicos que puedan recibir”.

El Tribunal Constitucional ha dicho expresamente en la mencionada sentencia en relación con este derecho lo siguiente:

«La escueta referencia al artículo 15 CE como fundamento de la impugnación de este precepto no aporta razones para apreciar su inconstitucionalidad. En cuanto al artículo 20.1 EAC baste decir que la proclamación de un derecho al tratamiento del dolor y a los cuidados paliativos se compadece con perfecta naturalidad con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15 CE) y es, incluso, una consecuencia obligada, por implícita, de la garantía de ese derecho fundamental, al que, por ello, ni contradice ni menoscaba. Por lo mismo, “vivir con dignidad el proceso de [la] muerte” no es sino una manifestación del derecho a la vida digna y con el mismo alcance que para ese concepto puede deducirse de los artículos 10.1 y 15 CE, es decir, sin que necesariamente se implique con ello el derecho a la muerte asistida o a la eutanasia. (...) En consecuencia, ha de desestimarse la impugnación del artículo 20 EAC».

También es relevante en este asunto la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de Valencia, que igualmente reconoce el derecho al agua a los valencianos y a las valencianas. El TC dijo en concreto en este otro caso:

«En el ámbito de lo dispuesto por el artículo 147.2.d) CE, los Estatutos de Autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos. Por ello, cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los Estatutos, tales prescripciones estatutarias han de entenderse, en puridad, como mandatos a los poderes públicos autonómicos, que, aunque les vinculen, sólo pueden tener la eficacia antes señalada».

3. El derecho a la protección de la salud y otros derechos: la conexión salud-investigación

El derecho a la protección de la salud está consagrado normativamente a nivel internacional, europeo, nacional y regional, y ha tenido una importante evolución que ha ido desde la idea de servicio público a su consolidación como derecho.

El EAA, que como se ha indicado anteriormente incluye un catálogo de derechos, dedica el artículo 22 a la salud. Dicho artículo pormenoriza el contenido del derecho a la salud de la siguiente forma:

- «1. Se garantiza el derecho constitucional previsto en el artículo 43 de la Constitución Española a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal.
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.
3. 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.
4. Con arreglo a la ley se establecerán los términos, condiciones y requisitos del ejercicio de los derechos previstos en los apartados anteriores».

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea regula en su artículo 35 el derecho a la protección de la salud en los siguientes términos:

«Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana».

El artículo 2.1 de dicha Carta establece que “Toda persona tiene derecho a la vida”. Y el artículo 3 dispone lo siguiente:

- «1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica.
2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:
 - a) El consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley.
 - b) La prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas.
 - c) La prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro.
 - d) La prohibición de la clonación reproductora de seres humanos».

En conexión con el derecho a la protección de la salud, se ha mencionado anteriormente el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, física y psíquica, que tienen una indudable dependencia y, en particular, cuando se ponen en relación con la medicina y la biología.

Como ha señalado Canosa Usera, el derecho a la integridad personal “abarcaría el cuerpo humano con todos sus componentes, desde las moléculas que forman sus genes, incluyendo por tanto la integridad genética, hasta su anatomía y apariencia, así como las potencialidades intelectuales y sensoriales, incluidas las que tienen que ver con la capacidad de experimentar dolor físico o padecimiento psicológico o moral”²⁵.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 120/1990, se refiere a la integridad física y moral como protección de “la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular”.

A este respecto, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia núm. 35/1996, señala que “(...) el derecho a la salud, o mejor aún, a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal”.

El artículo 43 de la Constitución española de 1978 reconoce igualmente el derecho a la protección de la salud:

- «1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.
2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

²⁵ R. Canosa Usera, *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Madrid, 2006.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio».

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 20 de diciembre de 1999, dijo sobre el derecho a la protección de la salud lo siguiente:

«(...) el derecho constitucional a la salud se configura directamente como un «derecho de libertad» que permite oponerse a los poderes públicos que lo alteren o lo limiten, y también como un derecho frente actuaciones no protectoras de las Administraciones, pero, en este caso, su ejercicio en el marco de los servicios sanitarios públicos está remitido por la CE al legislador. O, dicho en otros términos, es la ley la que establece los derechos y deberes de todos al respecto; de manera que el derecho a la salud, en cuanto concierne a las prestaciones debidas por los poderes públicos es de delimitación legal, sin perjuicio claro está, de la obligación establecida para todos los poderes públicos, incluido el legislador, en el artículo 41 CE, de mantener “un régimen público de S.S. para todos los ciudadanos”. Por consiguiente, en lo que respecta al presente recurso, debe entenderse que la definición del contenido del derecho a la salud se materializa mediante la incorporación al citado texto legal de un catálogo de derechos de los ciudadanos».

Como se trata de un derecho de configuración legal su contenido y alcance se ha ido definiendo progresivamente en la legislación: Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, Ley Orgánica 3/1986, de 22 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, Ley 41/2002, de 24 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, y Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Además, conviene señalar que otras normas que no tienen por objeto directo la protección de la salud inciden sobre ella o sobre la prestación de los servicios sanitarios, tal es el caso de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, o la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, por poner solo algunos ejemplos.

Es especialmente importante en el ámbito estatal la citada Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, que pone de relieve la conexión entre salud e investigación. La mejora de la salud depende en gran medida de los avances en investigación biomédica y ciencias de la salud. En los últimos años se han desarrollado nuevas técnicas y herramientas de análisis que aportan conocimientos nuevos, y tratamientos y oportunidades formidables. Entre ellos están los análisis genéticos a los que se alude en la citada Ley 14/2007, que deben enmarcarse en el respeto a los principios de integridad de las personas y de dignidad del ser humano.

4. El derecho al consejo genético en el Estatuto de Autonomía de Andalucía

El artículo 22.2.f) del EAA regula como derecho de los pacientes y usuarios del Sistema Andaluz de Salud, el llamado consejo genético y la medicina predictiva. El consejo genético consiste en esencia en el asesoramiento por un profesional especializado sobre los riesgos genéticos que puede padecer una persona o familia, y que pueden llegar a conocerse por los avances en la secuenciación del genoma humana. La medicina predictiva es un modelo médico avanzado que se basa en la predicción de futuras enfermedades a partir del conocimiento de datos y circunstancias que permiten la anticipación.

El derecho al consejo genético se desarrolla en Andalucía en la 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, que va a ser objeto de estudio y comentario en este capítulo, y a la que se llegó tras el Plan de Genética de Andalucía que se comenta seguidamente.

VI. EL PLAN DE GENÉTICA DE ANDALUCÍA

1. Introducción

Antes de que se recogiera el derecho al consejo genético en el EAA y de que se aprobara la Ley 11/2007, de 26 de noviembre, la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía elaboró un Plan de Genética de Andalucía (en adelante, "PGA") que es interesante exponer, como hacemos a continuación, para conocer cuál ha sido la línea de acción política en esta materia en Andalucía tras la secuenciación completa del genoma humano.

En el III Plan Andaluz de Salud 2003-2008 se advirtió la importancia de establecer una estrategia de intervención en genética con líneas de actuación en investigación y servicios.

2. Ámbitos de actuación en materia de genética

Los ámbitos de actuación en materia de genética que se definieron en el PGA, y que se resumen seguidamente son:

- a) La genética clínica como instrumento de salud pública: se trataría de mejorar la salud de la población sobre la base del conocimiento del genoma para impedir defectos congénitos, detectar trastornos metabólicos hereditarios, o trastornos comunes a través de medidas preventivas.
- b) El ámbito clínico: diagnóstico y tratamiento en niños y adultos de alteraciones genéticas.
- c) Laboratorio: realización de análisis genéticos.

- d) Diagnóstico presintomático y predictivo: con estos diagnósticos se puede predecir el riesgo futuro de desarrollar una enfermedad (como las neurodegenerativas o el cáncer).
- e) Diagnóstico prenatal y diagnóstico preimplantatorio: el primero sirve para detectar algunos trastornos infantiles graves durante el periodo de gestación. El segundo se aplica para seleccionar embriones libres de enfermedad entre los obtenidos por técnicas de fecundación in vitro.
- f) Farmacogenética: adecuación de los medicamentos y de los tratamientos médicos a los factores genéticos del paciente para mejorar los resultados y evitar efectos adversos.
- g) La provisión de servicios de genética clínica: como puede ser el consejo genético. El consejo genético se define en el PGA como una “actividad compleja que combina los conocimientos de los mecanismos genéticos y de sus riesgos, con competencias clínicas y de diagnóstico, junto a la capacidad de comunicar la información sobre los riesgos y las opciones disponibles para evitarlos”.

3. Objetivos del Plan de Genética de Andalucía

Veamos de forma resumida, sin entrar en detalles innecesarios en este momento que pueden consultarse en dicho Plan, las líneas de acción que se establecieron en el PGA para el desarrollo de esta materia:

- a) Genética en salud pública: desarrollar políticas para proteger y mejorar la salud de la población tales como conocer y monitorizar la influencia de los factores genéticos en la salud, garantizar una provisión de servicios de genética clínica apropiados, etc.
- b) Programas de cribado genético poblacionales: realizar ensayos sobre personas que no han buscado atención médica cuando padecen un determinado trastorno.
- c) Provisión de servicios de genética clínica: atención médica de enfermedades de base genética mediante la adecuada organización y profesionales formados.
- d) Enfermedades metabólica hereditarias: posibilidad de crear un Centro Andaluz de Enfermedades Metabólicas Hereditarias.
- e) Formación: integración de la genética en los cursos universitarios, de especialización y de formación continua.
- f) Formación general en genética y enfermedades raras: implicación de la Universidad en estos contenidos, y rotación en las unidades genéticas de los alumnos en programas de formación MIR de determinadas especialidades.
- g) Formación específica en genética clínica y enfermedades raras: formación para profesionales sanitarios, facultativos y enfermeras.
- h) Autorizaciones y acreditaciones: adecuación de las unidades genéticas clínicas y diagnóstico prenatal al Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, y acreditación de las mismas a través de la Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía y de Acreditación de la Dirección de Calidad, Investigación y Gestión del Conocimiento.

- i) Profesionales: creación de una categoría de profesionales que desempeñen actividades específicas en esta materia.
- j) Investigación: impulsar la investigación en los campos de la genética (Plan Andaluz de Investigación en Genética, proyecto Genoma-España, proyectos en redes, etc.).
- k) Sistemas de información: configuración en red de las unidades, y mejorar la historia digital de salud de los ciudadanos y de las ciudadanas para incorporar la información genética.
- l) Creación de un Banco Andaluz de ADN: un centro de coordinación y de investigación en materia de genética.
- ll) Incorporación de nuevos análisis genéticos: aprobación de una Guía GEN e incorporación de nuevas pruebas genéticas.
- m) Epidemiología genética y bioinformática: impulsar la epidemiología en el campo de la genética y la bioinformática como herramienta de análisis masivo.
- n) Aspectos ético-legales: establecer el marco jurídico adecuado para la aplicación clínica de los avances en genética y, en particular, la aprobación de una ley. Esa ha sido la 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, que se comenta a continuación.

VII. LA 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 Y OTRAS NORMAS APLICABLES

1. Antecedentes del Anteproyecto de Ley

A través del Dictamen núm. 66/2007, de 8 de febrero, del Consejo Consultivo de Andalucía, se pueden conocer indirectamente los antecedentes de la tramitación de la Ley 11/2007, que son en síntesis los siguientes:

- a) Elaboración del primer borrador del Anteproyecto de Ley, e inicio de expediente en 7 de marzo de 2006 por acuerdo de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud. Dicho borrador iba acompañado de la memoria justificativa elaborada por la Secretaría General de Calidad y Modernización, en la que se especifica la necesidad de memoria económica.
- b) Acuerdo del Consejo de Gobierno de 14 de marzo de 2006 de continuar la tramitación.
- c) Informes del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud, Dirección General de Administración Electrónica y Calidad de los Servicios, Consejo de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, Servicio Andaluz de Salud, y Dirección General de Presupuestos.
- d) Se emitió también informe sobre evaluación de de impacto de género, de evaluación del enfoque de derechos de la infancia, del Consejo Económico y Social.

- e) Trámite de audiencia a los interesados.
- f) Observaciones del Secretario del Consejo de Gobierno, y de la Comisión General de Viceconsejeros.

2. Observaciones del Consejo Consultivo de Andalucía al Anteproyecto de Ley

En el citado Dictamen núm. 66/2007, del Consejo Consultivo de Andalucía, se realizaron observaciones de técnica legislativa y observaciones generales, tanto de forma como de fondo, aparte de consideraciones amplias sobre la competencia de la Comunidad Autónoma para la aprobación de la Ley proyectada.

3. Objeto de la Ley

Conforme a su artículo 1 de la Ley 11/2007, tiene un triple objetivo:

- a) Regular el derecho al consejo genético: el consejo genético se regula como derecho estatutario en el artículo 22 del EAA, así como en esta Ley, y en las normas de desarrollo.
- b) Proteger los derechos de las personas que se sometan a los análisis genéticos en Andalucía, tanto con fines de asistencia sanitaria como de investigación biomédica.
- c) Establecer el régimen jurídico de los bancos de ADN humano y la creación del Banco de ADN humano de Andalucía.

4. Derechos y principios

Existe una tendencia del legislador, que parece imparable, a introducir en las normas jurídicas catálogos de principios, en ocasiones muy pintorescos. Algunas veces se trata de principios que ya están recogidos en otras disposiciones generales, y que por tanto su mención resulta innecesaria, otras veces son principios que tienen su origen en disciplinas no jurídicas y que no tienen una clara traslación al Derecho, y por último hay principios que no tienen contornos claros y derechos que se llaman principios. Sobre esta práctica ha advertido De la Oliva con estas palabras: “cuando todo son principios o, lo que es igual, cuando se denomina principio a cualquier criterio, aunque se refiera a un aspecto meramente accidental, resulta que ya nada es principio, lo que se traduce en una completa confusión acerca de la idea o de las pocas ideas originarias de la institución de que se trate”²⁶. Muy crítico también con esta tendencia es Nieto que dice al respecto: “la función hermenéutica de los principios es, pues, doble: precisan, por un lado, el alcance de las

²⁶ A. De la Oliva, *Sobre la cosa juzgada*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 132.

normas que inspiran y, por otro, sirven para crear normas que el Legislador no ha previsto de forma expresa”²⁷.

El artículo 3 de la Ley 11/2007, se denomina “principios informadores” aunque contiene en realidad principios y derechos que tienen que ponerse en relación con el Título II de la Ley.

4.1. Autonomía en la toma de decisiones.

Desde Kant la autonomía otorga al ser humano la capacidad de autogobernarse y por tanto, la condición de sujeto moral autónomo. La autonomía en bioética suele considerarse generalmente como la capacidad de los seres humanos para adoptar decisiones que tienen consecuencias, desde la plena libertad y la racionalidad.

Este principio, tal y como se entiende generalmente, afecta de forma radical a la relación médico-paciente. La autonomía en la toma de decisiones altera sustancialmente la forma de entender la relación existente entre el médico y el paciente, ya que desde este principio no es aceptable que el médico se encuentre en una posición de superioridad jerárquica. Por consiguiente, este principio de la autonomía del paciente es contrario a la concepción de la intervención paternalista de los facultativos. En esta relación el paciente es autónomo, decide libremente a partir de la información que le suministra el médico, quien debe respetar generalmente su decisión sin interferencias. El consentimiento informado y el derecho a rechazar el tratamiento son, como señala Camps, dos manifestaciones del principio de autonomía. Por ello se entiende que se haya dicho que el consentimiento informado, desde un punto de vista jurídico general, es una teoría creada para transformar la esencia de la relación médico-paciente, de tal forma que la autoridad en dicha relación se desplace del médico al paciente²⁸. Merece la pena transcribir la opinión de dicha autora sobre esta cuestión: “Recordemos que el principio de autonomía entra en la bioética con el objetivo de proteger al paciente de los posibles daños que le amenazan por su condición de debilidad y vulnerabilidad. Por ello, el consentimiento informado y el derecho a rechazar el tratamiento se han convertido en los dos ejemplos paradigmáticos del respeto real a la autonomía de la persona. Le preguntamos al enfermo si acepta el tratamiento que le proponemos después de haberle informado adecuadamente. Y el enfermo tiene derecho a rechazar ser tratado, si así lo desea. Es su voluntad”²⁹. La autonomía de la persona se refleja en el concepto “empowerment” o “patient empowerment”³⁰.

²⁷ A. Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 44.

²⁸ J. Sánchez Caro y F. Abellán, *El consentimiento informado*, Madrid, Fundación Salud 2000, 1999, pp. 17 y ss.

²⁹ V. Camps, “El concepto de autonomía en la medicina occidental”, *Bioética & Debat*, vol. 17, nº 62, 2011.

³⁰ E. Guadagnoli, P. Ward, “Patient participation in decision-making”, *Soc. Sci. Med.*, num. 39 1998.

El principio de autonomía suscita importantes cuestiones como por ejemplo si la autodeterminación consiste exclusivamente en la facultad de decidir sin coerción, o más bien en la facultad de decidir conforme a la razón, si la razón puede estar condicionada por la falta de información, por datos erróneos, o por creencias, cómo afecta la propia enfermedad y el ambiente personal y familiar a la toma de decisiones, si la decisión se dirige al bien, o la frecuente torpeza del ser humano en sus decisiones, de las cuales, muchas veces se arrepiente (After the storm comes the calm).

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, consagra la importancia de los derechos de los pacientes en la relación médica o clínica-asistencial. La autonomía y la libertad individual se comenzó a reflejar en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y se plasma en textos internacionales como el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina de 4 de abril de 1997 (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina). Ese Convenio resalta los derechos de los pacientes, y en particular los vinculados con su autonomía como son el derecho a la información, el consentimiento informado y la confidencialidad de la información sobre la salud de las personas.

Por su parte, la citada Ley 41/2002, regula el derecho a la información sanitaria, el derecho a la intimidad, el respeto a la autonomía del paciente, la historia clínica, y el informe de alta y otra documentación clínica. El Capítulo IV de dicha Ley se dedica específicamente a la autonomía del paciente. Conviene señalar el contenido de dicha regulación.

«Artículo 8. Consentimiento informado.

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.
2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.
3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.
4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.
5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

4. La práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida se rige por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información 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, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.

Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito.

1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:
 - a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
 - b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
 - c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
 - d) Las contraindicaciones.
2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.

Artículo 11. Instrucciones previas .

1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.
2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.
3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la «lex artis», ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.
4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.
5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Artículo 12. Información en el Sistema Nacional de Salud.

1. Además de los derechos reconocidos en los artículos anteriores, los pacientes y los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán derecho a recibir información sobre los servicios y unidades asistenciales disponibles, su calidad y los requisitos de acceso a ellos.
2. Los servicios de salud dispondrán en los centros y servicios sanitarios de una guía o carta de los servicios en la que se especifiquen los derechos y obligaciones de los usuarios, las prestaciones disponibles, las características asistenciales del

centro o del servicio, y sus dotaciones de personal, instalaciones y medios técnicos. Se facilitará a todos los usuarios información sobre las guías de participación y sobre sugerencias y reclamaciones.

3. Cada servicio de salud regulará los procedimientos y los sistemas para garantizar el efectivo cumplimiento de las previsiones de este artículo.

Artículo 13. Derecho a la información para la elección de médico y de centro.

Los usuarios y pacientes del Sistema Nacional de Salud, tanto en la atención primaria como en la especializada, tendrán derecho a la información previa correspondiente para elegir médico, e igualmente centro, con arreglo a los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes».

4.2. No discriminación.

El principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución implica la prohibición de discriminación. Su artículo 9 también proclama que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para la (...) igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

El derecho a la igualdad es un derecho subjetivo a no ser discriminado. Este derecho no impide la diferenciación entre personas que sean diferentes, sino la discriminación, que se produce cuando surge una desigualdad que no es admisible constitucionalmente: cuando la desigualdad tiene origen en una razón o circunstancia que está prohibida constitucionalmente.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional reiteradamente para identificar la discriminación o infracción del principio de igualdad hay que tener en consideración las siguientes circunstancias (SSTC 114/1987 y 158/1993): si la diferenciación es razonable y objetiva partiendo de hechos análogos que han sido tratados desigualmente, si las consecuencias jurídicas se adecuan al parámetro de diferenciación, la justificación y legitimidad de la finalidad que se persigue, y la proporcionalidad.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 237/1994, dice sobre el derecho a la igualdad y la no discriminación lo siguiente:

«(...) con referencia a la doctrina de este Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, comienza por señalar que la igualdad se configura en nuestra jurisprudencia como un valor superior que se proyecta con eficacia trascendente y que, si bien la Constitución no establece un principio de igualdad absoluta, sí prohíbe la discriminación que se produce cuando el trato discriminatorio carezca de una justificación objetiva y razonable, apreciándose ésta en relación con la finalidad y efectos de la medida a considerar, y debiendo darse además una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad

perseguida. El mencionado principio no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, que incluso puede venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, pero lo que sí prohíbe es que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable. De modo que solo le resulta posible al legislador establecer para los ciudadanos un trato diferenciado cuando tenga que resolver situaciones fácticamente diferenciadas con mayor o suficiente entidad que requieran una solución distinta, pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con los criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada».

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea regula en su artículo 22 la no discriminación, y establece lo siguiente:

- «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.
2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados».

La Ley 14/2007, de 3 de junio, de Investigación Biomédica, señala expresamente que “Nadie será objeto de discriminación alguna a causa de sus características genéticas. Tampoco podrá discriminarse a una persona a causa de su negativa a someterse a un análisis genético o a prestar su consentimiento para participar en una investigación biomédica o a donar materiales biológicos, en particular en relación con la prestación médico-asistencial que le corresponda”.

4.3. Respeto a la integridad, dignidad e intimidad de las personas.

a) La integridad: La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea regula el derecho a la integridad física y psíquica de las personas. En el marco de la medicina y la biología específica el artículo 3 de dicha carta que se debe respetar el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la Ley; la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas; la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro; y la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos. Este derecho tiene fundamento también en el artículo 15 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha señalado en su Sentencia 62/2007, de 27 de marzo, que la integridad física y moral está amparada por el artículo 15 de la Constitución que

protege “la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular”. En el mismo sentido, las SSTC 120/1990, de 27 de junio y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 8. Y ha especificado que estos derechos tienen por finalidad proteger la “incolumidad corporal” (STC 207/1996, de 16 de diciembre) no sólo frente a injerencias tradicionales sino también frente a los riesgos de la sociedad avanzada.

- b) La dignidad de la persona: El artículo 10.1 de la Constitución señala que la dignidad de la persona es fundamento del orden político (STC 107/1984, y 99/1985, entre otras). La Constitución se refiere a la dignidad de la persona como calificativo o atributo que corresponde y distingue a todo ser humano por hecho de serlo, razón por la cual se le atribuye un determinado estatus jurídico y unos derechos. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge la dignidad humana en su artículo 1: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”.
- c) La intimidad: La intimidad es también un derecho establecido en el artículo 18.1 de la Constitución y su contenido esencial consiste en la obligación, tanto de los poderes públicos como de la sociedad, de respetar el ámbito de privacidad en la persona³¹.

4.4. Respeto a los derechos y libertades fundamentales.

La precisión del respeto a los derechos y libertades fundamentales puede parecer interesante, pero en realidad es absolutamente prescindible ya que los derechos y libertades fundamentales son directamente aplicables y vinculan a todos los poderes públicos de acuerdo con los artículos 9.1 y 53 de la Constitución.

4.5. Confidencialidad.

Los pacientes tienen derecho a la confidencialidad, es decir, al deber de secreto por parte de los facultativos y de las instituciones sanitarias respecto de los datos y circunstancias confidenciales que puedan conocer del paciente con motivo de la relación médica. Algún autor sostiene que el deber de confidencialidad se basa en el principio de autonomía, aunque yo considero que su fundamento está en el derecho a la intimidad, y además, en el pacto expreso o implícito que regula la relación médico-paciente, que puede tener excepciones, por ejemplo, cuando la confidencialidad absoluta pudiera perjudicar a otras personas.

³¹ G. Cámara Villar, “Principio de igualdad y derechos individuales”, F. Balaguer Callejón, *Derecho Constitucional*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1999, p. 101.

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, regula la confidencialidad. El artículo 7 de dicha Ley, en relación el derecho a la intimidad y la confidencialidad, establece que:

- «1. Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.
2. Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes».

4.6. Calidad de la atención sanitaria.

Señalar que la calidad de la atención sanitaria es un principio informador no deja de ser un desiderátum. La calidad es un conjunto de propiedades inherentes a algo, pero si no se define un nivel determinado a partir de índices o criterios queda como un concepto vacío. El nivel de calidad de la atención sanitaria puede fijarse en función de criterios como la efectividad, la satisfacción del paciente, la eficiencia, la accesibilidad u otros.

4.7. Fomento de la investigación biomédica.

El fomento consiste en el impulso de una determinada actividad, en este caso, la investigación biomédica. La 11/2007, a pesar de señalar que uno de sus principios es el fomento de la investigación biomédica, no contiene medidas significativas de fomento de la investigación.

4.8. En relación con el Sistema Sanitario de Andalucía: universalidad, equidad, eficacia, eficiencia y racionalidad en la utilización de los recursos sanitarios públicos.

La OMS define los sistemas sanitarios como “conjunto complejo de elementos interrelacionados que contribuyen a la salud en los hogares, lugares de trabajo, los lugares públicos y las comunidades, así como en el medio ambiente físico y psicosocial, y en el sector de la salud y sectores afines”³².

³² E. Tarimo, *Towards a Healthy District. Organizing and Managing District Health Systems Based on Primary Health Care*, OMS, 1991, p. 4.

Veamos pues los principios informadores que se recogen en la Ley 11/2007, con respecto al Sistema Sanitario de Andalucía:

- a) **Universalidad:** el principio de universalidad del sistema sanitario consiste en garantizar el acceso de todas las personas a las prestaciones sanitarias públicas en condiciones de igualdad. La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, se refiere en la Exposición de Motivos a la universalidad, y en el artículo 2.b) y e) alude al aseguramiento universal y público por el Estado y a la financiación pública del Sistema Nacional de Salud.
- b) **Equidad:** en los sistemas sanitarios públicos significa que los servicios sanitarios no dependen de la capacidad de pago de los pacientes. Para valorar la equidad de un sistema sanitario no sólo deben tenerse en cuenta las rentas, sino también el lugar geográfico en el que reside el paciente, los horarios de los servicios, y otros criterios.
- c) **Eficacia, eficiencia y racionalidad en la utilización de los recursos sanitarios públicos:** el sistema sanitario debe alcanzar un grado posible y satisfactorio de eficacia en la atención sanitaria respecto de las demandas y necesidades de los pacientes con tiempos de respuesta adecuados. Por otro lado, el sistema será eficiente si logra maximizar la calidad de los servicios que se ofrecen asegurando el valor de los recursos, esto significa que debe controlarse el gasto sanitario y que los recursos se deben usar de forma racional con la máxima reducción de costes posible sin detrimento del fin a alcanzar, que es la protección de la salud.

5. Los análisis genéticos

A) Cuestiones generales

a) Concepto.

Los análisis genéticos pueden tener por objeto detectar una alteración genética en una persona determinada, o en los miembros de su familia, o pueden estar dirigidos a realizar estudios generales sobre la población. En este último caso se denominan análisis genético-poblacionales y tienen por objeto estudiar la naturaleza y magnitud de las variaciones genéticas dentro de una determinada población (artículo 2.b).

El análisis genético se definen en la Ley 11/2007, como “procedimiento destinado a detectar la presencia, ausencia o variantes de uno o varios segmentos de material genético, para la identificación del estado de afectado o de no afectado; de portador de un defecto genético determinado, o de variantes genéticas que puedan predisponer al desarrollo de una enfermedad específica, o bien condicionar la respuesta a un tratamiento concreto. También incluye las pruebas indirectas para detectar un producto génico u otro metabolito específico que sea indicativo, ante todo, de un cambio genético determinado” (artículo 2.a).

Existen diferentes tipos de análisis genéticos por motivos de salud: los análisis genéticos diagnósticos, que tienen como finalidad diagnosticar una enfermedad, el test predictivo, que están dirigidos a la detección de alteraciones genéticas que pueden predecir el riesgo de sufrir una enfermedad, los análisis portadores, que se usan para detectar si una persona es portadora de un gen mutado que puede transmitir a su descendencia aunque no se hayan manifestado síntomas, y el análisis farmacogenético, que tiene por objeto analizar la sensibilidad de una persona a un tratamiento determinado³³.

b) *El consentimiento informado.*

El consentimiento informado se definió en la Ley 41/2002, como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecte a su salud” (artículo 3). Otras normas anteriores han aludido al consentimiento informado para actuaciones concretas como la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, o la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en el apartado 2 del artículo 10 recogió el derecho “A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso”. Dicho precepto establecía asimismo que “La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad”³⁴. Por su parte, el apartado 4 de dicho artículo 10 estableció el derecho “A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente Centro Sanitario”.

El derecho a la información asistencial corresponde a los pacientes (artículo 4.1). No obstante, aunque el titular del derecho a la información es el paciente, también se debe informar a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida en que el paciente lo permita de forma expresa o tácita (artículo 5.1). Si el paciente, según el criterio del médico que le asiste, no tiene capacidad para entender la información que se le va a suministrar, la información se debe suministrar a las personas que estén vinculadas a él ya sea por razones familiares o de hecho (artículo 5.3). Dicha información debe

³³ Consejo de Europa, *Análisis genético por motivos de salud*, 2012.

³⁴ Apartado 2 del artículo 10 redactado por el apartado uno del artículo 6 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad («BOE» 2 de agosto).

ser verdadera y se debe comunicar de forma comprensible y adecuada (artículo 4.2). La obligación de informar recae sobre todos los profesionales que le atiendan (artículo 4.3).

La Ley 41/2002, impuso en España que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesitase del consentimiento libre del afectado, previa información (artículo 8). El consentimiento informado es preciso en toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente (artículo 8.1). Esta obligación incluye todos los tratamientos o actuaciones sucesivas que se pueden producir por ejemplo como consecuencia de una hospitalización, aunque pueda parecer un tanto exagerado que se aplique a toda actuación por insignificante que sea. Existen algunas excepciones al consentimiento informado como es la urgencia en la intervención, que puede ser originaria o sobrevenida, y que admite una graduación en función de las circunstancias, o cuando existe riesgo para la salud pública (artículo 9.2).

Como regla general el consentimiento será verbal, pero debe ser escrito en intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, y en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente (artículo 8.2). En realidad, lo verdaderamente importante a efectos del paciente es que se le informe adecuadamente y que, una vez informado, preste su consentimiento con independencia de que éste se preste de forma verbal o por escrito. Sin embargo, la necesidad probatoria hace recomendable que el consentimiento se preste en documento escrito.

Por otro lado en la legislación autonómica de Andalucía, y en particular en la Ley 11/2007, el consentimiento informado se define como “la conformidad otorgada de forma expresa y directa por la persona afectada o, en su caso, por su representante, manifestada de forma libre, voluntaria y consciente, después de haber recibido información adecuada y con tiempo suficiente, para la realización de cualquier actuación relativa a su salud o para su participación en una investigación biomédica. El consentimiento informado será formalizado en un documento escrito”. No se precisa el tiempo que debe transcurrir desde que se informa hasta que se presta el consentimiento sino que tan sólo se dispone que tendrá que ser un “tiempo suficiente”.

El consentimiento informado suele ser un elemento clave en muchas de las reclamaciones que se interponen, que tienen origen en los servicios sanitarios, ya sea por la ausencia de consentimiento o por la falta, incorrección o insuficiencia de la información. En la práctica diaria el cumplimiento de las obligaciones relativas al consentimiento informado alcanza tanta importancia en los tribunales como la propia actuación médica posterior sujeta a *lex artis*. De hecho, los tribunales entienden que el incumplimiento de las normas sobre consentimiento informado supone a su vez una infracción de la *lex artis*. Ahora bien, el cumplimiento de las disposiciones sobre consentimiento informado no exime de responsabilidad por la incorrecta prestación sanitaria.

Sobre esta cuestión el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de octubre de 2000 (recogida, entre otras, por la más reciente de 16 de mayo de 2012) dijo que la inadecuación de

la prestación médica "(...) puede producirse no sólo por la inexistencia de consentimiento informado, sino también por incumplimiento de la *lex artis ad hoc* o por defecto, insuficiencia o falta de coordinación objetiva del servicio, de donde se desprende que, en contra de lo que parece suponer la parte recurrente, la existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada". En dicha Sentencia además el Tribunal Supremo señaló que el deber de información es autónomo de la obligación de la actuación correcta y a tiempo. Dice exactamente el TS *"Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente"*.

Por tanto, para evitar que prosperen demandas futuras deben cumplirse los requisitos sobre el consentimiento informado. Desde otra perspectiva el consentimiento informado debería ser un medio para mejorar las relaciones entre los profesionales médicos y los pacientes, para instruir a los pacientes sobre su situación y los riesgos que conlleva, para dar criterio y poder tomar decisiones autónomas sensatas. Es decir, es cierto que el consentimiento informado es un auténtico derecho que genera unas determinadas obligaciones para los profesionales que intervienen en la prestación sanitaria, pero también lo es que se trata de un instrumento o forma de proceder que potencia una relación más cercana y estrecha entre médicos y pacientes.

Como ha señalado Guerrero Zaplana el consentimiento informado tiene fundamento en el derecho a la información que se recoge en el artículo 20 de la Constitución, y en la protección de la dignidad de la persona (artículo 10.1) y de la vida (artículo 15). Dice este autor muy acertadamente que el consentimiento informado es una garantía de la dignidad de la persona porque por medio de él la persona puede ser dueña en todo momento de su destino y puede ser plenamente responsable en el momento de la adopción de decisiones trascendentes que afectan a la vida, a la integridad corporal y a la salud³⁵.

El artículo 5 de la Ley 11/2007, regula expresamente el consentimiento informado en el caso de análisis genéticos, y establece lo siguiente:

«1. La realización de análisis genéticos, ya sea con fines de asistencia sanitaria, pruebas de cribado genético o con fines de investigación biomédica, requiere el consentimiento informado, que se otorgará en un documento escrito, por la persona titular de la muestra biológica, tras haber recibido la información prevista en los artículos 12, 16.4 y 25 de esta Ley. En los supuestos previstos en la presente Ley, el consentimiento podrá prestarse por representación, en los términos expresados en el artículo 6.

³⁵ J. Guerrero Zaplana, *Guía Práctica de Reclamaciones Sanitarias*, Aranzadi, 2013.

2. La persona otorgante del consentimiento informado podrá proceder libremente a su revocación en cualquier momento, con los efectos previstos en el artículo 24 de esta Ley, en su caso.

3. El consentimiento para los análisis genéticos sobre muestras biológicas embrionarias o fetales lo otorgarán los progenitores o, en su caso, la mujer».

Cualquier intervención médica requiere el consentimiento informado, es decir la manifestación de voluntad del paciente una vez que ha recibido información suficiente y comprensible sobre el proceso, el diagnóstico, el tratamiento y sus alternativas, así como sus riesgos y consecuencias (artículo 10.4 de la Ley General de Sanidad). En el caso de los análisis genéticos se requiere igualmente el consentimiento informado porque el análisis permite un diagnóstico.

Como indica el artículo 5 de la Ley 11/2007, debe facilitarse cierta información antes de la realización de los análisis genéticos conforme a lo dispuesto en los artículos 12, 16.4 y 25.

En primer término se debe informar del objetivo y finalidad concreta del análisis genético, la posibilidad de hallazgos inesperados, las alternativas razonables al análisis genético, el procedimiento de extracción de la muestra biológica, el lugar de realización del análisis genético, la utilización y destino de la muestra biológica extraída, así como del sobrante de la misma, la identificación, en su caso, del banco de ADN humano en el que quedará almacenada la muestra, la información de la eventual trascendencia de los resultados obtenidos para la salud de sus familiares, el derecho a rechazar la realización del análisis y el derecho a recibir consejo genético (artículo 12).

En el caso de cribado genético se tiene que facilitar previamente la siguiente información: la finalidad del cribado genético, la naturaleza voluntaria de la participación en el cribado genético, la validez y fiabilidad de las pruebas de cribado y de las pruebas diagnósticas de segundo nivel, la posibilidad de obtener falsos positivos, y, en consecuencia, la necesidad de realizar pruebas de segundo nivel para confirmar el diagnóstico, las posibilidades existentes de tratamiento de la enfermedad una vez diagnosticada, el procedimiento de extracción de la muestra biológica, y los posibles inconvenientes que puedan derivarse del proceso diagnóstico (artículo 16.4).

Cuando el análisis genético se realice con fines de investigación biomédica se deberá facilitar la siguiente información: la identidad del responsable de la investigación y del centro donde se realiza, el área de investigación a la que se destina la muestra, la finalidad y beneficios esperados en la investigación, los posibles inconvenientes, con expresa mención de la posibilidad de recabar nuevos datos o de que se le puedan solicitar otras muestras, el procedimiento de extracción de la muestra biológica, el Banco de ADN humano en que será conservada la muestra y los datos asociados, así como el destino que se le dará a ambos al finalizar la investigación, el derecho de acceso a los resultados relevantes para su salud de acuerdo con los conocimientos científicos médicos, la posibilidad de que se obtenga información relativa a la salud, de las implicaciones que pudieran derivarse para sus familiares y la conveniencia

de que el titular transmita dicha información, el derecho de revocación del consentimiento en cualquier momento, y la garantía de confidencialidad de datos (artículo 25).

Por otro lado, el artículo 10 de la Ley 41/2002, establece ciertas condiciones de la información y del consentimiento por escrito, y en concreto señala que el facultativo antes de recabar el consentimiento informado debe advertir al paciente de la importancia de la intervención, de los riesgos y contraindicaciones.

En algunas ocasiones el paciente que se va a someter al análisis genético no puede prestar el consentimiento, por ejemplo, porque esté incapacitado, o sea menor de edad y tenga una capacidad intelectual o emocional reducida. La Ley 11/2007, prevé esas situaciones y para ellas establece la posibilidad de que sea una tercera persona que represente al paciente la que preste el consentimiento informado. Dicho precepto no se refiere exactamente a situaciones de incapacidad legal sino a casos en los que a criterio del facultativo el paciente no sea capaz de tomar decisiones o hacerse cargo de su situación. A esa actuación se le denomina consentimiento informado por representación. En concreto, el artículo 6 de dicha Ley establece:

«A los efectos de esta Ley, procederá el consentimiento informado por representación en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la persona que haya de prestar el consentimiento no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del facultativo responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si aquélla careciera de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a ella por razones familiares o de hecho.
- b) Cuando la persona esté incapacitada legalmente.
- c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente».

Aunque la Ley 41/2002, establece que con carácter general el consentimiento se otorgará verbalmente como se ha indicado, debe entenderse que en el caso de análisis genéticos debe otorgarse por escrito porque se trata de procedimientos diagnósticos (artículo 8), y además, así lo establece expresamente la Ley 11/2007. La citada Ley estatal establece también que todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación (artículo 8.4).

El consentimiento informado y el consentimiento informado por representación tienen límites ya que el paciente puede renunciar a recibir información siempre que no afecte al

interés de la salud del propio paciente, de terceros, o de la colectividad (artículo 9). Debe respetarse la voluntad del paciente de no ser informado, pero se debe dejar constancia documental de la negativa a ser informado (artículo 9).

La Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales aprobó la Orden de 8 de julio de 2009, por la que se dictan instrucciones a los centros del Sistema Sanitario Público de Andalucía, en relación al procedimiento de consentimiento informado. En dicha Orden se regula el procedimiento general de consentimiento informado, y el consentimiento informado expresado de forma escrita. Con respecto a la primera cuestión, lo cierto es que dicha Orden traslada los derechos reconocidos en la Ley 41/2002, y establece que no puede haber actividad sanitaria que no sea precedida de información y consentimiento, que el consentimiento informado es un proceso de carácter verbal del que debe quedar constancia en la Historia Clínica, que la información debe ser proporcionada y comprensible, que debe suministrarse una información determinada, que afecta a todo el personal que participe en la atención al paciente, que debe respetarse la voluntad del paciente y su derecho a decidir, y que el consentimiento es revocable. En esta Orden se recoge también la excepción al consentimiento verbal conforme a lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Ley 41/2002. Uno de los casos previstos en dicho artículo que precisan de consentimiento escrito es el diagnóstico, como sucede con el análisis genético, tal y como regula también el artículo 5 de la Ley 11/2007.

c) El derecho a la información derivada del análisis genético.

Como no podría ser de otra forma, las personas que se sometan a un análisis genético tienen derecho a la información derivada del mismo, y tienen derecho a que se respete su voluntad de no ser informadas (artículo 7 de la Ley 11/2007). Una derivación del principio de autonomía es el derecho a no querer saber, que es una opción que se puede ejercer libremente.

El derecho a la información derivada del análisis genético se enmarca de forma general en el derecho del paciente a la información asistencial, que incluye también el derecho a no querer saber. El artículo 4.1 de la Ley 41/2002, señala que “Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”.

El apartado 2 del artículo 4 de la Ley 41/2002, establece algo que aun siendo obvio debe ser recordado y es que “La información clínica (...) será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”. Obviamente por la información facilitada se puede generar responsabilidad.

El artículo 7 de la Ley 11/2007, indica que el titular del derecho a ser informado de los resultados del análisis genético corresponde a la persona que se someta a dicho análisis. Sin embargo, el artículo 4 de la Ley 41/2002, dispone además que “También serán informadas las personas vinculadas a él (*al paciente*), por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita”.

d) *La confidencialidad y la protección de los datos genéticos.*

Los datos genéticos son especialmente sensibles porque de ellos se puede obtener información muy relevante e íntima de la persona. La intimidad personal está protegida por el artículo 18 de la Constitución, y en su apartado 4 se protegen los datos personales. Adicionalmente, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, se aplica a cualquier información concerniente a las personas físicas identificadas o identificables. Aunque los datos genéticos tengan naturaleza peculiar, la Agencia Española de Protección de Datos ha señalado que “cualquier dato de carácter genético deberá ser considerado como un dato que afecta a la salud de las personas y, por tanto, sujeto a disposiciones específicas, aprobadas para la regulación de este tipo de datos de carácter personal”. El artículo 5.1.g) del Reglamento de la Ley de Protección de Datos, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, define los datos de carácter personal relacionados con la salud como “las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo”. Y continúa diciendo dicho precepto que “en particular, se considera datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética”. Por tanto, los datos genéticos deben considerarse datos personales³⁶.

La Ley 14/2007, de investigación biomédica, establece algunas reglas generales para la protección de datos personales: Garantiza la protección de los datos personales conforme a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, incluidas las muestras biológicas que sean fuente de información personal, exige consentimiento expreso del interesado para la cesión de datos de carácter personal a terceros ajenos a la actuación médico-asistencial o a una investigación biomédica, prohíbe el uso de datos sobre la salud de las personas para fines distintos de aquellos para los que se prestó el consentimiento, somete al deber de secreto a cualquier persona que en el ejercicio de sus funciones acceda a datos de carácter personal, incluso cuando la investigación haya concluido, y prohíbe la publicación de datos sin consentimiento del interesado.

En términos similares, la Ley 11/2007, en su artículo 8, regula la confidencialidad y la protección de datos genéticos, y se remite básicamente a la normativa en materia de

36 Vid. sobre esta materia Y. Gómez Sánchez, “La protección de los datos genéticos: el derecho a la autodeterminación informativa”, *Derecho y Salud*, Vol. 16, 2008; “Protección de datos genéticos: nuevos derechos para nuevas biotecnologías”, *Revista española de protección de datos*, Nº 1, 2006.

autonomía del paciente y de protección de datos de carácter personal. Respecto a la Ley 41/2002, hay que destacar su artículo 7, que regula el derecho a la intimidad y la confidencialidad de los datos referentes a la salud, y el Capítulo V sobre la historia clínica. La historia clínica comprende los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente (artículo 14) y se rige, conforme dispone la Ley 41/2002, por la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y las demás normas de aplicación.

e) *La trazabilidad.*

La trazabilidad es un mecanismo o procedimiento para poder encontrar el rastro de un producto desde su origen hasta su destino. En el ámbito alimentario, por ejemplo, la trazabilidad se define como la posibilidad de encontrar y seguir el rastro, a través de todas las etapas de producción, transformación y distribución, de un alimento, un pienso, un animal destinado a la producción de alimentos o una sustancia destinados a ser incorporados en alimentos o piensos o con probabilidad de serlo (artículo 3.15 del Reglamento (CE) nº 178/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria).

En realidad, la trazabilidad se puede aplicar a productos o actividades muy diferentes mediante su seguimiento preciso y documentado con la finalidad de que la información recabada sea útil para diferentes usos. Los procedimientos que garantizan la trazabilidad tienen como objetivo poder rastrear el historial completo y detallado de un objeto en cuanto a su composición, localización, o manipulación. La trazabilidad es un instrumento que ofrece seguridad en cuanto que permite controlar las posibles desviaciones del objeto o producto en cuestión en relación con las normas que lo regulan.

El artículo 2 letra m) de la Ley 11/2007, define la trazabilidad en relación con las muestras biológicas como la posibilidad de ubicar, localizar e identificar dichas muestras biológicas y sus datos asociados, en cualquier paso del proceso desde su obtención hasta su destrucción.

La señalada Ley establece en su artículo 9 que debe garantizarse la trazabilidad de las muestras biológicas respetando la confidencialidad de los datos genéticos, y que corresponde a la Consejería con competencia en salud el establecimiento de los procedimientos y requisitos de trazabilidad de las muestras biológicas. Por consiguiente, a los bancos de ADN humano se les impone la obligación de garantizar la seguridad y la trazabilidad de las muestras biológicas (artículo 29).

B) Los análisis genéticos con fines de asistencia sanitaria

a) Previo.

Sobre la voluntariedad o la obligatoriedad de los análisis genéticos con fines asistenciales existen distintas posturas. Sobre la base del principio de autonomía, al que nos hemos referido anteriormente, se debe considerar que los análisis genéticos con fines asistenciales deben ser voluntarios. Sin embargo, hay quienes sostienen que las pruebas genéticas y de cribado deberían ser obligatorias en algunos casos ya que supondrían un beneficio para la descendencia y para la sociedad en su conjunto, por ejemplo por la eliminación de enfermedades prevalentes en determinados grupos, la eliminación de sufrimientos innecesarios y la reducción de costes sanitarios. No puede ocultarse la preocupación que surge por la eventual deriva de la imposición de pruebas obligatorias en políticas eugenésicas³⁷.

b) Centros autorizados y Consejo genético.

La Ley 11/2007, previó que los análisis genéticos con fines de asistencia sanitaria se realizarían en centros debidamente autorizados al efecto (artículo 10). La competencia para conceder y revocar dichas autorizaciones es de la Consejería con competencia en materia de salud.

El consejo genético se define en el artículo 2 de la Ley 11/2007, como el procedimiento orientado a explicar los problemas asociados a la aparición de un trastorno de base genética en un individuo o una familia; o el riesgo de aparición del mismo; así como las ventajas, riesgos y posibles consecuencias de realizar un análisis genético determinado y, en su caso, el asesoramiento en relación con las posibles alternativas derivadas de los resultados del análisis.

¿A quién se presta el consejo genético individualizado? A quienes se vayan a someter a un análisis genético con fines de asistencia sanitaria. Este es un consejo previo a la realización del análisis, y por tanto, recibido el consejo genético el interesado podrá rechazar que se haga el análisis genético (artículo 11).

¿Qué información se debe facilitar a quien se presta el consejo genético? Se deberá facilitar una información que sea adecuada a la trascendencia del diagnóstico, que sea veraz, objetiva y adaptada a la capacidad de comprensión del receptor. El consejo genético debe incluir las alternativas existentes (artículo 11).

En algunos casos puede ser necesario un consejo genético con posterioridad a la realización del análisis genético, una vez se conocen sus resultados. En esos casos se debe

³⁷ La tesis de la voluntariedad y de la obligatoriedad se explica con detalle en: M. J. Azofra, *Análisis genéticos en el ámbito asistencial: reflexión ético-jurídica*, Comares, Granada, 2010.

facilitar información suficiente sobre los resultados que se hayan obtenido con el análisis, así como las consecuencias que se pudieran derivar tanto para el diagnóstico como el pronóstico. Los análisis genéticos pueden revelar información de interés directo para los familiares, que pudieran verse afectados por una misma alteración o enfermedad. Igualmente, esa información puede incidir sobre la salud y la vida de la descendencia. En ambos casos, el consejo genético debe incluir la explicación sobre las alternativas terapéuticas existentes, así como sobre la diversidad de opciones reproductivas posibles (artículo 11).

c) Derecho a la información previa.

Para la realización de un análisis genético es preciso que el profesional sanitario responsable de dicho análisis obtenga previamente el consentimiento informado. Para recabar el consentimiento el profesional tiene que facilitar una amplia información sobre cuestiones tales como el objetivo y finalidad concreta del análisis genético, la posibilidad de hallazgos inesperados, las alternativas razonables al análisis genético, el procedimiento de extracción de la muestra biológica, el lugar de realización del análisis genético, la utilización y destino de la muestra biológica extraída, así como del sobrante de la misma, la identificación, en su caso, del banco de ADN humano en el que quedará almacenada la muestra, la información de la eventual trascendencia de los resultados obtenidos para la salud de sus familiares, advirtiéndole de la importancia de ponerlos, en su caso, en conocimiento de aquellos, el derecho a rechazar la realización del análisis, y el derecho a recibir consejo genético una vez obtenidos y evaluados los resultados del análisis (artículo 12 Ley 11/2007).

d) Contenido del documento de consentimiento informado.

Como prueba de que se ha otorgado el consentimiento informado, y para la adecuada identificación de los intervinientes se debe suscribir un documento en el que se hará constar la información señalada en el apartado anterior, y adicionalmente, la identificación de la persona que presta el consentimiento o de su representante, la identificación del profesional que ha informado y ha recabado el consentimiento, la declaración de haber comprendido la información por parte de su receptor, la posibilidad de revocar el consentimiento en cualquier momento, fecha, lugar y firma. Una copia de este documento se le debe entregar al titular de la muestra biológica o a su representante (artículo 13 Ley 11/2007).

e) Cesión de datos genéticos.

Está prohibida la cesión de datos genéticos de carácter personal, conforme al artículo 14 Ley 11/2007, para fines diagnósticos, terapéuticos y preventivos salvo que el titular de los datos o su representante la consienta por escrito. En todo caso, deberán mantenerse las garantías de confidencialidad y protección.

f) *Conservación de las muestras.*

Durante un mínimo de cinco años desde la fecha de alta de cada proceso asistencial deberán conservarse las muestras biológicas, y además, deben mantenerse en condiciones que garanticen el correcto mantenimiento y seguridad para la asistencia a la persona titular de los datos genéticos (artículo 15).

g) *Cribado genético.*

Se entiende por cribado genético el programa salud pública, dirigido a la identificación en individuos asintomáticos de condiciones para las cuales una intervención médica precoz pudiera conducir a la eliminación o reducción de la mortalidad, morbilidad o discapacidades asociadas a tales condiciones [artículo 2.m) Ley 11/2007].

Sólo podrán hacerse las pruebas de cribado genético que sean autorizadas previamente por la Administración, y en concreto, por la Consejería con competencia en materia de salud. Además, antes de la realización de dichas pruebas de cribado genético será preciso que se emita informe favorable de la Comisión de Ética e Investigación Sanitarias (artículo 16.1 Ley 11/2007).

Para que se pueda otorgar dicha autorización habrán de tenerse en cuenta si la enfermedad en cuestión es importante, si existen tratamientos, si hay análisis adecuados, si existe un estado latente reconocible o sintomatología temprana, así como si existen recursos para el diagnóstico y el tratamiento (artículo 16.2 Ley 11/2007).

Obviamente, no se puede obligar a nadie a participar en un programa genético, y la participación en el mismo requiere de consentimiento previo e informado (artículo 16.3 Ley 11/2007).

Antes de que se otorgue el consentimiento, el profesional sanitario responsable del cribado tendrá que informar sobre la finalidad del cribado genético, la naturaleza voluntaria de la participación en el cribado genético, la validez y fiabilidad de las pruebas de cribado y de las pruebas diagnósticas de segundo nivel, la posibilidad de obtener falsos positivos y, en consecuencia, la necesidad de realizar pruebas de segundo nivel para confirmar el diagnóstico, las posibilidades existentes de tratamiento de la enfermedad una vez diagnosticada, el procedimiento de extracción de la muestra biológica, y los posibles inconvenientes que puedan derivarse del proceso diagnóstico (artículo 16.4 Ley 11/2007).

No pueden realizarse pruebas de cribado genético con análisis genéticos que no hayan sido evaluados clínicamente, y se debe contar, en todo caso, con estudios sobre eficiencia, efectividad y coste. Además, las pruebas de cribado deben tener en cuenta las características específicas de la publicación y de las personas a las que van dirigidas (artículo 16.6 Ley 11/2007).

Los programas de cribado genético, los estándares de calidad, y las prestaciones e intervenciones sanitarias de seguimiento y el asesoramiento que se precise deben determinarse reglamentariamente (artículo 16.5 Ley 11/2007).

Las estipulaciones previstas para los análisis genéticos con fines de asistencia en la Ley 11/2007, expuestas anteriormente, se aplican a las pruebas de cribado en todo lo no señalado anteriormente.

C) Los análisis genéticos con fines de investigación biomédica

a) La investigación biomédica en genética humana.

Los análisis genéticos pueden tener también fines de investigación biomédica, en cuyo caso, solo podrán tener como objetivo la salud de las personas, la mejora de la calidad de vida o la prevención de enfermedades (artículo 18 Ley 11/2007).

b) Autorización e informe favorable de los proyectos de investigación de genética humana.

Cualquier proyecto de investigación sobre genética humana precisa previamente de la concesión de una autorización de la Consejería con competencias en salud y de un informe favorable de la Comisión Autonómica de Ética e Investigación Sanitaria. En los casos que determine dicha Comisión algunos casos los datos y/o las muestras biológicas se tendrán que codificar (artículo 19 Ley 11/2007).

c) Protección de las personas que se prestan a la realización de análisis genéticos con fines de investigación biomédica.

Para que se puedan realizar análisis genéticos con fines de investigación deben concurrir las siguientes circunstancias: Que no exista un método alternativo a la investigación con seres humanos de eficacia comparable, que los riesgos que se le puedan ocasionar a la persona no sean desproporcionados con respecto a los beneficios potenciales de la investigación, que la persona que se preste a la realización del análisis genético esté informada sobre sus derechos y sobre las garantías que la Ley prevé para su protección, que la persona haya otorgado su consentimiento informado, y que el proyecto de investigación haya sido autorizado (artículo 20 Ley 11/2007).

d) Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento a la realización de análisis genéticos con fines de investigación biomédica.

En el caso de personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento, la realización de los análisis genéticos requerirá el cumplimiento de las condiciones señaladas en el apartado anterior, salvo la prestación del consentimiento que no puede darse obviamente en estos casos, y además, que los resultados previstos de la investigación supongan un beneficio real y directo para su salud, que la investigación no pueda efectuarse, con una eficacia comparable, con sujetos capaces de prestar su consentimiento a la misma, que la persona no haya expresado su rechazo a la realización del análisis genético o, en su caso, en su declaración de voluntad vital anticipada, que se haya prestado el consentimiento informado en un documento escrito (artículo 21.1 Ley 11/2007).

Aunque la investigación no suponga un beneficio directo para la salud de las personas puede autorizarse excepcionalmente el análisis genético siempre que se cumpla el resto de condiciones expuestas anteriormente, y además, que la investigación tenga como finalidad un beneficio para otras personas y que el inconveniente o riesgo que presente el análisis sea mínimo (artículo 21.2 Ley 11/2007).

e) Consentimiento informado para la realización de análisis genéticos con fines de investigación biomédica.

Cuando el análisis genético se realiza para fines de investigación biomédica, tras la información sobre los riesgos para la salud que pudieran existir, se deberá obtener igualmente el consentimiento informado por escrito del titular de la muestra o de su representante (artículo 22.1 Ley 11/2007). La entrega de la muestra biológica se considera legalmente una donación y por tanto, no puede ser remunerada (artículo 22.2 Ley 11/2007).

f) Consentimiento para la realización de análisis genéticos con fines de investigación biomédica sobre muestras obtenidas con otra finalidad.

Si se van a realizar análisis genéticos con fines de investigación biomédica pero sobre muestras que se han obtenido con otra finalidad será necesario obtener el consentimiento informado (artículo 23.1 Ley 11/2007).

Es posible que se realicen análisis genéticos con fines de investigación sobre muestras biológicas de personas que hayan fallecido. Si dichas muestras se obtuvieron con otra finalidad se requerirá que la persona fallecida no haya manifestado su voluntad en contra y que el proyecto sea calificado como relevante científicamente por la Comisión Autónoma de Ética e Investigación Sanitarias. Como garantía para la persona fallecida y sus familiares se establece en esos supuestos la obligación de anonimizar los datos. La anonimización

consiste en destruir el nexo con toda información que identifique al sujeto del que se tomaron las muestras biológicas [artículo 2.g) Ley 11/2007].

Si el titular de la muestra no está localizable y no ha manifestado su oposición se requerirá autorización (artículo 23.3 Ley 11/2007).

g) Revocación del consentimiento.

El consentimiento que se otorgó para la realización de análisis genéticos puede revocarse en cualquier momento para cualquier fin o para algunos determinados. Si se revoca el consentimiento se tiene que destruir la muestra y se deben cancelar los datos genéticos de carácter personal (artículo 24 Ley 11/2007).

h) El derecho a la información previa.

Igualmente que para el resto de análisis genéticos, antes de que se preste el consentimiento informado se debe informar al titular de la muestra o a sus representantes sobre la identidad del responsable de la investigación y del centro donde se realiza, sobre el destino de la muestra, finalidad y beneficios de la investigación, inconvenientes, con expresa mención de la posibilidad de recabar nuevos datos o de que se le puedan solicitar otras muestras, procedimiento de extracción, Banco de ADN humano en el que se va a conservar y datos asociados, así como el destino que se dará a ambos al finalizar la investigación, el derecho al acceso a los resultados relevantes para su salud, la posibilidad de que se obtenga información relativa a su salud, de las implicaciones que pudieran derivarse para sus familiares y la conveniencia de que el titular transmita dicha información a aquellos, el derecho a la revocación del consentimiento, y la garantía de confidencialidad de los datos.

i) Contenido del documento del consentimiento informado.

El consentimiento informado debe documentarse de forma que se constate el cumplimiento de lo señalado en el apartado anterior y además que el consentimiento se presta para un área de investigación determinada, que la donación no tiene contraprestación, que el consentimiento es revocable, la identificación del titular de la muestra o de su representante, la identificación del investigador que recaba el consentimiento, la declaración de comprender el sentido de la información recibida, lugar, fecha y firma de quien consiente y del profesional, los datos del centro donde se realizará el análisis. De dicho documento se debe facilitar una copia al titular o al representante (artículo 26 Ley 11/2007).

j) Cesión e intercambio de muestras biológicas anonimizadas.

Se pueden ceder muestras biológicas anonimizadas y los datos asociados a ellos cuyo uso se haya autorizado para análisis genéticos con fines de investigación biomédica. Ahora, para ello la cesión deberá ser entre grupos, centros o instituciones de investigación acreditados, y siempre que sea para los mismos fines que se autorizaron, y se cumpla con los requisitos de disponibilidad y conservación de las muestras (artículo 27 Ley 11/2007).

k) Plazo de conservación de las muestras.

En principio, las muestras biológicas sólo podrán conservarse durante el tiempo que sea imprescindible para los fines de la investigación para la cual se donaron, salvo que el donante prestase su consentimiento para que dichas muestras fueran utilizadas en otras investigaciones (artículo 28 Ley 11/2007).

6. Bancos de ADN humano

La Ley 11/2007, establece el marco general de los bancos de ADN humano en Andalucía. En su artículo 29 dispone que dichos bancos requerirán de autorización para instalarse, ponerse en funcionamiento, y modificar la estructura y su régimen inicial, además, la autorización para su creación estará supeditada a que concurra un interés científico y sanitario en función de su organización, objetivos y medios disponibles. La autorización puede ser revocada, previo expediente con audiencia del interesado, si se incumplen las condiciones originarias, en cuyo caso, el banco se tendrá que cerrar y todas las muestras y datos asociados tendrán que integrarse en el Banco de ADN humano de Andalucía (artículo 30 Ley 11/2007).

La responsabilidad recae en su titular ya sea una persona física o jurídica, o un órgano administrativo.

La competencia para el otorgamiento de la autorización corresponde a la Consejería en materia de salud conforme al procedimiento reglamentario.

Los bancos de ADN humano deben contar con un director científico que tendrá las siguientes obligaciones: velar por el cumplimiento de la legislación y el respeto de los derechos de las personas, garantizar la calidad, la seguridad y la trazabilidad de las muestras biológicas almacenadas, mantener los registros de actividades, muestras genéticas y datos asociados del banco de ADN humano, y suscribir los seguros de responsabilidad necesarios para dar cobertura a posibles daños o perjuicios.

A) *El Banco de ADN humano de Andalucía*

La Ley 11/2007, creó formalmente el Banco de ADN humano de Andalucía que se integra en el Sistema Sanitario Público de Andalucía como una unidad administrativa (artículo 31 Ley 11/2007). Este Banco público recibe, procesa y almacena muestras que se van a destinar a análisis genéticos y que proceden del Sistema Sanitario Público de Andalucía. La Ley prevé que esté dirigido por profesionales de reconocido prestigio y establece entre sus funciones las siguientes: Velar por el cumplimiento de la y el respeto a los derechos de las personas, garantizar la calidad, la seguridad y la trazabilidad de las muestras biológicas almacenadas, y cualesquiera otras que se le atribuyan.

B) *Biobancos con fines de investigación biomédica*

El Decreto 1/2013, de 8 de enero, regula la autorización para la constitución y funcionamiento de biobancos con fines de investigación biomédica en Andalucía, y crea el Registro de Biobancos de Andalucía y el Biobanco del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

Para la constitución de un biobanco en Andalucía se requiere autorización del órgano competente en materia de autorización, acreditación y registro de centros, servicios y establecimientos sanitarios de la Consejería competente en materia de salud (artículo 4.1).

El biobanco deberá cumplir los siguientes requisitos:

- Que la organización, objetivos y medios disponibles del biobanco justifiquen su interés biomédico.
- Que se haya designado a la persona titular de la dirección científica del biobanco y a la persona responsable del fichero.
- Que el biobanco esté adscrito a dos comités externos, uno científico y otro de ética.
- Que la actividad del biobanco no implique ánimo de lucro.· 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.
- 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.
- Que se cumplan los requisitos del Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre (artículo 4.2).

La autorización deberá ser solicitada por el titular del biobanco en el modelo Anexo al citado Decreto. El plazo de resolución es de tres meses y el silencio es negativo.

C) *El Registro Andaluz de Biobancos con fines de investigación biomédica*

El citado Decreto 1/2013, de 8 de enero, ha creado el Registro Andaluz de Biobancos con fines de investigación biomédica. Se trata de un registro de carácter público e informativo (artículo 10.2). La información que conste en dicho registro puede ser recabada por quien acredite interés legítimo. En dicho registro se inscribirá la siguiente información:

- Los datos relativos a las autorizaciones de constitución y funcionamiento de los biobancos y colecciones ordenadas de muestras para investigación, así como a sus modificaciones y a las resoluciones de revocación de la autorización para la constitución y funcionamiento o de cierre de biobancos.
- Los datos relativos a los biobancos, a su actividad y a las redes de las que forman parte, en su caso.
- Los datos relativos a las colecciones ordenadas de muestras biológicas que, sin tener como fin principal la investigación biomédica, pretendan ser utilizadas con fines de investigación biomédica. En estos casos, los establecimientos en los que se contengan se registrarán por la normativa vigente aplicable, siendo de aplicación lo dispuesto en el presente Decreto únicamente para las muestras que pretendan utilizarse para investigación biomédica (artículo 11).

D) *El Biobanco del Sistema Sanitario Público de Andalucía*

El citado Decreto 1/2013, de 8 de enero, crea el Biobanco del Sistema Sanitario Público de Andalucía. Éste es un biobanco en red, en el que se integran las estructuras y unidades de los centros públicos, bancos de líneas celulares y otros centros públicos que pueden obtener, procesar y conservar células, tejidos, sustancias y muestras biológicas para uso clínico o de investigación.

7. Régimen sancionador

Como suele ser frecuente en la legislación actual la Ley 11/2007, contiene un catálogo de infracciones muy graves, graves y leves. Son infracciones muy graves: La realización de análisis genéticos con fines diferentes a los de la asistencia sanitaria e investigación biomédica, en los términos previstos en la presente Ley, y la utilización de los datos obtenidos de los análisis genéticos con fines diferentes a los de la asistencia sanitaria e investigación biomédica, en los términos previstos en la presente Ley. Son infracciones graves: La realización de análisis genéticos sin la preceptiva autorización del proyecto de investigación, el uso de muestras biológicas sin contar con el pertinente consentimiento, el uso de muestras biológicas con fines distintos a los autorizados, el pago efectuado por la obtención de muestras biológicas, y la realización de cribado genético sin contar con la preceptiva autorización. Por último, se considera infracción leve el incumplimiento de cualquier obligación o la vulneración de cualquier prohibición previstas en la Ley 11/2007, siempre que no proceda su calificación como infracciones graves o muy graves.

ISBN: 978-84-8333-631-1



9 788483 336311