



DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial  
de la Asociación  
Juristas de la Salud

Volumen 28, Extraordinario XXVII Congreso 2018

## CONSTITUCIÓN Y CONVENIO DE OVIEDO: ANIVERSARIO DE DERECHOS

### PREMIO DERECHO Y SALUD 2018

- Análisis de la gestación por sustitución a la luz de los intereses en conflicto.  
*Juan José González López* 6

### PONENCIAS

- 40 años de Constitución y salud.  
*Miguel Ángel Presno Linera* 34
- Los remedios frente al abuso en el nombramiento del personal estatutario temporal de los Servicios de Salud.  
*David Ordóñez Solís* 45
- Transparencia, medicamentos biosimilares.  
*Roberto Sabrido Bermúdez* 58
- Establecimiento de prioridades en las políticas sanitarias y de salud: una responsabilidad ética.  
*Andreu Segura Benedicto* 68
- Reglamento General de Protección de Datos: novedades. Adaptación de la normativa española: el proyecto de LOPD.  
*Juan Luis Beltrán Aguirre* 74
- Derechos de las personas trans e intersex. Revisión del marco legislativo en el contexto español desde una perspectiva de despatologización y derechos humanos.  
*Amets Suess Schwend* 97

### COMUNICACIONES

- Democracia digital y órganos de participación en sanidad: una visión desde la regulación jurídica y la legitimidad.  
*Jesús Esteban, Cárcar Benito* 117
- Universalidad, gratuidad y subsistencia: la futilidad de la utilización del criterio de renta dentro de la asistencia sanitaria.  
*Jesús Esteban, Cárcar Benito* 129
- Posverdad sanitaria: un problema de salud pública y un reto para la salud pública.  
*Moure González, E.* 142

|  |     |
|--|-----|
| ■ La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida.<br><i>María Martín Ayala</i>  | 149 |
| ■ La notificación de los eventos adversos. Percepciones de los profesionales sanitarios.<br><i>Pérez-Carrión, A.; Machado, F.; G<sup>a</sup>-Calvo, T.; Osuna, E.</i>                              | 160 |
| ■ De los límites a los principios generales de actuación administrativa en el acceso a los datos de salud.<br><i>Ortiz Hernández, A.; Corral Gallego, M.</i>                                       | 168 |
| ■ De la obsolescencia de las normas reguladoras de las funciones del personal sanitario no facultativo.<br><i>Corral Gallego, M.; Ortiz Hernández, A.</i>  | 177 |
| ■ La responsabilidad civil por daños causados por proveedores privados en la asistencia sanitaria transfronteriza.<br><i>Marco Atienza, C.M.</i>   | 184 |
| ■ Dificultades en la gestión de la aptitud para el trabajo en el ámbito sanitario.<br><i>Fernández Mundet, N.; Rossell G<sup>a</sup>, N.; Rossell Cantón, M<sup>a</sup>J.; Rentería Martín, G.</i> | 197 |
| ■ Transparencia, protección de datos y confidencialidad en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.<br><i>Gómez Álvarez, Francisco Javier</i>                      | 206 |
| ■ Implementación del concurso abierto y permanente en el Servicio de Salud de Castilla y León.<br><i>Pérez Roldán, M.; Morán de Prada, A.</i>  | 223 |
| ■ La entrada en vigor del Reglamento Europeo de Protección de Datos como obstáculo a la investigación.<br><i>Elena Díaz García</i>   | 231 |
| ■ Mercado interno sanitario y formas de gestión de los servicios ¿una vuelta hacia lo público?<br><i>Josefa Cantero Martínez</i>   | 239 |
| ■ Normas de publicación  | 262 |
| ■ Solicitud de suscripción a la revista Derecho y Salud  | 263 |
| ■ Solicitud de asociación  | 264 |

EL PRESENTE NÚMERO EXTRAORDINARIO DE LA REVISTA “DERECHO Y SALUD” RECOGE LAS PONENCIAS Y COMUNICACIONES PRESENTADOS AL XXVII CONGRESO DE LA “ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD” QUE TUVO LUGAR EN OVIEDO LOS PASADOS 6, 7, Y 8 DE JUNIO BAJO EL LEMA: “**CONSTITUCIÓN Y CONVENIO DE OVIEDO: ANIVERSARIO DE DERECHOS**”.

# DS

DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial  
de la Asociación  
Juristas de la Salud

**Volumen 28, Extraordinario XXVII Congreso 2018**

*Edita:*

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

*Editores adjuntos:*

JOSEP LLUIS LAFARGA I TRAVER (CATALUÑA)  
JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE (NAVARRA)  
RAFAEL ALVARO MILLÁN CALENTI (GALICIA)

*Consejo editorial:*

*Directora:*

YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ  
CATEDRÁTICA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

*Secretario:*

DAVID LARIOS RISCO  
LETRADO. JUNTA DE COMUNIDADES (CASTILLA-LA MANCHA)

*Vocales:*

JAVIER SÁNCHEZ CARO  
ABOGADO (MADRID)

ALBERTO PALOMAR OLMEDA  
MAGISTRADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (MADRID)

MARÍA DEL CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO  
PROFESORA TITULAR DERECHO CIVIL (CASTILLA-LA MANCHA)

ANA M<sup>A</sup> MARGOS DEL CANO  
SECRETARÍA GENERAL UNED (MADRID)

JOAQUÍN CAYÓN DE LAS CUEVAS  
SERVICIO DE ASESORAMIENTO JURÍDICO DE SANIDAD (CANTABRIA)

FEDERICO MONTALVO JÄÄSKELÄINEN  
ABOGADO. PROFESOR UNIVERSIDAD (MADRID)

VICENTE LOMAS HERNÁNDEZ  
SERVICIO DE RÉGIMEN JURÍDICO DE INSTITUCIONES SANITARIAS  
(CASTILLA-LA MANCHA)

JOSÉ MARÍA ANTEQUERA VINAGRE  
PROFESOR DE DERECHO SANITARIO Y BIOTÉCNICA (MADRID)

LOLA GONZÁLEZ GARCÍA  
GERENCIA DEL COMPLEJO HOSPITALARIO DE TOLEDO  
(CASTILLA-LA MANCHA)

SERGIO GALLEGO RIESTRA  
CONSEJERÍA DE SALUD DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS. OVIEDO  
(ASTURIAS)

JAVIER VÁZQUEZ GARRANZO  
ABOGACÍA DEL GOBIERNO BALEAR. PALMA DE MALLORCA  
(BALEARES)

MARÍA MARTÍN AYALA  
CONSEJERÍA DE HACIENDA DE LA JCCM. TOLEDO  
(CASTILLA-LA MANCHA)

JUAN MANUEL ALEGRE ÁVILA  
UNIVERSIDAD DE CANTABRIA (CANTABRIA)

*Consejo asesor:*

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ (CASTILLA-LA MANCHA)

DAVID LARIOS RISCO (CASTILLA-LA MANCHA)

FRANCISCA VILLALBA PÉREZ (ANDALUCÍA)

FRANCISCO BOMBILLAR SÁENZ (ANDALUCÍA)

NURIA GARRIDO CUENCA (CASTILLA-LA MANCHA)

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ (ANDALUCÍA)

LUIS ALBERTO PANES CORBELLE (CASTILLA-LA MANCHA)

MATILDE VERA RODRÍGUEZ (ANDALUCÍA)

FRANCESCO JOSÉ MARÍA SÁNCHEZ (CATALUÑA)

JAVIER MORENO ALEMÁN (MADRID)

JOSÉ MARÍA BARREIRO DÍAZ (GALICIA)

SUSANA LÓPEZ DE ALTUNA (PAÍS VASCO)

GUSTAVO MERINO GÓMEZ (CANTABRIA)

LUIS SARRATO MARTÍNEZ (NAVARRA)

EDUARDO OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ (MURCIA)

PRODUCCIÓN:

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

FACULTAD DE DERECHO

PLAZA DE LA UNIVERSIDAD Nº 1

02071 ALBACETE - ESPAÑA

[HTTP://WWW.AJS.ES](http://www.ajs.es)

DEPÓSITO LEGAL: B-35337-93

I.S.S.N. 1133-7400

MAQUETADO POR [STUDIO74.ES](http://www.studio74.es)

# DERECHO Y SALUD

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

REVISTA FUNDADA EN 1992

## Revista Oficial de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD

<http://www.ajs.es>

ISSN: 1133-7400

Depósito Legal: B-35337-93

**Dirigida a:** Personas cuya actividad profesional se desarrolle dentro del ámbito del derecho sanitario y de la salud, o muestren un concreto interés por esta rama del derecho.

### Correspondencia y Publicidad:

Asociación Juristas de la Salud  
Facultad de Derecho  
Plaza de la Universidad nº 1  
02071 Albacete - España

### Correo Electrónico:

[info@ajs.es](mailto:info@ajs.es)

### Suscripciones y atención al cliente:

Asociación Juristas de la Salud  
Facultad de Derecho  
Plaza de la Universidad nº 1  
02071 Albacete - España

(suscripciones: enviando solicitud que figura en la revista, atención al cliente, correo ordinario o e-mail)

**Protección de datos:** En cumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999 de diciembre y de su Reglamento aprobado por Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, se informa que los datos personales recogidos con la finalidad de atender suscripciones e inscripciones son confidenciales y están incluidos en un fichero denominado "suscriptores" y en otro denominado "socios" de titularidad de la Asociación "Juristas de la Salud" con domicilio en Plaza de la Universidad nº 1, Albacete (02071) con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista y facilitar su distribución. El interesado puede ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, dirigiendo a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a [info@ajs.es](mailto:info@ajs.es) indicando "derechos ARCO".

LOS ARTÍCULOS PUBLICADOS EN ESTA REVISTA EXPRESAN SOLAMENTE LA OPINIÓN DE SUS AUTORES. SE PUBLICARAN DOS NÚMEROS ORDINARIOS Y AL MENOS UN NÚMERO EXTRAORDINARIO CON MOTIVO DEL CONGRESO ANUAL "DERECHO Y SALUD".

© COPYRIGHT 2001. ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

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

Junta Directiva de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD:

**Presidencia:** Josefa Cantero Martínez, *Universidad Castilla-La Mancha*; **Vicepresidencia:** David Larios Risco, *Letrado. Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*. **Secretaria:** Francisca Villalba Pérez, *Universidad de Granada*. **Vicesecretario:** Francisco Bombillar Sáenz, *Universidad de Granada*; **Tesorera:** Nuria Garrido Cuenca, *Universidad de Castilla-La Mancha*; **Vocales:** Juan Francisco Pérez Gálvez, *Universidad de Almería*; Luis Alberto Panes Corbelle, *Servicio de Salud de Castilla-La Mancha*; Matilde Vera Rodríguez, *Servicio Andaluz de Salud*; Francesc José María Sánchez, *Abogado*; Javier Moreno Alemán, *Abogado*; José María Barreiro Díaz, *Xunta de Galicia*; Susana López de Altuna, *Asesoría Jurídica-OSAKIDETZA*; Gustavo Merino Gómez, *Consejería de Salud de Cantabria*; Luis Sarrato Martínez, *Abogado*; Eduardo Osuna Carrillo de Albornoz, *Universidad de Murcia*.

---

*Premio Derecho y Salud 2018*

---

# ANÁLISIS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN A LA LUZ DE LOS INTERESES EN CONFLICTO

*Juan José González López*

*Letrado Jefe de la Asesoría Jurídica Territorial*

*Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Burgos*

*Profesor asociado de Derecho constitucional*

*Universidad de Burgos*

**SUMARIO:** 1. Aproximación a la gestación por sustitución. 2. El derecho a la maternidad/paternidad: 2.1 Momento a partir del cual se ostenta la condición de “madre”; 2.2 Generación del hijo y derecho “a” la maternidad/paternidad; 2.3 El acceso a la maternidad/paternidad en caso de impedimento para la procreación; 2.4 El acceso a la maternidad/paternidad como derecho. 3. El derecho a la disposición sobre el propio cuerpo: 3.1 Fundamento del derecho; 3.2 Los límites al “derecho a la disposición sobre el propio cuerpo”. 4. El interés del hijo futuro. 5. El reconocimiento de la gestación por sustitución realizada en el extranjero. 6. Bibliografía.

## RESUMEN

El objeto del presente trabajo es identificar y analizar el conflicto entre el derecho a la paternidad/maternidad, el derecho a la disposición sobre el propio cuerpo y el interés del futuro hijo/a que se plantea en relación con la “gestación por sustitución”.

## PALABRAS CLAVE

Gestación por sustitución, Derecho a la paternidad/maternidad, Disposición sobre el propio cuerpo, Interés del futuro hijo/a.

## ABSTRACT

The purpose of this paper is to identify and analyze the conflict between the right to fatherhood / motherhood, the right to disposition over one’s own body and the interest of the future child that is posed in relation to “surrogate motherhood”.

## KEYWORDS

Surrogate motherhood, Right to fatherhood/motherhood, Right to disposition over one’s own body, Interest of the future child.

## 1. APROXIMACIÓN A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

A fin de perfilar las actuaciones que comporta la “gestación por sustitución”, puede definirse ésta como el pacto en virtud del cual una mujer (gestante) se compromete a, mediante técnicas de reproducción asistida, llevar a cabo una gestación con el propósito de que el menor fruto de la misma sea reconocido como hijo de la persona o personas comitentes<sup>1</sup>. Las

<sup>1</sup> Esta definición coincide básicamente con la ofrecida en BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. L., *Hijas del mercado. La maternidad subrogada en un Estado social*, Ediciones Cátedra, Madrid 2017, nota a pie de página 68, p.75, en que se define la “maternidad subrogada” como “*el compromiso entre una mujer llamada mujer gestante, a través del cual esta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja comitente, llamados el o los subrogantes, a quien o quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con el o los subrogantes*”. El motivo de que no la asumamos íntegramente radica no sólo en la expresión definida (“maternidad subrogada”), sino también en que no necesariamente se excluye el vínculo de filiación con la gestante, pues, como sucede en Reino Unido, es posible que lo que acaece sea una alteración de la filiación a favor del o los comitentes.

posibilidades son múltiples: que la gestante aporte “únicamente” su útero (posteriormente se matizará esta idea), de modo que el embrión implantado proceda de la combinación de óvulo y espermatozoide de los comitentes o de la comitente y un donante o incluso de terceros, donantes, distintos de los comitentes, o que la gestante proporcione no sólo el útero, sino también el óvulo<sup>2</sup>.

Se ha afirmado que sólo el primer supuesto indicado en su variante de aportación de óvulo por la comitente se corresponde con el fenómeno genuino de la “maternidad portadora” y que el segundo sería una forma pseudoadoptiva opuesta a la normativa de adopción, al coincidir la “madre biológica” (la que aporta el óvulo) y la “madre gestante”<sup>3</sup>. Sin embargo, como se expondrá posteriormente, la posible desvinculación de la maternidad respecto del suministro del óvulo convierten en decisiva la gestación, que es lo encomendado a otra mujer distinta de la que pretende ser madre a pesar de no ser gestante. De ahí que quepa incluir en la “gestación por sustitución” todos los supuestos apuntados, sin calificar como genuino cualquiera de ellos.

La terminología empleada para referirse a este fenómeno es diversa y muy influida por la postura adoptada en relación con él. En función de que se pretenda suavizar o denigrar la práctica, las expresiones varían de “gestación por sustitución”, “maternidad subrogada” o “maternidad portadora” a “vientre de alquiler”<sup>4</sup>. Emplear el término “maternidad” induce a equívoco, pues, como se argumentará, la maternidad no comienza hasta el nacimiento, de modo que la gestación, elemento esencial y característico de este fenómeno, queda formalmente al margen, aunque tenga una gran implicación en ella. Si hasta el nacimiento no hay madre ni hijo, sino gestante y

*nasciturus*, carece de sentido referirse a un supuesto porte o subrogación en una maternidad inexistente y la expresión sólo sirve para dotar a la práctica analizada de una carga emotiva que queda fuera de lugar en un examen que intente ser aséptico. En cuanto al “vientre de alquiler”, aunque se sustituya “vientre” por “útero”, también a efectos de desprenderse de las connotaciones despectivas, se trata de una terminología inadecuada, pues la gestación no siempre es retribuida y, en todo caso, no sólo compromete el útero<sup>5</sup>. En este trabajo se opta por la de “gestación por sustitución”, al ser la que mejor recoge el contenido de la actuación en que consiste, ya que centra la atención en el aspecto nuclear del fenómeno, la gestación.

En cuanto a la realidad normativa, la postura de los Estados ha sido objeto de diversas clasificaciones entre las que optamos por la que los divide en Estados en que es legal, sea únicamente en su modalidad altruista o también en la onerosa, Estados que no la regulan o la prohíben y Estados que no la regulan o prohíben pero reconocen sus efectos<sup>6</sup>. España presenta un encaje confuso, ya que el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que tiene por rúbrica “*gestación por sustitución*”, dispone en su apartado primero que “*Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”, y en su apartado segundo que “*La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”, y el Tribunal Supremo, en su Sentencia de la Sala de lo Civil 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (rec. 245/2012), rechazó con fundamento en el orden público el reconocimiento de la filiación determinada en un Estado extranjero y derivada de la gestación por sustitución. Sin embargo, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, sí contempla la inscripción de nacimiento de un menor nacido en el extranjero como consecuencia de esas técnicas, con determinación de la

2 MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y MASSIGOGUE BENEIGU, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid 1994, pp.67 y 68. Esta clasificación también se recoge en VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, n.º 14, 2014, pp.901-902.

Las clasificaciones son muy variadas, como se aprecia en las recogidas en el “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, pp.6 y ss.

3 MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. Y MASSIGOGUE BENEIGU, J.M., *La maternidad portadora...*, op.cit., p.68.

4 BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., p.75, VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, n.º 7608, 11 de abril de 2011, p.1.

5 Esta circunstancia se señala en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.9.

6 MARCO ATIENZA, C.M., “Respuestas jurídicas en España ante la gestación por sustitución”, *Derecho y salud*, vol. 26, n.º extra 1, 2016, pp.192-193. Una exposición del Derecho comparado en la materia se recoge en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, pp.45 y ss.

filiación también en atención a éstas<sup>7</sup>. Además, existen indicios de un posible cambio normativo a fin de incorporar una regulación permisiva de la gestación por sustitución, sea en el Derecho interno como técnica admitida en el Estado, sea a través del reconocimiento de las filiaciones declaradas en el extranjero de resultas de la gestación por sustitución<sup>8</sup>.

La aceptación o no de la gestación por sustitución ha generado, y continúa planteando, un debate en que pretende participar el presente trabajo. Con tal propósito, se abordan los tres elementos que confluyen en la admisibilidad iusfundamental de esta técnica: el derecho a la maternidad/paternidad, el derecho a disponer del propio cuerpo y el interés superior del menor, objeto de los siguientes epígrafes.

## 2. EL DERECHO A LA MATERNIDAD/PATERNIDAD

Es innegable que el recurso a la gestación de sustitución viene dado por la demanda planteada por un creciente número de personas que abogan por esta técnica para satisfacer su aspiración de ser madre o padre. Esta demanda hace preciso analizar la existencia de un posible derecho a la maternidad/paternidad que pueda erigirse en fundamento de tal pretensión.

### 2.1 Momento a partir del cual se ostenta la condición de “madre”

Lo primero que ha de abordarse es el momento en que comienza la maternidad<sup>9</sup>. El Diccionario de la

Real Academia Española define “madre” como “*mujer o animal hembra que ha parido a otro ser de su misma especie*”, pero también, en su segunda acepción, como “*mujer o animal hembra que ha concebido*”. De acuerdo con dichas definiciones, la maternidad comienza desde la concepción. Esta conclusión es, sin embargo, cuestionable.

Normativamente cabe apreciar que la cualidad de madre se asocia a la existencia de un “hijo”, lo cual introduce un factor delimitador de gran importancia<sup>10</sup>. Así, en el artículo 39 de la Constitución Española (CE en adelante), apartado segundo, la protección de las madres se prevé a continuación de la de los hijos, la cual, aunque se desvincula del tipo de filiación, se conecta con ésta al hacer referencia a ella. Y en el apartado tercero la asistencia que se exige a los padres lo es respecto de los hijos, habidos dentro o fuera del matrimonio. Más claramente aún, el Código Civil (CC en adelante), al determinar las relaciones paterno-filiales (artículo 154 y siguientes) reclama lógicamente la presencia de un “hijo”. De hecho, ni siquiera es necesario acudir a la normativa, ya que “madre” e “hijo” se presentan como conceptos correlativos. Ser “madre” exige un “hijo”.

El problema que se plantea es identificar cuándo se adquiere la condición de “hijo”. Al acudir nuevamente al Diccionario de la Real Academia Española, se constata que “hijo” se define como “*persona o animal respecto de sus padres*”. Aplicado al ser humano el “hijo” es una persona. Este requisito encuentra respaldo normativo, pues el artículo 30 CC sujeta la asunción de la condición de persona al nacimiento, y ello es coherente con el hecho de que al regular la filiación (artículo 108 y siguientes) se la relaciona con el nacimiento. Por su parte, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al tipificar el aborto (artículos 144 a 146) elude referirse a “madre” o “hijo” y lo mismo sucede en las lesiones al feto (artículos 157 y 158). Opta, en su lugar, por aludir a “mujer”, “embarazada” y “feto”. Y el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, dedica el Capítulo VI de su Título II a la “maternidad”, asociada al parto o adopción, y el VIII al “riesgo durante el embarazo”, que no se enmarca, por tanto, en la maternidad.

que posteriormente, p.189, parece inclinarse por extenderla a la gestación.

10 Huelga decir que al emplear el término masculino lo hacemos en un sentido genérico que comprende tanto a los hijos como a las hijas.

7 Acerca de esta panorámica, FLORES RODRÍGUEZ, J., “Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 27, 2014, pp.78 y ss, BATALLER I RUIZ, E., “Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 2, 2015, pp.784 y ss, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 4, 2016, pp.353 y ss, ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F., “Gestación por sustitución: Dificultades para mantener la prohibición en España”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, n.º 9, 2016, pp.66 y ss, entre otros.

8 Así se señala en BATALLER I RUIZ, E., “Reconocimiento...”, op.cit., p.787, en que se vinculan los previsibles cambios legislativos con la influencia que el Ministerio de Justicia ha reconocido a las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014, casos *Menesson c.Francia* y *Labassee c.Francia*.

9 Es llamativo que en MARRADES PUIG, A.I., *Lucas y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, Universitat de Valencia. Servei de Publicacions, Valencia 2002, pp.23 y ss, al ocuparse del “concepto de maternidad” no se identifica claramente el inicio de ésta, aun-



De lo expuesto se desprende que, identificada la maternidad con la existencia de un hijo, normativamente, al exigirse la condición de persona para ser hijo, sólo se es hijo al nacimiento y, por tanto, sólo se es madre cuando nace el hijo. Contrastada la regulación con las definiciones citadas al principio, se concluye que la maternidad no comienza en la concepción, sino en el nacimiento. Ahora bien, se trata de una cuestión normativa, contingente por ello, de manera que bien podría plantearse una modificación del régimen que se constata para identificar como hijo al concebido y no nacido y atribuir la cualidad de madre con anterioridad al nacimiento, al apreciarse jurídicamente la existencia de un hijo antes de ese momento. De suscitarse tal eventualidad, el debate se desplaza a la discusión acerca de si la condición de hijo debe desvincularse de la de persona o a la de si se es persona antes del nacimiento. Sin ahondar en unas cuestiones que exceden, con mucho, el objeto del presente trabajo, se considera adecuado conectar la condición de hijo a la de persona y que la personalidad exige un cierto grado de autonomía que no está presente en el feto, dicho sea esto sin desmerecer en absoluto la protección que éste merece<sup>11</sup>.

Aunque un menor de edad se halla sujeto a unas limitaciones en su capacidad obrar derivadas de sus carencias volitivas y cognoscitivas, goza de una cualidad esencial: su autonomía física, consecuencia del desprendimiento del seno materno<sup>12</sup>. Con anterioridad a tal desprendimiento, el concebido y no nacido no sólo es un ser en formación, sino un ser integrado físicamente en la mujer, de que no puede desprenderse para continuar viviendo. Esa vinculación, cuya proximidad no es equiparable a cualquier otra, impide tratar a gestante y feto como dos seres independientes de forma equiparable al tratamiento que permite el nacimiento y, por ello, aconseja establecer el elenco de derechos y deberes que comportan las relaciones materno-filiales a partir de la autonomía que supone la desvinculación física. Basta pensar, al respecto, en que la patria potestad es extingui-

porque se origina, actualmente, con el nacimiento; si se asociase a la concepción, la extinción sería inviable (respecto de la gestante) por la sujeción del feto a la mujer<sup>13</sup>.

En consecuencia, aunque coloquialmente se habla en ocasiones de “madre” para referirse a la gestante y a pesar de la definición ya citada, cabe sostener que se es “madre” a partir del nacimiento del “hijo” y que este régimen es el adecuado a efectos de establecer una regulación racional de las relaciones que se generan entre ambos sujetos.

## 2.2 Generación del hijo y derecho “a” la maternidad/paternidad

La fijación del momento de inicio de la maternidad condiciona directamente la conceptualización de la gestación. Si la maternidad comienza en la concepción, la gestación se integra en la maternidad. En cambio, si empieza en el nacimiento, la gestación es un presupuesto de la maternidad, al ser necesaria para el nacimiento. Al haber optado por situar el arranque de la maternidad en el nacimiento el derecho “a” la maternidad puede conceptuarse como un derecho conectado y orientado a la maternidad originada una vez nacido el hijo y establecida, por ende, la relación materno-filial pero distinto de éste, que sería el derecho “de” ser madre. Es decir, puede concebirse como un derecho relacionado con el presupuesto de la maternidad, la generación del futuro hijo. Otro tanto sucede con el derecho a la paternidad.

La generación de la maternidad/paternidad así entendida presenta una dimensión biológica indudable pero no se agota en ella, pues también es un fenómeno social con acogida jurídica que no siempre coincide con éste. Desde un punto de vista biológico consiste en la combinación de material genético de una mujer y un hombre mediante una relación sexual y ulterior gestación del embrión y feto hasta el nacimiento. Es procreación: engendrar un individuo de la misma especie. La participación en la procreación de los individuos de la especie humana es una aptitud natural; cualquier mujer u hombre puede, en

11 Nos hacemos eco a este respecto de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC en adelante) 53/1985, de 11 de abril, en que se advierte de que “dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital”.

12 Acerca del fundamento de esas limitaciones, RUIZ JIMÉNEZ, J., “La capacidad del menor”, POUS DE LA FLOR, M<sup>a</sup>. P. Y TEJEDOR MUÑOZ, L. (coordinadoras), *Protección jurídica del menor*, Colex, Madrid 2009 (2<sup>a</sup> edición), pp.31-32.

13 En este sentido, más allá de la posibilidad teórica con apoyo en el artículo 29 CC (tampoco nada sencilla), se apunta la difícil admisión en la práctica de una guarda administrativa del *nasciturus*, pues el ejercicio de esta guarda debería proyectarse sobre la futura madre y no sobre el *nasciturus* directamente, MAYOR DEL HOYO, M<sup>a</sup>. V., *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Comares, Granada 1999, pp.83-85. A lo sumo podría pensarse en una guarda indirecta, lo que justamente es muestra de la dependencia del feto.

abstracto, mantener relaciones sexuales susceptibles de permitir la combinación genética de óvulo y espermatozoide y, ya limitado a la mujer, gestar el fruto de la fecundación.

Contemplada desde un punto de vista exclusivamente biológico, la procreación encuentra respaldo jurídico como derecho de libertad, bien se ubique en el derecho a la integridad física como libre desarrollo de esa integridad o en el derecho a la intimidad<sup>14</sup>. Al ser una aptitud natural, lo que se demanda del Estado es que no interfiera en su ejercicio (o no ejercicio), de modo que la controversia se suscita en relación con las eventuales limitaciones (o imposiciones) que se pueden establecer en aras a intereses distintos de los de los posibles o efectivos engendrantes<sup>15</sup>. Estas limitaciones, como es lógico, no necesariamente afectan a las relaciones sexuales, pues para que se impida la efectividad de la procreación no es *conditio sine qua non* el impedimento de éstas, sino que puede bastar con la eliminación de la capacidad reproductora vinculada al coito, verbigracia mediante la esterilización<sup>16</sup>. A pesar de su interés, este tipo de constricciones se aparta del objeto del presente estudio (ya que la gestación por sustitución no limita la procreación), por lo que no ahondaremos en ellas.

Ocurre que la procreación, como fenómeno biológico que va desde la fecundación al nacimiento, es de resultado incierto. El camino puede interrumpirse y la expectativa de nacimiento del hijo en formación puede frustrarse en distintos momentos que incluyen el inicial (la fecundación), lo que en suma implica la

inhabilidad biológica para procrear. En otras ocasiones no se trata de imposibilidad, sino de dificultad que no se puede salvar de forma natural o es difícilmente superable sin tratamiento al efecto. Y no siempre se trata, por lo demás, de dificultades o imposibilidades vinculadas a la fecundación y gestación como proceso biológico, sino que puede obedecer a razones de tipo volitivo (ausencia de persona que esté dispuesta a asumir la paternidad en correlación a la futura maternidad de la mujer que desea quedarse embarazada, homosexualidad masculina o femenina si se desea tener un hijo con la respectiva pareja del mismo sexo, etc.), cuestión que posteriormente se abordará.

Cuando se trata de dificultades biológicas, no se plantean dudas destacables en cuanto a la admisibilidad de tratamientos orientados a vencer esas dificultades. De hecho, este tipo de tratamientos se incluye en la cartera de servicios comunes de asistencia sanitaria, lo que convierte el auxilio a la procreación mediante la curación de dolencias que inciden en él en una prestación que otorga una nueva dimensión al derecho “a” ser madre/padre<sup>17</sup>. No sólo es un derecho de libertad, sino que, al ser merecedor de un contenido asistencial por parte del Estado, se presenta también como un derecho de corte prestacional, lo que incorpora un nuevo elemento de gran relevancia, pues se suscita el interrogante de si dicho contenido se integra en un derecho fundamental. Si bien parte de la doctrina aboga por vincular la asistencia sanitaria al derecho a la integridad física en conexión con el artículo 43 CE, el encaje de esta dimensión prestacional en un derecho tradicionalmente de corte liberal no cuenta con un respaldo doctrinal ni jurisprudencial sólido<sup>18</sup>.

14 En la intimidad personal y familiar se sitúa en PANTALEÓN PRIETO, A.F., “Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 15, mayo/agosto 1993, p.130, el “derecho de toda persona, casada o no, a planificar su reproducción por medios naturales al abrigo de injustificadas interferencias por parte del Estado”, y en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid 1994, p.55, el “derecho a la reproducción humana”. Se entiende por ello la apelación a la libertad como fundamento del “derecho a la reproducción humana” a que se refiere ROMERO COLOMA, A.Mª., “El derecho a la reproducción humana y las técnicas de reproducción asistida”, *Abogados de Familia*, n.º 54, cuarto trimestre de 2009, pp.1-3.

15 Verbigracia, la “política del hijo único” que aplicó China.

16 Un ejemplo es la esterilización de personas con discapacidad psíquica, a las que no se impide mantener relaciones sexuales. Ahora bien, debe destacarse que dicha esterilización no supone una restricción de la libertad, de acuerdo con la STC 215/1944, de 14 de julio, pues se estima que no comporta realmente una colisión entre derechos fundamentales al existir consentimiento, bien que del representante legal, como manifestación del derecho a la autodeterminación de la persona en su integridad física.

17 Así, el apartado 5.10 del Anexo III del 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, incluye las “Técnicas y procedimientos precisos para el diagnóstico y tratamiento médico y quirúrgico de las siguientes patologías clasificadas según la Clasificación Internacional de Enfermedades: Enfermedades del aparato genitourinario: Nefritis, síndrome nefrótico y nefrosis, otras enfermedades del aparato urinario, enfermedades de los órganos genitales masculinos, trastornos de mama, enfermedad inflamatoria de los órganos pélvicos femeninos y otros trastornos del tracto genital femenino”.

18 A favor, LEÓN ALONSO, MARTA, *La protección constitucional de la salud*, La Ley, Madrid 2010 (versión digital), p.6, al abordar el fundamento y la positivación de la tutela de la salud en la CE. En contra, con apoyo en el carácter de principio rector del artículo 43 CE y eficacia genérica (punto de arranque) del derecho a la vida e integridad física, DE LA VILLA GIL, L.E., “El derecho constitucional a la salud”, CAÑAS BAAMONDE, Mª. E., CRUZ VILLALÓN, J. Y DURÁN LÓPEZ, F. (coordinadores), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero* y

En definitiva, la procreación como manifestación del derecho “a” la maternidad/paternidad tiene anclaje en el derecho a la integridad física (o intimidad), en su vertiente de libre desarrollo de la personalidad y más dudosamente en la prestacional pública. Muy distinto es el caso que se plantea cuando la problemática que aqueja el acceso a la maternidad no aparece como dificultad, sino como impedimento físico o volitivo, esto es, cuando es la propia procreación lo que se halla extramuros de la persona. De ello pasamos a ocuparnos.

### 2.3 El acceso a la maternidad/paternidad en caso de impedimento para la procreación

El Derecho ofrece diversas respuestas a lo supuestos de impedimento (no dificultad) para la procreación.

Cuando la imposibilidad deriva de la falta de concurrencia de una persona de distinto sexo se plantea la admisibilidad del acceso a la maternidad/paternidad “en soledad”, sin el otro progenitor. La maternidad o paternidad monoparental no es en modo alguno desconocida una vez entabladas las relaciones paterno-filiales, bien sea porque el otro progenitor fallece, porque se le priva de la patria potestad o porque es desconocido. El caso que se aborda difiere, sin embargo, del expuesto porque supone una escisión de la procreación como fenómeno biológico y jurídico a fin de ofrecer una alternativa a la necesidad de que dos personas de distinto sexo participen en él para hacerlo factible. De este modo, el ordenamiento jurídico puede permitir que la procreación se articule “como si” no hubiera más que un engendrante, esto es, obviando jurídicamente la participación del otro. Es el caso de las técnicas de reproducción asistida facilitadas a mujeres no casadas<sup>19</sup>. El donante o donantes permanecen en el anonimato, por lo que la procreación, a efectos jurídicos, se entiende con la

persona que recibe la asistencia<sup>20</sup>. El que se admita esta procreación “en solitario” tiene consecuencias para la futura maternidad, ya que el anonimato del donante se extiende al nacimiento, de forma que el hijo nace con, jurídicamente, un solo progenitor.

Distinto de la maternidad “en solitario” es el supuesto en que la no intervención de un hombre llamado a ostentar la condición jurídica de padre obedece a la orientación sexual de la mujer. En este caso, también contemplado por la norma, se permite que la filiación se determine a favor de la cónyuge de la usuaria de la técnica de reproducción asistida, de modo que jurídicamente se construye un vínculo materno-filial distinto del biológico<sup>21</sup>.

Ya en el ámbito de la imposibilidad biológica, puede que ésta se deba a la infertilidad del hombre, en cuyo caso, de nuevo a través de la reproducción asistida y del régimen de filiación, la paternidad biológica (del donante) se sustituye por la jurídica del marido, merced a la presunción del artículo 116 CC, o pareja masculina de la madre, en virtud de

---

20 Al respecto, establece el artículo 5.5 de la Ley 14/2006 que “La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembiones.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”.

21 Dispone el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 que “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”. El vínculo de la otra progenitora puede ser exclusivamente jurídico o también biológico, si aporta el óvulo. Este segundo supuesto no cabe, sin embargo, en el caso de parejas masculinas, ni siquiera a través de la gestación por sustitución, pues sólo uno de los hombres puede aportar el material genético. Por ello, frente a lo que se plantea en AVILES MOREIRA, J., “Gestación por sustitución: cambios en el reconocimiento de la filiación”, *Ius et Scientia: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, vol 2., n.º 1, 2016, p.117, no existe la posibilidad de que dos hombres puedan tener un hijo biológicamente propio. Es contradictorio hablar, como se hace en LAMM, E., “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2012, p.32, de hijo genéticamente propio de una pareja homosexual masculina y, seguidamente, señalar que, evidentemente, sólo puede serlo de uno.

---

Bravo-Ferrer, La Ley, Madrid 2006 (versión digital), pp.5 y 6. En relación con esta cuestión, NUÑEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. A., “El derecho a la salud en el estado social”, GIMENO SENDRA, V. Y REGUEIRO GARCÍA, M<sup>a</sup>. T. (coordinadores), *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, Editorial Universitas, Madrid 2015, pp.295-298, con particular atención a la jurisprudencia constitucional.

19 Así, el artículo 6.1 de la Ley 14/2006 dispone que “Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual”.

declaración conforme (artículo 120.1º CC)<sup>22</sup>. También puede acaecer que la inviabilidad proceda de la mujer por problemas asociados a la ovulación, no a la gestación. En tal supuesto la donación es de óvulo y la maternidad se fija en atención a la gestación.

La alternativa a las técnicas de reproducción humana asistida es la adopción, que se diferencia de la reproducción asistida, entre otros muchos aspectos, porque no afecta a la procreación, ya que el adoptando es siempre una persona, ya nacido. No se contempla la adopción de un *nasciturus*, en coherencia con la adquisición de la personalidad en el momento del nacimiento, momento a partir del cual existe un menor no emancipado<sup>23</sup>.

De todo lo anterior se deriva que, con la excepción de la adopción, que permite adquirir la condición de padre o madre (adoptivo) al hombre o la mujer indistintamente y sin pareja, hasta el punto de preverse como supuesto general (artículo 175.4 CC), las técnicas que permiten reemplazar la filiación biológica por una jurídica están condicionadas por la gestación y, por ello, se hallan al alcance exclusivo de la mujer gestante o sujetas a la participación de la gestante. Un hombre que desee ser padre, salvo que acuda a la adopción, precisa necesariamente de una mujer, de modo que, a diferencia de la gestante, que puede ser madre “en soledad” a través de la donación regulada en la Ley 14/2006, el hombre no puede ser padre “en soledad”. Mas lo mismo le sucede a la mujer que no puede gestar, pues la donación de óvulo no atribuye la condición de madre. Es por ello que la gestación por sustitución se presenta justamente como la alternativa a la adopción para el hombre que pretende ser padre “en soledad” (sea con o sin pareja masculina) o la mujer que no puede o quiere gestar. Desde el punto de vista del acceso a la maternidad viene a presentarse como una tercera opción, distinta de la adopción y las técnicas de reproducción humana asistida tal y como se entienden y regulan en la Ley 14/2006. No

22 Ha de tenerse presente que el artículo 7.1 de la Ley 14/2006 establece que “La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos”.

23 El artículo 175.2 CC, a salvo la excepcional adopción de un mayor de edad o menor emancipado, constriñe la adopción al menor no emancipado, aunque debe señalarse que ha llegado a plantearse la posibilidad de adoptar a un *nasciturus*, si bien sujeto a condición resolutoria posterior al nacimiento, como se señala en MAYOR DEL HOYO, M<sup>a</sup>. V., *La guarda...*, op.cit., p.81. Al respecto, POUS DE LA FLOR, M<sup>a</sup>. P., “La adopción”, POUS DE LA FLOR, M<sup>a</sup>. P. Y TEJEDOR MUÑOZ, L. (coordinadoras), *Protección jurídica del menor*, Colex, Madrid 2009 (2ª edición), pp.87-88.

en vano se ha apuntado la relación de la “maternidad subrogada” con la reproducción asistida<sup>24</sup>.

#### 2.4 El acceso a la maternidad/paternidad como derecho

Lo expuesto en el subepígrafe anterior permite concluir que en el Derecho español se prevén técnicas o instituciones que permiten acceder a la maternidad/paternidad a quienes por impedimentos biológicos o volitivos no pueden o quieren acudir a la procreación y precisan la intervención de un tercero (el donante o donantes en las técnicas de reproducción humana asistida) o la creación de un vínculo jurídico que sustituya al derivado de la procreación<sup>25</sup>. La cuestión que se plantea es si esas técnicas o institución generan un derecho o derechos a los aspirantes a la maternidad/paternidad y si ese derecho tiene raigambre constitucional en un derecho fundamental.

La respuesta a la primera cuestión debe ser positiva. En la medida en que las técnicas de reproducción humana asistida se regulan y contemplan determinadas personas como usuarias (artículo 6 de la Ley 14/2006), es evidente que su condición de usuarias les otorga una facultad que debe calificarse de derecho en el marco de la regulación legal. Otro tanto sucede con el/los adoptante/s, a los que se reconocen auténticos derechos en el marco de los trámites para su declaración de idoneidad (artículo 176.2 CC en relación con la normativa autonómica correspondiente). Ahora bien, en todo caso esos derechos no lo son a un resultado (la adquisición efectiva de la

24 BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., p.77. La relación que se establece se advierte claramente en la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos.

25 Señala la Sentencia del Tribunal Supremo (STS en adelante; Sala de lo Civil) 835/2013, de 6 de febrero de 2014, rec. 245/2012, que “Llevar razón los recurrentes cuando afirman que las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, y que por tanto la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención del orden público internacional español. Junto al hecho biológico existen otros vínculos, como por ejemplo los derivados de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete al tratamiento de reproducción asistida, que el ordenamiento jurídico toma en consideración como determinantes de la filiación. De estos otros posibles vínculos determinantes de la filiación resulta también que la filiación puede quedar legalmente determinada respecto de dos personas del mismo sexo. Con ello se reconoce que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencia no solo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural”.

condición de madre o padre), sino a unas técnicas que pueden traducirse en la maternidad o a un procedimiento dirigido a obtener la cualidad de adoptante.

No cabe, sin embargo, ubicar estas facultades en un derecho fundamental y, por tanto, ha de excluirse que exista una suerte de derecho fundamental a acceder a la maternidad/paternidad más allá de la procreación<sup>26</sup>. Aunque dicho acceso puede relacionarse con el desarrollo personal a través de la adquisición de tal condición, lo cierto es que el hecho de que el acceso a la maternidad/paternidad no se produzca en el ejercicio de las aptitudes naturales del ser humano introduce un elemento diferencial que impide hallar apoyo iusfundamental.

Debe aclararse, antes de desarrollar la idea apuntada, que se estima que tanto el “*libre desarrollo de la personalidad*” como la “*dignidad*” a que se refiere el artículo 10.1 CE no constituyen por sí mismos derechos fundamentales, sino criterios hemenéuticos e integradores del catálogo cerrado de derechos fundamentales que se recoge en el artículo 14 y Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero CE<sup>27</sup>. Por tanto, la inclusión del derecho al acceso

26 Así se mantiene en PANTALEÓN PRIETO, A.F., “Técnicas de Reproducción...”, op.cit., pp.130-131, si bien por razones distintas a las que se esgrimen en el presente trabajo, pues en la obra citada se apela, como límite al libre desarrollo de la personalidad en cuyo ámbito sitúa la realización del deseo de tener un hijo propio, al interés general de que los niños nazcan en el seno de familias presumiblemente más estables, que se identifican con las fundadas en el matrimonio, lo que estimamos una afirmación sostenida en un prejuicio injustificado.

27 Afirma el Auto del Tribunal Constitucional 149/1999, de 14 de junio, que “Comenzando por esta última invocación, basta recordar que la dignidad de la persona no se reconoce en nuestra Constitución como un derecho fundamental sino como “fundamento del orden político y la paz social” (art. 10 C.E.), para rechazar eventuales violaciones de ese mandato constitucional susceptibles de protección autónoma a través del proceso constitucional de amparo”. Al respecto, OEHLING DE LOS REYES, A., *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Dykinson, S.L., Madrid 2010, pp.284 y ss, en que se aboga por la constitución de la dignidad como derecho fundamental.

En relación con las funciones indicadas, se señala en REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R. Y SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución y Derecho*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra) 2004, p.64, que “Los derechos fundamentales son concreciones o manifestaciones del reconocimiento jurídico de la dignidad, de modo que ésta, que es el «ADN o código genético de aquéllos», confiere unidad de sentido, de valor y concordancia práctica al sistema de los derechos y cumple, en concreto, dos relevantes funciones: hermenéutica (a su luz deben interpretarse los derechos positivados en el texto constitucional) e integradora (puede operar para «descubrir» nuevas dimensiones de derechos fundamentales)”. En línea coincidente, se afirma en BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., p.35, que “La naturaleza jurídica de la dignidad en la CE, al no encontrarse entre los derechos

a la maternidad o paternidad en ese catálogo no depende de su conexión con el libre desarrollo de la personalidad, sino de su posible identificación como contenido o derecho deducible de alguno de los derechos fundamentales enunciados en la CE.

De acuerdo con lo que se expuso, la procreación se presenta como una libertad y, cuando se pretende superar dificultades (no impedimentos), se intenta “completar” esa integridad afectada por el obstáculo fisiológico. Mas si lo que se lleva a efecto es una sustitución de la procreación por técnicas o instituciones que prescinden de los protagonistas de la procreación (los padres biológicos) o de alguno de ellos (el donante o donantes en las técnicas de reproducción asistida), el derecho pierde su carácter de libertad pura, de desenvolvimiento de la aptitud natural del individuo, y adquiere un carácter netamente prestacional, sea privado o público<sup>28</sup>. Esto es, requiere una asistencia que permita superar el obstáculo biológico o volitivo.

En relación con este carácter prestacional deben distinguirse las prestaciones que se demandan de los poderes públicos de aquellas que son facilitadas por sujetos privados. A tal fin, partimos de la distinción entre derechos prestacionales y derechos de autonomía, de acuerdo con la cual son derechos de autonomía los que “*exigen un ámbito de autonomía, de libre ejercicio, a disposición del individuo*” y derechos de prestación los “*que exigen la puesta en marcha de técnicas o políticas activas encaminadas a asegurar a los individuos la satisfacción de necesidades básicas que por sí solos, con sus propios medios, son incapaces de satisfacer*”<sup>29</sup>. Esta distinción se ha aplicado a la relación individuo-Estado para intentar deslindar los derechos civiles y políticos de los sociales, con unos resultados criticables<sup>30</sup>. Pero, más allá de esta cuestión, la diferenciación entre ambos tipos de

fundamentales reconocidos a continuación, ha de ser de principio o valor, y por tanto tiene una función interpretativa respecto de las demás normas jurídicas”.

28 Al respecto, en ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.70, al abordar la existencia de un derecho constitucional “a procrear”, se cuestiona si se trata de un auténtico derecho (facultad de exigir a alguien su realización, por ejemplo a la Administración) o una expresión de la libertad personal. La argumentación es errónea, pues lo que se plantea no es si es un derecho, sino el tipo de derecho (libertad o prestacional).

29 ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”. *Revista Derecho del Estado*, n.º 24, 2010, pp.58-59.

30 ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., “Argumentos...”, op.cit., pp.59 y ss.

derechos permite distinguir en el marco de los derechos fundamentales aquellas actuaciones individuales que simplemente precisan de la abstención de los demás (derecho a la vida, a la libertad de expresión, etc.), derechos absolutos, de aquellos que requieren para su eficacia de una prestación ajena, sea de los poderes públicos (directa o indirectamente) o de sujetos privados, derechos relativos. Así, verbigracia, la educación puede facilitarse por el Estado o por centros privados, y otro tanto sucede con el derecho a recibir información, que requiere medios de comunicación que la proporcionen. En el primer caso, el Estado asume un papel activo, de prestador de servicios, ya sea porque el centro es público o porque lo financia, en tanto en el segundo el Estado puede limitarse a abstenerse de cualquier intervención o fiscalizar, o incluso prohibir, la actuación privada. De este modo, la satisfacción de las necesidades personales, con encaje en el libre desarrollo de la personalidad, puede asumirse como deber propio del Estado o dejarse al mercado, con o sin intervención estatal.

Expuesto lo anterior, cabe rechazar que el acceso a la maternidad/paternidad tenga encaje en el derecho a la igualdad (artículo 14 CE), al existir una diferencia sustancial entre la procreación (aunque sea auxiliada para vencer una dificultad) y la asistencia a la maternidad/paternidad en caso de imposibilidad, sea fisiológica, sea volitiva<sup>31</sup>. El supuesto no es equiparable al de la posibilidad de determinación de la filiación a favor de la esposa de la usuaria de técnicas de reproducción asistida, pues esa determinación es legal, al igual que sucede con la del marido, que se presume, de modo que sería discriminatorio no permitir la determinación jurídica (no biológica) por el hecho de la orientación sexual. En cambio, la

31 Apunta la STS (Sala de lo Civil) 835/2013, de 6 de febrero de 2014, rec. 245/2012, que “*Los propios recurrentes reconocen que uno y otro supuesto son diferentes [la inscripción de la filiación a favor de dos mujeres cuando una de ellas se somete a tratamiento de reproducción asistida y la otra es su cónyuge frente al matrimonio de dos hombre], por razones evidentes. La desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho excluye en principio la existencia de un trato discriminatorio por el hecho de que la consecuencia legal de uno y otro supuesto sea diferente*”. A este respecto, en REDONDO SACEDA, L., “Asimetría reproductiva: controversias entre el derecho a la reproducción y la gestación subrogada”, *Anuario de Derecho de la Universidad de Alcalá*, n.º 9, 2016, pp.64 y ss, tras examinar el eventual fundamento del “derecho a la reproducción” a la luz de la “asimetría reproductiva” se llega a la conclusión de que no cuenta con apoyo en el principio de igualdad.

Frente a ello, en AVILÉS MOREIRA, J., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.117, se apela a los principios de igualdad y no discriminación como argumento a favor de la regulación y legalización de la gestación por sustitución, si bien el artículo parte del error de atribuir a las parejas masculinas la posibilidad de tener hijos biológicos.

pretensión de equiparar el caso de aptitud natural para la procreación con la imposibilidad fisiológica o volitiva supondría obviar esa inviabilidad, la cual no es arbitraria o injustificada, sino derivada de una circunstancia no por indeseable menos fortuita (imposibilidad biológica) o por los respetables deseos u orientación sexual de la persona (imposibilidad volitiva).

Tampoco puede hallarse su apoyo en el derecho en el derecho a la integridad física (artículo 15 CE), pues, al margen de la discutible fundamentación de la asistencia sanitaria en dicho derecho, en el supuesto planteado se trata de obviar los impedimentos biológicos o la decisión, respetable, sin duda, de no ejercitar las capacidades de que se dispone naturalmente a fin de procrear, y no de vencer una dificultad; esto es, no se “integran” las capacidades naturales, sino que se sustituyen por medio de técnicas o instituciones.

Y en lo tocante al derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE), en principio la exigencia de prestaciones al Estado no puede residenciarse en tal derecho, ya que se trata de un derecho de naturaleza esencialmente negativa, de abstención, no prestacional. El apoyo al acceso a la maternidad/paternidad podría, sin embargo, ubicarse en la vertiente de autodeterminación personal que se ha advertido en el derecho a la intimidad<sup>32</sup>. En la medida en que las persona/s que pretenden acceder a la maternidad/paternidad adoptan decisiones que atañen a su vida personal, podría considerarse restrictivo de su derecho a desenvolverse libremente en esa esfera personal que se constriñera el acceso a técnicas ofertadas (reproducción humana asistida) o al concierto con terceros (gestación por sustitución). Desde este punto de vista cabría advertir un apoyo iusfundamental al acceso a la maternidad/paternidad en lo relativo a la voluntad de las personas que aspiran a ser madre o padre<sup>33</sup>. Ahora bien, la virtualidad de este derecho

32 Así, en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho...*, op.cit., p.53, se asocia a la intimidad la privacidad “*que ha de permitir al sujeto tomar autónomamente y sin injerencias las decisiones que afecten a su esfera de la intimidad personal y familiar*”.

33 Esta postura se advierte en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH en adelante) de 10 de abril de 2007, caso Evans c. Reino Unido, en que se afirma que el derecho a la vida privada comprende, entre otros, “*aspectos de la identidad física y social del individuo, singularmente el derecho a la autodeterminación, el derecho al desarrollo personal y el derecho a entablar y mantener relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior*”, por lo que comporta el “*derecho al respecto a la decisión de tener hijos o de no tenerlos*”. En sentido coincidente, la STEDH de 4 de diciembre de 2007, caso Dickson c. Reino Unido, afirma que “*la denegación de la inseminación artificial afecta a su vida privada y familiar*,”

está muy limitada, ya que esas decisiones, lejos de restringirse al plano personal del que adopta la decisión, afectan o pueden afectar a derechos o bienes constitucionalmente protegidos (la gestante, el *nasciturus*) o intereses de gran relevancia para el Estado (la institución familiar, las técnicas biosanitarias, etc.), por lo que el margen de decisión jurídicamente aceptable puede estar muy condicionado y, lo que es más decisivo, su eficacia precisa de un presupuesto al que se ha rechazado que el Estado esté obligado: la permisión de la técnica<sup>34</sup>.

En definitiva, de resultas de lo argumentado se concluye que el Estado no debe asumir por mandato constitucional la facilitación del acceso “a” la maternidad/paternidad<sup>35</sup>. El fomento (o desaliento) de la maternidad/paternidad es una decisión política. Aunque en determinados momentos o Estados se ha intentado restringir la procreación, lo común es que la generación de nuevos seres humanos se contempla social y jurídicamente como algo positivo, por su condición de presupuesto de la familia y porque el aumento de la población se considera enriquecedor<sup>36</sup>.

---

*incluyendo estas nociones el derecho al respeto de su decisión de ser padres genéticos*”. Acerca de estos pronunciamientos, FARNOS AMOROS, E., “La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia”, *Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho*, n.º 36, 2016, pp.96 y ss.

34 A este respecto, debe destacarse que, como señala la STEDH de 1 de abril de 2010, caso S.H. y otros c. Austria, “no hay obligación por parte de un estado de establecer una legislación de este tipo para permitir la procreación artificial”.

35 Coincide esta postura con la manifestada en de VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Notas...”, op.cit., 2016, p.353: “La libertad de procreación significa el reconocimiento a la persona de un ámbito de decisión (concebir, o no un hijo) sustraído a la injerencia estatal, pero de esta libertad no se desprende un derecho a exigir a los poderes públicos que éstos hagan efectiva la pretensión de tener hijos. Concretamente, no existe un derecho a exigir al Estado que permita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a cualquier persona, en cualquier circunstancia y de cualquier modo”. En este sentido, respecto de la gestación por sustitución se afirma en BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., p.207, que “cabe una solución intermedia que puede garantizar que, en efecto, la maternidad subrogada se pueda llevar a cabo de manera altruista, mediante la Administración sanitaria, y de manera que ese control se ejerza por el propio Estado como una prestación de la Seguridad Social. Esta es una posibilidad también de difícil solución, porque no existe un derecho de las personas a la maternidad o a la paternidad, y por tanto el hecho de que la sanidad pública preste estos servicios no tiene de momento un acomodo jurídico claro”. Ello es coherente con la afirmación en la STEDH de 24 de enero de 2017, caso Paradiso y Campanelli c. Italia, de que “Las provisiones del artículo 8 no garantizan el derecho a fundar una familia o a adoptar”. entendido en el sentido de que no existe la facultad de exigir la efectividad de ese deseo.

36 En este sentido, se afirma en FERNÁNDEZ MUÑOZ, P.I., “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?”, *Dilemata*, n.º 26, 2018, p.32, que “Ciertamente, debemos plantear-

El valor que se atribuye a la familia y al incremento de la población influyen en el régimen de desánimo o fomento que se aplica no sólo al proceso biológico de la procreación (libertad del ser humano), sino también a medidas alternativas a ese proceso (reproducción asistida o adopción), aunque no sea el único factor determinante.

En el caso español, al atribuirse un valor positivo se permite el acceso y se facilitan esas alternativas, pero esta circunstancia no implica que nos hallemos en presencia de un derecho fundamental, por lo ya indicado. Su calificación adecuada es la de derecho (al acceso a la maternidad/paternidad) de configuración legal en el marco del principio rector de la política social y económica que se recoge en el artículo 39.1 CE como medida orientada a posibilitar la formación de familias a través de la maternidad y paternidad. Más allá de este principio rector, el Estado se encuentra a lo sumo una voluntad orientada a la maternidad/paternidad que reclama su abstención, pero que es extremadamente susceptible de restricciones y que, en este sentido, se halla condicionada no sólo a la oferta de servicios (sin los cuales el acceso pretendido le es inviable), sino también a la admisibilidad de éstos, lo que nos conduce al siguiente epígrafe.

### 3. EL DERECHO A LA DISPOSICIÓN SOBRE EL PROPIO CUERPO

Para que pueda tener lugar la gestación por sustitución es condición imprescindible que una mujer acepte gestar en su útero un embrión resultante de la combinación de un espermatozoide y un óvulo que no tiene por qué proceder de la mujer gestante. Dicha gestación comporta, por ende, la disposición de un órgano del cuerpo de una mujer que es cedido, gratuita u onerosamente, durante el tiempo del embarazo, y de las funciones y cuidados precisos para el correcto desenvolvimiento del embarazo y, por ello, plantea la admisibilidad de la libre disposición por una persona de partes de su propio cuerpo.

#### 3.1 Fundamento del derecho

La constatación de un “derecho sobre el propio cuerpo” debe partir de la conceptualización de la dignidad humana a fin de concretar el tratamiento

---

*nos si la procreación la entendemos como un derecho o como un deseo, pero aunque concluyéramos que es un deseo, parece lícito que el Estado lo considere bueno y lo fomente hasta donde los representantes de los ciudadanos consideren oportuno*”.

jurídico que debe recibir el cuerpo humano, tanto como “todo” como respecto de cada una de sus “partes”<sup>37</sup>. Como se ha señalado, la dignidad se vincula con la condición de la persona como sujeto, no objeto, del Derecho<sup>38</sup>. A partir de esa concepción es dominante la postura de que las partes del cuerpo, en tanto se integran en el sujeto de derecho, la persona, no pueden recibir el tratamiento jurídico de “cosa”<sup>39</sup>. Ello excluye la sujeción de las partes del cuerpo a derechos reales<sup>40</sup>. Ahora bien, el que las partes del cuerpo no sean una “cosa” no significa que no se aprecie una facultad de disposición sobre ellas, sino que esa facultad (derecho) no puede ubicarse en el dominio y, por tanto, ha de ser expresión de otros derechos, acaso fundamentales.

El fundamento a esa facultad de disposición se ha residenciado en el “libre desarrollo de la personalidad”, en la autodeterminación individual a que ya se ha hecho referencia y que es también una manifestación de la vertiente dinámica de la dignidad<sup>41</sup>.

37 Empleamos la expresión “derecho sobre el propio cuerpo” a pesar de las críticas por su falta de tecnicidad a que se refiere HERVADA XIBERTA, J., “Los trasplantes de órganos y el derecho a disponer del propio cuerpo”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n.º 2, 1975, pp.219-221.

38 Así, se afirma en BALAGUER CALLEJÓN, M.ª L., *Hijas del mercado...*, op.cit., pp.38 y 39, que “*Es la singularidad de la naturaleza humana, en relación con animales, instituciones o bienes, la que exige el reconocimiento de la dignidad*”. Se señala en REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R. Y SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución...*, op.cit., p.62, que las bases para la fundamentación de la idea de dignidad se sitúan doctrinalmente en KANT, en cuya obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (traducción de MANUEL GARCÍA MORENTE, Madrid 1921), p.46, se afirma que “*todos los seres racionales están sujetos a la ley de que cada uno de ellos debe tratarse a sí mismo y tratar a todos los demás, nunca como simple medio, sino siempre al mismo tiempo como fin en sí mismo*”. Al respecto, se apunta en PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2005, p.169, que “*Calificar a la persona como fin en sí mismo, nunca medio, incompatible con un precio equivale, en términos jurídicos, a considerarla, en todo caso, como sujeto de Derecho, nunca como objeto*”.

39 Criterio ya presente en el Derecho romano, como se señala en HERVADA XIBERTA, J., “Los trasplantes...”, cit., pp.201 y ss. En este sentido, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. Y MASSIGOGUE BENEGIU, J.M., *La maternidad portadora...*, op.cit., p.132.

40 REDONDO SACEDA, L., “Libre disposición sobre el cuerpo: la posición de la mujer en el marco de la gestación subrogada”, *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 12, 2017, p.134 y ss.

41 Al respecto, afirma la STC 53/1985, de 11 de abril, que “*la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás*”. Como se

Al igual que ésta, se presenta como un principio que se proyecta sobre los derechos fundamentales, en este caso en forma de reconocimiento de la validez y eficacia de las decisiones que el propio individuo adopta sobre el desenvolvimiento de sus derechos. Despliega su influencia en el derecho fundamental a la integridad física y la intimidad corporal. Aunque estos derechos presentan una dimensión defensiva muy clara, también admiten una aplicación dinámica de acuerdo con la cual el derecho a la integridad física se sujeta a la decisión del individuo titular sobre esa integridad y el derecho a la intimidad corporal como garantía de un ámbito de actuación ajeno a la injerencia externa. En definitiva se trata del espacio reconocido al consentimiento del individuo, a la voluntad de la persona<sup>42</sup>.

### 3.2 Los límites al “derecho a la disposición sobre el propio cuerpo”

Una vez perfilado el fundamento del derecho, es preciso abordar sus límites y, en relación con el objeto del presente estudio, determinar si alguno de ellos se opone a la gestación por sustitución.

#### 3.2.1. La “cosificación”

A partir de la vinculación de la dignidad con la condición de la persona de sujeto, no objeto, de derecho se afirma con carácter de principio que no son tolerables las conductas que “cosifican” al ser humano, esto es, que convierten al sujeto en objeto. Esta afirmación, aplicada en todo su alcance, supondría que cualquier actuación que realice un individuo y que lo cosifique es inadmisibles por indigna, y por tanto que el desenvolvimiento del sujeto (la autodeterminación individual) no ampara ese tipo de actuaciones<sup>43</sup>. Si la

señala en PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2005, p.202, “*ciertamente, la dignidad humana implica sin duda, como se deduce de los anteriores razonamientos, un básico derecho de autodeterminación de las personas, de modo que éstas configuren a su libre albedrío su existencia*”. De hecho, en KANT la autonomía se presenta como esencia de la dignidad, pues “*La autonomía es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional*”, *Fundamentación...*, op.cit., p.49.

42 En esta línea, se sostiene en GARCÍA ÁLVAREZ, P., *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Tirant lo blanch, Valencia 1999, p.470, con apoyo en el libre desarrollo de la personalidad, que la integridad física es un bien jurídico individual disponible.

43 Ejemplo de un planteamiento de este tipo es PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad...*, op.cit., p.170, en que se



dignidad supone la condición de sujeto y el libre desarrollo de la personalidad es la consecuencia de esa condición, por consistir en el ejercicio de las facultades propias del sujeto de derecho, resulta ilógico que la misma dignidad que subjetiva a la persona se vuelva en contra de esa subjetivación y sirva para cosificar a la persona y, por tanto, privarla de su dignidad. Así entendida la dignidad, podría concluirse que la cosificación no es un límite, sino una delimitación de la dignidad, al impedir la dignidad cualquier cosificación, aunque pretenda ampararse en una manifestación de la dignidad (el libre desarrollo de la persona).

Este planteamiento, sin embargo, no se aplica con el rigor expuesto, pues lo cierto es que la cosificación de la persona se admite en múltiples variantes<sup>44</sup>. La única que no se acepta, porque supondría la negación misma de la dignidad entendida como se ha expuesto, es la conceptualización del ser humano como “cosa” y no como sujeto de derecho. Esto es, el ser humano en su integridad no puede ser jurídicamente una “cosa”, lo que excluye palmariamente la admisibilidad de la esclavitud, que es la negación de la cualidad de sujeto de derecho. Extendida a los elementos integrantes, impide el tratamiento como “cosa” de las partes del cuerpo. Pero, al margen de estos supuestos, esto es, asumida la condición de sujeto de la persona, como “todo” y como “partes”, sí se admite que el sujeto se “cosifique” en el sentido de aceptarse que, sin identificar su cuerpo o partes del cuerpo como “cosa” jurídicamente, se les dé un tratamiento equiparable al de las cosas hasta el punto de ser objeto de contrato en ciertos casos. No se “cosifica” como conversión del cuerpo en “cosa” en sentido técnico-jurídico (“*entidad autónoma al hombre susceptible de apropiación por él y de rendirle una utilidad económica*”), sino en sentido vulgar de tratamiento como si fuera una cosa, un objeto inanimado ajeno al ser humano.

La delimitación de los supuestos en que se admite la “cosificación” en el sentido indicado depende del alcance que se atribuya a la dignidad en su manifestación de límite. Más allá de la afirmación del sujeto, la cuestión radica en la repugnancia social al tratamiento de la persona “como si fuera” una cosa,

---

afirma que “*la dignidad humana, genéricamente, se «juridificará» en la exigencia de protección ante cualquier «cosificación» del hombre, sin perjuicio de que, en concreto, tome cuerpo jurídico, ordinariamente, en específicos derechos en cuya base se sitúa (derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, etc.)*”.

44 Es más, en la obra de KANT citada no se dice que no sea admisible contemplar al ser racional como simple medio, sino que siempre deberá simultanearse esa contemplación con la de fin en sí mismo.

aunque no lo sea, que es lo que actualmente no se discute y se toma como presupuesto. Esa repugnancia o aceptación es graduable, depende de circunstancias sociales e históricas y en un plano teórico presenta un arco que va de la cosificación total (el ser humano como “cosa” jurídica o esclavitud) a la negación absoluta de la cosificación, que impediría cualquier “prestación” y sería tanto como negar la naturaleza social del ser humano. Esta última aseveración puede resultar sorprendente, dada la aceptación general de la prestación de servicios entre personas. Sin embargo, vinculada la “cosificación” a la instrumentalización del ser humano, a su presentación o actuación como medio y no como fin, la prestación es simplemente una de las diversas manifestaciones de este fenómeno, que resumidamente se pueden agrupar en cuatro modalidades, siempre desde el respeto a la consideración de la persona como sujeto:

- El empleo de todo el cuerpo a modo de instrumento. En realidad es un supuesto que no se suscita de forma “pura”, ya que, al no ser la persona un ser inanimado, de una manera u otra interviene su fuerza de trabajo. El ejemplo sería el tristemente conocido “lanzamiento de enanos”<sup>45</sup>.
- La cesión de partes del cuerpo. Es el caso de la entrega de órganos.
- El uso de la fuerza de trabajo. Se manifiesta en todos los supuestos de trabajo al servicio de otra u otras personas.
- Supuestos mixtos en que se combinan los anteriores. Un ejemplo es la prostitución, en que la utilización de la persona lo es de su cuerpo, pero también de su fuerza de trabajo.

A la luz de esta clasificación, la gestación por sustitución se presenta como un tipo mixto de cosificación, en que existe un órgano claramente instrumentalizado (el útero de la gestante) al servicio de otra persona (la o los comitentes), pero en que la cosificación también se extiende al resto del cuerpo, pues la gestación compromete a la gestante en su integridad, y a servicios que debe prestar la gestante a fin de que el embarazo se desarrolle de forma satisfactoria<sup>46</sup>.

---

45 Al respecto, PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad...*, op.cit., pp.179 y ss.

46 Como se señala en MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C., “Gestación por sustitución: reflexiones desde la perspectiva pediátrica”, *Revista Pediatría de Atención Primaria*, vol. 19, n.º 75, julio/septiembre 2017, p.204, a la luz de la epigenética

La clasificación expuesta tiene una indudable influencia en el grado de tolerancia social a la cosificación, ya que se advierte una anuencia creciente del primer al tercer tipo (se acepta más fácilmente un servicio que un compromiso de todo el cuerpo como instrumento) y matización en los supuestos mixtos en atención al peso relativo de los elementos que intervienen (cuerpo-prestación). Mas la faceta del ser humano afectada por la cosificación no es el único factor que influye en la admisión del fenómeno, sino que se interrelaciona con otra circunstancia, la remuneración o gratuidad de la cosificación.

La remuneración implica “mercantilización” y conlleva una mayor intensidad de la cosificación. El carácter oneroso de la instrumentalización del ser humano convierte lo instrumentalizado en una mercancía, no en el sentido jurídico, pues el concepto se constriñe a las cosas y ya se ha expuesto que el ser humano no lo es, pero sí en el de elemento sujeto al tráfico mercantil<sup>47</sup>. La superior intensidad de la mercantilización frente a la cosificación gratuita radica en el grado de disposición del enajenante. Siempre que se cosifica, se instrumentaliza, el ser humano se desprende de parte de sí, ya sea de una porción de su cuerpo como entidad física o de su fuerza de trabajo. La remuneración comporta que el poder de

disposición del individuo respecto de esa enajenación se reduce, pues el altruismo permite presumir la libertad de quien realiza la enajenación en tanto la retribución determina que la causa se asocie a la retribución<sup>48</sup>. Además, la cosificación se hace más evidente, pues la fuerza de trabajo o la parte del cuerpo se presentan con un valor de cambio que las equipara a cosas (dinero, otros bienes). Dicho de otro modo, si existe una manifestación clara de que el ser humano (una de sus manifestaciones) se convierte en un medio es aquella es que ese medio es intercambiable comercialmente con otros inanimados.

Combinadas las dos clasificaciones indicadas (elemento del ser humano afectado y carácter remunerado o no) se aprecia que, actualmente, la implantación y aceptación inmensamente generalizada del modelo económico capitalista conlleva que la mercantilización de la fuerza de trabajo en su vertiente abstracta se asuma sin objeciones de plano y que el debate se desplace a las condiciones de esa mercantilización (tiempo, lugar, intensidad, etc., del trabajo), aunque no debe olvidarse que también existen rechazos doctrinales de plano a esa mercantilización. En cambio, la mercantilización del cuerpo genera mayor rechazo, a pesar de que no supone sino otra forma de cosificación remunerada<sup>49</sup>. Varios factores explican esta diferencia de trato:

El cuerpo, frente al trabajo, no se halla tan expuesto en las relaciones sociales. Esto permite que en torno al cuerpo se haya articulado no sólo una manifestación específica de la intimidad (la intimidad corporal), sino que también en relación con él se identifiquen las manifestaciones más claras de la

*“no es posible sostener que la gestante sea ni una incubadora mecánica, ni una persona que simplemente cede una parte de su cuerpo temporalmente”.* Con más rotundidad aún se afirma en PATEMAN, C., *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona 1995, p.295, que *“La madre «subrogada» contrata el derecho sobre su singular capacidad fisiológica, emocional y creativa de su cuerpo, es decir, de sí misma como mujer”.*

La cosificación de la gestante es manifiesta en la Exposición de Motivos y artículo 1 de la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, al identificar el derecho que, siempre según la Proposición *“asiste a los progenitores subrogantes a gestar, por la intermediación de otra, para constituir una familia”*, es decir, a instrumentalizar a otra persona.

En línea con la clasificación expuesta, en PANTALEÓN PRIETO, A.F., *“Técnicas de Reproducción...”*, op.cit., p.133, se conecta la “maternidad subrogada” con la prostitución al argumentar su rechazo con fundamento en las buenas costumbres y la paradoja, a juicio del autor, de que se permita la segunda. En este sentido, se señala en PATEMAN, C., *El contrato...*, op.cit., p.291, que *“La mayoría de los argumentos utilizados para defender o condenar la prostitución han reaparecido a raíz de la controversia sobre la maternidad «subrogada”.*

47 Al respecto, se afirma en MARX, K., *El Capital*, Tomo I, p.106, que *“Entendemos por capacidad o fuerza de trabajo el conjunto de las condiciones físicas y espirituales que se dan en la corporeidad, en la personalidad viviente de un hombre y que éste pone en acción al producir valores de uso de cualquier clase (...) La segunda condición esencial que ha de darse para que el poseedor de dinero encuentre en el mercado la fuerza de trabajo como una mercancía, es que su poseedor, no pudiendo vender mercancías en que su trabajo se materialice, se vea obligado a vender como una mercancía su propia fuerza de trabajo, identificada con su corporeidad viva”.*

48 El CC lo refleja en el artículo 1274: *“En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”.* En este sentido, en PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad...*, op.cit., n.a.p.p.428, p.207, se apunta que *“Por otra parte, la remuneración induce a pensar que la «víctima» sólo es libre teóricamente (sin mediar precio no es fácil que se prestase a actuaciones semejantes), y, además, aboca a concluir que el acto degradante es consecuencia de una situación general degradada”.*

49 No en vano el artículo 3.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone que *“En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: (...) la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro”.* Y en sentido coincidente el artículo 21 del 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 (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 establece que *“El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”.*

intimidad<sup>50</sup>. Y de ahí que las intrusiones en el cuerpo, frente a las que afectan a la fuerza de trabajo, despierten una mayor sensibilidad. En conexión con ello, la enajenación del cuerpo, sea por separación, sea por sujeción a un uso externo, es más evidente para el enajenante, pues en el primer caso advierte sensorialmente lo perdido y en el segundo el sometimiento de su cuerpo es más palmario que en el desgaste y compromiso de éste de resultados del trabajo.

En definitiva, la aceptación de la mercantilización depende del respeto que se dispensa al ser humano a sí mismo y de hasta qué punto está dispuesto a aceptar que se lo trate como a una cosa, lo que, entronca con otra cuestión que trasciende todo el epígrafe: la vertiente colectiva de la dignidad. Esta vertiente implica que el ser humano se contempla no sólo como sujeto aisladamente considerado, sino como parte del todo que es la humanidad<sup>51</sup>. Aunque podría pensarse que ello supone una cosificación, por tratar al individuo como instrumento del colectivo, cabe entender que lo apropiado es equiparar la relación individuo-sociedad a la que se establece entre el ser humano y su cuerpo en lo relativo a la concepción del cuerpo no como una cosa, sino una parte del ser humano; ello sin olvidar la dialéctica que existe entre el sujeto social y el individual suscitada por la voluntad propia del individuo<sup>52</sup>.

Esta dimensión colectiva, frente a la individual, sirve de fundamentación a la restricción, al margen de la decisión individual, de determinadas conductas porque se considera que son inaceptables por el ser humano<sup>53</sup>. Opera, por tanto, como límite de la liber-

tad y despliega sus efectos no sólo en el caso de la mercantilización, sino también en el de la cosificación gratuita, pues se ha afirmado que se enmarca en un paternalismo jurídico de grado máximo, al implicar desconocer la voluntad de la persona concreta en aras a unos valores de tipo colectivo que son los que fundamentan la apreciación de un perjuicio para el individuo, a pesar de que éste no lo considera tal<sup>54</sup>.

Es desde la óptica de la dimensión o vertiente colectiva o comunitaria de la dignidad que la gestación por sustitución resulta inaceptable cuando es retribuida<sup>55</sup>. La extensión de la mercantilización no

---

se obvia por la doctrina que pretende resolver la controversia con apoyo en la pura voluntad negocial, como sucede en FLORES RÓDRIGUEZ, J., "Gestación por sustitución...", op.cit., p.84, en que se llega a afirmar que "Lo cierto es que la gestación por sustitución, como cualquier otra técnica de reproducción asistida o como la adopción, plantea un desacuerdo entre la realidad biológica que impone la naturaleza y el proyecto de paternidad responsable deseado por los padres, de ahí que la voluntad negocial resulta el instrumento adecuado para resolverlo". Totalmente opuesto a este planteamiento, se sostiene en BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., p.209, que "Cualquier regulación que se intentara, en el supuesto de constitucionalidad de la maternidad subrogada, necesariamente tendría que ser establecida por el derecho público y sustraída a la materia contractual. Solamente con la intervención estatal se podría considerar que los requisitos de altruismo, solidaridad y protección de los derechos del menor estarían garantizados. Pero, en tal caso, es posible que no haya interés por parte de esos grupos en la legalización de la maternidad subrogada, dado que desaparece el interés comercial por completo".

54 Como se señala en BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., pp.172-173, en un Estado social lo que se plantea es que "un entendimiento del paternalismo, en términos tales que el Estado haya de abstenerse de intervenir en todo aquello que no repercute en terceras personas, en principio podría ser respetuoso con el principio de libre desarrollo de la personalidad, sin embargo, lo que el Estado hace es establecer limitaciones a la libertad individual, porque hay conductas individuales que producen daños al conjunto de la sociedad". Ello por cuanto, como se apunta en EN REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R. Y SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución...*, op.cit., p.63, "De ahí que la dignidad sea irrenunciable e inalienable. Este dato debe retenerse porque si se concluyera razonablemente que el ejercicio (...) atenta contra la dignidad humana, ésta no podría verse permitida o reconocida por el Derecho incluso aunque mediara el consentimiento de quienes la practican".

Cabe destacar que este concepto de paternalismo difiere del que lo restringe a "la limitación directa o indirecta de la libertad de un individuo guiada por el propósito de evitarle un perjuicio – en cuyo caso hablamos de paternalismo negativo (...) o procurarle un beneficio – el llamado paternalismo positivo", TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., "Autonomía y paternalismo en las decisiones sobre la propia salud", MENDOZA BUERGO, B. (editora), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones ÉTICAS Y JURÍDICAS*, CIVITAS/THOMSON REUTERS, CIZUR MENOR (NAVARRA) 2010, P.64. Acerca de este concepto, ALEMANY GARCÍA, M., "El concepto y la justificación del paternalismo", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 28, 2005, pp.266 y ss.

---

50 Es revelador que, como se señala en CALAZA LÓPEZ, S., "Derecho a la intimidad personal, familiar y corporal en el ámbito biosanitarios", GIMENO SENDRA, V. Y REGUEIRO GARCÍA, M<sup>a</sup>. T. (coordinadores), *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, Editorial Universitas, Madrid 2015, pp.276 y 277, "el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no siempre resulta coincidente con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural, y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal".

51 Como se apunta en REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R. Y SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución...*, op.cit., p.64, se trata de la "dimensión comunitaria" de la dignidad, pues "La cuestión de la dignidad personal no sólo atañe a cada individuo en concreto sino a toda la sociedad en su conjunto, precisamente porque todas las personas son iguales en dignidad y derechos".

52 Al respecto, se afirma en PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad...*, op.cit., p.208, que "la existencia individual –y la propia dignidad– tiene en sí un valor para la sociedad, lo que resulta lógica consecuencia de su naturaleza de ser social".

53 La dimensión comunitaria o colectiva de la dignidad

55 En SALAZAR BENÍTEZ, O., "La gestación por

ya sólo a una parte del cuerpo de la mujer (el útero) sino a la totalidad de éste y, aún más allá, a la persona en su conjunto, pues la gestación compromete a la mujer en su totalidad y somete a ésta a un enorme esfuerzo físico y psicológico, ha de reputarse social y jurídicamente inasumible, ya que ha de reputarse que la conversión de la persona en instrumento (mercancía) al servicio de otro u otros (el comitente o comitentes) que entraña supera los patrones colectivos de dignidad<sup>56</sup>. Si el Estado de Derecho debe perseguir, y esa es nuestra postura sin duda, la dignidad del ser humano y restringir, al menos, las formas más extremas de alienación, es evidente que, con independencia en estos supuestos de la voluntad de las partes, ha de impedirse una práctica mercantilizadora de tal alcance<sup>57</sup>.

sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *Revista de Derecho Político*, n.º 99, 2017, p.94, se apela al análisis de género (factores sociales, culturales y económicos que de hecho condicionan la autonomía de las mujeres) para reclamar que el punto de mira se sitúe en la superación de la concepción instrumental, cosificadora, del cuerpo y capacidad reproductora de la mujer, que le niega su capacidad de sujeto, y no en el concepto de dignidad colectiva. Aunque coincidimos en que el enfoque debe ubicarse en la alienación, el deslinde de que se parte de este enfoque respecto de la dignidad colectiva resulta contradictorio, ya que es la dignidad colectiva, propia del ser humano, lo que se opone a la cosificación.

56 En este sentido se pronuncia REDONDO SACEDA, L., “Libre disposición...”, op.cit., p.137: “Desde una perspectiva de derechos fundamentales, la prohibición de una transmisión lucrativa parece sustentarse en la salvaguarda de la integridad humana y la dignidad de la persona. En este sentido, parece posible considerar que el cuerpo humano y sus partes deberían constituir una frontera intraspasable derivada de la protección de la integridad y la dignidad humanas. No se trata de coartar la capacidad de decisión de las personas, sino de mantener una libre disposición sobre el cuerpo no sujeta a un lucro que pueda derivar en la deshumanización del mismo convirtiéndolo en un mero objeto”. En línea coincidente, SOUTO GALVÁN, B., “Dilemas éticos sobre la reproducción humana: la gestación de sustitución”, *Feminismo/s*, n.º 8, 2006, p.195, y SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución...”, op.cit., p.108, entre otros.

El que se trata de “mercantilización” explica las “fábricas de bebés” o “granjas de mujeres”, como las existentes en India, a que se refiere MARCO ATIENZA, C.M., “Respuestas jurídicas...”, op.cit., n.a.p.p.11, p.194. “Granjas” que contrastan, por su crudeza, con el relato que se presenta en VELA SÁNCHEZ, A.J., “Crimen en el bar. Regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, n.º 9056, 6 de octubre de 2017, pp.1 y ss. Por lo menos de aventurado cabe calificar la afirmación *ibidem*, p.5, de que no existen razones jurídicas de peso para oponerse a la gestación por sustitución retribuida.

57 Al hilo de lo expuesto anteriormente, es sumamente perturbadora la apelación que se realiza en algunas obras a las relaciones de Abraham con Agar ante la infertilidad de su esposa Sara (Génesis 30:3) como precedente de la gestación por sustitución, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. Y MASSIGOGUE BENEGIU, J.M., *La maternidad portadora...*, op.cit., p.25, e incluso para preguntarse por qué se cuestiona la figura si el Dios del Antiguo Testamento la admitía (LAMM,

En cambio, en el caso de la gestación por sustitución altruista, al no concurrir la mercantilización ni, por ende, el grado tan intenso de cosificación, la admisión de sus manifestaciones se ve condicionada por el punto de vista que se adopte. Así, puede partirse de la libertad del individuo para disponer de su cuerpo, siempre que no exista mercantilización, salvo en caso de actuaciones que se estimen socialmente inaceptables, o adoptarse el planteamiento inverso, esto es, rechazar la cosificación a excepción de en aquellos supuestos en que se aprecie una finalidad colectivamente estimada valiosa y que, por ello, haga asumible la conducta pretendida. De nuevo se trata de una confrontación entre la decisión subjetiva y la dignidad social que se proyecta sobre los comportamientos particulares<sup>58</sup>.

El hecho de que en esta manifestación de la gestación por sustitución no concorra mercantilización aboga por aplicar el primero de los criterios referidos desde la óptica exclusiva de la gestante<sup>59</sup>. Al no existir un interés crematístico, al menos aparente, debe presumirse que la decisión del sujeto es libre y que su propósito, si no altruista, es fruto de una voluntad autónoma<sup>60</sup>. Y dado que la conducta no es manifiestamente rechazable desde una perspectiva colectiva

E., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.4), pues la concepción con una esclava (Agar) a modo de sustitución de la esposa no es sino un ejemplo extremo de cosificación, en que la instrumentalización de una persona, la esclava, es absoluta.

58 Lo cual se relaciona con el problema de ser la dignidad una idea abierta en su contenido y en el tiempo, REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R. Y SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución...* op.cit., p.63.

59 Lo que no cabe es negar la cosificación o equipararlo a situaciones en que la decisión limita sus efectos a la esfera individual de la persona que la toma y no se desarrolla en interés de un tercero, como se hace en ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 6, n.º 2, 2014, p.21, al afirmar que “La mujer que alumbró a un niño sobre el que no ejercerá la maternidad, haciendo posible el proyecto procreativo de otra mujer, no niega más de lo que da, ni se niega a sí misma como madre en una forma menos radical ni más censurable que la mujer que ingresa en una orden religiosa con voto de castidad, o se entrega al delecto sexual utilizando los medios anticonceptivos que la ciencia ha introducido en el mercado”.

60 Por la admisibilidad de la gestación gratuita se pronuncian PANTALEÓN PRIETO, A.F., “Técnicas de Reproducción...”, op.cit., p.133, SOUTO GALVÁN, B., “Dilemas éticos...”, op.cit., p.195 y ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro...”, op.cit., p.21, entre otros. Se matiza en SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución...”, op.cit., p.95, que “Pero es que incluso en el caso de mujeres que accedan a estos contratos sin necesidades económicas, las cuales son obviamente una minoría, sería cuestionable sino jurídica sí al menos éticamente el uso instrumental que se hace de ellas”.

(como sería el caso, verbigracia, de la cesión a otro de un órgano con destino a comida, por mucho que el cedente no lo haga por ánimo de lucro), centrada la atención únicamente en la gestante, hay que insistir en ello, y en un plano abstracto, lo adecuado es respetar el espacio de libertad del sujeto<sup>61</sup>. Ello no obstante, no debe olvidarse que la gestación por sustitución implica un impacto indudable para la salud de la gestante, superior al de cualquier embarazo por emplearse técnicas de reproducción asistida, por lo que el consentimiento de la gestante ha de comportar una voluntad que incluya ese riesgo y quebranto adicional<sup>62</sup>.

### 3.2.2. La validez del consentimiento

Relacionado con lo anterior se halla la validez del consentimiento en que se apoya la disposición sobre el propio cuerpo. A diferencia de la cosificación, que constituye una manifestación de la dignidad que opera como límite del identificado como “derecho sobre el propio cuerpo”, la validez del consentimiento supone un requisito del ejercicio del derecho, ya que toda disposición sobre el cuerpo exige que la persona que pretende realizarla sea, además

de titular, capaz de emitir una conformidad que sea jurídicamente aceptable. La controversia se plantea, más allá de supuestos de incapacidad o limitación de la capacidad de obrar (minoría de edad, enfermedades psíquicas), respecto del consentimiento expresado por mayores de edad no aquejados de dolencias psíquicas que afecten a su capacidad de obrar y que, sin embargo, se encuentran en una situación de debilidad o dependencia que hace dudar de la libertad de la conformidad manifestada<sup>63</sup>.

Aunque se aprecia una afinidad de la puesta en duda de la validez del consentimiento con el rechazo a la mercantilización o incluso a la cosificación gratuita, ya que el móvil pecuniario está llamado a desplegar sus efectos con mayor intensidad en quienes se hallan en una situación de necesidad económica, no son factores coincidentes. La repulsa a la mercantilización (o cosificación gratuita) opera con carácter general y con apoyo en el grado más intenso de cosificación que entraña, en tanto el cuestionamiento del consentimiento se predica de ámbitos en que se admite éste (lo que una oposición de plano a la mercantilización no aceptaría) y únicamente se rechaza su admisibilidad cuando no existe certeza acerca de la libertad en su formación y emisión. Esto es, el debate sobre el consentimiento acepta la cosificación, lo que sustenta en la libertad del individuo, y justamente intenta asegurarse de que la decisión, que admite sea fruto de la libertad y no de una voluntad viciada por la debilidad motivada por la dependencia o necesidad<sup>64</sup>.

61 No es en modo alguno una postura pacífica. Así, en REDONDO SACEDA, L., “Libre disposición...”, op.cit., p.142, se rechaza la gestación por sustitución incluso en caso de ser gratuita por la pérdida de libertad sobre el propio cuerpo, y en FERNÁNDEZ MUÑIZ, P.I., “Gestación subrogada...”, op.cit., p.32, por la instrumentalización de la mujer que conlleva y que convierte a ésta en una “portadora” que renuncia al vínculo con el hijo que gesta. Y en SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución...”, op.cit., p.116, se afirma que “En este sentido, no podemos olvidar que cuando se argumenta a favor de la GS con carácter altruista no deja de haber en los discursos que se divulgan en medios de comunicación y en redes sociales una concepción ciertamente «patriarcal» de lo que supone para una mujer la maternidad: la posibilidad de que su cuerpo y su capacidad reproductora sean usados para satisfacer los deseos de otros no solo incide en su instrumentalización sino que subraya la visión de la maternidad como destino femenino y el rol de las mujeres como seres que viven para otros”.

62 Como se señala en GUERRA PALMERO, M<sup>a</sup>. J., “Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional”, *Dilemata*, n.º 26, 2018, p.42: “Uno de los aspectos más invisibilizados de la GS son los regímenes de vigilancia medicalizada a los que se somete a las mujeres gestantes para que no se malogre, precisamente, el “producto”. Se inicia con una fecundación in vitro y transferencia de embriones – se suelen transferir varios con lo que se dan, en ocasiones, embarazos gemelares, de mayor riesgo–, se hipervigila el desarrollo de la gestación y, para no correr riesgos, que nunca son completamente eliminables, se termina la gestación con una cesárea”. Este impacto, así como el psíquico asociado a la separación del recién nacido se destacan en FERNÁNDEZ MUÑIZ, P.I., “Gestación subrogada...”, op.cit., pp.30 y 31. Sobre la salud de las mujeres y la maternidad subrogada, BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., pp.177 y ss.

63 A ello se alude en la STS (Sala de lo Civil) 835/2013, de 6 de febrero de 2014, rec. 245/2012, al exponer los límites a la generalización de la adopción y reproducción humana asistida. Concretamente se menciona “la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza”. Es claramente la postura reflejada en REDONDO SACEDA, L., “Libre disposición...”, op.cit., p.143.

64 Esta diferencia se advierte en SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución...”, op.cit., p.93, al apuntar, en relación con la STS (Sala de lo Civil) 853/2013, que “A este tipo de argumentación cabría oponer que la clave no son solo las condiciones económicas que pueden empujar a determinadas mujeres a acudir a este tipo de contratos, sino la misma consideración que de ellas subyace en un acuerdo que supone poner precio a su capacidad reproductora. Esta sería la clave en la que la sentencia del Supremo no profundiza, aunque sí la apunta al referirse reiteradamente a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante y a la necesidad de evitar su explotación”. También en REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R. Y SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución...*, op.cit., p.61, al señalar que el debate sobre si la prostitución es una manifestación de la dignidad humana en su vertiente dinámica de libre desarrollo de la personalidad o una violación de la dignidad humana sólo se plantea en relación con “aquel tipo de prostitución estrictamente voluntario”, de forma que “esto reduce en gran medida el ámbito de la pregunta porque un gran número de personas que ejercen la prostitución lo hacen presio-

La relativa a la validez del consentimiento es una objeción claramente formulable a la gestación de sustitución retribuida, pues se advierte que la mayor oferta se localiza en países con un elevado índice de pobreza<sup>65</sup>. En cambio, resulta rechazable, en principio, en aquellos casos en que es gratuita. Y, en todo caso, no cabe obviar que la polémica en torno a los límites del consentimiento se enmarca en un debate mucho más amplio: el de la intervención o liberalización de las relaciones sociales<sup>66</sup>. A este respecto, resulta desolador, aunque nada extraño a la luz de los tiempos actuales, el retroceso que se está experimentando, y que otrosí se intenta ampliar, en la protección pública (no confundir con administrativa necesariamente) de los sectores más desfavorecidos. Si algo ha mostrado la experiencia histórica es el nivel de indefensión, sometimiento y auténtica barbarie a que conducen las relaciones sociales entregadas a la plena “libertad” de negociación<sup>67</sup>.

La solución propuesta para evitar cualquier sospecha de vicio de la voluntad (el control judicial o administrativo) no parece suficiente<sup>68</sup>. Al tratarse de

---

*nados por terceros o conducidos por sus precarias situaciones individuales desde el punto de vista económico, psicológico o social”.*

65 A la vulnerabilidad y desigualdad social y económica como causa de esta circunstancia se alude en FERNÁNDEZ MUNIZ, P.I., “Gestación subrogada...”, op.cit., p.30. En sentido coincidente, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, pp.25-26.

66 Así, en FLORES RODRÍGUEZ, J., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.86, se afirma que “*En el actual proceso de democratización del derecho de familia la contractualización de los vínculos familiares se impone paulatinamente como la forma de entender las relaciones familiares tanto en el plano horizontal –es el caso del pacto civil de solidaridad– como en el vertical –al establecer un vínculo de filiación en ciertos casos–*”, lo que no supone sino entregar a la voluntad de las partes la disciplina de un ámbito tan delicado socialmente como es la familia.

67 Como se señala en SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución...”, op.cit., pp.114 y 115, “*Este posicionamiento se contraponen a la concepción de la subjetividad que deriva de un entendimiento «neoliberal» de la autonomía basada en el individualismo egoísta y posesivo, en la supremacía de la igualdad formal y en la capacidad reguladora del mercado. Desde esta posición ética resulta fácil concluir que los deseos, como el de ser padres o madres, acaben convertidos en derechos siempre que el dinero lo permita. Legitimar este tipo de prácticas podría llevarnos, en consecuencia, a validar la venta de órganos si con ello, además, garantizamos que se salva una vida, e incluso a validar la posibilidad de vender un bebé*”. Claramente es lo que se aprecia en VELA SÁNCHEZ, A.J., “Crimen en el bar...”, op.cit., pp.1 y ss, en que la constante, y por momentos lacrimógena, apelación a los deseos de los comitentes contrasta con la escasa, casi nula, atención que se presta a la gestante.

68 Esta solución se plantea en FLORES RODRÍGUEZ, J., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.86.

circunstancias, presiones o dependencias de tipo social, su descubrimiento o la seguridad de que no influyen en el consentimiento que se presta en el caso concreto examinado no resultan nada sencillos. No en vano se ha señalado que las compensaciones por los gastos en que se incurre durante el embarazo pueden encubrir retribuciones no permitidas<sup>69</sup>. Y de igual modo es perfectamente factible que el supuesto altruismo o voluntariedad oculten pagos o contraprestaciones realizadas en fraude de su prohibición. Por otra parte, la alternativa consistente en admitir la gestación únicamente en casos en que por relaciones familiares o de amistad contrastadas cabe concluir que la motivación de la gestante es el altruismo tampoco es satisfactoria, pues en definitiva supone restringir la libertad a aquellos casos en que socialmente se aprecia un interés digno de protección (el altruismo por vínculos familiares o de amistad) y, en definitiva, acentuar el paternalismo jurídico en detrimento de la voluntad, que ha de presumirse libre, de la gestante<sup>70</sup>.

En definitiva lo que sucede es que, dado el elevado coste físico, psíquico y emocional que supone la gestación, es difícil aceptar que una mujer asuma la gestación a favor de otra persona gratuitamente sin que medien lazos afectivos de gran intensidad,

---

69 Una vía evidente para esta “mercantilización” encubierta es su simulación mediante la compensación simbólica que se permite en algunos Estados para indemnizar por el periodo de baja laboral, asistencia sanitaria, etc., a que se refiere MARCÓ ATIENZA, C.M., “Respuestas jurídicas...”, cit. p.194. No es difícil pensar en que la compensación económica rescaritoria prevista en el artículo 5.2 de la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, que incluiría los gastos laborales y el lucro cesante pueda convertirse en una motivación para personas sin recursos o en desempleo, por mucho que el artículo 7.1.f) requiera disponer de una situación socioeconómica y familiar adecuada para afrontar la gestación en condiciones óptimas, pues esa situación pueden proporcionársela los comitentes encubiertamente (sin responsabilidad prevista en la norma para tal supuesto), no ser incompatible con el recurso a la gestación por sustitución como vía para obtener recursos adicionales o interpretarse de forma laxa; y todo ello máxime atendido que la sanción que se prevé es de hasta 10.000 euros si la comisión es negligente. Como se apunta en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.77, “*No se puede desconocer que la frontera entre resarcir y retribuir es borrosa, y que en este tipo de prácticas existe un grave riesgo de derivar hacia una pura compraventa*”.

70 Ello sin contar con que la admisibilidad de la gestación por sustitución en el marco de las relaciones biológicas familiares también ha recibido objeciones por la alteración de los roles biológicos que implica, DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “Una reflexión sobre la oportunidad de regular la maternidad subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente”, *Derecho y salud*, vol. 27, n.º extra 1, 2017, p.46.

como los propios de una amistad muy íntima o familiares<sup>71</sup>. De ahí las suspicacias que genera el supuesto altruismo generalizado en ciertos Estados frente a la tendencia general al descenso de la natalidad de los Estados con mejor situación económica y que se extremen las exigencias y controles para evitar que la libre voluntad se vea influida por razones crematísticas o de sumisión.

#### 4. EL INTERÉS DEL HIJO FUTURO

Finalmente, además del interés del comitente o comitentes y el de la gestante, ha de atenderse al del futuro hijo fruto de la gestación “sustituida”. A este respecto, es preciso reiterar el criterio que se mantiene en el presente trabajo de que la maternidad tiene lugar a partir del nacimiento porque es el momento en que existe una persona con la condición de hijo. Ello se relaciona indudablemente con el debate acerca de cuándo comienza y termina la persona. La finalización parece clara: con la muerte, que da paso al cadáver, cosa y no persona<sup>72</sup>. El comienzo, sin embargo, continúa siendo objeto de fuerte polémica, ya que si bien a efectos civiles la personalidad se inicia con el entero desprendimiento del seno materno (artículo 30 CC), se discute cuál es la condición del *nasciturus*<sup>73</sup>. Nuestra postura, ya anunciada, es que no es una persona, pero, por supuesto, tampoco cosa, y que se presenta como una “persona en formación” que no alcanza el *status* pleno de persona.

Esta postura entraña que con anterioridad al nacimiento no existe una persona cuyo interés pueda oponerse o deba ponderarse con el de la gestante o la mujer, hombre o ambos comitentes. Ahora bien, que no concurra un hijo no supone que la gestación por sustitución genere un debate constreñido a la

voluntad de la gestante y del o los comitentes, ya que, por una parte, aparece el bien jurídico protegido que constituye, sin duda, la vida del *nasciturus* y, por otro, el del nacido, al que afecta la gestación por sustitución, pues su filiación se ve influida por esta institución<sup>74</sup>. La combinación de esos intereses permite enfocar la cuestión en si el interés del futuro hijo exige que la maternidad se atribuya a la gestante o posibilita que ésta se asigne no en atención a la gestación, sino a la genética o incluso al deseo<sup>75</sup>.

El punto de partida viene dado por la condición de derecho-deber de la maternidad y paternidad, que no se regula únicamente como una facultad reconocida al padre o madre, sino como una institución dirigida asimismo y primordialmente a asegurar la protección del menor, como se aprecia en el artículo 154 CC<sup>76</sup>. En relación con ello, el que la maternidad y paternidad se fijen por el ordenamiento con los efectos jurídicos aparejados y al margen de la voluntad de asumirla o no del identificado como padre o madre

74 Al respecto, la STC 53/1985, de 11 de abril, señaló que “De las consideraciones anteriores se deduce que si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional”.

75 En este sentido, en BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., p.119, se señala que “Uno de los argumentos que sirven a la determinación de un criterio a favor o en contra de la maternidad subrogada es la necesidad de protección del menor”, respecto del cual se apunta, ibidem, p.174, que “En este contrato de maternidad subrogada se contraen obligaciones que afectan al futuro hijo de la gestante, creando la ficción, que altera la naturaleza de la filiación, de que la madre legal es la contratante”. A pesar de la relevancia de este factor, se ha afirmado que “ningún debate ni documento técnico, salvo en lo que concierne a los aspectos legales de la filiación, coloca en el centro del debate a los hijos, la parte más vulnerable, el niño”, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.204.

76 Al respecto, en DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M<sup>a</sup>. D., “La patria potestad”, POUS DE LA FLOR, M<sup>a</sup>. P. Y TEJEDOR MUÑOZ, L. (coordinadoras), *Protección jurídica del menor*, Colex, Madrid 2009 (2<sup>a</sup> edición), pp.61-62, se señala que “Actualmente más que un poder es una función establecida en beneficio de los hijos menores, ejercida por ambos progenitores conjuntamente y cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos”, y le atribuye los caracteres de “social” (“La patria potestad tiene carácter social, trasciende del ámbito privado y hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular -como sucede con la generalidad de los derechos subjetivos-, sino en obligatorio para quien la ostenta, toda vez que su adecuado cumplimiento llena ciertas finalidades sociales (interés familiar) que le hacen especialmente preciado para el ordenamiento jurídico”), “irrenunciable” e “imprescriptible”.

71 En este sentido, se pregunta en BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., p.200, “¿qué motivación podría llevar «in abstracto» a las mujeres a sentir la necesidad de gestar para terceros, habida cuenta de la repercusión en su cuerpo de un embarazo y las vicisitudes y cambios que esa situación conlleva?”. Y en MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. Y MASSIGOGUE BENEGIU, J.M., *La maternidad portadora...*, op.cit., p.75, se llega a afirmar que la maternidad subrogada, en caso de gratuidad, implicaría la sujeción de la gestante a “chantajes más o menos sentimentales”.

72 No en vano el artículo 32 CC dispone que “La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas”.

73 Y, en conexión con esta cuestión, existe otro debate acerca de la condición del pre-embrión (muestra del rechazo manifestado por parte de la doctrina es MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. Y MASSIGOGUE BENEGIU, J.M., *La maternidad...*, op.cit., p.75) del que no nos ocuparemos por no afectar directamente al objeto del presente estudio.

(a salvo los supuestos en que se excluye normativamente, como es el de donación con fines de posibilitar la reproducción humana asistida) no es sino una manifestación del carácter tuitivo de la paternidad. Otra característica igualmente relevante es la irrenunciabilidad de la paternidad, que se puede suspender o de la que se puede privar (artículos 172 y 170 CC), pero no abdicar<sup>77</sup>. Al nacer se asigna al menor recién nacido un padre y una madre a los que el ordenamiento encomienda el cuidado y protección del niño por el vínculo que los une. La cuestión radica en el criterio que debe presidir la designación de las personas a las que se atribuye respectivamente la condición de madre y padre y su fundamento.

No cabe duda de que la procreación ha sido el fenómeno que tradicionalmente ha determinado el vínculo paterno/madre-filial, de modo que se ha venido identificado como padre y madre respectivamente al hombre y la mujer que procrearon al hijo. El Derecho, sin embargo, se ha desligado cada vez más de ese fenómeno natural para dar respuesta no sólo a problemas prácticos de identificación de los progenitores, sino también para atender realidades sociales que, por fortuna, se han ido progresivamente incorporando a la realidad jurídica, como es la de las parejas homosexuales. Así, ante la dificultad de determinar la paternidad biológica (genética) el ordenamiento ha recurrido a presunciones como la de presumir padre al marido de la madre o permitir el reconocimiento de la paternidad y maternidad, que es manifestación, en este segundo caso, de la realidad referida. Ahora bien, en nuestro Derecho se mantiene un anclaje a la procreación a través de la maternidad. La maternidad continúa estableciéndose en atención al fenómeno natural de la gestación: es madre la gestante. Es pues este anclaje el que, evidenciado que el ordenamiento puede, y se aparta en múltiples ocasiones, de la

biología (al menos presuntivamente), debe someterse a examen para determinar si existe un fundamento desde la óptica del menor que justifique el mantenimiento de este criterio de atribución<sup>78</sup>.

Desde la óptica tuitiva expuesta, el motivo de la asignación de la condición materna a la gestante podría situarse en la certeza de la maternidad (*Mater certa est*), pues, salvo casos de abandono, la proximidad de la gestación y el parto facilita la identificación de la madre, frente a lo que sucede con el padre o la “madre” genética. Sin embargo, este argumento no es válido, ya que la comitente muestra un deseo indudable de ser madre y justamente ese deseo permite presumir que no planteará problemas, sino todo lo contrario, la identificación y asunción de la maternidad por la comitente. Desde esta óptica, cabría articular un régimen excepcional de atribución de la maternidad en atención a la voluntad manifestada previamente al nacimiento como salvedad al de certeza relacionado con la gestación. El fundamento de la asignación de la maternidad a la gestante no puede buscarse, por tanto, en la finalidad de certeza, sino que ha de vincularse con la protección del hijo que se relaciona con la dispensada en un momento anterior: la gestación<sup>79</sup>.

Ha de tenerse presente que la salvaguarda del *nasciturus* no deriva de su condición de hijo, pues no la adquiere hasta el nacimiento, que precisamente supone su paso *de nasciturus* a persona (hijo). En este sentido, la vida del *nasciturus* no es objeto de protección en virtud de una proyección de la salvaguarda de la vida del futuro hijo, sino que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, constituye un bien jurídicamente protegido con carácter autónomo. La protección que exige la vida del *nasciturus* conlleva deberes por parte de la gestante, que debe velar por la adecuada progresión del embarazo y abstenerse de atentar contra el bienestar del feto. Ahora bien, el

77 Si la maternidad comienza al nacimiento y es irrenunciable, resulta contrario a la concepción de la maternidad como derecho-deber que en una hipotética admisión normativa de la gestación por sustitución se contemple la posibilidad de renunciar a la maternidad una vez producido el nacimiento, pues ello quebraría toda la concepción de la maternidad como potestad. Y ello por no contar con que el objeto del contrato pasaría a ser el propio menor, al que afectaría la renuncia a la maternidad y se “cosificaría”. Operaría, por tanto, la “mercantilización” de la filiación y “cosificación” del niño a que se alude en la STS (Sala de lo Civil) 835/2013, de 6 de febrero de 2014, rec. 245/2012, como límite a la generalización de la adopción y reproducción humana asistida. Esta mercantilización del niño no opera, sin embargo, cuando no se altera la filiación, pues, como se apunta en PANTALEÓN PRIETO, A.F., “Técnicas de Reproducción...”, op.cit., p.133, “no se comercializa el niño, sino simplemente la capacidad generativa de una mujer”. Y en sentido coincidente se advierte en PATEMAN, C., *El contrato...*, op.cit., p.292, que “En los contratos de subrogación no se plantea la venta de un bebé sino meramente un servicio”.

78 Como se señala en FERNÁNDEZ MUÑIZ, P.I., “Gestación subrogada...”, p.28, respecto de la gestación por sustitución, “Podemos, por tanto, asegurar que estamos ante uno de los temas bioéticos más controvertidos del momento por su carácter disruptivo sobre el modo en que ha sido entendida y regulada históricamente la relación maternofilial, planteándose la posibilidad legal de disociar la gestación de la maternidad”.

79 En definitiva, como se apunta en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.23, “Para proponer un cambio en el criterio de atribución de la filiación, aunque sea para un número reducido de casos, el primer paso consistiría en demostrar que el criterio de separar la maternidad legal y la biológica resulta tan idóneo para el interés superior del menor como el actualmente vigente”.



interés en la protección del *nasciturus* no es el único presente durante el embarazo, ya que también se halla en juego el bienestar de la gestante, tanto físico como psicológico, y es precisamente el eventual conflicto entre ambos intereses, un bien jurídicamente protegido y los derechos de la gestante lo que justifica y requiere la regulación del aborto como ocasional medio de resolución de éste. El conflicto expuesto es muestra de la estrechísima relación que une al *nasciturus* con la gestante.

La atribución de la condición materna a la gestante supone una línea de continuidad de esa relación gestante-*nasciturus*, que se sustituye por la de madre-hijo<sup>80</sup>. Resulta claro que el tipo de relación no es coincidente, ya que el *nasciturus* no es persona, aunque su dependencia es muy superior a la del hijo, pero la continuidad resulta al menos aparentemente armoniosa, ya que, aunque se cambian los roles, los sujetos son los mismos. La gestación por sustitución, en cambio, introduce un tercer sujeto, al sustituir, justamente, la relación *nasciturus*-gestante por la de hijo-madre que no es la gestante. Lo relevante es si resulta apropiado desde la óptica del futuro hijo introducir esa quiebra, o mejor expresado, si esa quiebra es inocua o incluso beneficiosa para el futuro hijo. Varios argumentos nos conducen a estimar inadecuada esa ruptura:

Cuando la maternidad se asigna a la gestante, el vínculo gestante-*nasciturus* se presenta como anticipo del madre-hijo. Una gestante actúa durante el embarazo en la idea de que esa relación se traducirá en su condición de madre<sup>81</sup>. Desligar el embarazo

80 Es más, como se señala en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.14, existe una preparación psíquica para esa continuidad. En concreto se afirma que “Durante el embarazo tienen lugar una serie de cambios psíquicos en la mujer gestante. La relación psicológica que mantiene con el hijo contribuye a la construcción de la futura personalidad de éste, dado que se establece entre ambos lo que se denomina espacio psíquico de la gestación. Este encuentro con la madre, naturalmente positivo y gratificante, le abre a los siguientes encuentros interpersonales, a veces hostiles, a lo largo de la vida. La vinculación potente iniciada durante su vida uterina le pertrecha afectivamente. Como se ha conocido recientemente el cerebro social elabora el mapa de las relaciones personales con el patrón de medida de distancias afectivas. Es una gran esfera que sitúa las relaciones con los demás según diferentes ejes centrados en el eje de la afiliación. De esa forma, este encuentro, como los sucesivos familiares, centran la afectividad de forma que constituye una guía afectiva”. En sentido coincidente, FERNÁNDEZ MUNÍZ, P.I., “Gestación subrogada...”, op.cit., p.30.

81 Esa preparación es también inconsciente, como se apunta en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.13, al referirse a que “El profundo impacto del embarazo sobre la

de la futura maternidad implica que la gestante se le exigirá la atención al *nasciturus* en atención a un interés ajeno, no al suyo como futura madre<sup>82</sup>. La motivación es muy diferente: la futura maternidad frente al cumplimiento de un compromiso con un tercero. Esta relación trilateral genera, otrosí, riesgos para el bienestar del futuro hijo no sólo desde la perspectiva de la gestante, sino también de la del comitente o comitentes, pues el interés de éste o éstos por acceder a la paternidad o maternidad, diferido necesariamente hasta el nacimiento, puede acompañarse de un deseo desmedido que acentúe el peligro propio de toda relación paterno/materno-filial de percibir al hijo como “un objeto que ha de satisfacer unos estándares determinados”<sup>83</sup>.

En conexión con lo anterior, implica que las decisiones en torno al embarazo pueden verse condicionadas por el cumplimiento de las expectativas de la o los comitentes, cuyas opiniones acerca de cómo conducirse durante la gestación no necesariamente han de coincidir con las de la gestante<sup>84</sup>. Esto es, se

---

*arquitectura cerebral es duradero y proporciona un apoyo preliminar para el proceso adaptativo que sirve la transición a la maternidad. Varios estudios sobre lo que ocurre en el cerebro al ver u oír al hijo pequeño en diversas circunstancias ha puesto de manifiesto que el cerebro social materno es un cerebro motivado, naturalmente indulgente, empático y expectante a las necesidades del niño. Preparado a lo largo del proceso biológico natural del embarazo para responder a las consignas básicas que recibe del feto”.*

82 Así, se apunta en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.69, que “Por el contrato de subrogación que ha firmado, la mujer sabe que no será la madre (legal) del niño que está gestando y que, en consecuencia, debe reprimir todo afecto que refuerce el vínculo entre ambos y dificulte la separación tras el parto. Esta exigencia se sustenta en una visión de la maternidad en la que el factor volitivo se exagera y la dimensión corporal queda reducida a la irrelevancia”.

83 De ello se advierte en FERNÁNDEZ MUNÍZ, P.I., “Gestación subrogada...”, op.cit., p.35. En términos más rotundos se pronuncia GUERRA PALMERO, M<sup>a</sup>. J., “Contra la mercantilización...”, op.cit., p.42: “La lógica del mercado es la dominante y lo que trasciende a los medios de comunicación tiene que ver, en gran parte, con las expectativas frustradas de los “compradores del servicio” frente a los niños y niñas ya nacidos cuando se presentan discapacidades o problemas. Asimismo aparecen casos en los que la pareja que encarga el bebé se separa en los nueve meses que dura la gestación y no desea ya al niño o a la niña. La casuística es abultadísima en lo que concierne a situaciones “no previstas e indeseadas”. ¿Es el contrato el artefacto adecuado para lidiar con las complejidades de los deseos de paternidad y maternidad? Parece que no”. A estos problemas se refiere VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual...”, cit., pp.923 y ss.

84 En este sentido, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, pp.27 y 28. Al hilo de ello y frente a la apelación al aborto como *tertium comparationis* de la gestación por sustitución, debe destacarse que en el aborto el conflicto se plantea

origina una fuente adicional de conflictos derivada de la adición de un interés de tercero o terceros distinto del de la gestante y el *nasciturus*<sup>85</sup>.

Es previsible que resulte complejo para el hijo asimilar que su madre no es la gestante<sup>86</sup>. Ciertamente es un problema propio de la adopción, pero los supuestos a que responde una (la gestación por sustitución) y otra (la adopción) son totalmente distintos<sup>87</sup>.

---

entre la gestante y el *nasciturus*, en tanto en la gestación por sustitución interviene un tercero o terceros, que es lo que determina la cosificación frente a la autonomía que supone el aborto. Como se señala en SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución...”, op.cit., p.94, “*En este sentido, los argumentos que cuestionan la GS vienen a coincidir en gran medida con los que sostienen el reconocimiento del aborto como un derecho de las mujeres, es decir, como un ámbito de libertad en el que ellas pueden decidir cuándo y cómo ser madres, o bien no serlo. Pero insisto: ellas en cuanto sujetos autónomos que diseñan, dirigen y protagonizan su plan de vida, entendidas como «fines» en sí mismas no como «medios»*”.

85 Como se apunta en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.69, “*Cuando la gestación se hace para otros, y sobre todo si el niño ya es de otros antes del parto, el riesgo de conflicto entre gestante y comitentes es muy elevado. La jornada de trabajo que desarrolla la gestante, sus hábitos de vida o su dieta, su tratamiento ante enfermedades que pueda padecer, serán evaluados por los comitentes, e incluso pretenderán ser exigidos. Puesto que el hijo es de ellos, querrán hacer valer su condición de padres sobre la gestante. Alegarán que se comprometió a gestar para ellos y que ellos son quienes deben decidir acerca del mejor interés del niño. Más allá de que consigan o no doblegar la voluntad de la gestante, se producirá en todo caso una intromisión inaceptable en su vida privada*”.

86 Se afirma en BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., p.177, que “*Hay, igualmente, una necesidad de considerar la filiación por encargo desde el punto de vista de la dignidad, porque esa fragmentación deja al niño en una situación de incertidumbre respecto de su propia identidad como sujeto, que puede ser hasta de cinco progenitores, lo que dificulta la formación de su identidad, y por tanto del libre desarrollo de su personalidad*”. Ahora bien, como se señala en PANTALEÓN PRIETO, A.F., “*Técnicas de Reproducción...*”, op.cit., p.133, es preciso probar el “*impacto psicossocial negativo en la criatura*”, y a este respecto, si bien se apunta en MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C., “*Gestación por sustitución...*”, op.cit., p.204, que no se encuentran diferencias en la evolución y bienestar psicológico entre los nacidos por gestión por sustitución y los nacidos por otras formas de concepción hasta los diez años de edad, también se advierte de la carencia de datos relativos a la adolescencia, etapa clave en la formación de la identidad. Asimismo se señala la necesidad de preguntarse por la influencia en la formación de la identidad de un deseo de paternidad “*tan mediado por la ciencia, la técnica y la economía*”, respecto de lo que se alude a los macroeventos comerciales con información sobre la gestación por sustitución. A la insuficiencia de estudios sobre los eventuales problemas psicológicos o de otro tipo de los nacidos por gestación por sustitución se alude en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.15.

87 Ello a pesar de las analogías que pueden advertirse, como se señala en FLORES RODRÍGUEZ, J., “*Gestación por sustitución...*”, op.cit., p.86. Y, por supuesto, es rechazable contemplar la adopción desde la teoría contractualista, como se hace ibídem, habida cuenta de la intervención administrativa y

La adopción es una institución que se articula por el fracaso (sea culpable o involuntario) de la paternidad determinada con anterioridad<sup>88</sup>. No se trata de una decisión premeditada, como sí sucede en la gestación por sustitución, en que se establece la filiación directamente y no en sustitución del vínculo familiar precedente<sup>89</sup>.

Frente a lo expuesto, un argumento recurrente a favor de la gestación por sustitución es que cabe presumir que una mujer que ha mostrado su voluntad de ser madre frente a otra mujer cuyo desapego llega al punto de permitir que otra ostente la condición de tal respecto del hijo fruto de su gestación será mejor madre<sup>90</sup>. Sin embargo, esta presunción se apoya en una idea no justificada ni probada de que desear ser madre (o padre) implica ser buena madre, lo que no tiene por qué ser así<sup>91</sup>. Además, centrada la atención en la gestante, además del posible deseo de maternidad una vez producido el nacimiento, no parece muy adecuado propiciar embarazos de personas a quienes justamente se les achaca un desapego hacia el fruto de su gestación<sup>92</sup>. Además, aunque se entendiera que lo mejor para el menor es estar con quienes manifestaron su deseo de ostentar tal condición, el interés superior del menor, aplicado como una suerte de bien

---

judicial en ella que precisamente excluyen su sujeción a la sola voluntad de los intervinientes.

88 Ello por cuanto es precisa la privación de la patria potestad o asentimiento de quienes ostentaban la patria potestad, como se explica en GÓMEZ BENGOCHEA, B., “*La adopción*”, MARTÍNEZ GARCÍA, C. (coordinadora), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2016, p.436.

89 Esta diferencia se señala en el “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.2, al apuntar que “*en la adopción, no existe el acuerdo previo entre la mujer que gesta un niño y las personas que asumirán la paternidad que, sin embargo, es la causa de toda gestación subrogada*”.

90 Ejemplo de esta presunción es LAMM, E., “*Gestación por sustitución...*”, op.cit., p.32, al referirse a que “*la dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo parió*”.

91 Así, se señala en BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., p.120, que “*nada indica que el deseo de ser padres haga necesariamente buenos padres*”. En sentido coincidente se razona en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.23, en que se hace eco del aval a la valoración de la motivación de los comitentes por el Juzgado de Menores que se efectuó en la STEDH de 24 de enero de 2017, caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*.

92 Precisamente ese “desapego” requeriría una fuerte sujeción de la gestante a las instrucciones y exigencias del interesado en el nacimiento (el comitente o comitentes), lo que ahonda en la instrumentalización de la gestante.

supremo, podría conducir a legitimar cualquier medio para conseguir ese fin, hasta el punto de amparar formas de “colonialismo”<sup>93</sup>.

## 5. EL RECONOCIMIENTO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN REALIZADA EN EL EXTRANJERO

Al margen de todo lo expuesto, una cuestión de indudable trascendencia es cómo ha de procederse en relación con las filiaciones determinadas en el extranjero de resultas de la gestación por sustitución.

Al respecto, si se concluye que la gestación por sustitución es contraria al orden público la consecuencia no puede ser otra que su prohibición y consecuente rechazo de las consecuencias derivadas de su práctica en Estados que la permiten, a pesar de los argumentos que se esgrimen a favor del reconocimiento<sup>94</sup>.

Uno de estos argumentos es de tipo fatalista. Se apela a la generalización o admisión en otros Estados como realidad que no puede ser ignorada y que aboga por dar carta de naturaleza en el Derecho interno a los efectos de una técnica admitida en otros países<sup>95</sup>. Más en concreto, puede distinguirse una doble argumentación, pues por una parte se invoca el reconocimiento que debe dispensarse a las relaciones

jurídicas surgidas al amparo de otros ordenamientos y por otra se acude a una razón de eficacia de acuerdo con la cual la tolerancia de al menos de algunas manifestaciones de este pacto contribuiría a evitar el “turismo reproductivo”. Frente a ello, parece claro que la diversidad de regulaciones encuentra un límite insoslayable en el orden público, como prevé el artículo 12.3 CC, de modo que la protección de los derechos fundamentales e intereses en juego no debe quedar al arbitrio de la generalización mayor o menor de la práctica<sup>96</sup>. Si se concluye que la gestación por sustitución es contraria a los derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, sea en todas sus manifestaciones o en algunas de ellas, no puede aceptarse la eficacia de este pacto aunque se haya realizado al amparo del Derecho de otros Estados, pues ello supondría desvirtuar vía reconocimiento de resoluciones o pactos en el extranjero la base esencial de nuestro ordenamiento.

En cuanto a la supuesta eficacia para evitar el “mercado de vientres”, resulta iluso argumentar que la ampliación del margen de tolerancia respecto de la gestación por sustitución acabará con éste, a no ser que lo que se mantenga es que debe permitirse incluso en sus manifestaciones más execrables (las “granjas de mujeres”)<sup>97</sup>. Al igual que sucede con otras actividades prohibidas, el que exista un mercado regulado y lícito pero limitado en la admisión de conductas comprendidas en esas actividades no evita que se continúe acudiendo al “mercado negro” o a Estados más permisivos o incapaces de hacer valer los límites para soslayar la prohibición. Dicho de otro modo, resulta difícil aceptar que la tolerancia de la gestación por sustitución gratuita y condicionada a determinadas garantías elimine el recurso a la contratación en otros Estados con estándares más laxos<sup>98</sup>.

93 Es lo que entendemos que se razona en la STS (Sala de lo Civil) 835/2013, de 6 de febrero de 2014, rec. 245/2012, al afirmar que “Asimismo, la aceptación de tales argumentos debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él”.

94 Como afirma la STS (Sala de lo Civil) 835/2013, de 6 de febrero de 2014, rec. 245/2012, frente a la alegación de los recurrentes de que la inscripción de la filiación es una “consecuencia “periférica” de dicho contrato” que, a su decir, no sería por ello incompatible con el orden público se opone que “la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución. No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes”.

95 Un claro ejemplo de esta postura “fatalista” son LAMM, E., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.31, y AVILÉS MOREIRA, J., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.117, en que se aboga por una regulación unitaria con apoyo en que la prohibición no ha impedido que la técnica reproductiva se realice y la conflictividad generada por la utilización de técnicas alternativas. Y es evidente en la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos.

96 Como afirma la STS (Sala de lo Civil) 835/2013, de 6 de febrero de 2014, rec. 245/2012, “La posibilidad de que ciudadanos y empresas elijan entre respuestas jurídicas diferentes cuando en una relación jurídica existen contactos con diversos ordenamientos es una realidad, y el Derecho internacional privado ha de buscar cada vez más normas de compatibilidad entre distintos ordenamientos jurídicos en vez de normas de supremacía que impongan un solo punto de vista.

Pero esta posibilidad de elección tiene unos límites que, en lo que aquí interesa, vienen constituidos por el respeto al orden público entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan”.

97 En relación con esta cuestión, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.80.

98 La afirmación que se realiza en LAMM, E., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.31, de que “Una buena regulación puede ser un instrumento eficaz para impedir la

Este tipo de argumentos genera una pendiente resbaladiza que conduce a una generalización a la baja de la protección de los derechos fundamentales. A fuerza de evitar el fraude o con el pretexto de la equiparación, en lugar de fijar la igualdad por arriba, esto es, por una protección acentuada de los derechos fundamentales, se relajan las garantías y en última instancia se fomenta la desprotección de los más desfavorecidos<sup>99</sup>.

El reconocimiento de la filiación declarada en otro Estado de resultados de la gestación por sustitución no es sino una vía de eludir la prohibición e imponer en la práctica este fenómeno a pesar de la regulación en contra del Derecho interno; es decir, un medio de amparar el *forum shopping*<sup>100</sup>. No en vano, no puede

*formación de un verdadero “mercado negro de vientres” en el que la mujer es un objeto usado por personas que desean tener un hijo a cualquier costa”,* obvia que cualquier restricción que incorpore la regulación generará un “mercado negro”. En este sentido, se apunta en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.19, que “incluso en los países en los que ésta se acepta, muchos ciudadanos optan por contratarla en el extranjero. En aquellos que solo permiten la gestación subrogada altruista es posible que una persona no encuentre una “gestante desinteresada” y opte por la gestación subrogada comercial en el extranjero. Pero incluso cuando se permite la gestación contratada en un país, puede suceder que los ciudadanos recurran al extranjero si resulta más económica”.

99 Nos resulta inevitable pensar en el discurso “liberalizador” y “competitivo” en materia de derechos laborales que en definitiva, de forma más o menos clara, encierra una mayor desprotección del trabajador con la excusa de equiparar las condiciones laborales a otros Estados que destacan por su escasa tutela de éste.

100 Es manifiesto que la diversa regulación en unos y otros Estados ha generado respecto de esta técnica el conocido como “turismo reproductivo”, definido como “el desplazamiento de uno o varios individuos desde su propio estado a un segundo con el fin de poder acceder a las técnicas de reproducción humana asistida del segundo estado”, MARCO ATIENZA, C.M., “Respuestas jurídicas...”, op.cit., p.193. En relación con ello, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Notas...”, op.cit., p.357, se reprocha a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 que en definitiva preste cobertura al “turismo reproductivo” en contra de lo dispuesto en la Ley 14/2006.

No puede compartirse la afirmación de ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro...”, op.cit., p.36, de que no existe *forum shopping for law shopping* por concurrir conexiones objetivas con el Estado de recepción, en que normalmente coinciden la residencia de la gestante, su nacionalidad y el nacimiento del niño en ese Estado, pues el servicio que se contrata es la gestación, que realiza una nacional del Estado que contempla la gestación por sustitución precisamente porque la legislación de ese Estado que le es aplicable como nacional la habilita para ello, mas el comitente o comitentes, el demandante del servicio, no tienen relación alguna con el Estado en cuestión distinta de la búsqueda de un ordenamiento que ampare lo que el suyo le prohíbe y ello, que es lo determinante, con vistas a que surta efectos en España. La relevancia de esta circunstancia es obviada en CALVO CARAVACA, A-L. Y CARRASCO-SA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho In-

evitarse la sensación de que la disputa acerca de la gestación por sustitución no persigue o no gira tanto en torno a la regulación en el Derecho interno como al reconocimiento de las que tengan lugar en el extranjero<sup>101</sup>. Cabe cuestionarse, en este sentido, qué eficacia tendría una normación permisiva pero rigurosa de la gestación por sustitución que se acompañara de una prohibición rotunda de los efectos de la filiación derivada de gestaciones en el extranjero que no se ajustaran a esa reglamentación<sup>102</sup>. Puede que mínima o prácticamente nula<sup>103</sup>.

ternacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 1, n.º 2, 2009, pp.317-318.

101 Es muy perturbador que la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos no establezca previsión alguna de prohibición de reconocimiento de filiaciones derivadas de gestación por sustitución que no se ajusten a lo dispuesto en dicha eventual Ley y, sin embargo, se cuida de establecer la derogación (no modificación) del artículo 10 de la Ley 14/2006. Aunque podría mantenerse que esas filiaciones contravienen el orden público, la eliminación (no adaptación) del precepto que claramente excluye la gestación por sustitución podría invocarse como “caballo de Troya” para el reconocimiento, máxime habida cuenta del tenor de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y la afirmación que se realiza en la Exposición de Motivos de que “La Instrucción de 5 de octubre ha dejado, en la práctica, sin contenido efectivo la nulidad del contrato de gestación subrogada contenida en la LTRHA, al hacer posible la inscripción en el Registro Civil español del fruto del contrato, con la única condición de que no se haya formalizado en España”, lo que supone desconoce la Sentencia del Tribunal tan citada y el carácter no normativo de la Instrucción. De hecho, incluso por un autor tan favorable a la gestación por sustitución se reconoce la incompatibilidad de la Instrucción con la legislación vigente, VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución...”, op.cit., p.7.

102 Como se señala en FERNÁNDEZ MUÑIZ, P.I., “Gestación subrogada...”, op.cit., p.30: “Una circunstancia que requiere especial análisis es la motivación de la gestante, que podría ser teóricamente altruista. Sin embargo, esa posibilidad teórica no es a la que nos referimos cuando hablamos de los casos a los que están recurriendo algunos ciudadanos españoles, sino que se trata de contratos mercantiles con un intermediario que a cambio de una cantidad de dinero le presta unos servicios, fundamentalmente médicos, jurídicos y de logística”. En sentido coincidente, GUERRA PALMERO, M<sup>a</sup>. J., “Contra la mercantilización...”, op.cit., p.40: “La discusión sobre el tema ha opuesto la alternativa altruista a la comercial. No obstante, dadas las compensaciones monetarias que se supone que acompañan a la opción altruista, y en condiciones de precariedad de la población femenina, parece que la motivación económica es la clave del asunto”.

103 Compartimos íntegramente la apreciación de Como se advierte en SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución...”, op.cit., p.107, de que una regulación que amparase únicamente los supuestos de auténtica generosidad “prácticamente reduciría esta práctica a algo anecdótico”. Se hace difícil pensar en una “más intensa solidaridad entre personas libres e iguales”, como afirma el artículo 1 de la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución pre-

Lo anterior no excluye que pueda concurrir un interés del menor digno de atención. Ahora bien, no es admisible que dicho interés se presuma en la simple convivencia familiar creada *de facto* desde la óptica del Derecho interno del Estado en que se pretende que despliegue efectos<sup>104</sup>. Ello en primer lugar porque existen argumentos para concluir que la gestación por sustitución es contraria al interés del hijo también una vez nacido, como ya se ha expuesto. En segundo lugar, porque una presunción como la apuntada amenaza con legitimar la gestación por sustitución incluso en sus manifestaciones más aberrantes, pues siempre existirá un menor fruto de la gestación por sustitución cuyo supuesto interés podría invocarse<sup>105</sup>. Y en tercer lugar porque han de ser las concretas circunstancias de integración y relaciones afectivas del menor con el o los comitentes las que se valoren para determinar qué es lo mejor para el menor y no suponer que lo más beneficioso para él es continuar con el comitente o comitentes<sup>106</sup>.

---

sentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, que excediera esa manifestación, máxime si, como se hace en el artículo 4.3 de la Proposición, se prohíbe que la mujer gestante tenga vínculo de consanguinidad con alguno de los comitentes.

104 En relación con ello, debe destacarse que, como se indica en SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución...”, op.cit., p.87, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se ha pronunciado directamente sobre la legitimidad de los contratos de gestación por sustitución, sino sobre la necesidad de reconocer y mantener los vínculos familiares derivados de ésta.

105 Como se apunta en BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., p.121, “En cuanto a la necesidad de la protección del menor una vez nacido, y con independencia de la legalidad o ilegalidad de su estatus, hay autores que consideran esta situación como un argumento favorable a la legalización, pero esto no parece una razón muy válida, porque de ser esto así, debería poder legalizarse toda acción que genere situaciones de ilegalidad necesitadas de protección, lo que el derecho no puede permitir en ningún caso”. Es significativo que incluso quien aboga por esta solución en aras al interés del menor reconoce que “ello pese a que signifique, de facto, atenuadamente, la derogación de la prohibición establecida en el Derecho español o en el francés”, FLORES RODRÍGUEZ, J., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.83.

106 Se afirma en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Notas...”, op.cit., p.354, que “No puede considerarse que la posición de la legislación española per se sea contraria al interés superior del menor; pues no está dicho que, en principio, lo mejor para éste sea que se le reconozca la filiación siempre respecto de los comitentes, en vez de respecto de la madre gestante, sin examinar las circunstancias del caso concreto, lo que, además, supondría posibilitar que los jueces crearan una regla general de atribución de la filiación, contraria a la claramente establecida por el legislador, en una aplicación discutible de un concepto jurídico indeterminado, como es el “interés del menor”, respecto del cual no existe unanimidad”.

Como se señala en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.35, “Los tribunales tienden a reconocer a favor de los comitentes la filiación de los hijos habidos mediante gestación por sustitución, en base al derecho a la protección de la

A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque no se ha pronunciado directamente sobre la admisibilidad de la gestación por sustitución, respecto de lo que cabe entender que es extrapolable la no apreciación de deber por parte de los Estados de permitir técnicas de reproducción humana asistida, ha adoptado una postura que atiende al vínculo familiar desde la óptica del interés del menor. De este modo, este análisis, como se constata en la STEDH de 24 de enero de 2017, caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*, no implica que necesariamente haya de prevalecer la simple convivencia generada *de facto*, sino que la solución ha de resultar del examen de las circunstancias previas y concurrentes<sup>107</sup>. El criterio del Tribunal en este pronunciamiento no es incompatible con el de las Sentencias de 26 de junio de 2014, casos *Menesson y Labasseec. Francia*, ya que en éstos los padres comitentes eran padres biológicos de los menores, no se interrumpió la convivencia y la afección a la vida privada se cifró en que no se reconoció la filiación; por tanto, existían lazos familiares biológicos y no se cuestionó la convivencia, frente a lo acaecido en *Paradiso y Campanelli*<sup>108</sup>. La postura adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se presta, sin embargo, a serias objeciones. La principal radica en que se desatiende totalmente la trascendencia de la gestación, que queda extramuros del análisis por la nacionalidad extranjera de la gestante, de manera que el interés del menor se focaliza en la convivencia y filiación con el comitente o comitentes y no se aborda desde la óptica de la continuidad de la unión gestante-*nasciturus* tras el alumbramiento. Como consecuencia de ello, promueve el *forum shopping* y

---

*vida familiar allí. A partir de estos fallos judiciales se tiende a dar un salto que no se sostiene por sí solo y que consiste en afirmar que la filiación resultante de la voluntad procreativa garantiza plenamente los intereses superiores del menor. Aunque se acuerde que el interés superior del menor ya nacido está mejor protegido si no se separa al niño de los comitentes y se le reconoce como hijo de ellos, puede haber razones fuertes para sostener igualmente que es contrario a ese interés superior del menor venir al mundo como consecuencia de un contrato de maternidad subrogada. Así lo afirman quienes defienden como contrario al interés superior del menor que sea gestado por una mujer que no llegará a ser su madre. En este mismo sentido el TEDH ha afirmado, en su sentencia *Campanelli y Paradiso c. Italia* de 2017, que el derecho a la vida familiar consiste en la protección de familias ya existentes, que tienen una “vida”, pero no en autorizar la creación de una familia propia a cualquier precio”.*

107 Recuerda el Tribunal que “El Tribunal acepta, en ciertas situaciones, la existencia de vida familiar *de facto* entre un adulto o adultos y un niño en ausencia de lazos biológicos o un lazo legalmente reconocido, siempre que haya lazos personales genuinos”.

108 Al respecto, FARNÓS AMORÓS, E., “La reproducción...”, op.cit., pp.103 y ss.

abre una vía clara a la igualación a la baja vía asunción de filiaciones reconocidas en el extranjero, pues la paternidad biológica (omitida, como es, la cuestión relativa a la maternidad, esto es, si ha de prevalecer la fisiológica o la genética, caso de no coincidir, o la biológica, de no corresponder ninguna de las anteriores a la comitente) se convierte en un anclaje considerable para la admisión de la filiación resultante de la gestación por sustitución no sólo respecto del padre, sino también de la comitente, y, por esta vía, propicia la imposición de lo fáctico amparado en un ordenamiento extranjero siempre que se pueda acreditar una convivencia prolongada y vínculo biológico con alguno de los comitentes<sup>109</sup>. En definitiva, aunque el planteamiento del Tribunal habilita a los Estados para reaccionar contra los casos más rechazables en principio (ausencia de cualquier vinculación biológica o de mínima convivencia), en modo alguno impide la mercantilización ni toma en consideración todos los factores que influyen en el interés del menor.

Lo adecuado no es, por tanto, ahondar en la permisividad interna, sea directamente o por vía de reconocimiento, sino, por el contrario, incidir en la perspectiva internacional en un sentido uniformizador y restrictivo a fin de evitar, al menos, aquellas manifestaciones más reprobables<sup>110</sup>. En definitiva, ahondar en la exclusión de un pacto totalmente rechazable cuando supone mercantilización, claramente ocasional de ser gratuito y muy dudosamente compatible con el interés del futuro hijo a la luz de su vinculación con la gestación.

109 A este respecto, existe una diferencia sustancial entre las consecuencias que se han extraído de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la postura adoptada por el Tribunal Supremo, ya que este último Tribunal ofreció una respuesta ponderada al conflicto entre la nulidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento y el eventual interés del menor relacionado con la filiación, al limitar el reconocimiento de la filiación a la biológica paterna, de concurrir, y constreñir la articulación de la convivencia de facto a los mecanismos nacionales de adopción o acogimiento, como recordó el Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 que resolvió el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la Sentencia 835/2013.

110 Es lo que se mantiene en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.86. Coincidimos con SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución...”, op.cit., p.116, en que “En todo caso, y al margen de que pudiera llegarse a algún tipo de regulación garantista, no podemos olvidar que estamos ante una cuestión que debería ser objeto de una regulación a nivel internacional para evitar el fomento del turismo reproductivo y con él de las agencias intermediarias que obtienen grandes beneficios a costa en muchos casos de la necesidad de las mujeres que acceden a esta práctica en muchos países como un método de supervivencia o de superación de la pobreza”.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F., “Gestación por sustitución: Dificultades para mantener la prohibición en España”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, n.º 9, 2016, pp.60-77.
- ALEMANY GARCÍA, M., “El concepto y la justificación del paternalismo”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 28, 2005, pp.265-303.
- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 6, n.º 2, 2014, pp.5-49.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”. *Revista Derecho del Estado*, n.º 24, 2010, pp.45-64..
- AVILÉS MOREIRA, J., “Gestación por sustitución: cambios en el reconocimiento de la filiación”, *Ius et Scientia: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, vol 2., n.º 1, 2016, pp.109-119.
- BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. L., *Hijas del mercado. La maternidad subrogada en un Estado social*, Ediciones Cátedra, Madrid 2017.
- BATALLER I RUIZ, E., “Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 2, 2015, pp.777-788.
- CALAZA LÓPEZ, S., “Derecho a la intimidad personal, familiar y corporal en el ámbito biosanitarios”, GIMENO SENDRA, V. y REGUEIRO GARCÍA, M<sup>a</sup>. T. (coordinadores), *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, Editorial Universitas, Madrid 2015, pp.273-286.
- CALVO CARAVACA, A-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 1, n.º 2, 2009, pp.294-319.

- DE LA VILLA GIL, L.E., “El derecho constitucional a la salud”, CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E., CRUZ VILLALÓN, J. y DURÁN LÓPEZ, F. (coordinadores), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid 2006.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “Una reflexión sobre la oportunidad de regular la maternidad subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente”, *Derecho y salud*, vol. 27, n.º extra 1, 2017, pp.26-47.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 4, 2016, pp.349-357.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M<sup>a</sup>. D., “La patria potestad”, POUS DE LA FLOR, M<sup>a</sup>. P. y TEJEDOR MUÑOZ, L. (coordinadoras), *Protección jurídica del menor*, Colex, Madrid 2009 (2ª edición), pp.61-62.
- FARNÓS AMORÓS, E., “La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia”, *Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho*, n.º 36, 2016, pp.93-111.
- FERNÁNDEZ MUÑIZ, P.I., “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?”, *Dilemata*, n.º 26, 2018, pp.27-37.
- FLORES RODRÍGUEZ, J., “Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 27, 2014, pp.71-89.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P., *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Tirant lo blanch, Valencia 1999.
- GÓMEZ BENGOCHEA, B., “La adopción”, MARTÍNEZ GARCÍA, C. (coordinadora), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2016.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid 1994.
- GUERRA PALMERO, M<sup>a</sup>. J., “Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional”, *Dilemata*, n.º 26, 2018, pp.39-51.
- HERVADA XIBERTA, J., “Los trasplantes de órganos y el derecho a disponer del propio cuerpo”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n.º 2, 1975, pp.195-254.
- KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*.
- LAMM, E., “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2012.
- LEÓN ALONSO, MARTA, *La protección constitucional de la salud*, La Ley, Madrid 2010.
- MARCO ATIENZA, C.M., “Respuestas jurídicas en España ante la gestación por sustitución”, *Derecho y salud*, vol. 26, n.º extra 1, 2016, pp.192-202.
- MARRADES PUIG, A.I., *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, Universitat de Valencia. Servei de Publicacions, Valencia 2002.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C., “Gestación por sustitución: reflexiones desde la perspectiva pediátrica”, *Revista Pediatría de Atención Primaria*, vol. 19, n.º 75, julio/septiembre 2017.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y MASSIGOGUE BENEJUI, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid 1994.
- MARX, K., *El Capital*, Tomo I.
- MAYOR DEL HOYO, M<sup>a</sup>. V., *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Comares, Granada 1999.
- NÚÑEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. A., “El derecho a la salud en el estado social”, GIMENO SENDRA, V. y REGUEIRO GARCÍA, M<sup>a</sup>. T. (coordinadores), *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, Editorial Universitas, Madrid 2015, pp.287-306.

- OEHLING DE LOS REYES, A., *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Dykinson, S.L., Madrid 2010.
- PANTALEÓN PRIETO, A.F., “Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 15, mayo/agosto 1993, pp.129-160.
- PATEMAN, C., *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona 1995.
- POUS DE LA FLOR, M<sup>a</sup>. P., “La adopción”, POUS DE LA FLOR, M<sup>a</sup>. P. y TEJEDOR MUÑOZ, L. (coordinadoras), *Protección jurídica del menor*, Colex, Madrid 2009 (2<sup>a</sup> edición), pp.73-96.
- PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2005.
- REDONDO SACEDA, L., “Asimetría reproductiva: controversias entre el derecho a la reproducción y la gestación subrogada”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, n.º 9, 2016, pp.49-68.
- REDONDO SACEDA, L., “Libre disposición sobre el cuerpo: la posición de la mujer en el marco de la gestación subrogada”. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 12, 2017, pp.131-146.
- REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución y Derecho*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra) 2004.
- ROMERO COLOMA, A.M<sup>a</sup>., “El derecho a la reproducción humana y las técnicas de reproducción asistida”, *Abogados de Familia*, n.º 54, cuarto trimestre de 2009, pp.1-3.
- RUIZ JIMÉNEZ, J., “La capacidad del menor”, Pous de la Flor, M<sup>a</sup>. P. y Tejedor Muñoz, L. (coordinadoras), *Protección jurídica del menor*, Colex, Madrid 2009 (2<sup>a</sup> edición), pp.29-60.
- SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *Revista de Derecho Político*, n.º 99, 2017, pp.79-120.
- SOUTO GALVÁN, B., “Dilemas éticos sobre la reproducción humana: la gestación de sustitución”, *Feminismo/s*, n.º 8, 2006, pp.181-196.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Autonomía y paternalismo en las decisiones sobre la propia salud”, MENDOZA BUERGO, B. (editora), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2010, pp.61-96.
- VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, n.º 7608, 11 de abril de 2011, pp.1-15.
- VELA SÁNCHEZ, A.J., “Crimen en el bar. Regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, n.º 9056, 6 de octubre de 2017, pp.1-20.
- VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, n.º 14, 2014, pp.897-934.



---

# *Ponencias*

---

# 40 AÑOS DE CONSTITUCIÓN Y SALUD

*Miguel Ángel Presno Linera*  
*Profesor titular de Derecho Constitucional*  
*Acreditado como catedrático*  
*Universidad de Oviedo*

**SUMARIO:** 1. Historial jurídico-constitucional de la salud. 2. La protección de la salud como principio rector de la política social y económica. 3. La protección de la salud como “principio activo” de varios derechos fundamentales y principios rectores. 4. ¿Podría articularse la protección de la salud en la Constitución como un derecho fundamental? 5. Esbozo de un posible derecho fundamental a la protección de la salud y de otros derechos conexos. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía empleada.

## RESUMEN

En este texto analizamos el derecho a la protección de la salud tal y como está regulado en la Constitución española de 1978. También se estudia si la protección de la salud podría convertirse en un derecho fundamental. Incluimos, finalmente, un esbozo de ese hipotético derecho fundamental a la protección de la salud.

## PALABRAS CLAVE

Constitución y salud, derechos fundamentales, derecho a la protección de la salud.

## ABSTRACT

In this text we analyze the right to health protection as it is regulated in the Spanish Constitution of 1978. We also study if the protection of health could become a fundamental right. Finally, we propose an outline of that hypothetical fundamental right to health protection.

## KEYWORDS

Constitution and health care, fundamental rights, The right to health protection.

## 1. HISTORIAL JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LA SALUD

En este primer apartado se pretende ofrecer una panorámica de la progresiva incorporación de la protección de la salud en los textos constitucionales españoles y en los de algunos países de nuestro entorno cuyas normas fundamentales guardan alguna conexión con las españolas, bien porque estas últimas se hayan inspirado de alguna manera en aquéllas o porque la influencia se haya producido en el otro sentido. También se hará mención a convenios internacionales de los que España es parte por su condición de normas que han pasado a integrarse en nuestro ordenamiento y que, además, si estamos ante tratados sobre derechos humanos tendrán eficacia interpretativa sobre “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce” (art. 10.2 Constitución española, CE en lo sucesivo).

La primera referencia que cabe mencionar es el artículo 46.2 de la Constitución republicana de 1931, que vincula la tutela de la salud a la legislación de carácter laboral y social que correspondería desarrollar

al Legislador; decía el mencionado precepto: “La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidentes, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte;...”

Esta Constitución fue tenida en cuenta por los constituyentes italianos durante el proceso de elaboración de la Constitución de 1947, si bien ninguna semejanza cabe encontrar en este ámbito entre los dos textos; el artículo 32 de la Constitución italiana, con una dicción y contenidos mucho más modernos, prevé que “La República tutela la salud como derecho fundamental del individuo y garantiza el tratamiento médico gratuito a los indigentes. No puede obligarse a nadie a un determinado tratamiento sanitario sino por disposición de la ley, que, en ningún caso, podrá violar los límites impuestos por el respeto de la persona humana”.

Llama la atención que se hable de “derecho fundamental”, que se configure como derecho de titularidad universal –“del individuo”-, la previsión de que su disfrute será gratuito para las personas carentes de recursos y, finalmente, que se reconozca la posibilidad de negarse a recibir tratamiento médico salvo previsión legal que, en ningún caso, podrá implicar menoscabos de los derechos de la persona.

El siguiente hito normativo lo encontramos en el artículo 12 del Pacto Internacional de derechos sociales, económicos y culturales, hecho en Nueva York en el año 1966 y que se incorporó España en 1977:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

Se contempla aquí un derecho a la salud física y mental, de titularidad universal, y que debe incluir, cuando menos, medidas de carácter pediátrico, sobre salud e higiene en el trabajo, medicina preventiva y medicina curativa y rehabilitadora.

Diez años después nos encontramos con la Constitución portuguesa de 1976, que será fuente de inspiración para la española en materia de derechos sociales aunque no se encuentre mucha semejanza en la concreta protección a la salud que ofrecen ambos textos constitucionales; según el artículo 64 de la Norma Fundamental portuguesa:

“1. Todos tienen derecho a la protección de la salud y el deber de defenderla y promoverla.

2. El derecho a la protección de la salud se hará efectivo: A través de un servicio nacional de salud universal y general y, teniendo en cuenta las circunstancias económicas y sociales de los ciudadanos, tendencialmente gratuito;...

3. Para asegurar el derecho a la protección de la salud, corresponde prioritariamente al Estado:

- a) Garantizar el acceso de todos los ciudadanos, independientemente de su condición económica, a los cuidados de la medicina preventiva, curativa y rehabilitadora.
- b) Garantizar una cobertura racional y eficiente en todo el país de los recursos humanos y de las unidades de salud.
- c) Orientar su acción a la socialización del coste de los cuidados médicos y farmacéuticos;...”

Aunque no estemos ante un tratado internacional no parece trivial lo dicho en la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud celebrada en Alma-Ata entre el 6 y el 12 de septiembre de 1978:

“La Conferencia reitera firmemente que la salud, estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, es un derecho humano fundamental y que el logro del grado más alto posible de salud es un objetivo social sumamente

importante en todo el mundo, cuya realización exige la intervención de muchos otros sectores sociales y económicos, además del de la salud.

La atención primaria de salud... comprende, cuando menos, la educación sobre los principales problemas de salud y sobre los métodos de prevención y de lucha correspondientes;...; la asistencia materno-infantil, con inclusión de la planificación de la familia; la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; la prevención y lucha contra las enfermedades endémicas locales; el tratamiento apropiado de las enfermedades y traumatismos comunes; y el suministro de medicamentos esenciales;...”

Poco después, como es bien conocido, entró en vigor la Constitución española de 1978, cuyo artículo 43, sobre el que volveremos después, dispone:

“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. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”.

Otra disposición internacional especialmente relevante es 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, conocido también como Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina o “Convenio de Asturias”, impulsado por el Consejo de Europa y al que España se incorporó en 1999. Prevé, por lo que aquí interesa, que “las Partes, teniendo en cuenta las necesidades de la sanidad y los recursos disponibles, adoptarán las medidas adecuadas con el fin de garantizar, dentro de su ámbito jurisdiccional, un acceso equitativo a una atención sanitaria de calidad apropiada” (art. 3); 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” (art. 5) y que “Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud” (art. 10).

Finalmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone, primero, que “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...; b) la prohibición de las prácticas eugenésicas,...; 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” (art. 3.2). Además, “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” (art. 35).

## 2. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA

Como ya se ha dicho, el artículo 43 CE reconoce el derecho a la protección de la salud pero no le confiere la condición de derecho fundamental, es decir, no lo configura como un apoderamiento jurídico (contenido del derecho) que la Constitución atribuye a un sujeto para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas (objeto del derecho). Ese apoderamiento consistiría, en su caso, en la posibilidad de, con la fuerza normativa de la Constitución, exigir a un tercero, sea un poder público o un particular, el cumplimiento de un deber (de actuar, en unos casos, o de abstenerse de actuar, en otros). Y es que solo son fundamentales los derechos que participan de la fundamentalidad de la norma fundamental del ordenamiento jurídico, la Constitución, lo cual significa que ésta, como fuente jurídica directamente aplicable establece esos derechos y los dota de una disponibilidad por su titular potencialmente inmediata, y, como fuente de las demás fuentes del ordenamiento, preserva a los derechos fundamentales de su alteración o vulneración por normas infraconstitucionales los hace indisponibles por el Legislador.

Y todo ello a pesar de que nadie dudará de que es “fundamental” para las personas tener garantizada la protección de la salud. Simplemente no es derecho fundamental porque la Constitución no lo sitúa en esa posición normativa suprema; su configuración jurídica la encomienda por completo al Legislador y el individuo sólo podrá alegar ese derecho en los términos dispuestos en la ley (art. 53.3 CE).

En segundo término, esta ubicación sistemática determina que la regulación de la protección de la salud compete a la ley ordinaria –no a la orgánica- y dicho principio rector no está garantizado por un procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios ni por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Dicho lo anterior, hay que recordar también que la inclusión de la protección de la salud en el texto constitucional no es algo baladí: en primer lugar, porque se hace un reconocimiento general de los beneficiarios como se deduce del empleo de la expresión “se reconoce”; en segundo lugar, porque se incluye un mandato claro: “compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”. Finalmente, ese precepto opera como parámetro de constitucionalidad de cualquier norma (estatal o autonómica) sobre la protección de la salud, que podrá ser expulsada del ordenamiento si contraviene lo previsto en la mencionada disposición.

Esta función de parámetro se evidenció con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con diversos preceptos 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. Dicho recurso se resolvió en la STC 139/2016, de 21 de julio, en cuyo fundamento octavo se dice que “el desarrollo del art. 43 CE y la articulación del derecho a la protección de la salud requieren que el legislador regule las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios, respetando el contenido del mandato constitucional”.

En ese mismo fundamento, la mayoría que respalda el fallo desestimatorio señala que “será la legislación la que en cada momento determine el alcance y la graduación de esa gratuidad, así como de las bonificaciones económicas en las prestaciones sanitarias de acuerdo con las exigencias derivadas de las circunstancias cambiantes, respetando los límites constitucionales”.

No es aquí el lugar para analizar, ni siquiera superficialmente, el contenido de esta resolución, en particular si concurrían las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que justificarían la aprobación de un Decreto-ley –nos parece que, cuando menos, no se justifica su concurrencia- ni si a través de esta fuente normativa se pueden regular algunas

de las cuestiones que contempló la citada norma –nos atrevemos a anticipar que no<sup>1</sup>.

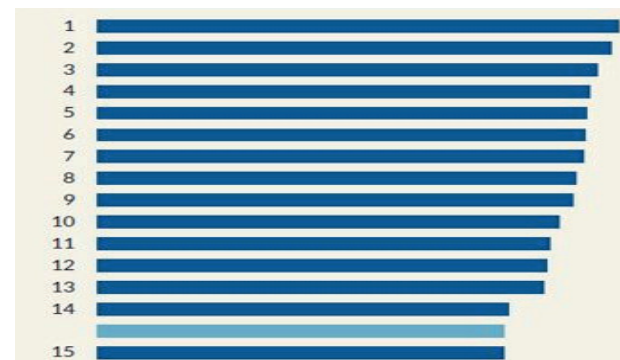
Simplemente comentaremos que, en el plano teórico-constitucional, la necesaria mediación legislativa permite configurar de manera diferente el alcance de la protección de la salud. En el plano práctico resulta de extraordinaria relevancia la dotación de medios económicos para que la protección de la salud tenga una dimensión adecuada, algo que ha ido mudando en los últimos años de acuerdo con algunos de los estudios analíticos más prestigiosos.

Así, de acuerdo con el último informe sobre el Índice de Justicia Social en la Unión Europea, que anualmente publica la Fundación BertelsmannStiftung, España ocupó en 2017 el puesto 12, lo que ha supuesto un descenso de tres puestos respecto al estudio anterior.

FIGURE 36 Health

Unit: Score

| Rank | Country        | Social Justice Index |      |      |      |      |      |
|------|----------------|----------------------|------|------|------|------|------|
|      |                | 2008                 | 2011 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 |
| 1    | Sweden         | 7.81                 | 8.41 | 7.81 | 7.33 | 8.00 | 8.16 |
| 2    | Germany        | 6.49                 | 7.09 | 7.20 | 7.10 | 7.03 | 8.05 |
| 3    | Luxembourg     | 8.12                 | 8.21 | 8.12 | 7.88 | 7.95 | 7.82 |
| 4    | Netherlands    | 8.12                 | 7.70 | 8.00 | 7.81 | 7.73 | 7.70 |
| 5    | Malta          |                      |      | 7.09 | 7.00 | 7.53 | 7.66 |
| 6    | Belgium        | 7.61                 | 7.97 | 7.90 | 7.68 | 7.56 | 7.64 |
| 7    | Czech Republic | 6.78                 | 7.25 | 7.40 | 7.37 | 7.69 | 7.61 |
| 8    | France         | 7.32                 | 7.44 | 7.25 | 7.04 | 7.12 | 7.50 |
| 9    | Denmark        | 8.20                 | 7.47 | 7.73 | 7.47 | 7.40 | 7.43 |
| 10   | Austria        | 7.77                 | 7.48 | 7.48 | 7.36 | 7.06 | 7.22 |
| 11   | United Kingdom | 6.66                 | 6.98 | 7.26 | 7.03 | 6.98 | 7.09 |
| 12   | Spain          | 6.99                 | 6.84 | 7.01 | 6.86 | 7.10 | 7.04 |
| 13   | Finland        | 6.48                 | 6.77 | 6.66 | 6.86 | 7.10 | 6.99 |
| 14   | Slovenia       |                      |      | 6.28 | 6.47 | 6.60 | 6.44 |
|      | EU Average     | 6.70                 | 6.83 | 6.26 | 6.14 | 6.21 | 6.37 |
| 15   | Ireland        | 6.80                 | 7.33 | 6.56 | 6.15 | 6.18 | 6.35 |



1 Puede verse el comentario de Irene SOBRINO GUIJARRO: “Contenido constitucional del derecho a la protección de la salud a la luz de la STC139/2016”, *Ius et scientia*, 2017, Vol. 3, nº 1, pp. 79-88, disponible (a 20 de junio de 2018) en [http://institucional.us.es/revistas/Ius\\_Et\\_Scientia/VOL\\_3\\_N%C2%BA\\_1/8.pdf](http://institucional.us.es/revistas/Ius_Et_Scientia/VOL_3_N%C2%BA_1/8.pdf)

|                  | HAQ Index | Tuberculosis | Diarrhoeal diseases | LRIs | URIs | Diphtheria | Whooping cough | Tetanus | Measles | Maternal disorders | Neonatal disorders | MM skin cancer (SCC) | Breast cancer | Cervical cancer | Uterine cancer | Colon cancer | Testicular cancer | Hodgkin's lymphoma | Leukaemia | Rheumatic HD | Ischaemic HD | Stroke | Hypertensive HD | Chronic respiratory | Peptic ulcer | Appendicitis | Hernia | Gallbladder | Epilepsy | Diabetes | Chronic kidney | Congenital heart | Adverse med treat |
|------------------|-----------|--------------|---------------------|------|------|------------|----------------|---------|---------|--------------------|--------------------|----------------------|---------------|-----------------|----------------|--------------|-------------------|--------------------|-----------|--------------|--------------|--------|-----------------|---------------------|--------------|--------------|--------|-------------|----------|----------|----------------|------------------|-------------------|
| Iceland [1]      | 97        | 100          | 98                  | 76   | 100  | 100        | 100            | 100     | 100     | 100                | 100                | 72                   | 100           | 95              | 99             | 96           | 100               | 100                | 98        | 100          | 87           | 96     | 94              | 100                 | 100          | 100          | 100    | 98          | 85       | 100      | 100            | 94               | 93                |
| Norway [2]       | 97        | 100          | 99                  | 90   | 100  | 100        | 100            | 100     | 100     | 100                | 95                 | 75                   | 97            | 95              | 95             | 95           | 100               | 100                | 95        | 100          | 91           | 90     | 100             | 100                 | 87           | 100          | 100    | 99          | 78       | 85       | 100            | 88               | 100               |
| Netherlands [3]  | 96        | 100          | 97                  | 81   | 100  | 100        | 100            | 100     | 100     | 100                | 80                 | 74                   | 97            | 86              | 97             | 97           | 100               | 99                 | 97        | 100          | 100          | 95     | 100             | 100                 | 100          | 100          | 99     | 92          | 84       | 94       | 97             | 89               | 100               |
| Luxembourg [4]   | 96        | 100          | 99                  | 99   | 100  | 100        | 99             | 100     | 100     | 100                | 99                 | 67                   | 99            | 82              | 100            | 99           | 100               | 100                | 97        | 89           | 99           | 97     | 92              | 100                 | 100          | 100          | 98     | 96          | 84       | 100      | 88             | 100              | 77                |
| Australia [5]    | 96        | 100          | 96                  | 93   | 100  | 100        | 100            | 100     | 100     | 100                | 83                 | 100                  | 99            | 69              | 86             | 100          | 100               | 100                | 99        | 92           | 96           | 100    | 100             | 91                  | 100          | 100          | 100    | 99          | 88       | 89       | 87             | 87               | 88                |
| Finland [6]      | 96        | 100          | 100                 | 100  | 100  | 100        | 100            | 100     | 100     | 100                | 100                | 71                   | 100           | 100             | 91             | 92           | 95                | 98                 | 90        | 100          | 78           | 84     | 77              | 100                 | 81           | 100          | 99     | 96          | 84       | 85       | 100            | 88               | 100               |
| Switzerland [7]  | 96        | 100          | 99                  | 98   | 100  | 100        | 100            | 100     | 100     | 100                | 81                 | 77                   | 93            | 78              | 94             | 99           | 82                | 95                 | 97        | 100          | 98           | 100    | 92              | 100                 | 100          | 100          | 100    | 99          | 95       | 100      | 99             | 86               | 100               |
| Sweden [8]       | 95        | 100          | 99                  | 86   | 100  | 100        | 100            | 100     | 100     | 100                | 95                 | 73                   | 98            | 86              | 96             | 88           | 100               | 94                 | 79        | 100          | 81           | 90     | 96              | 100                 | 83           | 100          | 100    | 98          | 90       | 86       | 97             | 92               | 95                |
| Italy [9]        | 95        | 100          | 99                  | 100  | 100  | 100        | 100            | 100     | 100     | 100                | 86                 | 67                   | 98            | 74              | 100            | 99           | 96                | 88                 | 67        | 86           | 99           | 98     | 70              | 100                 | 100          | 100          | 99     | 92          | 100      | 99       | 89             | 86               | 94                |
| Andorra [10]     | 95        | 100          | 96                  | 81   | 100  | 100        | 97             | 100     | 100     | 100                | 98                 | 58                   | 97            | 94              | 97             | 95           | 99                | 99                 | 98        | 99           | 85           | 98     | 94              | 74                  | 87           | 100          | 99     | 95          | 85       | 94       | 100            | 81               | 92                |
| Ireland [11]     | 95        | 97           | 97                  | 85   | 100  | 100        | 100            | 100     | 100     | 100                | 88                 | 73                   | 92            | 89              | 92             | 89           | 95                | 95                 | 83        | 97           | 83           | 99     | 97              | 95                  | 90           | 100          | 99     | 94          | 86       | 100      | 91             | 80               | 98                |
| Japan [12]       | 94        | 95           | 99                  | 71   | 100  | 100        | 100            | 100     | 100     | 100                | 100                | 27                   | 100           | 100             | 92             | 100          | 92                | 92                 | 95        | 100          | 99           | 76     | 99              | 93                  | 98           | 100          | 100    | 90          | 100      | 100      | 79             | 84               | 99                |
| Austria [13]     | 94        | 100          | 99                  | 100  | 100  | 100        | 100            | 100     | 100     | 100                | 89                 | 42                   | 89            | 84              | 96             | 91           | 95                | 83                 | 95        | 98           | 87           | 100    | 74              | 100                 | 99           | 100          | 100    | 99          | 97       | 95       | 80             | 90               | 73                |
| Canada [14]      | 94        | 100          | 95                  | 81   | 100  | 100        | 100            | 100     | 100     | 100                | 70                 | 57                   | 94            | 79              | 94             | 97           | 97                | 100                | 97        | 91           | 76           | 93     | 100             | 91                  | 98           | 100          | 100    | 99          | 97       | 82       | 84             | 79               | 93                |
| Belgium [15]     | 93        | 100          | 91                  | 74   | 100  | 100        | 100            | 100     | 100     | 100                | 86                 | 60                   | 94            | 79              | 94             | 93           | 97                | 95                 | 88        | 93           | 91           | 92     | 99              | 96                  | 94           | 100          | 98     | 94          | 78       | 99       | 92             | 93               | 74                |
| New Zealand [16] | 92        | 100          | 91                  | 100  | 100  | 100        | 100            | 100     | 100     | 96                 | 76                 | 95                   | 89            | 84              | 78             | 88           | 86                | 89                 | 90        | 74           | 83           | 93     | 98              | 85                  | 100          | 100          | 100    | 97          | 82       | 91       | 70             | 78               | 100               |
| Denmark [17]     | 92        | 100          | 99                  | 84   | 100  | 100        | 100            | 100     | 100     | 100                | 79                 | 53                   | 87            | 86              | 91             | 88           | 98                | 85                 | 99        | 100          | 97           | 89     | 100             | 98                  | 75           | 100          | 98     | 90          | 84       | 78       | 86             | 83               | 95                |
| Germany [18]     | 92        | 100          | 96                  | 83   | 100  | 100        | 100            | 100     | 100     | 100                | 86                 | 66                   | 92            | 83              | 98             | 94           | 96                | 96                 | 37        | 89           | 87           | 97     | 71              | 100                 | 86           | 100          | 100    | 95          | 75       | 91       | 82             | 88               | 79                |
| Spain [19]       | 92        | 99           | 98                  | 98   | 100  | 100        | 100            | 100     | 100     | 100                | 88                 | 57                   | 84            | 60              | 87             | 87           | 79                | 78                 | 83        | 82           | 100          | 99     | 96              | 100                 | 100          | 100          | 98     | 89          | 100      | 90       | 90             | 84               |                   |
| France [20]      | 92        | 99           | 89                  | 89   | 100  | 100        | 100            | 100     | 100     | 100                | 84                 | 62                   | 89            | 79              | 87             | 86           | 90                | 86                 | 69        | 91           | 100          | 100    | 98              | 100                 | 100          | 100          | 99     | 97          | 79       | 96       | 99             | 83               | 63                |

Y, según la última clasificación de *The Lancet* entre países de la Organización Mundial de la Salud, España ocupa el puesto 19 entre 195 países, 11 por debajo de la posición de la edición anterior del estudio, en términos de calidad del sistema sanitario (92 puntos sobre 100)<sup>2</sup>. En un editorial, esa prestigiosa publicación pide la derogación del Real Decreto 16/2012 y el fin de los recortes en sanidad, para evitar el deterioro del prestigioso sistema de salud español<sup>3</sup>.

### 3. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO “PRINCIPIO ACTIVO” DE VARIOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS RECTORES

No nos parece exagerado decir que la salud es el “principio activo” de parte de las conductas protegidas por varios derechos fundamentales, pues es

la salud la que ofrece la condición necesaria para constituir derechos tales como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y moral, y el derecho a la intimidad personal.

Para evidenciar esta afirmación recordaremos la jurisprudencia tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como del Tribunal Constitucional español (TC); en el primer caso nos limitamos a reproducir la que invoca el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré en su voto particular, al que se adhiere la magistrada Adela Asua Batarrita, a la citada STC 139/2016:

“... el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que la ausencia de cuidados médicos apropiados de la que resulta la muerte de una persona vulnera el art. 2 (derecho a la vida) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (STEDH en el asunto *Valentín Câmpeanu c. Rumania*, 17 de julio de 2014); que un Estado falta a sus deberes positivos de proteger la vida de sus ciudadanos (art. 2 CEDH) cuando no se legisla ni se toman medidas prácticas para protegerles y

<sup>2</sup> <https://www.thelancet.com/action/showFullTextImages?pii=S0140-6736%2817%2930818-8> (a 20 de junio de 2018).

<sup>3</sup> <https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736%2818%2930983-8.pdf> a 20 de junio de 2018).

proporcionarles información de los riesgos para su salud a los que les exponen determinadas actividades (STEDH en el asunto *Brincat y otros c. Malta*, 24 de julio de 2014); que se vulnera la prohibición de someter a tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH) cuando se acuerda la expulsión de una persona extranjera dependiente de un tratamiento médico cuya interrupción le colocaría en riesgo de asumir grandes sufrimientos físicos y reducir su esperanza de vida (STEDH asunto *D. c Reino Unido*, de 2 de mayo de 1997,...); que se vulnera el derecho a la vida (art. 2 CEDH) cuando se niega la gratuidad de una asistencia médica o unas prestaciones farmacéuticas a las que el sujeto tiene derecho por reconocimiento legal o judicial (SSTEDH asuntos *Nitecki c. Polonia*, de 21 de marzo de 2002, y *Panaitescu c. Rumanía*, de 10 de abril de 2012), así como cuando el Estado no responde a las obligaciones positivas de protección de la salud y de prestación de una adecuada asistencia sanitaria que derivan de ese precepto allí donde esas obligaciones son exigibles (SSTEDH en los asuntos *Oyal c. Turquía*, de 23 de marzo de 2010, *Mehmet Sentürk y Bekir Sentürk c. Turquía*, de 9 de abril de 2013, *Asiye Genc c. Turquía*, de 27 de enero de 2015, entre otras).

Por su parte, en la STC 48/1996, de 25 de marzo, se alude a “la protección de la salud como expresión del derecho a la vida” (FJ 3).

Por lo que respecta a la integridad física y moral, se ha recordado por parte del TEDH que “... al amparo de su obligación de adoptar las normas adecuadas para garantizar el respeto a la integridad física de los pacientes, los Estados deben imponer las normas precisas para que los profesionales de la sanidad se pregunten sobre las consecuencias previsibles de la intervención médica en dicha integridad...” (STEDH *Codarcea c. Rumanía*, de 2 de junio de 2009). En la misma línea, para el TC, “...el derecho a que no se dañe o perjudique la salud queda también comprendido en el derecho a la integridad personal” (STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3) y “si los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos rebasan el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el art. 15 CE” (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ. 6).

En relación con el derecho a la intimidad, la información relativa a la salud es, según la STC 159/2009, de 29 de junio, “un dato íntimo que puede

ser preservado del conocimiento ajeno. El derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas (STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2), quedando afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma, o cuando, habiéndose accedido de forma legítima a dicha información, se divulga o utiliza sin consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de dicho consentimiento. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha insistido en la importancia que para la vida privada poseen los datos de salud (en este sentido, STEDH de 10 de octubre de 2006, caso *L.L. c. Francia*), señalando que “el respeto al carácter confidencial de la información sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados parte en la Convención”, por lo que “la legislación interna debe prever las garantías apropiadas para impedir toda comunicación o divulgación de datos de carácter personal relativos a la salud contraria a las garantías previstas en el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (SSTEDH caso *Z. c. Finlandia* de 25 de febrero de 1997, § 95, y caso *L.L. c. Francia*, § 44)”.

En suma, la información sobre el estado de salud de una persona está protegida como parte de su derecho a la intimidad, que incluye la correlativa obligación de confidencialidad para el personal médico que tiene conocimiento de la misma. No puede haber tutela de la intimidad sino hay una obligación de confidencialidad.

Pero si hay una parte de la Constitución española en la que está casi omnipresente la salud es en el Capítulo de los principios rectores de la política social y económica:

«... los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo» (art. 40.2);

“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres” (art. 41);

“1.- Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el

fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva” (art. 45. 1 y 2);

“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos” (art 49);

“Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio” (art. 50);

“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos” (art. 51.1).»

#### **4. ¿PODRÍA ARTICULARSE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL?**

Ya se ha dicho que la fundamentalidad de un derecho implica una disponibilidad por su titular potencialmente inmediata; eso es lo que ocurre en nuestro ordenamiento con un derecho social como la educación, del que ya la STC 86/1985, de 10 de julio, afirmó que “incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4 de este art. 27 de la norma fundamental” (FJ 3).

Posteriormente ese mismo Tribunal ha recordado “la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la

misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para “establecer una sociedad democrática avanzada”, como reza el preámbulo de nuestra Constitución...”

Igualmente se insiste por el Alto Tribunal que “de las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales referidos, se deduce que el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad.

Por otra parte, también de las disposiciones examinadas y de su recta interpretación se obtiene que el derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE corresponde a “todos”, independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España. Esta conclusión se alcanza interpretando la expresión del art. 27.1 CE de acuerdo con los textos internacionales citados, donde se utilizan las expresiones “toda persona tiene” o “a nadie se le puede negar” el derecho a la educación” (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8).

Esta larga mención al reconocimiento de la fundamentalidad del derecho a la educación no es gratuita sino que trata de mostrar, salvando las necesarias distancias, que la protección de la salud se podría configurar también como derecho fundamental, atribuyendo, primeramente, su titularidad a todas las personas, por la innegable conexión de la salud con la dignidad humana.

Además, también en la salud se advierte la necesidad de una doble garantía del derecho: por una parte, como derecho fundamental de libertad, reconociendo la posibilidad de rechazar tratamientos sanitarios no deseados, en la línea ya garantizada por los artículos 5 del Convenio de Oviedo (una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento) y 3.2.a de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (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...). Pero, por otra parte, también la fundamentalidad de la salud, como la de la educación, demanda una garantía



prestacional, obligando a los poderes públicos, como ya prevé el vigente artículo 43 CE, a “organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”.

Y si tenemos en cuenta la estructura y contenido de los derechos fundamentales, no encontramos ahí obstáculos insalvables al reconocimiento de la protección de la salud como un derecho fundamental más.

Por una parte, en los derechos fundamentales encontramos la presencia de reglas y principios y, siguiendo a Robert Alexy, se puede afirmar que el aspecto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que estos últimos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por eso se afirma que los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades de hecho sino también de las jurídicas. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser, o no, cumplidas; si una regla es válida, ha de hacerse lo que ella exige, no más o menos.

Y si atendemos a la configuración de nuestro texto constitucional se puede afirmar que no se adscribe ni a un modelo puro de principios ni a un modelo puro de reglas. Si se asumiera un modelo puro de principios todas las normas de derecho fundamental serían meras “normas de principio”, es decir, normas que imponen una protección preferente de los comportamientos descritos de manera muy genérica y abstracta en los enunciados jurídicos constitucionales frente a otros comportamientos con los que entran en conflicto en el seno de las relaciones sociales. Pero si nos acercamos a la norma suprema de nuestro ordenamiento nos encontramos con normas de derechos fundamentales que imponen a los poderes públicos un comportamiento muy preciso y determinado, que no encaja en modo alguno en la tipología de las normas de principio, sino que responden a una regla concreta; por ejemplo: cuando la Norma Fundamental dispone que la enseñanza básica será obligatoria y gratuita (art. 27.4). Aquí no estamos, pues, ante un “mandato de optimización” que pueda realizarse más o menos dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, sino ante un mandato preciso y claro.

Pero las matizaciones anteriores tampoco permiten llegar a la conclusión contraria y colegir que todas las normas de derechos fundamentales responden

al llamado modelo puro de reglas, es decir, a comportamientos precisos de lo que puede, o no, hacerse; así, el mismo artículo 27 CE dispone, de manera principal, que los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca (art. 27.9).

Cabe, pues, configurar la protección de la salud como un derecho fundamental que contenga alguna regla y también uno o varios principios.

Por lo que respecta al contenido de los derechos, éstos hace tiempo que han dejado de ser exclusiva, o principalmente, derechos de libertad, para pasar a tener el contenido que el Estado estime en cada ocasión como más oportuno. Así, en ocasiones, los derechos sí serán, en efecto, derechos de libertad, cuando el Estado pretenda construirse con arreglo a principios liberales y decida dejar al individuo determinadas esferas de *agere licere* en las que no intervenir (separación Estado-Sociedad). En otras ocasiones, sin embargo, el Estado puede conceder a los sujetos derechos para que tomen parte en las decisiones del poder público (participación de la Sociedad en el Estado), creando derechos de participación política; algo que hará, fundamentalmente, cuando desee estructurarse conforme al principio democrático. Finalmente, el Estado puede conceder a los individuos la facultad de exigir del Estado determinadas prestaciones, esto es, puede establecer derechos prestacionales, lo cual hará, sobre todo, cuando se estructure como un Estado Social (intervención del Estado en la Sociedad).

Pues bien, también la protección de la salud puede incluir tanto la garantía de determinadas esferas de libertad (el consentimiento informado sería un ejemplo “clásico”) como la facultad de reclamar de los poderes públicos prestaciones preventivas, curativas y rehabilitadoras.

Pero las objeciones a la fundamentalidad de la protección de la salud no se quedan en planteamientos jurídico-constitucionales sino que incluyen una buena dosis de realismo económico: convertir este principio rector en derecho fundamental podría suponer un notable incremento de los gastos públicos en un contexto, además, de grave crisis económica. Al respecto, y en fecha temprana, advirtió el Tribunal Constitucional que el derecho de los ciudadanos a un sistema público de Seguridad Social está sujeto a “la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales” (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17).

Siendo cierto lo anterior, no lo es menos que, parafraseando el famoso libro de Stephen Holmes y Cass Sunstein<sup>4</sup>, todos los derechos cuestan: el ejercicio de la participación política en los procesos electorales, la tutela judicial efectiva de los juzgados y tribunales, la defensa de la propiedad,... Así, por mencionar algunos datos referidos al gasto público español durante 2016, en sanidad se gastaron 70.635,7 millones de euros, en educación 47.578 millones de euros, en defensa 13.467 millones de euros y en seguridad (fuerzas y cuerpos policiales, sistema penitenciario) 13.600 millones de euros. Además, habría que considerar que hay aspectos del derecho a la protección de la salud que no serían especialmente costosos (por ejemplo, la información necesaria para ejercer el haz de facultades reconocido) y que cabe establecer límites; así, como ya se ha dicho, únicamente se contempla la gratuidad total para la enseñanza obligatoria. En suma, no todas las prestaciones sanitarias deben ser, necesariamente, gratuitas.

Finalmente, y como es conocido, si se pretendiera convertir el principio rector de la política social y económica que es hoy la protección de la salud en un derecho fundamental habría que proceder a una reforma constitucional. La iniciativa (arts. 166 y 87 CE) podrían ejercerla el Gobierno, el Congreso, el Senado y los Parlamentos autonómicos.

Y el procedimiento a seguir sería en el previsto en el art. 168 CE:

“1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.

2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación”.

## 5. ESBOZO DE UN POSIBLE DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y DE OTROS DERECHOS CONEXOS

A efectos meramente especulativos me atrevo a esbozar una de las múltiples redacciones que cabría dar a un eventual derecho fundamental a la protección de la salud.

1. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud.

2. Este derecho comprende el acceso a las prestaciones preventivas, curativas y rehabilitadoras del sistema público, así como la información necesaria para su ejercicio. Las prestaciones serán gratuitas cuando así lo prescriba la Ley y, en todo caso, respecto de las personas que se encuentre en una situación de pobreza.

3. Se garantiza la autonomía del paciente.

4. La Ley regulará las condiciones para el ejercicio de este derecho.

Con esta redacción se garantizaría, en primer lugar, la titularidad general del derecho, incluyendo a personas mayores y menores de edad, españoles y extranjeras y, dentro de las extranjeras, con residencia legal o sin ella.

En segundo lugar, formarían parte del haz de facultades garantizado por el derecho las prestaciones de índole preventiva así como las curativas y reparadoras. Se establece, además, no la gratuidad universal de las prestaciones recibidas pero sí, como mínimo, para las personas que carezcan de recursos y, en caso de que la ley que desarrolle el derecho lo contemple, también para otras situaciones.

En tercer lugar, se acogería con rango iusfundamental el derecho reconocido hoy en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Finalmente, y aunque no sería imprescindible, se incluye un mandato expreso al Legislador para que regule las condiciones en las que se podrá ejercer el derecho.

Otros principios rectores que se podrían catalogar como derechos fundamentales son los relativos a las prestaciones del sistema de Seguridad Social

<sup>4</sup> *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton & Company, 2000.

y a otras prestaciones de carácter social, incluida la atención a las personas en situación de dependencia; también con meros fines de debate se propone la siguiente redacción:

1. Todas las personas tienen derecho a las prestaciones y servicios del sistema de Seguridad Social.
2. Este derecho incluye el acceso a las ayudas económicas y materiales que se establezcan para los casos de enfermedad e incapacidad laboral, desempleo, jubilación, viudedad y orfandad.
3. La Ley regulará las condiciones para el disfrute de estos derechos.
4. Todas las personas tienen derecho a las prestaciones sociales que aseguren unas condiciones mínimas de existencia.
5. Este derecho incluye el acceso a las ayudas económicas y materiales que anualmente se establezcan, que tendrán en cuenta las concretas necesidades y capacidades de la persona o unidad familiar solicitante.
6. A estos efectos, se tendrán en cuenta las especiales necesidades que puedan tener las personas en situación de discapacidad o dependencia.

Cabe mencionar, en el caso de estas segundas prestaciones, la vinculación de las ayudas a las necesidades concretas de la personas o unidad familiar y también el carácter anual de las previsiones, de forma que se pudieran adaptar a las exigencias y posibilidades del momento.

## 6. CONCLUSIONES

1. Los derechos sociales no tienen una estructura esencialmente distinta a los derechos civiles y políticos.
2. Lo que hoy son principios rectores de la política social y económica, como la protección de la salud, pueden pasar a ser derechos fundamentales.
3. La fundamentalidad de la protección de la salud contribuiría a una sociedad más justa e igual; es decir, más digna y menos excluyente.
4. Si la protección de la salud fuera derecho fundamental implicaría la exigibilidad inmediata del derecho.

5. El coste no es una objeción insalvable a la fundamentalidad del derecho a la salud.

6. Por su relevancia para una vida digna el alcance del derecho a la protección de la salud no puede quedar al albur de concretas mayorías parlamentarias.

7. La salud es ya el principio activo de otros derechos fundamentales: derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad,...

8. Si la protección de la salud fuera un derecho fundamental podría incluir información y prestaciones y sería desarrollado legalmente.

9. Lo mismo podría ocurrir con las prestaciones de la Seguridad Social y con otras prestaciones de índole social, que, asimismo, serían desarrolladas legalmente.

10. La inclusión de la salud como derecho fundamental exigiría una reforma de la Constitución por la vía agravada del artículo 168.

## 7. BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA

- BASTIDA FREIJEDO Y OTROS: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo (director): *Protección de la salud: IV informe sobre derechos humanos*, Federación Iberoamericana de Ombudsman, Trama, 2006.
- GARCÍA AMEZ, Javier: “El acceso a la salud como derecho humano: los medicamentos esenciales”, en MOURA DE ARAUJO, D., SILVA JÚNIOR, D. y MARTÍNEZ-ZAPORTA ARÉCHAGA (Coords.): *Direitos humanos universais*, Vol. III, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, pp. 141-151.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda: “El derecho a la salud: un nuevo derecho de libertad” en DELGADO BUENO, S. y BANDRÉS MOYA, F. (Coords.): *Tratado de medicina legal y ciencias forenses. Derecho sanitario y medicina legal en el trabajo*, Tomo 1, Volumen 1, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 3-17
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass: *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton & Company, 2000.

- LEÓN ALONSO, Marta: *La protección constitucional de la salud*, La Ley, 2010.
- REY MARTÍNEZ, Fernando “Protección de la salud, atención primaria y derechos fundamentales”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 41, 2018, pp. 281-296.
- TENORIO SÁNCHEZ, Pedro: “Derecho constitucional a la protección de la salud” en ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. y VIDAL PRADO, C. (coords.): *La Constitución española: 1978-2018*, Lefebvre El Derecho, Madrid, 2018, pp. 433-446.

# LOS REMEDIOS FRENTE AL ABUSO EN EL NOMBRAMIENTO DEL PERSONAL ESTATUTARIO TEMPORAL DE LOS SERVICIOS DE SALUD

*David Ordóñez Solís*

*Magistrado, doctor en Derecho*

*Miembro de la Red de Expertos en Derecho de la  
Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial*

**SUMARIO:** 1. Introducción; 2. La transposición de la directiva europea en materia de abuso en el nombramiento del personal estatutario temporal: las incompletas soluciones normativas; 3. La lucha contra el abuso en el empleo temporal del personal sanitario: las soluciones jurisprudenciales según el Tribunal de Justicia; 4. La lucha contra el abuso en el nombramiento del personal estatutario temporal: las soluciones jurisprudenciales españolas; 5. Conclusión; 6. Jurisprudencia: 6.1 Jurisprudencia europea, 6.2 Jurisprudencia española; 7. Bibliografía.

## RESUMEN

La temporalidad del desempeño y la rigidez del estatuto del personal de los servicios de salud son dos características que impiden el cumplimiento de la Directiva 1999/70/CE relativa al acuerdo sobre el trabajo de duración determinada. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido una especial repercusión en la resolución de los litigios por los tribunales españoles en lo que se refiere al encadenamiento fraudulento de nombramientos temporales. Estas circunstancias han creado, no obstante, un desconcierto que está en vías de solución por la doctrina del Tribunal Supremo.

## PALABRAS CLAVE

Personal estatutario, personal temporal, Contrato de duración determinada, Directiva, Jurisprudencia europea, Igualdad, nombramiento abusivo.

## ABSTRACT

Temporariness and rigidity of the public health services employees are very common in Spain and they are preventing to fulfil the European Directive 1999/70/EC concerning the framework agreement on fixed-term work. The case law delivered by the Court of Justice of the European Union has affected substantially the way of adjudicating the claims brought before the Spanish Courts based on abuse arising from the use of successive fixed-term employment contracts. Supreme Court jurisprudence will be of great value in order to overcome the confusion produced by these circumstances.

## KEYWORDS

Temporary worker, Public health services employee, Directive, European Case-law, Equality, Abuse of successive contracts.

## 1. INTRODUCCIÓN

La gestión del personal de los Servicios de Salud en España presenta dos problemas que, probablemente, tengan una íntima relación: la temporalidad del desempeño y la rigidez del estatuto<sup>1</sup>.

Por una parte, la temporalidad de los empleados públicos de salud en España es preocupante hasta el punto de haber llegado al 33% en 2016<sup>2</sup>. Por tanto, un tercio de este tipo de empleos tiene un nombramiento como eventual, interino o por sustitución, por utilizar las tres categorías de personal temporal que establece el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud<sup>3</sup>.

Y, por otra parte, la rigidez es evidente en el estatuto de los empleados públicos de salud, mayoritariamente personal estatutario, además de algunos funcionarios y laborales, en la medida en que, a partir del Estatuto marco de 2003, se les ha conferido un régimen equiparable, incluso jurisdiccionalmente desde 2005, al de los funcionarios públicos<sup>4</sup>. Así pues, en la adquisición de la condición de personal estatutario y en el desempeño de tales funciones es relevante y se aplica el artículo 23.2 de la Constitución española conforme al cual los ciudadanos «tienen derecho a acceder en

condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes».

La solución de esta relación perversa entre temporalidad y rigidez se ve obstaculizada por las limitaciones presupuestarias impuestas a las Administraciones españolas en los últimos años en el marco de la Unión Económica y Monetaria de la Unión Europea.

La Directiva 1999/70 adoptó el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada cuya finalidad es, como manifestaron los interlocutores sociales europeos y se recoge en el preámbulo de la norma, «la aplicación del principio de no discriminación, y su voluntad de establecer un marco para impedir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o de relaciones laborales de este tipo»<sup>5</sup>.

El Acuerdo, contenido en la Directiva, tenía que haberse incorporado a los ordenamientos nacionales y, en particular al Derecho español, el 10 de julio de 2001. Debido, fundamentalmente, a la falta de transposición apropiada, la Directiva ha sido interpretada intensamente por el Tribunal de Justicia en más de 40 sentencias y autos interpretativos que afectan de manera especial a países como España (21), Italia (13) y Grecia (4). También están pendientes de resolución diez cuestiones prejudiciales procedentes de tribunales españoles (9) e italianos (1)<sup>6</sup>.

La anterior jurisprudencia se aplica a distintas situaciones, en particular, para obtener una práctica equiparación entre empleados fijos y temporales (cláusula 4 del Acuerdo) y para luchar contra los abusos en la contratación temporal (cláusula 5 del Acuerdo). Asimismo, tanto la Directiva como la jurisprudencia se aplican a los empleados públicos. Sin embargo y a pesar de la claridad de la norma europea, de la profusión de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en España su aplicación, especialmente en el ámbito del empleo público, ha generado numerosos litigios y especiales resistencias que han sido combatidas y superadas mediante la adopción de leyes<sup>7</sup> o con la ayuda del mismo Tribunal Constitucional

1 De acuerdo con las estadísticas oficiales, en 2016 había contabilizados como empleados de las Instituciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud un total de 490.509 personas, lo que suponía un 19,44% del total de empleados públicos; véase en Ministerio de Hacienda y Función Pública, *Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Madrid, enero de 2017, p. 29. No obstante, el reparto de este tipo de empleados públicos como estatutarios, funcionarios o laborales varía por comunidad autónoma. El reparto que hacen las mismas estadísticas, *ibidem*, p. 32, son: funcionarios, 289.492; laborales, 16.320; y otro personal, 184.697 empleados.

2 MARTÍNEZ MATUTE, Marta, y Javier J. PÉREZ, *La evolución del empleo de las Administraciones Públicas en la última década*, *Boletín estadístico* nº 4/2017, Banco de España, Madrid, 7 de noviembre de 2017, p. 9. Según los datos de Eurostat, el empleo temporal involuntario en 2017 en España superó el 22% mientras que la media en la Unión Europea alcanzaba el 7,5%.

3 Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (*BOE* núm. 301, de 17 de diciembre de 2003).

4 Tribunal Supremo (Sección del art. 42), auto de 20 de junio de 2005, recurso nº 48/2004, ES:TS:2005:7784A, ponente: Herrero Pina (carácter funcional de la relación estatutaria). El Tribunal Supremo argumenta: «la referida Ley 55/2003 configura la relación del personal estatutario con la Administración sanitaria a través de los distintos Servicios de Salud, como una relación funcional, es decir, una relación de naturaleza claramente administrativa, cuya generación, desarrollo, efectos y extinción se sujeta al derecho administrativo, y en consecuencia, los conflictos que surjan entre las partes, por su naturaleza administrativa, quedan sujetos a la revisión por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de acuerdo con las previsiones generales de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

5 Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CÉS, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (*DOUE* núm. 175, de 10 de julio de 1999, p. 43).

6 Véase el listado del apartado 6.

7 Ley andaluza 2/2016, de 11 de mayo, por la que se modifica la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía (*BOE* núm. 129, de 28 de mayo de 2016).

español<sup>8</sup> y están a la espera de lo que diga el Tribunal Supremo, tanto la Sala de lo Social como la Sala de lo Contencioso-administrativo, que, a su vez y para resolver el problema interpretativo han terminado acudiendo por vía prejudicial al Tribunal de Justicia<sup>9</sup>.

Por eso me propongo abordar únicamente la cuestión del abuso en el nombramiento del personal temporal y lo restrinjo, en particular, al personal estatutario<sup>10</sup>. A tal efecto, es inevitable partir del problema de la transposición de la Directiva en ese exclusivo ámbito, para analizar la jurisprudencia específica del Tribunal de Justicia en lo que se refiere al personal estatutario de salud, para terminar con las soluciones judiciales, o pendientes de resolver, también en lo que se refiere al personal estatutario de los servicios de salud de las Administraciones españolas.

## **2. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EUROPEA EN MATERIA DE ABUSO EN EL NOMBRAMIENTO DEL PERSONAL ESTATUTARIO TEMPORAL: LAS INCOMPLETAS SOLUCIONES NORMATIVAS**

La Directiva europea es una respuesta muy precisa a lo que se presenta como un problema de nuestro tiempo. Ahora bien, la armonización legislativa establecida para 28 Estados miembros confiere a los legisladores nacionales un amplio margen de

---

8 TC (Pleno), sentencia nº 232/2015, de 5 de noviembre de 2015, ES:TC:2015:232, ponente: Enríquez Sancho (amparo por no aplicación de la *jurisprudencia Lorenzo Martínez* en materia de sexenios de funcionarios docentes). Previamente y en una situación similar, la actitud había sido totalmente pasiva: TC (Pleno), sentencia nº 212/2014, de 18 de diciembre de 2014, ponente: González-Trevijano Sánchez (aplicación de la *jurisprudencia Rosado Santana* del Tribunal de Justicia y cuestión prejudicial).

9 TS (Sala Social), auto de 25 de octubre de 2017, de Diego Porrás II (indemnización por cese de personal temporal), recurso 3970/2016, ponente: Arastey Sahún, registrado como asunto C-619/17 en el Tribunal de Justicia; y TS (Sala C-A), auto de 4 de mayo de 2018, Aragón Carrasco / Consejo General del Poder Judicial (indemnización por cese de personal eventual de confianza), recurso nº 326/2017, ponente: Maurandi Guillén, registrado como C-367/18 en el Tribunal de Justicia.

10 Para un análisis y bibliografía más amplios, véanse mis estudios «Empleados públicos, administraciones españolas y jurisprudencia europea», *Actualidad administrativa* nº 3/2012, pp. 272-287; «Empleo público y jurisprudencia europea: los efectos innovadores en el estatuto del empleado público en España», *Revista Aranzadi Unión Europea* nº 10/2013, pp. 26-58; «El empleo público temporal en la Directiva 1999/70/CE y el ordenamiento español», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 127, 2017, pp. 227-253; y «La transformación del empleo público en España a través de la jurisprudencia europea: igualdad, derechos sociales y temporalidad», *REGAP: Revista galega de administración pública* nº 54, 2017, pp. 101-124.

discrecionalidad de tal modo que la falta de incorporación plantea problemas de cuál debe ser la solución aplicable en cada ordenamiento nacional.

Esto significa que el legislador nacional puede elegir alguna de las tres soluciones propuestas. De hecho, el Acuerdo exige de los legisladores nacionales el cumplimiento de esta obligación en los siguientes términos:

Cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

El Tribunal de Justicia ha señalado que esta cláusula 5 del Acuerdo adoptado por la Directiva no tiene efecto directo. Ya en la *sentencia Impact* distinguía claramente entre el efecto directo de la cláusula 4.1 del Acuerdo («es, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y lo suficientemente precisa para poder ser invocada por un particular ante un tribunal nacional») y la falta de efecto directo de la cláusula 5.1 («no es posible determinar suficientemente la protección mínima que debería aplicarse»)<sup>11</sup>.

El legislador español no ha abordado directamente esta cuestión lo que, en realidad, plantea numerosos problemas de los cuales me refiero a tres: la posibilidad de que se necesite recurrir a los empleados estatutarios temporales, las vías normativas que se pueden ensayar y, en fin, la dificultad de sustituir un sistema normativo y convencional, como es el que regula al personal estatutario, por soluciones judiciales que por su propia naturaleza son singulares.

En primer lugar, es preciso subrayar que no toda contratación temporal de personal es abusiva. De hecho, el mismo Acuerdo señala expresamente: «los

---

11 TJCE (Gran Sala), sentencia de 15 de abril de 2008, *Impact*, C-268/06, EU:C:2008:223 (empleados públicos no funcionarios en Irlanda con contratos temporales), apartados 68 y 78.

contratos de duración determinada son característicos del empleo en algunos sectores, ocupaciones y actividades y que pueden convenir tanto a los empresarios como a los trabajadores». En consecuencia, lo que se pretende es atajar los abusos y no demonizar todo tipo de contrato de duración determinada.

Por eso como ocurre con otro sector importante para el empleo público, el de la enseñanza no universitaria, con un porcentaje muy alto de un 22% de todo el empleo público en España y también con un elevado grado de temporalidad, es posible que la sanidad tenga necesidad de numeroso personal temporal, precisamente en lo que se refiere a los interinos y sustitutos, e incluso eventuales.

En segundo lugar y en el ámbito del personal estatutario, ha de tenerse en cuenta que al referirse al personal temporal eventual el Estatuto marco establece en el artículo 9.3.3:

Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro.

No me parece que con esta previsión se haya cumplido la obligación de transponer la Directiva porque, simplemente y como es obligatorio, debería señalarse en la propia norma nacional de incorporación, pero quizás sea esta previsión lo que más se asemeja a un intento de atajar los abusos en la temporalidad en el sector público.

Por tanto, puede considerarse que, a diferencia de lo que ocurre con otros sectores del empleo público, un cierto porcentaje del empleo público estatutario tendrá que ser temporal sin que, por tanto y en principio, se pueda apreciar abuso. Además, la vía del artículo 9.3.3 del Estatuto marco puede ser muy indicativa de las vías de solución o de transposición de la Directiva.

En tercer lugar, el personal temporal estatutario ha conseguido, dependiendo de cada Administración autonómica competente, obtener un verdadero estatuto con reglas muy detalladas y, en la medida de lo posible, equilibradas, resultado de la negociación colectiva<sup>12</sup>. La introducción de singularidades acaba-

ría con el sistema establecido. En efecto, cualquier solución individual obtenida a golpe de sentencia no puede olvidar el contexto convencional de las relaciones estatutarias temporales pues de otra manera supondría la introducción de elementos distorsionadores y creadores, a la postre, de desigualdades entre el propio personal estatutario temporal.

La solución que propongo es que se adopte una regulación específica para luchar contra el abuso en los nombramientos del personal estatutario de salud que tenga en cuenta o sea coherente con el estatuto básico del empleado público español. La regulación puede completarse con una mejora y una simplificación de los respectivos pactos autonómicos sobre el personal estatutario que refuerce la lucha contra el abuso en la contratación pública, sin perjuicio de comprender que una parte del personal estatutario de salud tendrá que ser necesariamente temporal.

Si hay transposición correcta de la Directiva, aquí se acaba el problema interpretativo y jurisprudencial. Porque los jueces ya no tendrán que buscar soluciones imaginativas como podemos comprobar a continuación en que, en realidad, el problema empieza cuando los jueces se ven forzados a elegir una solución disuasoria y efectiva.

### 3. LA LUCHA CONTRA EL ABUSO EN EL EMPLEO TEMPORAL DEL PERSONAL SANITARIO: LAS SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES SEGÚN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

La intervención de los jueces nacionales se debe a que en determinados países no se ha incorporado apropiadamente la Directiva que proscribe el abuso en el nombramiento del personal estatutario temporal. Por tanto y, como señala la jurisprudencia del Tribunal de Justicia habrá que buscar soluciones efectivas y disuasorias.

Un repaso de toda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea permite observar las soluciones que se ofrecen para luchar contra el abuso en la contratación temporal en relación con el personal estatutario de los servicios de salud. Sería de interés, a la vista de las *sentencias Pérez López*<sup>13</sup>,

12 Tal es el caso en Asturias del Pacto sobre contratación de personal temporal del Servicio de Salud del Principado de Asturias, en vigor desde el 1 de diciembre de 2001 y que ha sido

adaptado en numerosas ocasiones; que se completa con el Pacto sobre la situación de promoción interna temporal del personal estatutario del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

13 TJUE, sentencia de 14 de septiembre de 2016, Ma-



Martínez Andrés<sup>14</sup> y Vernaza Ayovi<sup>15</sup>, apuntar las siguientes precisiones.

En primer lugar, aun cuando se trate de empleados públicos también a estos se les aplica la Directiva 1999/70.

Así lo ha recordado el Tribunal de Justicia en la *sentencia del Cerro Alonso* donde se explica: «la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco se aplican a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral de duración determinada que los vincule a su empleador»; por si hubiese alguna duda respecto del personal estatutario, añade el Tribunal de Justicia: «La mera circunstancia de que un empleo sea calificado como «de plantilla» con arreglo al Derecho nacional y presente alguno de los elementos que caracterizan a la función pública del Estado miembro de que se trate carece de relevancia a este respecto, so pena de desvirtuar gravemente la eficacia de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco así como la aplicación uniforme de éstos en los Estados miembros, reservando a estos últimos la posibilidad de excluir a su arbitrio a determinadas categorías de personas del beneficio de la protección requerida por estos instrumentos comunitarios»<sup>16</sup>.

En segundo lugar, las soluciones frente al abuso pueden ser distintas para los empleados públicos y para los trabajadores en el sector privado.

Se trata de una precisión muy importante que también reitera el Tribunal de Justicia en la *sentencia Pérez López* que inadmite una de las preguntas del Juzgado madrileño en la que compara la denegación de toda indemnización por cese al personal estatutario temporal eventual, mientras que, no obstante, esta indemnización se concede a la finalización del contrato de los trabajadores comparables con contrato de trabajo eventual.

---

ría Elena Pérez López / Servicio Madrileño de Salud, C-16/15, EU:C:2016:679 (contratos de duración determinada y nombramientos sucesivos de personal estatutario temporal).

14 TJUE, sentencia de 14 de septiembre de 2016, Florentina Martínez Andrés / Servicio Vasco de Salud, y Juan Carlos Castrejana López / Ayuntamiento de Vitoria, C-184/15 y C-197/15, EU:C:2016:680 (contratos de duración determinada, personal estatutario temporal y funcionario municipal).

15 TJUE, sentencia de 25 de julio de 2018, Gardenia Vernaza Ayovi / Consorci Sanitari de Terrassa, C-96/17, EU:C:2018:603 (personal laboral indefinido de las Administraciones sanitarias con y sin proceso selectivo).

16 TJCE, sentencia de 13 de septiembre de 2007, del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartados 28 y 29 (los trienios del personal estatutario de salud en el País Vasco).

El Tribunal de Justicia considera que no cabe comparar situaciones diferentes: «una posible diferencia de trato entre determinadas categorías de personal con contratos de duración determinada [...] que no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su carácter funcional o laboral, no está incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo marco» (apartado 66).

En la *sentencia Martínez Andrés* también le recuerda el Tribunal de Justicia al Tribunal vasco que la Directiva no impide que «la apreciación de la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en función del sector o categoría en que esté incluido el personal afectado, siempre que el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate cuente con otra medida efectiva para sancionar los abusos en dicho sector o categoría de personal» (apartado 48).

En la *sentencia Vernaza Ayovi*, referida a la aplicación de la cláusula 4 del Acuerdo, el Tribunal de Justicia admite las razones apuntadas por el Gobierno español de que la superación de una oposición justifica conceder más garantías al personal laboral fijo, como el derecho de permanencia en el puesto, que al personal laboral temporal o al indefinido no fijo (apartado 43).

Esto determina que, a juicio del Tribunal de Justicia y después de referirse expresamente al Estatuto Básico del Empleado Público, «las consideraciones de imparcialidad, eficacia e independencia de la Administración implican una cierta permanencia y estabilidad en el empleo» y estas mismas «consideraciones, que no tienen equivalente en el Derecho laboral común, explican y justifican los límites a la facultad de extinción unilateral de los contratos impuestos a los empleadores públicos y, en consecuencia, la decisión del legislador nacional de no concederles la facultad de elegir entre readmisión e indemnización del perjuicio sufrido a causa de un despido improcedente» (apartado 46).

Debe notarse que en la *sentencia Vernaza Ayovi* el Tribunal de Justicia se separa de las Conclusiones de la abogada general, Juliane Kokott, que había reputado las alegaciones del Gobierno español poco convincentes<sup>17</sup>.

---

17 Conclusiones de la Abogada General J. Kokott, de 25 de enero de 2018, Gardenia Vernaza Ayovi / Consorci Sanitari de Terrassa, C-96/17, EU:C:2018:43, apartado 88, donde

En tercer lugar, el abuso debe corregirse por las autoridades nacionales competentes pero teniendo en cuenta las particularidades que, por ejemplo, presentan los ámbitos de la salud y de la educación.

Por lo que se refiere al ámbito de la salud, el Tribunal de Justicia ha señalado en la *sentencia Pérez López*: «en una Administración que dispone de numeroso personal, como el sector de la sanidad pública, es inevitable que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales a causa, en particular, de la indisponibilidad de miembros del personal en situación de baja por enfermedad, de permiso de maternidad o de permiso parental u otras. La sustitución temporal de trabajadores en esas circunstancias puede constituir una razón objetiva en el sentido de la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo marco, que justifica tanto la duración determinada de los contratos concluidos con el personal sustituto como la renovación de esos contratos en función de nuevas necesidades, a reserva del cumplimiento de las exigencias fijadas para ello por el Acuerdo marco» (apartado 45).

Del mismo modo y respecto del sector sanitario, el Tribunal de Justicia puntualiza también en la *sentencia Pérez López*: «la obligación de organizar los servicios de salud de forma que se garantice la adecuación constante entre el personal sanitario y el número de pacientes incumbe a la Administración pública, y depende de un gran número de factores que pueden reflejar una necesidad particular de flexibilidad que, con arreglo a la jurisprudencia recordada en el apartado 40 de la presente sentencia, puede justificar objetivamente en este sector específico, a la luz de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco, el recurso a sucesivos nombramientos de duración determinada» (apartado 46).

En cuarto lugar, las soluciones al abuso deben materializarse en respuestas jurisprudenciales efectivas y disuasorias. Es decir, ante la pasividad del

---

argumenta, en términos no asumidos por el Tribunal de Justicia, lo siguiente: «En primer lugar, por su propia naturaleza, la aplicación del principio de no discriminación hace ante todo que las ventajas que se limitaban a un grupo muy concreto de personas se extiendan a otro grupo de personas (las discriminadas). En segundo lugar, siempre debe examinarse concretamente, atendiendo a un centro de trabajo determinado, si se produjo realmente una discriminación de los trabajadores temporales, y no en abstracto y de forma general en referencia a todos los trabajadores de un Estado miembro (véase al respecto la cláusula 4, apartado 1, en relación con la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo Marco). Y, en tercer lugar, según la jurisprudencia, una diferencia de trato entre trabajadores temporales y fijos no puede justificarse por el hecho de que esté prevista en una norma jurídica nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo».

corresponde al juez nacional decidir cuáles son las medidas aplicables contra el abuso en la contratación temporal.

En la *sentencia Martínez Andrés* el Tribunal de Justicia establece a modo de principio: «el tribunal nacional debe cerciorarse de que todos los trabajadores con contratos «de duración determinada» [...] puedan conseguir que se apliquen a su empleador las sanciones previstas por la normativa nacional cuando han sufrido abusos a consecuencia de la utilización de sucesivos contratos, y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno».

Y el Tribunal de Justicia considera que «la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco» (apartado 53).

#### 4. LA LUCHA CONTRA EL ABUSO EN EL NOMBRAMIENTO DEL PERSONAL ESTATUTARIO TEMPORAL: LAS SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES ESPAÑOLAS

Las soluciones de los tribunales españoles, inspirados por la jurisprudencia europea, han sido realmente variadas. Esto se explica por el hecho de que para realizar las mismas funciones el empleado público pueda tener una relación de naturaleza estatutaria, funcionarial o laboral.

Consecuentemente, la solución de los problemas laborales de estos tres colectivos viene dada por el tratamiento que recibe en dos jurisdicciones no siempre convergentes como es la jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa.

En la jurisdicción social la cuestión más controvertida se refiere a la indemnización procedente en el caso de los contratos temporales en el intento de equipararlos, a efectos de cese, con los contratos indefinidos. Las dudas derivan de la interpretación que se hace de la cláusula 4 en la *sentencia de Diego Porras*<sup>18</sup> en relación con la regulación española

---

18 C-619/17, de *Diego Porras II*, iniciado como consecuencia del reenvío prejudicial contenido en el auto de 25 de octubre de 2017, recurso 3970/2016, ponente: Arastey Sahún, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo español., La Sala

que no prevé indemnización alguna para los contratos laborales de interinidad o la indemnización por terminación de determinados contratos temporales sería inferior a la que corresponde a la terminación de contratos laborales fijos o temporales por causas objetivas. No obstante, esta jurisprudencia ha sido matizada en relación con la menor indemnización que corresponde a un contrato de relevo, *sentencia Grupo Norte Facility*<sup>19</sup>, e incluso la no indemnización de un contrato laboral de interinidad, *sentencia Montero Mateos*<sup>20</sup>.

En cambio, en la jurisdicción contencioso-administrativa, el Tribunal Supremo ha empezado a buscar la solución a los casos de abusos en la contratación temporal que habían resuelto en instancia la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el *asunto Martínez Andrés*<sup>21</sup> y el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Madrid en el *asunto Pérez López*<sup>22</sup>. Ante el Tribunal de Justicia ha presentado cuestión prejudicial el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 8 de Madrid en el *asunto Sánchez Ruiz / Servicio Madrileño de Salud*<sup>23</sup>.

---

de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha remitido una cuestión prejudicial prácticamente en los mismos términos que la Sala de lo Social en cuanto se refiere a la indemnización por el cese del personal eventual de órganos constitucionales, en este caso nombramientos de cargos de confianza política en un órgano constitucional; auto de 4 de mayo de 2018, Aragón Carrasco / Consejo General del Poder Judicial, recurso nº 326/2017, ponente: Maurandi Guillén.

19 TJUE, (Gran Sala), sentencia de 5 de junio de 2018, Grupo Norte Facility, C-574/16, EU:C:2018:390 (indemnización por terminación de contrato laboral de relevo inferior a la indemnización por causas objetivas).

20 TJUE, (Gran Sala), sentencia de 5 de junio de 2018, Montero Mateos, C-677/16, EU:C:2018:393 (contrato laboral de interinidad sin indemnización). En esta sentencia parece establecerse una 'pasarela' de la cláusula 4 a la cláusula 5, al concluir el Tribunal de Justicia la conformidad de la legislación española con la Directiva pero advertirle al juez madrileño que compruebe, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, si ha lugar a recalificarlo como contrato fijo (apartado 64).

21 TS (Sala C-A, Sección 1ª), auto de 30 de mayo de 2017, recurso nº 785/2017, ES:TS:2017:5070A, ponente: Menéndez Pérez (admisión de recurso de casación sobre utilización abusiva de una relación de servicios con sucesivos nombramientos temporales en el asunto Martínez Andrés). Este recurso fue resuelto por la sentencia de 26 de septiembre de 2018, ES:TS:2018:3250, ponente: Menéndez Pérez.

22 Juzgado CA nº 4 de Madrid, sentencia de 21 de septiembre de 2016, recurso nº 371/2013, ES:JCA:2016:1717, magistrado Gómez Iglesias (resuelve el *asunto Pérez López*).

23 C-103/18, *Domingo Sánchez Ruiz / Servicio Madrileño de Salud*, Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 8 de Madrid; el auto de 30 de enero de 2018 (magistrada Monreal Díaz) plantea los efectos del abuso en el nombramiento de per-

El asunto Pérez López frente al Servicio Madrileño de Salud lo planteó una enfermera del Hospital Gregorio Marañón que había sido nombrada estatutaria eventual en 2009 permaneciendo ininterrumpidamente en esa misma situación mediando nueve nombramientos sucesivos e idénticos hasta 2013 en que cesa y se la vuelve a nombrar en el puesto donde permanecía cuando presentó la demanda.

A la vista de la respuesta del Tribunal de Justicia, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo anuló el cese de 2013 y declaró que los sucesivos nombramientos como personal estatutario sanitario de carácter eventual fueron realizados en fraude de ley y que la relación que desde ahora mantiene con la Administración demandada es de interinidad.

El juez madrileño explica que la solución de nombramiento como interina produce el mismo efecto que en el ámbito laboral la calificación como indefinido no fijo pues «ese mismo efecto se consigue transformando el nombramiento de carácter eventual en otro de carácter interino, pues de esta forma el profesional que cubre un determinado puesto vacante, que existe de hecho, permanece en esa situación indefinida hasta que el puesto se cubra con carácter fijo a través de los procedimientos de concurrencia competitiva o cuando la plaza resulte amortizada»<sup>24</sup>.

---

sonal estatutario interino, más de 17 años como administrativo, y parece propugnar una transformación del estatutario temporal en estatutario fijo o, al menos, indefinido. La misma juez sustituta planteó, mediante el auto de 16 de febrero de 2018 (magistrada Monreal Díaz), una pregunta complementaria en el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 14 de Madrid, C-177/18, *Almudena Baldonado Martín / Ayuntamiento de Madrid*, desde la perspectiva de la cláusula 4ª del Acuerdo con la que pretende del Tribunal de Justicia una respuesta sobre la indemnización para el caso de que el empleador público 'no dé fijeza al trabajador', en este caso una funcionaria interina de jardinería durante casi ocho años.

24 En un sentido muy similar, véase, por ejemplo, TSJ Madrid (Sala CA, Sección 7ª), sentencia de 7 de octubre de 2016, recurso nº 82/2016, ES:TSJM:2016:10741, ponente: I. del Riego Valledor (personal estatutario temporal). El Tribunal madrileño razona en estos términos: «el Tribunal de la Unión Europea no está recomendando la aplicación en estos casos de la figura del trabajador indefinido no fijo, sino contestando a una concreta pregunta, a saber, si asimilar al trabajador indefinido la situación de aquellos trabajadores estatutarios eventuales abusivamente prorrogados podría ser una medida apta. Por lo tanto, su respuesta solo puede entenderse como afirmativa para el caso de que tal figura pudiera ser aplicable, lo que no parece posible en ámbito de las relaciones estatutarias. En primer lugar y fundamentalmente al ser una figura existente exclusivamente en el ámbito laboral, no siendo de aplicación al personal estatutario (artículo 20 del Estatuto Marco) y en segundo lugar porque lo que el actor solicita es una declaración de interinidad, no de fijeza indefinida. Por ello la solución de origen jurisprudencial referida al personal fijo indefinido resulta inaplicable, salvo claro está que se demostrase no ya la existencia de un fraude en la duración del contrato sino también de su propia naturaleza

Del caso *Martínez Andrés* conoció en instancia el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 6 de Bilbao, fue resuelto en apelación y después de acudir por vía prejudicial a Luxemburgo, por el Tribunal Superior de Justicia vasco y acaba de ser resuelto en casación por el Tribunal Supremo.

El Juzgado de Bilbao desestimó el recurso de una auxiliar administrativo del Servicio Vasco de Salud que había sido nombrada estatutaria eventual desde el 2 de febrero de 2010 hasta el 1 de octubre de 2012, mediando entre el nombramiento y el cese trece prórrogas.

A la vista de la respuesta del Tribunal de Justicia de su cuestión prejudicial, la Sala vasca consideró que la sucesión de nombramientos de que había sido objeto la apelante fue abusiva por lo que, «la solución al caso consiste en aplicar la misma jurisprudencia consolidada en el Orden Jurisdiccional Social respecto de la utilización abusiva de contrataciones temporales de empleados públicos, esto es, anular la extinción y considerar la relación como indefinida no fija, por lo tanto, prolongada la misma en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza».

Aun cuando no traslada su argumentación al fallo, la misma Sala vasca también indica respecto de la Sra. Martínez Andrés: «En el supuesto de resultar necesario su cese, justificado este, percibirá la interesada la indemnización señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales. Y todo ello en razón a que del Auto antes citado se infiere que la actora fue nombrada sin atender a los límites objetivos que configuran el nombramiento de naturaleza temporal».

No obstante, el Tribunal Supremo, al admitir el recurso de casación en 2017, se propuso responder estas dos cuestiones:

1ª. Si, constatada una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 EMPE, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15), la única solución jurídica aplicable es la conversión del personal estatutario eventual en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, o bien si cabe afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras medidas de aplicación

preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal.

2ª. Con independencia de la respuesta que se ofrezca a la cuestión anterior, si el afectado por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento.

Asimismo, es muy revelador el ámbito normativo al que se ajustará la respuesta del Tribunal Supremo y que especifica en el auto de admisión: los artículos 2.2 y 9.3 del Estatuto Marco, el artículo 2.3 EBEP y el artículo 135 de la Constitución<sup>25</sup>.

En definitiva, el Tribunal Supremo pretende afinar las consecuencias de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia determinando, a falta de una transposición normativa de la Directiva, las medidas efectivas y disuasorias con las que los jueces deben luchar contra el abuso en el nombramiento del personal estatutario. El margen que tiene el Tribunal Supremo, a la hora de resolver definitivamente el asunto Martínez Andrés, resulta muy estrecho pero es, desde luego, de gran importancia: cuál es la respuesta judicial española efectiva y disuasoria frente a los abusos en el nombramiento del personal estatutario y hasta que haya una apropiada transposición de la cláusula 5 del Acuerdo contenido en la Directiva 1999/79/CE.

El Tribunal Supremo acaba de resolver, el 26 de septiembre de 2018, el recurso de casación y, básicamente, llega a la conclusión de que en el caso de que haya habido abuso “la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal estatutario temporal de carácter eventual de los servicios de salud en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria cumpla en debida forma lo que ordena la

estatutaria, y se declarase la existencia de un vínculo laboral, pronunciamiento que no ha sido solicitado».

25 TS (Sala C-A, Sección 1ª), auto de 13 de junio de 2017, recurso nº 1305/2017, ES:TS:2017:5796A, ponente: Menéndez Pérez (admisión de recurso de casación sobre utilización abusiva de una relación de servicios con sucesivos nombramientos temporales en el asunto Castrejana López); en este caso la norma que se pretende interpretar es también el artículo 10 EBEP. También el TS (Sala C-A, Sección 1ª), auto de 12 de junio de 2017, recurso 732/2017, ES:TS:2017:6109A, ponente: Cudero Blas (cese de personal estatutario eventual del Servicio de Salud de Castilla y León) se refiere al mismo problema interpretativo en el ámbito estatutario y establece como normas objeto de interpretación artículo 10 EBEP, el artículo 9 del Estatuto Marco y los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil. Este recurso de casación fue resuelto por la sentencia de 26 de septiembre de 2018, ES:TS:2018:3251, ponente: Menéndez Pérez.

norma de carácter básico establecida en el art. 9.3, último párrafo, de la Ley 55/2003, de 16 diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud”.

## 5. CONCLUSIÓN

Cada uno de los poderes del Estado debe asumir sus funciones y cumplir sus obligaciones. En materia de temporalidad del personal estatutario y, más en particular, cuando se produce un abuso en el nombramiento de este tipo de empleados públicos es preciso recordar las obligaciones de los legisladores, estatal y autonómicos, de los interlocutores sociales y, desde luego, de los jueces.

Ciertamente estas obligaciones deben cumplirse en un marco particularmente rígido porque ha tenido en cuenta como modelo de gestión de la sanidad el sistema funcionarial, encargándose precisamente el control de la gestión a los jueces de lo contencioso-administrativo cuyos parámetros y cuyas herramientas de control no siempre se corresponden con las necesidades de la gestión del personal sanitario.

Ahora bien, debe recordarse que las esencias constitucionales que deben salvaguardar los jueces están vinculadas al principio de igualdad, mérito y capacidad, especialmente en el acceso y también en el desempeño del servicio público sanitario, en los términos admitidos con claridad por el propio Tribunal de Justicia en su *sentencia Vernaza Ayovi*.

Pero, al mismo tiempo, una lucha decidida contra el abuso en el nombramiento de personal estatutario temporal no puede dejar de tener en cuenta que el servicio público sanitario, por su magnitud, con cerca de medio millón de empleados públicos, como ocurre prácticamente en términos similares con la enseñanza no universitaria, también requiere un importante número de empleados temporales.

Así pues, el legislador estatal debe cumplir su obligación de transponer la Directiva, lo que debería completarse en su caso con la intervención de los legisladores autonómicos que deben llevar a cabo el mandato de la legislación básica y desarrollarla de una manera coherente y razonable. En fin, el marco normativo estaría incompleto si no se tuviesen en cuenta los desarrollos convencionales con los que los interlocutores sociales y la Administración han tratado de ordenar y que, en definitiva, supone poner un cierto orden para asegurar el principio de igualdad y mérito en el acceso al empleo público temporal.

Los jueces deben asegurar la aplicación del Acuerdo contenido en la Directiva pero deben hacerlo teniendo en cuenta la legislación aplicable en su totalidad. En este sentido parece lógico que la jurisdicción contencioso-administrativa haga un ejercicio de medida procurando evitar que en numerosos casos permitan que se cumpla el refrán de que a río revuelto, ganancia de pescadores.

## 6. JURISPRUDENCIA

### 6.1 Jurisprudencia europea<sup>26</sup>

- TJCE (Gran Sala), sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold, C-144/04, EU:C:2005:709 (trabajo de duración determinada y discriminación por la edad).
- TJCE (Gran Sala), sentencia de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, EU:C:2006:443 (no renovación de contratos temporales de empleados públicos griegos).
- TJCE, sentencia de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C-180/04, EU:C:2006:517 (consecuencias de la terminación de contratos temporales encadenados como cocineros en un hospital público italiano).
- TJCE, sentencia de 7 de septiembre de 2006, Vasallo, C-180/04, EU:C:2006:518 (consecuencias de la terminación de contratos temporales encadenados como cocinero en un hospital público italiano).
- **TJCE, sentencia de 13 de septiembre de 2007, del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509 (los trienios del personal estatutario de salud en el País Vasco).**
- TJCE (Gran Sala), sentencia de 15 de abril de 2008, Impact, C-268/06, EU:C:2008:223 (empleados públicos no funcionarios en Irlanda con contratos temporales).
- TJCE, auto de 12 de junio de 2008, Vassilakis y otros, C-364/07, EU:C:2008:346 (contratos sucesivos con el Ayuntamiento griego de Corfú).
- TJCE, sentencia de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250 (no renovación de contratos temporales provinciales y municipales en Grecia).

<sup>26</sup> En negrita se resaltan las sentencias y asuntos provocados por reenvíos prejudiciales de tribunales españoles.

- TJCE, auto de 24 de abril de 2009, Koukou, C-519/08, EU:C:2009:269 (terminación de ocho contratos temporales con la Administración arqueológica griega para cubrir necesidades permanentes).
- **TJUE, auto de 20 de enero de 2010, Águeda María Sáenz Morales / Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, C-389/09, EU:C:2010:22 (inadmisibilidad de la cuestión prejudicial sobre trienios del personal temporal por no indicar el contexto fáctico y jurídico).**
- TJUE, sentencia de 24 de junio de 2010, Francesca Sorge, C-98/09, EU:C:2010:369 (contratación temporal por Correos en Italia).
- TJCE, auto de 1 de octubre de 2010, Franco Affatato / Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza, C-3/10, EU:C:2010:574 (abuso de contratos temporales en la sanidad pública italiana).
- **TJUE, sentencia de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres / Xunta de Galicia, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819 (reconocimiento de trienios del personal docente interino).**
- **TJUE, auto, de 18 de marzo de 2011, David Montoya Medina / Fondo de Garantía Salarial y Universidad de Alicante, C-273/10, EU:C:2011:167 (cobro de trienios como docente universitario interino).**
- **TJUE, sentencia de 8 de septiembre de 2011, Francisco Javier Rosado Santana / Junta de Andalucía, C-177/10, EU:C:2011:557 (cómputo de períodos como funcionario interino para promoción interna de funcionarios de carrera).**
- TJUE, sentencia de 26 de enero de 2012, Bianca Küçük / Land Nordrhein-Westfalen, C-586/10, EU:C:2012:39 (contratos de sustitución por permisos temporales y parentales en órganos judiciales alemanes).
- **TJUE, auto de 9 de febrero de 2012, María Jesús Lorenzo Martínez / Junta de Castilla y León, C-556/11, EU:C:2012:67 (complemento retributivo por formación o sexenios de docentes interinos no universitarios).**
- TJUE, sentencia de 8 de marzo de 2012, Martial Huet / Université de Bretagne occidentale (C-251/11, EU:C:2012:133) (renovación del contrato temporal por indefinido en peores condiciones de profesor universitario).
- TJUE, sentencia de 15 de marzo de 2012, Sibilio / Comune di Afragola, C-157/11, EU:C:2012:148 (ámbito de aplicación de la Directiva y los trabajadores socialmente útiles vinculados a un municipio italiano).
- TJUE, sentencia de 18 de octubre de 2012 Rosanna Valenza, C-302/11 y C-304/11, EU:C:2012:646 (plan de estabilización de personal temporal de la Autoridad italiana de Defensa de la Competencia sin tener en cuenta la antigüedad para no perjudicar a los funcionarios de carrera).
- **TJUE, auto de 7 de marzo de 2013, Rafaela Rivas Montes / Instituto Municipal de Deportes de Córdoba, C-178/12, EU:C:2013:150 (inadmisibilidad y cuestión de cálculo antigüedad que discrimina a los laborales respecto de los funcionarios).**
- TJUE, sentencia de 12 de diciembre de 2013, Carmela Carratù / Poste italiane, C-361/12, EU:C:2013:830 (indemnización por terminación de un contrato de duración determinada de una empleada de correos en Italia).
- TJUE, auto de 12 de diciembre de 2013, Rocco Papalia / Comune di Aosta, C-50/13, EU:C:2013:873 (indemnización por cese de músico de la banda municipal contratado sucesivamente durante más de 29 años).
- **TJUE, sentencia de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano / Universidad Pompeu Fabra, C-190/13, EU:C:2014:146 (terminación de un contrato laboral de profesor asociado a tiempo parcial).**
- TJUE, sentencia de 13 de marzo de 2014, Małgorzata Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152 (plazos de preaviso distintos para la terminación de un contrato temporal o indefinido de una auxiliar de Enfermería en un hospital público polaco).
- TJUE, auto de 30 de abril de 2014, D'Aniello y otros, C-89/13, :EU:C:2014:299 (indemnización por cese de carteros italianos vinculados con contratos temporales).

- TJUE, sentencia de 3 de julio de 2014, Fiamingo, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044 (contratación temporal en el sector marítimo italiano).
- TJUE, auto de 4 de septiembre de 2014, Bertazzi y otros, C-152/14, EU:C:2014:2181 (falta total de toma en consideración de los períodos de servicio prestados en el marco de contratos de trabajo de duración determinada en la Autoridad italiana de la energía eléctrica y el gas).
- TJUE, sentencia de 26 de noviembre de 2014, Raffaella Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, EU:C:2014:2401 (renovación de contratos en materia de enseñanza pública sin plazo de cobertura de plazas y sin posibilidad de indemnización).
- TJUE, auto de 11 de diciembre de 2014, Marta León Medialdea / Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/14, EU:C:2014:2447 (remedios contra los abusos del encadenamiento de contratos de duración determinada).
- TJUE, sentencia de 5 de febrero de 2015, Grima Janet Nisttahuz Poclava / José María Ariza Toledano, C-117/14, EU:C:2015:60 (inadmisibilidad de la cuestión prejudicial sobre la aplicación de la Directiva 1999/70 a un contrato laboral de duración determinada y un año de prueba).
- TJUE, sentencia de 9 de julio de 2015, María José Regojo Dans / Consejo de Estado, C-177/14, EU:C:2015:450 (trienios del personal eventual o de confianza política de las Administraciones españolas).
- TJUE, sentencia de 11 de noviembre de 2015, Pujante Rivera, C-422/14, EU:C:2015:743 (despido colectivo y trabajadores temporales).
- TJUE, sentencia de 14 de septiembre de 2016, María Elena Pérez López / Servicio Madrileño de Salud, C-16/15, EU:C:2016:679 (contratos de duración determinada y nombramientos sucesivos de personal estatutario temporal).
- TJUE, sentencia de 14 de septiembre de 2016, Florentina Martínez Andrés / Servicio Vasco de Salud, y Juan Carlos Castrejana López / Ayuntamiento de Vitoria, C-184/15 y C-197/15, EU:C:2016:680 (contratos de duración determinada y personal estatutario temporal).
- TJUE, sentencia de 14 de septiembre de 2016, Ana de Diego Porras / Ministerio de Defensa, C-596/14, EU:C:2016:683 (contrato de duración determinada e indemnización por cese).
- TJUE, auto de 21 de septiembre de 2016, Carlos Álvarez Santirso / Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Principado de Asturias, C-631/15, EU:C:2016:725 (carrera profesional de los profesores interinos no universitarios).
- TJUE, auto de 21 de septiembre de 2016, Popescu, C-614/15, EU:C:2016:726 (auxiliar veterinario por la Dirección de sanidad animal rumana mediante contratos anuales renovados durante casi siete años).
- TJUE, sentencia de 20 de diciembre de 2017, Margarita Vega González / Principado de Asturias, C-158/16, EU:C:2017:1014 (Directiva 1999/70 y servicios especiales o excedencia de funcionaria interina).
- TJUE, sentencia de 28 de febrero de 2018, Hubertus John / Freie Hansestadt Bremen, C-46/17, EU:C:2018:131 (jubilación de un docente y un contrato de duración determinada).
- TJUE, sentencia de 7 de marzo de 2018, Giuseppa Santoro / Comune di Valderice y Presidenza del Consiglio dei Ministri, C-494/16, EU:C:2018:166 (medidas indemnizatorias contra el abuso de la contratación temporal en el empleo público).
- TJUE, auto de 22 de marzo de 2018, Pilar Centeno Meléndez / Universidad de Zaragoza, C-315/17, EU:C:2018:207 (carrera profesional de funcionaria interina de administración universitaria).
- TJUE, (Gran Sala), sentencia de 5 de junio de 2018, Grupo Norte Facility, C-574/16, EU:C:2018:390 (indemnización por terminación de contrato laboral de relevo inferior a la indemnización por causas objetivas).
- TJUE, (Gran Sala), sentencia de 5 de junio de 2018, Montero Mateos, C-677/16, EU:C:2018:393 (contrato laboral de interinidad sin indemnización).

- **TJUE, sentencia de 25 de julio de 2018, Gardenia Vernaza Ayovi / Consorci Sanitari de Terrassa, C-96/17, EU:C:2018:603 (personal laboral indefinido de las Administraciones sanitarias con y sin proceso selectivo).**
- **Conclusiones de la Abogada General J. Kokott, de 31 de mayo de 2018, Pedro Viejo-bueno Ibáñez y Emilia de la Vara González / Consejería de Educación de Castilla-La Mancha, C-245/17, EU:C:2018:365.**
- **C-212/17, Simón Rodríguez Otero / Televisión de Galicia, Sala Social del TSJ Galicia.**
- **C-619/17, de Diego Porras II, Sala Social del Tribunal Supremo).**
- C-626/17, Alberto Rossi y otros / Ministero della Giustizia, Giudice di Pace di Roma.
- **C-44/18, Cobra Servicios Auxiliares S.A. / FOGASA, Jesús Valiño López e Incatema, S.L., Sala Social TSJ Galicia.**
- **C-72/18, Daniel Ustariz Aróstegui / Consejería de Educación del Gobierno de Navarra, Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Pamplona.**
- **C-103/18, Domingo Sánchez Ruiz / Servicio Madrileño de Salud, Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 8 de Madrid.**
- **C-177/18, Almudena Baldonado Martín / Ayuntamiento de Madrid, Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 14 de Madrid.**
- **C-367/18, Aragón Carrasco / Consejo General del Poder Judicial, Sala de lo Contencioso-administrativa del Tribunal Supremo.**
- **TSJ País Vasco (Sala CA, Sección 3ª) sentencia de 12 de diciembre de 2016, recurso nº 625/2013, ES:TSJPV:2016:3488, ponente: González Saiz (resuelve el asunto Martínez Andrés de cese de personal estatutario eventual).**
- **TSJ País Vasco (Sala CA, Sección 3ª) sentencia de 12 de diciembre de 2016, recurso n. 735/2013, ES:TSJPV:2016:3979, ponente: González Saiz (resuelve el asunto Castrejana López de cese de personal funcionario municipal).**
- **TS (Sala CA, Sección 4ª), sentencia de 26 de septiembre de 2018, recurso nº 785/2017, ES:TS:2018:3250, ponente: Menéndez Pérez (utilización abusiva de una relación de servicios con sucesivos nombramientos temporales en el asunto Martínez Andrés).**
- **TS (Sala CA, Sección 1ª), auto de 12 de junio de 2017, recurso 732/2017, ES:TS:2017:6109A, ponente: Cudero Blas (admisión de recurso de casación sobre cese de personal estatutario eventual del Servicio de Salud de Castilla y León).**
- **TS (Sala CA, Sección 4ª), sentencia de 26 de septiembre de 2018, recurso nº 1305/2017, ES:TS:2018:3251, ponente: Menéndez Pérez (utilización abusiva de una relación de servicios con sucesivos nombramientos temporales en el asunto Castrejana López).**
- **TS (Sala CA, Sección 1ª), auto de 2 de abril de 2018, recurso nº 102/2018, ES:TS:2018:3771A, ponente: Pico Lorenzo (admisión de recurso de casación sobre indemnización por cese de funcionaria municipal interina).**

## 6.2 Jurisprudencia española

- Juzgado CA nº 4 de Madrid, sentencia de 21 de septiembre de 2016, recurso nº 371/2013, ES:JCA:2016:1717, magistrado Gómez Iglesias (resuelve el asunto Pérez López).
- TSJ Madrid (Sala CA, Sección 7ª), sentencia de 7 de octubre de 2016, recurso nº 82/2016, ES:TSJM:2016:10741, ponente: I. del Riego Valledor (personal estatutario temporal).

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- MARTÍNEZ MATUTE, Marta, y Javier J. PÉREZ, *La evolución del empleo de las Administraciones Públicas en la última década, Boletín estadístico* nº 4/2017, Banco de España, Madrid, 2017.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Empleados públicos, administraciones españolas y jurisprudencia europea», *Actualidad administrativa* nº 3/2012, pp. 272-287.



- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Empleo público y jurisprudencia europea: los efectos innovadores en el estatuto del empleado público en España», *Revista Aranzadi Unión Europea* nº 10/2013, pp. 26-58.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “El empleo público temporal en la Directiva 1999/70/CE y el ordenamiento español”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 127, 2017, pp. 227-253.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “La transformación del empleo público en España a través de la jurisprudencia europea: igualdad, derechos sociales y temporalidad”, *REGAP: Revista galega de administración pública* nº 54, 2017, pp. 101-124.

# TRANSPARENCIA Y MEDICAMENTOS BIOSIMILARES

*Roberto Sabrido Bermúdez*

*Médico*

*Presidente de la Asociación por un Acceso Justo al Medicamento*

**SUMARIO: 1. Excesivo precio de los medicamentos; 2. Falta de transparencia; 3. Precios por Valor; 4. Patentes; 5. Biosimilares; 6. Propuesta de medidas; 7. Bibliografía.**

## RESUMEN

Los medicamentos han contribuido claramente a aumentar la calidad de vida. Pero para cumplir su función deben llegar a todos los pacientes. Los precios excesivos de los medicamentos innovadores dificultan el acceso de los pacientes a los mismos y ponen en riesgo la sostenibilidad de los Sistemas de salud. Estos precios se deben, sobre todo, a la opacidad que permiten las patentes. Tenemos una nueva oportunidad de aumentar la transparencia de la industria farmacéutica con la llegada de los biosimilares y con la reciente ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

## PALABRAS CLAVE

Precios, patentes, medicamentos, biosimilares, transparencia, industria farmacéutica.

## ABSTRACT

Medicines have clearly contributed to increase the quality of life. But to fulfill their function they must reach all patients. Excessive prices of innovative medicines make it difficult for patients to access them and put the sustainability of health systems at risk. These prices are due, above all, to the opacity allowed by patents. We have a new opportunity

to increase the transparency of the pharmaceutical industry with the arrival of biosimilars and with the recent law 9/2017 of Public Sector Contracts.

## KEYWORDS

Prices, patents, medicines, biosimilars, transparency, pharmaceutical industry.

## 1. EXCESIVO PRECIO DE LOS MEDICAMENTOS

En primer lugar muchas gracias al Comité Organizador por la oportunidad que me brindan de participar en este XXVII Congreso de Derecho y Salud.

El medicamento, qué duda cabe, es un elemento imprescindible en el quehacer sanitario para lograr resultados adecuados en los procesos preventivos, curativos, rehabilitadores y paliativos.

Hoy en día, no concebimos la asistencia sanitaria sin esta importante herramienta. Según se pone de manifiesto en el reciente informe “El valor del medicamento desde una perspectiva social” elaborado por

la Fundación Weber<sup>1</sup> con el apoyo de Farmaindustria, la esperanza de vida ha aumentado a lo largo de los años debido en gran parte a la innovación farmacéutica. Además la mejora relativa a la esperanza de vida atribuible al sector farmacéutico, se ha acrecentado con los años. Entre 2000 y 2009 se ganaron 1,74 años de esperanza de vida, de los que un 73% se atribuyen al efecto de la innovación farmacéutica.

No cabe duda de que el medicamento, junto con los avances médicos, las medidas de salud pública y la mejor formación de los profesionales han contribuido a mejorar los resultados en salud, y aumentar la calidad y cantidad de vida.

Pero para que los medicamentos cumplan con su importante función deben llegar a todos los pacientes que lo necesiten según la prescripción de sus médicos, sin ninguna excepción posible ya que el derecho a la salud debe estar por encima de cualquier otro tipo de interés, también de los comerciales, y para ello el precio de los fármacos debe ser asumibles por los presupuestos de los sistemas sanitarios y por los pacientes.

Hoy en día estamos asistiendo a unos excesivos precios de los medicamentos innovadores que ponen en peligro el acceso a los mismos y a los propios Sistemas Públicos de Salud.

Las tensiones siempre existen entre las necesidades y los recursos disponibles se están agravando por esta causa.

Como señala el profesor Félix Lobo<sup>2</sup> “la incorporación de las innovaciones disruptivas pueden desestabilizar los presupuestos de los sistemas sanitarios y comprometer su viabilidad. Su impacto presupuestario puede ser tan grande que dificulte su cobertura financiera. La dificultad es especialmente aguda par los sistemas sanitarios públicos que se financian con impuestos o con cotizaciones sociales”.

Hoy en día estos precios excesivos suponen, desde mi punto de vista, la mayor amenaza a la sostenibilidad de los sistemas públicos de salud y en concreto nuestro S.N.S, mayor incluso que el envejecimiento de la población.

---

1 El valor del medicamento desde una perspectiva social. Informe Weber. Álvaro Hidalgo-Vega. Marzo de 2.018.

2 Libro: La Economía, la innovación y el futuro del Sistema Nacional de Salud Español. Patrocinado por FUNCAS. Profesor Félix Lobo. 2.017.

Esta preocupación también ya es visible y notoria en diversos organismos internacionales.

En este sentido tenemos las conclusiones del Consejo de la Unión Europea Sobre el Balance en los sistemas farmacéuticos en la U.E y en los Estados Miembros del 17 de Junio de 2.016 y en el que en una de sus conclusiones se establece que “el acceso de los pacientes a los medicamentos está en peligro por los niveles tan altos e insostenibles de los precios, por la retirada de medicamentos que están fuera de patentes o al no lanzar algunos nuevos medicamentos en algún país por estrategia de negocio”.

También recientemente el Parlamento Europeo, el 20 de Marzo de 2.017 elaboró y aprobó una Resolución sobre las opciones de la Unión Europea para mejorar el acceso a los medicamentos<sup>3</sup>, resolución que establece en una de sus consideraciones “C. los productos farmacéuticos son uno de los pilares de la atención sanitaria y no meros objetos de comercio y el acceso insuficiente a medicamentos esenciales y los altos precios de los medicamentos innovadores plantean una seria amenaza para la sostenibilidad de los sistemas sanitarios nacionales”.

Vamos a ver algunos datos de esta preocupación.

Según datos del Ministerio de Hacienda y Función Pública<sup>4</sup>, sólo el gasto farmacéutico hospitalario creció un 22,7 % en tres años, pasando de 5.254.113,74 Millones de Euros en 2014 a 6.448.419,67 Millones de Euros en 2017, 1.194 Millones de Euros más en tan solo tres años.

Así en España, el mercado farmacéutico ha ido variando su composición de forma notable en los últimos cinco años, de tal manera que según estudios especializados<sup>5</sup> el gasto en farmacia hospitalaria superará por primera vez en 2.019 al gasto en farmacia por recetas. Se estima que mientras la farmacia por receta tendrá crecimientos más moderados hasta 2.021, la farmacia hospitalaria podrá acumular un crecimiento de hasta un 19% llegando alrededor de los 11.300 Millones de Euros. El área oncológica es

---

3 Resolución del Parlamento Europeo de 2 de marzo de 2.017, sobre opciones de la Unión para mejorar el acceso a los medicamentos (2.016/2.027 (INI).

4 <http://www.minhfp.gob.es/es-ES/Paginas/Estabilidad/Presupuestaria/InformacionAAPPs/Indicadores-sobre-gasto-Farmacaceutico-y-sanitario.aspx>

5 Medina A. El mercado hospitalario superará a las farmacias en 2.019 por los tratamientos oncológicos. Expansión 27 de febrero de 2.018.

el de mayor crecimiento (+ 17% en 2.017) suponiendo el 23,8 % del mercado hospitalario.

Además, los precios que se anuncian de nuevos medicamentos, que en muchos casos multiplican por diez los actuales, pueden hacer que el gasto farmacéutico se siga disparando hasta precios inabordables.

Recientemente hemos tenido conocimiento de dos nuevos tratamientos en terapias biológicas que pueden suponer ser más selectivos en el ataque al tumor y mejorar la calidad de vida de los pacientes. Son las terapias CAR-T (terapias de células T con receptor de antígeno quimérico) que trata de modificar el propio sistema inmunitario. En EE.UU. se han aprobado dos presentaciones Kymriad y Yescarta, cuyos precios de comercialización 475.000 Dólares por tratamiento en un caso y 373.000 Dólares en otro, suponen un nuevo y preocupante paso en la escala de precios. Son terapias, como hemos dicho, que abren nuevos caminos de tratamiento pero que es preciso evaluar en términos de resultados clínicos y riesgos para los enfermos, para lo cual son necesarias más evidencias<sup>6</sup>.

Estos precios excesivos y su consiguiente aumento del gasto farmacéutico, obligan a recortar en otras partidas en un sistema finito y por lo tanto se produce una derivación de recursos dentro del sistema, desde los gastos y servicios de atención primaria, hospitalaria y personal hacia el gasto en medicamentos. Así desde el 2.009 al 2.015 del gasto sanitario público disminuyó en remuneraciones del personal un 7,74 %, en atención primaria un 13,2 % y en hospitalaria (sin conste del medicamento) un 7,3 %, mientras que el gasto farmacéutico, considerando el gasto hospitalario y extra hospitalario disminuyó solo el 1,5 %. Pero si a esto le sumamos el gasto del bolsillo de los ciudadanos a partir de los nuevos copagos y de la retirada de la financiación pública de más de 400 medicamentos en el año 2.012, el aumento de gasto farmacéutico es del 9,19 %<sup>7</sup>.

Esta escalada del gasto farmacéutico, apoyada en el precio excesivo de los medicamentos innovadores no es exclusivo de España, ocurre a nivel mundial y

los problemas de acceso que ocasionan estos precios no ocurren solo en los países pobres, sino que también ocurren en la misma Europa, y afectan cada vez más a los países desarrollados.

Un estudio realizado en 2.016 por la Sociedad Europea de Oncología Médica<sup>8</sup> en países europeos, concluye que el alto precio es un factor que contribuye de manera muy importante a las inequidades en el acceso a los fármacos oncológicos y evidencia gran disparidad de acceso entre países, en función de sus niveles de desarrollo. Muestra como los países europeos con rentas más bajas sufren desabastecimiento y tiene menor disponibilidad de fármacos, sus ciudadanos tienen que hacer mayores gastos para sus tratamientos, y no pueden acceder a todos los fármacos que necesitan. En países como Serbia, Eslovaquia, Croacia, Bosnia, Bulgaria, Macedonia o Polonia, muchos de los medicamentos para el tratamiento del melanoma o del cáncer renal ni si quiera están incluidos en el listado nacional y, cuando lo hacen, no están financiados, por lo que los pacientes deben pagar el 100 % del tratamiento.

Y en España, que es uno de los países de la OCDE con mejor acceso a fármacos, según datos del Barómetro Sanitario del Ministerio de Sanidad en 2.017<sup>9</sup>, un 4,7 % de la población española (más de 2.000.000 de personas) no pueden comprar los medicamentos recetados por el médico por motivos económicos.

## 2. FALTA DE TRANSPARENCIA

Hablamos de precios excesivos, no de costes, ya que aquí la terminología también es importante, Y hablamos de precios ya que los costes no se hacen públicos, no los conocemos. Hay una falta absoluta de transparencia que nos impide conocer los costes de fabricación y del I+D de un fármaco innovador. En economía todos sabemos que el precio en un mercado competitivo debe tener en cuenta los costes de producción, la distribución, de I+D en este caso y establecer un beneficio industrial razonable, que en el mejor de los casos este entre el 6 y el 7 %.

Pues bien, lo que ocurre actualmente en todo el mundo es que los precios de los medicamentos

6 Oncologic Drugs Advisory Committee. Tisagenleclecel-FDA Briefing Document 2.017. Report No.: BLA 125646.

7 Elaboracion de Fernando Lamata a partir de <https://www.mssi.gob.es/estadEstudios/estadisticas/inforRecopilaciones/gasto sanitario2005/home.htm>

8 Cherny N, Sullivan R, Torode J, Saar M. Eniv A. ESMO European Consortium Study on the availability, out-of-pocket cost and accessibility of antineoplastic medicines in Europa. *Ann Oncol*, 2016;27:1423-43.

9 Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Barómetro sanitario 2016-2017.

innovadores se fijan sin saber esos costes, sin saber el beneficio industrial que obtienen, no existe transparencia, lo cual es más grave cuando son las administraciones públicas las que pagan con el presupuesto de los impuestos a su ciudadanía.

Esta falta de transparencia hace que las compañías farmacéuticas establezcan negociaciones de precios con unos márgenes desconocidos por los pagadores, lo que unido al volumen de las grandes compañías farmacéuticas hace que esta negociación esté totalmente desequilibrada en favor de las mismas, que se escudan en los altos costes de investigación pero no los hacen públicos.

Hay diversos estudios publicados que analizan los costes de investigación. Uno de ellos es el de clásico estudio de Joe DiMasi del Centro Tufts de Boston del año 2003<sup>10</sup>, que establece actualizando los datos, que desarrollar un medicamento innovador cuesta 2558 Millones de dólares. Otro estudio realizado en 2017 por Vinay Prasad (de la Universidad de Ciencia y Salud de Oregón) y por Sham Mailankody<sup>11</sup> (Centro del Cáncer Memorial Sloan Kettering de Nueva York), publicado en la revista JAMA, en septiembre de 2017 establece que el gasto medio de desarrollar un medicamento innovador es de 648 Millones de dólares.

Un informe de la Universidad de Liverpool dirigido por el Profesor Andrew Hill, (Departamento de Farmacología y Terapéutica) presentado en el Congreso Europeo del Cáncer celebrado en Viena en septiembre de 2013 afirma que las compañías farmacéuticas cargan entre 300 y 600 veces el coste de fabricación. Los precios, por ejemplo, de los TKI (inhibidores de tirosina quinasa) pueden ir de 159 a 4.022 dólares en vez de 75.000 y 100.000 dólares por persona y año<sup>12</sup>.

Pero, además, hay que tener en cuenta que muchas veces los medicamentos aprobados no añaden ningún beneficio clínico a pesar de su desorbitado precio.

Así un reciente estudio publicado en el British Medical Journal<sup>13</sup> concluye que más de la mitad de los medicamentos para el cáncer aprobados en Europa entre 2.009 y 2.013 no presentan evidencias que muestren un beneficio significativo en mejora de supervivencia o de calidad de vida. En el periodo investigado se aprobaron 48 medicamentos para 68 indicaciones. Solo 24 de esas 68 indicaciones, el 35 %, disponían de datos que demostraran prolongar la supervivencia de los pacientes en el momento de la autorización, la mediana del tiempo en estos casos era de 2,7 meses. Además, solo 7 indicaciones (el 10 %) demostraban una mejoría de la calidad de vida.

Pero, además, hay que tener en cuenta que la industria no financia el 100 % del desarrollo de un fármaco innovador. Hay varios estudios al respecto. Una investigación publicada en Lancet en 2.013 pone de manifiesto que las inversiones globales totales en I+D en salud realizadas, el 60 % provienen del sector empresarial, el 30 % del sector público y aproximadamente el 10 % de otras fuentes (entre ellas privadas sin ánimo de lucro)<sup>14</sup>.

Según los datos de las propias empresas a través de EFPIA<sup>15</sup> (Federación Europea de la Industria farmacéutica), estos muestran que solo el 16% del total de ventas se dedica a investigación siendo el porcentaje que se dedica a marketing superior al 20%<sup>16</sup>.

Parece claro que es necesario avanzar en transparencia.

Ahora parece que podemos tener una oportunidad legislativa para avanzar en esa transparencia. La reciente ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/ UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, puede significar una ligera

10 DiMasi J.A, Grabowski HG, Hansen RW. Innovation in the pharmaceutical industry: New estimates of R&D costs. J. Health Econ. 1 de Mayo de 2016; 47:20-23.

11 Prasad V, Mailankody S. Research and development spendin to bring a single cancer drug to market and revenues after approval. JAMA Intern Med. 1 de Noviembre de 2017; 177(11):1569.

12 Fernando Lamata. Revista médicos y pacientes 05/10/2.015.

13 Davis C, Naci H, Gurrpinar E, Paplavaska E, Pinto A, Aggarwal A. Availability of evidence of benefits of life of cancer drugs approved by European Medicines Agency: retrospective cohort estudy of drug approvals 2009-2013, BMJ 2017;359.

14 Rettingem J-A, Regmi S, Eide M, Young AJ, Viergenver RF, Ardal C, et all. Mapping of available health research and development data: what's there what's missing, and what role es there for a global observatory? Lancet. 12de Octubre de 2013;382(9900):1286-307.

15 European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA). The pharmaceutical industry in figures. The pharmaceutical industry: a Key asset to scientific an medical prospess. 2017.

16 European Commission. Pharmaceutical sector inquiry. Final report 2009.

esperanza. En su preámbulo esta ley establece que “los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente ley son, en primer lugar una mayor transparencia en la contratación pública y en segundo lugar conseguir una mayor relación calidad precio”.

Esta ley conllevará el establecimiento de nuevos pliegos de contratación de acuerdo marco de medicamentos debiendo hacerse públicos el precio exclusivo en los pliegos. No obstante, ya desde la industria farmacéutica admiten que la transparencia de los precios podría llegar a “ser perjudicial para el Sistema Nacional de Salud” ya que “puede dar lugar a que no se alcancen esos precios” en los procesos de licitación. Entienden, desde la industria farmacéutica española que esta nueva ley de contratos del sector público choca con el R.D. 1/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, donde en su artículo 7 aboga por la transparencia, pero sin perjuicio del derecho a la propiedad intelectual y consideran que debe prevalecer esta como la ley sectorial.

Además, está en trámite el Anteproyecto de Ley de Secretos Empresariales y Farmaindustria está en conversaciones con los grupos parlamentarios para que contemple “amparar la confidencialidad de los precios de los medicamentos exclusivos”<sup>17</sup>.

Parece que nos podemos encontrar en que la transparencia no solo no aumente en la legislación actual sino que disminuya.

Y estamos hablando de transparencia de precios no de costes. Evidentemente esta confidencialidad en los precios, les permite establecer precios diferentes entre países y también en España entre las propias Comunidades Autónomas.

Según un estudio publicado en 2015, por The Lancet Oncology, sobre precios de medicamentos en 16 países europeos más Australia y Nueva Zelanda, se aprecia que la diferencia de precios entre países oscila entre un 28 y 388% para el mismo producto. Además, los precios en Suiza, Alemania o Suecia suelen ser más altos, lo que pone de manifiesto que se trata de sacar más precio a mayor capacidad de pago sin tener en cuenta los costes de producción.

Este estudio se ha hecho sobre precios oficiales, no sobre los negociados posteriormente ya que estos

son confidenciales para que de esta manera los países y en España las Comunidades Autónomas no sepan lo que están pagando de más por los mismos medicamentos<sup>18</sup>. Nos deberíamos preguntar, ¿es esto legal en Europa y en España?, de ser así ¿debería ser ilegal?

Parece claro que una manera de maximizar el precio es fragmentar el mercado, y así obtener lo máximo que puede y está dispuesto a pagar cada país. En cambio, en una estrategia global si los compradores se ponen de acuerdo, lo que se puede maximizar son los costes.

### 3. PRECIOS POR VALOR

Al no tener la transparencia necesaria en los costes de los medicamentos innovadores, el establecimiento del precio de los mismos, se trata de centrar en otros marcos de discusión, como son: Los precios son caros por que la investigación es cara (aunque hemos visto que no es así). No hay que discutir los precios si no nuevas formas de pagarlos como son techos de gasto, pago por resultados, riesgo compartido, descuentos por el volumen de compra, pago por indicación, y uno de los más recientes y que se trata de introducir como paradigma actualmente, que es el precio por valor.

Me detendré un poco en este aspecto del precio por valor, ya que está permanentemente de actualidad de foros y encuentros sobre política de precios farmacéuticos.

El precio por valor se pretende establecer en base a los beneficios, en términos sanitarios y sociales, que produce el medicamento así como el valor añadido que apunta en relación a un competidor.

Se trata por lo tanto de que hay que pagar por que añaden años de vida ajustados por calidad, que se deben pagar por lo que ahorran, por ejemplo dejando de hacer intervenciones quirúrgicas, por que aumenten la productividad al disminuir las bajas laborales y se deben pagar comparando su efectividad y su precio con los precios de otros anteriores (que ya están injustificadamente muy por encima de su coste).

Sin embargo, siguiendo esta lógica de pensamiento podemos llegar a situaciones absurdas como por ejemplo:

17 [diarifarma.com/2018/04/10/Farmaindustria-la-transparencia-precios-puede-perjudicar-al-sns](http://diarifarma.com/2018/04/10/Farmaindustria-la-transparencia-precios-puede-perjudicar-al-sns)

18 Redacción Médica. 13/12/2015. ¿paga más España por sus fármacos oncológicos?

- Cuál sería el precio a pagar por un antibiótico que cura una neumonía a un niño/a de 1 año y al que le puede añadir más de 80 años de vida, evitándole en ese momento la muerte.
- Cuál sería el precio a pagar por la realización de una canalización coronaria en una obstrucción aguda salvando de la muerte a ese paciente, ¿Qué debería cobrar ese profesional?
- ¿Cuál sería el precio de un puente que evita un rodeo entre poblaciones de más de 20 kilómetros por curvas peligrosas que ha ocasionado varios accidentes con víctimas mortales? ¿Hay que pagar por ese puente más que por otro de igual material y dimensiones en otra ubicación? ¿Sería eso legal según la ley de contratos?

La Atención Sanitaria Basada en el valor (value based healthcare) se debe realizar, claro que sí, para valorar los resultados en salud y la satisfacción obtenida con determinada actuación sanitaria. Se tiene que tener en cuenta la relación entre actividades sanitarias y resultados, tanto directos como indirectos (bajas laborales ahorradas, etc.) y esto debe servir para orientar las actuaciones sanitarias, para priorizar, incorporar o rechazar prestaciones pero cosa muy distinta es basar en este concepto los modelos de pago, o como se financian esas intervenciones, sus sistemas de remuneración o sus precios. El valor sanitario y las evaluaciones coste-efectividad se deben tener en cuenta para decidir si un medicamento se incluye o no en la financiación pública, pero no para la fijación del precio de facturación en el SNS.

En realidad, al hablar de precio por valor se habla del máximo precio que pueda conseguirse al comprador lo que deriva como hemos comentado en precios diferentes según los países, para el mismo producto, y también dentro de España entre las diferentes Comunidades Autónomas, debido a los acuerdos de confidencialidad que se firman y que dificultan la transparencia.

#### 4. PATENTES

Un aspecto que se relaciona mucho con los precios de los medicamentos y terapias innovadoras es la Patente. Las patentes tiene como justificación remunerar el coste de la investigación para estimular y garantizar la innovación. Se concede pues para proteger la inversión eliminando la competencia durante una serie de años (20 años). Por lo tanto, si se concede

patente para proteger la inversión, entonces lo lógico es fijar el precio según los costes de producción, incluyendo la I+D (costes debidamente auditados para evitar la manipulación de costes injustificados o innecesarios) y poner un beneficio razonable, no abusivo.

Tenemos que tener en cuenta que si el precio que se pone no está basado en recuperar el coste (auditado) de investigación, no se debería tener Patente. Si se quiere poner precio por valor (el máximo que pueda imponerse al paciente o al sistema de salud) el Estado debería dejar actuar la competencia dentro del mercado para bajar el precio, suprimiendo la patente y la exclusividad de datos.

Reticentemente, el mes de febrero pasado, el Panel de Expertos sobre formas efectivas de invertir en salud de la Comisión Europea, ha elaborado un documento sobre nuevas formas de pago por el alto precio de las medicinas innovadoras, y en el mismo se reconoce que “el crecimiento de los gastos farmacéuticos debido a nuevos medicamentos innovadores de alto precio, en el marco institucional actual, crea desafíos financieros para los sistemas de salud. El reconocimiento de que la actual senda de crecimiento no puede continuar indefinidamente conduce a la búsqueda de nuevas formas de garantizar que tenga lugar la innovación y que los sistemas de salud sean financieramente sostenibles”.

En esta línea propone, entre otras, una serie de medidas como son:

- a) Mayor transparencia de costes y precios
- b) Revisar la promoción de la innovación a través del derecho de patentes y la exclusividad del mercado, ya que pueden y deben idearse otros mecanismos para promover y recompensar las innovaciones de alto valor<sup>19</sup>.

#### 5. BIOSIMILARES

Dentro de este contexto los medicamentos biosimilares vienen a suponer otra oportunidad, como en su momento fueron los genéricos, para lograr en este caso que la medicación innovadora llegue a todos los pacientes y a unos precios que abaraten la disparatada factura farmacéutica. Pero surgen muchas preguntas ¿lo conseguirán? Puede que sí logren una cierta

<sup>19</sup> Expert Panel on Effective Ways of Investing in Health (EXPH). Innovative payment models for high-cost innovative medicines. Luxembourg: European Union, 2018.

disminución de esa factura farmacéutica, aunque de momento su penetración en el mercado de los medicamentos no se realiza con la debida celeridad que se requeriría. ¿La reducción que ofrezcan de factura farmacéutica es la correcta? ¿Hay transparencia en el caso de los biosimilares?

Según un estudio de la Fundación Weber<sup>20</sup> desde su introducción, autorizada por la Agencia Europea del Medicamento en el año 2006 el ahorro que ha generado en el S.N.S en el periodo 2009-2016 ha sido de 478,35 Millones de Euros y el ahorro previsto que se generará en el periodo 2017-2020 ascenderá a 1965,07 Millones de Euros.

La lenta penetración de los biosimilares en el mercado es debida a varios factores. Uno muy importante es que todavía en España no tenemos un plan de fomento de biosimilares que deberían liderar el Ministerio de Sanidad. También se dice, al igual que se dijo con los genéricos que hay que “vencer el miedo a lo desconocido”<sup>21</sup> y formar e informar a los profesionales de Hospitales y Primaria. También en este caso es importante preguntarnos ¿Por qué ese miedo? ¿Se introduce ese miedo en pacientes y profesionales de manera intencionada?

Tenemos antecedentes en España de cómo a pesar de tener la autorización de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS), se ha puesto en duda por responsables políticos de la industria, de la farmacia, incluso por los profesionales Sanitarios, la eficacia y seguridad de los medicamentos genéricos adquiridos en las selecciones públicas de medicamentos de Andalucía. Esto no es sino poner en duda, por intereses propios, hasta el propio funcionamiento de la AEMPS ¿Puede que esté ocurriendo esto también con los biosimilares?

Los biosimilares no pueden ser sustituidos de forma automática en España, entre otros por una legislación que lo impide, como es la Orden SCO/2874/2007, de 28 de septiembre, por la que se establecen los medicamentos que constituyen excepción a la posible sustitución por el farmacéutico con arreglo al art. 86.4 de la Ley 29/2006 de 26 de Julio de garantías y uso racional del medicamento y productos sanitario. He de resaltar que esta Orden hace referencia a la sustitución en el

momento de la dispensación y creo que esta legislación debería ser actualizada ya que como reconocen los expertos como la Dra. Sol Ruiz, Jefa de la División de Productos Biológicos, Terapia Avanzados y Bioéticos de la AEMPS<sup>22</sup>:

“Los reguladores creemos que científicamente no habría problemas para que un paciente determinado pase a ser tratado con un biosimilar autorizado, pero es una decisión que corresponde al médico-paciente”.

Otro aspecto de los biosimilares que se empieza a asentar como una verdad absoluta, es que su precio debe ser entre un 20% y un 30% más barato con respecto al biológico original y se trata de justificar diciendo que poner un biosimilar en el mercado necesita una inversión de entre 100 y 200 Millones de Euros<sup>23</sup>. Todo esto parece que lo debemos admitir como cierto, ya que tampoco se está actuando con la debida transparencia para conocer los costes que se establecen.

Además, nos deberían preguntar que si este descenso del precio se aplica sobre el precio del original, como parece ser, dado que el original tiene diferentes precios según los países, es nuevamente el poder de negociación el que establece el precio y no los costes reales y existirá el mismo biosimilar con diferentes precios en diferentes países, cosa que ya ocurre.

Creo que estamos perdiendo una buena oportunidad de avanzar en transparencia con los biosimilares y conseguir así unos ahorros en farmacia más acordes con los costes reales.

Ante esta situación descrita se debe actuar para que los tratamientos innovadores lleguen a todas las personas que los necesiten, sin que el precio sea una barrera que obligue a racionar y sin poner en riesgo la sostenibilidad del S.N.S.

## 6. PROPUESTA DE MEDIDAS

Algunas medidas pueden ser:

- La reforma en profundidad del modelo de relaciones con la industria farmacéutica con el SNS al considerar agotado el actual.

20 Informe: la introducción de biosimilares en España. Estimación del ahorro para el SNS. Fundación Weber. pág. 10.

21 <http://www.medicosypacientes.com/articulo/expertos-ponen-en-valor-el-uso-de-los-biosimilares-para-mantener-la-sostenibilidad-del-sistema-sanitario-y-acceso-a-los-medicamentos>. 16/04/2018.

22 [diariofarma.com/2016/02/11/los-inicios-de-los-biosimilares-fueron-complicados](http://diariofarma.com/2016/02/11/los-inicios-de-los-biosimilares-fueron-complicados)

23 Libro blanco de los biosimilares en España: Calidad sostenible 2017. Pag.103



- La total transparencia en el detalle de los costes de fabricación, así como de investigación y desarrollo (especificando posibles ayudas o participación pública en dicha investigación y desarrollo). En este sentido se pueden promover equipos de investigación de costes, que puedan además establecer alianza con experiencias existentes a nivel internacional, y que faciliten a la administración información que pueda equilibrar la negociación con la industria farmacéutica a la hora de establecer los precios.
- Establecer cláusulas de retorno en todos los casos en los que existan cualquier acuerdo de investigación entre una administración Pública y la industria farmacéutica.
- El desarrollo de mecanismos de compra centralizada a nivel Nacional y a nivel Europeo.
- Creación de fondos públicos a nivel Nacional, Europeos y Mundial para la financiación de la investigación de nuevos medicamentos, desligando este factor de los sistemas de fijación de precios.
- Propiciar estrategias Europeas o al menos coordinar las estrategias de varios países para así tener más capacidad para abordar estos asuntos.
- Promover el análisis y en su caso, la reforma de los sistemas de patentes para que los derechos de la Patente no puedan estar por encima del interés de la salud. La actual ley de patentes española, la ley de 24/2015, de 24 de Julio, permite la concesión de licencias obligatorias para evitar la patente y obtener la libre comercialización. Esta ley, establece que el gobierno podrá someter a una patente ya otorgada a la concesión de licencias obligatorias por motivos de interés público, y considera en su artículo 95.2 que “Existen motivos de interés público cuando la iniciación, el incremento o la generalización de la explotación del invento, o la mejora de las condiciones en que tal explotación se realiza, sea de primordial importancia para la salud pública o para la defensa nacional”.

Creo que esta delimitación, en la ley actual, con ser importante, no es suficientemente precisa para los supuestos en que se establezca unos precios excesivos que se pueden considera abusivos. Es conveniente por tanto, una modificación de la actual ley para efectuar una mayor precisión de las circunstancias en el que se puede aplicar el

mencionado supuesto de interés público en relación con la salud pública estrechando así los niveles de discrecionalidad, con el objetivo último de que la libre competencia y el poder monopólico que otorga la patente converja con la función social de la propiedad, armonizándose de tal manera los intereses privados y públicos. Parece razonable entender que los derechos exclusivos tiene límites o excepciones con el objetivo de favorecer el bienestar de la ciudadanía, máxime cuando estamos hablando de medicamentos con altas posibilidades de curación ante enfermedades graves.

Se trata por lo tanto de efectuar una modificación a la actual ley de patentes, que permita que la invención patentada esté disponible para la población a precios normalmente accesibles o, si se quiere, que las razones de salud pública también existan cuando los precios son injustificadamente altos, de manera que se impida el acceso a los medicamentos a la población que los necesita al ponerse en riesgo el SNS, y obligar a su racionamiento.

- Establecer también claramente desde el punto de vista legal la figura del abuso de posición dominante.
- En aras de seguir avanzando en transparencia, considero importante que esa transparencia se tenga con toda la sociedad, a través de las Cortes Generales, y por ello sería necesario que en los casos específicos en los que se intente fijar unos precios excesivos no acordados con los costes, la empresa farmacéutica responsable comparezca en Comisiones o Ponencias del Senado o del Congreso, para dar cuenta de la justificación de los precios que quiere aplicar.

Es también necesario avanzar en materia de transparencia de datos y registro de estos por las Administraciones Públicas sobre financiaciones concedidas a la I+D, patentes obtenidas con dichas financiaciones y publicaciones y ensayos clínicos vinculados. Así mismo el Registro Especial de Ensayos Clínicos (REEC) debería incorporar en todos los ensayos los resultados, tanto los positivos como los negativos<sup>24</sup>.

Todas estas medidas y otras más pueden contribuir a facilitar el acceso a las nuevas terapias a todas

<sup>24</sup> Estudio: Medicamentos para el cáncer, altos precios y desigualdad. No es Sano. Irene Bernal y Eva Iraizoz. Abril de 2018. Libro

las personas que necesiten, sin necesidad de establecer fondos nacionales específicos para comprar medicamentos innovadores, fondos que contribuyen a fragmentar el sistema y a poner en riesgo que un futuro incremento de la financiación sanitaria sea exclusivamente para estos fondos y siga dejando infranunciadas el resto de las partidas del SNS, como por ejemplo una muy importante como es la de Recurso Humanos.

Para concluir, quiero resaltar sin ningún género de dudas que la innovación farmacéutica e imprescindible para mantener y aumentar nuestra cantidad y calidad de vida, pero en un escenario en el que todos ganemos, pacientes, empresas y pagadores, y para ello es necesario evitar los precios abusivos, y aumentar la transparencia para que se tenga una retribución que permita la investigación, y no se oculten ganancias desorbitadas.

La financiarización de la industria farmacéutica ha llevado consigo que el medicamento sea otro producto financiero más, que tiene como principal objetivo la obtención de rentabilidad económica para los accionistas, con el consiguiente incentivo, fortísimo incentivo (decenas de millones de euros) en retribuciones y bonus para los altos ejecutivos. El precio del producto farmacéutico es una “Señal” para los mercados de valores y esto puede hacer que algunas empresas manejando bien el marketing y el lobby dispare en bolsa el valor de las acciones. La lógica del negocio se ha ido imponiendo a la lógica del derecho a la salud<sup>25</sup>, y esto no lo debemos permitir con nuestro S.N.S y nuestros pacientes, por eso debemos aprovechar correctamente la oportunidad que nos brindan los biosimilares.

## 7. BIBLIOGRAFIA

- El valor del medicamento desde una perspectiva social. Informe Weber. Álvaro Hidalgo-Vega. Marzo de 2.018.
- Libro: La Economía, la innovación y el futuro del Sistema Nacional de Salud Español. Patrocinado por FUNCAS. Profesor Félix Lobo. 2.017.
- Resolución del Parlamento Europeo de 2 de marzo de 2.017, sobre opciones de la Unión para mejorar el acceso a los medicamentos (2.016/2.027 (INI).

<sup>25</sup> Medicamentos: ¿Derecho humano o negocio?; Lamata F, Gálvez R, Sánchez – Caro J, Pita Barros P, Puigventós Latorre F.2017;145-147.

- <http://www.minhafp.gob.es/es-ES/Paginas/Estabilidad/Presupuestaria/InformacionAAPPs/Indicadores-sobre-gasto-Farmacéutico-y-sanitario.aspx>
- Medina A. El mercado hospitalario superará a las farmacias en 2.019 por los tratamientos oncológicos. Expansión 27 de febrero de 2.018.
- Oncologic Drugs Advisory Committe. Tisagenle-clencel-FDA Briefing Document 2.017. Report No.: BLA 125646.
- Elaboración de Fernando Lamata a partir de <https://www.mssi.gob.es/estadEstudios/estadisticas/inforRecopilaciones/gasto sanitario2005/home.htm>
- Cherny N,Sullivan R,Torode J, Saar M. Eniv A.ESMO European Consortium Study on the availability, out-of-pocket cost and accessibility or antineoplastic medicines in Europa. Ann Oncol, 2016;27:1423-43.
- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Barómetro sanitario 2016-2017.
- DiMasi J. A, Grabawski HG, Hansen RW. Innovation in the pharmaceutical industry: New estimates of R&D costs. J. Health Econ. 1 de Mayo de 2016; 47:20-23.
- Prasad V, Mailankody S. Research and development spendin to bring a single cancer drug to market and revenues after approval. JAMA Intern Med. 1 de noviembre de 2017; 177(11):1569.
- Fernando Lamata. Revista médicos y pacientes 05/10/2.015.
- Davis C, Naci H, Gurpinar E, Paplavaska E, Pinto A, Aggarwal A. Availability of evidence of benefits of life of cancer drugs approved by European Medicines Agency: retrospective cohort study of drug approvals 2009-2013, BMJ 2017;359.
- Rettingem J-A. Regmi S, Eide M, Young AJ, Viergenver RF, Ardal C, et all. Mapping of available health research and development data: what’s there what’s missing, and what role es there for a global observatory? Lancet. 12 de octubre de 2013;382(9900):1286-307.

- European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA). The pharmaceutical industry in figures. The pharmaceutical industry: a Key asset to scientific and medical progress. 2017.
- European Commission. Pharmaceutical sector inquiry. Final report 2009.
- [diariofarma.com/2018/04/10/Farmaindustria-la-transparencia-precios-puede-perjudicar-al-sns](http://diariofarma.com/2018/04/10/Farmaindustria-la-transparencia-precios-puede-perjudicar-al-sns)
- Redacción Médica. 13/12/2015. ¿paga más España por los fármacos oncológicos?
- Expert Panel on Effective Ways of Investing in Health (EXPH). Innovative payment models for high-cost innovative medicines. Luxembourg: European Union, 2018.
- Informe: la introducción de biosimilares en España. Estimación del ahorro para el SNS. Fundación Weber. pág. 10.
- <http://www.medicosypacientes.com/articulo/expertos-ponen-en-valor-el-uso-de-los-biosimilares-para-mantener-la-sostenibilidad-del-sistema-sanitario-y-acceso-a-los-medicamentos>. 16/04/2018
- [diariofarma.com/2016/02/11/los-inicios-de-los-biosimilares-fueron-complicados](http://diariofarma.com/2016/02/11/los-inicios-de-los-biosimilares-fueron-complicados)
- Libro blanco de los biosimilares en España: Calidad sostenible 2017. Pag.103
- Estudio: Medicamentos para el cáncer, altos precios y desigualdad. No es Sano. Irene Bernal y Eva Iraizoz. Abril de 2018.
- Libro: Medicamentos: ¿Derecho humano o negocio?; Lamata F, Gálvez R, Sánchez – Caro J, Pita Barros P, Puigventós Latorre F.2017;145-147.

# ESTABLECIMIENTO DE PRIORIDADES EN LAS POLÍTICAS SANITARIAS Y DE SALUD: UNA RESPONSABILIDAD ÉTICA

*Andreu Segura Benedicto*

*Doctor en Medicina.*

*Funcionario del Cuerpo Superior de Salud Pública*

*Vocal del Consell Assessor de Salut Pública y*

*del Comitè de Bioètica de Catalunya*

“...priorizar quiere decir descartar. Para poder dar el sí (entusiasta y posible) debes decir no contundentemente a lo que no cabe...”

Carles Capdevila (1965-2017) *La vida que aprenc*

## RESUMEN

El establecimiento de prioridades constituye el núcleo de cualquier política pero puede quedarse en un mero ejercicio o incluso en una coartada si no se evalúan sus consecuencias y se rinde cuentas de los resultados.

## PALABRAS CLAVE

Prioridades, evaluación, rendición de cuentas.

## ABSTRACT

The establishment of priorities is the core of any policy but can remain a mere exercise or even an alibi if the consequences are not evaluated and results are accounted for.

## KEYWORDS

Priorities, evaluation, accountability.

Antes de entrar en materia debo aprovechar la oportunidad para agradecer a Juristas de la Salud la existencia de esta mesa. Lo cual no es solo una conveniente cortesía. Puesto que la iniciativa de que todas las reuniones y congresos de la sociedades que componen SESPAS alberguen alguna actividad formalmente denominada SESPAS la propuso Rafael Millán en la Asamblea de Menorca. Experiencia cuyo propósito es el de llevar a la práctica la intersectorialidad, una de las características básicas de la salud pública.

Y ¿qué aportación podría resultar más oportuna para reforzar la cohesión de los diversos sectores de la salud pública cuando el lema del congreso remite al compromiso de respetar la dignidad de los seres humanos en el ámbito de la medicina y la biología establecido en el convenio de Oviedo?

El artículo 3 de la celebrada convención hace explícita la obligación contraída por los firmantes de adoptar las medidas adecuadas que garanticen un acceso equitativo a una sanidad de calidad y el artículo 28 insta a la pública deliberación sobre las consecuencias de la aplicación del progreso científico y tecnológico desde distintas perspectivas entre las cuales se destacan la social, la ética y la legal. Dos aspectos cruciales para valorar el establecimiento de prioridades en las políticas sanitarias.

Tomemos como punto de partida algunas preguntas básicas, como, por ejemplo, ¿por qué priorizar? ¿para qué? y ¿cómo? Planteárselas es necesario si somos conscientes de la necesidad de establecer preferencias o lo que todavía es más importante, de descartar algunas alternativas. Obviamente, no hay recursos para todo, pero también es cierto que no todo lo que se puede hacer es conveniente. Siempre me ha llamado la atención que los programas electorales de los partidos políticos sean tan prometedores, cuando en muchas ocasiones culminar las propuestas afirmativas no depende de la voluntad de los responsables, mientras que aquello que no se quiere hacer —porque se piensa que no se debe— sí que es más fácil de controlar. Claro que proclamar lo que no se quiere hacer no acostumbra a proporcionar votos. Por otro lado parece que antes que actuar es mejor pensar en lo que se debe hacer, el problema es, desde luego, en qué se piensa. Por ejemplo, en las necesidades de la población pero entonces ¿quién las establece y con qué criterios? ¿Desde una perspectiva patogenética, más propia de la medicina o desde una perspectiva salutogénica, más propia de la ciudadanía? Es decir, políticas sanitarias o políticas de salud o saludables... No son forzosamente contradictorias pero a menudo compiten por los recursos y por la hegemonía.

Elegir, optar o escoger tiene consecuencias que no siempre son positivas para los que deciden ni desde luego para los que las experimentan, por lo que cualquier priorización debe completarse con la evaluación de los resultados. Claro que no hacer o mejor dicho no decidir también es una opción, lo que en política sanitaria supone dejar actuar a la inercia y someterse al statu quo, situación más bien frecuente que puede sobrevivir a planes de salud y a proyectos de planificación, sobre todo si en el fondo no son más que un paripé para salir del paso, cuando no una coartada.

El propósito genuino de la planificación es transformar la realidad, de forma que hay que eliminar lo que es nocivo, lo que no sirve o incluso lo que es

mejorable para sustituirlo por aquello que es mejor lo que implica formular objetivos evaluables y medirlos. Un proceso que requiere finalmente de la evaluación para comprobar si se han satisfecho los objetivos y, desde luego, al tratarse de propuestas y planes de utilización de recursos comunes, en ocasiones a medio y largo plazo, también exige rendir cuentas pública y claramente.

El establecimiento de prioridades es el núcleo de cualquier formulación política, no solo porque los recursos para ponerlas en práctica siempre son limitados, lo que requiere forzosamente elegir entre los diferentes propósitos —a veces alternativos, a veces complementarios—, las distintas necesidades que se pretende satisfacer y desde luego las diversas posibilidades de intervención. Incluso en las situaciones de mayor prosperidad hay que escoger que se aborda primero, porque el tiempo no es tan elástico como para que todo lo que hay que hacer se pueda hacer a la vez.

No obstante, si bien una de las dimensiones más obvias de la priorización tiene que ver con renunciar o posponer determinadas intervenciones, es decir con el racionamiento de los recursos, establecer prioridades supone también concretar preferencias y propósitos, asociados a ideologías políticas que pueden ser incluso contrapuestas. Legítimamente, por supuesto. Planteamientos que afectan no solo a los aspectos organizativos o de financiación, sino también a los contenidos y las prestaciones.

En el marco político de las democracias liberales se supone que tienen cabida enfoques divergentes, aunque en la práctica se haya impuesto la perspectiva consumista según la cual la dinámica del sistema sanitario, como de cualquier otro sector de la sociedad y de la economía, es inflacionista. De ahí que la mayoría de las diferencias programáticas se refieran a aspectos organizativos y financieros. En España además ninguna fuerza política relevante defiende explícitamente la abolición del sistema nacional de salud, si bien el decreto 16/2012 ha puesto en duda la legitimidad del derecho a la protección de la salud y la atención sanitaria asociada a la condición de ciudadanía. Pero con ser importantes las cuestiones relativas a la provisión de los servicios y a la implicación directa de los usuarios en algunos de los costes del sistema, no lo son menos los contenidos, las prestaciones y los servicios que debe proporcionar un sistema sanitario público y, lo que es más importante, el conjunto de los poderes públicos, ya que la salud no depende solo ni principalmente de las actividades

genuinamente sanitarias, ni mucho menos de las meramente clínicas. Muchas de las cuales desarrollan una tendencia a la medicalización inadecuada que no contribuye precisamente a mantener ni a mejorar el grado de salud de la población.

Hay que tener en cuenta que a la hora de plantear el establecimiento de prioridades, uno de los criterios fundamentales es, precisamente, la valoración de las necesidades que justifican la política, el plan, el programa o la simple intervención. Como apuntaba un poco antes, las necesidades que acostumbran a guiar el establecimiento de prioridades en el ámbito sanitario no tienen que ver con la salud sino con la enfermedad. En efecto, que los departamentos de sanidad de las administraciones públicas tengan tendencia a denominarse “de salud” no significa que su orientación principal sea la promoción de esta sino más bien la asistencia a los enfermos y, en el mejor de los casos, la prevención clínica de las enfermedades. Lo cual no es en absoluto una descualificación, sino la consideración de que la salud no es un objetivo exclusivo de la sanidad ni, desde luego, de la medicina, cuya aportación más relevante tiene que ver con el conocimiento de la fisiopatología y el desarrollo de una terapéutica, desde una perspectiva patogénica que es la que refleja el modelo de historia natural de la enfermedad.

Habría que complementar pues esta visión con una aportación desde la orientación salutogénica, más interesada en reconocer los factores asociados a la génesis de la salud —que no es la mera ausencia de enfermedad o insania—, lo que raramente se tiene en cuenta en el proceso de identificación de las necesidades de las políticas sanitarias.

Y ello a pesar de que, desde la primera conferencia internacional de promoción de la salud, celebrada en Ottawa en 1986, se ha puesto de manifiesto la importancia de unas políticas públicas “saludables”, que han culminado en diversas iniciativas de ubicar la salud —no la ausencia de enfermedad— en todas las políticas. Un planteamiento que no debe pretender la dependencia de los diversos departamentos ministeriales del de sanidad, sino la consideración de que la salud, como un elemento básico del bienestar social, constituya uno de los objetivos de cualquier política pública, del mismo modo que lo es el progreso económico y material. Y esto es así porque la salud depende de múltiples factores, muchos de ellos ajenos a la sanidad, como puede ser la seguridad vial o el urbanismo, la educación general y el trabajo, la vivienda o el medio ambiente.

Actuar exclusivamente contra los factores de riesgo más individuales de los problemas de salud como el cáncer o las enfermedades cardiovasculares mediante la prevención clínica o los consejos sanitarios sobre los comportamientos personales, ignorando las condiciones de vida y los determinantes colectivos de la salud comunitaria, es algo así como pretender llenar un cubo agujereado echándole agua sin tapar los orificios.

Teniendo en cuenta ambas perspectivas es posible valorar la situación de las poblaciones y las comunidades de modo que se puedan visualizar las prioridades de intervención, como ilustra la figura 1 que muestra las establecidas para el condado de Marathon (Wisconsin) en el período de 2017 a 2020. Un ejemplo de las posibles aplicaciones de la clasificación (ranking) de los condados norteamericanos

## 2017-2020 COMMUNITY HEALTH PRIORITIES



según las necesidades y los determinantes de la salud comunitaria<sup>1</sup>. Y que traigo a colación precisamente porque el programa de Salud Comunitaria de Asturias ha adaptado esta metodología con la que se ha conseguido clasificar todos los municipios de la comunidad autónoma. De ahí a seleccionar las prioridades de salud comunitaria solo va un paso.

Tampoco hay que olvidar que una parte de las actividades sanitarias, incluyendo las intervenciones clínicas, pueden quedar obsoletas al reconocerse su ineficacia, absoluta —cuando se suponía erróneamente que funcionaban— o relativa —al ser mejoradas por innovaciones— de modo que deben ser relegadas o proscritas, lo cual a menudo se hace muy difícil debido a la inercia y a los diversos intereses en juego. Por otra parte en general no hay intervenciones sanitarias ni médicas universalmente pertinentes, sino que para que una intervención resulte útil debe estar indicada y dado que ninguna de ellas es absolutamente inocua -- lo cual no significa que forzosamente produzca daños sino que no se puede garantizar absolutamente que no los produzca en alguna ocasión-- es éticamente exigible que se valoren adecuadamente los pros y los contras de cualquier decisión sanitaria antes de ponerla en práctica.

En los últimos veinte años se ha vuelto a poner de relieve la capacidad iatrogénica de la medicina y la sanidad que según algunas estimaciones supondría la tercera causa de muerte en los Estados Unidos de América del Norte<sup>2,3</sup>. Un problema principal, pues, de salud pública, que requiere abordarlo de manera prioritaria. Y entre sus causas más importantes destaca la medicalización exagerada y el sobre diagnóstico como denuncia el informe del grupo de trabajo conjunto entre la OMC y SESPAS al respecto<sup>4</sup>. Así pues, entre los criterios que se deben tener en cuenta a la hora de priorizar conviene incluir el de la no maleficencia. Lo que seguramente requiere la promoción de una de las virtudes capitales, la prudencia. Si bien no despierta tanta admiración como la intrepidez, a

pesar de que a menudo se convierta en temeridad. La reivindicación de una ética de la ignorancia<sup>5</sup> y aun de la incertidumbre podría contribuir a valorar mejor la conveniencia de la prudencia que, desde luego no hay que confundir con la pusilanimidad.

Sin olvidar tampoco que incluso aquellas actividades médicas y sanitarias realmente útiles no pueden ser proporcionadas a todos los que las necesitan o a todos los que se podrían beneficiar de ellas simplemente porque los recursos no son ilimitados. De modo que también hay que afrontar el racionamiento que es otro de los propósitos principales de la priorización.

Cabe recalcar, no obstante, que la última crisis ha acentuado la importancia de los recortes como causa de limitación de los recursos disponibles. Aunque conviene reconocer que las reivindicaciones más bien corporativistas han dificultado cuando no impedido llevar a cabo actuaciones selectivas sobre aquellas actividades que se siguen practicando a pesar de que aportan muy poco valor o incluso están directamente contraindicadas como por ejemplo practicar una prueba de imagen (radiografía o peor TAC) a un paciente con dolor de espalda agudo sin sospecha razonable de peligro, o, cumplir acrítica y burocráticamente los protocolos para evitarse eventuales problemas, adhiriéndose a la denominada medicina defensiva lo que, como es sabido constituye una falta deontológica. De manera que se ha perdido una oportunidad de oro para dejar de hacer lo que no es conveniente seguir haciendo. Y en lugar de forzar a las autoridades a descartar intervenciones innecesarias, inadecuadas y potencialmente perjudiciales, lo que a menudo supone enfrentamientos a intereses poderosos se ha facilitado que los recortes fueran indiscriminados, lo que ha redundado en un perjuicio generalizado.

Justo es reconocer que aunque se revirtiesen los recortes, es imposible ofrecer todo para todos y gratis: ningún presupuesto nacional lo puede soportar. Eso no siempre significa que algunos enfermos se acaben quedando sin el tratamiento que necesitan. Lo que quiere decir es que hay que decidir qué servicios y enfermos son prioritarios en cada momento.

La priorización debe establecerse con criterios de eficiencia y eficacia, pero también con equidad y justicia. No podemos elegir sin valores, sin decidir previamente que es lo más valioso a proteger con la elección, dentro de las opciones que tenemos ante nosotros. La priorización —o más exactamente en el

1 Accesible en: <http://www.countyhealthrankings.org/app/wisconsin/2018/rankings/marathon/county/outcomes/overall/snapshot>

2 Kohn LT, Corrigan JM, Donaldson MS, editors. *To err is human: building a safer health system*. Institute of Medicine: Washington, 2000.

3 Makari M, Daniel M. Medical error: the third leading cause of death in the US. *BMJ* 2016; 353 i2139. published 3 May 2016

4 Grupo de trabajo SESPAS/OMC Iatrogenia: análisis, control y prevención. Documento del grupo de trabajo SESPAS-OMC sobre iatrogenia. 22 de junio 2017. Accesible en: [www.sespas.es](http://www.sespas.es)

5 McIntyre N, Popper K. The critical attitude in Medicine: the need for a new ethics. *BMJ* 1983; 287: 1919

caso que nos ocupa, el racionamiento sanitario— no se puede basar únicamente en criterios clínicos y económicos porque, tras de ellos, siempre aparece la ética, los valores y principios morales con que decidimos que bienes concretos es prioritario proteger cuando no podemos protegerlos todos de un mismo modo. En este sentido conviene distinguir entre igualdad y equidad, ya que no todos necesitamos lo mismo, de modo que un igualitarismo literal comporta lamentablemente inequidad, una desigualdad injusta.

Disponemos de diferentes criterios éticos o de equidad para racionar los recursos limitados de la sanidad tanto en el ámbito de la micro como en el de la meso gestión asistencial—por ejemplo, la gravedad del enfermo, la optimización de la salud agregada de la población, la responsabilidad personal por la salud o la salud disfrutada por una persona a lo largo de la vida—, pero nos convendría un criterio que sinteticiese lo mejor de cada uno de ellos y evite lo peor.

Es pues necesario saber cuáles deberían ser los procedimientos justos para determinar qué criterios o que combinación de criterios éticos hay que utilizar para priorizar. Y es también igualmente importante determinar quien debe hacerlo. En este sentido, una cuestión abierta es conocer de qué modo debemos combinar la opinión de los expertos con la deliberación democrática, ya que una y otra están inevitablemente expuestas a prejuicios y otros problemas relacionados con la gestión adecuada de la información.

Aunque desconocemos cual es la fórmula más justa de priorizar los recursos sanitarios, al menos si sabemos qué hacemos mal. Por ejemplo, que la priorización no debería ser arbitraria sino justificada. Es decir, que los criterios de priorización no tendrían que ser subjetivos ni discrecionales (según el decisor de turno) ni ajenos a la rendición pública de cuentas (*accountability*), que si fuera adecuada podría significar una barrera a una de las prácticas más injustas de la priorización en la microgestión, como es sortear las listas de espera si se tiene la suerte de ser amigo o recomendado de algún profesional. Tampoco parece adecuado tender a la búsqueda de equilibrios de poder entre los diversos intereses de los agentes implicados (gestores políticos y sanitarios, gremios profesionales, industria sanitaria, asociaciones de pacientes, etc.). La priorización tiene que justificarse con transparencia y la búsqueda del mejor argumento e, idealmente, todos los afectados debemos participar de esa búsqueda con igualdad de condiciones en la deliberación.

Como señalaba Salvador Peiró recientemente, a menudo el racionamiento no se hace explícito sino

que se produce implícitamente. Lo que puede materializarse de distintas maneras, desde la demora (listas de espera) hasta la derivación, pasando por la disuasión.

En cualquier caso, el establecimiento de prioridades comporta, desde la perspectiva de la salud pública, también un componente técnico, que facilita en su caso la racionalización. Por una parte, la utilización de criterios que formalicen la toma de decisiones de modo que resulte lo más comprensible y lo más transparente posible y, por otro, el desarrollo de instrumentos prácticos para adoptarlas, tanto en el ámbito macro de las políticas, como en el meso de las organizaciones o el micro de las prestaciones a pie de calle.

Los estudiantes de Salud Pública de hace unos años nos enfrentábamos al establecimiento de prioridades, habitualmente en el contexto académico, recurriendo a las recetas de John Joseph Hanlon que todavía se siguen recomendando<sup>6</sup>. Tal vez porque se trata de un sencilla ecuación en la que la frecuencia y la gravedad de los problemas se ponderan de acuerdo con la eficacia y la factibilidad de las intervenciones sanitarias correspondientes, una fórmula que destaca la importancia de disponer de medidas de intervención contrastadas y aceptables. Sin embargo su valor práctico es limitado. Las innovaciones teóricas e instrumentales en cuanto a procedimientos y herramientas para el establecimiento de prioridades han sido muchas, a pesar de que su impacto en la formulación de políticas efectivas sea más bien limitado<sup>7</sup>. Entre ellas por ejemplo el denominado planteamiento EVIDEM (Evidence and Value: Impact on DEcision Making)<sup>8</sup> que también tiene sus detractores<sup>9</sup>, o el más reciente y ecléctico mapeo de criterios múltiples<sup>10</sup>. Tampoco se ha avanzado mucho en la implicación

6 A Guide for Establishing Public Health Priorities. Centers for Disease Control and Prevention, Public Health Practice Program Office, Atlanta, GA, 1988.

7 Kapiriri L, Razavi D. How have systematic priority setting approaches influenced policy making? A synthesis of the current literature. *Health Policy* 2017; 121: 937-46.

8 Goetghebeur M, Wagner M, Khoury H, et al. Evidence and Value: Impact on Decision Making: The EVIDEM framework and potential applications. *BMC Health Services Research* 2008; 8: 270.

9 Youngkong S, Tromp N, Chitama D. The EVIDEM framework and its usefulness for priority setting across a broad range of health interventions. Cost effectiveness and resource allocation 2011; 9: 8. accesible en: <http://www.resourceallocation.com/content9/1/8>

10 Tromp N, Baltussen B. Mapping of multiple criteria for priority setting of health interventions: an aid for decision makers. *BMC Health Services Research* 2012; 12: 454.



de la ciudadanía. Desde la célebre experiencia del estado de Oregón en la que la población fue invitada a priorizar las prestaciones asistenciales ofrecidas a los beneficiarios de Medicaid<sup>11</sup>

En los últimos meses se han editado algunas publicaciones de particular interés en el ámbito de la planificación sanitaria en España y todas ellas relacionadas con SESPAS. Entre ellas una de la colección dirigida por Vicente Ortún desde el CRES (centro de recerca en economía de la salud) titulada precisamente “Priorizando los servicios sanitarios o saliendo del paso”<sup>12</sup> en el destaca el papel de los compañeros de la Asociación de Economía de la Salud de SESPAS. Otra coordinada por Ildelfonso Hernández ex presidente de SESPAS en la que doce expertos en Salud Pública de áreas diversas proponen a los políticos una hoja de ruta para hacer más efectiva la mejora de la salud de la población<sup>13</sup>. Y, finalmente, el último cuaderno de la Fundació Victor Grifols y Lucas que, como en anteriores encuentros del grupo de trabajo de SESPAS sobre ética y salud pública, recoge las aportaciones del séptimo de estos encuentros dedicado a las Prioridades y las políticas sanitarias en este caso desde una perspectiva ética<sup>14</sup>.

Un conjunto de reflexiones muy sugestivas que tal vez resulten útiles a quienes tienen la oportunidad de tomar decisiones —a menudo impopulares y difíciles— en el terreno de las políticas sanitarias y más generalmente de las políticas saludables.

---

11 Benach J. Alonso J. El Plan de Salud de Oregón para el acceso a los servicios sanitarios: contexto, elaboración y características. *Gac Sanit* 1995; 9:117.

12 Del Llano J. Peiró S. (dirs) *Prioritising health services or muddling through*. Madrid: Springer Health Care Iberica, 2018. 159p.

13 Hernandez I. (coord) *Definición de prioridades en las políticas de salud*. Cuadernos de la Fundación Dr. Antonio Esteve nº 36. Barcelona: Fundación Esteve, 2016. 70 p.

14 Segura A. Puyol A (coord) *Prioridades y políticas sanitarias*. Cuadernos de la Fundación Victor Grifols y Lucas nº 48. Barcelona: Fundación Victor Grifols, 2018. 149 p.

# REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS: NOVEDADES. ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA: EL PROYECTO DE LOPD

*Juan Luis Beltrán Aguirre*  
*Profesor Colaborador Honorífico*  
*Universidad Pública de Navarra*

**SUMARIO: I. Introducción. II. Novedades introducidas por el RGPD aplicables al tratamiento de datos de salud.** 1. Concepto amplio de datos de salud. 2. Tratamiento lícito sobre una base jurídica prevista en el RGPD y en base al Derecho elaborado por los Estados miembros. 3. La responsabilidad proactiva. 4. Consentimiento informado. **III. Sobre la compatibilidad con el RGPD de las disposiciones de nuestra legislación sanitaria sobre tratamiento de datos de salud. IV. Hacia una Ley específica de Protección de Datos de Salud.** 1. Justificación: insuficiencia de la actual legislación. 2. El artículo 9 del proyecto de LOPD.

## RESUMEN

El Reglamento General de Protección de Datos es de plena aplicación a partir de mayo de 2018, lo que exige la adaptación de nuestra legislación de protección de datos de salud a las disposiciones del Reglamento. Incorpora novedades que comportan nuevas obligaciones para los responsables y encargados del tratamiento de datos de salud. En este trabajo se analiza ese nuevo régimen y se ofrecen criterios o pautas para su complementación por nuestra legislación, complementación que debería plasmarse en una futura ley específica de protección de datos de salud. Uno de los ámbitos particularmente necesitados de revisión y adaptación al Reglamento, complementando el régimen jurídico que establece, es el relativo al consentimiento informado en la investigación científica biomédica.

## PALABRAS CLAVE

Reglamento General de Protección de Datos; novedades; adaptación de la normativa española; ley específica de protección de datos de salud.

## ABSTRACT

The General Data Protection Regulation will be fully applicable from May 2018 and onwards, which requires the adaptation of our health data protection legislation to the provisions of the regulation. It incorporates new features that involve new obligations for those responsible and in charge of the processing of health data. This article analyzes this new regime and provides several criteria or guidelines for its complementation by our legislation, complementation that should translate into a future specific law for the protection of health data. One of the areas in need of revision and adaptation to the regulation, complementing the legal regime that establishes, is the informed consent in biomedical research.

## KEYWORDS

General Data Protection Regulation; innovations; adaptation of Spanish regulations; specific law for the protection of health data.

## I. INTRODUCCIÓN

El Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD), es plenamente aplicable a partir del 25 de mayo de 2018, y la primera consecuencia del principio de primacía que preside este tipo de norma europea es la inaplicación del Derecho nacional contrario, de modo que la norma interna anterior de los Estados miembros incompatible con el RGPD deja de aplicarse.

El RGPD supone la revisión de las bases legales del modelo europeo de protección de datos más allá de una mera actualización de la vigente normativa. Procede a reforzar la seguridad jurídica, la transparencia y la responsabilidad. En lo que hace a los datos de salud, que categoriza de especialmente protegidos, el RGPD permite su tratamiento sin el consentimiento del interesado en diversos supuestos que enumera en el artículo 9.2: derecho laboral y seguridad social; intereses vitales del interesado; datos hechos manifiestamente públicos; defensa de reclamaciones; función judicial; medicina preventiva; medicina laboral; asistencia sanitaria y social; gestión de servicios y sistemas de asistencia sanitaria y social; garantizar la calidad y seguridad de la asistencia sanitaria; razones de interés público en el ámbito de la salud pública; investigación científica<sup>1</sup>. Empero, el RGPD, que tiene vocación de Directiva en lugar de Reglamento, no elabora un régimen completo y acabado del tratamiento de datos de salud, genéticos y biométricos, en los supuestos en los que permite dicho tratamiento (artículo 9.2), sino que remite al legislador de los Estados miembros la elaboración de esa normativa, haciendo así el complemento jurídico necesario que el propio RGPD encomienda a los legisladores nacionales.

El Consejo de Ministros, en sesión de 10 de noviembre de 2017, aprobó el proyecto de una nueva Ley Orgánica de Protección de Datos adaptada a las determinaciones del RGPD y lo remitió a las Cortes Generales<sup>2</sup> con la intención de que entre en vigor el 25 de mayo de 2018 como complemento normativo del RGPD. Como se dice en el preámbulo del proyecto, el RGPD permite que sus normas sean especificadas o restringidas por el Derecho de los Estados

<sup>1</sup> Precisa el considerando 159 del RGPD que “Entre los fines de investigación científica también se deben incluir los estudios realizados en interés público en el ámbito de la salud pública.”

<sup>2</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, núm. 13-1, de 24 de noviembre de 2017.

miembros en la medida en que sea necesario por razones de coherencia y para que las disposiciones nacionales sean comprensibles para sus destinatarios, para lo que contiene un buen número de habilitaciones, cuando no imposiciones, a los Estados miembros, a fin de regular determinadas materias. En este sentido, conviene resaltar la importancia que en el sector sanitario e investigador tiene el reconocimiento explícito que el RGPD hace en el considerando 10 de un margen de maniobra para que los Estados miembros dicten normas, inclusive para el tratamiento de categorías especiales de datos personales como los de salud. Dice el citado considerando que “el presente Reglamento no excluye el Derecho de los Estados miembros que determine las circunstancias relativas a situaciones específicas de tratamiento, incluida la indicación pormenorizada de las condiciones en las que el tratamiento de datos personales es lícito.”

Sin embargo, este proyecto de Ley, como comprobaremos en el último epígrafe de este trabajo, se abstiene de hacer la referida base legal del tratamiento de datos de salud, y remite dicha regulación a la ley, por lo que, mientras no se elabore y promulgue una ley específica, esa remisión es a la vigente legislación sanitaria siempre que sea compatible con el RGPD.

## II. NOVEDADES (REGLAS Y CRITERIOS) INTRODUCIDAS POR EL RGPD APLICABLES AL TRATAMIENTO DE DATOS DE SALUD

### 1. Concepto amplio de datos de salud

El RGPD (artículo 4.15 y considerando 35) conforma un concepto muy amplio de dato de salud<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Artículo 4.15: «datos relativos a la salud»: datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud.

Considerando 35: Entre los datos personales relativos a la salud se deben incluir todos los datos relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro. Se incluye la información sobre la persona física recogida con ocasión de su inscripción a efectos de asistencia sanitaria, o con ocasión de la prestación de tal asistencia, de conformidad con la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (1); todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado,

Como novedad incluye los números, símbolos o códigos que identifiquen a la persona a efectos sanitarios. Incluye la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y la información o datos relativos a la prestación de servicios de atención sanitaria que revelen información sobre el estado de salud de una persona.

También incluye los datos genéticos en la categoría de datos especialmente protegidos<sup>4</sup>, que no figuraban en la propuesta inicial. Los datos genéticos que proporcionan información sobre la salud de una persona son también datos de salud (los datos genéticos son muy importantes en la medicina personalizada), por lo que su régimen de protección será el propio de los datos de salud, ello sin perjuicio de reconocer que son cualitativamente diferentes a los datos de salud<sup>5</sup>, y que requieren una protección especialísima. Por tanto, el RGPD, dado el potencial informativo propio de los datos genéticos, no incluye los datos genéticos en la categoría de datos de salud.

Igualmente ocurre con los datos biométricos<sup>6</sup>. Algunos datos biométricos no pueden identificarse como datos de salud<sup>7</sup>.

Los datos de salud pueden constar en soporte papel, en soporte electrónico, en imágenes, en sonido, y en material biológico susceptible de conservación.

---

independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro.

4 Artículo 4.13: «datos genéticos»: datos personales relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporcionen una información única sobre la fisiología o la salud de esa persona, obtenidos en particular del análisis de una muestra biológica de tal persona.

5 El Grupo de Trabajo del artículo 29, en el *Documento de Trabajo sobre Datos Genéticos*, de 17 de marzo de 2004, afirma que determinadas informaciones genéticas revelan, de manera específica, una amplia gama de características físicas que podrían no considerarse datos relativos directamente a la salud. Sobre esta temática véase MORENTE PARRA, V., *Nuevos retos biotecnológicos para los derechos fundamentales*, Editorial Comares, 2<sup>a</sup> 14, pp. 245-255.

6 Artículo 4.14: «datos biométricos»: datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos.

7 Los sensores biométricos (dispositivos denominados “wearables”: gafas, pulseras, relojes, etc.) capturan datos biométricos especialmente sensibles como los relativos al estado de salud, que pueden terminar publicados en redes sociales.

Los datos de salud escritos se contienen en específicos documentos clínicos (en soporte papel o electrónico) definidos y regulados normativamente<sup>8</sup>. La informatización de estos documentos no implica alteración alguna de sus fines, contenidos, usos, accesos, etc. La legislación sanitaria o la de protección de datos personales es igualmente aplicable estén en soporte papel o electrónico. La ventaja del soporte electrónico es que permite aglutinar datos sanitarios que facilitan estudios e investigaciones, particularmente en salud pública<sup>9</sup>. Los datos de las historias clínicas se almacenan en registros. El RGPD los denomina ficheros (artículo 4.6), que define como “todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica.” Los registros se crean con fines, asistenciales, de planificación sanitaria, de investigación, etc. Hay registros cuyos datos se obtienen de la historia clínica y en otros los datos se recogen específicamente para crear el registro<sup>10</sup>.

## 2. Tratamiento lícito sobre una base jurídica prevista en el RGPD y en base al Derecho elaborado por los Estados miembros

Las bases jurídicas del tratamiento son aquellas circunstancias que determinan la licitud del tratamiento<sup>11</sup>. La novedad que presenta el régimen de

---

8 El artículo 3 de la LBAP incorpora el concepto de documentación clínica, entendida como “*el soporte de cualquier tipo o clase que contiene un conjunto de datos e informaciones de carácter asistencial*”. El Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre, enumera y regula una serie de documentos clínicos que han de contener un conjunto mínimo de datos de salud: historia clínica, receta médica, voluntades anticipadas, tarjeta individual sanitaria, etc.

9 GALLEGO RUESTRA, S., “Historia Clínica Electrónica y derecho a la autonomía del paciente: un conflicto de intereses”, en *Papeles Médicos*, vol. 12, núm. 1, 2015, p. 7.

10 ALCALDE BEZHOLD, G., “La protección de datos de salud en investigación a partir de bases de datos y registros clínicos” en *III Congreso ANCEI, 2016, libro de Ponencias y Comunicaciones*, pp. 19 y 20.

11 Considerando 40: “Para que el tratamiento sea lícito, los datos personales deben ser tratados con el consentimiento del interesado o sobre alguna otra base legítima establecida conforme a Derecho, ya sea en el presente Reglamento o en virtud de otro Derecho de la Unión o de los Estados miembros a que se refiera el presente Reglamento.” La referencia al Derecho de los Estados miembros entiendo que se limita al supuesto del artículo 6.1.e): *el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento*, pues el punto 3 de este artículo dice que la base del tratamiento indicado en la letra e) deberá ser establecida por el Derecho de la Unión o el de los Estados miembros. Habilitación también predicable del art. 9.2.g).

bases jurídicas del RGPD respecto del previsto en la LOPD es que saltamos de un sistema en el que el consentimiento era la única base jurídica del tratamiento, conformándose el resto de las bases jurídicas como excepciones al consentimiento (artículos 6 y 11 LOPD), a un sistema en el que existen diferentes bases jurídicas (artículos 6.1 y 9.2 RGPD), todas ellas del mismo valor, entre las que el consentimiento es una base jurídica más, pero no de más valor. Esto es predicable incluso de los datos sensibles de salud pues como anuncia el artículo 9.2 para su tratamiento basta que concurra **una** de las circunstancias (bases jurídicas) que enumera. No obstante, en el caso de la investigación científica, que es una de las bases jurídicas, su concurrencia no necesariamente ha de excusar la necesidad de obtener el consentimiento en cualquier proyecto de investigación. Muy al contrario, en diversos supuestos o modalidades de investigación puede y debe exigirse, además, el consentimiento. En este sentido es determinante el considerando 33 del RGPD<sup>12</sup>.

Respecto del tratamiento de los datos de salud, los apartados h), i) y j) del artículo 9.2. determinan que los tratamientos que contemplan lo serán sobre la base del Derecho de los Estados miembros, y el artículo 9.4. remata la habilitación al disponer que “Los Estados miembros podrán mantener o introducir condiciones adicionales, inclusive limitaciones, con respecto al tratamiento de datos genéticos, datos biométricos o datos relativos a la salud”. Por su parte, el considerando 10 relata que el RGPD reconoce un margen de maniobra para que los Estados miembros especifiquen sus normas, inclusive para el tratamiento de categorías especiales de datos personales («datos sensibles»). Es, pues, evidente que el legislador europeo, en lo que hace al tratamiento de datos de salud, dada su especificidad, reclama a los Estados miembros que elaboren una legislación complementaria que establezca medidas específicas para proteger los derechos del interesado, así como regular determinadas materias, permitiendo incluso (considerando 8, que excepciona un principio general del Derecho de la Unión Europea) que, cuando sus normas deban ser especificadas, interpretadas o

restringidas por el Derecho de los Estados miembros, éstos tengan la posibilidad de incorporar al Derecho nacional elementos contenidos específicamente en el RGPD, en la medida en que sea necesario por razones de coherencia y comprensión. En suma, el RGPD debe necesariamente complementarse con la legislación nacional.

Una vez elaborada y vigente la normativa nacional, el RGPD impone la obligación a los responsables de identificar con precisión las finalidades y la base jurídica de los tratamientos que se realicen, obligación que tiene su razón de ser en el hecho de que la finalidad y la base jurídica de los tratamientos son informaciones que deben proporcionarse a los interesados (arts. 13 y 14 RGPD) y recogerse en el Registro de actividades de tratamiento.

### 3. La responsabilidad proactiva

Una de las novedades principales del RGPD es impulsar la prevención por parte de las entidades que tratan datos personales, introduciendo para ello como básico el principio de prevención que exige actuar *a priori*, no *a posteriori* cuando ya se ha producido una infracción. Con el enunciado “responsabilidad proactiva” impone a los responsables el deber de adoptar aquellas medidas que aseguren razonablemente que están en condiciones de cumplir con los principios, derechos y garantías que el RGPD establece.

En concreto, el artículo 5.2 del RGPD dispone que: “El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado primero<sup>13</sup> y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»).” Por su parte, los artículos 24 y 25, al

12 Considerando 33: Con frecuencia no es posible determinar totalmente la finalidad del tratamiento de los datos personales con fines de investigación científica en el momento de su recogida. Por consiguiente, debe permitirse a los interesados dar su consentimiento para determinados ámbitos de investigación científica que respeten las normas éticas reconocidas para la investigación científica. Los interesados deben tener la oportunidad de dar su consentimiento solamente para determinadas áreas de investigación o partes de proyectos de investigación, en la medida en que lo permita la finalidad perseguida.

13 Este apartado sienta los siguientes principios: a) «licitud, lealtad y transparencia»: han de ser tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado; b) «limitación de la finalidad»: han de ser recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; c) «minimización de datos»: han de ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados; d) «exactitud»: han de ser exactos y, si fuera necesario, actualizados, adoptándose todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan; e) «limitación del plazo de conservación»: mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales; f) «integridad y confidencialidad»: tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas.

regular la responsabilidad del controlador y del responsable, establecen que, atendiendo a la naturaleza, finalidades, ámbito y contexto del tratamiento, además de la gravedad para los derechos y libertades de los individuos y los riesgos de probabilidad de cambio, deberán implementar o aplicar medidas técnicas y organizativas para cumplir con las estipulaciones del RGPD y ser capaces de demostrarlo. Actualmente, la LOPD determina con bastante exhaustividad las medidas de seguridad que deben aplicar los responsables en función del tipo de datos a tratar. Pues bien, el RGPD renuncia a establecer un listado de medidas de seguridad y reconoce a los responsables un amplio margen de maniobra para confeccionar su plan estratégico de seguridad, debiendo incluir en sus procedimientos medidas de seguridad acordes a su estructura, tipología de datos procesados y normativas específicas a las que se encuentran sometidos. A estos efectos, el RGPD introduce importantes novedades en las relaciones responsable-encargado<sup>14</sup>.

En fin, el principio de responsabilidad proactiva se constituye como uno de los elementos esenciales del RGPD, junto con el enfoque basado en el riesgo y la privacidad por diseño y por defecto<sup>15</sup>. El principio de responsabilidad proactiva exige al responsable o, en su caso, al encargado, adoptar las medidas técnicas y organizativas precisas (que no se las indica el RGPD, sino que tiene que decidir las discrecionalmente) para cumplir todas las condiciones fijadas por el artículo 5.1. Y no se trata de una mera declaración sin mayores consecuencias prácticas, sino todo lo contrario, pues la no adopción de las medidas necesarias para cumplir las condiciones o el no poder demostrarlo, se tipifica como infracción muy grave (artículo 83.5.a) del RGPD y artículo 72.1. a) del proyecto de LOPD), que puede sancionarse con multa de hasta 20.000.000 de euros<sup>16</sup>.

14 El responsable determina la existencia del tratamiento y su finalidad. El encargado es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo, que trata datos personales por cuenta del responsable del tratamiento. Los responsables han de elegir únicamente encargados que ofrezcan garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas, de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos del RGPD. La relación debe formalizarse en un contrato o en un acto jurídico que vincule al encargado respecto al responsable. El RGPD regula de forma muy minuciosa el contenido de estos contratos.

15 Véase el artículo 25 RGPD rubricado “Protección de datos desde el diseño y por defecto”.

16 Cuando se trate de una Administración, organismo o entidad pública, se seguirá el régimen establecido en el artículo 77 del proyecto de LOPD.

Para mitigar esta incertidumbre, el artículo 36 del RGPD obliga al responsable a consultar a la autoridad de control antes de proceder al tratamiento cuando una evaluación de impacto muestre que el tratamiento entrañaría un alto riesgo si el responsable no toma medidas para moderarlo, y la autoridad de control deberá asesorarle al respecto.

## 4. Consentimiento informado

### 4.1 Manifestación y formalización

Una importante novedad del RGPD es la exigencia de consentimiento explícito para el tratamiento de datos de salud. Veámoslo.

El artículo 4.11) RGPD define el consentimiento del interesado como:

Toda manifestación de voluntad libre<sup>17</sup>, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.

Por su parte, el artículo 9.2.a) RGPD exige que el consentimiento para el tratamiento de datos genéticos, biométricos, de salud, o vida sexual, ha de ser explícito. El término explícito excluye el consentimiento tácito o presunto admitido en nuestro ordenamiento<sup>18</sup>. Entiendo que también lo excluye el artículo 4.11 RGPD cuando exige “una declaración o una clara acción afirmativa”. ¿Exige, además, que el consentimiento sea escrito? No, pues la expresión *mediante una declaración o una clara acción afirmativa* admite un consentimiento escrito, firma digital o verbal. El considerando 32 así lo prevé<sup>19</sup>. El

17 Advierte el considerando 42 RGPD: “no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno”, y el considerando 43: “no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento.”

18 El consentimiento tácito se consolidó con el artículo 14 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

19 “El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos

problema es que el responsable pueda probar después su existencia como exige el artículo 7.1 del RGPD. La forma oral se podrá probar mediante testigos o gravando la declaración en vídeo. En la práctica, el adjetivo explícito y la necesidad posterior de demostrar el consentimiento abocan al otorgamiento del consentimiento por escrito o en forma digital por ser esta la forma segura y más cómoda de probarlo.

#### **4.2 Modalidades de consentimiento**

##### *a) Consentimiento específico, amplio y dinámico*

La obtención del consentimiento para el tratamiento de datos en la investigación sanitaria y biomédica<sup>20</sup> plantea una problemática a la que ni el RGPD ni la legislación sanitaria dan respuesta suficiente.

El considerando 53 del RGPD señala que las categorías especiales de datos personales que merecen mayor protección únicamente deben tratarse con fines relacionados con la salud cuando sea necesario para lograr dichos fines en beneficio de las personas físicas y de la sociedad en su conjunto. La expresa referencia a fines en beneficio de la sociedad en su conjunto, de lo que buen ejemplo es la actividad investigadora epidemiológica y biomédica por su enorme relevancia para la humanidad<sup>21</sup>, referencia que ha de conjugarse con lo declarado en el considerando 33 sobre el consentimiento en la investigación científica, permiten introducir normas más flexibles en lo atinente al consentimiento informado para el tratamiento de datos de salud con fines de investigación epidemiológica y biomédica de manera que los requisitos exigidos no entorpezcan innecesariamente la investigación. Cristalizando esa posibilidad en el

---

para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento.”

20 Son proyectos de investigación aquellos estudios que tengan por objeto generar, adaptar o aplicar nuevo conocimiento, mediante metodología científica, siendo susceptibles de publicación científica. No se deben considerar proyectos de investigación aquellos estudios cuya función esencial sea la evaluación de la atención sanitaria con fines de evaluación de la calidad, de mejora continua o de planificación.

21 Advierte el considerando 4 del RGPD que “El tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad. El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad.”

marco normativo permitido por el artículo 9.2.j), cabría una regulación que abarque desde la exigencia de un consentimiento informado específico para concretos proyectos modalidades de investigación hasta no exigir consentimiento alguno cuando concurren determinadas circunstancias a las que aludiré más adelante. En fin, el legislador europeo está pidiendo al legislador nacional que haga una ponderación de los casos en los que sea o no necesario el consentimiento del interesado y si considera que lo es, en qué modalidad.

La LIB exige el consentimiento expreso y escrito de los interesados para el tratamiento de datos en la investigación con procedimientos invasivos y con muestras biológicas, pero esta ley deja al margen de su aplicación la investigación observacional con datos de salud obtenidos de registros<sup>22</sup>. La LBAP tampoco aborda esta cuestión. Se limita a decir que el acceso para investigación científica se regirá por la LOPD de 1999 y que, como regla general, se asegurará el anonimato. Por tanto, existe una laguna legal respecto de esta modalidad de investigación.

Para el tratamiento de datos en la investigación observacional, desde hace años los especialistas en bioética manejan o contemplan tres posibles modalidades de consentimiento: específico<sup>23</sup>, amplio<sup>24</sup> y

---

22 Así se dice expresamente en su preámbulo (apartado IV, párrafo sexto). Sobre esta modalidad de investigación, ALCALDE BEZHOLD, Guillermo, *La investigación observacional con datos de carácter personal*, Editorial Comares, 2013.

23 Exige que el consentimiento esté referido a una determinada operación de tratamiento y para una finalidad determinada, explícita y legítima del responsable del tratamiento. Es particularmente exigible sin excepciones en la investigación experimental mediante procedimientos invasivos.

24 El consentimiento amplio implica que el interesado da su consentimiento no sólo para un estudio concreto, sino que amplía su aceptación a diferentes clases o categorías de investigación. El considerando 33 del RGPD señala que cuando no sea posible determinar totalmente la finalidad del tratamiento de los datos personales con fines de investigación científica en el momento de su recogida, debe ofrecerse a los interesados dar su consentimiento para determinados ámbitos de investigación científica que respeten las normas éticas reconocidas para ello, y añade que los interesados deben tener la oportunidad de dar su consentimiento solamente para determinadas áreas de investigación, o partes de proyectos de investigación, en la medida que lo permita la finalidad perseguida. En este considerando subyace la posibilidad de instrumentar un consentimiento amplio que acoja áreas de investigación. Consentimiento amplio que, por ejemplo, resulta oportuno en el caso de las muestras biológicas depositadas en biobancos cedidas a terceros que las precisen con fines de investigación biomédica, si bien es evidente que el legislador europeo no está por la labor de permitir un uso posterior absoluto e indiscriminado de datos para fines científicos diferentes a la manera de un consentimiento genérico, en blanco, sino un consentimiento amplio que acoja determinadas áreas de investigación futuras

dinámico<sup>25</sup>. Las sociedades científicas, los investigadores y la doctrina debaten<sup>26</sup> sobre cuáles de ellos son los más adecuados para asegurar que la investigación pueda desarrollarse plenamente.

Es una cuestión que debería resolverse en la legislación que complementa el RGPD. En cualquier caso, como hemos visto, el considerando 33 admite plenamente que el Derecho de los Estados miembros regule e incorpore al sistema los consentimientos amplios y los dinámicos.

### b) Consentimiento genérico o en blanco

Finalmente, creo conveniente detenerme en analizar las demandas de que se admita el consentimiento genérico o en blanco al objeto de valorar su viabilidad

---

suficientemente determinadas, pero solo estas. Para los casos en los que el consentimiento se dio para una concreta línea de investigación y los datos se quieran utilizar posteriormente en otras líneas o áreas de investigación distintas sobre las que no se ha informado suficientemente al interesado a efectos de que las acepte o rechace en el consentimiento dado inicialmente, entiendo que no es factible esta figura del consentimiento amplio (no sería un consentimiento amplio sino genérico). En suma, debe obtenerse un nuevo consentimiento.

25 El consentimiento dinámico, como alternativa al amplio, exige disponer de una plataforma web que promueva un proceso dinámico de permanente contacto entre investigadores e interesados, que permite actualizar el consentimiento específico inicial en función de cada uno de los proyectos de investigación en los que vayan a utilizarse los datos. Véase la descripción del consentimiento dinámico que hacen SERRANO-DÍAZ N, GUÍO-MAHECHA E, PÁEZ-LEAL MC. “Consentimiento informado para Biobancos: Un debate abierto.”, en *Revista de la Universidad Industrial de Santander. Salud*. 2016; 48(2), pp. 246-256.

26 Véase al respecto la Declaración de la Federación de Asociaciones Científico Médicas y Sociedad Española de Farmacología Clínica, recogida en *Diario Médico* de 25 de enero de 2018, disponible en: <http://www.diariomedico.com/2018/01/25/area-profesional/normativa/la-sefc-teme-por-el-futuro-de-la-investigacion-biomedica>; Farmaindustria reclama que se introduzca en la nueva LOPD un modelo de consentimiento que recoja tanto el uso primario de los datos (el fin con el que fueron recogidos en primera instancia) como segundos usos con fines de investigación, es decir, un consentimiento genérico, *Diario Médico* de 7 de febrero de 2018, disponible en: <http://www.diariomedico.com/2018/02/07/area-profesional/sanidad/la-industria-pide-que-el-reglamento-europeo-de-proteccion-de-datos-no-entorpezca-la-id>;

Entre los autores que analizan esta temática: BOMBILLAR SAENZ, Francisco Miguel, “Tratamiento jurídico del consentimiento informado y la donación de muestras biológicas a un biobanco para investigación biomédica: los consentimientos en blanco” en *Derecho y Salud*, vol. 27, núm. 1, 2017; SERRANO-DÍAZ N, GUÍO-MAHECHA E, PÁEZ-LEAL MC. “Consentimiento informado para Biobancos: Un debate abierto.”, en *Revista de la Universidad Industrial de Santander. Salud*. 2016; 48(2), pp. 246-256; ROMEO MALANDA, Sergio, voz Biobancos en (dirección ROMEO CASABONA, Carlos) *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Editorial Comares S. L., 2011, Tomo I, p. 144.

conforme al RGPD. No cabe duda de que los Estados miembros de la UE que quieran ser potencias en investigación sanitaria y bioética tienen que fomentar y facilitar la investigación en todo lo posible, y ello parece que pasa por disponer de una legislación que exima de la obtención del consentimiento informado cuando su obtención no sea posible o represente un esfuerzo no razonable, y, cuando es viable la obtención del consentimiento, por aceptar como válido un consentimiento inicial genérico, en blanco, que habilite al tratamiento de los datos en ulteriores investigaciones incluso en diferentes áreas, compensándose esta flexibilización con las siguientes medidas garantistas: obligando a la anonimización irreversible de los datos o, en su caso, a la seudonimización respecto de investigaciones en las que pueda ser conveniente que el investigador conozca la identidad del titular de los datos; imponiendo el secreto profesional incluso mediante una declaración formal y solemne por escrito al inicio de la investigación; y exigiendo previa evaluación y autorización por un Comité de Ética de Investigación. En el marco de nuestro ordenamiento jurídico, también resulta que hasta ahora, diversas sociedades científicas médicas e investigadores han considerado que para hacer investigación clínica retrospectiva con los datos existentes en archivos de datos de salud, fundamentalmente archivos de historias clínicas, basta con el consentimiento dado por el paciente para utilizar sus datos en futuras investigaciones sin especificar cuáles puedan ser (consentimiento genérico), a la par que el otorgado inicialmente para la asistencia sanitaria<sup>27</sup>.

Es más, a la vista del proyecto de LOPD, particularmente de su artículo 6.2, cuyo contenido ha disparado las alarmas en las sociedades científicas, algunas están pidiendo que se incorpore al artículo 9 del proyecto de LOPD la mención de que la investigación biomédica es de interés general y que requiere de excepciones al consentimiento explícito y específico. En general, están demandando que se incorpore al proyecto de LOPD un consentimiento genérico o en blanco que permita el tratamiento de datos de salud en futuras investigaciones biomédicas<sup>28</sup>.

---

27 Incluso se ha defendido la conveniencia de modificar el artículo 16.3 LBAP estableciendo que “sería suficiente con que el paciente prestara un consentimiento genérico asistencial para poder utilizar sus datos de la historia clínica en la realización de estudios retrospectivos”. Véase *Diario Médico* de 15 de diciembre de 2014. Disponible en <http://www.diariomedico.com/2014/12/15/area-profesional/normativa/expertos-denuncian-inseguridad-juridica-estudios-clinicos>

28 Véase *Diario Médico* de 3 de marzo de 2018 y Redacción Médica de 17 de enero de 2018.



Pues bien, el legislador europeo, al redactar el RGPD, fue consciente de esta realidad e intenta facilitar la investigación biosanitaria y epidemiológica a través de las medidas reseñadas, salvo una: el consentimiento genérico. De la lectura de los considerandos 32, 33, 42 y 43 y de los artículos 4.11) y 9.2.a) se infiere claramente que el legislador europeo exige consentimientos explícitos informados -utiliza la voz “informados” en el artículo 4.11) y en el considerando 32- y con especificación de los fines de las investigaciones (artículo 9.2.a), rechazando, por tanto, consentimientos en blanco para futuros proyectos o líneas de investigación respecto de los que la información al sujeto es inexistente o insuficiente<sup>29</sup>. No es ocioso recordar en este momento que tanto la jurisprudencia europea como la nacional afirman que lo esencial en el consentimiento no es la firma del sujeto en el documento de consentimiento sino la información que recibe para plasmar libre y conscientemente esa firma, hasta el punto de que una firma sin la previa información suficiente no tiene ninguna validez<sup>30</sup>. En suma, elemento esencialísimo

del consentimiento es la previa información recibida. Así, señala el considerando 42 del RGPD que “Para que el consentimiento sea informado, el interesado debe conocer como mínimo la identidad del responsable del tratamiento y los fines del tratamiento a los cuales están destinados los datos personales”.<sup>31</sup>

No obstante, desde el ámbito de la investigación biosanitaria se aboga por poder compartir y reutilizar los datos de salud disponibles sin obstáculos y se sigue insistiendo en que se incorpore al proyecto de LOPD un artículo que exima la necesidad de obtener el consentimiento del interesado en la reutilización de datos de salud con fines de investigación biomédica. Se afirma que, por encima de todo, la nueva normativa debe garantizar la investigación científica<sup>32</sup>. Es evidente que en estas declaraciones subyace la idea de que el interés general inherente a la investigación biomédica debe prevalecer sobre los particulares intereses de los pacientes hasta el punto de que puede y debe sacrificarse su derecho a consentir la utilización de sus datos de salud en aras a garantizar la investigación biomédica dado el enorme beneficio

29 BOMBILLAR SÁENZ, Francisco Miguel, “Tratamiento jurídico del consentimiento informado y la donación de muestras biológicas a un biobanco para investigación biomédica: los consentimientos en blanco” en *Derecho y Salud*, vol. 27, núm. 1, 2017, p. 126, opina que un consentimiento de corte genérico, o mejor, específico pero amplio autorizando, en el marco de un biobanco, la cesión a terceros de las muestras para ser utilizadas en diversas líneas de investigación, puede tener acomodo en nuestro Ordenamiento jurídico por mor del derecho de autodeterminación, si bien también señala que podría sostenerse que en ausencia de una completa información no cabe poder consentir a futuro investigaciones que en ese momento se desconocen. El artículo 70.2 de la LIB establece que las muestras biológicas que se incorporen a los biobancos podrán utilizarse para **cualquier** investigación biomédica, en los términos que prescribe esta Ley, siempre que el sujeto fuente o, en su caso, sus representantes legales hayan prestado su consentimiento en estos términos. Parece, pues, que el legislador español opta en este caso por un consentimiento genérico o flexible. Ahora bien, el artículo 60 de la LIB establece que “1. El consentimiento sobre la utilización de la muestra biológica se otorgará, bien en el acto de obtención de la muestra, bien con posterioridad, de forma específica para una investigación concreta. 2. El consentimiento específico podrá prever el empleo de la muestra para otras líneas de investigación relacionadas con la inicialmente propuesta, incluidas las realizadas por terceros. Si no fuera este el caso, se solicitará al sujeto fuente que otorgue, si lo estima procedente, un nuevo consentimiento.”

30 Así, por ejemplo, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de julio de 2009 y 15 de enero de 2013 en las que se destaca la relevancia de la información previa y adecuada al paciente, y en nuestro país Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, en la que se dice (f. j. 5): *Ahora bien, para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se*

*le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación.*

31 Aquí cabe traer a colación el problema de legibilidad de los formularios (documentos) de consentimiento informado. Véase al respecto, SIMÓN LORDA, P, BARRIO CANTALEJO, I, CONCHEIRO CARRO, L. “Legibilidad de los formularios escritos de consentimiento informado” en *Medicina Clínica (Barc)*, 1996, 107, pp. 524-529; TORREGROSA SANCHEZ R, y otros “La legibilidad formal de los documentos de consentimiento informado en la práctica médica. Su utilidad como herramienta de validación”, en *La Bioética y la Clínica. Una aproximación a la práctica diaria*, Generalitat Valenciana, Escuela Valenciana Estudios para la Salud, 17, 2005, pp. 145-170.

32 Farmaindustria reclama que se introduzca en la nueva LOPD un modelo de consentimiento que recoja tanto el uso primario de los datos (el fin con el que fueron recogidos en primera instancia) como segundos usos con fines de investigación, es decir, un consentimiento genérico, Diario Médico de 7 de febrero de 2018, disponible en: <http://www.diariomedico.com/2018/02/07/area-profesional/sanidad/la-industria-pide-que-el-reglamento-europeo-de-proteccion-de-datos-no-entorpezca-la-id>

Véanse las declaraciones de Hernández Rivas en el Congreso de los Diputados recogidas por Diario Médico de 22 de marzo de 2018. Disponible en: <http://www.diariomedico.com/2018/03/21/area-profesional/normativa/la-nueva-ley-de-be-proteger-la-salud-y-garantizar-la-investigacion-> y de Fernando Carballo, presidente de la Federación de Asociaciones Científico Médicas Españolas (Facme), recogidas por Diario Médico de 5 de marzo de 2018, disponible en: <http://www.diariomedico.com/2018/03/05/area-profesional/normativa/res-unnmatiz-sencillo-queremos-una-mencion-explicita-en-la-leyr>

que aporta a la sociedad. Cabe oponer a este pensamiento que los artículo 1 y 2 del 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, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, el artículo 3.2 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, de 19 de octubre de 2005, y el artículo 2.b) de la LIB, establecen la protección del ser humano en su dignidad y que el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia. Así pues, sin titubeo alguno decretan la primacía del ser humano sobre el «exclusivo» interés de la sociedad o la ciencia<sup>33</sup>. Los conceptos de interés y bienestar del ser humano han de reconducirse a sus derechos fundamentales (derecho a la vida, a la integridad, a la libertad, a la intimidad, a la protección de los datos personales....)<sup>34</sup>. Además, el artículo 6.2 de la citada Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos establece como principio general que la investigación científica sólo se debería llevar a cabo previo consentimiento libre, expreso e informado de la persona interesada. En fin, siguiendo a RUIZ LAPÉÑA<sup>35</sup>, puede afirmarse que de esta normativa se derivan dos criterios: a) respeto de la dignidad humana, lo que exige como un mínimo necesario el consentimiento libre, expreso e informado; b) como consecuencia de la dignidad, la prioridad del interés de la persona sobre el interés exclusivo de la ciencia o de la sociedad, lo que implica la posibilidad de revocación del consentimiento aunque se derive un perjuicio para la ciencia o la investigación concreta.

Por tanto, en mi criterio, sería improcedente que prosperase esa petición con semejante alcance. Como he razonado *supra*, es posible un consentimiento amplio, pero no lo es una exención generalizada del consentimiento o un consentimiento en blanco.

33 Sobre esta prevalencia, entre otros, SÁNCHEZ-CARO, J. y ABELLÁN, F. *INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA EN ESPAÑA: ASPECTOS BIOÉTICOS, JURÍDICOS Y CIENTÍFICOS*, Editorial COMARES, 2007, pp. 22-23; GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Celia, “La protección de la persona en el ámbito de la investigación biomédica. Principios de la regulación española”, en *Revista Bioderecho.es*, núm. 2, 2015.

34 En este sentido, SÁNCHEZ-CARO, J. y ABELLÁN, F. *INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA EN ESPAÑA: ASPECTOS BIOÉTICOS, JURÍDICOS Y CIENTÍFICOS*, Editorial COMARES, 2007, pp. 22-23. Véase también la obra colectiva *Bioética y derechos humanos* (coordinación MARCOS DEL CANO, A. M<sup>º</sup>), UNED, Madrid, 2012.

35 Voz “Libertad de investigación” en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, director RÓMEO CASABONA, C., Editorial Comares, 2011, tomo II, p. 1051.

En todo caso, situándonos en nuestro propio ordenamiento jurídico, parece que este tema quedará resuelto para el futuro ya que el proyecto de la nueva LOPD, en línea con el RGPD, establece en su artículo 6.2 que “*Cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para cada una de ellas.*”, artículo que será de aplicación a la investigación científica hasta tanto la posible futura ley específica de protección de datos de salud, en su caso, disponga otra cosa.

#### 4.3 Momento en el que debe obtenerse el consentimiento

Por lo razonado hasta ahora, podemos sentar que la regla general es exigir consentimiento informado explícito y específico, que puede ser solo para un concreto proyecto de investigación o amplio que acoja toda un área de investigación. Aceptado esto, la siguiente cuestión a resolver es cuando debe obtenerse ese consentimiento<sup>36</sup>. Veámoslo. Las investigaciones epidemiológicas y un buen porcentaje de investigaciones biomédicas se hacen con datos de salud y muestras biológicas obtenidas anteriormente con motivo de la prestación de asistencia sanitaria. La LBAP dice que el fin principal de la historia clínica es facilitar la asistencia sanitaria, de donde se infiere que el legislador está contemplando otros posibles fines, que son, obviamente, utilizar las historias para evaluar la calidad del centro sanitario, así como para hacer estudios epidemiológicos e investigación sanitaria<sup>37</sup>. Ahora bien, ¿este fin complementario justifica que un consentimiento inicial prestado para la asistencia sirva también para realizar posteriores investigaciones o permite la firma de

36 La LBAP establece que la cesión para fines de investigación exige el anonimato o que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos (art. 16.3), pero no precisa en qué momento ha de darse ese consentimiento ni su alcance. La LOPD de 1999 establece que los datos de salud podrán ser cedidos para fines de investigación cuando así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente (art. 7.3), pero tampoco precisa en qué momento ha de darse el consentimiento ni su alcance. La LIB establece que la cesión de datos de salud a una investigación biomédica requiere el consentimiento expreso y escrito del interesado (art. 5.2), sin precisar tampoco en qué momento ha de otorgarse, si bien la LIB excluye expresamente de su ámbito de actuación los estudios observacionales.

37 No cabe duda de que las historias clínicas son una fuente muy importante, no la única, para hacer investigación científica sanitaria, por lo que, en mi criterio, no estará demás que así se exprese en la norma que defina el alcance de estos documentos electrónicos.

documentos de consentimiento independientes, uno para investigación y otro para asistencia, obtenidos en el mismo acto? La doctrina entiende que no en razón a la debilidad psicológica en la que se encuentra la persona enferma que busca alivio a sus dolencias y la superioridad psicológica del profesional sanitario que le atiende en la relación clínica que se crea. Ciertamente, ante ese desequilibrio paciente-médico, en la mayoría de los casos podría considerarse no válido un consentimiento expreso, obtenido a la par que el consentimiento para recibir asistencia sanitaria, para un eventual uso posterior de los datos con fines de investigación biosanitaria, por faltar o estar muy disminuidos los elementos de libertad, conocimiento y conciencia por parte del enfermo. Recuérdese que el considerando 43 señala que “*Para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, este no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por lo tanto improbable que el consentimiento se haya dado libremente en todas las circunstancias de dicha situación particular.*” En fin, la situación de inferioridad psicológica, de vulnerabilidad, en la que se encuentra la persona que solicita asistencia sanitaria y otorga el consentimiento para recibirla, justifica éticamente que la utilización posterior de sus datos para otros fines se condicione a un nuevo consentimiento posterior<sup>38</sup>.

38 En apoyo de la posición sobre la necesidad de obtener un consentimiento expreso posterior al de la asistencia, creo oportuno transcribir la siguiente opinión del Observatorio de Bioética y Derecho; Universidad de Barcelona. Observatorio de Bioética y Derecho, 2015, p. 42 Disponible en: <http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatoriBioEticaDret/documents/08209.pdf> Ha dicho que “partiendo de la existencia del «partenariado público-privado» en el sistema sanitario e investigador, el problema se centra en cómo se articula la legitimación para usar la información de salud y reutilizarla. Es preciso tener en cuenta la gran asimetría -de información e incluso de poder- existente entre el ciudadano, que sufre una enfermedad y necesita curarse, y el profesional que le va a pedir el consentimiento, tanto para procurarle la asistencia médica más adecuada como para el tratamiento de los datos personales de salud. Hay que tener claro que se trata de consentimientos diferentes, y que el acceso a la prestación sanitaria pública no se puede condicionar al consentimiento para tratar datos con otros fines, ni justifica la solicitud de datos adicionales. La conclusión es que la obtención del consentimiento debe someterse a garantías, a fin de compensar la situación de desequilibrio en que se encuentra el usuario de los servicios sanitarios públicos en momentos en los que puede estar especialmente preocupado por su salud -lo que genera una situación de vulnerabilidad- y que piensa a priori que todos los datos que se le piden se encaminan a su tratamiento y son necesarios para prestarle la asistencia que necesita y que constituye la razón por la que ha acudido al sistema sanitario.”

#### 4.4 Excepciones al consentimiento

Aplicar la compatibilidad sentada por el artículo 5.1.b) del RGPD a la investigación observacional no justifican necesariamente soslayar la necesidad del consentimiento de los interesados en el acceso o la cesión de datos de salud contenidos en las historias clínicas para su ulterior tratamiento en cualquier investigación “científica” privada o pública, particularmente la privada en la que los beneficios no revierten en la ciudadanía<sup>39</sup>. No puede obviarse que la actividad asistencial es una finalidad muy concreta, la asistencia sanitaria, y que el posterior uso de los datos obtenidos para investigación es un uso completamente diferente, sin perjuicio de que se declaren compatibles. Eludir la necesidad de consentimiento rompería con toda la legislación nacional e internacional y la doctrina que hasta ahora viene exigiendo el consentimiento como regla general, y sería muy poco respetuosa con el derecho fundamental a la protección de los datos personales. Cabe recordar que actualmente, sobre la base de nuestro Derecho, el tratamiento ulterior de datos de salud de historias clínicas con fines de investigación científica exige siempre el previo consentimiento del interesado salvo que los datos estén anonimizados.

No obstante, obligado es señalarlo, hay supuestos en los que es legítimo obviar el consentimiento informado. Y excluir en la norma la obligación de obtenerlo en esos supuestos viene amparado por el artículo 9.2 del RGPD. La seudonimización será, por regla general, una garantía a aplicar en estos supuestos.

Primer supuesto: Investigación y estudios epidemiológicos. En el artículo 9.2 del RGPD encontramos tres fines que habilitan a realizar estos estudios epidemiológicos sin recabar el consentimiento de los interesados: fines de medicina preventiva<sup>40</sup> (letra h);

39 Se postula distinguir entre *legitimación legal*, que permite tratar datos con fines de atención sanitaria, calidad y gestión de servicios o fines de estudios epidemiológicos e investigación científica, y que se justifica en el interés público de estos fines, y *legitimación voluntaria*, que proviene siempre del consentimiento expreso del interesado y es la que se precia para tratar datos con fines estrictamente privados (desarrollo de las industrias sanitaria, farmacéutica y de biotecnología): *Documento sobre bioética y Big Data de salud: explotación y comercialización de los datos de los usuarios de la sanidad pública*, Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, 2015, p. 40.

40 DE MIGUEL SÁNCHEZ, N., “Investigación y protección de datos de carácter personal: una aproximación a la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica”, en *Revista Española de Protección de Datos*, núm. 3, 2006, p. 190, opina que los fines de prevención médica incluyen los estudios epidemiológicos, y, en efecto, la prevención médica exige disponer de estudios epidemiológicos en los que apoyar los programas preventivos. El artículo 19.1 de la LGSP establece la pre-

estudios epidemiológicos para la tutela de la salud pública (letra i), y fines de investigación científica<sup>41</sup> (letra j).

Segundo supuesto. Investigación con muestras biológicas. Como admite la LIB en su artículo 58, de forma excepcional pueden tratarse muestras codificadas o identificadas con fines de investigación biomédica sin el consentimiento del sujeto fuente, cuando la obtención de dicho consentimiento no sea posible o represente un esfuerzo no razonable, excepción que, en mi criterio, también puede extenderse a datos de historias clínicas en estudios observacionales. En estos casos debe exigirse el dictamen favorable del Comité de Ética de la Investigación correspondiente, el cual debe tener en cuenta, como mínimo, los siguientes requisitos: a) que se trate de una investigación de interés general; b) que la investigación se lleve a cabo por la misma institución que solicitó el consentimiento para la obtención de las muestras; c) que la investigación sea menos efectiva o no sea posible sin los datos identificativos del sujeto fuente; d) que no conste una objeción expresa del mismo; e) que se garantice la confidencialidad de los datos de carácter personal. Alternativamente, cabe reducir los requisitos a estos tres: a) que el estudio tenga un valor social indudable; b) que el estudio solo se pueda llevar a cabo con identificación y sin el consentimiento de los interesados ya que su obtención sería impracticable, excesivamente costosa o exija un esfuerzo desproporcionado; c) que el riesgo para los sujetos participantes sea mínimo<sup>42</sup>.

Tercer supuesto. Investigaciones observacionales retrospectivas con datos de archivos de historias clínicas por un investigador ajeno al equipo asistencial, y cuando se quieren tratar datos que fueron obtenidos en una investigación para la que se obtuvo consentimiento para otra investigación posterior distinta. Los Comités de Ética de Investigación deben poder dispensar del consentimiento de los sujetos implicados si consideran que se dan las tres condiciones siguientes: a) que el estudio tenga un valor social indudable;

vención tiene por objeto reducir la incidencia y la prevalencia de ciertas enfermedades, lesiones y discapacidades en la población y atenuar o eliminar en la medida de lo posible sus consecuencias negativas mediante políticas acordes con los objetivos de esa ley.

41 Precisa el considerando 159 del RGPD que “Entre los fines de investigación científica también se deben incluir los estudios realizados en interés público en el ámbito de la salud pública.”

42 Criterios postulados por el Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS).

b) que el estudio solo se pueda llevar a cabo con identificación de los sujetos o sin el consentimiento de los interesados ya que su obtención sería impracticable, excesivamente costosa o exigiría un esfuerzo desproporcionado; c) que el riesgo para los sujetos participantes sea mínimo.

Cuarto supuesto. Sería admisible que nuestro legislador valore y, en su caso, amplíe las excepciones a la obtención del consentimiento previstas actualmente en la LBAP en el tratamiento de historias clínicas cuando la información necesaria para realizar un estudio observacional se extrae de la historia clínica por un investigador que forma parte del equipo asistencial y el estudio es para el propio uso del servicio asistencial sin intención de cederlo a terceros<sup>43</sup>. Así se prevé en otros ordenamientos. Concretamente, la ley francesa equivalente a nuestra LOPD<sup>44</sup>, establece que las investigaciones hechas con datos recogidos para la asistencia sanitaria, cuando se realicen por los propios facultativos responsables de la asistencia y estén reservados a su uso exclusivo o al de otros servicios médicos del mismo centro, no necesitan del consentimiento del interesado ni de la aprobación por un Comité Ético. En el Reino Unido, conforme a la National Health Service Act 2006, si quien realiza el tratamiento de datos con motivos de investigación tiene legítimo acceso a la información del paciente por formar parte del equipo asistencial, no se considera que el acceso a la historia suponga una infracción del deber de confidencialidad, por lo que no precisa consentimiento del sujeto. En este caso, se requiere que un Comité Ético apruebe el proyecto de investigación. Cuando los investigadores no formen parte del equipo asistencial y necesiten acceder a datos identificados antes de solicitar el consentimiento del sujeto, deben obtener el dictamen favorable de un Comité Ético específico dedicado a la protección de datos personales, además de la autorización del Secretario de Estado de Sanidad<sup>45</sup>.

43 En este sentido, DE ABAJO IGLESIAS, Francisco, y otros, “Directrices éticas sobre la creación y uso de registros con fines de investigación biomédica” en *Revista Española de Salud Pública*, núm. 82, 2008, pp. 34 y 35; ALCALDE BEZHOLD, Guillermo, *la investigación observacional con datos de carácter personal*, Editorial Comares, 2012, p. 178.

44 Journal Officiel de la République Française. Legifrance. Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

45 Datos obtenidos del siguiente trabajo: ALCALDE BEZHOLD Guillermo, ALFONSO FARNÓS Icíar. “El acceso a la historia clínica en la investigación observacional” en *Revista Española de Medicina Legal*, 2017, pp. 6 y 7, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.reml.2017.09.001>

#### 4.5 Tratamiento con proyectos big data y consentimiento

Finalmente, afronto una cuestión mencionada en los considerandos del RGPD, pero que en su parte dispositiva no acomete dejando su regulación enteramente a los Estados miembros. Es el tratamiento a gran escala de datos de salud con tecnología big data<sup>46</sup>. El Grupo del artículo 29 pone como ejemplo de tratamiento a gran escala el tratamiento de datos de pacientes en el desarrollo normal de la actividad de un solo hospital. El tratamiento de big data tiene un alto valor en el sector sanitario<sup>47</sup>, pero también tiene mayores riesgos<sup>48</sup>. El RGPD no se pronuncia respecto a requisitos para proteger los datos personales en tratamientos de big data. Es frecuente que se traten datos anonimizados, pero en otros muchos casos también existe tratamiento de información personal. Señala Elena GIL<sup>49</sup> que el RGPD, incluso en el bigdata, continúa confiando en el consentimiento informado como primera herramienta para proteger los datos y la privacidad de los ciudadanos europeos, pero advierte que posiblemente el modelo de consentimiento informado ya no deba ser la piedra angular del tratamiento de big data. Y ciertamente, basar la construcción de proyectos de big data en el concepto de consentimiento informado del titular de los datos, plantea serias dificultades. De ahí que parece más razonable en estos casos obviar el consentimiento y proceder al cifrado o la seudonimización de los datos personales y a una evaluación y control de un Comité de Ética de Investigación que vele por la protección

46 EL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS EN PROTECCIÓN DE DATOS PARA PROYECTOS BIG DATA elaborado y editado por la Agencia Española de Protección de Datos y la Asociación Española para el Fomento de la Seguridad de la Información, ISMS Forum Spain, mayo de 2017, p. 10, dice que “el RGPD prevé, y ello es relevante en el contexto de tratamientos de Big Data, que para determinadas finalidades, como pueden ser las relacionadas con un interés público esencial, las de investigación científica, las relacionadas con la atención sanitaria o social, o las relativas a salud pública, los tratamientos serán posibles en las condiciones que determine la legislación europea o nacional.”

47 Por ejemplo, se ha utilizado con éxito para reducir el tiempo de ingresos hospitalarios, predecir prevalencia de enfermedades, riesgos sanitarios, etc.

48 Véase al respecto SERRANO PÉREZ, Mercedes, “Big Data o la acumulación masiva de datos sanitarios: derechos en riesgo en el marco de la sociedad digital” en *Derecho y Salud*, vol. 25, Extraordinario XXIV Congreso, 2015, pp. 51-64; MÉNDEZ GARCÍA, M., RODA FAURA, M. “Aproximación práctica al uso de las tecnologías big data en el sector salud” en *Derecho y Salud*, vol.27, Extraordinario XXVI Congreso 2017, pp. 152-159

49 Gil, Elena, *Big data, privacidad y protección de datos*, Agencia Española de Protección de Datos, 2016, p.54.

de los derechos de los titulares de los datos y dé garantía pública del proyecto de investigación con tratamiento de big data, evaluando su corrección metodológica, ética y legal.

De todos modos, es de advertir que el RGPD sienta el principio de minimización de los datos, y este principio es muy poco compatible con la lógica del big data, esto es, con el tratamiento de datos a gran escala cada vez más frecuente en la investigación sanitaria y biomédica. La minimización es la antítesis del big data. El RGPD no da respuesta directa alguna a esta paradoja, aunque, de una interpretación sistemática del mismo, cabe inferir que el principio de minimización impide una acumulación masiva e indiscriminada de datos de salud sean o no pertinentes para el fin perseguido.

#### 5. Garantías para el ejercicio por los interesados de sus derechos

Para lograr el pleno ejercicio por los interesados de sus derechos, el RGPD establece las siguientes garantías:

A) Obliga a facilitar a los interesados una información (artículo 13 cuando los datos se obtienen del interesado y artículo 14 cuando no se han obtenido del interesado) que es más amplia que la actualmente exigida por la LOPD<sup>50</sup>, y que se ha

50 Conforme a los citados artículos 13 y 14, la información que se ha de facilitar es la siguiente:

- a) la identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante;
- b) los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso;
- c) los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento;
- d) cuando el tratamiento se base en el artículo 6, apartado 1, letra f), los intereses legítimos del responsable o de un tercero;
- e) los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso;
- f) en su caso, la intención del responsable de transferir datos personales a un tercer país u organización internacional y la existencia o ausencia de una decisión de adecuación de la Comisión, o, en el caso de las transferencias indicadas en los artículos 46 o 47 o el artículo 49, apartado 1, párrafo segundo, referencia a las garantías adecuadas o apropiadas y a los medios para obtener una copia de estas o al hecho de que se hayan prestado.

Además de la información mencionada, el responsable del tratamiento facilitará al interesado, en el momento en que se obtengan los datos personales, la siguiente información necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal y transparente:

- a) el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo;
- b) la existencia del derecho a solicitar al responsable del tratamiento el acceso a los datos personales relativos al inte-

de proporcionar de forma “concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo.” Los apartados 4 y 5 de estos artículo excepcionan el deber de información cuando el interesado ya disponga de la información o en la medida en que la comunicación de dicha información resulte imposible o suponga un esfuerzo desproporcionado, en particular para el tratamiento con fines de investigación científica, o en la medida en que el deber de información pueda imposibilitar u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de tal tratamiento, o cuando los datos personales deban seguir teniendo carácter confidencial sobre la base de una obligación de secreto profesional. En la investigación científica, particularmente cuando hay un tratamiento masivo de datos de historias clínicas (*big-data*), la comunicación de la información resulta en muchos casos imposible, o hacerla supone un esfuerzo desproporcionado, o puede obstaculizar gravemente los objetivos perseguidos. Además, el análisis de los datos se hace siempre sobre la base de la obligación del secreto profesional.

B) Obliga al responsable a establecer mecanismos visibles, accesibles y sencillos para el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, supresión, limitación, portabilidad, oposición y a no ser objeto de decisiones individualizadas, y a informar al afectado sobre los medios a su disposición para ejercer los citados derechos, que deben ser fácilmente accesibles para el afectado, no pudiendo ser denegado el ejercicio por el solo motivo de optar el afectado por otro medio (artículo 12 LOPD).

C) Obliga al responsable a facilitar al interesado información sobre sus actuaciones como

---

resado, y su rectificación o supresión, o la limitación de su tratamiento, o a oponerse al tratamiento, así como el derecho a la portabilidad de los datos;

c) cuando el tratamiento esté basado en el artículo 6.1, letra a), o el artículo 9.2, letra a), la existencia del derecho a retirar el consentimiento en cualquier momento, sin que ello afecte a la licitud del tratamiento basado en el consentimiento previo a su retirada;

d) el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control;

e) si la comunicación de datos personales es un requisito legal o contractual, o un requisito necesario para suscribir un contrato, y si el interesado está obligado a facilitar los datos personales y está informado de las posibles consecuencias de que no facilite tales datos;

f) la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.

consecuencia de una solicitud para al ejercicio de sus derechos con arreglo a los artículos 15 a 22 del RGPD, en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud, plazo que puede prorrogarse otros dos meses en caso necesario, teniendo en cuenta la complejidad y el número de solicitudes. El responsable debe informar al interesado de cualquiera de dichas prórrogas en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud, indicando los motivos de la dilación (artículo 12).

D) Obliga a indemnizar los daños y perjuicios materiales o inmateriales sufridos como consecuencia de una infracción del RGPD (artículo 82). A estos efectos, el RGPD, sin perjuicio de los recursos administrativos o extrajudiciales disponibles, incluido el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control, reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva a todo interesado que considere que se han vulnerado sus derechos como consecuencia de un tratamiento de sus datos personales (artículos 78 y 79)<sup>51</sup>.

## 6. Límites al ejercicio por los interesados de sus derechos

El RGPD, además de los tradicionales derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (derechos ARCO)<sup>52</sup>, incorpora dos nuevos derechos: el derecho de supresión (derecho al olvido) y el derecho a la portabilidad.

El derecho al olvido, de construcción jurisprudencial -TJUE, sentencia de 13 de mayo de 2014-, supone que el interesado tiene derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 17 del RGPD<sup>53</sup>. El derecho

---

51 Los artículos 18 y 19 de la LOPD de 1999 regulaban la tutela administrativa y judicial de los derechos y el derecho a indemnización. La nueva LOPD no incorpora ninguna norma relativa a la tutela judicial de derechos y al derecho a indemnización.

52 GALLEGO RIESTRA, S., “Los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición del paciente sobre su historia clínica” en *Derecho y Salud*, vol. 26, extraordinario XXV Congreso, 2016, pp. 133-140.

53 En palabras de la AEPD el ‘derecho al olvido’ hace referencia al derecho a impedir la difusión de información personal a través de internet cuando su publicación no cumple los requisitos de adecuación y pertinencia previstos en la normativa. En concreto, incluye el derecho a limitar la difusión universal e indiscriminada de datos personales en los buscadores

a la portabilidad implica que el interesado tiene el derecho a recibir los datos personales que le incumban, que haya facilitado a un responsable del tratamiento, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado cuando: a) el tratamiento esté basado en el consentimiento con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), o en un contrato con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra b), y b) el tratamiento se efectúe por medios automatizados (artículo 20 del RGPD)<sup>54</sup>. El derecho a la portabilidad también implica que los datos personales pueden transmitirse directamente de una empresa a otra, sin necesidad de ser entregados al titular. Así, el RGPD abre al titular dos opciones: la descarga de sus datos y su reutilización o su transmisión directa de una entidad a otra.

No obstante, el RGPD contempla la posibilidad de limitar algunos de los derechos de los interesados relacionados con el tratamiento de sus datos. Así, el artículo 89.2 establece que cuando el tratamiento de los datos personales se realice con fines de investigación científica la legislación de la Unión o de un Estado miembro podrá establecer excepciones a los derechos regulados en los artículos 15 (derecho de acceso del interesado a los datos y a obtener información), 16 (derecho de rectificación), 18 (derecho a la limitación del tratamiento) y 21 (derecho de oposición), siempre que esos derechos puedan impedir u obstaculizar gravemente el logro de los fines científicos y cuanto esas excepciones sean necesarias

---

generales cuando la información es obsoleta o ya no tiene relevancia ni interés público, aunque la publicación original sea legítima.

54 La portabilidad está pensada para el ámbito privado (por ejemplo, traspaso de los datos de un banco a otro) en los que el primer banco deja de tratarlos. En el ámbito público es más difícil que se opere la portabilidad pues la Administración trata los datos la mayoría de las veces por un deber legal o por razones de interés público (por ejemplo, la portabilidad de la historia clínica a un hospital privado no es estrictamente portabilidad pues el Servicio autonómico de salud seguirá teniendo la historia clínica y seguirá tratando los datos). Así, el considerando 68 del RGPD dice que “Debe alentarse a los responsables a crear formatos interoperables que permitan la portabilidad de datos. Dicho derecho debe aplicarse cuando el interesado haya facilitado los datos personales dando su consentimiento o cuando el tratamiento sea necesario para la ejecución de un contrato. No debe aplicarse cuando el tratamiento tiene una base jurídica distinta del consentimiento o el contrato. Por su propia naturaleza, dicho derecho no debe ejercerse en contra de responsables que traten datos personales en el ejercicio de sus funciones públicas. Por lo tanto, no debe aplicarse, cuando el tratamiento de los datos personales sea necesario para cumplir una obligación legal aplicable al responsable o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable.”

para alcanzar esos fines. Por su parte, el artículo 17.3 del RGPD, que regula el derecho al olvido, establece que este derecho no se aplicará cuando el tratamiento sea necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con el artículo 9, apartado 2, letras h) e i) y apartado 3; cuando se realice con fines de investigación científica de conformidad con el artículo 89, apartado 1, en la medida en que el derecho al olvido pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento; así como para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

## **7. Garantías para la seguridad y la protección de los datos de los interesados**

### ***7.1 Minimización de los datos y limitación del plazo de conservación***

El artículo 89.1 RGPD exige rotundamente la aplicación del principio de minimización en el tratamiento de datos para la investigación; principio que el artículo 5.1.c) del RGPD perfila al establecer que los datos serán adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que fueron tratados.

El artículo 25.2 del RGPD concreta el principio de minimización al establecer que el responsable del tratamiento aplicará las medidas técnicas y organizativas apropiadas con miras a garantizar que, por defecto, solo sean objeto de tratamiento los datos personales que sean necesarios para cada uno de los fines específicos del tratamiento, y que esta obligación se aplicará a la cantidad de datos personales recogidos, a la extensión de su tratamiento, a su plazo de conservación, y a su accesibilidad. El considerando 39 señala al respecto que “Los datos personales deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario para los fines para los que sean tratados. Ello requiere, en particular, garantizar que se limite a un mínimo estricto su plazo de conservación. Los datos personales solo deben tratarse si la finalidad del tratamiento no pudiera lograrse razonablemente por otros medios. Para garantizar que los datos personales no se conservan más tiempo del necesario, el responsable del tratamiento ha de establecer plazos para su supresión o revisión periódica.”

¿Qué medidas técnicas y organizativas se deben adoptar? Es asunto que queda a la discreción del responsable del tratamiento. Entre las medidas a adoptar, creo oportuno citar la recopilación de los datos que

sean pertinentes para la finalidad perseguida evitando recogidas masivas que incluyan datos no pertinentes, la elaboración de programas de formación del equipo investigador para sensibilizarle respecto al derecho a la protección de los datos de salud y los deberes que ello conlleva, y el establecimiento de plazos de conservación de los datos en función del estudio a la par de protocolos de eliminación y destrucción de los datos una vez vencidos los plazos. Los plazos de conservación en ocasiones vienen fijados por la norma (por ejemplo, un mínimo de 5 años las historias clínicas o durante el tiempo en que pueda exigirse algún tipo de responsabilidad). Aquí es importante tener presente que el RGPD no es aplicable a la protección de datos de personas fallecidas<sup>55</sup>. En el caso de la investigación científica los plazos deberán fijarse por el responsable para cada estudio en función de sus características y finalidad. No obstante, los datos de salud, dado su alto valor para la salud pública, la investigación, etc., se suelen conservar por periodo muy largos<sup>56</sup>.

De todos modos, es de advertir que el principio de minimización de los datos es muy poco compatible con la lógica del big data, esto es, con el tratamiento de datos a gran escala cada vez más frecuente en la investigación sanitaria y biomédica. La minimización es la antítesis del big data. El RGPD no da respuesta directa alguna a esta paradoja, aunque, de una interpretación sistemática del mismo, cabe inferir que el principio de minimización impide una acumulación masiva e indiscriminada de datos de salud sean o no pertinentes para el fin perseguido<sup>57</sup>. Es im-

portante traer a colación el artículo 25.2 del RGPD cuando establece que “El responsable del tratamiento aplicará las medidas técnicas y organizativas apropiadas con miras a garantizar que, por defecto, solo sean objeto de tratamiento los datos personales que sean necesarios para cada uno de los fines específicos del tratamiento. Esta obligación se aplicará a la cantidad de datos personales recogidos, a la extensión de su tratamiento, a su plazo de conservación y a su accesibilidad.”

## 7.2 Anonimización y seudonimización

El art. 89.1 del RGPD establece que el tratamiento con fines de investigación científica estará sujeto a las garantías adecuadas, con arreglo al RGPD, para los derechos y las libertades de los interesados. Entre esas garantías otorga un protagonismo específico a la anonimización y seudonimización.

Anonimización es el proceso por el cual deja de ser posible establecer por medios razonables<sup>58</sup> el nexo entre un dato y el sujeto al que se refiere. Consiste en suprimir aquella información concreta que permite identificar a las personas, con el objetivo de eliminar, de forma irreversible, las posibilidades de identificación y evitar así la reidentificación cuando los datos sean reutilizados. Los datos resultantes de este proceso se denominan en la LIB datos anonimizados o irreversiblemente disociados. Los datos anonimizados quedan excluidos de la aplicación del RGPD.

A los efectos del RGPD se considerará anonimización irreversible aquella en la que el esfuerzo exigido para la asociación de los datos personales y

55 Un informe de la AEPD de 23 de mayo de 2003, a la luz de lo señalado en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, razona que “*si el derecho fundamental a la protección de datos ha de ser considerado como el derecho del individuo a decidir sobre la posibilidad de que un tercero pueda conocer y tratar la información que le es propia, lo que se traduce en la prestación de su consentimiento al tratamiento, en el deber de ser informado y en el ejercicio por el afectado de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, es evidente que dicho derecho desaparece por la muerte de las personas, por lo que los tratamientos de datos de personas fallecidas no podrían considerarse comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999*”.

56 El artículo 9.2 del Reglamento de desarrollo de la LOPD establece que, por vía de excepción al principio de mínima conservación, la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, las autoridades de control de las CCAA, previa solicitud del responsable del tratamiento y conforme al procedimiento establecido en sus artículos 157 y 158, podrán acordar el mantenimiento íntegro de determinados datos en razón de sus valores estadísticos o científicos de acuerdo con la legislación que resulte aplicable en cada caso.

57 EL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS EN PROTECCIÓN DE DATOS PARA PROYECTOS BIG DATA elaborado y editado por la Agencia Española de Protección de Da-

tos y la Asociación Española para el Fomento de la Seguridad de la Información, ISMS Forum Spain, mayo de 2017, p. 12, dice al respecto que “El principio de minimización constituye uno de los elementos más importantes de la normativa de protección de datos aplicables a este entorno. Este principio va intrínsecamente unido al de conservación de los datos por el tiempo que sea necesario para la finalidad para la que hubieran sido recogidos. En el entorno Big Data este principio es especialmente relevante, dado que las diferentes fuentes a la que se tiene acceso pueden dar lugar a una recogida masiva de datos que no sean pertinentes para la finalidad del tratamiento. Las organizaciones deberán tener en cuenta que no se recojan datos excesivos en relación a esa finalidad. Tampoco deberían conservarse por más tiempo del que sea necesario, periodo tras el cual deberían eliminarse. Por otro lado, la posibilidad de que en un futuro se puedan llevar a cabo tratamientos de Big Data con diversas finalidades no significa, en ningún caso, que se recojan, “por si acaso”, más datos de las personas que aquellos que son necesarios para la finalidad primaria que motiva su recogida.”

58 A los efectos del RGPD se considera anonimización irreversible aquella en la que el esfuerzo exigido para la asociación de los datos personales y de salud no es razonable, resulta desproporcionado.



de salud no es razonable, resulta desproporcionado. Sin embargo, no conviene ignorar que esta concepción contiene un grado de indeterminación preocupante pues el uso y el descubrimiento de nuevas técnicas de asociación, posibilitará, sin duda, procesos exitosos de asociación de datos escindidos por compensar económicamente.

Como novedad el RGPD introduce la seudonimización<sup>59</sup>, que en su artículo 4 la define como:

El tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable.

Concibe la seudonimización como una medida útil de seguridad al objeto de ser alternativa a la necesidad de obtener el consentimiento específico en la reutilización de datos en investigaciones biosanitarias, pero permitiendo, a su vez, el acceso a la identidad del titular de los datos cuando sea necesario. Por ello, los datos seudonimizados deben estar protegidos por los principios y reglas del RGPD. El proceso de seudonimización consiste en sustituir o desligar la información que identifica a la persona utilizando un código que permita la operación inversa. Los datos resultantes de este proceso se denominan en la LIB datos codificados o reversiblemente disociados<sup>60</sup>.

La LBAP establece que, como regla general, debe quedar asegurado el anonimato<sup>61</sup> en el acceso

<sup>59</sup> El Dictamen 05/2014 del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos de Carácter del artículo 29, de 10 de abril de 2014, relata las diversas técnicas de seudonimización.

<sup>60</sup> Para el tratamiento de datos de salud, el artículo 16 de la LBAP establece que cuando se utilicen con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, investigación, docencia, es obligado preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínicoasistencial, de manera que, como regla general, quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos. El procedimiento de disociación previsto en este artículo, aunque alude al anonimato, se acomoda más bien a la seudonimización del RGPD pues se separan los datos personales de los clínicos a efectos de la cesión a terceros, pero los datos personales no se suprimen sino que se preservan, es decir, siguen conservándose todos los datos, personales y clínicos, en el registro de historias clínicas. Se supone que se sustituye el dato personal por un código.

<sup>61</sup> El término “anonimato” utilizado en el artículo 16 de la LBAP admite la disociación reversible o irreversible. Dato anónimo es el dato registrado sin un nexo con una persona identificada o identificable, y no es el caso de los registros de

a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o docencia. El RGPD dispone que debe procederse a la anonimización o seudonimización de los datos para su tratamiento en la investigación científica<sup>62</sup>. El RGPD considera la anonimización y la seudonimización como instrumentos particularmente útiles para reforzar la seguridad al aportar mayores garantías en los tratamientos y en la conservación de datos de salud. En cualquier caso, de estos mandatos legales se deriva la necesidad de que los registros de historial clínicos dispongan de una aplicación informática que articule una disociación automática para el acceso a datos de salud con los fines señalados.

### **7.3 Secreto profesional**

La otra medida a la que otorga particular protagonismo es el secreto profesional. En efecto, entre las medidas adecuadas y específicas que ha de establecer el Derecho de los Estados miembros para proteger los derechos de los interesados, el RGPD destaca explícitamente la institución del secreto profesional o deber de secreto equivalente, si bien se abstiene de hacer regulación alguna de la misma encomendando dicha actuación normativa a los Estados miembros (artículo 9.3). Los artículos 20.1.d) y 24.2 de nuestra Constitución (CE) disponen que una Ley regule el secreto profesional, pero todavía no se ha aprobado dicha ley. Después de la CE, algunas leyes sanitarias han hecho sucintas referencias al secreto profesional, pero sin hacer una regulación de ese instituto jurídico. Tanto la legislación sanitaria como la de enjuiciamiento criminal establecen límites o excepciones al deber de secreto, exonerando al profesional de ese deber en determinadas circunstancias y obligándole en otras a denunciar o declarar los datos que conoce. Empero, estas normas no han trazado un régimen jurídico preciso y acabado del secreto y de sus excepciones que dé seguridad jurídica a los profesionales sanitarios. Explorando nuestro ordenamiento jurídico nos encontramos con un deber de secreto profesional plagado de excepciones explicitadas en diversas normas de diferente rango e insuficientemente perfiladas, lo que obliga frecuentemente al

historias clínicas donde se registran los datos de salud unidos a los de la persona titular de los mismos; después se procede a anonimizarlos o seudonimizarlos.

<sup>62</sup> El considerando 159 del RGPD dice que: “El tratamiento de datos personales con fines de investigación científica debe interpretarse, a efectos del presente Reglamento, de manera amplia, que incluya, por ejemplo, el desarrollo tecnológico y la demostración, la investigación fundamental, la investigación aplicada y la investigación financiada por el sector privado.”

profesional sanitario a tomar decisiones sin suficiente amparo jurídico-normativo, a la par que le sitúa ante dilemas difíciles de resolver tanto desde el punto de vista jurídico como ético. Es preciso, pues, hacer una regulación completa y acabada del mismo. Así lo requiere el RGPD al recordar su considerando 164 in fine las obligaciones existentes para los Estados miembros de adoptar normas sobre el secreto profesional cuando así lo exija el Derecho de la Unión, y el artículo 9 del RGPD lo exige explícitamente.

#### **7.4 Gestión de riesgos. En particular, la evaluación de impacto de riesgos en el tratamiento de datos de salud**

Relata la “Guía Prácticade Análisis de Riesgos en losTratamientosde Datos Personales sujetos al RGPD” elaborada por la AEPD, que “ante la constante evolución tecnológica y los procesos de transformación digital que sufren las actividades de tratamiento de datos personales, el RGPD supone un cambio del modelo tradicional para afrontar las medidas que garantizan la protección de los datos personales hacia un nuevo modelo más dinámico, enfocado en la gestión continua de los riesgos potenciales asociados al tratamiento desde su diseño.” Así, a tenor del RGPD, la gestión de riesgos se puede dividir en tres etapas diferenciadas: la identificación, la evaluación y el tratamiento de los riesgos.

El RGPD, en primer lugar, obliga al responsable a llevar un registro de las actividades de tratamiento efectuadas bajo su responsabilidad (artículo 30.1), a hacer un análisis de riesgo para los derechos de los ciudadanos de todos los tratamientos de datos que se desarrollen<sup>63</sup>.

Seguidamente, obliga a evaluar el riesgo existente<sup>64</sup>. Evaluar un riesgo implica considerar todos los posibles escenarios en los cuales el riesgo se haría efectivo. Si el análisis prevé un nivel de riesgo alto entonces procede hacer una Evaluación de Impacto de Riesgo.

La Evaluación de Impacto de Riesgos ha de realizarse, entre otros supuestos, en el tratamiento a gran escala de las categorías especiales de datos de salud, biomédicos y genéticos, pues establece el artículo 35 RGPD que:

1. Cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento realizará, antes del tratamiento, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales.

3. La evaluación de impacto relativa a la protección de los datos a que se refiere el apartado 1 se requerirá en particular en caso de:

(...)

b) tratamiento a gran escala de las categorías especiales de datos a que se refiere el artículo 9, apartado 1.

Se considera que el archivo informatizado de historias clínicas de un hospital es de por sí un tratamiento a gran escala. En efecto, el Grupo de Trabajo del artículo 29 en las Directrices sobre Delegados de Protección de Datos, aprobadas el 13 de diciembre de 2016, afirma que el tratamiento de datos de pacientes en el desarrollo de la actividad de un hospital es un tratamiento a gran escala. Lo es también, por supuesto, el tratamiento de datos de salud del Sistema de Información en Salud Pública.

La “Guía para una Evaluación de Impacto en la Protección de Datos personales (EIPD)” elaborada por la AEPD, nos dice que una EIPD es, en esencia, un ejercicio de análisis de los riesgos que un determinado sistema de información, producto o servicio puede entrañar para el derecho fundamental a la protección de datos de los afectados y, tras ese análisis, poder afrontar la gestión eficaz de los riesgos identificados mediante la adopción de las medidas necesarias para eliminarlos o mitigarlos, y que la gran ventaja derivada de la realización de una EIPD en las etapas iniciales del diseño de un nuevo producto, servicio o sistema de información es que permite identificar los posibles riesgos y corregirlos anticipadamente, evitando los costes derivados de descubrirlos a posteriori, cuando el servicio está en funcionamiento o, lo que es peor, cuando la lesión de los derechos se ha producido. Añade que, además, la realización de una EIPD es un excelente ejercicio de transparencia, base de una relación de confianza.

Finalmente, la tercera y última fase del proceso de gestión de riesgos consiste en tratar los mismos disminuyendo su nivel de exposición con medidas de

<sup>63</sup> El considerando 75 enumera una serie de factores o supuestos asociados a riesgos para los derechos de los interesados.

<sup>64</sup> Véanse la “Guía práctica de análisis de riesgos en los tratamientos de datos personales sujetos al RGPD” y el “Listado de Cumplimiento Normativo” de la AEPD.

controlque permitan reducir laprobabilidad de que el riesgo se materialice, hasta situarel riesgo residual en un nivel que se considere razonable, revisando para ello las medidas de seguridad a la luz del resultado de la evaluación efectuada (artículo 32.2).

### **7.5 Consulta previa a la Autoridad de control**

Cuando en razón de la evaluación de impacto realizada resulte que el tratamiento de datos proyectado podría infringir determinaciones del RGPD, en particular cuando el responsable no haya identificado o mitigado suficientemente el riesgo, y cuando la evaluación de impacto haya identificado un alto riesgo que a juicio del responsable no pueda mitigarse por medios razonables en términos de tecnología disponible y costes de aplicación, el responsable debe hacer una consulta previa a la autoridad de control competente acompañando la documentación que describe el artículo 36.3 del RGPD, incluyendo la propia evaluación de impacto. La autoridad de control debe asesorar por escrito al responsable y, en su caso, al encargado, y puede hacer uso de todos los poderes que le confiere el RGPD, entre ellos el de prohibir la operación de tratamiento.

Además, conforme al artículo 36.5, el Derecho de los Estados miembros puede obligar a los responsables del tratamiento a consultar a la autoridad de control y a recabar su autorización previa en relación con el tratamiento por un responsable en el ejercicio de una misión realizada en interés público, en particular el tratamiento en relación con la protección social y la salud pública.

### **7.6 Delegado de protección de datos**

El RGPD crea la figura del delegado de protección de datos, que podrá formar parte de la plantilla del responsable o encargado o actuar en el marco de un contrato de servicios. Es necesario designar un delegado de protección de datos cuando el tratamiento lo lleve a cabo una autoridad u organismo público y cuando las actividades principales del responsable o del encargado consistan en el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos personales con arreglo al artículo 9 RGPD, esto es, de datos de salud.

Interesa resaltar el perfil eminentemente jurídico que el artículo 37 del RGPD otorga a esta nueva figura al disponer que será designado atendiendo a sus conocimientos especializados del derecho, perfil

muy acorde con su función de proteger un derecho fundamental. Puede ser una persona física o una jurídica (una consultora) que deberá nombrar una persona como enlace.

Por su parte, el artículo 38 RGPD fija la posición del delegado de protección de datos al exigir que el responsable y el encargado del tratamiento garanticen que participe de forma adecuada y en tiempo oportuno en todas las cuestiones relativas a la protección de datos personales, respaldándole y facilitándole los recursos necesarios para el pleno y adecuado desempeño de sus funciones, para el acceso a los datos personales y a las operaciones de tratamiento, y para el mantenimiento de sus conocimientos especializados. Procura preservar su total independencia al exigir del responsable y encargado que garanticen que no reciba ninguna instrucción en lo que respecta al desempeño de dichas funciones, de modo que no puede ser destituido ni sancionado por estos por el desempeño de sus funciones. El delegado de protección de datos debe rendir cuentas directamente al más alto nivel jerárquico del responsable o encargado. También dispone que los interesados puedan contactar con el delegado de protección de datos respecto de todas las cuestiones relativas al tratamiento de sus datos personales y al ejercicio de sus derechos al amparo del RGPD. Finalmente, le impone la obligación de mantener el secreto o la confidencialidad en lo que respecta al desempeño de sus funciones, de conformidad con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.

El artículo 39 RGPD le atribuye las siguientes funciones: a) información y asesoramiento a las personas que se ocupen del tratamiento de sus obligaciones; b) supervisión del cumplimiento de lo dispuesto en el RGPD y en el Derecho complementario del Estado miembro, así como de la concienciación y formación del personal; c) asesoramiento acerca de la evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento; d) cooperación con la autoridad de control.

En línea con el RGPD, el artículo 34.1. apartado 1), del proyecto de la nueva LOPD establece que deberá existir un delegado de protección de datos en los centros sanitarios legalmente obligados al mantenimiento de historias clínicas de los pacientes con arreglo a lo dispuesto en la LBAP<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> La Agencia Española de Protección de Datos ha elaborado un Esquema de Certificación de Delegados de Protección de Datos con el objetivo de ofrecer seguridad y fiabilidad tanto a las personas que van a ejercer como delegados de protección de datos como a las empresas que van a incorporar

### III. SOBRE LA COMPATIBILIDAD CON EL RGPD DE LAS DISPOSICIONES DE NUESTRA LEGISLACIÓN SANITARIA SOBRE TRATAMIENTO DE DATOS DE SALUD.

Como ya he señalado, a partir del 25 de mayo de 2018 el RGPD será directamente aplicable y la primera consecuencia del principio de primacía que preside este tipo de norma europea es la inaplicación del Derecho nacional contrario, de modo que la norma interna incompatible anterior no se aplicará y la norma interna incompatible posterior nacerá viciada por lo que tampoco deberá ser aplicada.

El Reglamento europeo genera derechos y obligaciones por sí mismo, y no precisa de intervención ulterior de las instituciones comunitarias ni de las de cada Estado miembro para que sea aplicable con carácter general, lo que se traduce en que ningún Estado puede impedir su eficacia por mor de su ordenamiento jurídico interno anterior o posterior a la fecha de vigencia del Reglamento, lo que, por otra parte, obliga a cada Estado miembro a adaptar el ordenamiento interno a las previsiones de los Reglamentos. En ocasiones se produce un conflicto de normas que debe ser resuelto a la luz del principio de primacía del derecho comunitario<sup>66</sup>.

---

esta figura a sus organizaciones, proporcionando un mecanismo que acredite que estos profesionales tienen los conocimientos y capacidades requeridas. La certificación no será imprescindible para ejercer como delegado de protección de datos.

66 En este sentido, la Sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1978 (asunto 106/77) marca el precedente a partir del cual se construyen los efectos del principio de primacía: *“cuando una norma interna de fecha anterior a una norma de la UE resulta incompatible, la primera resulta absolutamente inaplicable, entendiéndose tácitamente derogada (lex posterior derogat lex anterior). La incompatibilidad de la norma interna con la comunitaria puede y debe ser apreciada por el Juez a la hora de interpretar el derecho aplicable, y en caso de duda, elevar cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros son los directamente llamados a aplicar el derecho de la UE.”* Y respecto de la intervención del Juez, nuestro Tribunal Constitucional declara en su Sentencia 232/2015, de 5 de noviembre de 2015, (F.J. 5): *“a) Que dejar de aplicar una ley interna, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender un órgano jurisdiccional que esa ley es contraria al Derecho de la Unión Europea, sin plantear tampoco cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si existe una “duda objetiva, clara y terminante” sobre esa supuesta contradicción (STC 58/2004). b) Sin embargo, dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, ...”*

Se trata, pues, de dilucidar si las normas de nuestra legislación sanitaria relativas al tratamiento y cesión de datos de salud son o no compatibles con las reglas y criterios fijados por el RGPD. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica de Autonomía del Paciente (LBAP) -artículo 16.3- establece como regla general la anonimización de los datos para el acceso o cesión a terceros salvo en los supuestos de investigación judicial y cuando exista riesgo grave para la salud de la población; permite el acceso a los datos de salud por los profesionales asistenciales y por el personal de administración y gestión de centros y del que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, sometiendo a todas estas personas al secreto profesional o al deber de secreto equivalente, y exige el establecimiento de un procedimiento para que quede constancia de los accesos. La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (LIB)-artículos 4 y 5- exige el consentimiento informado para cada investigación, tanto de los sujetos que participen directamente como de los que aporten muestras biológicas obtenidas anteriormente, así como el sometimiento al secreto profesional de todos los intervinientes en la investigación; también dispone que el consentimiento del sujeto fuente será siempre necesario cuando se pretendan utilizar con fines de investigación biomédica muestras biológicas que hayan sido obtenidas con una finalidad distinta, se proceda o no a su anonimización, si bien de forma excepcional permite tratar muestras codificadas o identificadas con fines de investigación biomédica sin el consentimiento del sujeto fuente, cuando la obtención de dicho consentimiento no sea posible o represente un esfuerzo no razonable en el sentido del artículo 3.i) de la Ley, aunque en estos casos se exigirá el dictamen favorable del Comité de Ética de la Investigación (artículo 58.2). La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP)-artículo 41- establece el deber de ceder a las autoridades sanitarias los datos identificativos imprescindibles para la toma de decisiones en salud pública, y la no necesidad de consentimiento del interesado para el tratamiento de esos datos. La Ley Orgánica de Protección de Datos de 1999 -artículo 11.2- enumeraba una serie de supuestos en los que se permitía la cesión de datos de salud a terceros sin consentimiento del interesado, pero con la entrada en vigor de la nueva LOPD queda derogada.

Aunque se trata de una legislación escasa en contenidos, pueden identificarse como principios y valores que la modulan los siguientes:

- Integridad de las personas y protección de la dignidad e identidad del ser humano.

- Autonomía del sujeto: consentimiento expreso salvo que una ley lo excluya, exista riesgo grave para la salud pública, o cuando no es posible o exige un esfuerzo desproporcionado.
- Compatibilidad de tratamientos futuros con los fines para los que recogieron (limitación de finalidad de la recogida inicial).
- Deber de información en la recogida de los datos
- Proporcionalidad en el acceso y uso de los datos (datos adecuados, pertinentes y no excesivos).
- Secreto profesional o deber de secreto equivalente.
- Seguridad de los datos evitando su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado.
- Preferencia por el anonimato en el acceso a datos por terceros.
- Derechos ARCO
- Cancelación o destrucción de los datos cuando no sean necesarios o pertinentes.
- Intervención de los Comités de Ética de Investigación en la investigación científica.

Así pues, en mi criterio, es una legislación compatible, por lo que, sin perjuicio de la conveniencia y necesidad de elaborar una ley específica de protección de datos de salud que complemente el RGPD, la vigente legislación sanitaria puede seguir aplicándose plenamente en espera de esa nueva ley.

El único precepto incompatible es, en mi criterio, el artículo 70.2 de la LIB en cuanto habilita a practicar un consentimiento genérico<sup>67</sup>.

#### **IV. HACIA UNA LEY ESPECÍFICA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE SALUD.**

<sup>67</sup> Dice este artículo lo siguiente: “2.No obstante lo establecido en el apartado anterior, las muestras biológicas que se incorporen a los biobancos podrán utilizarse para **cualquier** investigación biomédica, en los términos que prescribe esta Ley, siempre que el sujeto fuente o, en su caso, sus representantes legales hayan prestado su consentimiento en estos términos.” Como ya he razonado supra el RGPD rechaza los consentimientos genéricos o en blanco.

#### **1. Justificación: insuficiencia de la actual legislación**

La vigente legislación reguladora de la protección de datos de salud se contiene en las siguientes normas: Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica de Autonomía del Paciente (LBAP), artículo 16; Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (LIB), artículos. 5 y 51; Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP), art. 7, y Reglamento 1090/2015, de 4 de diciembre, de ensayos clínicos con medicamentos, art. 3.1.d). Empero, el artículo 16.3 de la LBAP establece que el acceso<sup>68</sup> a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, y de investigación o docencia, se rige por lo dispuesto en la LOPD de 1999; el artículo 5.1 de la LIB establece que se garantiza el tratamiento confidencial de los datos personales que resulten de la actividad de investigación biomédica, conforme a lo dispuesto en la LOPD de 1999; el artículo 7 de la LGSP establece que la información personal que se emplee en las actuaciones de salud pública se registrará por lo dispuesto en la LOPD de 1999; y el artículo 3.d) del Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, establece que se protegen los datos de carácter personal que le conciernen, de acuerdo con la LOPD de 1999. En suma, todas estas leyes se remiten en buena medida a la LOPD y resulta que su artículo 8, rubricado “Datos relativos a la salud”, establece que “Sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 11 respecto de la cesión<sup>69</sup>, 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

<sup>68</sup> El RGPD maneja un concepto amplio de “tratamiento” de datos personales en el que se comprende el acceso y la cesión de datos a terceros. La LOPD de 1999, aunque considera la cesión de datos como tratamiento, establecía un régimen específico para la cesión de datos a terceros. Por su parte, la LBAP solo habla de acceso y, en algunos casos, denomina acceso lo que realmente es cesión de datos a terceros (otras Administraciones, juzgados, tribunales, ministerio fiscal, defensores del pueblo, investigadores, etc.). Sin embargo, conviene distinguir entre “acceso” y “cesión”. El acceso implica que los datos no salgan del registro en el que se encuentran (acceso por otros profesionales que intervienen en la asistencia sanitaria, por personal de administración, de gestión, de inspección de centros, etc.). La cesión implica la salida de los datos del registro con destino a otras Administraciones, juzgados, tribunales, defensores del pueblo, investigadores, etc. Conviene, pues, prever un régimen específico para el acceso y otro para la cesión de datos.

<sup>69</sup> Este artículo enumera una serie de supuestos en los que se permite la cesión de datos a terceros sin necesidad del consentimiento del interesado.

la legislación estatal o autonómica sobre sanidad.” Estamos, pues, ante una regulación claramente insuficiente pues la legislación de protección de datos se remite a la legislación sanitaria y esta, a su vez, se remite a la legislación de protección de datos. Además, con la nueva LOPD desaparecen los contenidos, aplicables directamente a datos de salud, de los artículos 8 y 11 de la LOPD de 1999.

Por lo demás, como ya he señalado, es muy escasa en contenidos en lo relativo al tratamiento de datos de salud. Se limita a enumerar supuestos en los que es necesario el consentimiento y en los que no lo es, y como garantías de los derechos del interesado prevé la anonimización y exige el deber de secreto profesional. Realmente, falta todo el complemento legislativo que el RGPD encomienda elaborar a los Estados miembros.

Por tanto, la parquedad e insuficiencia de las normas sobre protección de datos de salud contenida en la legislación sanitaria (entre las muchas lagunas legales existentes cabe citar sin ánimo exhaustivo: régimen de la protección de datos de salud en la investigación observacional con datos de registros; modalidades de consentimiento informado y supuestos en los que pueden utilizarse; circunstancias concurrentes en estudios e investigaciones por las que debe acudir a la anonimización y por las que puede utilizarse la seudonimización, y requisitos y condiciones para el acceso a los datos codificados y a la reidentificación; registros de efectos adversos y protección de datos de salud; accesos limitados a las historias clínicas -módulos de especial custodia-; utilización de tecnologías que permitan tratar a gran escala datos de salud y principio de minimización de datos; carpetas personales de salud; limitaciones a los derechos de los interesados por razones de investigación sanitaria y biomédica; tratamiento para la gestión de los sistemas y servicios sanitarios y sociales y para la evaluación de la calidad y seguridad de la asistencia sanitaria, etc., etc.), la atomización regulatoria, la obsoleta y dispersa regulación del secreto profesional y de sus excepciones<sup>70</sup>, las condiciones, requisitos y limitaciones que el RGPD permite introducir como

legislación complementaria (solo las remisiones que el artículo 9 del RGPD hace al Derecho de los Estados miembros justificaría esa ley específica), etc., aconsejan disponer de una ley específica sobre protección de datos personales relativos a la salud que, a modo de código compendiador, haga una regulación completa y actualizada que contemple las singularidades de este sector; ley que se enmarcaría en la normativa del sector sanitario. Hoy es opinión bastante generalizada<sup>71</sup> que lo más operativo es elaborar una ley estatal para la protección de los datos personales de salud, que complemente el RGPD y sustituya a las disposiciones contenidas en la vigente legislación sanitaria estatal.

Sin embargo, la Agencia Española de Protección de Datos considera que la protección de datos de salud está suficientemente desarrollada en la legislación sanitaria y que no es precisa esa legislación específica ni las enmiendas sobre protección de datos de salud que las sociedades científicas está proponiendo a los grupos parlamentarios como completos necesarios de la nueva LOPD<sup>72</sup>.

#### seguridad-juridica

Véase también PALOMAR OLMEDA, A, “La vulneración del deber de secreto y confidencialidad por personal sanitario. Delito de *habeas data*”, en el libro colectivo (director PÉREZ GÁLVEZ, J. F.) *La Seguridad del Paciente*, tirant lo blanch, 2018, pp. 255-288.

71 La Sociedad Española de Epidemiología (SEE) y la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (SESPAS), en Declaración de 1 de marzo de 2018, consideran necesaria una ley específica de protección de datos de salud y solicita al Gobierno que se comprometa a remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley en plazo breve.

72 La AEPD justifica tal aserto apoyándose en el informe 073667/2018 del Gabinete Jurídico elaborado precisamente en relación con las propuestas de enmiendas de las sociedades científicas a las que he aludido. Empero, ese informe, en mi criterio, padece de las siguientes carencias. Primera: estudia exclusivamente la investigación con procedimientos invasivos y muestras biológicas en base al régimen de la LIB, y deja totalmente al margen la investigación observacional con datos obtenidos de registros, que actualmente está carente de una regulación en lo relativo a la protección de datos (los únicos estudios observacionales regulados son los estudios posautorización con medicamentos -Orden SAS/3470/2009-), y resulta que las peticiones de una ley específica o, en su defecto, enmiendas formuladas por SEE y SESPAS van dirigidas fundamentalmente a la investigación observacional. Segundo: otorga al consentimiento específico previsto en el RGPD el alcance propio de un consentimiento genérico o en blanco al afirmar (última página) que “*puede extenderse en el futuro ese consentimiento, sin que ello lo vicie en modo alguno, incluso a “finalidades” o áreas de investigación que ni siquiera hubieran podido determinarse en el momento en que se prestó sin que sea necesario recabar un nuevo consentimiento del sujeto fuente.*” Considero excesivo otorgar tal alcance al consentimiento específico. De la lectura de los considerandos 32, 33, 42 y 43 y de los artículos 4.11) y 9.2.a) se infiere claramente que el legislador europeo exige consentimientos **informados** explícitos para cada investigación o área de investigación con datos de salud, rechazando conclu-

70 Véase el reportaje de Diario Médico, de 14 de diciembre de 2015, en el que un grupo de juristas y médicos convocados por ese periódico para un debate en torno al secreto médico, reclaman al legislador que unifique la normativa penal, administrativa y procesal sobre el secreto profesional para conocer cuándo puede excepcionarse el deber de confidencialidad y cuando no. Concluyen afirmando que el secreto necesita una regulación unitaria que dé seguridad jurídica. Disponible en: <http://www.diariomedico.com/2015/12/14/area-profesional/normativa/el-secreto-necesita-una-regulacion-unitaria-que-de->

No obstante, los grupos parlamentarios Socialistas, Ciudadanos y Unidos Podemos-En Común, han formulado enmiendas al proyecto de LOPD en el sentido de recuperar la disposición adicional del anteproyecto que exigía al Gobierno que en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la ley remita a las Cortes Generales un proyecto de ley en el que establezca las condiciones adicionales y, en su caso, limitaciones al tratamiento de datos de salud. También se han formulado enmiendas pidiendo que en la ley se haga mención expresa al interés público de la investigación biomédica y que la reutilización de los datos sanitarios para la investigación pueda hacerse en base a un consentimiento amplio de los pacientes<sup>73</sup>.

¿Esa ley específica debe ser una ley orgánica o una ley ordinaria? Es doctrina del TC que no procede aprobar mediante ley orgánica cualquier disciplina legal que afecte a los derechos fundamentales, sino tan sólo cuando desarrolle la CE de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general o global del mismo o en una parcial o sectorial, pero, igualmente, relativa a aspectos esenciales del derecho (STC 127/1994). Actualmente, la LBAP contiene la regulación más amplia del derecho a la protección de los datos de salud y es una ley ordinaria. En la tramitación parlamentaria se demandó que fuera orgánica, pero finalmente se optó por darle el carácter de ordinaria. Analizando este debate, la

yentamente consentimientos en blanco para futuros proyectos o líneas de investigación respecto de los que la información al sujeto es inexistente o muy insuficiente. Lo que el considerando 33 del RGPD contempla implícitamente es la posibilidad de instrumentar un consentimiento amplio que acoja áreas de investigación, si bien es evidente que el legislador europeo no está por la labor de permitir un uso posterior absoluto e indiscriminado de datos para fines científicos diferentes a la manera de un consentimiento genérico o en blanco, sino un consentimiento amplio que acoja determinadas áreas de investigación futuras suficientemente determinadas y sobre las que se ha informado al interesado, pero solo estas. Además, la flexible visión del consentimiento específico defendida en el informe queda neutralizada e imposibilitada por el tajante mandato del artículo 6.2 del proyecto de LOPD, cuestión que en modo alguno intenta resolver el informe. En efecto, introducir o no el consentimiento amplio compete al legislador de los Estados miembros, y teniendo en cuenta que el art. 9.4 del RGPD habilita a los Estados miembros a *introducir condiciones adicionales, inclusive limitaciones*, debe entenderse que el art. 6.2 del proyecto de LOPD opta por limitar, impedir, la utilización del consentimiento amplio, pues el art. 6.2 no excluye del mandato el tratamiento de datos de salud. Tercera. El tratamiento de datos de salud no empieza y termina en la investigación científica. Existen muchos otros ámbitos y circunstancias, como hemos comprobado supra, en los que se tratan datos de salud que están mal regulados, con lagunas legales, o con una regulación obsoleta que es preciso actualizar. Pues bien, el informe ignora estos otros ámbitos.

<sup>73</sup> Véase Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, núm. 13-2, de 18 de abril de 2018.

doctrina jurídica<sup>74</sup> consideró que la LBAP no necesitaba ser orgánica pues se redactó con un espíritu de respeto a las exigencias de la legislación general sobre protección de datos de personales (LOPD) a la que se remite expresamente. No obstante, más recientemente, a la vista de la STC 37/2011, de 28 de mayo, que cataloga el consentimiento informado como un derecho fundamental, algún autor<sup>75</sup> ha reivindicado la necesidad de ley orgánica para la LBAP por cuanto, al regular el consentimiento informado, hace un desarrollo directo del derecho fundamental a la integridad física y moral. El RGPD viene a ser la ley general reguladora del derecho fundamental a la protección de datos personales, en el que ya vienen regulados los aspectos esenciales del derecho a la protección de los datos de salud, y la ley específica que nos ocupa no va más allá de ser un complemento legislativo del RGPD. También debe entenderse que ha de redactarse en el marco de la nueva LOPD y con respeto a sus determinaciones. Por tanto, a pesar de regular con el detalle preciso el tratamiento de datos especialmente protegidos como son los relativos a la salud, parece que bastará con darle el carácter de ley ordinaria.

## 2. El artículo 9 del proyecto de LOPD

El Ministerio de Justicia elaboró a nivel de anteproyecto (junio de 2017) el texto de una nueva Ley Orgánica de Protección de Datos adaptada al RGPD, que sustituya a la vigente. El Consejo de Ministros, en sesión de 10 de noviembre de 2017, lo aprobó como proyecto y lo remitió a las Cortes Generales<sup>76</sup>. El proyecto de dicha Ley Orgánica dispone lo siguiente en lo que hace a tratamiento de datos de salud:

Artículo 9. Categorías especiales de datos.

(...)

2. Los tratamientos de datos contemplados en las letras g), h) e i) del artículo 9.2. del Reglamento (UE) 2016/679 fundados en el Derecho español deberán estar amparados en una ley, que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad.

<sup>74</sup> PEMÁN GAVÍN, Juan, *Asistencia Sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Editorial Comares, 2005, p. 285.

<sup>75</sup> MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio, “Algunas consideraciones constitucionales en torno a la autonomía del paciente. Sobre la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico español a las garantías de los derechos fundamentales” en el libro colectivo *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*, (ARCOS VIEIRA, directora), Thomson-Reuters ARANZADI; 2016, pp. 327-328

<sup>76</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, núm. 13-1, de 24 de noviembre de 2017.

En particular, la ley podrá amparar el tratamiento de datos en el ámbito de la salud cuando así lo exija la gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, pública y privada, o la ejecución de un contrato de seguro de que el afectado sea parte.<sup>77</sup>

Es de observar que el artículo 9.2. del proyecto de LOPD solo habla de las letras g), h) e i) del artículo 9.2 del RGPD, no incluyendo los supuestos comprendidos en las letras b) -derecho laboral y de la seguridad social-, c) -intereses vitales-, e) -datos manifiestamente públicos-; f) -defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial; y j) -investigación científica-. No se ofrece en el preámbulo explicación alguna del motivo por el que se excluyen estos supuestos, que, en mi criterio, también son susceptibles de complementación legislativa, particularmente la investigación científica, sintagma que, obviamente, comprende la investigación sanitaria y biomédica. Como posibles explicaciones de estas ausencias es plausible enunciar las siguientes: en el supuesto del apartado b) corresponde hacer el complemento a la legislación laboral y de seguridad social; en los supuestos de los apartados c), e) y f) el RGPD no hace remisión alguna al Derecho de los Estados miembros por lo que puede entenderse que no necesitan de complemento legislativo; en el supuesto del apartado j) el redactor del proyecto consideró que la investigación con procedimientos invasivos está suficientemente regulada en la LIB y en el Reglamento de ensayos clínicos, no estando, por tanto, necesitada de una complementación legislativa, y que la investigación observacional, fundamentalmente la epidemiológica, que sí está necesitada de un complemento legislativo, puede hacerse en el marco del apartado i) -tutela de la salud pública-. No obstante, obligado es advertir que el artículo 9.4 del RGPD establece que “los Estados miembros podrán mantener o introducir condiciones adicionales, inclusive limitaciones, con respecto al tratamiento de datos genéticos, datos biométricos o datos relativos a la salud.”, habilitación que es predicable de todos los apartados del artículo 9.2.

Este artículo, estableciendo la necesaria reserva de ley conforme al artículo 53.1 CE, admite el tratamiento de los datos genéticos y de salud en los supuestos g), h) e i) y marco establecidos en el artículo 9.2 del RGPD, y remite la regulación de dicho tratamiento a una ley específica en la que deberán establecerse las debidas garantías<sup>78</sup>. Al contrario de lo que hizo la LOPD de 1999, se abstiene de incorporar determinaciones, disposiciones o mandatos sobre el tratamiento de datos de salud, ello a pesar de que la LBAP, la LIB, la LGSP y el Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, se remiten a la LOPD de 1999 en cuanto esta contenía, aunque mínima, una regulación sobre tratamiento de datos de salud; remisiones que ahora resultan totalmente inútiles. En fin, la nueva LGPD, en los que hace al tratamiento de datos de salud, generará un cierto vacío legislativo, ya que la normativa al respecto solo la encontramos en algunas normas sanitarias. En cualquier caso, ante la insuficiencia de la normativa sobre protección de datos contenida en la legislación sanitaria, es ineludible disponer de una completa normativa específica sobre protección de datos personales relativos a la salud, bien incorporando un amplio Título en la nueva LOPD, o bien elaborando una ley específica que se enmarcaría en la normativa del sector sanitario.

Por lo demás, señalar que las bases jurídicas para el tratamiento de datos de salud sin consentimiento del interesado que enumera el artículo 9.2 del RGPD, salvo alguna excepción (formulación, ejercicio o defensa de reclamaciones y asistencia social), tienen su equivalente en nuestra legislación. Realmente, apenas hay diferencias entre el RGPD y nuestro ordenamiento a este respecto. Entonces, el contenido propio de esa ley específica no es introducir nuevos supuestos de tratamiento de datos de salud sin consentimiento del interesado o suprimir alguno de los ahora existentes en nuestra legislación, sino desarrollar con vocación de plenitud las condiciones adicionales y limitaciones necesarias con respecto al tratamiento de datos genéticos y de salud en los supuestos que enumera el artículo 9.2 del RGPD, así como las medidas adecuadas y específicas dirigidas a proteger los derechos y libertades del interesado.

<sup>77</sup> El Dictamen 757/2017, de 26 de octubre, del Consejo de Estado, crítica la incorporación de este párrafo porque el primer supuesto (gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social) se encuentra expresamente mencionado en el artículo 9.2.h) del RGPD y el segundo (ejecución de un contrato de seguro de que el afectado sea parte) puede entenderse fácilmente incluido en esa misma rúbrica, por lo que resulta una previsión redundante que debería eliminarse para evitar confusiones respecto al resto de supuestos del artículo 9.2 RGPD.

<sup>78</sup> El anteproyecto de Ley Orgánica incorporaba la disposición adicional novena en la que mandaba al Gobierno que en el plazo de dos años desde su entrada en vigor remitiera a las Cortes Generales un proyecto de ley en el que se regulasen las condiciones adicionales y, en su caso, las limitaciones al tratamiento de datos genéticos, biométricos o relativos a la salud. Sin embargo, en el proyecto de Ley Orgánica el contenido de esta disposición adicional ha desaparecido.



# **DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANS E INTERSEX: REVISIÓN DEL MARCO LEGISLATIVO EN EL CONTEXTO ESPAÑOL DESDE UNA PERSPECTIVA DE DESPATOLOGIZACIÓN Y DERECHOS HUMANOS**

*Ametz Suess Schwend*

*Doctor en Antropología Social, Investigador y Docente  
Escuela Andaluza de Salud Pública  
Granada*

**SUMARIO: I. Introducción; II. Marco internacional de derechos humanos; III. Activismo internacional por la despatologización trans; IV. Activismo intersex internacional; V. Marco legal en el contexto español: 1. Ámbito estatal, 2. Ámbito autonómico, 3. Marco legal en Andalucía; VI. Conclusiones.**

## **RESUMEN**

El objetivo de este trabajo es revisar los derechos de las personas trans e intersex en la legislación actualmente vigente en el contexto español, tomando como referencia las recomendaciones establecidas por organismos internacionales y regionales de derechos humanos y las demandas expresadas por el activismo internacional por la despatologización trans y el movimiento intersex internacional.

## **PALABRAS CLAVE**

Derechos humanos; transexualidad; intersexualidad; expresión de género; identidad de género; características sexuales.

## **ABSTRACT**

The paper is aimed at reviewing the protection of the rights of trans and intersex people in the legislation currently in force in the Spanish context, taking as a reference the recommendations established by international and regional human rights bodies, as well as the demands expressed by the international trans depathologization activism and the international intersex movement.

## **KEYWORDS**

Human rights; transexualidad; intersexualidad; gender expression; gender identity; sex characteristics.

## I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la última década, se puede observar un proceso de cambio en la conceptualización de la transexualidad<sup>1</sup> e intersexualidad<sup>2</sup>, desde su clasificación como trastorno mental, enfermedad, malformación o anomalía hacia su reconocimiento como derecho humano.

Este cambio conceptual ha sido impulsado por el activismo internacional por la despatologización trans<sup>3</sup> y el movimiento intersex internacional<sup>4</sup>,

1 MISSÉ, Miquel y COLL-PLANAS, Gerard: La patologización de la transexualidad: reflexiones críticas y propuestas. Norte de salud mental, vol. VII, núm. 38, 2010, p. 44-55; SUESS SCHWEND, Amets, ESPINEIRA, Karine y CREGO WALTERS, Pau: "Depathologization". TSQ, Transgender Studies Quarterly Vol. 1, núm. 1-2, 2014, pp. 73-77. <https://doi.org/10.1215/23289252-2399650>; SUESS SCHWEND, Amets: "Despatologización" en PLATERO MÉNDEZ, L.R., ROSÓN, M. y ORTEGA, E. (Eds.): *Barbarismos queer y otras esdrújulas*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2017, p. 140-151.

2 CABRAL GRINSPAN, Mauro (Ed.): *Interdicciones. Escrituras de la intersexualidad en castellano*. Córdoba, Argentina: Anarrés Editorial, 2009; CABRAL GRINSPAN, Mauro y BENZUR, Gabriel: "Cuando digo intersex. Un diálogo introductorio a la intersexualidad". *Cadernos Pagu* Vol. 24, 2005, pp. 283-304; CARPENTER, Morgan: "The human rights of intersex people: addressing harmful practices and rhetoric of change". *Reproductive Health Matters*, Vol. 24, num. 47, 2016, pp. 74-84.

3 Se citan algunos trabajos que describen el desarrollo del activismo por la despatologización trans: ARANETA ZINKUNEGI, Aitzole: "Diversidades Cuestionadoras: La Campaña Internacional 'Stop Trans Patologización 2012'". *Feminismo/s*, vol. 19, 2012, pp. 143-163; CABRAL GRINSPAN, Mauro: "Autodeterminación y libertad". Página 12, Suplemento Soy, 22/10/2010. Disponible en: [goo.gl/AT97XK](http://goo.gl/AT97XK); CABRAL GRINSPAN, Mauro: "Leyendo entre líneas. Día de Acción Mundial por la Despatologización Trans". Página12, Suplemento Soy, 17/10/2014. Disponible en: [goo.gl/EIjnsr](http://goo.gl/EIjnsr); DAVY, Zowie, SØRLIE, Anneken y SUESS SCHWEND, Amets: "Democratising diagnoses? The role of the depathologisation perspective in constructing corporeal trans citizenship". *Critical Social Policy*, vol. 38, núm. 1, 2018, pp. 5-12 [first published online October 19, 2017]. Disponible en: doi: abs/10.1177/0261018317731716; MISSÉ, Miquel: "Epílogo", en Missé M. y Coll-Planas G. (Eds.). *El género desordenado. Críticas en torno a la patologización de la transexualidad*, Egales, Barcelona, Madrid, 2010, pp. 265-276; MISSÉ y COLL-PLANAS 2010, op. cit.; PLATERO, R. Lucas: "Transexualidad y agenda política: una historia de (dis)continuidades y patologización". *Política y Sociedad* vol. 46, núm. 1, 2, 2009, pp. 107-128; PLATERO MÉNDEZ, R. Lucas: "The narratives of transgender rights mobilization in Spain". *Sexualities*, vol. 14(5), 2011, pp. 597-614; SUESS SCHWEND, Amets: "Análisis del panorama discursivo alrededor de la despatologización trans: procesos de transformación de los marcos interpretativos en diferentes campos sociales" en Missé, M. y Coll-Planas, G. (Eds.). *El género desordenado. Críticas en torno a la patologización de la transexualidad*, p. 29-54. Barcelona, Madrid: Egales, 2010; SUESS SCHWEND, Amets: "Transitar por los géneros es un derecho": Recorridos por la perspectiva de despatologización. Granada: Universidad de Granada, 2016 [Tesis doctoral]. Disponible en: <https://goo.gl/LUkm8E>; SUESS SCHWEND, et al. 2014, op. cit.

apoyado por organismos internacionales y regionales de derechos humanos<sup>5</sup> y precedido y acompañado por un desarrollo teórico crítico tanto en el campo de los estudios trans<sup>6</sup> como de los estudios intersex<sup>7</sup>.

4 Se citan algunos trabajos que describen el desarrollo del activismo internacional intersex: CABRAL GRINSPAN (Ed.) 2009, op. cit.; CABRAL GRINSPAN y BENZUR 2005, op. cit.; CARPENTER 2016, op. cit.; CARPENTER, Morgan: "The 'Normalization' of Intersex Bodies and 'Othering' of Intersex Identities in Australia". *Bioethical Inquiry*, 2018a [Epub ahead of print]. <https://doi.org/10.1007/s11673-018-9855-8>; CARPENTER, Morgan: "Intersex Variations, Human Rights, and the International Classification of Diseases". *Health and Human Rights Journal*, 2018b [Epub ahead of print]. Disponible en: <https://goo.gl/SeVvvS>; CHASE, Cheryl: "Hermafroditas con actitud. Hermafroditas cartografiando la emergencia del activismo político" en ROMERO BACHILLER, C., GARCÍA DAUDER, D. y BARGUEIRAS MARTÍNEZ, C. (Grupo de Trabajo Queer) (Eds.): *El eje del mal es heterosexual. Figuras, movimientos y prácticas feministas queer*, p. 87-111. Madrid: Traficantes de Sueños, 2005[1998]; DAVIDSON, Robert J.: "DSD Debates: Social Movement Organizations' Framing Disputes Surrounding the Term 'Disorders of Sex Development'". *Liminalis, Journal for Sex/Gender Emancipation and Resistance* vol. 3, 2009, pp. 60-80; GREGORI FLOR, Nuria: *Encuentros y des-encuentros en torno a las intersexualidades/DSD: narrativas, procesos y emergencias*. Valencia: Universidad de Valencia, 2015. Disponible en: <https://goo.gl/fs6jwU>.

5 CARPENTER 2016, 2018a, 2018b, op. cit; KARA, Shehezerade. *Gender is not an illness. How pathologizing trans people violates international human rights law*. New York: GATE, Global Action for Trans Equality, 2017. Disponible en: <https://goo.gl/ZFtv9q>; SUESS SCHWEND 2016, op. cit.; THEILEN, Jens T.: "Depathologisation of Transgenderism and International Human Rights Law". *Human Rights Law Review*, vol. 14, núm. 2, 2014, pp. 327-342.

6 Se nombran algunos trabajos procedentes de los estudios trans y perspectivas aliadas que aportan discursos sobre despatologización y protección de los derechos de las personas trans: CABRAL GRINSPAN, Mauro: "Right answers". *Archives of Sexual Behavior*, vol. 46, núm. 8, 2017, pp. 2505-2506; CABRAL GRINSPAN, Mauro, SUESS SCHWEND, Amets, EHRT, Julia, SEEHOLE, Tshogofatso Joshua y WONG, Joe: "Removal of a gender incongruence of childhood diagnostic category: a human rights perspective". *Lancet Psychiatry*, vol. 3, núm 5, 2016, pp. 405-406; DAVY, Zowie: "The DSM-5 and the Politics of Diagnosing Transpeople". *Archives of Sexual Behavior*, vol. 44, núm. 4, 2015, pp. 1165-1176; DAVY, et al. 2018, op. cit.; Kara 2017, op. cit.; MISSÉ 2010, op. cit; MISSÉ y COLL-PLANAS 2010, op. cit.; PLATERO MÉNDEZ 2009, 2011, op. cit., PLATERO MÉNDEZ, R. Lucas: "The Influence of Psychiatric and Legal Discourses on Parents of Gender-Nonconforming Children and Trans Youth in Spain". *Journal of GLBT Family Studies*, vol. 10, núm. 1-2, 2014, pp. 145-167; PYNE, Jake: "Gender independent kids: A paradigm shift in approaches to gender non-conforming children". *Canadian Journal of Human Sexuality*, vol. 23, núm. 1, 2014, pp. 1-8; SUESS SCHWEND 2016, 2017a, op. cit.; SUESS SCHWEND, Amets: "Gender Diversity in Childhood: A Human Right". *Archives of Sexual Behavior*, vol. 46, núm. 8, 2017b, pp. 2519-2520; SUESS SCHWEND, Amets: "Diversidad de género en la infancia y adolescencia desde una perspectiva de despatologización y Derechos Humanos" en Andapap (Ed.). *XXII Jornadas de Andapap 2018*, pp. 121-139. Andapap Ediciones, 2018. Disponible en: <https://goo.gl/6ExGHN>; SUESS SCHWEND, Amets, WINTER, Sam, CHIAM, Zhan, SMILEY, Adam y CABRAL GRINSPAN, Mauro: *Depathologising gender diversity in childhood in the process of ICD revision and reform*. Global

En el marco del presente artículo, parto de definiciones establecidas por organismos internacionales y regionales de derechos humanos que se encuentran en consonancia con los usos terminológicos de los movimientos activistas. Utilizo los términos desde la conciencia de su procedencia occidental y su carácter históricamente, culturalmente y geopolíticamente específico y cambiante (Tabla 1).

Public Health, vol. 24, 2018, pp. 1-4. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/17441692.2018.1427274> [Epub ahead of print]; THEILEN 2014, op. cit.; THOMAS, Maud-Yeuse, ESPINEIRA, K. and ALESSANDRIN, Arnaud. (Eds.): *Transidentités: Histoire d'une dépathologisation*. Paris: L'Harmattan, 2013a; WINTER, Sam, EHRENSAFT, Diane, PICKSTONE-TAYLOR, Sam, DE CUYPERE, Griet y TANDO, Darlene: "The psycho-medical case against a gender incongruence of childhood diagnosis". *Lancet Psychiatry*, vol. 3, núm. 5, 2016, pp. 404-405; WINTER, Sam: "Gender trouble: The World Health Organization, the International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD)-11 and the trans kids". *Sexual Health*, vol. 14, núm. 5, 2017, pp. 423-430.

7 Se citan algunos trabajos procedentes de los estudios intersex y perspectivas aliadas que aportan discursos sobre despatologización y protección de los derechos humanos de las personas intersex: CABRAL GRINSPAN 2009, op. cit.; CABRAL GRINSPAN y BENZUR 2005, op. cit.; CARPENTER 2016, 2018a, 2018b, op. cit.; CHASE 2005[1998], op. cit.; DAVIDSON 2009, op. cit.; DREGER, Alice D.: *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1998; DREGER 1999[1998], op. cit.; GARCÍA LÓPEZ, Daniel J.: "La intersexualidad en el discurso médico-jurídico". *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad*, vol. 8, 2015, pp. 54-70; GARCÍA LÓPEZ, Daniel J.: *Sobre el derecho de los hermafroditas*. Santa Cruz de Tenerife: Editorial Melusina, 2015; GHATTAS, Dan Christian: *Human Rights between the Sexes. A preliminary study on the life situations of inter\* individuals*. Berlin, Heinrich Böll Foundation, 2013. Disponible en: <https://goo.gl/mq19Mf>. GREGORI FLOR, 2015, op. cit.; HOLMES, Morgan: "Rethinking the Meaning and management of intersexuality". *Sexualities*, vol. 5, núm. 2, 2002, pp. 159-180; JONES, Tiffany, HART, Bonnie, CARPENTER, Morgan, ANSARA, Gavi, LEONARD, William y LUCKE, Jayne: *Intersex: Stories and Statistics from Australia*. Cambridge, UK: Open Book Publishers, 2016. Disponible en: <https://goo.gl/kBYLrV>; MORLAND Ian: "Intersex". *TSQ, Transgender Studies Quarterly*, vol. 1, núm 1-2, 2014, pp. 111-114; MACHADO, Paula Sandrine: "Intersexualidade e o "Consenso de Chicago" as vicissitudes da nomenclatura e suas implicações regulatórias". *Rev Bras Ciênc Soc*, vol. 23, núm 68, 2008, pp. 109-123; THOMAS, Maud-Yeuse, ESPINEIRA, Karine y Alessandrin, Arnaud (Eds.): "Identités Intersex es: Identités en débat". *Cahiers de la Transidentité N° 2*. Paris: L'Harmattan, 2013b.

8 YOGYAKARTA PRINCIPLES PLUS 10, Additional Principles and State Obligations on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics to Complement the Yogyakarta Principles, 2017, p. 6 (traducción-propia). Disponible en: <https://goo.gl/rkfggM>.

9 YOGYAKARTA PRINCIPLES PLUS 10, 2017, op. cit., p. 6.

10 PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA, los principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007, p. 8. Disponible en: <https://goo.gl/BvqLJR>.

11 FRA, EUROPEAN UNION AGENCY FOR

**Tabla 1: Conceptos y términos**

**Características sexuales:** Entendiendo 'características sexuales' como las características físicas relacionadas con el sexo de cada persona, incluyendo genitales y otra anatomía sexual y reproductiva, cromosomas, hormonas, y características físicas secundarias que aparecen en la pubertad.<sup>8</sup>

**Expresión de género:** Entendiendo por 'características sexuales' las características físicas relacionadas con el sexo de cada persona, incluyendo genitales y otra anatomía sexual y reproductiva, cromosomas, hormonas, y características físicas secundarias que aparecen en la pubertad.<sup>9</sup>

**Identidad de género:** Entendiendo que la 'identidad de género' se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales;<sup>10</sup>

**Persona trans:** Una persona trans es alguien que se identifica con un género diferente y/o expresa su identidad de género de forma diferente al sexo asignado al nacer.<sup>11</sup>

**Persona intersex:** Las personas intersex nacen con caracteres sexuales (como los genitales, las gónadas y los patrones cromosómicos) que no se corresponden con las típicas nociones binarias sobre los cuerpos masculinos y femeninos.<sup>12</sup>

La demanda de despatologización parte de una situación de patologización, discriminación y violación de derechos humanos de las personas trans<sup>13</sup> e

FUNDAMENTAL RIGHTS: Being Trans in the EU – Comparative Analysis of EU LGBT Survey Data. Luxemburgo: FRA, 2014, p. 14 (traducción propia). Disponible en: <https://goo.gl/DdXymq>.

12 ONU, ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Campaña Libre & Iguales. Ficha de datos: Intersex, 2017, p. 1. Disponible en: <https://goo.gl/5mMXXc>.

13 SUESS SCHWEND 2016, 2017a, op. cit.; SUESS SCHWEND, et al., 2014, op. cit.; WINTER, Sam, CHALUNGSOOTH, Pornthip, THE, Yik Koon, ROJANALERT, Nongnuch, et al.: "Transpeople, Transprejudice and Pathologisation: a Seven-Country Factor Analytic Study". *International Journal of Sexual Health*, vol. 21, núm. 2, 2009, pp. 96-118; WINTER, Sam, DIAMOND, Milton, GREEN, Jamison, KARASIC, Dan, REED, Terry, WHITTLE, Stephen y WYLIE, Kevan: "Transgender people: health at the

intersex<sup>14</sup> en diferentes partes del mundo. Entiendo bajo patologización la conceptualización de características corporales, prácticas, hábitos, modos de vida, estados de salud, gestos, personas o grupos de personas como enfermas, patológicas o anormales. La patologización puede producirse tanto en el ámbito institucional como social y familiar.

Las formas de patologización institucional de la diversidad corporal y de género incluyen una clasificación diagnóstica como trastorno mental, enfermedad, anomalía o malformación, trato discriminatorio en el ámbito sanitario, educativo o administrativo, situaciones de criminalización y persecución, intervenciones y tratamientos médicos no consentidos, así como terminologías, conceptualizaciones y representaciones patologizantes en el ámbito de la investigación. En el ámbito social y familiar, la patologización puede tomar formas de discriminación, estigmatización, exclusión social, laboral, afectiva o sexual, discursos de odio, así como violencia transfóbica e interfóbica. Entre las consecuencias, se pueden nombrar violaciones de derechos humanos, impactos en la trayectoria escolar, académica y laboral, limitaciones del derecho a la personalidad jurídica, así como consecuencias negativas para la salud y barreras en el acceso a la atención sanitaria.

Bajo el concepto de despatologización, hago referencia “al cuestionamiento, a la denuncia y a la demanda de cese de cualquier práctica basada en la conceptualización de la diversidad sexual, corporal y de género como enfermedad, trastorno o anomalía, así como a la defensa de su respeto, reconocimiento y celebración en el ámbito familiar, social educativo, clínico y jurídico”<sup>15</sup>.

En el presente artículo, basado en mi ponencia en el XVII Congreso Derecho y Salud celebrado en junio de 2018 en Oviedo, desarrollaré una revisión del marco internacional de derechos humanos relacionado con la protección de la orientación sexual, la expresión / identidad de género y las características sexuales. Además, presentaré las demandas y desarrollos del activismo internacional por la

despatologización trans y del movimiento intersex internacional, así como aportaciones teóricas sobre ambas temáticas. Desde este resumen del estado del debate a nivel internacional, analizaré el marco legislativo actual en el contexto español relacionado con la protección de la diversidad sexual, corporal y de género, así como la situación en el ámbito andaluz, como ejemplo de los desarrollos a nivel autonómico, identificando avances y aspectos pendientes.

Antes de exponer mi análisis, me gustaría aportar una reflexión sobre mi propia perspectiva, en coherencia con la importancia de una toma de conciencia del propio punto de vista en los procesos de reflexión teórica<sup>16</sup>. Trabajo sobre la temática de despatologización trans e intersex tanto a nivel académico y profesional, activista como artístico. La demanda de despatologización me atraviesa de forma profunda, desde mi propio lugar como persona, académico, activista y artista trans. A nivel académico, centré mi tesis doctoral, defendida en 2016 en la Universidad de Granada, en el análisis de los discursos teórico-activistas por la despatologización trans y la relevancia de la perspectiva de despatologización para la epistemología, metodología y ética de la investigación. En el ámbito profesional, trabajo en la Escuela Andaluza de Salud Pública y Universidad de Granada en actividades de investigación y docencia sobre promoción del respeto a la diversidad sexual, corporal y de género y protección de los derechos humanos de personas trans e intersex. A nivel activista, formo parte de redes internacionales y regionales por la despatologización trans, como miembro del equipo de coordinación de STP, Campaña Internacional Stop Trans Pathologization, miembro del Grupo Internacional de Trabajo de GATE, Global Action for Trans Equality y miembro de TGEU, Transgender Europe. En el ámbito artístico, intento abrir una reflexión sobre despatologización y no binarismo de género a través de la performance, la escritura y otros lenguajes artísticos. Estas perspectivas múltiples me sitúan en un lugar de especial responsabilidad ético-política, desde la necesidad de no repetir las dinámicas de patologización en el ámbito académico y profesional que criticamos desde una perspectiva activista.

## II. MARCO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

A lo largo de la última década, se puede observar una inclusión de la temática de protección de los

margins of society”. The Lancet, vol.388, núm. 10042, 2016, pp. 390-400.

14 CABRAL GRINSPAN (Ed.) 2009, op. cit.; CARPENTER 2016, 2018a, 2018b, op. cit.; JONES, et al. 2016, op. cit.; MONRO, Surya, CROSETTI, Daniela, YEADON-LEE, Tray, GARLAND, Fae y TRAVIS, Mitch: Intersex, Variations of Sex Characteristics, and DSD: The Need for Change. Research Report. Huddersfield: University of Huddersfield, 2017. Disponible en: <https://goo.gl/Lv9fQa>.

15 SUESS SCHWEND 2017a, op. cit., p. 141.

16 BOURDIEU, Pierre: Autoanálisis de un sociólogo. Barcelona: Editorial Anagrama, 2006[2004].

derechos humanos de las personas LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex) en la agenda de organismos internacionales y regionales de derechos humanos, entre ellos la ONU, Organización de las Naciones Unidas, la OEA, Organización de los Estados Americanos, la CIDH, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Consejo de Europa, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y el Parlamento Europeo. En este proceso, se puede observar una relación recíproca entre los movimientos activistas trans e intersex y el marco internacional de derechos humanos. Por un lado, las recomendaciones y resoluciones de organismos internacionales y regionales de derechos humanos constituyen referentes relevantes para el activismo internacional por la despatologización trans y el movimiento intersex internacional, en el sentido de herramientas y apoyos en la defensa de sus derechos. Por el otro lado, a lo largo de los últimos años organismos internacionales y regionales de derechos humanos han incluido las demandas por la despatologización trans e intersex en su agenda.

Como un documento relevante de referencia, se pueden nombrar los Principios de Yogyakarta<sup>17</sup>, desarrollados en 2006 por un grupo internacional de personas expertas y presentados en 2007 al Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Los Principios de Yogyakarta constituyen una aplicación de la legislación internacional de derechos humanos a cuestiones relacionadas con la orientación sexual, expresión/identidad de género y características sexuales.

A lo largo de la última década, el documento se convirtió en una referencia clave para demandas activistas y avances legislativos relacionados con la protección de la orientación sexual, la expresión/identidad de género y las características sexuales. En 2017, se publicó una ampliación de los Principios de Yogyakarta, los Principios de Yogyakarta plus 10<sup>18</sup>, en los que se añaden principios adicionales que responden a temáticas que adquirieron especial relevancia a lo largo de la última década, así como obligaciones para los Estados.

En los Principios de Yogyakarta<sup>19</sup>, se pueden identificar varios principios relacionados con demandas relevantes del movimiento por la despatologización trans, entre ellos el Principio 2, Los derechos a la igualdad y la no discriminación, el Principio 3, El

derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el Principio 17, El derecho al disfrute del más alto nivel de salud y el Principio 18, Protección contra abusos médicos.

En los Principios de Yogyakarta plus 10<sup>20</sup>, las temáticas intersex adquieren una mayor presencia. Como principios relevantes para las personas intersex se puede resaltar el Principio 32, El derecho a la integridad corporal y mental, el Principio 37, el derecho a la verdad, así como el Principio 31, El derecho al reconocimiento legal.

En 2011, la ONU aprobó la primera resolución que nombra explícitamente la protección de violencia por motivo de orientación e identidad de género<sup>21</sup>, precedida por recomendaciones publicadas en 2006<sup>22</sup> y 2008<sup>23</sup>. La resolución fue adaptada por el Parlamento Europeo<sup>24</sup>. A lo largo de la última década, se puede observar la publicación de numerosas recomendaciones y resoluciones por la protección de los derechos humanos de las personas LGBT por parte de agencias de las Naciones Unidas<sup>25</sup> y organismos regionales de derechos humanos, entre ellos la Organización de los Estados Americanos<sup>26</sup>, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>27</sup>, el Consejo de Europa y el Comisario de Derechos Humanos del

20 YOGYAKARTA PRINCIPLES PLUS 10 2017, op. cit.

21 ONU, ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos. Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. A/HRC/RES/17/19, 14 de julio de 2011. Disponible en: <https://goo.gl/EkJiWr>.

22 ONU, ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: JointStatement. Human rights violations based on sexual orientation and gender identity, 2006. Disponible en: <https://goo.gl/HddQvQ>.

23 ONU, ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: Joint Statement on Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity, 2008. Disponible en: <https://goo.gl/tZdPLP>.

24 PARLAMENTO EUROPEO: Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de septiembre de 2011, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en las Naciones Unidas. Disponible en: <https://goo.gl/rF8MXr>.

25 UN, UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSION: United Nations Resolutions – Sexual orientation and gender identity, 2018. Disponible en: <https://goo.gl/BgOrDF>.

26 OEA, ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS: Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 2018. Disponible en: <https://goo.gl/M54EHC>.

27 CIDH, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Violencia contra personas LGBTI, 2015. Disponible en: <https://goo.gl/kJVBq3>.

17 PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA 2007, op. cit.

18 YOGYAKARTA PRINCIPLES PLUS 10 2017, op. cit.

19 PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA 2007, op. cit.

Consejo de Europa<sup>28</sup> y el Parlamento Europeo<sup>29</sup>. En 2017, se creó el mandato del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género<sup>30</sup>.

De forma más reciente, en los últimos años se puede observar la inclusión de temáticas relevantes para el movimiento intersex internacional en la agenda de organismos internacionales y regionales de derechos humanos<sup>31</sup>. En este sentido el Relator Especial sobre Tortura<sup>32</sup> y diferentes Comités de la ONU (Comité de Derechos Humanos, Comité contra la Tortura, Comité sobre los Derechos del Niño, Comité sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra Mujeres)<sup>33</sup>, así como organismos regionales, entre ellos el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa<sup>34</sup>, el Consejo de Europa<sup>35</sup>, la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>36</sup> y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>37</sup>,

28 COUNCIL OF EUROPE, COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS: Human rights of lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people (LGBTI), 2018. Disponible en: <https://goo.gl/A5muZs>.

29 EUROPEAN PARLIAMENT: Parliamentary work, 2018. Disponible en: <https://goo.gl/Tgdwv7>.

30 UN, UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER: Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, 2018. Disponible en: <https://goo.gl/QN3cuv>.

31 CARPENTER 2016, 2018, op. cit.

32 ONU, ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, RELATOR ESPECIAL SOBRE TORTURA: Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53, 1 February 2013. Disponible en: <https://goo.gl/MyTDjC>.

33 Una lista de las Observaciones Finales de los diferentes Comités de la ONU se puede consultar en Carpenter 2017, 2018, op. cit.

34 COUNCIL OF EUROPE, COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS: Human rights and intersex people, Issue Paper. Strasbourg, 2015. Disponible en: <https://goo.gl/ssiEEc>.

35 COUNCIL OF EUROPE, PARLIAMENTARY ASSEMBLY: Promoting the human rights of and eliminating discrimination against intersex people. Recommendation 2116 (2017). Disponible en: <https://goo.gl/qU842r>; COUNCIL OF EUROPE, PARLIAMENTARY ASSEMBLY: Promoting the human rights of and eliminating discrimination against intersex people. Resolution 2191(2017). Disponible en: <https://goo.gl/WUWJm4>

36 FRA, European Union Agency for Fundamental Rights: The fundamental rights situation of intersex people. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015. Disponible en: <https://goo.gl/Zis58t>

37 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS

han condenado las intervenciones no consentidas en recién nacidos<sup>38</sup>, niños y adolescentes intersex, considerándolas una forma de mutilación genital y tortura infantil y recomendando a los Estados miembros crear legislaciones para su prohibición. Con motivo del Día de Visibilidad Intersex 2017, diferentes Comités y Relatores Especiales de la ONU, la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, el Consejo de Europa y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicaron una Declaración conjunta para “instar a los Gobiernos a prohibir prácticas médicas dañinas en niños intersex, incluyendo cirugía innecesaria, tratamientos sin su consentimiento informado y esterilización”<sup>39</sup>.

### III. ACTIVISMO INTERNACIONAL POR LA DESPATOLOGIZACIÓN TRANS

El activismo internacional por la despatologización trans<sup>40</sup> parte de la observación de una interrelación estructural entre la clasificación diagnóstica de los procesos de tránsito por los géneros como trastorno mental y dinámicas de criminalización, persecución, discriminación y violencia transfóbica<sup>41</sup>. La demanda de despatologización de las expresiones e identidades de género trans se sitúa en el marco más

HUMANOS: Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015. Disponible en: <https://goo.gl/3iUZ5M>

38 A lo largo del documento, se utilizará el asterisco como propuesta lingüística no binaria, véase: CABRAL GRINSPAN, Mauro: “Asterisco” en CABRAL GRINSPAN, M. (Ed.). Interdicciones. Escrituras de la intersexualidad en castellano, p. 14. Córdoba, Argentina: Anarrés Editorial, 2009.

39 UN AGENCIAS (UN Committee against Torture, UN Committee on the Rights of the Child, UN Committee on the Rights of People with Disabilities, UN Subcommittee on Prevention of Torture and other Cruel, Inhuman Or Degrading Treatment or Punishment, Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Special Rapporteur on The Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical And Mental Health, Special Rapporteur on Violence against Women, Special Representative of The UN Secretary-General on Violence against Children), AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, COUNCIL OF EUROPE, INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS: Intersex Awareness Day – Wednesday 26 October. End violence and harmful medical practices on intersex children and adults, UN and regional experts urge, 2017, s.p. (traducción propia). Disponible en: <https://goo.gl/gPLxiF>

40 ARANETA ZINKUNEGI 2012, op. cit.; CABRAL GRINSPAN 2010, 2014, op. cit.; DAVY, et al., 2018, op. cit.; MISSÉ 2010, op. cit.; MISSÉ Y COLL-PLANAS 2010, op. cit.; PLATERO MÉNDEZ 2009, 2011, op. cit.; SUESS SCHWEND 2010, 2016, 2017a, op. cit.; SUESS SCHWEND, et al. 2014, op. cit.

41 WINTER, et al. 2009, op. cit.

amplio de un cuestionamiento de dinámicas de psiquiatrización, violaciones de derechos humanos en los Servicios de Salud Mental y lucha contra dinámicas de estigmatización, en apoyo a las reivindicaciones del movimiento de personas (ex)usuarias y supervivientes de la psiquiatría<sup>42</sup>.

Con precedentes de acciones activistas locales y reflexiones teóricas críticas desde los años 80, en la última década se puede observar un proceso de internacionalización del activismo por la despatologización trans, en el contexto del proceso paralelo de revisión de los manuales diagnósticos DSM, Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales, y de la CIE, Clasificación Internacional Estadística de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud<sup>43</sup>. Desde 2007, tienen lugar actividades coordinadas por la despatologización trans cada mes de octubre en diferentes ciudades, en los primeros dos años a nivel europeo, y a partir de 2009 a nivel internacional, en el marco de la convocatoria del Día Internacional de Acción por la Despatologización Trans coordinada por STP, Campaña Internacional Stop Trans Pathologization<sup>44</sup>. Paralelamente, a lo largo de los últimos años, organizaciones y redes internacionales y regionales activistas trans y LGBTI han realizado actividades de incidencia política en organismos internacionales y regionales por la despatologización trans<sup>45</sup>.

Entre las demandas principales del activismo internacional por la despatologización trans se puede nombrar la retirada de la clasificación actual de los procesos de tránsito por los géneros como trastorno mental de los manuales diagnósticos DSM y CIE, el acceso a una atención sanitaria trans-específica públicamente cubierta de la más alta calidad accesible, así como el cambio del modelo actual de atención sanitaria trans-específica, desde un modelo de evaluación psiquiátrica hacia un enfoque de acompañamiento y decisión informada. Además, se demanda el reconocimiento legal del nombre y género sin requisitos médicos. La despatologización de la diversidad de género en la infancia se puede identificar como una demanda de creciente relevancia. Asimismo, se reivindica la protección contra dinámicas de discriminación y violencia transfóbica, así como la despatologización de prácticas de investigación<sup>46</sup>.

Paralelamente a las actividades activistas, se puede observar la emergencia de una producción teórica sobre despatologización trans, frecuentemente por autor\*s con trayectorias académico-activistas y personas aliadas<sup>47</sup>.

Entre los desarrollos recientes, se puede nombrar la retirada de la clasificación diagnóstica de la transexualidad como trastorno mental de la CIE-11, publicada online en junio 2018 por la OMS, Organización Mundial de la Salud<sup>48</sup> y la aprobación de leyes

42 CABRAL GRINSPAN 2009, 2011, op. cit.

43 SUESS SCHWEND, 2016, op. cit.

44 Véase una lista de las actividades celebradas cada año con motivo del Día Internacional de Acción por la Despatologización Trans, así como la lista de grupos, organizaciones y redes adheridos a STP, Campaña Internacional Stop Trans-Pathologization en [www.stp2012.info](http://www.stp2012.info).

45 GATE, GLOBAL ACTION FOR TRANS EQUALITY: Es tiempo de reforma. Informe de la reunion de Expert\*s organizada por GATE. La Haya, 16 – 18 de noviembre 2011. Disponible en: <https://goo.gl/9ztVhG>; GATE, GLOBAL ACTION FOR TRANS EQUALITY: Critique and Alternative Proposal to the “Gender Incongruence of Childhood” Category in ICD-11. GATE Civil Society Expert Working Group Buenos Aires, April 4-6, 2013. Disponible en: <https://goo.gl/XQadq6>; GATE, GLOBAL ACTION FOR TRANS EQUALITY y STP, CAMPAÑA INTERNACIONAL STOP TRANS PATHOLOGIZATION: Nuevos desarrollos en el proceso de revisión de la CIE, 2014. Disponible en: <https://goo.gl/6S62BN>; CABRAL GRINSPAN, Mauro (GATE, Global Action For Trans Equality), CASTELLANOS, Erika (C-NET, Collaborative Network of People Living with HIV), CHIAM, Zhan (ILGA, International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans And Intersex Association), EHRT, Julia (TGEU, Transgender Europe), GRZYWNOWICZ, Micah (RFSL, Swedish Federation For Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender And Queer Rights), LABRYS, Aizhan Kadralieva (Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Organization), NATHANSON, Ricky (Southern Africa Trans Forum), ORDEK, Kemal (Red Umbrella Sexual Health and Human Rights Association), RUSSELL, Cianán (APTAN, Asia Pacific

Transgender Network), SUESS SCHWEND, Amets (STP, International Campaign Stop Trans Pathologization): Joint Statement on Trans Meeting with the United Nations Independent Expert on Sexual Orientation and Gender Identity, 2017. Disponible en: <https://goo.gl/vnts9E>; GATE, AKAHATA, TGEU, APTN, ILGA, COALICIÓN TRANS-POSTSOVIÉTICA, IRANTI.ORG, STP INTERNATIONAL CAMPAIGN STOP TRANS PATHOLOGIZATION: Ser trans ya no es un trastorno mental: la CIE-11 ha sido publicada, 2018. Disponible en: <https://goo.gl/ep1JXE>; STP 2017, op. cit.

46 SUESS SCHWEND 2016, 2017, op. cit.; SUESS SCHWEND, et al. 2014, op. cit.; STP, CAMPAÑA INTERNACIONAL STOP TRANS PATHOLOGIZATION: Objetivos, 2010[2009]. Disponible en: <https://goo.gl/2ZmqJD>. STP, Campaña Internacional Stop Trans Pathologization. Nota de Prensa, Día Internacional de Acción por la Despatologización Trans 2017. Disponible en: <https://goo.gl/ybq8Sx>

47 Se nombran algunos trabajos que realizan una revisión de los discursos sobre despatologización trans aportados por los estudios trans: CABRAL GRINSPAN 2017, op. cit.; CABRAL GRINSPAN, et al. 2016, op. cit.; DAVY 2015, op. cit.; DAVY, et al. 2018, op. cit.; KARA 2017, op. cit.; MISSÉ 2010, op. cit.; MISSÉ y COLL-PLANAS 2010, op. cit.; PLATERO 2009, 2011, 2014, op. cit.; PYNE 2014, op. cit.; SUESS SCHWEND, 2016, 2017a, 2017b, 2018; op. cit.; SUESS SCHWEND, et al. 2014, 2017, op. cit.; THEILEN 2014, op. cit., THOMAS, et al. (Eds.), 2013a, op. cit.; WINTER, et al. 2016, op. cit.; WINTER 2017, op. cit.

48 WHO, WORLD HEALTH ORGANIZATION.

de reconocimiento de género sin requisitos médicos en diferentes países<sup>49</sup>, con la aprobación de la Ley de Identidad de Género en Argentina en 2012 como referente relevante<sup>50</sup>. Además, se puede observar la implementación de modelos de atención sanitaria a personas trans basados en un enfoque de información, asesoramiento y decisión informada en algunos países y regiones<sup>51</sup>.

Desde redes activistas internacionales y regionales por la despatologización trans<sup>52</sup> y voces teórico-activistas<sup>53</sup> se valora positivamente la retirada de la clasificación diagnóstica de la transexualidad como trastorno mental de la CIE. Al mismo tiempo, se critica el término ‘Incongruencia de género’ asignado al nuevo código introducido en el capítulo ‘Condiciones relacionadas con la salud sexual’, así como el mantenimiento de un código específico para niñ\*s pre-adolescentes (‘Incongruencia de género en la infancia’), señalando su falta de utilidad clínica y potencial carácter discriminatorio. En el ámbito jurídico, se destaca positivamente la aprobación de leyes de identidad de género sin requisitos médicos en diferentes países. Sin embargo, se critica el mantenimiento de requisitos médicos, entre ellos el diagnóstico, la terapia hormonal, la cirugía genital, la esterilización y el divorcio en leyes de identidad de género de numerosos países.

A partir de la aprobación de la Ley de Identidad de Género en Argentina<sup>54</sup>, se observa la creación de un nuevo estándar jurídico de lo que se considera una ley de reconocimiento de género políticamente

avanzada. No obstante, se detectan algunas limitaciones en el enfoque despatologizador de las leyes de identidad de género de reciente aprobación<sup>55</sup>. En este sentido, en algunas leyes se identifica el mantenimiento de requisitos médicos para menores de edad. Al mismo tiempo, se constata una continuada patologización, discriminación y exposición a violencia transfóbica de personas trans en diferentes partes del mundo.

#### IV. ACTIVISMO INTERSEX INTERNACIONAL

El activismo intersex surge de la observación de situaciones de violación de derechos humanos de las personas intersex en el ámbito clínico, legal y social, incluyendo la práctica clínica de intervenciones quirúrgicas y otros tratamientos médicos no consentidos en recién nacid\*s, niñ\*s y adolescentes intersex, prácticas de selección prenatal, infanticidio y esterilización involuntaria, la falta de acceso a las historias clínicas, la ausencia de reparación de los daños iatrogénicos sufridos, así como dinámicas de discriminación y rechazo en el ámbito familiar, educativo y social<sup>56</sup>.

A lo largo de las últimas décadas, se crearon colectivos activistas y grupos de apoyo mutuo en el ámbito local y regional<sup>57</sup>. En los últimos diez años, se puede observar un proceso de internacionalización del movimiento intersex<sup>58</sup>, con actividades en

---

ICD-11, International Statistical Classification of Diseases and Health-Related Problems, version 11, 2018. Disponible en: <https://goo.gl/NMh15S>

49 BYRNE, Jack: License To Be Yourself. Laws and advocacy for legal gender recognition of trans people. Nueva York: Open Society Foundations, 2014. Disponible en: <https://goo.gl/r3C5tD>; DAVY, et al. 2018; SUESS SCHWEND, 2016, op. cit.; TGEU, TRANSGENDER EUROPE: Reconocimiento legal de género: Cambio de género, 2018. Disponible en: <https://goo.gl/me2xcy>

50 CONGRESO ARGENTINO: Identidad de Género. Ley 26.743. Boletín Oficial de la República Argentina N° 32.404, 24 de mayo de 2012. Disponible en: <https://goo.gl/awTja9>

51 DAVY, et al. 2018, op. cit.

52 GATE y STP 2014, op. cit.; GATE, et al. 2018, op. cit.; STP 2017, op. cit.

53 CABRAL GRINSPAN 2017, op. cit., CABRAL GRINSPAN, et al. 2016, op. cit.; DAVY, et al. 2018, op. cit.; SUESS SCHWEND 2016, 2017b, 2018, op. cit.; SUESS SCHWEND, et al. 2017, op. cit.; WINTER, et al. 2016, op. cit.; WINTER 2017, op. cit.

54 CONGRESO ARGENTINO 2012, op. cit.

---

55 DAVY, et al. 2018, op. cit.

56 AMNESTY INTERNATIONAL 2017, op. cit.; BRÚ-JULA INTERSEXUAL, STOP IGM.ORG, ZWISCHENGESCHLECHT.ORG: Shadow Report. Mutilación Genital Intersex. Violaciones de los derechos humanos de los niños con variaciones de la anatomía sexual, 2017. Disponible en: <https://goo.gl/MiP7Ep>; CABRAL GRINSPAN 2009, op. cit.; CABRAL GRINSPAN y BENZUR 2005, op. cit.; CARPENTER 2016, 2018a, 2018b, op. cit.; CHASE 2005[1998]; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 2015, op. cit.; COUNCIL OF EUROPE, COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS: Human rights and intersex people, Issue Paper. Strasbourg, 2015. Disponible en: <https://goo.gl/iLfiol>; FRA 2015, op. cit.; GARCÍA LÓPEZ 2015, op. cit.; GHATTAS 2015, op. cit.; JONES, et al., 2016, op. cit.; ONU 2017, op. cit.

57 CHASE 2005[1998].

58 INTERSEX ASIA: Media Statement by Intersex Asia, 2018. Disponible en: <https://goo.gl/u3Ajqw>; INTERACT, ADVOCATES FOR INTERSEX YOUTH: Declaración conjunta por el Día de la Visibilidad Intersex 2016. 26 de octubre de 2016. Disponible en: <https://goo.gl/oXhSmP>; INTERSEX HUMAN RIGHTS AUSTRALIA: Darlington Statement, 2017. Disponible en: <https://goo.gl/2xpJYU>; INTERNATIONAL INTERSEX FORUM: Malta Declaration. Public Statement by the Third International Intersex Forum, 2013. Disponible en: <https://goo.gl/orAsMh>. INTERNATIONAL INTERSEX FORUM: 4th International Intersex Forum. Media Statement, 2017. Disponible en: <https://goo.gl/gF7Anz>; OII EUROPE:



diferentes regiones del mundo cada 26 de octubre, Día de Visibilidad Intersex, y 8 de noviembre, Día de Solidaridad Intersex<sup>59</sup>. Además, se están llevando a cabo actividades de incidencia política en organismos internacionales y regionales de derechos humanos, aportando propuestas para el proceso de revisión de la CIE<sup>60</sup> y acompañando el proceso de revisión periódico del cumplimiento de diferentes Convenciones en Estados miembros por parte de los Comités correspondientes de la ONU<sup>61</sup>.

Entre las demandas principales del movimiento intersex internacional<sup>62</sup> se puede nombrar el cese de las intervenciones quirúrgicas de mutilación genital u otros tratamientos no consentidos en recién nacid\*s, niñ\*s y adolescentes intersex, el cese de prácticas de selección prenatal, infanticidio y esterilización no consentida, el acceso a las historias clínicas, la despatologización de conceptualizaciones y terminologías en las clasificaciones diagnósticas, el cese de prácticas de estigmatización, el derecho a una asignación de la mención del sexo al nacer y el establecimiento de procedimientos sencillos para cambiarla, si deseado, la abolición de la mención del sexo en los documentos oficiales, la creación de espacios de apoyo, así como la reparación de daños iatrogénicos.

Paralelamente, se puede observar una aportación de reflexiones teóricas críticas desarrolladas por autor\*s con una doble perspectiva académico-activista y personas aliadas<sup>63</sup>.

---

Statement of Riga, 2014. Disponible en: <https://goo.gl/27SaQT>; OII EUROPE: Statement of the 1st European Intersex Community Event, Viena, 2017. Disponible en: <https://goo.gl/MR2csp>; PRIMERA CONFERENCIA LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE DE PERSONAS INTERSEX: Declaración de San José de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2018. Disponible en: <https://goo.gl/7kGrj1>.

59 Véase una recopilación de actividades en el Día de Visibilidad Intersex y Día de Solidaridad Intersex en [www.intersexday.org](http://www.intersexday.org).

60 GATE, GLOBAL ACTION FOR TRANS EQUALITY: Intersex Issues in the International Classification of Diseases, 2015. Disponible en: <https://goo.gl/n83sxR>. GATE, GLOBAL ACTION FOR TRANS EQUALITY: Submission by GATE to the World Health Organization: Intersex codes in the International Classification of Diseases (ICD) 11 Beta Draft, 2017. Disponible en: <https://goo.gl/nxR3We>

61 A modo de ejemplo: BRUJULA INTERSEXUAL, et al. 2018, op. cit.

62 INTERSEX ASIA 2018, op. cit.; INTERACT 2016, op. cit.; INTERSEX HUMAN RIGHTS AUSTRALIA 2017, op. cit.; INTERNATIONAL INTERSEX FORUM 2013, 2017, op. cit.; OII EUROPE 2014, 2017, op. cit.; PRIMERA CONFERENCIA LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE DE PERSONAS INTERSEX, 2018, op. cit.

63 CABRAL GRINSPAN 2009, op. cit.; CABRAL

En los últimos años, se pueden observar algunos desarrollos en materia de reconocimiento de los derechos de las personas intersex, entre ellos la condena de las cirugías y otros tratamientos no consentidos en recién nacid\*s, niñ\*s y adolescentes intersex como forma de mutilación genital y tortura por organismos internacionales y regionales de derechos humanos<sup>64</sup>. Además, se puede señalar la aprobación de leyes que prohíben o restringen las intervenciones quirúrgicas tempranas y otros tratamientos no consentidos en ellos en Malta<sup>65</sup>, Chile<sup>66</sup> y Portugal<sup>67</sup>, así como en el contexto español en varias Comunidades Autónomas, como se detallará más abajo. Al mismo tiempo, se constata una falta de estudios de evaluación del cumplimiento de estas prohibiciones, así como una continuada práctica clínica de intervención quirúrgica temprana y otros tratamientos no consentidos en personas intersex en diferentes países del mundo<sup>68</sup>.

Respecto a la reciente publicación de la CIE-11, OII-Europe<sup>69</sup> señala en una nota de prensa que se

---

GRINSPAN y BENZUR 2005, op. cit.; CARPENTER 2016, 2018a, 2018b, op. cit.; CHASE 2005[1998], op. cit.; DAVIDSON 2009, op. cit.; DREGER 1998, 1999[1998], op. cit.; GARCÍA LÓPEZ 2015a, 2015b, op. cit.; GHATTAS 2013, op. cit.; HOLMES 2002, op. cit.; JONES, et al. 2016, op. cit.; MORLAND 2014, op. cit.; MACHADO 2008, op. cit. THOMAS, et al., 2013b, op. cit.

64 COUNCIL OF EUROPE 2015, 2017a, 2017b, op. cit.; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 2015, op. cit.; FRA 2015, op. cit.; ONU, RELATOR ESPECIAL SOBRE TORTURA 2013, op. cit. Para consultar las Observaciones Finales de Comités de la ONU que incluyen recomendaciones relacionadas con la protección de derechos de las personas intersex, véase CARPENTER 2016, 2018, op. cit.

65 GOVERNMENT OF MALTA, MINISTRY FOR SOCIAL DIALOGUE, CONSUMER AFFAIRS AND CIVIL LIBERTIES: Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act, 2015. Disponible en: <https://goo.gl/pV4KLn>

66 MINISTERIO DE SALUD: Circular No. 18: Instruye sobre ciertos aspectos de la atención de salud a niños y niñas intersex. Chile: Ministerio de Salud, 2015. Disponible en: <https://goo.gl/ZRLdAV>

67 ASSAMBLEIA DA REPÚBLICA: Lei n.º 38/2018 de 7 de agosto. Direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa. Diário da República, 1.ª série, N.º 151, 7 de agosto de 2018. Disponible en: <https://goo.gl/hab8wa>

68 AMNESTY INTERNATIONAL 2017 op. cit. BRUJULA INTERSEXUAL, et al. 2018, op. cit.; CABRAL GRINSPAN (Ed.) 2009; CARPENTER, 2016, 2018a, 2018b, op. cit.; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 2015, op. cit.; COUNCIL OF EUROPE, COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS 2015, op. cit.; FRA 2015, op. cit.; GARCÍA LÓPEZ 2015; GHATTAS 2015, op. cit.; JONES, et al., 2016, op. cit.; ONU 2017, op. cit.

69 OII EUROPE: WHO publishes ICD-11 – and no end in sight for pathologisation of intersex people. Disponible en: <https://goo.gl/3fPc2c>

trata de una oportunidad perdida para las personas intersex, denunciando el aumento de patologización inherente al concepto de ‘Trastornos del Desarrollo Sexual’ y el riesgo de una patologización indirecta a través del código ‘Incongruencia de género en la infancia’. Desde perspectivas teórico-activistas<sup>70</sup> se aporta una revisión en profundidad de las categorías diagnósticas relacionadas con la intersexualidad establecidas en la CIE-11.

## V. MARCO LEGAL EN EL CONTEXTO ESPAÑOL

En el contexto español, a lo largo de los últimos años se pueden observar algunos avances legislativos en materia de derechos trans e intersex, ante todo a nivel autonómico.

### 1. Ámbito estatal

A nivel estatal, se puede encontrar legislación en vigor relacionada con los derechos de personas trans, pero no de los derechos de personas intersex. En el momento actual, hay tres Proposiciones de Ley en proceso de debate parlamentario relacionadas con derechos de personas trans, de las que una incluye la mención de derechos de personas intersex.

Respecto a los derechos de las personas trans, el proceso de reconocimiento legal de género se rige por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención del sexo de las personas<sup>71</sup>. La Ley restringe el acceso al cambio registral a personas mayores de 18 años, de nacionalidad española, estableciendo como criterios la aportación de un informe expedido por un\* médic\* o psicólogo\* clínic\* que certifique un diagnóstico de disforia de género, la “disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida”, así como “la estabilidad y persistencia de esta disonancia”, la ausencia de trastornos de personalidad, “haber sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado”, mediante informe de médic\* colegiad\* bajo cuya dirección se realizó el tratamiento o médic\* forense. La Ley especifica que no es necesario el

requisito de dos años de tratamiento médico en caso de personas que ya se hubieran sometido previamente a cirugía genital, o alegaran razones de salud o edad que imposibilitasen su seguimiento. Además, en la disposición final segunda se modifica la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, en la que “Quedan prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan a error en cuanto al sexo”.

En 2011, se aprobó la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil<sup>72</sup>, en la que se retira la prohibición de nombres “que induzcan a error en cuanto al sexo”, estableciendo en el Art. 51 el “Principio de libre elección del nombre propio”. Únicamente se indica que no se pueden consignar más de dos nombres simples o uno compuestos y se prohíben nombres “que sean contrarios a la dignidad de la persona ni los que hagan confusa la identificación” o un “nombre que ostente uno de sus hermanos con idénticos apellidos, a no ser que hubiera fallecido”. La entrada en vigor se postergó varias veces, prevista actualmente el 30 de junio de 2020.

Respecto al desarrollo histórico de la atención sanitaria trans-específica en el contexto español, cabe nombrar la legalización de la cirugía genital a través de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal (actualmente derogada)<sup>73</sup>, reafirmada en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal<sup>74</sup>. Además cobra importancia la decisión de no inclusión de la atención sanitaria a personas trans en el catálogo de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, a través del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud<sup>75</sup>. Después de un estudio sobre la inclusión de la atención sanitaria a personas trans en las prestaciones sanitarias públicas de Andalucía realizado por la Agencia de Evaluación de Tecnología Sanitaria de Andalucía (Briones 2000)<sup>76</sup>,

72 GOBIERNO ESPAÑOL: Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil. Disponible en: <https://goo.gl/MMPRnv>

73 GOBIERNO ESPAÑOL: Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. Disponible en: <https://goo.gl/jZ1Mk7>

74 GOBIERNO ESPAÑOL: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible en: <https://goo.gl/fak7wH>

75 GOBIERNO ESPAÑOL: Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. Disponible en: <https://goo.gl/jU7B5a>

76 BRIONES PÉREZ DE LA BLANCA, Eduardo:

70 CARPENTER 2018, op. cit.

71 GOBIERNO ESPAÑOL: Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención del sexo de las personas. Disponible en: <https://goo.gl/q6iKHA>

se creó en 1999 la primera UTIG, Unidad de Trastorno de Identidad de Género (posteriormente UTIG, Unidad de Transexualidad e Identidad de Género) en el Hospital Universitario Carlos Haya en Málaga<sup>77</sup>. A pesar de un Informe de la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias publicado en Diciembre de 2001<sup>78</sup> que apoya la inclusión de la atención sanitaria trans-específica entre las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, esta inclusión no llegó a realizarse, quedándose relegada a la decisión de cada Comunidad Autónoma.

En los años siguientes, se crearon UTIG en diferentes Comunidades Autónomas<sup>79</sup>. El Consejo Interterritorial reguló la asignación como centro de referencia y derivación de personas trans que viven en Comunidades Autónomas sin UTIG a la Comunidad Autónoma más cercana y cobertura de sus gastos sanitarios y de desplazamiento<sup>80</sup>.

Aparte de apoyar la demanda internacional de retirada de la clasificación diagnóstica como trastorno mental, el activismo por la despatologización trans en el contexto español<sup>81</sup> ha centrado sus demandas en el cambio de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, la equidad geográfica en el acceso a la atención sanitaria trans-específica, su descentralización y provisión en proximidad del domicilio de la persona trans, así como el cambio del modelo de atención sanitaria, reivindicando la sustitución del modelo de evaluación psiquiátrica seguido en las UTIG por un enfoque de información y decisión informada.

---

Informe sobre consulta específica. Atención sanitaria de los trastornos de identidad de género en Andalucía. Sevilla: Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias de Andalucía, 2000. Disponible en: <https://goo.gl/btpC5a>

77 ESTEVA DE ANTONIO, Isabel, GÓMEZ GIL, Esther, ALMARAZ, M<sup>a</sup> Cruz, MARTÍNEZ TUDELA, Juana, BERGERO, Trinidad, OLVEIRA, Gabriel, et al.: "Organización de la asistencia a la transexualidad en el sistema sanitario público español". *GacSanit* vol. 26, núm. 3, 2012, pp. 202-209.

78 MUÑOZ, Emilio: *Ética y transexualismo*. Informe preparado para el Panel de Expertos sobre Cirugía de Cambio de Sexo. Madrid: Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias, 2001. Disponible en: <https://goo.gl/Za1MyM>

79 ESTEVA DE ANTONIO, et al. 2012, op. cit.

80 CONSEJO INTERTERRITORIAL: Criterios, acordados por el Consejo Interterritorial, que deben cumplir los CSUR para ser designados como de referencia del Sistema Nacional de Salud, 2007. Disponible en: <https://goo.gl/Hkh3FQ>

81 RED POR LA DESPATOLOGIZACIÓN DE LAS IDENTIDADES TRANS DEL ESTADO ESPAÑOL: Por la despatologización de la Ley 3/2007 y los derechos sanitarios trans. Disponible en: <https://goo.gl/QcA7Q>

Actualmente, a nivel estatal hay tres Proposiciones de Ley relacionadas con derechos trans e intersex en proceso de debate parlamentario, en diferentes estados de tramitación.

En primer lugar, el Grupo Parlamentario Socialista<sup>82</sup> presentó el 3 de marzo de 2017 una proposición de Ley para la reforma de la Ley 3/2007, de 15 de marzo. En noviembre de 2017, la proposición fue aprobada por el Parlamento, y está actualmente en proceso de debate de las enmiendas publicadas en el BOE el 21 de marzo de 2018. La Ley propone una retirada de los requisitos médicos del proceso de rectificación de la mención registral del nombre y sexo, convirtiendo su solicitud en un acto administrativo basado únicamente en la declaración expresa de la persona interesada. Su aplicación incluye a personas menores de edad, a partir de 16 años sin necesidad de autorización por parte de l\*s progenitor\*s, así como personas con nacionalidad extranjera con residencia legal en España. En caso de oposición de un\* o amb\*s progenitor\*s, se prevé la intervención del Ministerio Fiscal, actuando en el interés superior de la persona menor de edad.

En segundo lugar, el Grupo Parlamentario Confederal Unidos Podemos<sup>83</sup>, junto con En Comú Podem y En Marea, presentó el 12 de mayo de 2017 una Proposición de Ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, actualmente en proceso de debate de las enmiendas publicadas en el BOE el 22 de marzo de 2018. La Proposición de Ley incluye medidas de protección contra la discriminación de personas LGBTI en diferentes ámbitos sociales. La Proposición de Ley parte del "derecho humano a la autodeterminación de la identidad de género sin injerencias ni discriminaciones". En el ámbito sanitario,

---

82 GRUPO PARLAMENTARIO SOCIALISTA: Proposición de Ley para la reforma de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, para permitir la rectificación registral de la mención relativa al sexo y nombre de los menores transexuales y/o trans, para modificar exigencias establecidas en el artículo 4 respecto al registro del cambio de sexo, y para posibilitar medidas para mejorar la integración de las personas extranjeras residentes en España, 3 de marzo de 2017. Disponible en: <https://goo.gl/jiE7xC>

83 GRUPO PARLAMENTARIO CONFEDERAL DE UNIDOS PODEMOS, EN COMÚ PODEM, EN MAREA. Proposición de Ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, 12 de mayo de 2017. Disponible en: <https://goo.gl/eJexxu>

la Proposición de Ley indica que las instituciones sanitarias deberían promover “el establecimiento de prácticas sanitarias o psicológicas lícitas y respetuosas, y en ningún caso aversivas”.

Respecto a las personas trans, establece que la atención sanitaria trans-específica se debería regir por la “libre autodeterminación de la identidad de género” y basarse en una “visión despatologizadora”, vetando “cualquier prueba, exploración o test psicológico o psiquiátrico para determinar la condición de persona transexual o transgénero”. Con relación a las personas intersex, la Proposición de Ley establece que “La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, en el marco de sus respectivas competencias, velarán por la erradicación de las prácticas de reasignación de sexo de los recién nacidos, salvo en los casos en que las indicaciones médicas exijan lo contrario en aras a proteger la salud de la persona recién nacida”.

Con relación al cambio registral del nombre y sexo, esta Proposición de Ley incluye un cambio de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, estableciendo la rectificación de la mención registral mediante una solicitud meramente administrativa. En caso de personas menores de edad, debería presentarse “por expresa conformidad de aquella”. Cuando se produce una negativa por parte de l\*s progenitor\*s, se prevé la intervención del Ministerio Fiscal que debe actuar siempre en el interés superior de la persona menor.

Respecto a la inscripción registral de la mención del sexo, la Proposición de Ley propone la siguiente modificación del Reglamento del Registro Civil de 1958: “Si el nacido es hombre, mujer o intersexual, y el nombre asignado. A estos efectos, por intersexual se entiende aquella persona nacida con una anatomía sexual, unos órganos reproductivos o un patrón cromosómico que no se encuadre dentro del concepto habitual de hombre o mujer”.

En este sentido, establece una tercera categoría de sexo abierta solo a aquellas personas que recibieron un diagnóstico relacionado con la intersexualidad. Esta propuesta se encuentra en contraposición con las recomendaciones del movimiento intersex internacional que dan prioridad a la retirada de la mención del sexo de los documentos identificativos y, en caso de establecer una tercera categoría, que esta esté abierta a todas las personas, independientemente de sus características sexuales<sup>84</sup>. Cuando en Alemania se introdujo

la posibilidad de dejar en blanco la inscripción registral del sexo en caso de un diagnóstico relacionado con la intersexualidad, el movimiento intersex internacional<sup>85</sup>, y en su apoyo el movimiento trans internacional<sup>86</sup>, publicaron declaraciones en contra de esta medida. Una nueva Proposición de Ley en Alemania que propone una tercera categoría abierta solo a personas intersex, ha suscitado críticas análogas<sup>87</sup>.

En tercer lugar, Unidos Podemos, En Común y En Marea presentaron una Proposición de Ley sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género<sup>88</sup>, admitida el 2 de marzo de 2018 a debate parlamentario. La Proposición de Ley parte del objetivo de “Garantizar el derecho a la libre autodeterminación de la identidad sexual y expresión de género de las personas, especialmente trans, en el respeto a la dignidad humana, la vida privada, la integridad física y mental, así como en el libre desarrollo de la personalidad y la autodefinición del propio cuerpo”. En el artículo de definiciones, añaden el concepto de personas no binarias “Personas cuya identidad sexual, de género y/o expresión de género se ubica fuera de los conceptos de hombre/mujer y/o masculino/femenino, o fluctúa entre ellos”. Respecto al cambio registral de nombre y género, la Proposición de Ley indica: “Toda persona de nacionalidad española mayor de 16 años cuya identidad sexual y/o de género no coincida con el sexo que figura inscrito en el Registro Civil podrá promover ante el encargado del Registro del domicilio mediante expediente gubernativo la rectificación de la circunstancia relativa al sexo, y/o el cambio de nombre propio. La mención al sexo será Femenino, Masculino o No Binario (abreviatura NB)”. En el siguiente apartado, se establece el procedimiento de cambio registral del nombre y sexo para personas con nacionalidad extranjera y residencia en España.

---

Y DEL CARIBE DE PERSONAS INTERSEX 2018, op. cit.

85 OII EUROPE: Sham package for intersex: Leaving sex entry open is not an option, 2013. Disponible en: <https://goo.gl/CYY6QM>

86 TGEU, TRANSGENDER EUROPE: An option that is no option – Germany’s new law on registering intersex infants, 2013. <https://goo.gl/UkwFrv>

87 OII-EUROPE: New draft bill in Germany fails to protect intersex people, 2018. Disponible en: <https://goo.gl/XL6CFH>

88 GRUPO PARLAMENTARIO CONFEDERAL DE UNIDOS PODEMOS, EN COMÚ PODEM, EN MAREA: Proposición de Ley sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género, 2 de marzo de 2018. Disponible en: <https://goo.gl/4aAVJi>

---

84 INTERNATIONAL INTERSEX FORUM 2013, 2017, op. cit.; PRIMERA CONFERENCIA LATINOAMERICANA

En este sentido, la nueva Proposición de Ley presentada por Unidos Podemos, En Común y En Marea rectifica la definición de la tercera categoría, abriéndola a todas las personas, en independencia de sus características sexuales. En la exposición de motivos, se incluye una revisión de modalidades de establecimiento de una tercera categoría de sexo en diferentes países.

En el ámbito sanitario, esta última Proposición de Ley establece la prohibición del “uso de terapias aversivas y de cualquier otro procedimiento que suponga un intento de conversión, anulación o supresión de la identidad sexual sentida o de la expresión de género manifestada”, el reconocimiento del nombre e identidad de género en la atención sanitaria independientemente de haber cambiado o no los datos en el DNI, así como la elaboración de protocolos de atención “en el marco de un nuevo modelo para el acceso a la atención sanitaria trans-específica desde una perspectiva despatologizadora, teniendo en cuenta la pluralidad de identidades, trayectorias y expresiones de género, y en colaboración con las personas trans, entidades en las que participen y entidades de familias trans”. Se garantiza que ninguna persona “podrá ser sometida a tratamiento, procedimiento médico o examen psicológico o psiquiátrico que no desee o que coarte su libre autodeterminación de género. La existencia de un diagnóstico psiquiátrico previo no deberá constituir un impedimento en el acceso a la atención sanitaria trans-específica”.

## 2. Ámbito autonómico

A lo largo de los últimos años, se pueden observar algunos avances legislativos en materia de los derechos de personas trans e intersex a nivel autonómico.

En diferentes Comunidades Autónomas se han aprobado a lo largo de los últimos años Leyes de no discriminación por motivo de expresión e identidad de género, en concreto en Navarra (2009)<sup>89</sup>, Euzkadi (2012)<sup>90</sup>, Andalucía (2014)<sup>91</sup>, Canarias (2014)<sup>92</sup>,

Comunidad de Madrid (2016)<sup>93</sup>, Comunidad Valenciana (2017)<sup>94</sup> y Aragón (2018)<sup>95</sup>, y Leyes de no discriminación por motivo de orientación sexual, expresión / identidad de género y características sexuales, en Galicia (2014)<sup>96</sup>, Catalunya (2014)<sup>97</sup>, Extremadura (2015)<sup>98</sup>, Murcia (2016)<sup>99</sup>, Illes Balears (2016)<sup>100</sup>, Comunidad de Madrid (2016)<sup>101</sup>, Navarra (2017)<sup>102</sup> y Andalucía (2017)<sup>103</sup>. La mayoría de las legislaciones

---

identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. Disponible en: <https://goo.gl/kSxcZr>

93 COMUNIDAD DE MADRID: Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid. Disponible en: <https://goo.gl/ifaK583>

94 COMUNITAT VALENCIANA: Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana. Disponible en: <https://goo.gl/L662Nh>

95 COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN: Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón. Comunidad Autónoma de Aragón. Disponible en: <https://goo.gl/nmBc78>

96 COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA: Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia. Disponible en: <https://goo.gl/Ec1mPZ>

97 COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUNYA: Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia. Disponible en: <https://goo.gl/hD91vm>

98 COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA: Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura. Disponible en: <https://goo.gl/8NPdmo>

99 COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA: Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Disponible en: <https://goo.gl/nEgSQV>

100 COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ILLES BALEARS. Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia. Disponible en: <https://goo.gl/DwKiwq>

101 COMUNIDAD DE MADRID: Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBI fobia y la Discriminación por Razon de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid. Disponible en: <https://goo.gl/xiALW8>

102 COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA: Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+. Disponible en: <https://goo.gl/fzT6BQ>

103 JUNTA DE ANDALUCÍA: Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía. Disponible en: <https://goo.gl/GX2Baj>

---

89 COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA: Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. Disponible en: <https://goo.gl/ier97T>

90 COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO: Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. Disponible en: <https://goo.gl/jq8Ejs>

91 JUNTA DE ANDALUCÍA: Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía. Disponible en: <https://goo.gl/yhpYrR>

92 COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS: Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de

autónomas está basada en el derecho a la libre auto-determinación de género. Navarra (2009)<sup>104</sup>, Euskadi (2012)<sup>105</sup> y Canarias (2014)<sup>106</sup> piden un diagnóstico de disforia de género como requisito para ser incluid\*s entre las personas destinatarias de la ley. En caso de Navarra, la Ley LGBTI de 2017<sup>107</sup> anula este requisito.

Todas las Leyes LGBTI nombradas incluyen una mención de los derechos de personas intersex en materia de medidas de anti-discriminación. Las Leyes LGBTI de la Comunidad de Madrid (2016)<sup>108</sup>, de Murcia (2016)<sup>109</sup> y de las Illes Balears (2016)<sup>110</sup> establecen una prohibición explícita de las intervenciones quirúrgicas en recién nacid\*s intersex, en las Leyes LGBTI de Galicia (2014)<sup>111</sup>, Extremadura (2015)<sup>112</sup> y Navarra (2017)<sup>113</sup> se indica que se velará por su erradicación, mientras la Ley LGBTI de Andalucía (2017)<sup>114</sup> hace referencia a que “El sistema sanitario público de Andalucía velará para que las prácticas de modificación genital en bebés recién nacidos no atiendan únicamente a criterios quirúrgicos”.

En el momento actual, se puede observar un cuadro complejo con diferentes grados de desarrollo normativo de las Leyes nombradas, introducción de cambios en el modelo de atención sanitaria a personas trans y establecimiento de protocolos en el ámbito educativo y académico. Además, las leyes varían respecto a la introducción de regímenes sancionadores.

A modo de ejemplo de la situación de reconocimiento de los derechos de las personas trans e intersex en las legislaciones autonómicas, se revisará más en detalle la legislación andaluza.

104 COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA 2009, op. cit.

105 COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO 2012, op. cit.

106 COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS 2014, op. cit.

107 COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA 2017, op. cit.

108 COMUNIDAD DE MADRID 2016, op. cit.

109 COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA 2016, op. cit.

110 COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ILLES BALEARS 2016, op. cit.

111 COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA 2014, op. cit.

112 COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA 2015, op. cit.

113 COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA 2017, op. cit.

114 JUNTA DE ANDALUCÍA 2017, op. cit.

### 3. Marco legal en Andalucía

En Andalucía, se aprobaron dos leyes relacionadas con la protección de los derechos de personas trans, la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales<sup>115</sup> y la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía<sup>116</sup>.

La Ley 2/2014, de 8 de julio, parte del derecho a la “autodeterminación de género de las personas que manifiesten una identidad de género distinta a la asignada al nacer”. Además, establece el derecho a recibir una “atención integral y adecuada a sus necesidades sociales, sanitarias, jurídicas, laborales y educativas”, “al reconocimiento de su identidad de género, libremente determinada” y “al libre desarrollo de su personalidad y a ser tratada de acuerdo con su identidad de género”. Desde el reconocimiento del derecho a la no discriminación, la Ley establece medidas de protección en diferentes ámbitos (ámbito sanitario, laboral, educativo y social). Respecto a la atención sanitaria, la Ley menciona el compromiso de la Consejería de Salud a desarrollar un procedimiento de atención basado en la descentralización, el Consentimiento Informado y la formación. Con relación a menores de edad, se garantiza su derecho al desarrollo de su identidad de género, estableciendo medidas de protección, así como el derecho a la atención sanitaria, teniendo en cuenta siempre su interés superior.

En el proceso de desarrollo normativo de la Ley 2/2014, de 8 de julio, se impulsó un proceso de modificación del modelo de atención sanitaria a personas trans, así como medidas de protección en el ámbito educativo y académico.

A partir de 2015 se descentralizó la atención sanitaria a personas trans y se crearon ocho UAPT, Unidades de Atención a Personas Transexuales, una por provincia<sup>117</sup>. En 2016, se publicaron el Proceso Asistencial Integrado Atención sanitaria a personas transexuales adultas<sup>118</sup> y el Proceso Asistencial Integrado

115 JUNTA DE ANDALUCÍA 2014, op. cit.

116 JUNTA DE ANDALUCÍA 2017, op. cit.

117 CONSEJERÍA DE SALUD, SERVICIO ANDALUZ DE SALUD: Atención a personas transexuales, 2018. Disponible en: <https://goo.gl/MUEPvS>

118 TORRES VELA, Elena (coord.), et al.: Proceso Asistencial Integrado: Atención sanitaria a personas transexuales

Atención sanitaria en la infancia y adolescencia<sup>119</sup>. Los PAI incluyen la recomendación dirigida a profesionales que atienden a personas trans de NO aplicar códigos diagnósticos de enfermedad a la transexualidad, y de NO establecer como requisito previo a la terapia hormonal la valoración por la Unidad de Salud Mental Comunitaria. En cambio, establecen un proceso de información, asesoramiento, acompañamiento y toma de decisión informada, otorgando a Atención Primaria un rol relevante como puerta de entrada, seguimiento del proceso, asesoramiento en caso de dificultades sociales y provisión de información sobre salud sexual y reproductiva y hábitos saludables.

Las UAPT asumen el proceso de tratamiento hormonal, intervención quirúrgica, tratamiento de voz y apoyo psicológico. Las cirugías genitales se centralizan en la UAPT de Málaga, como centro de referencia. Para la atención a menores de 14 años, se asignaron las UAPT de Almería, Cádiz, Granada, Jaén y Sevilla, con servicios especializados de Endocrinología Pediátrica y Salud Mental Infanto-Juvenil dentro de las UAPT. Menores de edad con más de 14 años se atienden en todas las UAPT, en las consultas dirigidas a personas adultas.

L\*s profesionales de Salud Mental de las UAPT adquieren un rol de apoyo psicológico, para aquellas personas trans que desean tener tal acompañamiento durante su proceso de tránsito por los géneros. En ningún caso, deben realizar un proceso de evaluación psiquiátrica. En caso de que en Atención Primaria o en la UAPT se detecte que la persona trans se encuentra en un momento de inestabilidad psicológica y dificultad momentánea para tomar decisiones sobre su proceso de atención, se debe facilitar la atención por servicios de Salud Mental Comunitaria. Un diagnóstico psiquiátrico no debe impedir por sí el acceso a los tratamientos hormonales o intervenciones quirúrgicas. De la misma manera, un diagnóstico relacionado con la intersexualidad no debe impedir el acceso a la UAPT.

La Ley 2/2014, de 8 de julio, garantiza el derecho de todas las personas trans a ser tratadas de acuerdo con su identidad de género en el ámbito de la administración pública de Andalucía. En los PAI, se nombra el derecho al cambio del nombre y género en la BDU, Base de Datos de Usuarios de Andalucía, y

---

adultas. Sevilla: Junta de Andalucía, 2016. Disponible en: <https://goo.gl/48M4Zm>

119 TINAHONES MADUEÑO, Francisco José (coord.), et al.: Proceso Asistencial Integrado: Atención sanitaria a personas transexuales en la infancia y adolescencia. Sevilla: Junta de Andalucía, 2016. Disponible en: <https://goo.gl/3EjBSq>

en la tarjeta sanitaria, independientemente de que la persona hubiera cambiado su nombre y género en la partida de nacimiento, DNI y pasaporte o no.

En 2015, la Junta de Andalucía aprobó además un Protocolo de actuación sobre identidad de género en el sistema educativo andaluz<sup>120</sup>, con el objetivo de garantizar el respeto de la expresión / identidad de género de personas menores de edad en el sistema escolar y asegurar su protección ante situaciones de discriminación y violencia transfóbica. El Protocolo especifica el proceso de identificación de necesidades, asesoramiento de la familia, información al equipo docente, cambio de la documentación administrativa interna y comunicación con el alumnado. Además garantiza la libertad en el uso de vestimenta, recomendando evitar actividades diferenciadas “por sexo” y, en caso de llevarse a cabo, respetar la expresión e identidad de género actual. Con el objetivo de fomentar el respeto a la diversidad, el Protocolo propone la realización de actividades de información y sensibilización con toda la comunidad educativa. Asimismo, el Protocolo detalla “medidas de prevención, detección e intervención ante situaciones de discriminación, acoso escolar, violencia de género o maltrato infantil por identidad de género”, incluyendo tanto situaciones de discriminación en el ámbito escolar como dinámicas de rechazo y violencia en el contexto familiar. En caso de maltrato infantil en el ámbito familiar, se activa el protocolo establecido por el Sistema de Información sobre el Maltrato Infantil de Andalucía (SIMIA).

En los últimos dos años, varias Universidades andaluzas han establecido Protocolos para el reconocimiento del nombre y género en el ámbito universitario, entre ellas la Universidad de Granada (2017)<sup>121</sup>, la Universidad de Málaga (2017)<sup>122</sup> y la Universidad Pablo Olavide de Sevilla (2018)<sup>123</sup>.

---

120 JUNTA DE ANDALUCÍA: Protocolo de actuación sobre identidad de género en el sistema educativo andaluz, 2015. Disponible en: <https://goo.gl/dTUJMy>

121 UNIVERSIDAD DE GRANADA: Protocolo para el cambio de nombre de las personas transexuales, transgénero e intersexuales en la Universidad de Granada, 2017. Disponible en: <https://goo.gl/jF29g4>

122 UNIVERSIDAD DE MÁLAGA: Protocolo de actuación en casos de transexualidad, transgeneridad e intersexualidad en la Universidad de Málaga, 2017. Disponible en: <https://goo.gl/sgnaog>

123 UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE DE SEVILLA: Protocolo para el cambio de nombre de las personas transexuales, transgénero e intersexuales en la Universidad Pablo de Olavide, 2018. Disponible en: <https://goo.gl/bQbF72>

En diciembre 2017, se aprobó la segunda ley relevante en materia de derechos trans e intersex, la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía<sup>124</sup>.

La Ley “tiene como objeto garantizar los derechos y la igualdad de trato por razón de orientación sexual, identidad sexual e identidad de género de las personas homosexuales, bisexuales, transexuales, transgénero y/o intersexuales (LGTBI), y de sus familiares, en la Comunidad Autónoma de Andalucía”. Incluye un glosario de términos que siguen las definiciones desarrolladas por organismos internacionales y regionales de derechos humanos, y desarrolla diferentes medidas de protección contra la discriminación LGBTI-fóbica.

Entre los aspectos relevantes para personas trans establecidos en la Ley, se puede nombrar la “prohibición de terapias aversivas o cualquier otro procedimiento que suponga un intento de conversión, anulación o supresión de la orientación sexual o de la identidad de género autopercibida”. Además, se indica que “ninguna persona será obligada a someterse a tratamiento, procedimiento médico o examen psicológico que coarte su libertad de autodeterminación de género”. De esta forma, convierte la recomendación de no utilizar un proceso de evaluación psiquiátrica establecida en los PAI en mandato legal.

Además, la Ley asegura que “Ninguna persona podrá ser requerida, en ningún ámbito de la vida, a someterse a pruebas o exámenes para determinar su orientación sexual e identidad o expresión de género y de cuyo resultado pretenda determinarse su acceso al empleo, a prestaciones o a cualquier otro derecho, ya sea en el ámbito público o privado”, y garantiza la privacidad respecto a la orientación sexual e identidad de género. Asimismo, establece medidas de no discriminación dirigidas a personas trans en el ámbito educativo, universitario, familiar, social, sanitario y laboral.

Respecto de los derechos de las personas intersex, la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, indica en su artículo 29 que “El sistema sanitario público de Andalucía velará para que las prácticas de modificación genital en bebés recién nacidos no atiendan únicamente a criterios quirúrgicos en un momento en el que se desconoce cuál es la identidad real de la persona intersexual recién nacida. Todo ello con la

salvedad de los criterios médicos basados en la protección de la salud de la persona recién nacida y con la autorización legal”.

En esta mención de las prácticas quirúrgicas a recién nacid\*s intersex no se establece explícitamente una prohibición, sino una revisión y limitación de las prácticas clínicas actuales. Otras legislaciones han decretado prohibiciones más explícitas, entre ellas el Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristic Act, aprobado en 2015 en Malta<sup>125</sup>, que regula que “14.1. Será ilegal para facultativos médicos y otros profesionales realizar tratamientos de asignación sexual y/o intervenciones quirúrgicas en las características sexuales de una persona menor cuyo tratamiento y/o intervención pueden ser aplazados hasta que la persona a ser tratada puede dar consentimiento informado”. El Ministerio de Salud de Chile ordena en 2015 “que se detengan los tratamientos innecesarios de ‘normalización’ de niños y niñas intersex, incluyendo cirugías genitales irreversibles hasta que tengan edad suficiente para decidir sobre sus cuerpos”<sup>126</sup>.

En Portugal, en la Lei n.º 38/2018 de 7 de agosto. Direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa<sup>127</sup>, se establece que “Salvo em situações de comprovado risco para a sua saúde, os tratamentos e as intervenções cirúrgicas, farmacológicas ou de outra natureza que impliquem modificações ao nível do corpo e das características sexuais da pessoa menor intersexo não devem ser realizados até ao momento em que se manifeste a sua identidade de género”.

En la Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid<sup>128</sup>, se asegura en el Artículo 7 “2. En el Sistema Sanitario Público de la Comunidad de Madrid no se usarán terapias aversivas o cualquier otro procedimiento que suponga un intento de conversión, anulación o supresión de la orientación sexual o de la identidad de género autopercibida, ni se practicará cirugía alguna tendente a modificar la anatomía sexual del recién nacido intersexual, hasta que se autodetermine la identidad sexual, cuando se podrá intervenir quirúrgicamente a instancia de la persona intersexual o de sus representantes legales”.

125 GOVERNMENT OF MALTA 2015, op. cit., p. 7. (t.p.)

126 MINISTERIO DE SALUD DE CHILE 2015, op. cit., p. 1.

127 ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA 2018, op. cit.

128 COMUNIDAD DE MADRID 2016, op. cit.

124 JUNTA DE ANDALUCÍA 2017, op. cit.



La Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia<sup>129</sup> establece que “Quedan prohibidas en los servicios sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia las terapias de aversión o de conversión de las manifestaciones de identidad de género libremente manifestadas por las personas, así como las cirugías genitales de las personas intersexuales que no obedezcan a la decisión de la propia persona afectada a la necesidad de asegurar una funcionalidad biológica por motivos de salud”.

Finalmente, la Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia<sup>130</sup>, aprobada por el Gobierno Balear, señala que se elaborará un protocolo específico de actuación en materia de intersexualidad, incluyendo atención psicológica a personas intersex y sus madres / padres y personas tutoras, y “los tratamientos requeridos en atención al género con el cual se identifica”, indicando que se “evitará siempre que sea posible la intervención médica inmediata (quirúrgica u hormonal) del proceso de normalización sexual para ajustarse a las normas físicas del binarismo de género”. Sigue que “El sistema sanitario público de las Illes Balears velará por la erradicación de las prácticas de modificación genital en bebés recién nacidos atendiendo únicamente a criterios quirúrgicos y en un momento en el cual se desconoce cuál es la identidad real de la persona intersexual recién nacida. Todo ello con la excepción de los criterios médicos basados en la protección de la salud de la persona recién nacida”. Además, especifica algunos aspectos de un futuro protocolo de atención integral a personas intersex, entre ellos que “procurará conservar las gónadas con el fin de preservar una futura aportación hormonal no inducida, incluyendo en los controles los marcadores tumorales” y que “No se realizarán pruebas de hormonación inducida con finalidades experimentales ni de otro tipo hasta que la propia persona o sus tutores legales así lo requieran en función de la identidad sexual con la cual se identifica”, además de hacer hincapié en el derecho a la corrección del trato, la privacidad y la intimidad de la persona usuaria.

129 COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA 2016, op. cit.

130 COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ILLES BALEARIS 2016, op cit.

Como nombrado más arriba, las Leyes LGBTI de Galicia (2014)<sup>131</sup>, Extremadura (2015)<sup>132</sup> y Navarra (2017)<sup>133</sup> establecen que se velará por la erradicación de las intervenciones quirúrgicas en recién nacid\*s intersex.

Al principio de 2018, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU realizó su 5º y 6º Informe Periódico del cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño en España. Los grupos activistas Brújula Intersexual, StopIGM.org y Zwischengeschlecht.org<sup>134</sup> enviaron un Informe sobre la situación actual de las personas intersex en el contexto español, titulado “Mutilación Genital Intersex. Violaciones de los derechos humanos de los niños con variaciones de la anatomía sexual”. En el resumen ejecutivo, indican “Hoy en día, todas las formas típicas de prácticas de MGI [Mutilación Genital Intersex] todavía son realizadas en España, facilitadas y pagadas por el Estado parte a través del Sistema Nacional de Salud pública (SNS). Los padres y los niños son mal informados, condenados al secreto, aislados y privados de un apoyo adecuado. Por lo tanto, España incumple sus obligaciones en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño para (a) adoptar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole, para evitar que se lleven a cabo prácticas nocivas en niños intersex, que causan dolor y sufrimiento grave, tanto físico como mental, a las personas afectadas y (b) garantizar el acceso a una indemnización y la justicia, incluida una indemnización justa y adecuada y una rehabilitación para las víctimas lo más completa posible, como se estipula en el art. 24 párrafo 3 de la Convención, junto con la Observación General Conjunta No. 18/31 ‘sobre las prácticas nocivas’”.

En el informe publicado por el Comité de los Derechos del Niño<sup>135</sup>, se indica que “El Comité recomienda que el Estado parte prohíba la aplicación de tratamientos médicos o quirúrgicos innecesarios en el caso de los niños intersexuales, cuando esos procedimientos conlleven el riesgo de causar daños y puedan ser aplazados sin consecuencias hasta que el niño pueda

131 COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA 2014, op. cit.

132 COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA 2015, op. cit.

133 COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA 2017, op. cit.

134 BRÚJULA INTERSEXUAL, et al. 2018, op cit.

135 ONU, ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMITÉ DEL DERECHO DEL NIÑO: Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Spain, CRC/C/ESP/CO/5-6, 2 February 2018, p. 7. Disponible en: <https://goo.gl/Bp2vRm>

participar activamente en el proceso de adopción de decisiones. También recomienda que el Estado parte garantice que los niños intersexuales y sus familias reciban asesoramiento y apoyo apropiados”.

De esta forma, el Comité de los Derechos del Niño establece un mandato al Gobierno español, como gobierno de un Estado miembro de la ONU, para crear legislaciones que prohíban las intervenciones quirúrgicas no clínicamente necesarias a personas intersex, una prohibición ya establecida en la Comunidad de Madrid, en la Comunidad de la Región de Murcia y en las Islas Baleares y prevista en la Proposición de Ley LGBTI a nivel estatal.

## VI. CONCLUSIONES

A lo largo de la última década, se puede observar el surgimiento de un activismo internacional por la despatologización trans y un movimiento intersex internacional, precedidos por acciones activistas a nivel local y regional y apoyados por trabajos teóricos desarrollados desde una perspectiva de despatologización y derechos humanos. Además, organismos internacionales y regionales de derechos humanos han establecido un marco internacional de derechos humanos relacionado con la protección de discriminación por motivo de orientación sexual, expresión/identidad de género y características sexuales.

Entre los desarrollos recientes en materia de derechos trans, se puede destacar la retirada de la clasificación diagnóstica de la transexualidad del Capítulo ‘Trastornos mentales y de comportamiento’ de CIE-11, la aprobación de leyes de reconocimiento legal de género sin requisitos médicos y el cambio del modelo de atención sanitaria a personas trans en algunos países, paralelamente a continuadas dinámicas de patologización, discriminación y violencia transfóbica.

Respecto a los derechos intersex, se puede nombrar como avance la condena de las intervenciones quirúrgicas no consentidas en recién nacid\*s, niñ\*s y adolescentes intersex por parte de organismos internacionales y regionales de derechos humanos y su prohibición en algunos países y regiones, paralelamente a una continuada práctica clínica de mutilación genital intersex en todo el mundo, la introducción de una nueva terminología patologizante en la CIE-11, así como una falta de seguimiento del grado de implementación de las prohibiciones legales establecidas.

En el contexto español, cabe de señalar críticamente la continuada presencia de requisitos médicos en el proceso de cambio registral de nombre y sexo establecido en la Ley 3/2007, de 15 de marzo. Paralelamente, se puede observar el establecimiento de un marco legal de protección de los derechos de las personas LGBTI, y específicamente trans e intersex, en las leyes de no discriminación LGBTI / trans de algunas Comunidades Autónomas que parten de un enfoque de despatologización y derechos humanos. La falta de una ley de no discriminación LGBTI a nivel estatal crea una situación de desigualdad de derechos en diferentes Comunidades Autónomas.

En Andalucía, el modelo de atención sanitaria a personas trans establecido en los PAI se puede considerar un ejemplo de un enfoque de decisión informada y atención basada en la despatologización y derechos humanos, correspondiendo a las demandas del movimiento por la despatologización trans y convirtiéndose de esta forma en un referente para otros países. En otras Comunidades Autónomas, en el proceso de desarrollo de sus leyes de no discriminación LGBTI se están produciendo cambios análogos, con el proyecto Trànsit Promoció de la Salut de les Persones Trans<sup>136</sup> en Catalunya como referente relevante, al ser uno de los primeros servicios de atención a personas trans basado en una perspectiva de despatologización y creado desde la participación del movimiento trans en un servicio sanitario público.

En el proceso de implementación del nuevo modelo de atención sanitaria a personas trans en Andalucía, l\*s profesionales de la salud demandan información y formación sobre los PAI y los principios de una atención sanitaria a personas trans respetuosa y basada en principios de despatologización. Desde la Escuela Andaluza de Salud Pública<sup>137</sup>, en los últimos años he tenido la oportunidad de crear una línea temática con actividades de formación e investigación sobre derechos trans e intersex y atención sanitaria a personas trans e intersex desde una perspectiva de despatologización y derechos humanos.

136 GENERALITAT DE CATALUNYA, CATSALUT, SERVEI CATALÀ DE LA SALUD: Implantació del Model d’atenció a les persones trans en l’àmbit del Cat Salut, 2017. Disponible en: <https://goo.gl/JjZRtQ>; ALMIRALL OLIVER, Rosa, VEGA SANDÍN, Soraya, REVIRIEGO CHUECOS, Jordi, VÁZQUEZ, Eva, BRULL, Mireia y MARÍN, Kenzo: “Personas con identidades trans\*: su salud en la atención primaria”. FMC Vol. 25, num. 6, 2018, pp. 324-332.

137 SUESS SCHWEND, Ametz, et al.: Portal web Despatologizando cuerpos, géneros y sexualidades. Granada: Escuela Andaluza de Salud Pública, 2018. Disponible en: <https://goo.gl/QDJUoM>.

Respecto a las intervenciones quirúrgicas a recién nacid\*s intersex, se observan diferentes grados de prohibición, erradicación o limitación. Solo tres Comunidades Autónomas, la Comunidad de Madrid, la Comunidad de la Región de Murcia y las Islas Baleares, establecen una prohibición explícita, mientras en otras Comunidades Autónomas la Ley indica que se velará por su erradicación. En Andalucía, la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, abre la ventana a una revisión de las prácticas. La Proposición de Ley LGBTI presentada por Unidos-Podemos, En Comú y Marea, propone una prohibición de las cirugías no consentidas en recién nacid\*s intersex. La Proposición de Ley LGBTI incluye el establecimiento de una tercera categoría de sexo ‘intersexual’ limitada a personas con un diagnóstico relacionado con la intersexualidad, un aspecto subsanado en la Proposición de Ley Trans que abre esta tercera categoría a todas las personas, bajo el título de “No Binario”.

El establecimiento de un marco legislativo de protección se puede identificar como un aspecto relevante para la protección de los derechos humanos de las personas trans e intersex. Al mismo tiempo, es necesario un cambio social más profundo, en el sentido del reconocimiento y de la celebración de la diversidad corporal y de género como un valor y una riqueza no solo para las personas trans e intersex, sino para la sociedad en su conjunto.

---

# *Comunicaciones*

---

# DEMOCRACIA DIGITAL Y ÓRGANOS DE PARTICIPACIÓN EN SANIDAD: UNA VISIÓN DESDE LA REGULACIÓN JURÍDICA Y LA LEGITIMIDAD

*Jesús Esteban, Cárcar Benito*  
*Doctor en Derecho*  
*UNED*

**SUMARIO: I Introducción; 1. Los derechos en materia de información y participación sanitaria; 1.1 El concepto de participación en salud: una visión jurídica; 2. La participación actual en salud; 3. Los órganos de participación autonómicos: un esquema repetitivo; 4. La participación como toma de decisiones compartida; 4.1 El paciente y el usuario participativos: su empoderamiento; 5. Democracia digital sanitaria; 5.1 Internet como herramienta de la participación sanitaria, 5.2 Autorregulación y participación virtual; 6. Participación y transparencia; 7. Conclusión; 8. Bibliografía.**

## RESUMEN

La articulación para el asesoramiento en las decisiones que surgen en los diferentes sistemas de salud de las CC.AA. nos lleva a la participación de las organizaciones sindicales, empresariales, de los consumidores y asociaciones, además de los propios usuarios y pacientes, a través de los diferentes órganos de carácter consultivo y unidades: Consejo de Salud, Consejo de Salud de Área, Consejo de Salud de Zona, Atención al usuario.

Como novedad, se fomenta la participación de los ciudadanos en foros virtuales. Sin embargo, nos preguntamos si es posible generar una verdadera democracia digital en sanidad desde la legalidad. El desarrollo de las herramientas de la tecnología de la información y de la comunicación (TIC) tiene la capacidad de impactar en la participación de las políticas de salud. Ahora bien, los efectos del mundo digital sobre el derecho y la sociedad siguen siendo difíciles de calibrar; y la velocidad con la que estos nuevos instrumentos tecnológicos evolucionan es, a menudo, más rápida que la capacidad que pueda tener un administrado para evaluarlos, o la capacidad

que un responsable de formular políticas e instituciones tenga para integrarlos en los diseños institucionales existentes.

En consecuencia, los medios tradicionales de participación política pueden ser más eficaces con el uso de herramientas TIC y ahorrar costes. No se puede asegurar, sin embargo, que estén menos sujetos a distorsiones y manipulación. ¿Es posible instalar mecanismo de participación digital dentro del actual marco legal sanitario? ¿Cuáles serían sus límites? ¿Cómo atemperarlos en el ámbito de la sanidad, respetando los derechos y libertades reconocidos en la Constitución?

## 1. LOS DERECHOS EN MATERIA DE INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN SANITARIA

La participación, en la CE, encuentra dos artículos de diverso sentido. En primer lugar, lo que podríamos llamar el reconocimiento genérico que, como declaración formal, contiene el enunciado del

número uno del art 23: “Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”. Ahora bien, el concepto de “asunto público, esfera en la que se delimita el alcance de este derecho a participar, nos conduce al deslinde de los campos y formas de participación<sup>1</sup>. Pero, en segundo lugar, nuestra CE ha querido ir más allá. No se ha querido quedar en la mera declaración genérica y formal del derecho a la participación, el paso siguiente lo encontramos en el número 2 de artículo 9 a través del cual los poderes públicos asumen la responsabilidad de hacer real este derecho a la participación. En él se establece que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y 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”. Los poderes públicos asumen el compromiso de remover los obstáculos, “de facilitar”. Nos encontramos ante algo muy distinto a la mera declaración formal. Estamos, por el contrario, ante una declaración de que corresponde a las podres públicas hacer cuanto sea preciso para que el derecho a la participación sea real, efectiva y material.

En el ámbito sanitario, el primero de los fines centra su atención en desarrollar el derecho genérico a la información sanitaria, que se desglosa en diferentes vertientes. En una esfera más personal, todo paciente ostenta un derecho a la información asistencial sobre su propio estado de salud en relación a cualquier proceso asistencial. En un ámbito social o colectivo, se concreta en el derecho a la información epidemiológica, a la información sobre planes sanitarios y sociosanitarios y, en general, a la información sobre el propio sistema sanitario, destacando en este punto el papel que deben desempeñar los servicios de información y atención al ciudadano de los centros sanitarios. El segundo se ocupa del derecho de participación de los ciudadanos a través de los órganos de participación sanitaria, así como mediante el ejercicio individual del derecho a formular sugerencias, reclamaciones, quejas, y agradecimientos por el funcionamiento de los servicios. Sobre la denominación genérica de participación ciudadana se envuelven acciones muy desiguales que, todas sumadas, congregarían casi toda actividad de relación

de la Administración pública con la ciudadanía. Así, se entiende por participación ciudadana todo proceso ordenado de argumentación entre participantes representativos de la diversidad de puntos de vista y de las vivencias de la ciudadanía, en la que se defienden alternativas diversas en el marco de los procesos de toma de decisiones públicas.

Los pacientes más informados, formados y activos en su proceso de salud forman parte de un continuo cambio en su papel dentro de los sistemas sanitarios. Desde la Declaración de Alma-Ata en el año 1978 y la Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud, la Organización Mundial de la Salud<sup>2</sup> se insta a los pacientes a una participación tanto individual como colectiva en la salud. En Europa, el Libro Blanco reitera la importancia de la participación tanto en los procesos de salud individuales como de ámbito colectivo en contextos más locales y regionales. En España, el Sistema Nacional de Salud (SNS) incorpora, mediante la Ley 41/2002 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, “el reconocimiento explícito de la capacidad de elección e influencia de los pacientes, tanto individual como colectiva, por medio de las organizaciones que los representen”.

Además, el art. 51.2 de la CE señala que “Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán las organizaciones y las escucharán en las cuestiones que los puedan afectar, en los temas que la ley establezca”. El marco normativo, nos lleva, por tanto, a Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio): art. 2.1 e): “...la participación en el proceso de elaboración de las disposiciones generales que les afecten directamente...”. Es, sin embargo, en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, capítulo IX, donde se regula la participación de los ciudadanos y de los profesionales en el Sistema Nacional de Salud, que se articula principalmente a través del Consejo de Participación Social del Sistema Nacional de Salud, dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo. Este órgano, que pretende ofrecer un cauce de comunicación permanente entre las Administraciones públicas sanitarias, los profesionales y las sociedades científicas, las organizaciones sindicales y empresariales y los

1 RAMIREZ GIMÉNEZ M., *La participación política*, Temas Clave de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 42 ss.

2 La Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud, un documento elaborado por la Organización Mundial de la Salud, durante la Primera Conferencia Internacional para la Promoción de la Salud, celebrada en Ottawa, Canadá, en 1986.

consumidores y usuarios, tendrá tres formas de organización, pudiendo actuar como Comité Consultivo, como Foro Abierto o como Foro Virtual. Estas figuras pretenden ser recomendaciones dentro de las posibilidades que ofrece el marco competencial<sup>3</sup>.

### **1.1 El concepto de participación en salud: una visión jurídica**

La CE reconoce en su artículo 23.1 el derecho de los ciudadanos a “participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes”. Así, en cuanto a derecho fundamental, tiene una doble dimensión: objetiva- pues el derecho de participación política contribuye a la formación de la voluntad estatal- y subjetiva, pues consiste en un derecho subjetivo, esto es, un interés individual susceptible de tutela jurídica. Asimismo, se trata de un derecho de configuración legal, por tanto, será la ley la que determine las formas o procedimientos y los requisitos o condiciones de ejercicio del derecho de participación. Por participación de la ciudadanía en salud entendemos la incorporación de los actores sociales al análisis y toma de decisiones sobre las políticas, prioridades, agenda, programas, acciones y presupuestos o decisiones de desinversión en el ámbito sanitario y de la salud pública. Participar es hacer juntos, coproducir las acciones. La participación en salud es un derecho social y supone corresponsabilidad y colaboración entre las partes. Ésta tiene efectos positivos demostrados sobre la construcción de comunidad, el desarrollo de la capacidad de autogobierno de la ciudadanía, el logro de resultados en salud, la sostenibilidad del sistema sanitario público y la consecución de equidad en salud en la población. La participación legítima permite adoptar decisiones más justas y más inteligentes. Para el Tribunal Constitucional, esa denominación (“derecho de configuración legal”) significa que se habilita al legislador, desde la propia CE, para delimitar el ámbito del derecho, sin quebrar su contenido esencial. El legislador debe respetar, a la hora de configurar el derecho, el llamado “contenido esencial” porque así lo impone el artículo 53.1 CE. Pero, además, debe respetar lo que el TC llama “los límites objetivos del derecho” (ATC/942/1985, fj.3), es decir, aquellos que vienen configurados por los propios preceptos constitucionales y que el legislador no puede modificar.

3 VAQUER CABALLERÍA M., “La coordinación y el consejo interterritorial”, en Parejo L., Palomar A., Vaquer M., *La reforma del Sistema Nacional de Salud, cohesión calidad y estatutos profesionales*, Madrid, Marcial Pons, pp. 119 ss.

Entonces, para averiguar si una forma participativa está amparada por el artículo 23.1 CE, aquélla no sólo debe respetar su contenido esencial sino, además, los elementos objetivos que se deducen de éste. Así, la figura participativa de que se trate debe poder ser incluida en su ámbito subjetivo “los ciudadanos”; el ámbito objetivo “los asuntos públicos”, o en algunas de sus modalidades de ejercicio “directa” o “por medio de representantes”. Y, cuando se trate de esta segunda modalidad participativa, debe cumplir los demás requisitos impuestos por el artículo 23.1 CE “representantes elegidos libremente, en elecciones periódicas y por sufragio universal”.

## **2. LA PARTICIPACIÓN ACTUAL EN SALUD**

La participación efectiva en el sistema sanitario público sería: 1. La constitución e implantación de cauces de comunicación entre los servicios sanitarios, los ciudadanos, las organizaciones sociales y profesionales que favorezcan, motiven y dinamicen la participación ciudadana (realización de encuestas de opinión); y 2. La potenciación de la capacidad de decisión de los ciudadanos en su relación con el sistema sanitario. Ahora bien, hablamos de participación orgánica cuando la participación de los ciudadanos o de sus asociaciones representativas de intereses se articula en un órgano colegiado, del que forman parte personas designadas en representación de las organizaciones sociales más representativas de los intereses implicados. Este fenómeno participativo se refiere a la técnica de la representación de intereses<sup>4</sup>. La inserción de simples ciudadanos o representantes de organizaciones en órganos de la administración es una manera de arraigar un poder entre los intereses reales a cuya gestión dicho poder está destinado, a llevar al seno de la organización la voz de los interesados directos respecto de la toma de decisiones. Esta manera de participación es característica de la organización del Estado social y democrático avanzado, y a través de la misma, la Administración integra dentro del interés general al que genéricamente sirve, una serie de acarreadores de intereses externos, colectivos, difusos o sectoriales de los que son titulares explícitos grupos u organizaciones sociales.

Bajo el amparo de las políticas de salud pública, entre las iniciativas de la propia ciudadanía, de

4 ESTEBAN ALONSO, J. “La representación de intereses y su institucionalización los diferentes modelos existentes”, *Revista de estudios políticos*, n° 155, 1967, pp. 43-74.

manera individual u organizada, apreciamos experiencias que recorren aspectos más organizativos que tratan de implicarse en las decisiones de planificación, implantación y gestión de los sistemas sanitarios, hasta otros más individuales de autogestión de la propia salud. Por lo general, esta forma de participación suele tener un carácter consultivo no decisorio salvo excepciones. La crítica a esta fórmula de participación orgánica es clara y va relacionada con su escaso peso en la toma de decisiones. Tal y como señala Peñalver i Cabré, esta fórmula de participación orgánica tiene una importancia muy relativa, ya que tiene por lo general un carácter consultivo y no decisorio<sup>5</sup>.

La participación colectiva de los pacientes se realiza tradicionalmente mediante asociaciones, consejos de salud, foros de pacientes o acuerdos o declaraciones derivadas de trabajos comunes. Así se impulsan iniciativas de participación ciudadana en las cuales se abren vías de consulta, información y grupos de trabajo que participan, en mayor o menor medida, en la elaboración y la implantación de políticas sanitarias. En este sentido concurren experiencias como consultas de opinión y expectativas dirigidas a pacientes y ciudadanía, foros de participación regionales o consejos asesores de pacientes, junto con un tejido asociativo cada vez más influyente que se acentúa con corporaciones como el Foro Europeo o el Foro Español de Pacientes. El espacio compartido y legalmente reconocido para disponer de una mayor facilidad de transmisión de necesidades hacia la administración pública constituye una de las expectativas prioritarias de los representantes asociativos, que requiere elementos varios.

El primero, derecho a participar en salud, significa reconocer que la población, tanto en el ámbito individual como colectivo, debe lograr mayor autonomía y responsabilidad en la gestión de lo social, entendiendo a la sociedad en su conjunto como protagonista y responsable de su propio desarrollo. La aplicación de este concepto, ampliamente reconocido en el ámbito internacional, supondría dotar a la sociedad de los elementos necesarios para ejercer su poder de decisión y capacidad de control. Hacer efectiva esta participación en salud ayudará a profundizar en la democratización de la sociedad para que el conjunto de la población pueda ser agente de su propio desarrollo.

El segundo elemento utiliza siempre la negociación (no se dicta ni se impone) y la persuasión (las decisiones tomadas pueden ser incompletas y pueden ser mejoradas). También es preciso señalar que la participación ciudadana en salud es garante del incremento de la mejora de la calidad de los servicios de salud contextualizando otras intervenciones de evaluación que, en su ausencia, se quedan en desarrollos tecnológicos y/o burocráticos, que no conllevan un aumento de la capacitación de las personas y del desarrollo organizativo y social.

La participación no puede existir sin toma de conciencia: participa solamente quien es consciente de la necesidad de su participación y quien sabe que si no participa no se podrá modificar la realidad existente. La gente puede y debe participar para cambiar algo, teóricamente para mejorarlo. Por tanto, la clave del concepto “participación” es que se entienda como la toma de conciencia de la situación y de los problemas orientada hacia el cambio.

No en todo podemos estar de acuerdo con una crítica sobre la relevancia y su valor. En primer lugar, es evidente que la participación debe ser real, efectiva y promovida pero no decisoria incluso cuando se trata de participación orgánica. De lo que debe tratarse es de garantizar que los ciudadanos o sus asociaciones representativas de intereses puedan participar, opinar y aportar para que tales aportaciones sean tenidas en cuenta la hora de adoptar una decisión, un plan o una disposición general.

### 3. LOS ÓRGANOS DE PARTICIPACIÓN AUTONÓMICOS: UN ESQUEMA REPETITIVO

Entonces, ¿cuál es el esquema de nuestra actual regulación? La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) constituye el texto básico y fundamental en la ordenación del Sistema Sanitario Español, que se sustenta en el Sistema Nacional de Salud como conjunto de estructuras y servicios públicos al servicio de la salud y que, desde un punto de vista territorial, engloba a todos los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas. Los artículos 49 y siguientes de la Ley prevén que, a su vez, los servicios de salud se integren por todos los centros, servicios y establecimientos dedicados a la sanidad, y a tal efecto diseña el régimen organizativo y territorial de aquéllos, debiendo las Comunidades Autónomas, en desarrollo de sus competencias, disponer acerca de los órganos

5 PEÑALVER I CABRÉ A., “Participación y acceso a la justicia en materia ambiental» en *Diccionario de Derecho Ambiental* en Lozano Cutanda, B. y Alonso García, E. Coords., Istel, Madrid, 2006, p. 928.



de gestión, control y participación de sus respectivos Servicios de Salud.

De modo específico, el art. 53 del texto legal estableció como principio la necesidad de que las Comunidades Autónomas se ajusten en el ejercicio de sus competencias en materia sanitaria a criterios de participación democrática. En este sentido, determinó que la articulación de dicha participación se realizaría a través de la creación del Consejo de Salud, debiendo también garantizarse esta participación en las áreas de salud como demarcaciones territoriales básicas en que se divide y organiza cada Servicio de Salud. En consideración, se crearon órganos consultivos y de participación ciudadana de la sanidad pública autonómica, que han venido desarrollando durante los últimos años una importantísima labor de acercamiento de las estructuras sanitarias a la población a la vez que ha posibilitado que los principales instituciones y agentes sociales conozcan y se impliquen en el seguimiento y planificación de la sanidad pública regional. Con posterioridad, en esta concreción, entra en significación, dada la experiencia adquirida y a la luz de diversos textos legales autonómicos, que la Administración Sanitaria consideraba aconsejable abordar el desarrollo reglamentario de los preceptos legales en relación a los diferentes órganos de participación ciudadana y comunitaria. El esquema contrastado de participación social, en consecuencia, según la normativa autonómica, tendría diversos aspectos relacionados con la composición, funciones, régimen de funcionamiento y actuación tanto en el Consejo de Salud, así como también de los Consejos de Salud de Área y, en su caso, de los Consejos de Salud de Zona.

El Consejo de Salud estaría compuesto, al menos, por representantes de la Administración de la Comunidad Autónoma, las corporaciones locales, las organizaciones sindicales más representativas incluidas las de mayor implantación en el ámbito de la CA, las organizaciones empresariales más representativas, los consejos o colegios profesionales del sector sanitario de ámbito autonómico, las universidades públicas, asociaciones de consumidores y usuarios, asociaciones de pacientes y familiares de estos y organizaciones representativas del sector de la discapacidad. Este órgano es el máximo órgano colegiado de carácter consultivo, de asesoramiento y de participación en el Sistema sanitario autonómico, y, adscrito a la Consejería competente en materia de sanidad.

El Consejo de Salud de Área sería el órgano colegiado de participación en el ámbito del Área de Salud, con carácter consultivo y en el que deberán estar

representados, en todo caso, la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, las asociaciones de consumidores y usuarios y las asociaciones de vecinos. La constitución, funciones y organización del Consejo de Salud se establecerán reglamentariamente. El Consejo de Salud de Área promoverá la participación en el Área, podrá plantear propuestas y recomendaciones a los órganos directivos de su ámbito, se le dará conocimiento de los correspondientes planes anuales de gestión, del anteproyecto de Plan de Salud. Además, ejercerá cuantas funciones se le atribuyan legal o reglamentariamente.

Por último, el Consejo de Salud de Zona es el órgano colegiado de participación en el ámbito de la Zona Básica de Salud, con carácter consultivo y en el que deberán estar representados, en todo caso, el equipo de atención primaria, el equipo de salud pública, los ayuntamientos de los municipios de mayor población de la Zona Básica, las organizaciones sindicales más representativas, las organizaciones empresariales más representativas, de los vecinos, de los consumidores y usuarios y representantes del ámbito educativo. La constitución, funciones y organización del Consejo de Salud se establecerá reglamentariamente. Podrán constituirse también consejos de salud que agrupen dos Zonas Básicas de Salud colindantes de una misma Área de Salud, cuando factores de carácter demográfico, sanitario y viario lo aconsejen. El Consejo de Salud de Zona promoverá la participación en las actividades de promoción y protección de la salud, podrá plantear propuestas y recomendaciones a los órganos directivos de su ámbito.

En algunas leyes autonómicas se regula un Consejo Asesor Científico-Técnico de Sanidad con funciones de asesoramiento al Sistema de Salud en temas científicos y técnicos sanitarios. Estos consejos asesores técnicos de salud estarían adscritos a la Consejería competente en materia de sanidad, y compuesto por un presidente, que será el Consejero competente en esta materia, un vicepresidente y los vocales que serán nombrados entre profesionales de reconocido prestigio en el ámbito sanitario, de las universidades, del ámbito de la gestión sanitaria y de las sociedades científicas vinculadas a la sanidad. Podrán constituirse las comisiones técnicas y grupos de trabajo que sean precisos para el asesoramiento en aspectos específicos.

Ante este escenario, una visión reticente de la participación orgánica, derivada de la proliferación de los órganos administrativos en sanidad con

incorporación o inserción de administrados, es la realizada por Nieto que la ve como una de las causas de “organización del desgobierno” y para quien “la integración externa que da lugar a la participación orgánica se cubre con una llamada a la participación, el gran descubrimiento de unos ideólogos que ven en ella el secreto de la moderna democracia y la panacea de las limitaciones del poder, cuando en realidad sirve de portillo de acceso a intereses particulares que consiguen influir en las decisiones que afectan a los intereses públicos. Los grupos mejor organizados, los más poderosos, los más representativos de determinados intereses sectoriales se introducen en la Administración por las rendijas participativas sacando ventaja a esa posibilidad”<sup>6</sup>.

La participación orgánica, más solemne y estructurada, más regular y sistemática por lo común, también constituye una fórmula más rígida y burocrática. En ocasiones estas formas orgánicas corren el riesgo de esclerotizarse, ya sea porque la “representación” asignada a cada sector, grupo de intereses u organización social depende de parámetros legales apriorísticos y formales, que no tienen que ver con su respectiva influencia social o capacidad de iniciativa, ya sea porque la composición estática de estos órganos a través del modelo de la «representación de intereses» no permite reflejar adecuadamente la dinámica social (organizaciones que aparecen, crecen, merman o desaparecen). Puede ocurrir, en consecuencia, que en dichos órganos se llegue a generar una práctica endogámica, si sus miembros no se renuevan adecuadamente<sup>7</sup>.

El inconveniente es que, en ocasiones, se falla, a mi juicio, en lo más básico y ni siquiera se cumple con la periodicidad establecida para las convocatorias. Es lo que ha ocurrido en muchas CCAA, donde el debate ha llevado a revalidar su apoyo a la participación real y efectiva de los pacientes. Esto llevaría, por una parte, a la necesidad “reforzar el funcionamiento de los consejos de salud en los territorios, introduciendo dinámicas que promuevan la vinculación de sus análisis y decisiones para la administración sanitaria”. Es decir, lo ocurrido con la participación de los pacientes ha llevado a algunas CCAA a un “ejercicio

de autocrítica”, en aras de la transparencia. Por ello, nos hacemos la pregunta: ¿Son los foros virtuales el cauce de participación directa e individual en el Sistema de Salud autonómico?, ¿sirven para la realización de sugerencias respecto de la ejecución de políticas de salud y de gestión sanitaria?

#### 4. LA PARTICIPACIÓN COMO TOMA DE DECISIONES COMPARTIDA

En este contexto, y en conjunción con un creciente interés por la promoción y la protección de los derechos del usuario, en la década de 1980 se acuña por primera vez el término “toma de decisiones compartida”. Si bien no existe en la actualidad una definición totalmente consensuada, se acepta que la toma de decisiones compartida esta implica un proceso de decisión conjunta entre pacientes y profesionales sanitarios, que tiene como principal objetivo que los pacientes estén informados y adopten un papel más activo en las decisiones sobre su salud. En este proceso interactivo, el profesional sanitario aporta sus conocimientos técnicos sobre la condición de salud y el balance riesgo-beneficio de las intervenciones diagnósticas y terapéuticas disponibles, y el paciente aporta sus valores, preferencias y preocupaciones respecto a su experiencia con la condición de salud, así como las características que más le conciernen (beneficios, riesgos y demás implicaciones) de las intervenciones.

Con el objetivo de amparar este proceso, se ha iniciado el desarrollo de intervenciones (herramientas de ayuda para la toma de decisiones compartida) que contribuyen a informar a los pacientes, a partir de la integración de la mejor evidencia científica. Las herramientas de ayuda para la toma de decisiones compartida son una medida complementaria de asesoramiento proporcionado por los profesionales sanitarios. Hay un campo en clara expansión con las TIC, su desarrollo está motivado, entre otros factores, por el uso apropiado de los recursos y la reducción de costes innecesarios, y la expansión de los criterios de mejora de la calidad de la atención en salud, al incluir la satisfacción de las personas con el asesoramiento acerca de las opciones disponibles.

También algunos autores se han preocupado por explorar los estilos comunicativos que favorecen el modelo de toma de decisiones compartidas (*shared decisions making*) en la consulta, por la evaluación formal los procesos en el encuentro clínico, así como por el entrenamiento de los profesionales en un estilo

6 NIETO A., *La organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 2ªed,1993, p. 66.

7 SÁNCHEZ MORÓN, M. “El Consejo Escolar como órgano de participación, relaciones con las distintas Administraciones Públicas”, en *Actas del Seminario sobre normas reguladoras y funciones del Consejo Escolar del Estado ante las plenas competencias educativas de las Comunidades Autónomas*, Madrid, enero de 1996.

de atención asistencial centrado en el paciente. El paciente experto y los programas de educación en autocuidados, los programas y las acciones de información y formación sanitaria, que tradicionalmente excluían a los pacientes y la ciudadanía, que hoy los toman como corresponsables son un claro ejemplo. En este contexto, la formación de pacientes expertos y la formación entre iguales son estrategias que cada vez se incorporan más a las agendas políticas de salud pública.

Aunque Segura señala que “la motivación primaria para participar depende verosímilmente de la obtención de algún beneficio tangible”<sup>8</sup>, cuando se trata de participar en salud parece que hay más elementos que prueban estas diferencias. En los pacientes influirán el nivel de educación sanitaria y el grado de conocimiento, la confianza en las propias capacidades, el tipo de toma de decisiones requerida, los resultados que están en juego, el tipo de enfermedad y comorbilidad, el uso de medicinas alternativas y factores sociodemográficos como la edad, el sexo, el nivel socioeconómico y el origen étnico; junto con el bajo nivel de formación o educación sanitaria y el escaso conocimiento del problema de salud en cuestión.

#### **4.1 El paciente y el usuario participativos: su empoderamiento**

El papel del paciente tiene que ser activo, por tanto, cada vez más pacientes son expertos en su enfermedad, no sólo en conocimientos técnicos, sino en experiencia; conviviendo con la enfermedad, conocen sus preocupaciones, los beneficios de una actitud, lo que les perjudica, las dificultades en su vida diaria, las deficiencias del sistema sanitario respecto a las necesidades que tienen con su enfermedad, conocen los riesgos de las actitudes terapéuticas y la información que poseen sobre sus enfermedades es amplia. Ya los pacientes y la ciudadanía no son agentes pasivos, sino gestores y generadores de nuestra salud. El empoderamiento de la ciudadanía en temas de salud, y la toma de decisiones supone que existe una relación entre los profesionales, que aportan su conocimiento técnico, su estudio, sus investigaciones, y los pacientes, que aportan su vivencia forman un buen tándem.

Las asociaciones de pacientes, asociaciones de vecinos o los movimientos sociales relacionados con

<sup>8</sup> SEGURA A., “La participación ciudadana, la sanidad y la salud”, GCS - Gestión Clínica y Sanitaria, Vol.12, n.º 2, 2010, p. 55.

la Sanidad deben formar parte de las iniciativas, de las acciones y de las evaluaciones en las políticas en salud y servicios sanitarios, conjuntamente con profesionales y decisores políticos. Esta participación debe regirse por un código ético, donde se declare de forma explícita cualquier posible conflicto de intereses para que la toma de decisiones se realice exclusivamente en aras del bien común.

Empoderar a la ciudadanía en temas de salud es poner en valor su experiencia y sus conocimientos. Los ciudadanos quieren participar en la política sanitaria, pues es un derecho que nos asiste. Cuando estos sean capaces de tomar acuerdos políticos en sanidad habrá un triángulo entre profesionales, decisores y ciudadanía; éstas se realizarán en pro del bien común, cerrando la puerta a otros poderes que las toman en su propio beneficio.

En el actual escenario, a pesar de las iniciativas crecientes del SNS, de otras instituciones, de grupos de profesionales y de usuarios que fomentan la capacitación y el fortalecimiento de los usuarios, sigue siendo evidente la necesidad de llevar a cabo estudios primarios y programas de formación continua que favorezcan la implantación de este nuevo modelo de participación en la atención sanitaria en España.

La pregunta sería: ¿Tiene el mundo digital la posibilidad de organizar debates y discusión? Habría que referirse a una forma de participación que no busca entrar en los debates controlados por las instituciones, sino organizar zonas de conocimiento experto o de discusiones, al margen de /paralelamente a las instituciones, incluso a veces en contra de ellas. Por lo tanto, estas no deben procurar el inicio ni la conducción debate, sino sólo hacer más fáciles las condiciones en las cuales los internautas puedan crear el propio debate<sup>9</sup>.

## **5. DEMOCRACIA DIGITAL SANITARIA**

Dentro de la infinidad de aspectos que pueden analizarse en el futuro de la implantación de la TIC en el sector de la sanidad, quiero hacer especial énfasis en aquellos que para mí lo demuestran. En sanidad, palabras aparentemente opuestas como “tecnología” y “humanización”<sup>10</sup> pueden formar parte del mismo

<sup>9</sup> BLONDIAUX L, *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, Paris, Seuil, 2008, pp. 100 ss.

<sup>10</sup> FUSTER V., “Las tecnologías más humanas. El futuro de la TIC en la sanidad “en *El ciudadano como eje central del sistema de salud Informe SESPAS* (Sociedad

contexto de la participación. Las repercusiones del desarrollo tecnológico en nuestra sociedad, cada vez más interdependiente y globalizada, así como el fenómeno de Internet, nueva vía de comunicación, nos lleva a concebir a nuestra propia sociedad desde una nueva perspectiva, desde la que observar atentamente los cambios técnicos, sociales culturales y jurídicos que van a generarse.

Nos encontramos ante la hipótesis del tercer entorno, un ámbito (espacio-tiempo dominado por lo electrónico, digital, informacional, virtual) que se superpone al entorno rural y el entorno urbano para dar lugar al pleno desarrollo de la Sociedad de la Información y que ha venido a denominarse ciberespacio.

Coexisten, a mi juicio, así tres estados diferentes, en cuyos ámbitos es posible la relación interpersonal, si bien únicamente en este “tercer entorno” logramos hablar de una comunicación súper dimensionada, pues carece de fronteras (geográficas o culturales) y limitaciones (espaciales o temporales). Creo, sin embargo, que sería más correcto hablar no de Sociedad de la Información, sino de la Sociedad de la “Postinformación”, así, “la transposición de una era industrial a una era postindustrial o de la información se ha discutido tanto, y durante tanto tiempo, que quizá no nos hemos dado cuenta de que estamos pasando a una era de la postinformación. En esta nueva formulación a veces la audiencia es sólo una persona. Todo se hace por encargo y la información se personaliza al máximo”<sup>11</sup>.

La madurez de nuestra democracia y las exigencias de la sociedad han impulsado un proceso progresivo en la Administración pública hacia unos estándares de calidad más elevados y de mayor proximidad al ciudadano, propiciando nuevas formas de gestionar los asuntos públicos. Los ciudadanos ya no son únicamente receptores de la acción de gobierno y de los servicios que presta la Administración. Han modificado su rol de sujetos pasivos de esa actividad, pasando a profesar un papel clave en el bosquejo, ejecución y alcance de esas políticas públicas. Son sus iniciadores, pero, a su vez, son los auditores de la acción del gobierno, del buen desempeño de la Administración y de los servicios públicos que se les proporcionan.

Española de salud Pública), 2006, pp. 35 ss.

11 ILLENEA C.& ALFONSO SÁNCHEZ R., “La Sociedad de la Información, Sociedad del Conocimiento y Sociedad del Aprendizaje. Referentes en torno a su formación”, en *Reflexiones*, Año 12, Vol. 12, nº. 2, 2016, pp. 235-243.

Los ciudadanos, pacientes y usuarios, desean conocer en mayor medida cómo se ejecutan las políticas públicas sanitarias y la acción de sus respectivos gobiernos. Reclaman un mayor conocimiento de las partidas que integran los presupuestos de las diferentes administraciones públicas en sanidad que sufragan con sus tributos. Anhelan conocer quiénes son los responsables (gerentes, directores generales) del desarrollo de las políticas, proyectos y planes públicos en las instituciones que financian, y les exigen mayores responsabilidades en el desarrollo de su actividad y en la ejecución de sus gastos.

Estas demandas de mayor transparencia se han visto, igualmente, incrementadas por el esfuerzo y empuje de la sociedad de la información y de las nuevas tecnologías. No es posible que las instituciones públicas permanezcan al margen de estas reivindicaciones<sup>12</sup>. La Administración debe adaptarse a los nuevos tiempos, realizando una firme apuesta por el impulso democrático que fomente una nueva gestión pública en la que la transparencia, la participación ciudadana y el buen gobierno sean sus ejes vertebradores.

En suma, debe aspirar a ser una administración abierta y transparente, que facilite el acceso a la información pública, que sea participativa, implicando y fomentando a la ciudadanía a intervenir en los asuntos públicos, y que rinda cuentas de cuánto se ingresa, y de cuánto, en qué y por quién se gastan los fondos públicos.

### 5.1. Internet como herramienta de la participación sanitaria

La web se descubrirá como un lugar satisfactorio y seguro de encuentro con el médico o cualquier otro profesional en salud. Con seguridad y bien gestionada, la Red puede ser una herramienta de primer orden<sup>13</sup>. La capacidad de Internet para cambiar las relaciones sociales ha sido un aspecto estelar de las investigaciones que han analizado el impacto esta tecnología en la vida de las personas, si bien no el

12 ARANDA ÁLVAREZ E. “Poder democráticos y derechos en una sociedad en crisis”, *La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política*, en Gutiérrez Gutiérrez, I. (coord.), Granada, Comares, 2014, pp. 39-60.

13 MONTEAGUDO PEÑA, J-L., “Hacia una nueva generación de servicios para la salud y el bienestar basados en telemedicina”, en *El ciudadano como eje central del sistema de salud Informe SESPAS* (Sociedad Española de salud Pública), 2006, pp.25 ss.

único (adicciones, crimen, participación política, educación, etc.). Qué efecto ejerce la utilización de Internet en la creación, mantenimiento y potenciación de las relaciones sociales tanto virtuales (online) como presenciales (offline) y cómo ello puede estar relacionado con el bienestar psicológico de los usuarios es sin duda un prometedor campo de estudio, con una corta historia. Es una obviedad decir que internet es una herramienta ágil en este ámbito y, por ello, se ha de dejar a los poderes públicos competentes llevar a cabo un labor de revisión de la normativa aplicable, en que se recojan cuestiones fundamentales como: la posibilidad de utilización de firma electrónica como mecanismo, a través del cual se puede exteriorizar una declaración de voluntad con plena eficacia en materia de participación. Los supuestos en que la identificación mediante seudónimo sea el medio que, salvaguardando la garantía de una manifestación de aquella, permita hacer efectiva la participación del ciudadano dando cumplimiento a todas las garantías necesarias, incluyendo el respeto al principio de proporcionalidad.

La participación comunitaria y virtual serían por tanto dos importantes recursos para la potenciación del bienestar psicológico, haciéndose necesario un análisis de sus relaciones mutuas así como de su capacidad para mejorar los niveles de ajuste psicológico. El presente trabajo no tiene como objetivo el análisis de la influencia de la participación comunitaria presencial y virtual en el ajuste psicológico de los usuarios de Internet. Un área de investigación frecuentemente desatendida y que permitiría ampliar nuestro conocimiento sobre el impacto de Internet en la salud psicológica de las personas.

Un Foro virtual de participación ciudadana es un cauce de participación a título individual. Así, a través de la página web del SESCAM, los ciudadanos castellanomanchegos residentes en el Área de Salud de Puertollano<sup>14</sup> pudieron aportar propuestas de participación sobre temas relacionados con el Sistema Sanitario del Área de Salud. Con este Foro se pretendía crear un ámbito de participación en salud, discutir las prioridades y ejecución de políticas de salud y de gestión sanitaria, y evaluar necesidades prioritarias. Todos los habitantes del Área de Salud de Puertollano pudieron entrar en el Foro y aportar las propuestas y sugerencias que estimaban oportunas en relación con las políticas de salud y de gestión sanitaria, con el fin de que sean tenidas en cuenta por los órganos

de participación ciudadana existentes a la hora de establecer las prioridades. También se establecieron foros virtuales en otra CCAA sobre temas específicos (campañas de salud, infraestructuras sanitarias, urgencias, listas de espera...) en los que los ciudadanos alcancen a expresar sus opiniones particulares, y se establezca una discusión y reflexión sobre ellos.

Además, el artículo 133.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que “Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y obtener cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades.”

La dificultad se encuentra especialmente en la forma en que los colectivos se forman en Internet. Es difícil reclutar un cuerpo de ciudadanos comprometidos e interesados, que compartan previamente valores comunes para participar en un debate telemático. La demanda de participación se concibe generalmente como una experimentación que se organiza alrededor de un dispositivo que permita actuar y cooperar<sup>15</sup>. Además, su expansión no sólo genera cambios en los ciudadanos. De un lado, convierte las relaciones con los agentes, mucho más horizontales, reforzando la crisis de los cuerpos intermedios. Los tradicionales creadores de opinión (incluyendo grandes medios), los partidos o los sindicatos tienen menos capacidad para marcar la agenda sanitaria. Su poder, que sigue siendo importante, se deshace en una red compleja con estímulos fluyendo en ambas direcciones de las decisiones en materia de política sanitaria y con dos consecuencias: primero, la tecnología también ha cambiado los tiempos de la política; segundo, ahora se demanda inmediatez en la reposición de nuestros representantes, un tuit o un pronunciamiento ante cualquier evento o fenómeno, por más que se necesite sosiego o reflexión.

El sistema *teledemocrático* conduce, como señala Pérez Luño, “a tenor de estas observaciones, a que la ley pueda estar directamente condicionada por factores emotivos momentáneos y ocasionales, susceptibles de poder ser completamente invertidos

---

14 Decreto 61/2007 de 15-05-2007 de ampliación de los órganos de participación del área de Salud de Puertollano DOCM de 18 de mayo de 2007.

---

15 CARDON D., *La democracia internet, Promesas y límites*. Traducción Mónica Cristina Padró, Prometeo, 2016, pp. 79 ss.

recurriendo a estímulos opuestos, en lugar de ser fruto de un proceso deliberativo basado en la reflexión crítica y serena”<sup>16</sup>.

## 5.2. Autorregulación y participación virtual

La heterogeneidad de formas con que se presenta la participación en la sociedad digital nos lleva a la autorregulación, que obliga a una cierta cautela ante las propuestas de hacer de la misma la alternativa que va a resolver o incluso aliviar la carga de la regulación. Las distintas fórmulas participativas en el mundo visual que se conocen presentan todas ellas unas ventajas y unos inconvenientes, si se las compara con la regulación directa de los órganos de participación por los poderes públicos<sup>17</sup>.

En primer lugar, la autorregulación es un procedimiento que no está sometido a los límites competenciales que limitan a los poderes públicos por lo que su ámbito personal y espacial de aplicación puede ser mucho más amplio. En segundo lugar, la autorregulación facilita la confianza de los usuarios digitales, así como reduce considerablemente el volumen de las informaciones y evaluaciones necesarias para tomar ciertas decisiones. Y, por último, es un procedimiento regulatorio mucho menos gravoso por cuanto los costes de formulación e interpretación de las reglas son más bajos, ya que algunos de los interesados disponen de una mayor conocimiento y experiencia en la materia; los costes de hacerlos cumplir son atribuidos a los propios interesados.

La experiencia comparada cree indicar que la autorregulación puede ser una solución alternativa cuando se dan las siguientes situaciones: a) hay asimetría de información y los usuarios no pueden tener una visión completa de los productos y servicios, b) los interesados conocen las consecuencias del incumplimiento de las normas. En la participación digital, optar a *priori* por la autorregulación -o rechazar de entrada el recurso a la misma-carece pues de sentido; lo que parece más correcto es ver si la herramienta en cuestión, la fórmula participativa está o no indicada al acaso concreto<sup>18</sup>.

Por tanto, la autorregulación sería el acuerdo institucional mediante el cual una organización regula

los estándares de participación de los usuarios de la sanidad. El sistema virtual sería una herramienta que, pese a las críticas que suscita, está siendo cada vez más utilizada para ordenar este amplio campo de actividades, como son la digitales.

## 6. PARTICIPACIÓN Y TRANSPARENCIA

Llegados a este punto la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno [«BOE» núm. 295, de 10/12/2013] señala que la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política<sup>19</sup>. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos

En el ámbito sanitario, la responsabilidad social supone el diálogo con los diferentes grupos de interés, asociaciones, para incorporar sus intereses y demandas en la gestión diaria de la organización<sup>20</sup>. Para fomentar la implicación de la ciudadanía y la rendición de cuentas, la administración debería promover la transparencia y la participación ciudadana. La participación ciudadana contribuye a mejorar el resultado de las políticas públicas y, en último término, la calidad de vida, el bienestar y el desarrollo personal de la ciudadanía.

Este instrumento faculta que la ciudadanía inter venga en los asuntos públicos a través de la canalización de las aportaciones expresadas por la sociedad civil después de procesos de información y de diálogo entre la totalidad de valores e intereses que tienen presencia social significativa. El diálogo simplifica que los participantes transformen sus opiniones iniciales por otras más reflexionadas, fomenta la aparición de dinámicas colaborativas en la sociedad

16 PÉREZ LUÑO, A., *Ciberciudadani@ o ciudadani@.com.*, Gedisa, Barcelona, 2012. p.93

17 ZAPATERO V. *El Arte de Legislar*, Pamplona Thomson Aranzadi, 2009, p.163.

18 OGUS A., “Rethinking Self-Regulation”, *Oxford Journal of legal studies*, 1995, pp.97-108.

19 GONZÁLEZ R., “Gobierno Electrónico en México”, en Sánchez Sánchez, Z., (coord.) *Nuevas Tecnologías, administración y participación ciudadana*, Granada, Editorial Comares, 2010, p.141 ss.

20 SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z., “La participación. Buen gobierno y una buena administración”, en Sánchez Sánchez, Z., (coord.) *Nuevas Tecnologías, administración y participación ciudadana*, Granada, Editorial Comares, 2010, p.59 ss.

civil; genera confianza hacia las instituciones públicas y concluye con un documento útil para los procedimientos administrativos y de gobierno correspondientes. Los beneficios de la participación ciudadana en sanidad son:

- a) Para las políticas públicas sanitarias, introducir la participación es tomar decisiones de mayor calidad. Para las administraciones públicas, la colaboración y la complicidad de la sociedad ayudan a lograr la eficiencia y la eficacia en la aplicación de las políticas públicas. Introducir la participación es agilizar la aplicación de las decisiones políticas.
- b) Para la sociedad civil, pacientes y usuarios, la participación y el diálogo fomentan espacios de encuentro que fortalecen las relaciones cívicas y el capital social. Introducir la participación es fortalecer el capital social necesario para sacar adelante los proyectos colectivos que el país reclama.
- c) Para la lógica política, la participación permite construir políticas sanitarias desde la proximidad e incluir las preocupaciones de la ciudadanía. Introducir la participación es generar confianza y acercar la ciudadanía a la política.

En cuanto a la transparencia y a la rendición de cuentas, más allá de los mecanismos ya previstos por el ordenamiento jurídico, hay un gran margen para recurrir por parte de las administraciones. Tal y como recomiendan las principales organizaciones internacionales, incorporar elementos de este ámbito en el funcionamiento de las administraciones públicas es imprescindible para mantener y reforzar nuestros sistemas democráticos y al mismo tiempo para que sean más eficaces y eficientes. Los portales de Transparencia: ¿Contribuyen a que una administración sea más transparente? Esta pregunta compleja surge en un momento en que los portales se han constituido, y se han convertido en la materialización física de la Ley de Transparencia y den su cumplimiento en las administraciones sanitarias.

## 7. CONCLUSIÓN

En definitiva, el actual marco no sólo debe configurar la participación de forma orgánica como documento integrador que contiene el conjunto de derechos y deberes de los usuarios de la sanidad, facilitando a los ciudadanos su conocimiento y ejercicio,

debe a su vez servir de impulso y consolidación del papel que deben asumir los usuarios y pacientes respecto del sistema sanitario como participantes activos de la sanidad, que deben implicarse directamente en todos los procesos y decisiones que afecten a su propia salud individual pero también en la protección y promoción de la salud colectiva.

Con los nuevos recursos tecnológicos se dinamizarían los actuales procesos participativos en asuntos de salud, consiguiendo una mayor participación, dado que los nuevos procesos virtuales se sumarían a los procesos participativos presenciales ya existentes. Así, cada persona interesada tendría más posibilidades de expresarse y participar, individual o colectivamente, en asuntos públicos de salud<sup>21</sup>. De este modo, podrá propiciarse una relación más estrecha entre gestores, profesionales sanitarios y pacientes, sustentada en un clima de respeto y confianza, y en donde la propia Administración Sanitaria tiene el deber de abordar las acciones necesarias de participación, que profundicen en la humanización y calidad de la asistencia sanitaria. Al igual que otros ámbitos públicos, las organizaciones sanitarias deben modificar sus planteamientos tradicionales e incorporar herramientas virtuales en clave colaborativa que ofrezcan a las personas la oportunidad de generar contenidos, compartirlos y dialogar entre ellos, en el marco de las nuevas comunidades sociales Web 2.0, y así materializar la participación y contribución ciudadana al ámbito de la salud.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- ARANDA ÁLVAREZ E. “Poder democráticos y derechos en una sociedad en crisis”, *La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política*, en Gutiérrez Gutiérrez, I. (coord.), Granada, Comares, 2014, pp. 39-60.
- BLONDIAUX L, *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, Paris, Seuil, 2008, pp. 100 ss.
- CALVO-CALVO, M.A, “Herramientas para la participación ciudadana virtual y su desarrollo en las webs del Sistema Sanitario Público

21 CALVO-CALVO, M. A. “Herramientas para la participación ciudadana virtual y su desarrollo en las webs del Sistema Sanitario Público de Andalucía”, *Revista Española de Documentación Científica* Vol. 39 nº 4, octubre-diciembre 2016: <http://dx.doi.org/10.3989/redc.2016.4.1349>

de Andalucía”, Revista Española de Documentación Científica, Vol. 39, n° 1, <http://dx.doi.org/10.3989/redc.2016.4.1349>.

- CARDON D., La democracia internet, Promesas y límites. Traducción Mónica Crsitina Padró, Prometeo, 2016, pp. 79 ss.

- ESTEBAN ALONSO, J. “La representación de intereses y su institucionalización los diferentes modelos existentes”, *Revista de estudios políticos*, n° 155, 1967, pp. 43-74.

- GONZÁLEZ R., “Gobierno Electrónico en México”, en Sánchez Sánchez, Z, (coord.) Nuevas Tecnologías, administración y participación ciudadana, Granada, Editorial Comares, 2010, p. 141 ss.

- FUSTER V., “Las tecnologías más humanas. El futuro de la TIC en la sanidad “en El ciudadano como eje central del sistema de salud Informe SEESPAS (Sociedad Española de salud Pública), 2006, pp.35 ss.

- GONZÁLEZ R., “Gobierno electrónico en México”, Sánchez Sánchez, Z. (coord.) Nuevas Tecnologías, administración y participación ciudadana, Granada, Editorial Comares, 2010, pp.59 ss.

- ILLENEA C.& ALFONSO SÉNCHÉZ R., “La Sociedad de la Información, Sociedad del Conocimiento y Sociedad del Aprendizaje. Referentes en torno a su formación”, en *Reflexiones*, Año 12, Vol. 12, n° 2, 2016, pp. 235-243.

- MONTEAGUDO PEÑA, J-L., “Hacia una nueva generación de servicios para la salud y el bienestar basados en telemedicina”, en El ciudadano como eje central del sistema de salud Informe SEESPAS (Sociedad Española de salud Pública), 2006, pp. 25 ss.

- OGUS A., “Rethinking Self-Regulation”, *Oxford Journal of legal studies*, 1995, pp.97-108.

- PEÑALVER I CABRÉ A., “Participación y acceso a la justicia en materia ambiental”, en Lozano Cutanda, B. y Alonso García, E. (coords.), *Diccionario de Derecho Ambiental*, Iustel, Madrid, 2006, p. 928.

- PÉREZ LUÑO, A., *Ciberciudadani@ o ciudadani@.com*, Gedisa, Barcelona, 2012. p. 93.

- RAMIREZ GIMÉNEZ M., *La participación política*, Temas Clave de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 42 ss.

- SÁNCHEZ MORÓN, M. “El Consejo Escolar como órgano de participación, relaciones con las distintas Administraciones Públicas», en «Actas del Seminario sobre normas reguladoras y funciones del Consejo Escolar del Estado ante las plenas competencias educativas de las Comunidades Autónomas»», Madrid, enero de 1996.

- SÁNCHEZ SÁNCHEZ Z., “La participación: un buen gobierno y una buena administración”, en Sánchez Sánchez, Z, (coord.) *Nuevas Tecnologías, administración y participación ciudadana*, Granada, Editorial Comares, 2010, pp. 59 ss.

- SEGURA A., “La participación ciudadana, la sanidad y la salud”, *GCS - Gestión Clínica y Sanitaria*, Vol.12, n° 2, 2010, p. 55.

- ZAPATERO V. *El Arte de Legislar*, Pamplona Thomson Aranzadi, 2009, p. 163.

- VAQUER CABALLERÍA M., “La coordinación y el consejo interterritorial”, en Parejo L., Palomar A, Vaquer M., *La reforma del Sistema Nacional de Salud, cohesión calidad y estatutos profesionales*, Madrid, Marcial Pons, pp. 119 ss.



# UNIVERSALIDAD, GRATUIDAD Y SUBSISTENCIA: LA FUTILIDAD DE LA UTILIZACIÓN DEL CRITERIO DE RENTA DENTRO DE LA ASISTENCIA SANITARIA\*

*Jesús Esteban, Cárcar Benito*  
*Doctor en Derecho*  
*UNED*

**SUMARIO:** 1. La asistencia sanitaria y las rentas: 1.1 Una aproximación, 1.2 Los límites a la universalidad: ingresos reglamentariamente determinados, 1.3 Las desigualdades y el empleo, 1.4 El IPREM y la consideración de programas familiares; 2. La asistencia sanitaria y el principio de subsistencia; 3. La construcción de la ciudadanía social frente al criterio de renta en la asistencia sanitaria; 4. Un sistema universal para la asistencia sanitaria; 5. Conclusión: subsistencia, renta básica y asistencia sanitaria inclusiva; 6. Bibliografía.

## RESUMEN

La trascendencia de la justicia en el gasto público como presupuesto de una real y efectiva consagración de la justicia financiera (y por tanto también de la justicia tributaria) ha sido enmarcada dentro del contexto general de las transformaciones del moderno Estado de Bienestar. La solución era indudablemente acertada, refiriéndose al principio de capacidad económica, renta, como criterio de reparto de la carga tributaria partiendo del individuo y de la salvaguardia de sus derechos como tal, ya que el ciclo se concluía con dos operaciones tan sólo. El Estado gastaba y los ciudadanos (súbditos) contribuían a ese gasto “en proporción a sus haberes”.

Ahora bien, el derecho a la obtención de medios para satisfacer las necesidades básicas de la vida, se

hace efectivo mediante el establecimiento de una prestación económica denominada renta básica y se sitúa en el ámbito jurídico del derecho de subsistencia dentro de los derechos prestacionales públicos, caracterizados por una mayor concreción normativa que confiere mayores garantías jurídicas a los ciudadanos. El problema, que este trabajo trata de abordar, es, consecuencia de la diversidad de necesidades, la referencia y la indisoluble unión del derecho de subsistencia y el derecho universal a la asistencia sanitaria.

## PALABRAS CLAVE

Renta, subsistencia, asistencia sanitaria.

## KEYWORDS

Income, subsistence, health-care.

---

\* Este trabajo está realizado dentro del Proyecto DER 2013-41462-R financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

## 1. LA ASITENCIA SANITARIA Y LAS RENTAS

### 1.1 Una aproximación

Cuatro años después 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, el criterio del copago se pasea de nuevo en una dirección imprecisa por la pasarela política española, el copago toca un problema muy sensible políticamente para la población, especialmente para los pensionistas. Cualquier decisión de cambio de la corresponsabilización, aunque sea para aplicar el principio de beneficio, tiene unos elevados costes políticos. La baja renta (y el menor aumento de las pensiones) se compensaba con medicamentos gratuitos. Es cierto que todavía hay pensiones muy bajas, pero a pensión media de jubilación asciende a 1.080,52 (2018euros), lo que representa un aumento del 1,93% respecto al año pasado; la pensión media del Sistema, que comprende las distintas clases (jubilación, incapacidad permanente, viudedad, orfandad y a favor de familiares), alcanza los 934,63 euros mensuales, lo que supone un aumento interanual del 1,84%. Sin embargo, hay un número muy considerable de activos que cobran, en concepto de salario o prestación por desempleo, cantidades inferiores. Asimismo, ha cambiado la distribución de la pobreza empeorando, en términos relativos, entre jóvenes y menores de 60 años. Y, empero, a diferencia de los pensionistas, pobres o ricos, y sus beneficiarios, los activos no tienen límite máximo mensual de copago, soportando una tasa de cómo mínimo el 40%, excepto para una lista de medicamentos para enfermedades crónicas, de aportación reducida al 10%. Son muchos los países europeos que han introducido exenciones a los copagos sanitarios no para los pensionistas sino precisamente para los jóvenes. Por otra parte, no hay garantía de que los actuales porcentajes de copago crecientes con la renta (del 40% al 60%) sean progresivos ni que lo vaya a ser un escalado de tipos con más tramos de renta. Es decir, en todo caso, son un instrumento recaudatorio y no distributivo.

Centrándonos en nuestro trabajo de investigación, es preciso señalar, por otra parte, que el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, modificó radicalmente el régimen del derecho a la salud en España. Esa reforma anuló las tarjetas sanitarias de los "sin papeles" y dejó su atención sanitaria en manos de los servicios de Urgencias, salvo en el caso de menores

de edad y embarazadas que mantuvieron la cobertura total. Ahora bien, las nuevas regulaciones abogan por criterios de empadronamiento y, además, por ingresos que deben ser inferiores en dos veces y media el IPREM anual (menos de 16.000 euros anuales) o en el caso del País Vasco empadronamiento continuado y tener unos ingresos inferiores a la Renta de Garantía de Ingresos (RGI).

El TC en su STC 139/2016 desestimó en su práctica totalidad el recurso de inconstitucionalidad formulado por el Parlamento de Navarra contra varios preceptos del Real Decreto-Ley 16/2012. Sin embargo, a través de la citada STC, se declara inconstitucional y, por tanto, nulo el inciso «siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente», contenido en el apartado 3, del artículo 3, de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (SNS), en la redacción dada al mismo por el artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 16/2012, que limitaba la condición de asegurado, a efectos de la asistencia sanitaria pública, a los residentes en España (que no tuviesen otro título para acceder a dicha condición), y que no dispusiesen de unos ingresos anuales que superasen los 100.000 euros, cuantía que, en desarrollo del precepto legal que ahora se declara nulo, se recoge en el artículo 2.1.b) del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula condición de asegurado y beneficiario, a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del SNS. En este caso, por el contrario, manifiesta que amplía el colectivo que puede acceder a la condición de asegurado, incluyendo a personas que, en principio tampoco tienen vínculo con el sistema de la Seguridad Social "la norma dispone una remisión en blanco [al reglamento] para la determinación de un elemento, consistente en un nivel mínimo de ingresos, que constituye el núcleo esencial en torno al que se configura legalmente el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias financiadas con fondos públicos para un determinado colectivo de personas". "Con la literalidad de la norma –afirma la sentencia– es imposible determinar quiénes van a tener dicha condición, dada la ausencia de criterio alguno respecto al límite de ingresos exigible", que queda en manos "no del legislador con la colaboración del reglamento (...), sino exclusivamente a disposición de la determinación reglamentaria del Gobierno". Por ello, trataré de razonar jurídicamente si puede existir criterio alguno respecto al límite de ingresos exigible, renta, tanto en situación de abundancia como de insuficiencia de recursos, o que razones de carácter humanitario, subsistencia y de protección

social exigen actuaciones universales para dispensar asistencia social y sanitaria.

La trascendencia de la justicia en el gasto público como presupuesto de una real y efectiva consagración de la justicia financiera (y por tanto también de la justicia tributaria) ha sido enmarcado dentro del contexto general de las transformaciones del moderno Estado de Bienestar<sup>1</sup>. La solución era indudablemente acertada, refiriéndose al principio de capacidad económica como criterio de reparto de la carga tributaria partiendo del individuo y de la salvaguardia de sus derechos como tal, ya que el ciclo se concluía con dos operaciones tan sólo. El Estado gastaba y los ciudadanos (súbditos) contribuían a ese gasto “en proporción a sus haberes”. Empero, la entrada del Estado en la vida económica como principal protagonista, significa para el Derecho una atención no sólo a la justicia de las cargas impositivas, sino también a la justicia del gasto. Surgen las premisas de la relevancia jurídica del fin de las normas financieras, lo que conduce a reconocer la importancia de la justificación de los ingresos públicos. De ningún modo, el fin de la obtención del ingreso público puede pensarse disociado de su distribución. Habrá que completar que tanto el flujo de la recaudación como el modo de la distribución son condiciones determinantes del Estado económico y social, y de la colectividad sobre la que se quiere influir en un determinado sentido.

Posteriormente, la cercana incorporación del principio de “estabilidad presupuestaria” a la Constitución española (art. 135 CE) hace que se deriven otro tipo de “consecuencias en relación a las políticas económicas y sociales que podrían desarrollar los Estados y que guardan proximidad, además con las diversas críticas doctrinales y políticas que han existido por la afección que la consagración de tal principio puede tener sobre el Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1 CE) y, singularmente, sobre los derechos sociales y las políticas sociales redistributivas que son consecuencia natural de mismo”<sup>2</sup>.

Asimismo, el citado Real Decreto-ley 16/2012 volvió a vincular el derecho a la asistencia sanitaria pública gratuita con la Seguridad Social, retrocediendo en el largo camino recorrido hasta entonces. Consagró de vuelta la figura del “asegurado” como sujeto del derecho a la protección de la salud.

1 RODRÍGUEZ BEREIJO A., *Introducción al Estudio del Derecho financiero*, Estudios de Hacienda Pública, Instituto de estudios fiscales, Madrid, 1976, pp.142-143.

2 EMBID IRUJO A., *La constitucionalización de la crisis económica*, Madrid. Iustel.p.83 ss.

Paradójicamente, extendió la condición de asegurado a personas sin ninguna relación con la Seguridad Social siempre que sus ingresos no superen un límite determinado reglamentariamente; pero, por otro lado, exige la suscripción de un convenio especial a quienes no pudieran acceder a la condición de asegurado, lo que resulta contradictorio con un sistema sanitario público no financiado por cotizaciones a la Seguridad Social.

Si es verdad que la CE, en su artículo 43, reconoce el derecho a la protección de la salud, encomendando a los poderes públicos [“concepto genérico que incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, surgido de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia, a través de una mediación más o menos larga, del propio pueblo” STC 35/1983, de 11 de mayo] organizar y tutelar la salud a través de medidas instrumentales y de las prestaciones y servicios fundamentales. En su artículo 41, de indudable conexión temática con el artículo comentado, la Constitución establece que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Aquí la crítica deviene por los autores que defienden la titularidad de los derechos sociales, y, por ende, el derecho a la asistencia sanitaria. Hay una admisión de una intervención reguladora del Estado en los derechos, pero en este caso, esa actuación, esta normatividad, lleva aparejada la pregunta: ¿No ha traspasado el límite constitucionalmente debido? El fenómeno al que nos enfrentamos -la exclusión social- no constituye un problema exclusivamente económico, reconoce a sus ciudadanos un doble derecho social: el derecho a una prestación económica para hacer frente a las necesidades básicas de la vida, cuando no pueda obtenerlas a través de otros regímenes de protección social o del empleo, y el derecho a percibir apoyos personalizados para su inserción laboral y social. La pobreza es un importante factor de riesgo en el proceso salud-enfermedad, necesitamos erradicar, o al menos disminuir, este azote de nuestras sociedades<sup>3</sup>.

## **1.2 Los límites a la universalidad: ingresos reglamentariamente determinados**

A través de la STC 139/2016, el TC declara inconstitucional y, por tanto, nulo el inciso «siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos

3 CORTES-FRANCH, & GONZÁLEZ LÓPEZ- VALCÁRCEL B, “Crisis económico-financiera y salud en España. Evidencia y perspectivas. Informe” SESPAS 2014

determinado reglamentariamente». Dese otro planteamiento el argumento que más ha sido manejado es el inverso, el que atribuye la injusticia al hecho de que también quienes tienen los medios económicos sean titulares de derechos sociales. Es cierto, dice LEMA AÑÓN, “que al hilo de las doctrinas neoliberales en las últimas décadas en muchos lugares se ha producido un injusto desplazamiento de las políticas públicas y fiscales a favor de las rentas más altas y en detrimento de las rentas salariales y los de los sectores excluidos”<sup>4</sup>.

Ahora bien, la incapacidad de ejercer los derechos sociales, como es el de la asistencia sanitaria, pero también, el más genérico, la protección a la salud lleva a que este texto -Real Decreto-Ley 16/2012- incida ya, en línea de otra propuesta de exclusión. Si el papel del trabajo surge como elemento de inclusión al indicar que, en gran medida, la ruptura del vínculo existente entre la prestación de la asistencia sanitaria y la universalidad dentro de la convivencia en una sociedad quiebra. Su exclusión se deriva de su no participación en el proceso productivo y al afirmar que “en nuestra sociedad moderna, el trabajo constituye el medio por excelencia de adquirir derechos y deberes respecto a la sociedad y de que ésta los adquiera respecto al individuo. Así entendido, el derecho al trabajo se convierte en condición sine qua non de la plena ciudadanía (sanitaria) y adquiere todo su significado como derecho político. La no participación o la participación excedente en el mercado de trabajo establecen, casi necesariamente, el inicio de un proceso de exclusión con consecuencias directas en el ejercicio de otros derechos sociales”<sup>5</sup>.

Desde esta visión no se afianzaron algunos de los elementos básicos del dispositivo de lucha contra la exclusión social y se estableció el marco para el desarrollo paulatino de una cobertura universal, centrandolo los esfuerzos en unas líneas complementarias de actuación, ya superadas. En el caso de la asistencia sanitaria el Real Decreto-ley 16/2012 vino, pues, a derogar tácitamente los preceptos de la Ley General de Salud Pública sobre extensión de la asistencia sanitaria, dejando sin cobertura sanitaria directa a los profesionales y a todos aquellos que no tengan ningún vínculo con la Seguridad Social —e, incluso, a los descendientes de asegurados.

4 LEMA AÑÓN C., “Derechos sociales, ¿Para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales, en *Derechos y Libertades*, nº 22, Época II, enero 2010, pp.179-203

5 Ley 12/1998, de 22 de mayo, contra la Exclusión Social -modificada por la Ley 8/2000 PRESIDENCIA DEL GOBIERNO VASCO

A través de la precitada sentencia del TC, y salvo el supuesto de la asistencia sanitaria de las personas que se encuentran en situación irregular en España, es posible decir, que se ha producido de *facto* la universalización de la asistencia sanitaria, ya que solamente la residencia en territorio español es título habilitante para acceder a la condición de asegurado, cuando no se tiene derecho a la misma por otro título. Y ante esta universalización práctica del derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, con financiación pública y dispensada a través del SNS, brota la cuestión sobre la conveniencia de proceder, en orden a lograr un régimen homogéneo para toda la población residente, sin perjuicio de las especialidades que se derivan de la aplicación de las normas internacionales en materia de Seguridad Social, que contemplan —dentro de su ámbito de aplicación— las prestaciones de asistencia sanitaria, o de la emergencia de repercutir los gastos derivados de esta, en los casos en que exista un tercero responsable de la misma.

### 1.3 Las desigualdades y el empleo

Empero, el problema de la no universalidad estriba, a mi juicio, en la contradicción de una sociedad que pretende poner los medios para garantizar la igualdad de trato a toda la ciudadanía mediante una implementación homogénea de los diferentes dispositivos de garantía de ingresos e inclusión social, superando así algunas diferencias de cobertura observadas en la actualidad, y sólo en parte justificadas por una mayor incidencia de las situaciones de pobreza o de desempleo. En otro orden, Peces Barba considera un exceso no justificado atribuir esos derechos a personas que tienen posibilidades de satisfacer por sí mismas esas necesidades, por tener una capacidad económica suficiente que ya les permite el desarrollo pleno de su personalidad<sup>6</sup>.

En referencia a las rentas mínimas, “la extensión a toda la población por más que hayan convivido con la persistencia de profundas desigualdades en salud entre las distintas clases sociales, ha establecido globalmente un mecanismo redistributivo y equilibrados de primer orden, todo ello a raíz de haber idos superando su concepción como orden específico”<sup>7</sup>.

6 PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Boletín Oficial del Estado, 1995. pp. 329 ss.

7 NAVARRO V., “El derecho a la protección de la salud”, *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 6, 1998, p.139.

El principio de doble derecho reconoce tanto el derecho a disponer de medios económicos para hacer frente a las necesidades básicas de la vida, cuando no puedan obtenerse en cuantía suficiente del empleo o de los diversos regímenes de protección y asistencia social, que vinculan estrechamente las prestaciones económicas de renta básica y el derecho al trabajo. Este establece así una nueva relación entre prestación económica y actividades de inclusión, verificando la existencia de dos lógicas diferenciadas. La cuestión primera: ¿Qué se quiere afirmar con la expresión “renta básica”? Tampoco figura que sea equivalente a “renta mínima de inserción”, en el sentido de la legislación precedente. La confusión aumenta porque la expresión “derecho a una renta básica” ha sido objeto de una importante y novedosa construcción. La diferenciación, cuestión segunda, de ambos derechos implica el razonamiento de que el derecho a la prestación económica se extiende a las personas que presentan única y exclusivamente una problemática relacionada con la insuficiencia de sus recursos económicos y que, por razones ajenas a su voluntad, no alcanzan un nivel mínimo de ingresos, aun cuando no presenten una situación de exclusión social y no precisen, por tanto, de apoyos para la inclusión.

Respecto a esta exclusión, el modelo se basa en el reconocimiento del papel del empleo como herramienta básica para la inclusión en nuestra sociedad, y en la necesidad de reducir tanto las tasas de desempleo que se registran entre los grupos más desfavorecidos como las elevadas tasas de inactividad de determinados colectivos. Por ello, y sin perjuicio del preciso reconocimiento de que para algunas personas el objetivo de la inclusión laboral es muy remoto –y de que esas personas son meritorias de los servicios y prestaciones oportunas–, subyace como elemento teleológico el facilitar la incorporación al mercado de trabajo del mayor número posible de personas y, en coherencia con ese objetivo, de devolver al mercado de trabajo su capacidad como factor de inclusión social.

Las políticas sociales aplicadas–y en particular las políticas contra la exclusión social– han asumido desde su creación el reto de la activación, como pone de manifiesto el reconocimiento de un derecho específico para hacer realidad el derecho a un mínimo vital con carácter universal, al menos por lo que se refiere a los ciudadanos<sup>8</sup>. En el caso de la asistencia

sanitaria, la evidencia científica es robusta: la pobreza y la desigualdad social perjudican seriamente la salud. Este factor determinante de la salud tan importante o más que otros que sí forman parte de los objetivos y recomendaciones de la OMS: .Tener bajo nivel socioeconómico “significa ser incapaz de determinar el propio destino, privado de recursos materiales y con oportunidades limitadas, que determinan tanto el estilo de vida como las posibilidades vitales”<sup>9</sup>. A mi juicio, el no declarar la universalidad de la asistencia sanitaria está inconexo con pronunciar un sistema estable, por ejemplo, de prestaciones económicas complementarias, que permita afrontar los gastos estructurales, entre ellos estarían los medicamentos. Percíbese que son las personas beneficiarias de rentas de garantía de ingresos, lo que hace posible una reorientación de las ayudas de emergencia social hacia la cobertura de gastos extraordinarios, proporcionando así una respuesta estable, aunque transitoria, a un problema de naturaleza estructural, hasta que puedan ser susceptibles de un abordaje más integral angostamente vinculada a objetivos de protección social.

#### **1.4 El IPREM y la consideración de programas familiares**

La creación de un programa de protección social para la prevención, promoción y atención a la salud de la población extranjera en situación administrativa irregular, con recursos insuficientes no tendría relación con un derecho universal. La protección de la salud de las personas extranjeras en situación administrativa irregular se ha mantenido tras el Real Decreto 16/2012, para la asistencia urgente, embarazadas y menores, garantizando la cobertura del tratamiento de enfermedades contagiosas o crónicas graves, al objeto de preservar la salud no solo del enfermo sino también de la comunidad. (*Artículo 3ter Asistencia sanitaria en situaciones especiales Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: A) De urgencia por*

<sup>8</sup> RAVENTÓS PAÑELLA, D. *El derecho a la existencia*, Barcelona, Ariel, 1999; del mismo autor, “La renta básica: introito”, en Raventós, D. (coord.), *La Renta Básica. Por una ciudadanía más libre, más igualitaria y más fraterna*, Barcelo-

na, Ariel, 2002 Daniel Raventós, define la renta básica como: un ingreso pagado por el Estado a cada miembro de pleno derecho de la sociedad, incluso si no quiere trabajar de forma remunerada, sin tomar en consideración si es rico o pobre o, dicho de otra forma, independientemente de cuáles puedan ser las otras posibles fuentes de renta y sin importar con quién conviva. Mas escuetamente: es un pago por el mero hecho de poseer la condición de ciudadanía (Raventós Pañella, 2002)

<sup>9</sup> TOBLAS M., “Social rank: a risk factor whose time has come?”, *The Lancet* Volume 389 Number 10075, 2017, pp1165-1272

*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 dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.»*

Es posible que razones de carácter humanitario y de protección social exijan actuaciones para dispensar asistencia social y sanitaria. Además, el derecho a la salud y a la integridad física de las personas, así como la conveniencia de evitar riesgos para el conjunto de la sociedad, priman sobre cualquier otra consideración. La cooperación y solidaridad son acciones que van a permitir mantener y mejorar, por tanto, el nivel de salud colectiva.

Sin embargo, los programas de atención sanitaria están sujetos al Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM). Es decir, un índice empleado en España como referencia para la concesión de ayudas, becas, subvenciones o el subsidio de desempleo entre otros. Este índice nació en el año 2004 para sustituir al Salario Mínimo Interprofesional como referencia para estas ayudas. De esta forma, el IPREM fue creciendo a un ritmo menor que el SMI restringiendo el acceso a las ayudas para las economías familiares más desfavorecidas. El problema es si estar en situación de insuficiencia de recursos, entendiendo que se encuentran en esta situación las personas cuyas rentas, de cualquier naturaleza, sean iguales o inferiores en cómputo anual al I.P.R.E.M., nos sirve como criterio.

En el ámbito sanitario, estimo que no es posible hablar de límite, cuantía de ingresos o cualquier tipo de restricción (Real Decreto-ley 16/2012), por razones de carácter humanitario y de protección social; estas exigen actuaciones más amplias para dispensar asistencia social y sanitaria dirigida, por tanto, a todos los extranjeros no registrados ni autorizados, con permanencia efectiva y sin recursos económicos. Por otra parte, la ausencia de actuaciones sociales de carácter sanitario puede llevar a un riesgo potencial para la salud pública si el colectivo de inmigrantes irregulares no visita a los servicios de asistencia sanitaria, y a un previsible colapso de los servicios que prestan atención de urgencias.

Esta actuación y la efectividad de la prestación sanitaria lleva a constituir lo que sería una declaración de “emergencia ciudadana” para la supervivencia de las personas en condiciones de dignidad. Esta declaración, que debería estar sujetos a especificidades

en materia de prioridad presupuestaria, no puede ser permanente<sup>10</sup>.

En el marco de esta reformulación del modelo, es indispensable otorgar mayor protagonismo a los instrumentos de naturaleza no económica directamente vinculados a la inclusión, lo que implica, necesariamente, el compromiso de dotar de contenido al ámbito sociosanitario, como derecho. Es decir, una asistencia sanitaria a colectivos en situación de vulnerabilidad, por razones humanitarias y porque toda inversión en salud es una contribución decisiva al bienestar social.

## 2. LA ASISTENCIA SANITARIA Y EL PRINCIPIO DE SUBSISTENCIA

En este momento parece dable hacer la siguiente propuesta: ¿Puede existir un derecho a la subsistencia o supervivencia sin definir previamente un derecho universal a la asistencia sanitaria? La subsistencia hace referencia al significado y alcance que para la doctrina italiana tienen las libertades y derechos sociales, pues su defensa de las libertades y los derechos sociales en el mismo plano de la cualificación jurídica no responde a la tradición jurídica al respecto. Basta señalar que en España la doctrina mayoritaria, por no decir unánime, ha considerado a los derechos sociales como derechos de segunda categoría distanciados de la mayor relevancia de las libertades<sup>11</sup>. La evolución de la realidad aconseja proceder a una reformulación del modelo con dos objetivos generales: por un lado, conferir de los medios más idóneos para aportar respuestas mejor adaptadas a las nuevas necesidades y, por otro, rectificar algunas disfunciones observadas en la implementación de algunos de los dispositivos existentes: la asistencia sanitaria debe ser universal cuando intentamos asegurar una renta

10 Resolución de 13 de noviembre de 2015 del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud por la que se publica la Instrucción 6/2015, del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, por la que se crea un programa de protección social para la prevención, promoción y atención a la salud de la población extranjera en situación administrativa irregular, residente en la Región de Murcia y con recursos insuficientes (BORM 266 de 17 de noviembre de 2015) Tercera. En situación de insuficiencia de recursos, entendiendo que se encuentran en esta situación las personas cuyas rentas, de cualquier naturaleza, sean iguales o inferiores en cómputo anual al I.P.R.E.M..

Se consideran incluidas, asimismo, aunque se supere dicho límite, si el cociente entre las rentas anuales y el número de menores dependientes y convivientes a su cargo fuera igual o menor a la mitad del I.P.R.E.M..

11 CASTRO CID B., “La clasificación de los derechos humanos”, *Introducción al estudio de los derechos humanos* / coord. por Benito de Castro Cid, 2003., Madrid, Editorial Universitas, pp. 243-256.

básica. Con este doble enfoque, esta reflexión procura alcanzar los siguientes objetivos específicos: por una parte, la renta básica para la inclusión y protección social, dentro del principio de subsistencia, que se dirigirá, fundamentalmente, a las personas y unidades convivenciales que carecen de recursos económicos propios procedentes de rentas de trabajo y cuyo nivel mensual de ingresos no alcance el importe de la renta básica. Por otro lado, la idea de necesidad que remite a “condición para”, es decir, al factor o conjunto de factores que posibilitan un estado de cosas. El derecho a una asistencia sanitaria mínima, a la que legítimamente todos los individuos habrán de tener derecho, es, por tanto, preventiva, curativa, paliativa y sostenedora. Es decir, liga al principio de subsistencia con el de mínimo sanitario. para cubrir necesidades básicas.

## 2.1 El principio de subsistencia

A partir de esta conclusión, uno de los derechos sociales señalados por Ferrajoli es el derecho de subsistencia (supervivencia). El derecho de subsistencia es un derecho fundamental, de plena validez jurídica, que tiene el problema de su ineficacia porque el constituyente —y siguiendo sus pasos el legislador— no le ha acompañado de reglas de garantías, a diferencia de las garantías que disfrutaban las libertades individuales—. Pero como derecho social en el marco de los derechos fundamentales no es un derecho menor ni un derecho menos válido que las libertades. Este derecho de subsistencia quedaría garantizado mediante la concesión de una renta o salario mínimo por el Estado a los ciudadanos a partir de la mayoría de edad. Esta renta o salario sería la norma de garantía del derecho de subsistencia. De este salario o renta mínimos “su rasgo más saliente radica en la satisfacción *ex lege*, de forma universal y generalizada, del derecho a la subsistencia, a través de cuotas mínimas del presupuesto estatal a cada una de las partidas del gasto social (salud, educación, subsistencia, seguridad social y similares)”<sup>12</sup>. La cuestión radica sí el derecho social a la subsistencia protegido por un salario o renta mínimos debería ser reconocido.

La CE no contiene un reconocimiento expreso del derecho a un mínimo vital con carácter general, aunque sí se reconoce el derecho a una remuneración suficiente para todos los trabajadores (artículo 35.1

CE), derecho que, según hemos visto, está íntimamente relacionado con aquél. Sin embargo, a pesar de no encontrar una referencia expresa, es posible razonar del texto de la CE la garantía del derecho a un mínimo vital, partiendo de la consagración de otros derechos. En primer lugar, el derecho a un mínimo vital podría adscribirse al reconocimiento constitucional del derecho a la vida en el artículo 15. En segundo lugar, el artículo 40 de la CE es uno de los preceptos que mejor justifican la denominación de “Principios rectores de la política social y económica” que el Constituyente dio al Capítulo III del Título I de la Constitución. Aunque como ha señalado la doctrina el análisis jurídico pormenorizado de ese Capítulo III nos llevaría a culminar que está compuesto por una suma muy heterogénea de materias, lo cierto es que con el artículo 40 estamos ante una norma típicamente programática contemplada para los trabajadores exclusivamente, y que se pretende extender a todos los ciudadanos. El *locus* de su ubicación sería el en el que se reconoce “el derecho al mantenimiento” de “cualquier ciudadano incapacitado para el trabajo y que carezca de los medios necesarios para la vida”. El derecho a la subsistencia, primera hipótesis, en el caso de “desocupación involuntaria” y, la segunda, que “todo ciudadano inhábil para el trabajo y desprovisto de medios necesarios para vivir” poseen “el derecho al mantenimiento y a la asistencia social”.

Habría que preguntarse si todo circula alrededor del trabajo. La segunda hipótesis, por tanto, es la de un salario o renta mínima para todos los ciudadanos muestra la fórmula concreta para que se extienda a todos los ciudadanos con mayoría de edad: “Gratuito, generalizado y obligatorio, no ya en la forma de *ius singulare*, sino según el paradigma de la igualdad que caracteriza la forma universal de todos los demás derechos fundamentales”<sup>13</sup>. Hay que propugnar la concesión del “derecho a una renta básica” y entiende éste como un derecho derivado de la ciudadanía, con independencia de cualesquiera otras consideraciones económicas, laborales, familiares, etc.<sup>14</sup>. Empero, este derecho puede deducirse de diversos preceptos contenidos en el mencionado Capítulo III del Título I de la Constitución, en la medida en que estos principios contemplan la protección básica y mínima de determinados colectivos vulnerables frente a la eventual insuficiencia de recurso.

13 FERRAJOLI, L. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, p. 11- 22

14 CARMONA CUENCA, E., “El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la Constitución Española de 1978” *Estudios Internacionales* n° 172, Instituto de Estudios Internacionales - Universidad de Chile, 2012, pp. 61ss.

12 FERRAJOLI, L., “El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en vol. col. de P. Andrés Ibáñez (ed.) *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p. 26

A juicio de la doctrina, la supervivencia exige: “la eficacia de dos garantías”: A) En primer lugar, la primera garantía es la satisfacción del derecho del trabajo. Consecuencia de este derecho es la prohibición del despido injusto y la obligación de reintegrar al trabajador a su trabajo en caso de injusto despido”. El derecho al trabajo es uno de los derechos que Ferrajoli llama débiles<sup>15</sup>. B) En segundo lugar, la financiación se prevé básicamente conforme al establecimiento de las consignaciones presupuestarias pertinentes para el ejercicio de las respectivas competencias reguladas en la ley. En efecto, los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”<sup>16</sup>. Los derechos fundamentales se refieren a las libertades y a los derechos sociales, a las dos generaciones de derechos<sup>17</sup>, y las coloca en el mismo plano del reconocimiento jurídico, aunque lamenta la falta de eficacia de los derechos sociales, en contraste con las garantías de las libertades. “Los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política; vínculos negativos formados por los derechos de libertad. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social”<sup>18</sup>.

En la medida que los derechos sociales son derechos fundamentales; estos son límite al principio de mayoría y al libre mercado, dejando al margen este y sus reglas. Los derechos fundamentales, a diferencia de los demás derechos, vienen a configurarse como otros tantos vínculos sustanciales normativamente asignados tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado. Los derechos sociales son por consiguiente verdaderos derechos, como las libertades, pero en ellos falla la técnica de las garantías, y que en términos más generales diríamos en llamar la protección jurídica: “No poseen las técnicas de garantías de las libertades<sup>19</sup>”.

15 CONTRERAS S. *Ferrajoli y los derechos fundamentales* Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos) Volumen 16, 2012, pp. 121-145

16 FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías*. cit. p. 19.

17 PÉREZ LUÑO, A. E. “Las generaciones de derechos humanos”, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales nº. 10, 1991,

18 FERRAJOLI L., *Derechos y garantías*..... cit.pp. 23-24.

19 FERRAJOLI, L. “El Estado constitucional de Derecho .....cit. 15-30.

## 2.2. Las necesidades: el mínimo sanitario

Inevitablemente, Doyal y Gough señalan que “si una persona desea llevar una vida activa y satisfactoria su modo, iría en su interés objetivo satisfacer necesidades básicas a fin de optimizar su esperanza de vida y de evitar enfermedades y dolencias físicas graves como conceptualizadas en términos médicos. Esto vale para todos en todas partes”<sup>20</sup>. Presentar una teoría sobre las necesidades humanas lleva a cabo un formidable alegato en defensa del concepto de carencia. Ambos están en la base de cualquier concepto sostenible de igualdad o equidad social, en la medida en que aceptemos que todos los seres humanos tienen la misma capacidad para sufrir serio daño o para salir adelante. Por tanto, es injusto favorecer a un individuo en contra de cualquier otro. De este punto de partida deriva la conclusión de que es posible reconocer propósitos (goals) universales y objetivos que los individuos deben lograr para optimizar sus oportunidades de vida, dado que todos los individuos tienen necesidades humanas básicas en este sentido<sup>21</sup>. Es decir, las necesidades deben plasmarse como propósitos universalizables. En pocas palabras, todos tenemos una responsabilidad, una obligación de ayudar a todos los humanos a perfeccionar la satisfacción de sus necesidades. Lo que, más allá de lo perceptible, se explica en la obligación moral de apoyar a las agencias institucionales pertinentes, lo que está en la base de todas las demostraciones apoyadas en derechos.<sup>22</sup>

Por tanto, las cuestiones que surgen son: 1. ¿Cuáles son las necesidades básicas de salud que deben ser cubiertas para toda la población (reconocer y abordar) ?, 2. ¿qué servicios deben ser incluidos en un plan que garantiza un nivel adecuado de atención?, y unido, ¿cuáles son los bienes de salud pública que permiten reducir las necesidades de atención? 3. ¿cuántos recursos públicos son requeridos para cubrir las necesidades básicas de salud de toda la población? 4. ¿cuáles son los criterios para asignar los recursos limitados en salud con equidad?

Desde teoría integrada de justicia y salud poblacional, Daniels señala que su alcance es global y, por lo pronto, permite guiar políticas públicas de salud

20 GOUGH I, & DOYAL L. *Teoría de las necesidades humanas, Economía crítica* nº 7, 1994, pp104-108.

21 BARTHELY M., “Health Inequality, An introduction to theories, concepts and methods”, *Polity Press in association with Blackwell Publishers*, Cambridge, 2004, pp. 8-ss

22 GOUGH I, & DOYAL L *Teoría*... op.cit.pp.104-108.



en diversos contextos. Así basándose en RAWLS articula su interpretación igualitaria de la justicia, que reconoce al cuidado sanitario como fundamental para ejercer la igualdad de oportunidades. La teoría de justicia sanitaria de Daniels es articular en torno a tres preguntas centrales que subyacen el debate sobre las “obligaciones estatales y la forma y naturaleza de las políticas en salud: 1) explicar la importancia moral de la salud, 2) indicar cuándo las diferencias en salud son injustas, y 3) orientar sobre qué hacer para responder de manera justa a necesidades de salud cuando no es posible cubrir las todas”<sup>23</sup>.

De ahí, que los perceptores de prestaciones periódicas, incluidos los de la prestación o subsidio de desempleo y quienes, habiendo agotado la prestación y el subsidio por desempleo, se encuentren en desempleo tengan el derecho a la asistencia sanitaria de la seguridad social<sup>24</sup>. Las instituciones y prácticas sanitarias han de incorporarse realmente al conjunto de instituciones sociales básicas relacionadas con el logro de la igualdad de oportunidades<sup>25</sup>.

### **3. LA CONSTRUCCIÓN DE LA CIUDADANÍA SOCIAL FRENTE AL CRITERIO DE RENTA EN LA ASISTENCIA SANITARIA**

Ahora bien, el universalismo proclamado por el lenguaje de los derechos se extendió en las constituciones democráticas; estas asumieron todos los derechos como derechos de la persona, salvo los derechos

---

23 DANIELS N. “Equity of access to health care: some conceptual and ethical issues”. *Milbank Mem Fund Q Health Soc.* Vol 60, nº 1, 1982, pp.51-81.

24 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: a) Los familiares o asimilados a cargo de los anteriores: el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que se encuentre inscrita oficialmente. b) El ex cónyuge a cargo del asegurado, con derecho a pensión compensatoria. c) Los descendientes y personas asimiladas a cargo del mismo, menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65% y los acogidos de hecho. Todos ellos han de reunir los siguientes requisitos: Convivir con el titular (salvo separados y divorciados) y estar a su cargo (salvo cónyuge y pareja de hecho) d) No percibir rentas superiores al doble del IPREM. e) No tener derecho a esta prestación por título distinto. f) Personas de nacionalidad española o, nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y, los extranjeros titulares de autorización en vigor para residir en territorio español. Personas que tengan suscrito Convenio Especial.

25 LORA P.; ZUÑIGA FAJURIA., *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de justicias distributivas*, Iustel, Biblioteca Jurídica Básica, 2009, pp. 177-198.

políticos. A mi juicio, no existe ninguna ventaja teórica al asumir la categoría de ciudadanía como depositaria de todos los derechos; subsumir el estatus de persona en el de ciudadano no es más que un error cometido por Marshall y repetido por muchos.

Además, en casos de que su titularidad no fuese universal y no estuviera atribuida sino limitada a algunos, estos serían en todo caso, quienes más lo necesitarán; es decir, los colectivos que merecen especial protección. En fin, un proceso de indicadores sociales y laborales nos alejaría del concepto de ciudadanía social para acercarnos al concepto de ciudadanía laboral. El reconocimiento se vincularía no a la idea de ciudadano, sino más bien a la de los trabajadores, en nuestro caso al de asegurados. En esta línea se sitúan las tesis que proponen el reconocimiento de un derecho a vivir o un derecho a la existencia, por tanto, de la posibilidad de integración social al margen del trabajo.

Por ello, todos los derechos, incluidos los derechos sociales, deben protegerse universalmente porque son, como ya he señalado, necesidades y expectativas vitales que se identifican con “leyes del más débil”<sup>26</sup> sin las cuales lo que se impone es la ley del más fuerte<sup>27</sup>. Como afirma Añón, M. J, una de las consecuencias del grado de vulnerabilidad social es que da lugar a sujetos víctimas, excluidos de los beneficios de la ciudadanía, lo que nos sitúa el planteamiento “de construir un concepto de ciudadanía como un proyecto universal o de reconocer que los ciudadanos es una categoría al servicio de un grupo de privilegiados”<sup>28</sup> Debe ser denostada, por tanto, la caracterización del derecho al trabajo, que tiende a identificarse, exclusivamente, con el acceso al empleo, dejando de lado otros aspectos muy relevantes, como el de la estabilidad o permanencia en el empleo<sup>29</sup>.

Por ello, debemos defender el hecho de que los derechos que llamamos sociales deban ser atribuidos a los individuos en tanto personas y residentes en un

---

26 PISARELLO, G, *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

27 FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías* ....cit., p.28.

28 AÑÓN ROIG, M.J., *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, 2002, p. 282.

29 AÑÓN ROIG, M.J., “Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales”, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 6, 2002 (fecha publicación noviembre 2002); y P. MIRAVET BERGÓN, “Trabajo y derechos sociales: por una desvinculación posible”, en Anuario de Filosofía del Derecho. XVII, 2000. pp. 359-393.

Estado, independientemente de que sean ciudadanos o no. Marshall reconoció indistintamente a los tres grupos de derechos como derechos de ciudadanía<sup>30</sup>. El hecho de que Marshall observara que los derechos en general sólo se garantizan a los ciudadanos de una comunidad política, no contradice la distinción teórica y jurídica que distingue entre derechos del hombre y del ciudadano. Esta relación tenía la firme intención de asociar ciudadanía con igualdad; la razón era que la categoría de ciudadanía le servía de base para la integración plena de las clases trabajadoras. La ciudadanía era un nuevo paradigma de justicia asociado a la democracia.

Desde las posiciones negadoras de los derechos sociales como auténticos derechos se esconde una interpretación que mantiene una concepción restrictiva de la ciudadanía, esto es, que reserva su disfrute del derecho a la asistencia sanitaria sólo a aquellos sectores sociales que tiene una serie de características (empadronamiento, procedencia, origen), es decir, sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos vinculados a la participación en el mercado laboral; como consecuencia se excluye de esta protección a todas aquellas personas no nacionales en situación administrativa irregular, es decir, a los inmigrantes “sin papeles”. De tal modo que existe un sector importante de la población excluida de la ciudadanía, son aquellas personas que no pueden satisfacer por sí mismas las necesidades básicas para el mantenimiento y desarrollo de la condición humana, esto es personas que carecen de derechos sociales, y que quedan al margen de los derechos individuales civiles y políticos, y por tanto, al margen de las decisiones políticas. Existe una grave limitación de derechos que ha experimentado la población extranjera en situación irregular, que representa sin duda el aspecto más polémico y controvertido de la reforma sanitaria aprobada en el año 2012

Además, esta asociación de todos los derechos a la ciudadanía no sólo contradice lo que de hecho tutelan la mayoría de las constituciones democráticas (que reconocen la mayoría de los derechos a los individuos en tanto personas y reservan los derechos políticos y algunas libertades, como las de tránsito, a los ciudadanos), sino que va en contra del proyecto universalista de los derechos. Empero, de *facto* los derechos son reservados para los ciudadanos miembros de estados que los garantizan. FERRAJOLI afirma que la ciudadanía es el último residuo premoderno de

la desigualdad de las personas en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales<sup>31</sup>. Y que niega no sólo el universalismo de los derechos tal como han sido recogidos por las constituciones estatales, sino también el de los derechos mismos tal como fueron recogidos en la Declaración Universal de derechos del hombre de 10 de diciembre de 1948.

Ahora bien, el derecho social diría Peces Barba “satisface necesidades que sus titulares no pueden satisfacer por sí mismos, y que comprometen fondos públicos y una acción positiva de los poderes públicos”<sup>32</sup>. El concepto de ciudadanía social de Marshall aplicado a la sanidad, que consistiría en un “derecho a tener derechos”<sup>33</sup>, debería ser transformado en el de una ciudadanía sanitaria social activa y amplia en la protección, exigente de sus derechos, pero igualmente presta a asumir sus responsabilidades.

#### 4. UN SISTEMA UNIVERSAL PARA LA ASISTENCIA SANITARIA

Junto con la necesidad de dar cumplida satisfacción al derecho reconocido en el artículo 43.1 de la CE, mediante la garantía, de un sistema sanitario público de carácter universal es formado el marco conceptual y de los principios que inspiran. Es entonces cuando definimos el SNS como el conjunto de recursos, medios organizativos y actuaciones de las Administraciones sanitarias públicas o vinculados a las mismas, orientados a satisfacer el derecho a la protección de la salud a través de la promoción de la salud, prevención de las enfermedades y la atención sanitaria. Pues bien, pese al continuo proceso expansivo del ámbito subjetivo y la gran cantidad y variedad de títulos jurídicos que legitiman el acceso al SNS, todavía no se ha alcanzado la plena universalización (de derecho) y algunas personas carecen de cobertura legal. Llegados a este punto, destaca la tarea emprendida por algunas CC.AA. para garantizarles el acceso al SNS<sup>34</sup>.

31 FERRAJOLI, L Derechos y garantías..., cit., p.116-117.

32 PECES BARBA MARTÍNEZ, G., Curso de derechos fundamentales. Teoría general, BOE y Universidad Carlos III, Madrid, 1999. p. 139.

33 CORTINA, A., “Ciudadanía social”, *El País*, 8 de agosto de 1998.

34 ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M.: “El Sistema Nacional de Salud como sistema: realidad y carencias”, *Derecho y Salud*, Vol. 15, 2007, p. 26. El autor considera que *persiste* el asistematismo y la confusión entre el Sistema Nacional de Salud y la Seguridad Social.

30 MARSHALL, T. H y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, (v. Original 1950) Trad. P. Linares), Madrid, Alianza, 1998 p.10 ss.

En relación a estas consideraciones, existen razones para hablar de una necesidad de universalidad. La modernización e innovación que se requieren en el momento actual y para profundizar en los distintos ámbitos. Hoy, la sociedad se enfrenta a nuevos lances, así la degradación ambiental, el incremento de las desigualdades, las enfermedades emergentes, el envejecimiento de la población, las amenazas del cambio climático sobre la salud y la sostenibilidad constituyen importantes desafíos. Por otro lado, nos encontramos inmersos en un cambio social, económico y político de gran envergadura, un auténtico cambio de ciclo, caracterizado por la emergencia de la sociedad del conocimiento y por el predominio de la diversidad. La coexistencia de diversas culturas y formas de vida, hecho acreditado por las migraciones, supone: la convivencia del laicismo y de diversas religiones; la visión de nuevas formas de familia; las diferentes orientaciones sexuales de las personas; la nueva conceptualización de la igualdad de género, así como las nuevas formas de convivencia entre personas con diferentes grados de autonomía y capacitación física o mental. Todas son manifestaciones que modifican la vida de las personas<sup>35</sup>.

El problema de fondo ensalza nuevos contextos y conflictos. Los titulares/beneficiarios de la sanidad pública deberían acceder a ella a través de un mismo título jurídico, único y general. La normativa actual debería garantizar la asistencia sanitaria pública y gratuita para toda población obligando a los poderes del Estado a ajustarse a una nueva norma que refleje las prácticas y usos que la sociedad civil vive, desarrollándola mediante leyes que reconocen la igualdad de derechos y la discriminación positiva<sup>36</sup>. Es decir, ante una enfermedad (esto será ampliado posteriormente) el Estado debe afrontar el tratamiento, no pudiendo justificar en ningún caso su incumplimiento (alegando por ejemplo, que los recursos son destinados a afrontar otros servicios u otros problemas) pues, en estas circunstancias, el derecho a la salud presenta un núcleo esencial, un mínimo inquebrantable que no podrá ser dejado de lado en ninguna circunstancia, tanto por el Estado como por los particulares

---

35 SEVILLA F., “La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social”, Fundación Alternativas, nº 86, 2006, pp. 21-25.

36 DE LA VILLA GIL, L.E.: “El modelo constitucional de protección social”, *Aranzadi Social*, Tomo V, 2004, pp. 593-624; Montoya Melgar, A.: “Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud (apunte para un estudio)”, *Aranzadi Social*, Tomo V, 2004; TORNOS MÁS, J.: “Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud”, *Derecho y Salud*, Vol. 10, núm. 1, 2002, p. 6 ss.

En este sentido, las personas exigen mantenerse en buena salud durante una vida lo más prolongada posible, la intervención de sus potencialidades individuales y un bienestar personal y social permanente. Esta nueva representación da un posicionamiento proactivo, de anticipación, promoción y mejora del bienestar de las personas. En resumen, la protección de la salud debe alcanzar el esfuerzo sistémico para identificar las necesidades de esta dentro de la comunidad global y la ordenación de los recursos. Es decir, la implantación de estrategias innovadoras, que afronten los nuevos retos de salud pública, ahora de orden global.

## **5. CONCLUSIÓN: SUBSISTENCIA, RENTA BÁSICA Y ASISTENCIA SANITARIA INCLUSIVA**

1º- En el orden jurídico, se introduciría un nuevo derecho social, el derecho de subsistencia, que gozaría de garantía y eficacia por medio de un salario o renta mínimos. En el orden social se habría dado un gran paso para la supresión de la pobreza, al menos de la pobreza impuesta y no voluntaria, pues los ciudadanos independientemente de su trabajo y estatus disfrutarían de un mínimo vital para cubrir sus necesidades más esenciales. La denominada renta de garantía de ingresos (renta básica), constituida como derecho subjetivo, se articula como una prestación “paraguas” en cuyo marco, como ya se ha indicado anteriormente, se engloban dos modalidades, destinadas a diferentes colectivos y con diferente vinculación<sup>37</sup>. De una norma programática u orientativa dirigida a los poderes públicos pasaría a ser un derecho subjetivo, y no un derecho cualquiera, sino un derecho social, garantía del derecho a la subsistencia.

La renta básica no es una garantía más ni el derecho de subsistencia es un derecho social más. A diferencia de otras prestaciones, la renta básica habla del “derecho a recursos mínimos garantizados” para referirse al atendimento por el Estado de las necesidades básicas (alimentación, vivienda, salud, educación) que deben estar cubiertas por los servicios públicos de forma que lleguen a los sujetos que no estén en condiciones de suministrarse por sí mismos

---

37 RAVENTÓS PAÑELLA, D. & BERTOMEU M J. “El derecho de existencia y la renta básica de ciudadanía una justificación republicana”, en Antonio de Cabo, Gerardo Pisarello Prados (coords.), *La renta básica como nuevo derecho ciudadana*, Trotta, 2008, pp. 16-34.

de los recursos justos<sup>38</sup>. Una idea que nos lleva a que la obtención de derechos públicos universales y sin condiciones, como sería el derecho a la asistencia sanitaria, sería una buena solución, a mi juicio, para hacer sociedades superiores, capaces de descartar la pobreza, ser más igualitarias y socialmente más fortalecidas.

2º- Los lazos con las políticas de gasto público (subsistencia y salud) serían a través de la fórmula de una escala cuantificada de prelación del individuo, asegurada mediante la reserva de cuotas mínimas del presupuesto estatal a cada una de las partidas del gasto social (salud, educación, subsistencia, seguridad social y similares). Por tanto, es ante un derecho social de nuevo tipo, la subsistencia, lo que autoriza afirmar que la cobertura de la asistencia sanitaria sea homóloga y universal para toda la población<sup>39</sup>.

3º- La doctrina “supone lo vital”, como aquel término que se deriva de los principios de Estado social de derecho, dignidad humana y solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad, que tiene su soporte en el derecho a la salud, y, en concreto, a la asistencia sanitaria, en la modalidad de decisiones de protección especial a personas en situación de necesidad manifiesta, dado su carácter de derechos directa e inmediatamente aplicables. Aun cuando el citado derecho no se encuentra recogido entre los derechos fundamentales de la CE, en cuanto tal, sí es cierto que figura en el artículo 15 de la CE: el reconocimiento del derecho a la vida y a la integridad física y moral.

4º- Como se sostuvo, los problemas que se exhiben al momento de resolver casos vinculados con derechos sociales, especialmente respecto del derecho a la salud, son: 1) la determinación de cuándo el tratamiento o el medicamento es necesario (y por lo tanto debe ser cubierto por el sistema de salud) porque de lo contrario resultaría afectado el propio derecho invocado; 2) las cuestiones de igualdad estructural que trae aparejado el desarrollo de los derechos sociales, pues continúan resultando afectados los grupos desaventajados<sup>40</sup>. La exclusión social y las inequidades

persistentes en la distribución de la riqueza y en el acceso y la utilización de los servicios se reflejan en los resultados de salud. Estos factores siguen siendo los principales obstáculos para el desarrollo humano inclusivo y obstaculizan las estrategias de lucha contra la pobreza, así como la unidad social y el mejoramiento de las condiciones de salud de la población. Es decir, mejorar a un número considerable de personas, si se encuentra en situación de incapacidad material para hacer frente a sus necesidades vitales básicas y esenciales. Esta circunstancia inesperada hace que los poderes públicos entren en la comprobación de la renta, como medida ante la insuficiencia de recursos presupuestarios. Empero, las medidas normativas no se pueden adoptar para hacer frente a las necesidades más perentorias de la población, pues siempre resultan insuficientes.

5º- En este contexto, nos encontramos con que los procedimientos orientados a paliar o amortiguar la dramática situación de educación sanitaria, enfermedades crónicas, y otros problemas sociosanitarios existente, son insuficientes, ya sea porque sufren graves retrasos en su abordaje, siendo los más dramáticos los relativos a su prestación. Deviene en fundamental, que los poderes públicos actúen para procurar que se garantice la efectividad de las prestaciones, y una manera de llevar a cabo esa garantía de mínimos puede constituir una declaración de aquellos que se refieran a la subsistencia y supervivencia de las personas en condiciones de dignidad, lo que sería hablar de universalidad de la asistencia sanitaria. El avance hacia la cobertura universal es un papel determinante a la voluntad política, ya que la transición hacia la misma es un acto profundamente político<sup>41</sup>, que avisan de una distribución tanto de los beneficios como de las cargas financieras. No hay una fórmula universal de avance hacia la cobertura universal, cada país debe explorar su propia vía. Un elemento central en la voluntad política, que “debería suponer la imposición de deberes *erga omnes*, que prevalecería sobre cualquier otra consideración ideológica y moral”<sup>42</sup>. Para conseguir lo antedicho, la cobertura sanitaria, legislativamente, debe desligarse del concepto de asegurado y reorientarse hacia la condición de ciudadanía social, española o residencia en España.

38 JIMENA QUESADA, L., *La Europa social y democrática de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 277-278.

39 DE CASTRO, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, León, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, 1993. PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid, Eudema, 1991, p. 28. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995.

40 RONCONI, L.M., “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos

“, *Salud colectiva*; Vol.8, nº.2 Lanús mayo/ago. 2012.

41 SEVILLA J. & RIESGO I. ¿Qué está pasando en tu sanidad?, Profit, Madrid, pp. 159.

42 VELARDE C. & GELARDO T. Cap. XI, “Universalidad de los derechos humanos y su defensa internacional” en Megías Quiros J.J. (coord.) *Manual de derechos humanos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 240-241.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M.: “El Sistema Nacional de Salud como sistema: realidad y carencias”, *Derecho y Salud*, Vol. 15, 2007, p. 26.
- BARTHELY M., “Health Inequality, An introduction to theories, concepts and methods”, *Polity Press in association with Blackwell Publishers*, Cambridge, 2004, pp. 8-ss.
- CARMONA CUENCA, E., “El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la Constitución Española de 1978” *Estudios Internacionales* nº 172, Instituto de Estudios Internacionales - Universidad de Chile, 2012, pp. 61ss
- CORTINA, A., “Ciudadanía social”, *El País*, 8 de agosto de 1998
- DE CASTRO, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, León, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, 1993.
  - “La clasificación de los derechos humanos”, *Introducción al estudio de los derechos humanos* / coord. por Benito de Castro Cid, Madrid, Editorial Universitos, 2003.
- DANIELS N., “Equity of access to health care: some conceptual and ethical issues”. *Milbank Mem Fund Q Health Soc.* Vol 60, nº 1, 1982, pp.51-81.
- FERRAJOLI, L, “El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en vol. col. de P. Andrés Ibáñez (ed.) *Corrupción y Estado de Derecho. /El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p. 26;-*Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, p. 111.
- GOUGH I, &DOYAL L., *Teoría de las necesidades humanas*, Economía crítica nº 7, 1994, pp104-108
- JIMENA QUESADA, L., *La Europa social y democrática de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 277-278
- LEMA AÑÓN C., “Derechos sociales, ¿Para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales, en *Derechos y Libertades*, nº 22, Época II, enero 2010, pp.179-203.
- LORA P.; ZUÑIGA FAJURI A., *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de justicias distributivas*, Iustel, Biblioteca Jurídica Básica, pp. 177-198
- MARSHALL, T. H y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, (v. Original 1950) Trad. P. Linares), Madrid, Alianza, 1998
- NAVARRO V., “El derecho a la protección de la salud”, *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 6, 1998, p.139
- PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid, Eudema, 1991, p. 28.
- PÉREZ LUÑO, A, E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995.
- \_RAVENTÓS PAÑELLA, D, & BERTOMEU M J. “El derecho de existencia y la renta básica de ciudadanía una justificación republicana”, en Antonio de Cabo, Gerardo Pisarello Prados (coord.), *La renta básica como nuevo derecho ciudadana*, Trotta, 2008, pp.16-34.
- SEVILLA F., “La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social”, *Fundación Alternativas*, 2006, pp. 21-25.
- SEVILLA J. & RIESGO I. ¿Qué está pasando en tu sanidad?, Profit, Madrid, pp. 159.

# POSVERDAD SANITARIA: UN PROBLEMA DE SALUD PÚBLICA Y UN RETO PARA LA SALUD PÚBLICA

*Moure González, E.*  
*Eugenio Moure Abogados, S.L.P.*

**SUMARIO:** 1. *Fack news*, posverdad o, simplemente, bulos; 2. Redes para pescar en río revuelto; 3. ¿Por qué no se cumplen adecuadamente las Leyes que tutelan la salud pública?; 4. Bibliografía.

## RESUMEN

En el siglo pasado las enciclopedias -como la famosa Larousse- nuestros padres las adquirían por fascículos o en cómodos plazos. En el presente siglo vale con una conexión a internet desde un simple teléfono móvil para acceder a una mayor información, gratuita, en cascada y sin filtros. Y ese es el problema, no en poner puertas a semejante bosque (más bien selva), sino en la posibilidad de decantar determinada información sensible, como aquella que pueda afectar a nuestra salud, separando el poso de falsedad que circula por la red para preservar precisamente esa misma salud.

## PALABRAS CLAVE

Posverdad, bulos sobre la salud.

## 1. *FACK NEWS*, POSVERDAD O, SIMPLEMENTE, BULOS.

Hace unas semanas llegó a mi mano -en sentido literal, pues fue a través del teléfono móvil que sostenía con dicha extremidad-, un nuevo portal web llamado “Salud sin bulos” ([saludsinbulos.com](http://saludsinbulos.com)),

sugere título que despertó mi curiosidad e impulsó el rápido “click” a golpe de pulgar, para desplegarse a continuación una pantalla de inicio donde, revisando el contenido de una aparente oficialidad, se aludía a un “Observatorio de los Bulos en Internet”, que se justificaba con la afirmación de que era “necesaria la creación de este observatorio que nace con la intención de mejorar la calidad de la información de salud en la red”.

Y detrás de tan saludable -nunca mejor dicho- iniciativa se encontraba una asociación, una más, en este caso de “Investigadores en eSalud”, bajo las siglas AIES, que a poco se confunde con un ibuprofeno (AINES). Como ejemplo de sus sesudos trabajos de investigación para acabar con esos bulos que persigue en internet cuan *Blade Runner* del cibernético rumor, cuento uno muy llamativo que me dejó contrariado: el gin-tonic ayuda a combatir los efectos de la alergia<sup>1</sup>. Para el citado observatorio esto es falso (aun sin mencionar al ingrediente principal de la tónica, la

<sup>1</sup> <http://saludsinbulos.com/detras-del-titular/gin-tonic-efectos-alergia/> (consultado el 4 de mayo de 2018).

analgésica quinina), bulo que rebate científicamente para concluir con lo obvio.

Nunca me imaginaría que un alergólogo pudiese prescribirme un gin-tonic, pero la confirmación del bulo me deja más tranquilo (así evito la sobredosis), aunque nadie -por muy observatorio que sea- vaya a disuadirme de tomar uno de esos combinados (más de uno mejor no) para sobrellevar una buena digestión en las ociosas tardes de canícula vacacional, mas no para combatir mi alergia. Como con la cerveza o el vino tinto lo que se esconde detrás de tales bulos es el interés por avalar su consumo (aunque sea bajo la fórmula “bebe con moderación”) con la promoción de unos inexistentes efectos terapéuticos.

Pero no sólo estas bebidas son el objeto de estudios (imagínense por quiénes serán financiados) que salen de otros observatorios o institutos de rimbombantes nombres anglosajones o equívocas siglas, sino que la palabrería pseudocientífica -al igual que los vendedores de crecepele en el *far west*, pero ya sin necesidad de ir de feria en feria, sino no de móvil en móvil por el masivo alcance de las redes sociales-, auspicia todo tipo de remedios nuevos, cuando no es el redescubrimiento de técnicas ancestrales que se ponen en valor como alternativa a la más moderna medicina, de la que se recela.

Viene al caso un reciente artículo que dejaba en evidencia los supuestos beneficios del *Reiki*<sup>2</sup>, técnica oriental que presumía de ser milenaria (a lo sumo centenaria) consistente en un masaje a distancia (como la imposición de manos de ciertos aspirantes a beatos), sin contacto con el cuerpo, para equilibrar las energías negativas. Esas que, por ejemplo, según dicen sus defensores, producen el cáncer, al que definen como enfermedad psicosomática. Pues bien, la persuasión a través de esos bulos, más efectiva cuando una sufre una grave enfermedad, incluso llevó a crear unidades de *Reiki* en algunos hospitales españoles.

La gracia -que la tiene a pesar todo- es que como en el cuento “El traje del emperador” fue una niña de 9 años la que desmontó el mito de los efectos sanadores de los maestros del *Reiki*. Un sencillo experimento en el marco de un trabajo colegial demostró que sólo en el 44% de las ocasiones tales maestros eran capaces de detectar la presencia de la mano de la niña colocada a cierta distancia tras un pequeño

biombo. Imaginen entonces cómo podrían ser capaces de captar energía alguna si no percibían el calor corporal. Su trabajo fue publicado, no en un libro de cuentos, sino en la revista de la Asociación Médica Americana.

Los bulos también funcionan en sentido inverso, es decir, no para mitificar determinados productos o terapias no avaladas científicamente, sino para desmitificar los efectos de otras sí avaladas. Como ejemplo, el discurso catastrofista alrededor de las vacunas, al decir que no producen los beneficios que proclaman o que producen graves perjuicios (como el autismo en menores). Conocidos son los casos de padres que intentan eludir la vacunación de sus hijos esgrimiendo tales bulos, aunque en ocasiones sea el miedo -y no una iconoclasta reacción- quien disuade de vacunar a un hijo cuando otro ha sufrido un daño.

El problema consiste en intentar generalizar lo excepcional, pues puede provocar alarma social. Las vacunas, como todo medicamento, tienen sus efectos secundarios, pero en ocasiones estos alcanzan más notoriedad que sus beneficios para la colectividad. Quizás no se sepa que la inmunización poblacional evita entre dos y tres millones de muertes al año, pero sí se conoce el caso de quien murió o contrajo una grave enfermedad tras la administración de una vacuna<sup>3</sup>. El acento se pone en el suceso extraordinario y de ahí se derivan interesadas generalizaciones.

Un reciente reportaje publicado en Diario Médico se hacía eco de la información distorsionada, cuando no alarmista, que circula a sus anchas por internet<sup>4</sup>. La causa de ese fenómeno es el uso (y abuso) de las redes sociales que dan voz a cualquier individuo (al igual que una sociedad científica o un organismo oficial), amplificando su mensaje a golpe de “me gusta”, expandiendo así cualquier noticia falsa, sin verificaciones ni controles, con el problema añadido de la dictadura de los **algoritmos de Google**, que con frecuencia premian (y retroalimentan) más lo popular que lo veraz.

3 En el informe del Comité de Bioética de España “Dilemas ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario”, adoptado en el Pleno de 19 de enero de 2016, se recomienda transparencia y objetividad al informar a los ciudadanos sobre qué vacunas son indispensables para la salud colectiva desde criterios científicos y de salud pública. <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/cuestiones-etico-legales-rechazo-vacunas-propuestas-debate-necesario.pdf> (consultado el 16 de mayo de 2017).

4 <http://www.diariomedico.com/analisis/paciente-informado/se-puede-curar-al-drgoogler> (consultado el 8 de mayo de 2018).

2 [https://elpais.com/elpais/2018/03/27/eps/1522145643\\_785990.html](https://elpais.com/elpais/2018/03/27/eps/1522145643_785990.html) (consultado el 15 de abril de 2018).

Esto genera un problema de salud pública, ya denominado “*infoxicación*” **sanitaria**. Así los datos del Observatorio Nacional de Telecomunicaciones demuestran que **más de la mitad de la población se informa sobre salud en internet** y el 22 por ciento también en redes sociales. Y aunque no den credibilidad absoluta a lo que allí leen, **casi el 40 por ciento sí confía en lo que le cuenta el Dr. Google**. Siendo así, habría que darle un título oficial a tal doctor creando una auténtica wikipedia de la salud avalada por organismos reconocidos. Luego indagaremos en esa idea.

Conocida es la frase “doctores tiene la iglesia” para expresar la falta de una opinión formada sobre un tema en concreto de difícil comprensión. Pues doctores (de los otros y no sólo uno) tiene Google, tantos como gurús de lo saludable dispuestos a lanzar sus proclamas y consejos en la red. Frente a ese aluvión de información sin control, las Administraciones Públicas tienen que imponer como fuente fidedigna de información sanitaria aquella que permita combatir esos bulos. Y no precisamente los que bendicen determinados productos socialmente admitidos (como el gin-tonic), sino los maldicen otros que son imprescindibles en la sociedad actual (las vacunas).

## 2. REDES PARA PESCAR EN RÍO REVUELTO

La salud genera múltiples preguntas en internet, de ahí que al más famoso buscador se le conozca también como *Dr. Google*. Las respuestas, que sitúa por orden de popularidad -y no de rigurosidad-, llegan a millones de usuarios, que buscan más que conocimiento sopesado información rápida, más que objetividad científica la subjetividad de la experiencia ajena, más que soluciones convencionales alternativas novedosas.

Esa compulsión informativa ha generado el neologismo posverdad (*post-truth*), adjetivo que se refiere a unas circunstancias en que las apelaciones a las emociones y a las creencias personales influyen más en la formación de una opinión pública que los hechos objetivos<sup>5</sup>. Se genera así una percepción de la realidad que no responde a una racionalidad empíricamente demostrada, sino a una capacidad de autoengaño sugestionada por intereses que generalmente no son altruistas.

El problema reside en que queremos escuchar sólo aquello que nos interesa oír; o en el rechazo sistemático de aquellos hechos que no encajan en nuestras creencias o en nuestros anhelos. Como explica Arias Maldonado “la verdad es así reemplazada por las narrativas y cada tribu moral pasa a habitar un mundo social propio sin margen posible para el entendimiento”<sup>6</sup>. En otras palabras, existe una verdad alternativa (los famosos “hechos alternativos” de Trump), un espejismo que brota al calor de las emociones y del deseo de encontrar aquello que muchas veces desesperadamente buscamos.

La contaminación emocional de la racionalidad humana es la raíz de este fenómeno, que además se retroalimenta por distintos intereses; los de quienes buscan soluciones infalibles a sus problemas y los de quienes están dispuestos a darlas sin ningún pudor. Y como la información en la era digital es sobreabundante, captar la atención del público se consigue a base a golpe de titular, de eslóganes efectistas, de remedios infalibles, por ejemplo, para combatir de una forma natural y sin efectos secundarios nuestros problemas de salud.

Ocurre lo mismo que con los políticos en campaña electoral. Un fenómeno que podríamos denominar “demagogia sanitaria”. La diferencia reside en que así como las promesas electorales se verifican “ex post”, la verdad científica tiene su propio sistema de validación “ex ante”; es decir, existen unos mecanismos de control que permiten descubrir fácilmente tanto al científico demagogo como al moderno curandero que proclama su ciencia interesada en internet, como antes era a través del boca a boca. La cuestión es quién le pone el cascabel a ese gato (lo diremos en el siguiente capítulo).

En el latín vulgar el verbo manipular (“manipular”) significaba llevar a un ciego de la mano, lo cual implicaba una tarea compasiva o humanitaria. Hoy en día manipular, según la tercera acepción del Diccionario de la RAE, significa lo contrario<sup>7</sup>, una “distorsión de la verdad”, un camino equivocado. Quizás el cambio entre “manipular” y manipular lo provoque el Lazarillo de Tormes, al poner al ciego delante del poste y animarle a saltar con todas sus fuerzas.

6 Arias Maldonado, M. “Genealogía de la posverdad”, en “En la era de la posverdad. 14 ensayos” (Ibáñez Fané, J., ed.). Colección Criterios. Editorial Calambur, Barcelona, 2017, p. 65.

7 Intervenir con medios hábiles y, a veces, arteros, en la política, en el mercado, en la información, etc., con distorsión de la verdad o la justicia, y al servicio de intereses particulares.

5 <https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth> (consultado el 13 de mayo de 2018).



De ese modo manipulan las redes sociales, mandado saltar al vacío de una realidad distorsionada.

Redes sociales que no sólo nos permiten conocer sino también que nos conozcan. Google y también Facebook son el nuevo “Gran hermano”, el “Ministerio de la Verdad” de la famosa novela distópica “1984” de George Orwell. Controlar nuestros datos personales, en lugar de ser controlados por manos ajenas, exige un esfuerzo denodado, pero sobre todo una legislación que nos proteja. Se dice que el nuevo Reglamento General de Protección de Datos es fruto de la batalla judicial entre un joven abogado austriaco y la más famosa red social<sup>8</sup>.

Es la era del *Big Data*, del tratamiento masivo de datos personales, que ya se dice que es el nuevo “oro negro”. El 75% de los macrodatos almacenados son generados por nosotros mismos (redes sociales, GPS o correos electrónicos). Y atentas a esos acontecimientos vitales, de los que dejamos rastro en la red, están las empresas llamadas corredores de datos, como Acxiom, que crea perfiles personales, descritos como el “resumen de indicadores de estilo de vida, intereses y actividades”, capaces luego de predecir más de 3.000 reacciones ante estímulos<sup>9</sup>.

Bien cierto que el conocimiento profundo de nosotros mismos por ese *Big Brother/Big Data* no sólo tiene imaginables connotaciones perniciosas, sino evidentes utilidades, también en el campo de la salud pública. Con ocasión de la pandemia de la gripe A la web *Google Flu Trends* fue capaz de predecirla al usar los datos de las búsquedas de los usuarios que contenían síntomas parecidos a la enfermedad de la gripe, agrupándolos según ubicación y fecha, anticipando la incipiente actividad de la gripe hasta con dos semanas de antelación sobre los sistemas tradicionales<sup>10</sup>.

8 Es la historia de Max Schems, contada en El País Semanal, que concluye con un proyecto nuevo tras su larga batalla judicial, la asociación “None of Your Business”, que pretende velar por el cumplimiento de la norma europea que el mismo desencadenó. [https://elpais.com/elpais/2018/05/10/eps/1525952227\\_419658.html](https://elpais.com/elpais/2018/05/10/eps/1525952227_419658.html) (consultado el 18 de mayo de 2018).

9 En febrero de 2013 Facebook acordó la cesión de la información personal de sus usuarios con Acxiom y otros corredores de datos, cruzando las actividades en línea como las de fuera de internet. Fuente: <https://es.wikipedia.org/wiki/Macrodatos> (consultada el 13 de mayo de 2018).

10 Más concretamente en Nueva Zelanda cruzaron los datos de las tendencias de gripe de Google con datos existentes de los sistemas de salud nacionales, y comprobaron que estaban alineados. Los gráficos mostraron una correlación con las búsquedas de síntomas relacionados con la gripe y la extensión de la pandemia en el país. Los países con sistemas de predicción

Las aplicaciones del *Big Data* en combinación con programas de Inteligencia Artificial en el mundo de salud nos permitirán, en un futuro no muy lejano, predecir de manera altamente efectiva los problemas de salud de la población. Pero esa monitorización constante de nuestra vida (desde las calorías que consumimos hasta nuestras pulsaciones o las horas que dormimos), supone una exposición de nuestra intimidad en forma de datos al alcance de empresas interesadas en conocer nuestra predisposición a la enfermedad o nuestras demandas de salud.

La película *Gattaca*<sup>11</sup> analiza, precisamente, un mundo postmoderno en el cual el perfeccionamiento genético conlleva una nueva aristocracia profesional, de modo que los “imperfectos”, a quienes sus datos analíticos les estigmatizan, son discriminados laboralmente. Esa es la tiranía a la que nos enfrentamos en un mundo que permita ese control de nuestra vida. Que el chip del móvil, almacén de nuestros hábitos y deseos, quede atrapado en un entramado de redes sociales y pueda traficarse con nuestros datos al mejor postor, es el riesgo al que nos enfrentamos.

Así, y a través de esas mismas redes sociales nos llegarán “publicaciones sugeridas”, según nuestras pulsiones y necesidades conocidas subrepticamente. De ese modo, el rumor, el bulo o la información interesada podrán bombardear nuestro ordenador o móvil, a la que daremos pábulo por esa necesidad previamente captada. Redes, como hemos anticipado, que más que atrapar nos atrapan, que nos enredan para que, en un determinado río revuelto como es la enfermedad, algunas empresas hagan su próspero negocio.

### 3. ¿POR QUÉ NO SE CUMPLEN ADECUADAMENTE LAS LEYES QUE TUTELAN LA SALUD PÚBLICA?

Un estudio sobre el impacto de las noticias falsas (*fake news*) en España<sup>12</sup>, realizado en 2017 por la empresa Simple Lógica en colaboración con la Universidad Complutense de Madrid, evidenció que el 86%

poco desarrollados pueden beneficiarse de una predicción fiable y pública para abastecer a su población de las medidas de seguridad oportunas. Fuente: <https://es.wikipedia.org/wiki/Macrodatos> (consultada el 13 de mayo de 2018).

11 *Gattaca* es una película estadounidense de ciencia ficción del año 1997, escrita y dirigida por Andrew Niccol y protagonizada por Ethan Hawke, Uma Thurman y Jude Law.

12 <https://d3vjcw65af87t.cloudfront.net/novacdn/EstudioPescanova.pdf>

de los españoles tiene problemas para identificar una noticia falsa, si bien casi el 60% consideraba que no tendría ningún problema para hacerlo. La principal conclusión del estudio es que la mentira, aunque se identifique (o crea identificarse) genera falsos recuerdos y afecta a la toma de decisión individual.

Si la exposición de nuestros datos personales tiene la capacidad de atraer una información, en ocasiones tergiversada o cuando menos interesada, y esa información puede influir en nuestra toma de decisiones, pues además tiende a apelar a nuestras emociones, la única manera de contrarrestar esa influencia perniciosa es con una información rigurosa a la par que sugestiva, bajo un marchamo de oficialidad que permita generar confianza en la población y ayudarle a tomar decisiones sensatas en lo que concierne a su salud.

La Ley 33/2011, de 4 de Octubre, General de Salud Pública, precisamente describe entre los principios generales de acción en salud pública la transparencia que supone, en relación con las actuaciones en esta materia, que “la información sobre las mismas deberá ser clara, sencilla y comprensible para el conjunto de los ciudadanos” (artículo 3, f); un deber de informar que tiene el correlato de un derecho de los ciudadanos a ser informados, por ejemplo, de “los condicionantes de salud” que incluye los riesgos de todo tipo (art. 4, c).

Pero no sólo consiste en que las Administraciones Públicas con competencia en esta materia sean transparentes, sino que velen “porque la información sobre salud dirigida al público sea veraz y cumpla con las previsiones de esta ley, especialmente cuando sea difundida a través de los medios de comunicación social”, a los que facilitarán “criterios de buenas prácticas” (art. 18). Realmente las actuaciones en materia de salud pública, a las que en concreto se refiere el artículo 27, exigen, precisamente, “comunicación” (art. 28), pues de lo contrario no podrán ser efectivas.

La reciente historia sobre determinadas amenazas a nuestra salud pública nos revela comportamientos contrarios a esa norma de referencia (o de sus precedentes en esta materia). Recuérdese los hilillos de plastilina a que se refería nuestro anterior presidente para minimizar los vertidos del Prestige, o la receta de aquella ministra de un caldo para combatir la posible transmisión del mal de las “vacas locas” y, más recientemente, la información a cuenta gotas sobre el contagio de una profesional sanitaria por el virus del Ébola.

El virus de la desinformación es más destructivo a nivel social que cualquier otro, como explica Max Otte en su ensayo “El crash de la información. Los mecanismos de la desinformación cotidiana”. Cuando se genera una sensación de opacidad se aviva la propia idiosincrasia patria, tan receptiva al rumor que ahora además se expande de forma descontrolada gracias a internet, pudiendo una simple foto provocar pánico general, como aquella del traje del personal sanitario cuyos guantes se sellaban con cinta aislante, sin una explicación de que el virus se contagia sólo por la sangre o los fluidos y no por transmisión aérea.

Estamos, siendo así, ante un relativo incumplimiento de la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, cuya primera actuación relativa a la prestación en materia de salud pública (siguiendo el propio orden expositivo) es “la información y la vigilancia en salud pública y los sistemas de alerta epidemiológica y respuesta rápida ante emergencia en salud pública” (art. 11.2, a). Desde la perspectiva del ciudadano el sistema de información sanitaria del Sistema Nacional de Salud debe incluir los “riesgos para la salud” (art. 53.1, c). Y para es fin y el resto que contempla se prevé la creación de un Instituto de Información sanitaria (art. 58).

Tal Instituto ha dado pocas señales de vida en la materia que nos concierne, más centrado en la elaboración de informe periódicos que coyunturales, más ocupado de las estadísticas, es decir, en la información retrospectiva, que de los avisos en relación a determinadas amenazas para la salud pública. Y es en este extremo que el se produce un vacío organizativo, que no normativo, pues la Ley 33/2011 prevé un específico Sistema de Información en Salud Pública, el cual ha de integrar “la información sobre políticas y sobre actuaciones de salud en todos los ámbitos de acción” (art. 40.3, c).

Existe así un carencia que debe ser cubierta, no sólo para dar pleno cumplimiento a la norma sectorial de referencia, sino para cumplir con otra norma, en este caso transversal, como es la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, cuyo capítulo II, relativo a la “publicidad activa”, recoge la obligación de publicar “de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia en relación con el funcionamiento y control de la actuación pública” (art. 5.1).

No olvidemos, además, que la Ley 41/2002, de 21 de noviembre, básica reguladora de la autonomía

del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su artículo 6 recoge el derecho a la información epidemiológica, que supone que “los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esa información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley”.

Pero es que esos ciudadanos a que se refiere el último precepto citado también son consumidores -en el amplio concepto en que aparece definidos en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios-, entre cuyos derechos se cuenta “la protección contra los riesgos que pueda afectar a su salud o seguridad” (art. 8, a) y “la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para la el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute” (art. 8, d).

Y como hemos aludido a internet, caja de resonancia de las *fack news* y hábitat propio de la posverdad, debemos tener presente el contenido de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico -más conocida como la Ley de internet-, en la cual se establece una auténtica censura de aquellos contenidos en la red, cuando un determinado servicio atente, entre otros principios, contra “la protección de la salud pública” (art. 8.1, b). Censura de oficio -a cargo de “los órganos competentes”- y censura a instancia de parte para la protección de los intereses colectivos y difusos a través de la denominada “acción de cesación” (art. 30).

Tenemos, pues, un arsenal normativo para, por un lado (y en un sentido positivo), dar sentido a la transparencia en esta materia, cumpliendo con el deber de informar sobre todos los aspectos relativos a la salud pública, cumpliendo, además, con ese derecho a la información epidemiológica que también asiste a los ciudadanos y, de paso, hacer divulgación y sana didáctica para mejorar la protección de la salud; y, por otro lado (en sentido negativo), poner coto a los bulos en internet precisamente cuando atenten contra la salud pública o los derechos de los consumidores.

La información no es sólo una obligación para quien debe darla -toda Administración Pública-, sino también un derecho de quien debe recibirla, en este

caso por partida doble: derecho a estar informado acerca de la actividad desplegada en esta materia y derecho a conocer los riesgos que se generan. Por eso, la falta de información o una información engañosa no sólo puede entrañar problemas de salud pública, sino que representa, desde luego, un reto para la salud pública, es decir, para la organización encargada de tutelarla.

El Instituto de Información Sanitaria debiera crear una específica plataforma en materia de salud pública, que a través de un portal web (a imagen y semejanza, por ejemplo, del que dispone la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios), diera cauce a la información a la que legalmente están obligadas las Administraciones Públicas, en colaboración con las sociedades científicas y las asociaciones de pacientes, para posibilitar un mecanismo de consulta fiable, riguroso y, a su vez, atractivo, a fin de resolver las dudas en materia de salud pública e impedir la propagación de los bulos en internet. No es una opción, es la solución conforme a la legislación.

Hay quien dice que el Derecho en la actualidad es un sistema incapaz de dar seguridad jurídica cuando los propios saberes técnicos encuentran dificultades para suministrar los imprescindibles criterios de control<sup>13</sup>. Pesa sobre esa visión del acontecer jurídico y técnico la catastrofista imagen de la sociedad del riesgo (Beck) o de la modernidad líquida (Bauman). Pero quizás todo sea producto de una sugestión generalizada por la inmensa distorsión de la realidad circundante que, a modo de circense juego de espejos, provoca una (des)información amplificada por las redes sociales. Entre esas divagaciones uno se queda con una reciente imagen paseando por Bruselas: la inscripción en un pedestal frente al palacio de Justicia (“*Salus patriae suprema lex*”). Así debe ser.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

##### Libros:

- Ibañez Fanés, J. (ed.). “En la era de la posverdad. 14 ensayos”. Ed. Calambur. Colección Criterios. Barcelona, 2017.

13 San Marín Segura, D. y Susín Betrán, R. (coordinadores). “Derecho y política en la sociedad del riesgo. 8 propuestas de cine”. Universidad de la La Rioja, Logroño, 2009, p. 25.

- Otte, M. “La crash de la información. Los mecanismos de la desinformación cotidiana”. Ed. Ariel. Barcelona, 2010.
- San Marín Segura, D. y Susín Betrán, R. (coordinadores). “Derecho y política en la sociedad del riesgo. 8 propuestas de cine”. Universidad de La Rioja, Logroño, 2009.

**Páginas web:**

- [boe.es](http://boe.es)
- [comitedebioetica.es](http://comitedebioetica.es)
- [diariomedico.com](http://diariomedico.com)
- [elpais.com](http://elpais.com)
- [oxforddictionaries.com](http://oxforddictionaries.com)
- [rae.es](http://rae.es)
- [saludsinbulos.com](http://saludsinbulos.com)
- [simplelogica.com](http://simplelogica.com)
- [wikipedia.org](http://wikipedia.org)

# LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

*María Martín Ayala*  
*Jefa de Servicio Jurídico*  
*Consejería de Hacienda y AAPP*  
*Junta de Comunidades de Castilla La Mancha*

**SUMARIO: 1. Introducción. 2. Derechos sexuales y reproductivos. 3. Acerca de la titularidad de los derechos reproductivos. 4. Técnicas de reproducción humana asistida. La gestación por sustitución. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.**

## **RESUMEN**

La presente comunicación plantea el reconocimiento jurídico de un verdadero derecho a la reproducción, la libertad de su ejercicio y en ocasiones de su prestación, y sobre a quién debe corresponder su titularidad. Asimismo se lleva a cabo una ligera aproximación a la figura de la gestación por sustitución.

## **PALABRAS CLAVE**

Reproducción, técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución, maternidad, paternidad, familia.

## **ABSTRACT**

The purpose of this communication is to identify a real reproduction right, the freedom of its exercise and sometimes benefit, but especially to identify its ownership. In addition, we make a little approach about the figure of surrogate motherhood.

## **KEYWORDS**

Reproduction, techniques of assisted human reproduction, surrogate motherhood, maternity, paternity, family.

## **1. INTRODUCCIÓN**

En línea con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), podríamos interpretar que el derecho a la reproducción en que se basan las técnicas de reproducción humana asistida tiene respaldo constitucional por encontrarse involucrados valores y derechos de la personalidad así como derechos fundamentales como la intimidad personal, la prohibición de discriminación o el derecho a fundar una familia.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, no incluye entre las mismas la gestación por sustitución, al considerarse nulo el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

En la presente comunicación igualmente se analiza si el Estado y sus leyes deberían tutelar el derecho de los padres de intención o comitentes cuando concurren los controles y garantías necesarias que acrediten

la plena autonomía de la mujer gestante a la hora de prestar su consentimiento. Asimismo nos hacemos las siguientes cuestiones: ¿El reconocimiento de un derecho a la maternidad reservado únicamente a las mujeres por su realidad biológica no resulta contrario al principio de igualdad? ¿Podría equipararse la gestación por sustitución a la donación de gametos y por lo tanto a una técnica de reproducción asistida más?, ¿Podemos diferenciar un derecho a la reproducción de un derecho al **ejercicio** de la maternidad/paternidad?, ¿Por libre autonomía se debe entender la libre disponibilidad del propio cuerpo?

## 2. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Generalmente no encontramos en los ordenamientos jurídicos un reconocimiento expreso del derecho a ser madre o padre. La Constitución Española de 1978, si recoge expresamente en su artículo 39.2 la protección a las madres<sup>1</sup>, así como existen disposiciones jurídicas que protegen determinados aspectos de la maternidad y de la paternidad, ya sea en su formulación positiva o negativa en la medida en que se considera de interés general su regulación: en la legislación laboral -permisos de maternidad y paternidad-, en la regulación sobre interrupción voluntaria del embarazo<sup>2</sup>, en la regulación sobre técnicas de reproducción humana asistida<sup>3</sup>...

Más allá de estos aspectos, en el que la maternidad y la paternidad se reflejan en el ámbito de lo público, en el resto de sus expresiones permanece en la esfera privada de las personas al amparo de derechos con la intimidad personal, la prohibición de

discriminación o el derecho a fundar una familia que si encuentran su reflejo, directa o indirectamente, en la propia Constitución (artículo 18, artículo 14, artículo 39...) <sup>4</sup>

Eso mismo se comprueba si atendemos a lo dispuesto en el inicio del preámbulo de la ya citada Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante LOIVE)<sup>5</sup>. En el ámbito internacional, sin embargo, si encontramos formulaciones que incluyen los derechos sexuales y reproductivos como parte de los derechos humanos más allá del ámbito interno de la persona. Así por ejemplo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, las Conferencias Mundiales sobre Población y Desarrollo del Cairo de 1993 y la Conferencia Mundial sobre la mujer de Pekín de 1995, que definen los derechos sexuales y reproductivos como reconocimiento a todas las **parejas e individuos** a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las **parejas y los individuos** deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia (...) <sup>6</sup>.

1 Constitución Española. Capítulo III. De los principios rectores de la política social y económica. Artículo 39.2: "Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad."

2 Preámbulo (II) de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo: "La presente Ley reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada."

3 Artículo 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: "Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual."

4 IGAREDA GONZÁLEZ, N., "El hipotético derecho a la Reproducción", CEFD Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 23, 2011 y pág. 252 y ss.

5 Que establece: "El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar. La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual. Los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, pero, también, deben establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable, poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información."

6 Documento de Naciones Unidas A/CONF.177/20/ Rev.1. Punto 95. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995. <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20>

Si bien los regímenes jurídicos nacionales no pueden desconocer los elementos normativos que proceden directamente del derecho internacional de obligado cumplimiento para cualquier operador jurídico, ya sea legislativo o judicial (art.10.2 Constitución Española<sup>7</sup>), lo cierto es que la legislación nacional que regula los derechos reproductivos parece estar más preocupada delimitar y acotar el ejercicio de los mismos que dar contenido a los derechos en sí. Un ejemplo de ello es el preámbulo de la LOIVE que, como se ha dicho, menciona los derechos sexuales y reproductivos derivados de otros derechos fundamentales pero posteriormente no los desarrolla en su articulado.

Sin embargo, en palabras de DE BARBIERI<sup>8</sup>, estos documentos son válidos como generadores de nuevos derechos, y funcionan como fuente de inspiración de los gobiernos y las fuerzas políticas para cambiar las legislaciones o llenar vacíos legales, en el diseño y puesta en práctica de políticas públicas, y jueces y tribunales pueden hacer uso de ellos cuando el texto de la ley no es claro o no se ajusta al o los casos sujetos a juicio, además de que las organizaciones civiles y políticas y la ciudadanía pueden basarse en los mismos para fundamentar el derecho de petición en la materia.

Sin perjuicio de lo anterior, hemos de reconocer que el derecho a la reproducción o a la procreación, como la posibilidad de tener hijos, y por lo tanto como valor, es digno de tutela en nuestra sociedad, y ello se refleja en la amplia atención recibida por parte de la doctrina.

Así por ejemplo, gran parte de la misma afirma la existencia de un derecho a la reproducción como base de la legitimidad de las técnicas de reproducción humana asistida. Otros lo entienden como derivado de la existencia de un derecho a la protección de la salud (artículo 43.1 de la Constitución), como derecho frente a la esterilidad, como derecho-deseo de tener hijos, como derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 17.1 de la Constitución como derecho a decidir libremente sobre su propia reproducción), como derecho a la intimidad... En esta

[full%20report%20S.pdf](#) Consultado el día 5 de junio de 2018.

7 10.2 CE: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

8 DE BARBIERI, T., “Derechos reproductivos y sexuales. Encrucijada en tiempos distintos”, Revista mexicana de Sociología, núm.1, vol.62, enero-marzo de 2000, pág.45-59.

línea GÓMEZ SÁNCHEZ<sup>9</sup>, fundamenta en primer lugar la existencia de un derecho a la reproducción en nuestro ordenamiento jurídico derivado del derecho a la libertad del artículo 17.1 de la Constitución, el derecho a la libertad entendido como “*derecho-autonomía que, en un principio postula la no injerencia de los poderes públicos en la esfera de la autonomía personal*”.

En otras ocasiones se justifica por la existencia de un derecho a fundar una familia, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la propia Constitución al incorporar en nuestro ordenamiento el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948<sup>10</sup>. Pero, a nuestro juicio, asociar el reproducirse a fundar una familia produciría un concepto de familia reducido a aquellas unidas por lazos biológicos y ello no se corresponde con la realidad legal dado que nuestro ordenamiento jurídico admite familias cuyos hijos son adoptados o fruto de una donación de gametos<sup>11</sup>. En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en Odièvre vs Francia (2003) afirmó que un simple vínculo biológico, en ausencia de una íntima, real y personal relación, no es suficiente para fundamentar la existencia de una vida familiar en el sentido de lo que el artículo 8 que el Convenio Europeo de Derechos Humanos garantiza<sup>12</sup>.

De este modo, en la línea de la doctrina jurisprudencial del TEDH<sup>13</sup>, podríamos interpretar que el

9 GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: El derecho a la reproducción humana, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 45

10 Artículo 12. “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. [www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/](http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/)

11 Definición de familia en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: 1. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. 2. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. 3. Hijos o descendencia. <http://dle.rae.es/?id=HZnZiow>

12 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 1950. Artículo 8: “Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

13 Sentencia del TEDH de 28 de agosto de 2012, nº 54270/2010, ante la decisión de la Corte Italiana al acceso de una pareja a una técnica de reproducción humana asistida afir-

derecho a la reproducción en que se basan las técnicas de reproducción humana asistida tiene respaldo constitucional por encontrarse involucrados valores y derechos de la personalidad así como derechos fundamentales como la intimidad personal o la prohibición de discriminación.

Pero si bien ello demuestra la necesidad del reconocimiento de este derecho, se ha puesto de manifiesto la indefinición de los elementos subjetivos y materiales que configuran el mismo, dada la pluralidad de fórmulas o modelos jurídicos de familia que responden a una realidad sociocultural que se encuentra en permanente estado de evolución<sup>14</sup>.

### 3. ACERCA DE LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

Consideramos importante advertir la relevancia de la titularidad de los derechos, pues, tal como analizaremos en momentos posteriores, su distinción respecto de bienes jurídicos protegidos puede eliminar los conflictos en la regulación sobre los derechos reproductivos.

Desde un punto de vista biológico, la procreación consiste en la combinación de material genético de la mujer y un hombre mediante una relación sexual y posterior gestación del embrión y feto hasta nacimiento de un nuevo ser humano. Cualquier mujer u hombre puede participar en dicha relación, limitándose únicamente a la mujer la posibilidad de gestar dicha, gestación que, no olvidemos, es el presupuesto básico para el nacimiento de una nueva vida<sup>15</sup>.

Desde este punto de vista estamos de acuerdo en que la procreación encuentra respaldo jurídico como derecho a la libertad bien se ubique en el libre

---

ma que “esta prohibición constituye una injerencia en el derecho de los requirentes al respeto a la vida privada y familiar”.

14 En palabras de MONTALVO JÄÄSKELAINEN, citando la STC 45/1989 de 20 de febrero, FJ 4, “hasta la fecha el artículo 39 CE no ha dado lugar a un modelo constitucional de familia, lo que no impide determinar que en el artículo 39 CE se incluirían las familias que se originan en el matrimonio, pero también a las que no tienen ese origen”. MONTALVO JÄÄSKELAINEN F. “Una reflexión sobre la oportunidad de regular la maternidad subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente”, Derecho y Salud, Vol.27 Extraordinario XXVI Congreso 2017, págs. 26 y ss.

15 Al menos por ahora, pues actualmente, en determinados foros científicos se habla del futuro desarrollo de la ectogénesis: desarrollar un feto fuera del cuerpo humano, en un útero artificial. [https://www.vice.com/es\\_co/article/yv7kzj/llegaron-los-teros-artificiales-su-polmica-tambin11](https://www.vice.com/es_co/article/yv7kzj/llegaron-los-teros-artificiales-su-polmica-tambin11)

desarrollo de la personalidad o en el derecho a la intimidad, tal y como afirma PANTALEÓN PRIETO<sup>16</sup>, sin embargo, como aptitud natural, no basta con querer ejercer dicho derecho y que el Estado interfiera lo menos posible en su ejercicio, sino que ha de poder ejercerse, y ello se encuentra al alcance exclusivo de una mujer gestante, pues es el único ser dotado biológicamente de dicha facultad.

Así, si bien nuestra Constitución acoge en su artículo 39 expresamente la protección de la maternidad como principio rector de la política social y económica, el debate sobre el necesario reconocimiento de un derecho a la maternidad como derecho fundamental apenas ha tenido acogida entre los juristas y ello es así, porque según nuestra manera de ver, si se hablara de un derecho o no a la maternidad, implícitamente estaríamos discutiendo sobre un derecho cuyos titulares, debido a su realidad biológica, solo pueden ser las mujeres. Para determinados sectores doctrinales<sup>17</sup>, la construcción de cualquier derecho jurídicamente protegido cuya titularidad podría llegar a ser interpretada de un único sexo atentaría contra el principio de igualdad y contra el concepto de ciudadanía presuntamente neutral de nuestro Estado de derecho.

Por este motivo, los derechos reproductivos, tal y como hemos ido señalando en párrafos anteriores, aparecen enunciados en los distintos textos bajo una titularidad compartida o a favor de un titular difuso (personas, parejas, individuos...). Este hecho resulta paradójico, y de hecho, muchos autores como GONZÁLEZ MORENO<sup>18</sup> han defendido la tesis de que dichos derechos deberían ser enunciados como específicos de las mujeres, ya que son derechos basados en su realidad biológica y necesidades específicas. Sin embargo para autores como GARCÍA MANRIQUE<sup>19</sup>, no hay derechos específicos de las mujeres porque los derechos humanos ya son universales.

---

16 PANTALEÓN PRIETO, F. “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, Revista del centro de estudios Constitucionales, núm.15, 1993, pág.129-160 y en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., El derecho a la reproducción humana, Marcial Pons, Madrid 1994, pág. 55.

17 RUIZ RICO-RUIZ, G. “La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): El caso de la maternidad subrogada.” UNED. Revista de Derecho Político N°99, mayo-agosto 2017, págs. 49-78.

18 GONZÁLEZ MORENO, J.M. La autonomía reproductiva de las mujeres: los límites del Derecho. Un ensayo filosófico jurídico. Editorial Trabe. Barcelona, 2017.

19 GARCÍA MANRIQUE, R. Derechos humanos e injusticias cotidianas. Universidad del Externado de Colombia. 2004, págs. 20-25.



Afirma sin embargo que lo que sí habría serían necesidades específicas que requieren determinadas especificaciones en su protección por parte del Derecho. En este sentido, defender la existencia de unos derechos específicos requiere diferenciarlos de la categoría genérica de “universales”, y ello sobre todo con el objeto de otorgar mayor protección o valoración jurídica a las diferencias de las mujeres.

A este respecto FERRAJOLI<sup>20</sup>, afirma que este hecho se inscribiría en lo que denomina “la homologación jurídica de las diferencias”, en donde se parte de un marco jurídico general y abstracto para todos (“derecho a la igualdad de trato”) dejando aparte la realidad social en que se encuentran los sujetos, ignorándose por tanto las diferencias entre los mismos en nombre de una defensa abstracta a la igualdad.

Pero esta circunstancia, con la que comulgamos, no es fortuita. No se puede negar que la condición reproductiva de la mujer ha condicionado históricamente su existencia siendo objeto de políticas discriminatorias y coactivas; y sin embargo la maternidad ha sido y es ampliamente reconocida y protegida en los textos jurídicos, sobre todo en aras de sancionar las prácticas limitativas de nacimientos, la prohibición de la esterilización forzosa y de todas aquellas conductas que afectan a la procreación, entre las que se encuentra la interrupción del embarazo, así como la consolidación del estatuto jurídico del embrión, hechos que demuestran un claro paternalismo en el diseño de estas políticas.

La mujer como sujeto biológico con capacidad para reproducirse debería ser la titular indiscutible de los derechos reproductivos ostentando el derecho a la salud reproductiva, al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, a la planificación familiar, en determinados casos, a la interrupción voluntaria del embarazo... El papel de la mujer en este ámbito no es comparable a las experiencias reproductivas del hombre a lo largo de su existencia, donde el ejercicio de su libertad y la responsabilidad de su actos no pueden equipararse a la realidad femenina. No podemos obviar, que, en el ámbito reproductivo, las diferentes situaciones (embarazo, aborto, técnicas de reproducción humana asistida...) tienen sin duda, mayores implicaciones para las mujeres y no sólo por las diferencias biológicas respecto a los hombres, sino también a nivel social, cultural, médico, psicológico... en cuya raíz se encuentra la desigualdad estructural

entre sexos, especificidades todas ellas que debieran traducirse a nivel normativo.

Lo vemos igualmente si lo analizamos desde el plano de la autonomía: un hombre, por sí solo, no puede decidir ser padre sin el consentimiento de una mujer; pero una mujer puede decidir ser madre, aún con la falta de consentimiento del hombre. Y en contrapartida vemos que un hombre puede ser padre y eludir su responsabilidad como ocurre desgraciadamente en infinidad de ocasiones, debido a que, a falta de una prueba de paternidad no puede comprobarse el hecho de la misma; y, sin embargo, el parto determina la filiación hacia la madre, de modo que, una mujer, salvo abandono o fallecimiento, no puede renunciar a su maternidad.

La Plataforma de Acción de Beijing acordada en la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre la mujer celebrada en 1995, dispuso que “los derechos humanos de **las mujeres** incluyen el derecho a tener el control y a decidir libre y responsablemente sobre su sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, libre de presiones, discriminación y violencia”.

Otras normas internas nacionales también han reconocido esta autonomía exclusiva de las mujeres. Así el preámbulo de la LOIVE afirma: “*La presente Ley reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada (...)*” y el Artículo 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: “*Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.*”

Igualmente el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se regula la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, aunque no se refiere claramente a sus destinatarias, se refiere a los servicios cubiertos por la sanidad pública, entre los que se encuentran los tratamientos de reproducción humana asistida cuya finalidad sea la de ayudar a lograr la **gestación** en aquellas personas con imposibilidad de conseguirlo de forma natural, no susceptibles a tratamientos exclusivamente farmacológicos, o tras el fracaso de los mismos. Para lo cual

<sup>20</sup> FERRAJOLI.L. Derechos y garantías. La Ley del más débil. Editorial Trotta, Madrid, 1999, págs.73-76

se exige la existencia de un trastorno documentado de la capacidad reproductiva, constatada tras el correspondiente protocolo diagnóstico y no susceptible de tratamiento médico o tras la evidente ineficacia del mismo; así como la ausencia de consecución de embarazo tras un mínimo de 12 meses de relaciones sexuales con coito vaginal sin empleo de métodos anticonceptivos<sup>21</sup>.

De este modo, teniendo en cuenta lo afirmado anteriormente, no podemos basarnos en el derecho a la igualdad para defender este derecho a la reproducción por parte de varones solos o parejas de varones, puesto que no podemos equiparar la aptitud natural para la procreación con la imposibilidad biológica de la reproducción que nada tienen que ver con la orientación sexual de la persona.

Desde nuestro punto de vista, es en la escisión entre el derecho a la reproducción y al ejercicio del derecho a la maternidad/paternidad donde se hallan las confusiones, en la mayor parte de las ocasiones, con sesgos de intencionalidad, pues, como se ha dicho, la confusión entre la titularidad de los derechos es a menudo la pauta de actuación para determinadas tendencias ideológicas.

Tal y como hemos defendido, a nuestro juicio, es el derecho a la reproducción el que está constreñido biológicamente, debiéndose circunscribir su titularidad a los únicos seres biológicos que pueden reproducirse: las mujeres, no siendo así al ejercicio de la maternidad/paternidad que diferenciamos del derecho a la procreación, ya que exige el previo nacimiento de un hijo.

Efectivamente, el ejercicio de la maternidad/paternidad presenta una dimensión biológica indudable, pues como se ha dicho en nuestro ordenamiento la maternidad viene asociada al parto, pero no se agota con ella -como en el caso de la adopción- pues es también un fenómeno social cuya acogida jurídica no siempre coincide con este-tal y como veremos en el análisis de la gestación por sustitución-.

---

21 Estas exigencias impiden que mujeres solas o lesbianas puedan acceder a estas prestaciones, lo cual parece resulta contradictorio con el ya mentado artículo 6 de la LTRHA donde se afirma que la mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual. A este respecto recordar que la ministra de Educación y Formación Profesional y portavoz del Gobierno, Isabel Celáa, ha anunciado que el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social modificará la Cartera de Servicios comunes del Sistema Nacional de Salud (SNS) para reincorporar la financiación pública de tratamientos de reproducción asistida para mujeres solas y lesbianas. [https://www.abc.es/internacional/abci-sanidad-recupera-reproduccion-asistida-para-solteras-y-lesbianas-201807061600\\_video.html](https://www.abc.es/internacional/abci-sanidad-recupera-reproduccion-asistida-para-solteras-y-lesbianas-201807061600_video.html)

En este sentido interpretamos que el derecho al ejercicio de la maternidad/paternidad como un hipotético derecho de titularidad individual que hemos de considerar aplicable tanto a hombres como a mujeres. Si consultamos el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española comprobamos que la primera acepción de maternidad es “estado o cualidad de madre” y de paternidad “cualidad de padre”. Equiparar el deseo de tener hijos, el cuidado de los mismos y responsabilidades que ello conlleva a algo reservado únicamente a las mujeres es propio de sociedades basadas en modelos patriarcales. Si bien no negamos la existencia del llamado instinto maternal basado en estas razones biológicas y hormonales, lo cierto es que igualmente consideramos que el deseo ejercer la maternidad/paternidad es un fenómeno natural y cultural y no siempre biológico, de lo que concluimos que el derecho al ejercicio de la maternidad/paternidad ha de poder ejercerse por igual por parte de ambos sexos, ya sea de manera compartida, en pareja o de forma individual, atendiendo a las circunstancias vitales del individuo y los diferentes modelos de familia aceptados.

Asimismo la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989, reconoce el derecho de los niños a una familia que le proporcione las condiciones de vida necesarias para su desarrollo<sup>22</sup>. En este sentido la familia se enraza en la necesidad de atención personal que requiere todo nuevo ser humano hasta llegar a ser adulto. La familia implica la existencia de relaciones de paternidad, maternidad y filiación que están presentes en todas las sociedades actuales y en todas las sociedades conocidas.

Consideramos que nuestro ordenamiento jurídico respalda este argumento. De hecho se permite el ejercicio de la paternidad a través de la adopción de menores por parte de hombres solos o parejas homosexuales masculinas, sin olvidar que en numerosos casos de divorcios de parejas, fallecimiento, privación de patria potestad, es el hombre con carácter exclusivo el que ejerce la guarda y custodia de los hijos y por lo tanto los deberes que ello conlleva. Sin embargo es cierto que en la práctica, tanto en la adopción como en otras circunstancias es más complicado cuando se es varón, y más si se es homosexual,

---

22 Si bien la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989 hace continua referencia al papel de ambos progenitores en su conjunto, pues es obvio que es el modelo de familia que defienden las sociedades occidentales al otorgar mayor cobertura y protección al menor, lo cierto es que el nacido en nuestro país, a venir determinada la filiación por el parto, tiene una madre cierta, y sin embargo, el padre puede ser desconocido

por el estigma social que esta orientación sexual aún persiste en ciertos sectores sociales. Por este motivo muchos hombres, para poder aspirar al ejercicio de la paternidad, acuden al recurso de la gestación por sustitución fuera de nuestro país.

#### 4. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

El artículo 2.1 de la LTRHA recoge las técnicas de reproducción asistida admitidas por el legislador entre las que distinguimos: la inseminación artificial, la fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones, y la transferencia intratubárica de gametos. La aplicación de cualquier otra técnica requerirá la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

Cuando concurre una imposibilidad biológica, ésta puede tener su origen en la infertilidad del hombre<sup>23</sup> o en problemas asociados a la ovulación de la mujer, en cuyo caso, a través de la reproducción asistida, se acude a la donación de esperma u óvulos, respectivamente. En el caso de mujeres solas o parejas formadas por dos mujeres, que acceden a la transferencia de gametos, tal y como se ha dicho, se establece una ficción, como si no hubiera más que un engendrante, esto es obviando la participación del otro, ya que el donante permanece en el anonimato<sup>24</sup>, por lo que la procreación se entiende con quien es receptora de la técnica.

23 En este caso, la paternidad biológica del donante se sustituye por la jurídica del marido, de acuerdo con a la presunción del artículo 116 del Código Civil, o pareja masculina de la madre.

24 El artículo 5.5 de la LTRHA establece que “La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”.

Sin embargo, tal y como se decía anteriormente, un hombre necesariamente debe acudir a la adopción para ejercer la paternidad, pues las técnicas que permiten reemplazar la filiación biológica por una jurídica vienen condicionadas por la gestación y por ello, se hallan al alcance exclusivo de la mujer gestante o sujetas a la participación de una gestante. Lo mismo ocurre con una mujer que no puede gestar, pues la donación de óvulo no atribuye la condición de madre. Es por ello que la gestación por sustitución se presenta justamente como la alternativa a la adopción para el hombre que pretende ejercer su paternidad -con o sin pareja masculina- o la mujer que no puede o quiere gestar.

En el presente trabajo no queremos abordar el debate de la maternidad subrogada desde una perspectiva general<sup>25</sup>, sino que, partiendo de la demanda suscitada entre algunos sectores con el fin de que se

25 En este contexto el Comité de Bioética de España, órgano colegiado independiente de carácter consultivo sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud, publicó el 17 de mayo de 2017 un informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la gestación por sustitución, elaborado a iniciativa del propio Comité, dada la preocupación que suscitaba a sus miembros el debate presente en la opinión pública -por el hecho, entre otros motivos, de que algunos personajes célebres de nuestro país hubieran recurrido a ella- y en algunas instituciones sobre la conveniencia de regular o, al menos, dotar de legalidad, a los contratos de gestación por sustitución. Como se pone de manifiesto en el propio informe, son dos los principales problemas jurídicos que se plantean: el primero, como comentábamos con anterioridad, es que es una práctica contraria a la ley nacional y, sin embargo, muchos españoles consiguen ser padres recurriendo a ella en otros países donde es legal. El otro problema es que de la práctica de la maternidad subrogada nace una nueva vida por cuyo interés el derecho tiene que velar y, entre otras cosas, reconocerle una filiación legal, ya que, como se ha dicho, el artículo 10.2 de la LTRHA establece claramente que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. La conclusión de dicho informe, con algún voto particular, fue determinar que dicha práctica suponía la mercantilización de los menores y no aseguraba la dignidad de la madre gestante frente a eventuales riegos de explotación. Si bien, no se trata aquí de hacer una exposición exhaustiva de la situación legal, en términos de filiación, de los niños fruto de maternidad subrogada, hemos de señalar que, tras varios pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios, así como varias Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que entró en vigor el 30 de junio de 2017, supuso la práctica legalización en nuestro ordenamiento jurídico del convenio gestacional hecho por españoles en los países donde se encuentra legalmente aceptado. Ello es así porque pueden acceder al Registro Civil en nuestro país las certificaciones registrales expedidas por las autoridades públicas competentes de los estados de origen donde sí se contemplan este tipo de práctica, lo que se traduce en el reconocimiento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por sustitución realizado en país extranjero, siempre que se verifiquen diversos extremos entre los que se alude a que la inscripción de la resolución no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.

incluya ésta técnica como una técnica de reproducción humana asistida más<sup>26</sup>, si cabe plantearse tal posibilidad, igual que ha ocurrido en otros países como en nuestro país vecino, Portugal<sup>27</sup>.

En este país se reguló la gestación por sustitución a través de la Ley 25/2016 de 22 de agosto, donde solo se permite su utilización a mujeres sin útero o que tuvieran alguna dolencia que les impida quedarse embarazadas, únicamente reservada a parejas heterosexuales y con expresa prohibición de compensación económica<sup>28</sup>.

En este punto podríamos plantearnos que si la gestación por sustitución, se entendiera asimilada a una mera donación de gametos, al margen de la implicación contractual que ello supone, podríamos quizás entenderla incluida entre las técnicas de reproducción admitidas por la ley. Para muchos, en el fondo se trata de la misma operación clínica que la donación de óvulos, pero en este caso la mujer dona su “capacidad gestacional”<sup>29</sup>.

Sin embargo el derecho ha regulado los dos fenómenos de forma muy distinta, porque si bien la mayoría de los ordenamientos europeos, entre los que se encuentra España, admiten la donación de óvulos, restringen e incluso condenan, la práctica de la gestación por sustitución. Efectivamente, el artículo 10 de

la LTRHA, que tiene por rúbrica “gestación por sustitución”, dispone en su apartado primero que: “*Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”, y en su apartado segundo que “*La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”.

Teniendo en cuenta estas premisas legales, si el padre/madre de intención o comitente no ha aportado su material biológico, no tendrá ningún vínculo con el nacido, por lo que en estos casos, para el establecimiento de la filiación deberá estarse a la figura que lo permite, que no es otra que la adopción. Ciertamente, si la filiación se desvinculara del parto, quizás el legislador, y al margen de otras implicaciones, se planteara la aceptación de esta técnica como de reproducción asistida basándose en el caso de una mujer soltera receptora de una ovodonación cuyo vínculo genético con el nacido tampoco existe.

Sin embargo, para empezar, si tal y como se ha expuesto en párrafos anteriores consideramos titular del derecho a la reproducción a la mujer gestante, toda vez que únicamente las mujeres mayores de 18 años y con plena capacidad de obrar pueden ser receptoras o usuarias de las técnicas de reproducción humana asistida, **siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa**, no es plausible hablar de la gestación por sustitución como una técnica más porque el elemento subjetivo se desplaza a los padres comitentes que son los que desean ejercer de padres del menor nacido a través de estas técnicas. Quién da a luz es la titular del derecho reproductivo y no los padres comitentes o de intención, al margen de que estas personas puedan ser titulares del derecho a ejercer una maternidad o paternidad en relación a un menor ya nacido bajo las diferentes formas jurídicas aceptadas por el derecho.

Retrotrayéndonos al momento anterior, comprobamos que aun en el caso en que el ordenamiento se planteara regular ésta práctica y facilitar esta alternativa, lo cierto es que tendría que aplicarse con carácter previo una técnica de reproducción humana asistida, pues a la futura mujer gestante habría que inseminarle con material genético fruto de una combinación de un espermatozoide y un óvulo que pudiera ser o no propio. Para ello, tal y como se ha dicho, debe haber prestado su consentimiento escrito con carácter previo a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

26 En 2016 este debate se suscitó en la Asamblea de Madrid donde se debatió una propuesta no de ley instando al Gobierno de la Comunidad de Madrid a instar, a su vez, al Gobierno de la Nación a impulsar, de forma inmediata, una Ley de regulación de Gestación Subrogada que garantizara los derechos de todas las personas intervinientes en el proceso y, de forma especial, a los menores fruto de esa técnica de reproducción. Dicha iniciativa no salió adelante porque, si bien contó con los votos a favor de PP y Ciudadanos, recibió el voto en contra de PSOE y Podemos.

27 -VELA SÁNCHEZ, A. J. “La gestación por sustitución ya es efectiva en Portugal .A propósito del Reglamento Portugués número 6/2017, de 31 de julio” Diario La Ley, Nº 9091, Sección Doctrina, 29 de Noviembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

28 El Tribunal Constitucional de Portugal anula en abril de 2018 varios puntos de la norma que legaliza el uso de vientres de alquiler a las mujeres estériles, al criticar que:

1-No exista la posibilidad de que la gestante se arrepienta, lo que impide “el ejercicio pleno de su derecho fundamental al desarrollo de la personalidad”.

2-”Indeterminación excesiva” de la ley en los límites que se imponen a las partes del contrato, lo que en la práctica supone que se pueden realizar negociaciones sobre las condiciones del embarazo que podrían ser excesivas.

3-El anonimato de los donantes de óvulos o espermatozoides y de la gestante para el futuro bebé, que ha considerado que impone “una restricción innecesaria a los derechos de identidad personal y al desarrollo de la personalidad” de las personas nacidas por gestación subrogada.

29 <http://www.sonnuestroshijos.com/ideario/>

De modo que podríamos concluir que, si la mujer en este punto ejerce su derecho de autonomía plena, y accede a ser receptora de esta TRHA, estaría en su derecho a llevarla a cabo de manera aislada, pero no en el contexto de un contrato de gestación por sustitución que está prohibido en nuestro ordenamiento al entrañar compromisos respecto a las partes que van más allá de sus derechos a la libre disponibilidad del propio cuerpo<sup>30</sup> y a la libertad de pactos entre las partes contratantes.

Más allá del argumento de la cosificación de la mujer que va en contra de su propia dignidad pero que puede resultar una justificación con sesgos intervencionistas y paternalistas (pues igualmente existe una cosificación en la donación de órganos, o desde nuestro punto de vista en la generación de embriones...), por razones de lógica jurídica se ha de otorgar mayor importancia al argumento de la validez del propio consentimiento de la mujer para llevar a cabo esta práctica, y ello es así porque en caso del contrato de gestación por sustitución no existe certeza acerca de la libertad en su formación y emisión. En primer lugar porque en la mayoría de los casos las mujeres que se prestan a ésta práctica suele coincidir que se encuentran en situaciones económicas, sociales y psicológicas muy precarias, y en segundo lugar, cuando se argumenta el altruismo como única motivación de la gestante suele coincidir con la existencia de vínculos familiares o de amistad y ello puede generar ciertas servidumbres emocionales a la posible gestante que alteren la supuesta libertad de su decisión, por no hablar de la alteración de los roles biológicos que implica<sup>31</sup>.

Tal y como ha declarado en la Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional Portugués en relación a la inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley 25/2016 de 22 de agosto que regula el acceso a la gestación por sustitución en dicho país<sup>32</sup>, en las actuales condiciones de la norma, la mujer gestante

30 Pero es preciso ser cautos al hablar del “cuerpo” como si se tratase de un elemento diferenciado dentro del “ser” de una persona, pues tal y como afirma Fernando Savater (2000) “no tenemos un cuerpo, somos un cuerpo”, o dicho de otro modo, somos una unidad de modo que no cabe escindir el cuerpo del resto de nuestro ser. En este sentido no cabe equiparar la defensa de la autonomía reproductiva de la mujer con la disponibilidad sobre su propio cuerpo, puesto que este hecho configura a la mujer como objeto.

31 MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “Una reflexión sobre la oportunidad de regular la maternidad subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente”, Derecho y salud, vol. 27, n.º extra 1, 2017, p.46

32 <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>

no es consciente de todas las implicaciones que el convenio gestacional conlleva en el momento de la firma del contrato<sup>33</sup>, en primer lugar porque existe una indeterminación excesiva en los límites que se imponen a las partes, lo que en la práctica supone que se pueden realizar negociaciones sobre las condiciones del embarazo que suelen ser excesivas<sup>34</sup>, además las compensaciones por los gastos en que se incurre en el embarazo suelen encubrir retribuciones no permitidas... y por encima de todo no existe posibilidad de que la gestante se arrepienta de su decisión.<sup>35</sup>

Asimismo tampoco puede reducirse el debate en la existencia o no de la libre voluntad y consentimiento de la gestante, puesto que la misma está tomando decisiones sobre otro bien jurídico protegido, que es la vida del *nasciturus* que hasta su nacimiento depende de las decisiones de ésta, pero excede al ejercicio de su libre disponibilidad del propio cuerpo puesto que trasciende al cuerpo del futuro nacido, a sus derechos y a las responsabilidades sobre el mismo.

Dicho esto parece obvio que ser el objeto de un contrato mercantil<sup>36</sup> va en contra de la dignidad

33 El Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada se refiere a este respecto al: “*El profundo impacto del embarazo sobre la arquitectura cerebral es duradero y proporciona un apoyo preliminar para el proceso adaptativo que sirve la transición a la maternidad. Varios estudios sobre lo que ocurre en el cerebro al ver u oír al hijo pequeño en diversas circunstancias ha puesto de manifiesto que el cerebro social materno es un cerebro motivado, naturalmente indulgente, empático y expectante a las necesidades del niño. Preparado a lo largo del proceso biológico natural del embarazo para responder a las consignas básicas que recibe del feto*”.

34 Como se apunta en el Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada: “*Cuando la gestación se hace para otros, y sobre todo si el niño ya es de otros antes del parto, el riesgo de conflicto entre gestante y comitentes es muy elevado. La jornada de trabajo que desarrolla la gestante, sus hábitos de vida o su dieta, su tratamiento ante enfermedades que pueda padecer, serán evaluados por los comitentes, e incluso pretenderán ser exigidos. Puesto que el hijo es de ellos, querrán hacer valer su condición de padres sobre la gestante. Alegarán que se comprometió a gestar para ellos y que ellos son quienes deben decidir acerca del mejor interés del niño. Más allá de que consigan o no doblegar la voluntad de la gestante, se producirá en todo caso una intromisión inaceptable en su vida privada*”.

35 En el ámbito de nuestro país este hecho sería contrario con lo dispuesto en el artículo 8.5 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 pues su artículo 8.5 dispone: “El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento”.

36 GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. “Gestación por sustitución: regular o prohibir”. Contenido de jornada de derecho de familia. Universidad Miguel Hernández de Elche, 20/10/2017.

de una persona que no ha tenido opción de decidir. En nuestro país el Código Civil (artículo 154, 170, 172...) articula la institución de la maternidad y la paternidad dirigida primordialmente a la protección del menor, la cual es “irrenunciable” e “imprescriptible”. Asimismo el anonimato de los donantes de óvulos o espermatozoides y **de la gestante** para el futuro bebé también ha sido censurado por el Constitucional, que ha considerado que impone “una restricción innecesaria a los derechos de identidad personal y al desarrollo de la personalidad” de las personas nacidas por gestación subrogada, lo que les impide indagar sobre su origen biológico.

Por último y en relación a los padres de intención o comitentes, ésta práctica tiene su fundamento en una mera relación contractual de modo que no es ni jurídicamente ni éticamente admisible que se conciba a un niño como el objeto de un contrato, lo que hace comprensible que una vez suscrito a la gestante le surjan dudas y pretenda resolver el mismo. Efectivamente, tal y como afirma el Tribunal Constitucional Portugués en su Sentencia 228/2018 *“En efecto, hay evidencia científica suficiente de que ésta no queda indiferente a lo que le sucede cuando está embarazada, viviendo el embarazo como suyo y sufriendo con el abandono del niño, circunstancias que hacen comprensibles, y fuertemente posibles, situaciones como: gestantes que cambian de ideas y quieren asumir la maternidad; gestantes que quieren abortar; o gestantes que quieren, más tarde, conocer u obtener informaciones sobre el niño.”*

## 5. CONCLUSIÓN

Como planteábamos en el primer epígrafe de este trabajo, cuando abordamos el derecho a la reproducción en nuestro sistema legal de protección social no es desde una categoría jurídica de derechos, sino que se hace desde derechos como el del libre desarrollo de la personalidad, intimidad personal, derecho a fundar una familia o la igualdad que constituyen derechos fundamentales en la Constitución Española, si bien sus manifestaciones como vimos tienen igualmente acogida en los diversos Tratados Internacionales.

De modo que si concluimos que el derecho a procrear, efectivamente se integra en el contenido de lo dispuesto en el artículo 10.1 de nuestra Carta Magna: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás...”* como fundamentos del orden político y de

la paz social, su calificación adecuada es la de derecho de configuración legal en el marco del principio rector de la política social y económica que se recoge en el artículo 39.1 CE como medida orientada a posibilitar la formación de familias a través del ejercicio de la maternidad y paternidad.

Expuesto lo anterior, cabe rechazar que dicho derecho tenga encaje en el derecho a la igualdad (artículo 14 CE), al existir una diferencia sustancial entre la procreación (aunque sea auxiliada para vencer una dificultad) y el acceso a la maternidad/paternidad en caso de imposibilidad, sea fisiológica, sea volitiva.

Sin embargo defendemos la existencia de otro derecho derivado del anterior pero que admite un estudio separado. El derecho al ejercicio de la maternidad/paternidad, una vez ocurrido el nacimiento. En este caso, este derecho podríamos ubicarlo en la expresión de autodeterminación personal que se ha advertido en el derecho a la intimidad. En este sentido GÓMEZ SÁNCHEZ asocia a la intimidad la privacidad *“que ha de permitir al sujeto tomar autónomamente y sin injerencias las decisiones que afectan a su esfera de la intimidad personal y familiar”*<sup>37</sup>.

De este modo, en la medida en que las personas que pretenden acceder al ejercicio de su maternidad/paternidad adoptan decisiones que atañen a su vida personal, podría considerarse restrictivo de su derecho a desenvolverse libremente en esa esfera personal que se constriñera el acceso a técnicas ofertadas (reproducción humana asistida) o al concierto con terceros (gestación por sustitución).

Pero la virtualidad de este derecho estaría muy limitada, ya que esas decisiones, lejos de restringirse al plano personal del que adopta la decisión afectan a derechos o bienes constitucionalmente protegidos: la gestante, el nasciturus...o intereses de gran relevancia para el Estado como puede ser la institución familiar.

En este sentido, no podemos considerar la gestación por sustitución como una técnica más de reproducción humana asistida, pues si bien éstas técnicas son necesarias para llevarla a cabo, lo cierto es que confluyen muchos más elementos a tener en cuenta, que va más allá de la disponibilidad sobre el propio cuerpo de las mujeres y su derecho a la integridad, a los que se apela cuando las decisiones afectan únicamente a las personas que las toman. De modo que en

37 GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: El derecho a la reproducción humana, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 53.

ningún caso sería equiparable a una mera donación de gametos, aunque concurra el pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte de la mujer gestante puesto que, la verdadera usuaria de esta técnica es una mujer que dará a luz a un niño del que será madre biológica.

En la línea de lo establecido por el TEDH, en el caso *Frette vs Francia* de 26 de febrero de 2002, no se trata de dar al niño a una familia sino una familia a un niño, y esto es lo que ocurre en la adopción, institución que se articula por el fracaso de la paternidad determinada con anterioridad, institución, que a todas luces necesita que se agilice, se desburocratice, y se promueva tanto para el beneficio de los menores, como para aquellos que sin esta posibilidad no podrán ejercer lo que hemos venido a denominar su derecho a la maternidad-paternidad.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ALKORTA IDIAKEZ, I. *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho Español y comparado*, Thomsom Aranzadi, Pamplona, 2003.
- DE BARBIERI, T., “Derechos reproductivos y sexuales. Encrucijada en tiempos distintos”, *Revista mexicana de Sociología*, núm.1, vol.62, enero-marzo de 2000, pág.45-59.
- GARCÍA MANRIQUE, R. *Derechos humanos e injusticias cotidianas*. Universidad del Externado de Colombia. 2004.
- GARCÍA MANRIQUE, R. “Las mujeres como titulares de derechos específicos. Concepto y fundamento de los derechos de la mujer”, resumen de su ponencia en el Curso “Género y Derechos Humanos”, organizado por el movimiento Manuela Ramos, Lima, enero-febrero de 2000.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. “Gestación por sustitución: regular o prohibir”. Contenido de jornada de derecho de familia. Universidad Miguel Hernández de Elche, 20/10/2017.
- GONZÁLEZ MORENO, J.M. *La autonomía reproductiva de las mujeres: los límites del Derecho. Un ensayo filosófico jurídico*. Editorial Tra-be. Barcelona, 2017.
- FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Editorial Trotta, Madrid, 1999, págs.73-76.
- IGAREDA GONZÁLEZ, N., “El hipotético derecho a la Reproducción”, *CEFD Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2011 y pág. 252 y ss.
- MARCO ATIENZA, C.M., “Respuestas jurídicas en España ante la gestación por sustitución”, *Derecho y salud*, vol. 26, núm. 1, 2016, pág.192-202.
- MONTALVO JÄÄSKELAINEN F. “Una reflexión sobre la oportunidad de regular la maternidad subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente”, *Derecho y Salud*, Vol.27 Extraordinario XXVI Congreso 2017, págs. 26 y ss.
- LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, M.T. “Autonomía y salud reproductiva”, *Revista Dilemata*, núm.17, 2015.
- PANTALEON PRIETO, F. “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del centro de estudios Constitucionales*, núm.15, 1993, pág.129-160
- RUIZ RICO-RUIZ, G. “La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): El caso de la maternidad subrogada.” UNED. *Revista de Derecho Político* N°99, mayo-agosto 2017, págs. 49-78.
- SAVATER, F. *Ética para Amador*. Editorial Ariel, Barcelona, 1991.
- VELA SÁNCHEZ, A.J. “La gestación por sustitución ya es efectiva en Portugal. A propósito del Reglamento Portugués número 6/2017, de 31 de julio” *Diario La Ley*, N° 9091, Sección Doctrina, 29 de Noviembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

# LA NOTIFICACIÓN DE LOS EVENTOS ADVERSOS. PERCEPCIONES DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS

*Pérez-Carrión, A., Machado, F.*  
*Servicio de Ginecología*  
*Hospital Reina Sofía. Murcia*

*García-Calvo, T.,*  
*Abogada*

*Osuna, E.*  
*Area de Medicina Legal y Forense*  
*Universidad de Murcia*

**SUMARIO: 1. Introducción. 2. Material y método. 3. Resultados. 4. Discusión. 5. Bibliografía.**

## **RESUMEN**

La calidad en la prestación sanitaria constituye un factor decisivo para elevar la confianza en el sistema de salud y en los profesionales sanitarios. Es muy importante compartir resultados y conocimientos para fomentar la cultura de la seguridad del paciente, contribuyendo a la mejora de la calidad asistencial. Los sistemas de notificación de eventos adversos permiten poner en conocimiento del resto de los profesionales una serie de eventos o errores que afectan de forma directa a la seguridad del paciente, lo que posibilita su análisis para identificar los factores de riesgo y la forma de evitarlos.

El objetivo de este trabajo es analizar las opiniones y percepciones de los profesionales sanitarios en relación a la causa de los errores médicos en su centro de trabajo, así como la notificación de los mismos.

Hemos realizado un estudio descriptivo y observacional en 2186 profesionales sanitarios que ejercen su labor asistencial en centros sanitarios públicos de

la Región de Murcia (32,4% varones y 67,6% mujeres) de una edad media de 38,7 años (rango de 19 a 67 años). El 92,8% de la población estudiada opina que es beneficiosa la comunicación de errores para la correcta atención sanitaria y el 47,9% desconoce la existencia de “sistemas de notificación voluntaria de errores”. El 78,5% de la población nunca ha revelado un error médico en su centro de trabajo y casi la mitad de la muestra (49,2%) opina que hablar de efectos adversos genera una mala imagen de los profesionales sanitarios. Los pacientes que sufren un efecto adverso tienen el derecho a recibir información sobre lo ocurrido. Una correcta y planificada comunicación, que incluya una disculpa puede mitigar la desconfianza de los pacientes y el descrédito que surge ante un evento adverso.

## **PALABRAS CLAVE**

Seguridad del paciente, eventos adversos, profesionales, pacientes..



## 1. INTRODUCCIÓN

Todos somos testigos de la trascendencia que en los últimos años ha adquirido la seguridad del paciente en los servicios de salud. En nuestros días la asistencia es considerablemente más compleja y conlleva un mayor riesgo. A su vez, el cambio en la relación médico paciente y el protagonismo que este adquiere se traduce en una menor tolerancia ante los riesgos de la asistencia sanitaria (Aranaz y cols. 2004). Por estas razones es necesario realizar un análisis profundo sobre la incidencia e impacto de los eventos adversos que origina la asistencia sanitaria conociendo las causas, frecuencia y su distribución, sin embargo las referencias a la seguridad del paciente en muchas ocasiones se limitan al análisis de incidentes esporádicos y no al estudio pormenorizado y profundo para evitar su reiteración, minimizando los riesgos de la asistencia sanitaria.

En España, se realizó el proyecto de investigación Identificación de Efectos Adversos (IDEA) (Aranaz, 2004) en el que se observó una incidencia del 9,3% y posteriormente a iniciativa del Ministerio de Sanidad, se llevaron a cabo dos estudios descriptivos para caracterizar y medir la frecuencia de los eventos adversos, uno en las unidades de hospitalización (ENEAS) y otro en atención primaria de salud, el Estudio APEAS.

Según el estudio ENEAS, la incidencia de los efectos adversos en hospitales españoles es similar a la que se registra en hospitales americanos y europeos; las tres causas inmediatas de eventos adversos están relacionadas con la medicación, las infecciones nosocomiales y las relacionadas con problemas técnicos. Pero quizás, la conclusión más importante es que el 42,6% de los efectos adversos podrían ser evitables. En el estudio realizado en atención primaria (APEAS) se encontró una incidencia del 0,8% considerando el total de consultas, lo que equivale a que un 6% del conjunto de los pacientes atendidos en atención primaria sufren un efecto adverso, el 5,9% con graves consecuencias y el 64,3% evitables. En cuanto a su naturaleza, el 47,8% estuvieron relacionados con la medicación. Al analizar la gravedad e impacto de los mismos pudo observarse que la mayor parte de los mismos tuvieron un carácter leve, resolviéndose en el propio centro de salud. El 70% de los efectos adversos que aparecen en el primer nivel asistencial son valorados por los propios profesionales como evitables.

Los eventos adversos que se consideran prevenibles reciben la calificación de errores. Según el informe *Improving Diagnosis in Health Care* (Mejorando el Diagnóstico en Atención de Salud) de la National Academies of Sciences-Engineering-Medicine y tras los análisis de los historiales médicos y de los datos de autopsia los errores de diagnóstico conllevan un porcentaje del 17% de los efectos adversos hospitalarios con un 10% de fallecimientos de pacientes (Committee on Diagnostic Error in Health Care, 2015). En una revisión sistemática realizada en Atención Primaria en 2016, Panesar y cols. (2016) encuentran entre 1 y 24 incidentes de cada 100 pacientes atendidos, con una media de 2-3 incidentes de cada 100 consultas. En el 96% de los casos no se provocan daños graves al paciente. Los tres tipos de errores más frecuentes son administrativos y por fallos en la comunicación, errores de diagnóstico y de prescripción.

La preocupación por el error médico crece año tras año debido al aumento de reclamaciones por parte de los pacientes y sus familiares (Wolf y cols. 2004). Han pasado casi dos décadas de la publicación por parte del Institut of Medicine en Estados Unidos, del artículo "To err is human: Building a Safer Health System", en el que se denunciaba que entre 44.000 y 98.000 americanos morían al año como resultado del error médico (Kohn y cols. 1999) y en base a ello, se reclamaba un aumento de seguridad en la práctica médica; cinco años más tarde, y gracias al estímulo que supuso esa publicación en todos los sectores implicados en la seguridad del paciente, se objetivó una mejora sustancial en este problema (Leape y Berwick, 2005).

Hay numerosas publicaciones en las que se hace referencia al coste económico que supone este problema (De Rezende, 2012; Gilman, 2015). En Estados Unidos, se estima que el coste asociado a errores médicos, es de 17 a 29 billones de dólares, siendo la causa principal, la administración errónea de medicamentos (Gamonal, 2014). En 2013 se publicó el coste que para la sanidad española supone la no seguridad del paciente: en pacientes hospitalizados el gasto derivado fue de 2474 millones de euros y de 960 millones para los pacientes no hospitalizados. Todo ello supone el 6% del gasto sanitario público (Antoñanzas, 2013). A partir de la realización de estos estudios APEAS y ENEAS se han puesto en marcha iniciativas institucionales para crear entornos organizativos más seguros, poniendo un especial énfasis en la seguridad de las prescripciones (Carrió, 2012; De la Fuente, 2013).

Actualmente, y a través de la Agencia de Calidad del Ministerio de Sanidad y Política Social, existe a nivel nacional el “Sistema de Notificación y Aprendizaje para la Seguridad del Paciente (SINASP) (Romeo Casabona, 2011; Tomás y cols., 2013; Beristain, 2013). Se trata de un sistema de notificación de incidentes que permite poner en conocimiento del resto de los profesionales una serie de eventos o errores que afectan de forma directa a la seguridad del paciente, lo que hace posible su análisis para identificar los factores de riesgo y la forma de evitarlos, para anular la posibilidad de que vuelvan a producirse.

En España, existe un porcentaje alto de implantación de los Sistemas de Notificación de eventos adversos. En casi la totalidad de las Comunidades Autónomas, se llevan realizando acciones de mejora desde que se implantó el sistema de notificación. Es muy importante compartir resultados y conocimientos para fomentar la cultura de la seguridad del paciente, contribuyendo a la mejora de la calidad asistencial. En este sentido, el aprendizaje, en base a los errores cometidos, es fundamental para la consecución del objetivo final: la mejora en la calidad y la seguridad clínica. Como afirma Sir Liam Donaldson, Presidente de la Alianza Mundial para la Seguridad del Paciente (OMS, octubre 2004), “Errar es humano. Ocultar los errores es imperdonable. No aprender de ellos no tiene perdón”.

El objetivo de este trabajo es analizar las opiniones y percepciones de los profesionales sanitarios en relación a la causa de los errores médicos en su centro de trabajo, así como la notificación de los mismos.

## 2. MATERIAL Y MÉTODOS

Hemos realizado un estudio descriptivo y observacional en profesionales sanitarios que ejercen su labor asistencial en centros sanitarios públicos de la Región de Murcia, bajo el compromiso del cumplimiento de las normas éticas de investigación y de los requerimientos legales imprescindibles para su desarrollo. En todo momento se ha respetado la normativa que garantiza la confidencialidad de los datos de carácter personal y su tratamiento automatizado, de acuerdo a la legislación vigente sobre protección de datos de carácter personal (Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal).

La muestra está compuesta por un total de 2186 profesionales sanitarios. Para la realización del estudio se visitaron 57 centros asistenciales de la Región de Murcia (10 hospitales, 35 centros de salud, 11 consultorios y el Centro Regional de Hemodonación). El 32,4% son varones y el 67,6% son mujeres. En relación a la variable edad, la media es de 38,77 años (Rango de 19 a 67 años). Hemos de destacar que el 49,6% de los sujetos tienen una edad comprendida entre 31 y 50 años, el 35,5% de una edad menor o igual a 30 años y el 14,9% son mayores de 50 años. Atendiendo a la cualificación profesional, los médicos representan el 26,8% de la muestra, el 72,2% son enfermeros /fisioterapeutas /matronas y el 1% son farmacéuticos. Según los años de ejercicio profesional, la mayoría (59,62%) han ejercido entre 11 y 30 años (22,47 % menor/igual 10 años; 17,91 % mayor de 30 años). El 95 % de los encuestados tiene contacto directo con los pacientes, en su actividad profesional. El 21,8 % de los profesionales estudiados pertenecen a Atención Primaria y el 78,2 a Atención Especializada.

Una vez seleccionada la muestra, hemos utilizado para la recogida de datos, un cuestionario, con método de preguntas abiertas y cerradas y con un período previo de validación, compuesto de 20 ítems. Los primeros 7 ítems recogen aspectos socio-demográficos y aspectos relacionados con el lugar de trabajo (sexo, edad, categoría profesional, años de ejercicio profesional, servicio o unidad clínica y centro gestor). Los ítems restantes analizan cuestiones relacionadas con los eventos adversos y errores médicos y la posibilidad de respuesta se recoge en una escala de 1 a 4, donde 1 es “muy en desacuerdo” y 4 es “muy de acuerdo”; se añade NS/NC para la opción “no sabe/no contesta”. Finalmente hemos agrupado los ítems en torno a un proceso que hemos denominado “Evitación del Error Médico” y hemos sumado las cuestiones que lo favorecen, restando los ítems que lo dificultan.

Los datos fueron procesados con el paquete estadístico SPSS 22.0 para Windows. Después de una depuración de los mismos, buscando los valores que estaban fuera de rango y las incoherencias entre variables, se obtuvo una distribución de frecuencias resumiendo los valores de las variables cuantitativas de los distintos grupos mediante media, mediana y desviación estándar.

Las comparaciones entre variables de tipo continuo se realizaron con el test “t de Student” combinada o con el test de Behrens-Fisher, según hubiera o

no homogeneidad de varianzas entre las dos muestras. Cuando se trataba de comparar datos de variables de tipo discreto entre dos grupos, como son las respuestas a los ítems de los diversos procesos o cuando la distribución de las variables en cada grupo se alejaba demasiado de la normalidad, se realizó un test no paramétrico de Mann-Whitney.

Para el análisis de la relación entre diversas variables cualitativas y para la comparación de los correspondientes porcentajes entre los diversos grupos formados, se realizó un análisis de tablas de contingencia mediante el test Chi-cuadrado de Pearson, realizando a continuación el subsiguiente análisis de residuos mediante el que valoramos si el porcentaje de un resultado en algún grupo difería de manera significativa respecto al correspondiente porcentaje global en la muestra. En todos los casos se consideró como estadísticamente significativa una diferencia entre grupos o una relación entre variables ante un nivel de significación  $P < 0,05$ .

### 3. RESULTADOS

La escasa consulta de la historia clínica, su no actualización y la inclusión de anotaciones que no se entienden son algunas de las causas de errores médicos. Les hemos preguntado a los profesionales sobre el grado de consulta de la historia clínica entre los miembros del servicio. El 78% de los encuestados están de acuerdo/muy de acuerdo en afirmar que se consulta la historia clínica del paciente de manera suficiente. Hemos encontrado diferencias en las contestaciones entre los diferentes profesionales; en este sentido, los farmacéuticos opinan que la historia clínica se consulta poco o muy poco ( $p < 0,001$ ), a su vez, entre los profesionales de Primaria es mayor el porcentaje de quienes contestan que se consulta suficientemente la historia clínica, en relación a los de Especializada ( $p < 0,001$ ). En lo que respecta a si el contenido de la historia clínica se actualiza y se añaden las anotaciones de forma precisa, de nuevo, una amplia mayoría (77,46%) están de acuerdo en el enunciado. En esta pregunta, nuevamente destaca el hecho de que los farmacéuticos consideran que no se actualiza de forma adecuada la historia clínica ( $p < 0,001$ ). La gran mayoría de los profesionales opina que escribe con letra clara, pero, con puntualizaciones: los varones, los mayores de 31 años y el colectivo médico presenta una frecuencia en la respuesta “NO”, mayor de lo esperada ( $p < 0,001$ ).

En lo que respecta a la comunicación de los errores médicos, observamos que la mayoría de la población estudiada (92,8%) opina que es beneficiosa la comunicación de errores para la correcta atención sanitaria. Sin embargo, es importante destacar que casi la mitad de la muestra encuestada (47,9 %) desconoce la existencia de “sistemas de notificación voluntaria de errores”. Mayoritariamente son los farmacéuticos y el colectivo de Especializada los que sí conocen su existencia ( $p < 0,001$ ).

El 78,5% de la población nunca ha revelado un error médico en su centro de trabajo y casi un 18% de los encuestados prefiere no contestar a esta pregunta. Por servicios observamos que existe un porcentaje mayor del esperado en la respuesta afirmativa en los servicios de Farmacia ( $p < 0,001$ ) y Medicina Interna ( $p < 0,01$ ); por el contrario, la respuesta negativa tiene una frecuencia mayor de lo esperado en UCI ( $p < 0,01$ ) y Radiología ( $p < 0,05$ ).

Les hemos preguntado a los profesionales si alguna vez han revelado a un paciente un error de poca consideración. El 46,9% contestan afirmativamente y destacan con frecuencias mayores de lo esperado los varones, el personal entre 31 y 50 años, el colectivo médico y los profesionales de Atención Primaria, todos ellos con una significación alta ( $p < 0,001$ ). Sin embargo, cuando preguntamos sobre la notificación de un error grave, sólo el 7,5% contestan que lo han revelado, siendo más frecuente en varones, los mayores de 50 años, los médicos y los profesionales de Atención Primaria ( $p < 0,001$ ).

Casi la mitad de la muestra (49,2%) opina que hablar de efectos adversos genera una mala imagen de los profesionales sanitarios. De este porcentaje destacan los profesionales que forman parte del colectivo de enfermería ( $p < 0,001$ ) y los de Atención Especializada ( $p < 0,001$ ).

Finalmente, hemos agrupado las diferentes cuestiones planteadas en dos bloques en función de si las respuestas contribuyen o no a evitar el error médico. Hemos comparado los grupos obtenidos para comprobar si hay diferencias estadísticamente significativas mediante la prueba “t de Student” o ANOVA de un factor y pruebas post-hoc (HSD de Tukey). Obtenemos diferencias significativas en relación a las siguientes variables:

- Género: Varones (media de 26,23) frente a mujer (media de 25,56) ( $p < 0,02$ ).

- Edad: entre los <30 años (25,25) y el grupo de >50 años (26,40) ( $p<0,05$ ).
- Grupo profesional: médicos (26,62) frente a enfermería (25,37) significativamente ( $p<0,001$ ).
- Centro gestor: profesionales de Atención Primaria (26,94) frente a los de Especializada (25,48) ( $p<0,001$ ).

#### 4. DISCUSION

La calidad en la prestación sanitaria constituye un factor decisivo para elevar la confianza en el sistema de salud, en un momento, en el que se perciben elevados niveles de desconfianza hacia los profesionales sanitarios y hacia las instituciones sanitarias, lo que nos configura una escena, en la que surgen continuas tensiones y conflictos, muchos de ellos con implicaciones judiciales. En efecto, las reclamaciones sobre cualquier aspecto de la asistencia sanitaria, que diariamente se producen en los diferentes ámbitos jurisdiccionales, son cada vez más importantes, tanto en el número como en el importe en el que se cuantifican las indemnizaciones (Osuna, 2004).

La principal causa de reclamación médica (Fox y cols., 2014; Cardoso-Cita, 2015; Fernández-Rozas y cols., 2014) es el error en el diagnóstico y en el tratamiento pero, es de destacar que, entre el 16 y el 25% de los casos hay detrás una insuficiente o nula información médica recibida por el paciente. La deficiente comunicación entre el profesional y el paciente se considera como un factor importante que afecta al proceso de atención sanitaria. Como afirma Barth (2015), la interacción y la comunicación entre el profesional sanitario y el paciente generan un grado de confianza que repercute de forma positiva en los niveles de satisfacción del paciente y del profesional, reduciendo así la posibilidad de litigio ante un resultado no deseado y constituye una herramienta de gran valor para la prevención de errores y fallos evitables en la práctica asistencial (Rea y Griffiths, 2016).

La historia clínica constituye un documento de extraordinaria importancia en la asistencia sanitaria como medio de comunicación entre los diversos protagonistas que intervienen en la relación clínica (Cifuentes y cols., 2015). Su correcta cumplimentación y una adecuada consulta permiten reducir el error médico. Aranaz y cols. (2005) en un estudio realizado sobre la incidencia e impacto de los efectos

adversos a nivel hospitalario confirman la percepción que los profesionales médicos tienen sobre la deficiente cumplimentación de las historias clínicas.

En relación a la implantación de sistemas de notificación voluntaria de errores médicos aunque es una realidad actual y, aunque no es la panacea, (Harrison y col., 2014; Westbrook y cols., 2015), mejora de forma notable la seguridad del paciente (Mcelroy, 2014; Rahn y cols., 2014; Vilà y cols., 2015; Simons y cols., 2015). En la Región de Murcia, a través del Plan de Acción para la Mejora de la Seguridad del Paciente de la Región de Murcia (PAMSP 2012/16) se ha implantado el SiNASP (Sistema de Notificación y Aprendizaje para la Seguridad del Paciente) con el objetivo de mejorar la seguridad de los pacientes a partir del análisis de situaciones, problemas e incidentes que han producido, o podrían haber producido, un daño, para promover los cambios necesarios y evitar que estas situaciones vuelvan a producirse en el futuro. El énfasis principal del sistema está en el aprendizaje para la mejora (Oliva y cols., 2014).

Analizando nuestros datos, aunque la mayoría de los profesionales encuestados considera positivo para la seguridad del paciente la comunicación de errores existentes en la asistencia sanitaria, casi la mitad de los mismos (47,9 %) desconocen la existencia del SiNASP. En este punto, hemos de reconocer que solo los farmacéuticos lo conocen en un elevado porcentaje (97,3%). El 78,5% de la población encuestada no ha revelado nunca un error médico en su centro de trabajo, sin diferencias significativas en relación al sexo, la edad y el centro gestor. Entre los encuestados que sí lo han notificado alguna vez (21,5%), es el colectivo de farmacia el que significativamente más lo ha realizado, en concordancia con el hecho de que ya eran los más conocedores del SiNASP.

La no comunicación por parte de los profesionales sanitarios se atribuye a la falta de confianza en la seguridad de los sistemas de comunicación de errores, junto con el miedo y vergüenza (Okafor, 2015). Según Gallagher y cols. (2006) el 74% de los profesionales tienen miedo a informar tras ocurrir un evento adverso por las consecuencias legales que pudieran derivarse (White y Gallagher, 2013). Aunque se conoce que la información reduce la probabilidad de un litigio, este no puede descartarse. Pacientes y profesionales coinciden al señalar que tras la producción de un evento adverso debe facilitarse información franca y una disculpa, pero para que esta comunicación se produzca se requieren unas condiciones adecuadas.

Las guías éticas y profesionales establecen la obligación de desvelar los errores cometidos, especialmente si de ellos se deriva un daño para los pacientes. Un porcentaje importante de los profesionales reconoce haberse visto implicado en un evento adverso grave, particularmente en algunas especialidades (Garbutt y cols. 2007), pero a pesar de que los profesionales consideran favorable la notificación, reconocen que no suelen hacerla (Kaldjian y cols. 2007). En general, expresan más dudas sobre la necesidad de comunicar los incidentes o eventos adversos menos graves, y si lo comunican, son partidarios de limitar el contenido de la información que debería darse y consideran que es más fácil informar sobre los eventos inevitables que sobre los claramente evitables (Gallagher y cols. 2006). Además, manifiestan la dificultad de llevar a cabo el proceso de información como consecuencia de la falta de formación y habilidades en procesos de comunicación (White y cols. 2008).

Mira y Lorenzo (2015), en un estudio realizado a directivos y responsables de seguridad de los pacientes, encuentran que el 27,9% de los directivos y el 35,9% de los profesionales contestaron que en su centro se informaba al paciente o sus familiares tras un evento adverso. El 54% de los directivos de atención primaria respondían que se pedía disculpas al paciente, mientras que este porcentaje descendía al 11,7% entre los profesionales de hospitales. El 13,6% de los médicos y el 17% de los profesionales enfermeros informaron de que en su centro se pedían disculpas al paciente tras un evento adverso. El 17,4% de los médicos y el 19,1 de los enfermeros dijo haber recibido formación sobre cómo debe informarse a un paciente tras un evento adverso. Sólo el 7,4% de los directivos afirmaron contar con un protocolo de qué hacer y cómo informar a los pacientes tras un evento adverso.

En nuestro estudio, casi la mitad de los profesionales encuestados (46,9%) ha revelado alguna vez un error leve y solo una pequeña parte (7%) lo han hecho en caso de error grave. Los pacientes que sufren un efecto adverso tienen la necesidad y el derecho a saber qué, cuándo, porqué ocurrió y las medidas que se han adoptado para evitar que se repita. Se trata de una comunicación franca (*open disclosure*) (O'Connor y cols. 2010; López y cols. 2010), es decir un comunicación abierta y sincera que incluye la disculpa al paciente.

En conclusión, tras la producción de un evento adverso lo primero es atender al paciente y hacer todo lo posible para mitigar el daño y evitar que pueda volver a producirse, actuando sobre los fallos latentes o con

intervenciones para evitar la repetición de errores humanos. Además, una correcta y planificada comunicación puede mitigar la desconfianza de los pacientes y el descrédito que acompañan a un evento adverso.

El reto máximo es establecer una cultura de calidad, siendo ésta el elemento clave sobre el que todo el esfuerzo debe realizarse. La búsqueda de la calidad asistencial persigue garantizar que el paciente o usuario del servicio sanitario reciba una óptima atención, desde una posición integral de la prestación realizada, logrando el mejor resultado, interpretado en términos de satisfacción del destinatario final que es el paciente (Chukmaitov, 2015).

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- Alvarado-Guevara, Ana Teresa; Flores-Sandí, Gretchen. Errores médicos. Acta Médica Costarricense, vol. 51, núm. 1, enero-marzo, 2009, pp. 16-23.
- Antoñanzas F. “Aproximación a los costes de la no seguridad en el Sistema Nacional de Salud.” Revista Española de Salud Pública. 2013; 87(3): 283-292.
- Antoñanzas F. “Aproximación a los costes de la no seguridad en el Sistema Nacional de Salud.” Revista Española de Salud Pública. 2013; 87(3): 283-292.
- APEAS, Estudio. “Estudio sobre la seguridad de los pacientes en atención primaria de salud.” Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo (2008). Recuperado de Internet en junio de 2014 de <http://www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/docs/libroAPEAS.Pdf>
- Aranaz JM, Aibar C, Gea MT, León MT. Los efectos adversos en la asistencia hospitalaria. Una revisión crítica. Med Clin (Barc). 2004;123:21-5.
- Aranaz JM., Limón R., Requena J., Gea MT., Núñez V., Bermúdez MI., Vitaller J., Aibar C., Ruiz P y cols. Incidencia e impacto de los efectos adversos en dos hospitales. Rev Calidad Asistencial. 2005;20(2):53-60.
- Barth RJ. New Findings Highlight the Misdirected Utilization of Patient Satisfaction Surveys and the Importance of Patient Psychology in General Medical Care. The Journal of Bone & Joint Surgery. 2015; 97(10): e48.

- Beristain A. “Gestión de Riesgos y Sistemas de Notificación de Eventos adversos. Análisis técnico-Jurídico del Modelo español (SINASP).” Tratado de Derecho Sanitario. 2013; 2: 349-373.
- Cardoso-Cita Z. Análisis de sentencias judiciales relativas a negligencias médicas emitidas contra traumatólogos entre 1995 y 2011. Revista Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología. 2015; 60(1): 29-37.
- Carrió F. Seguridad clínica en atención primaria. El enfoque sistémico (I). Atención Primaria. 2012; 44(7): 417-424.
- Chukmaitov A. Delivery system characteristics and their association with quality and costs of care: Implications for accountable care organizations. Health Care Management Review. 2015; 40 (2): 92-103.
- Cifuentes M, Davis M, Fernald D, et al. Electronic Health Record Challenges, Work arounds, and Solutions Observed in Practices Integrating Behavioral Health and Primary Care. The Journal of the American Board of Family Medicine. 2015; 28(Supplement 1): S63-S72.
- Committee on Diagnostic Error in Health Care, Board on Health Care Services, Institute of Medicine, The National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine. In: Balogh EP, Miller BT, Ball JR, eds. Improving diagnosis in health care. Washington (DC): National Academies Press; 2015.
- De la Fuente Rodríguez JM. La seguridad en los cuidados de los pacientes en las emergencias extrahospitalarias. Revista de Calidad Asistencial. 2013; 28(2): 117-123.
- De Rezende B. Economic evaluation in patient safety: a literature review of methods. BMJ Quality & Safety. 2012; 21,(6): 457-465.
- Donalson L .Speech on the launching of the World Health Alliance for Patient Safety. Washington DC, 24 October 2004. [http://www1.paho.org/Spanish/DD/PIN/Numero21\\_last.htm](http://www1.paho.org/Spanish/DD/PIN/Numero21_last.htm)
- ENEAS, Estudio. “Estudio Nacional de Efectos Adversos ligados a la Hospitalización.” Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo (2005).
- Fernández-Rozas P, Mora Acosta S, Araya Cruz F. Reclamaciones en el servicio de urgencias. Oportunidad de mejora. Metas de Enfermería. 2014; 17(7): 60-64.
- Fox R, Yelland A, Draycott T. Analysis of legal claims-informing litigation systems and quality improvement. BJOG: An International Journal of Obstetrics & Gynaecology. 2014; 121(1): 6-10.
- Gallagher TH, Waterman A, Garbutt J, et al. US and Canadian physicians’ attitudes and experiences regarding disclosing errors to patients. Arch Intern Med. 2006; 166:1605–11.
- Gallagher, T.H., Garbutt, J.M. Waterman, A.D., Flum, D.R., Larson, E.B., Waterman B.M. Choosing your words carefully: How physicians would disclose harmful medical errors to patients. Arch Intern Med, 166 (2006), pp. 1585-1593.
- Gamonal, E. Las reacciones adversas de medicamentos ¿Son identificados por los médicos? Revista del Cuerpo Médico del Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo. 2014; 6(3): 52-53.
- Garbutt, J., Brownstein, D.R., Klein, E.J., Waterman, A., Krauss, M.J. Marcuse E.K. Reporting and disclosing medical errors: Pediatricians’ attitudes and behaviors Arch Pediatr Adolesc Med, 161 (2007), pp. 179-185.
- Gilman M. The Financial Effect of Value-Based Purchasing and the Hospital Readmissions Reduction Program on Safety-Net Hospitals in 2014. Annals of Internal Medicine. 2015; 163(6): 427-436.
- Harrison R, Lawton R, Stewart K. Doctors’ experiences of adverse events in secondary care: the professional and personal impact. Clinical Medicine. 2014; 14(6): 585-590.
- Kaldjian, L.C., Jones, E.W., Wu, B.J., Forman-Hoffman, V.L., Levi, B, H., Rosenthal G.E. Disclosing medical errors to patients: Attitudes and practices of physicians and trainees. J Gen Intern Med, 22 (2007), pp. 988-996 <http://dx.doi.org/10.1007/s11606-007-0227-z>
- Kohn LT., Corrigan JM., Donaldson MS. Editors. To Err is Human. Building a Safer Health System [Internet]. Washington D.C.: National Academy Press; 1999.

- Leape L, Berwick D. Five years after To Err Is Human: what have we learned?. *JAMA*. 2005; 293(19): 2384-2390.
- López L, Weissman JS, Schneider E, et al. Disclosure of hospital adverse events and its association with patient's ratings of the quality of care. *Arch Intern Med*. 2009; 169:1888-94.4
- Mcelroy L. Detection of medical errors in kidney transplantation: A pilot study comparing proactive clinician debriefings to a hospital-wide incident reporting system. *Surgery*. 2014; 156(5): 1106-1115.
- Mira JJ., Carrillo I., Lorenzo S. Qué hacen los hospitales y la atención primaria para mitigar el impacto social de los eventos adversos graves. *Gac Sanit* 2017;31:150-3.
- Mira JJ., Lorenzo S. Algo no estamos haciendo bien cuando informamos a los/las pacientes tras un evento adverso. *Gac Sanit*. 2015;29(5): 370-374.
- O'Connor E, Coates HM, Yardley IE, et al. Disclosure of patient safety incidents: a comprehensive review. *Int J Qual Health Care*. 2010;22:371-9.
- Okafor N. Voluntary Medical Incident Reporting Tool to Improve Physician Reporting of Medical Errors in an Emergency Department. *Western Journal of Emergency Medicine*. 2015; 16(7): 1073-8.
- Oliva G, Alava F, Navarro L. et al. [Notification of incidents related to patient safety in hospitals in Catalonia, Spain during the period 2010-2013]. *Medicina Clínica*. 2014; 143: 55-61.
- Osuna E. Calidad de la Información Sanitaria como requisito para el consentimiento informado. *Rev.Latinoam.Der.Méd. Medic. Leg*. 2004; 5(1): 59-65.
- Panesar SS, De Silva D, Carson-Stevens A, Cresswell KM, Salvilla SA, Slight SP, et al. How safe is primary care? A systematic review. *BMJ Qual Saf*. 2016;25:544-53.
- Rahn D, Kim G, Mundt A. et al. A Real-Time Safety and Quality Reporting System: Assessment of Clinical Data and Staff Participation. *International Journal of Radiation Oncology Biology Physics*. 2014; 90(5): 1202-1207.
- Rea D, Griffiths S. Patient safety in primary care: incident reporting and significant event reviews in British general practice. *Health & Social Care in the Community*. 2016; 24(4): 411-419.
- Romeo Casabona C. Notificación de eventos adversos. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. C. Romeo (Director). Comares. Granada. 2011. pp.1178-1187.
- Simons P, Houben R, Vlayen A et al. Does lean management improve patient safety culture? An extensive evaluation of safety culture in a radiotherapy institute. *European Journal of Oncology Nursing*. 2015; 19(1): 29-37.
- Tomás S, Chánovas M, Roqueta F. et al. "La seguridad del paciente en urgencias y emergencias: balance de cuatro años del Programa SEMES-Seguridad Paciente." *Emergencias: Revista de la Sociedad Española de Medicina de Urgencias y Emergencias*. 2013; 24(3): 225-233.
- Vila M, Llop A, Escudero E. et al. Impact on the improvement of paediatric emergency services using a standardised model for the declaration and analysis of incidents. *Anales de Pediatría*. 2015; 83(4): 248-256
- Westbrook J, Li L, Lehnbohm E. et al. What are incident reports telling us? A comparative study at two Australian hospitals of medication errors identified at audit, detected by staff and reported to an incident system. *International Journal for Quality in Health Care*. 2015; 27(1): 1-9.
- White AA. Gallagher TH. Medical error and disclosure. *Handb Clin Neurol*. 2013; 118:107-17.
- White, A.A., Gallagher, T.H., Krauss, M.J., Garbutt, J., Waterman, A.D., Dunagan W.C. The attitudes and experiences of trainees regarding disclosing medical errors to patients. *Acad Med*, 83 (2008), pp. 250-256. [dx.doi.org/10.1097/ACM.0b013e3181636e96](https://doi.org/10.1097/ACM.0b013e3181636e96)
- Wolf SH, Kuzel AJ, Dovey SM, Phillips RL. A String of mistakes: The importance of Cascade Analysis in Describing, Counting and Preventing Medical Errors. *Ann Fam Med*. 2004;2:317-26.

# DE LOS LÍMITES A LOS PRINCIPIOS GENERALES DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ACCESO A LOS DATOS DE SALUD

*Antonio Ortiz Hernández y Montserrat Corral Gallego*  
*Técnicos de Función Administrativa*  
*Unidad de Régimen Jurídico*  
*Hospital Universitario Virgen Macarena de Sevilla*

**SUMARIO: 1. Introducción; 2. Principios generales de actuación administrativa – El principio de colaboración interadministrativa; 3. El acceso legítimo a la Historia Clínica – Titularidad del Derecho (de forma tangencial, propiedad de la Historia Clínica); 4. Impacto del nuevo Reglamento General de Protección de Datos, y su adaptación a la normativa interna, en la seguridad jurídica de los datos de salud; 5. Casuística; 6. Recursos consultados.**

## 1. INTRODUCCIÓN

*“El 26 de octubre de 2012 el Consejo de Ministros acordó la creación de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) con el mandato de realizar un estudio integral dirigido a modernizar el sector público español, dotarlo de una mayor eficacia, eliminar las duplicidades que le afectaban, y simplificar los procedimientos a través de los cuales los ciudadanos y las empresas se relacionaban con la Administración” (Preámbulo Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).*

El informe CORA concluía que las Administraciones Públicas, lejos de constituir un obstáculo para la vida de los ciudadanos y las empresas, deben facilitar la libertad individual y el desenvolvimiento de la iniciativa personal y empresarial. Considera para ello imprescindible establecer un marco normativo que impida la creación de órganos o entidades innecesarios o redundantes y asegure la eficacia y eficiencia de los entes públicos, ejerciendo sobre ellos una supervisión continua que permita evaluar el cumplimiento de los objetivos que justificaron su creación.

El régimen completo de las relaciones entre las distintas Administraciones Públicas se encuentra establecido en el Título III. Los principios de coordinación y cooperación se definen como claves en las relaciones interadministrativas y, sobre esta base, se definen los diferentes órganos y formas de llevar a efecto esos principios.

Dentro del deber de colaboración se acotan los supuestos en los que la asistencia y cooperación puede negarse por parte de la Administración requerida, y se concretan las técnicas de colaboración: la creación y mantenimiento de sistemas integrados de información; el deber de asistencia y auxilio para atender las solicitudes formuladas por otras Administraciones para el mejor ejercicio de sus competencias y cualquier otra prevista en la Ley.

El hilo conductor de la presente comunicación lo constituirán (I) el análisis pormenorizado del principio de coordinación interadministrativa, su carácter obligatorio y su importancia como elemento instrumental respecto al principio de eficacia, que preside



la configuración constitucional de la Administración y actúa como eje inspirador de la actuación administrativa; (II) las barreras al deber de colaboración y la consecuente negativa a su prestación; (III) y la aplicación al caso concreto, representado por la solicitud de información por parte de una trabajadora social, relativa a datos de salud incluidos en la Historia Clínica (en adelante HC) de un paciente (dirigida a facultativo especialista del área de salud mental), al objeto de correlacionarlos con un expediente de posible maltrato infantil.

Serán aspectos fundamentales a abordar/analizar:

1. Los principios generales de actuación administrativa que invoca la trabajadora social para fundamentar jurídicamente su solicitud (fundamentalmente el principio de colaboración interadministrativa),
2. El acceso legítimo a la HC (titularidad del derecho y, de forma tangencial, propiedad de la HC).
3. Los diferentes usos de la HC.
4. La necesidad de protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de sus datos de carácter personal.

## **2. PRINCIPIOS GENERALES DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA – EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN INTERADMINISTRATIVA**

Artículo. 103.1 de la Constitución Española establece: “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”. El principio de eficacia preside la configuración constitucional de la Administración, y ha de inspirar tanto su compleja organización como su propia actuación (podrá ésta resultar exitosa – nivel óptimo de consecución de objetivos - dependiendo, en gran medida, de la coherencia con que se haya dotado a aquella), erigiéndose en el estandarte de su razón de ser. Sin los fines que son inherentes a su propia existencia, perdería su razón de ser, su propia justificación.

Destacada así la preponderancia del principio de eficacia en la actuación de la Administración Pública, ha de señalarse que, entre los enumerados en el referido artículo, cabría atribuir, al principio de COORDINACIÓN, la condición de elemento instrumental determinante para el logro de una ACTUACIÓN EFICAZ por parte de las Administraciones Públicas.

Llegamos inevitablemente a esa conclusión si tenemos en cuenta el hecho de que se trata de un principio organizativo que persigue la unidad de actuación entre distintas Administraciones Públicas (o entre órganos pertenecientes a ámbitos distintos de una misma Administración, no relacionados por el principio de jerarquía), en evitación de que se produzcan situaciones de contradicción y/o duplicidad, así como de conflicto competencial que, irremediamente, llevan aparejada la correspondiente incidencia negativa, tanto en el aspecto material (efectos económicos – derroche de recursos), como en el personal (superposición de tareas - efecto de desgaste personal – frustración – desmotivación) - DESCOORDINACIÓN.

Al surgir este concepto (DESCOORDINACIÓN ADMINISTRATIVA), resulta muy complicado enclastrarnos en el planteamiento teórico, propio de una labor de introducción conceptual sobre los principios generales de la actuación administrativa, y no entrar a valorar la realidad de un fenómeno con el que, desgraciadamente, convivimos a diario los que desempeñamos nuestra actividad profesional en el ámbito funcional (estatutario en nuestro caso).

Aunque se ha de reconocer que en el marco de la presente comunicación no procede acometer un análisis profundo de la materia, resulta muy complicado refrenar el espíritu reivindicativo y no elevar la voz para reclamar la necesidad de una “Renovación institucional de la Administración Pública”; frase ésta última con la que encabeza su artículo Carles Miró – Catedrático de Ciencia Política Universidad Pompeu Fabra (El Periódico – 15/04/2018), y en el que realidades como “*la falta de legitimidad social*”, “*la tormentosa relación con la política*”, “*la dificultad de atender los retos de las demandas sociales*”, “*el alambicado sistema de funcionamiento interno*”, escenifican una situación de crisis institucional que precisa de una “*renovación robusta y creativa*”, a través de propuestas que inciden en aspectos como “*la selección de los empleados públicos*”, “*el modelo de dirección política y profesional*”, “*el modelo de recursos humanos*”, “*transparencia, rendición de cuentas y evaluación de las políticas*”.

En el marco general del principio de coordinación entre las distintas Administraciones Públicas, encontramos, en los arts. 140 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), la regulación del principio de colaboración interadministrativa. Este principio genérico de colaboración se desglosa en otros dos, la cooperación y la coordinación, radicando su diferencia en la voluntariedad u obligatoriedad de la actuación administrativa (entre otras, SSTC 18/1992, de 10 de febrero; 42/1983, de 20 de mayo). La voluntariedad en la asunción de compromisos viene a caracterizar las acciones de cooperación en “*aras de una acción común*”, mientras que la coordinación implica una obligatoriedad.

La LRJSP define la **colaboración interadministrativa** (art. 140.1 c) como el **deber** de actuar con el resto de Administraciones Públicas para el logro de fines comunes. En el abordaje de su regulación establece una serie de **compromisos** (art. 141.1) a asumir, por la Administración de que se trate, tales como:

- EL RESPETO al ejercicio legítimo, por las otras Administraciones, de sus competencias.
- LA PONDERACIÓN de la totalidad de los intereses públicos implicados (tanto en el ejercicio de sus competencias como el de aquellas encomendadas a otras Administraciones)
- EL APORTE DE INFORMACIÓN, a solicitud de otras Administraciones, necesaria para el ejercicio de sus competencias.
- LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA, a solicitud de otras Administraciones, para el eficaz ejercicio de sus competencias.
- EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES concretas derivadas del deber de colaboración y las restantes que se establezcan normativamente.

Y asocia a los mismos los correspondientes métodos a través de las cuales este deber se materializa - **Técnicas de Colaboración** (art. 142):

- SUMINISTRO DE INFORMACIÓN, datos, documentos o medios probatorios.
- CREACIÓN Y MANTENIMIENTO DE SISTEMAS INTEGRADOS DE INFORMACIÓN

ADMINISTRATIVA, con el fin de disponer de datos actualizados, completos y permanentes, referentes a los diferentes ámbitos de actividad administrativa en todo el territorio nacional.

- DEBER DE ASISTENCIA Y AUXILIO, para atender las solicitudes formuladas por otras Administraciones, en especial cuando los efectos de su actividad se extiendan fuera de su ámbito territorial.
- Cualquier otra prevista por la ley.

Del mismo modo, la Ley 40/2015 contempla la posibilidad de que existan **barreras a ese deber de colaboración**, que podrán suponer una **negativa a su prestación** (art. 141.2), siempre que medie comunicación motivada dirigida a la Administración solicitante, y encuentre amparo en **razones** tales como la **falta de habilitación normativa**, la **falta de los medios suficientes**, el **perjuicio grave a los intereses** cuya tutela tiene encomendada o al **cumplimiento de sus propias funciones** o en el **carácter confidencial o reservado de la información facilitada**.

### 3. EL ACCESO LEGÍTIMO A LA HISTORIA CLÍNICA – TITULARIDAD DEL DERECHO (DE FORMA TANGENCIAL, PROPIEDAD DE LA HISTORIA CLÍNICA)

La HC aparece definida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, como “*el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones, de cualquier índole, sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial*” (art. 3). Por tanto, la finalidad de la historia clínica no es otra que la prestación de la asistencia sanitaria a los pacientes.

Ya el art. 14.1 de la LBRAP establece que la historia clínica comprende 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.

En cuanto a la determinación de la titularidad de la HC existen diversas teorías que relacionamos a continuación:

- La que atribuye la titularidad material al paciente, sobre la base de que los datos que contiene la HC van referidos a su identificación, salud e intimidad, siendo ésta la fuente única de toda la información incluida en aquella. En esta línea, algunos autores opinan que la relación sinalagmática que se establece, en el ejercicio privado de la medicina, entre profesional y paciente, por la que el primero queda obliga adecuar la profesión a la *lex artis ad hoc*, así como a la elaboración de la historia clínica, a cambio de un precio a satisfacer por el segundo (en el marco de un contrato de arrendamiento de servicios), justificaría que la historia clínica pertenezca al paciente.
- La que defiende que en la HC prevalece la creación intelectual del facultativo, por el proceso intelectual del médico que desemboca en un diagnóstico, pronóstico y tratamiento y se concreta en los informes clínicos/científicos contenidos en el documento, susceptibles de ser admitidos como objeto de tutela específica en la Ley de Propiedad Intelectual.
- Una tercera teoría propugna la titularidad del Centro de Salud, como el espacio en que se materializa la relación médico paciente que origina el documento- HC, y en el que, además, concurre el deber de conservación y custodia.

Finalmente aparece como posicionamiento mayoritario, una tesis integradora, que defiende la titularidad compartida entre el médico (por cuanto la confecciona y su autoría es objeto de propiedad intelectual), el paciente (dado que en ella se contiene la totalidad de su proceso asistencial) y la institución sanitaria de que se trate (como encargada de su custodia y conservación). En esta posición ecléctica (aglutinadora de puntos de vista concretados en las distintas teorías referidas anteriormente) se alinean autores como R. Cantero (*“el propietario de la historia clínica es el centro sanitario; el paciente es el titular de la intimidad en ella reflejada, y el médico dueño de su aportación intelectual y administrador del interés de terceros allí registrados”*) y M. Rodríguez Pazos Catedrático de Medicina Legal de la Universidad de Barcelona (*la propiedad de la historia clínica es tripartita: del médico, del paciente y de la institución, con derecho de acceso directo de los tres propietarios. Del médico porque la confecciona, del paciente porque allí debe constar todo su proceso asistencial y de la institución porque debe de ser garante de su conservación*).

En el ámbito jurídico, la historia clínica adquiere su máxima dimensión debido a la diversidad de implicaciones que afectan a los derechos de los pacientes, a las obligaciones legales del médico y a derechos fundamentales de carácter personalísimo, como, por ejemplo, la intimidad o la protección de datos personales. Igualmente, la historia clínica es susceptible de tener diferentes usos, o de ser utilizada con distintas finalidades. Precisamente por ello, de entre todas las cuestiones jurídicas que se plantean en torno a la historia clínica, una de las que adquieren mayor relevancia práctica es la que se refiere a su acceso.

Como se refería en el encabezamiento, el aspecto fundamental a abordar en el presente apartado lo constituye QUIÉN TITULA EL DERECHO DE ACCESO a los datos contenidos en la HC.

(i)- Los profesionales sanitarios: La Ley de Autonomía del Paciente dispone que el acceso a la HC es libre para los profesionales sanitarios, pero sólo respecto a los datos pertinentes para garantizar una asistencia adecuada al paciente y en tanto los datos constituyan un *“instrumento fundamental para su adecuada asistencia”*, **en cada caso concreto**. La prescripción es un tanto laxa por cuanto las limitaciones vendrán dadas por la propia casuística del asunto. Se ha de incidir en que el artículo 16 de la Ley 41/2002 (apartados 1), al utilizar el concepto de “profesionales sanitarios” asociado al derecho de acceso a la HC, está extendiendo su ámbito más allá del personal facultativo, abarcando a todo aquel profesional que diagnostique o traten al paciente.

Existe una última referencia, en el citado art. 16, relativa al acceso a la HC por parte del personal de administración y gestión de los centros sanitarios, limitándolo a aquellos datos relacionados con sus propias funciones.

(ii)- En el caso de los pacientes (o un representante debidamente acreditado), se reconoce su derecho a acceder a los datos contenidos en su HC y a obtener copia de ellos, excepción hecha tanto de los que hagan referencia a terceras personas -por cuanto pudiera comprometer la intimidad de esos terceros-, como de las anotaciones subjetivas introducidas por el profesional sanitario.

Los límites de derecho de acceso del paciente a su HC, a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, aparecen recogidos en el artículo 18.3 de la Ley 41/2002. El que se concreta en la confidencialidad de

los datos de terceras personas (recogidos en interés terapéutico del paciente) favorece una interpretación pacífica; por el contrario, el que hace referencia a la reserva de las anotaciones subjetiva plantea aspectos controvertidos, viniendo representado, el primero de ellas, por el hecho de la ley 41/2002, se limita a la mera referencia de esas anotaciones subjetivas, sin detenerse en su definición.

El Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre, por el que se aprueba el conjunto mínimo de datos de los informes clínicos en el Sistema Nacional de Salud (B.O.E. nº 225, de 16 de septiembre), en su Anexo VIII, referido al “*Conjunto de datos de la historia clínica resumida*”, dedica un apartado a lo que denomina “*Observaciones subjetivas del Profesional*” y, a la hora de justificar su razón de ser, recoge lo que bien podía considerarse como una definición del concepto en cuestión: “*La única justificación de este campo es recoger valoraciones del profesional siempre que sean de auténtico interés para el manejo de los problemas de salud por otro profesional. Solo deberán ser reseñadas aquellas anotaciones que sean encuadrables en alguno de los siguientes apartados:*

- Valoraciones sobre hipótesis diagnósticas no demostradas.
- Sospecha acerca de incumplimientos terapéuticos.
- Sospecha de tratamientos no declarados.
- Sospecha de hábitos no reconocidos.
- Sospecha de haber sido víctima de malos tratos.
- Comportamientos insólitos.

Legisladores autonómicos también se han ocupado de abordar la definición de las anotaciones subjetivas (Galicia, Castilla-La Mancha y País Vasco), considerando que se trata de valoraciones personales del facultativo responsable del paciente y destacan la necesidad de que esas valoraciones no sean gratuitas o impertinentes; por el contrario han de tener interés efectivo para la atención sanitaria del paciente y ser susceptibles de influir en el diagnóstico y futuro tratamiento médico una vez constatadas (trascendencia clínica de las anotaciones subjetivas - artículo 15 Ley 41/2002 “*La historia clínica incorporará la información que se considera trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente*”).

Por último se ha de exponer la cuestión relativa a quién puede **oponer el derecho de reserva** de las anotaciones subjetivas frente al derecho de acceso a la historia por parte del paciente.

Mientras existe una corriente que entiende que la revisión de las anotaciones subjetivas, para su posible exclusión del derecho de acceso del paciente, no debe dejarse al criterio de los propios facultativos que las crean, y que esa valoración debe ser acometida por el centro sanitario; otros autores consideran que el propio tenor literal de la Ley obliga a entender que el derecho de reserva se configura como un “*derecho de los profesionales que han participado en su elaboración*” y no de los centros. Este criterio es también el de la Agencia Española de Protección de Datos. En su Resolución R/00633/2004 de 22 de noviembre de 2004 literalmente afirma: “*A este respecto, cabe señalar que la posible denegación del acceso a las anotaciones subjetivas la tiene que realizar el facultativo, no la entidad que la custodia*”.

(iii).- Otras consultas. El uso de la HC es, inicial y exclusivamente, el asistencial. Sin embargo, la Ley contempla otros usos diferentes: **fines epidemiológicos, de salud pública, de investigación y docentes**. También se contemplan fines de **administración, de inspección, de evaluación, de acreditación y de planificación**. Ahora bien, en pro de garantizar el anonimato del paciente, en estos casos, deberá dissociarse la información personal. Sólo podrán cederse datos asociados a la identidad del paciente cuando medie requerimiento judicial o el consentimiento de aquél.

Por lo expuesto, no obstante acoger todas las tesis doctrinales, se puede concluir que el principio de colaboración puede ser invocado al amparo de un **interés legítimo, entre administraciones en las que confluja la consecución de un fin para el que tengan atribuidas sus competencias, y siempre con los límites que impone la necesidad de que no se vean perjudicados los derechos de terceros**, máxime cuando gozan de especial protección por tratarse de derechos fundamentales.

Por lo que hace al tratamiento de los datos contenidos en una HC, a efectos de determinar si la solicitud de aquella trabajadora social -que está sirviendo de hilo conductor a esta comunicación- estaba bien dirigida, se hace preciso **distinguir la figura del titular/propietario del archivo** -que, en nuestra opinión, si bien la propiedad la debieran titular facultativo, paciente y centro, la titularidad la debiera ostentar

el responsable del fichero-, **de quién titula el derecho de acceso a ese archivo** que, como hemos examinado, corresponde a (I) los profesionales sanitarios en el ejercicio de su actividad asistencial, (II) al propio paciente con la exclusión (i) de aquellos datos que se refieran a terceros identificados o identificables, y (ii) de las anotaciones subjetivas del profesional; y a (III) otras instancias para la consecución de fines epidemiológicos, de salud pública, de investigación y docentes, de administración, de inspección, de evaluación, de acreditación y de planificación, siempre que vayan disociados de datos identificativos.

Bajo estas dos premisas avanzamos la conclusión que se desarrollará en el expositivo dedicado a la casuística, y es que la solicitud de la trabajadora social no podía atenderse por perjudicar el derecho de un tercero interesado que gozaba de especial protección, ni estaba dirigida al órgano competente para ponderar los intereses confrontados, esto es, al titular del fichero, en tanto que garante de su protección.

#### **4. IMPACTO DEL NUEVO REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS, Y SU ADAPTACIÓN A LA NORMATIVA INTERNA, EN LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS DATOS DE SALUD**

Al respecto del consentimiento del paciente para la cesión de sus datos de salud es preciso aludir a la aún vigente (i) Ley Orgánica de Protección de Datos, en tanto no se promulgue una nueva redacción adaptada al Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), y (ii) al texto del Anteproyecto de Ley a estos efectos.

El Artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999 (en adelante, LOPD), al referirse al consentimiento del afectado dispone:

*1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.*

*2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad*

*proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.*

Por su parte, el Artículo 7.6 de la vigente LOPD dispone acerca de los datos especialmente protegidos:

*6. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto.*

*También podrán ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento.*

Como se pone de manifiesto en la redacción de los meritados preceptos, la aún vigente LOPD exige el consentimiento inequívoco del interesado para el tratamiento de sus datos cualquiera que sea el nivel de protección de aquellos. Ahora bien, esta redacción, como ya confirmara la Agencia Española de Protección de Datos en su Informe Jurídico 0645/2009, era compatible con el consentimiento tácito, excepto si los datos recabados no son especialmente sensibles, cual es el caso de los datos de salud.

Sin embargo, este consentimiento tácito para el tratamiento de cualquier dato, ya no aplicaría de acuerdo con lo preceptuado en el RGPD, en tanto que en su Considerando 32 indica que para poder considerar que el consentimiento es inequívoco, deberá existir **una declaración del interesado o una acción positiva que manifieste su conformidad**, y que el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no constituirán prueba de consentimiento. Pudiera

parecer que se ha producido una equiparación en los niveles de protección de todos los datos. Cabría preguntarse qué plus de seguridad se otorgará de ahora en adelante a los datos de salud.

El Anteproyecto de Ley no contiene en la que, previsiblemente, será su redacción definitiva, ninguna referencia expresa a los datos de salud entre sus disposiciones generales, quizás por esa tendencia de equiparación de los niveles de protección de todos los datos personales.

El artículo 9 de ese Anteproyecto parece convertirse en el precepto de cabecera a la hora de dar tratamiento a los datos de salud, en la medida en que alude al tratamiento de datos en cumplimiento de una obligación legal, cual sería el deber de auxilio sanitario.

*Artículo 9. Tratamiento de datos amparado por la ley.*

*1. El tratamiento de datos de carácter personal sólo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1 c) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así lo prevea una ley, que deberá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo, así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal. La ley podrá igualmente imponer condiciones especiales al tratamiento, tales como la adopción de medidas adicionales de seguridad u otras establecidas en el Capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679.*

*2. El tratamiento de datos de carácter personal sólo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1 e) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando derive de una competencia atribuida por la ley.*

*3. La ley podrá considerar fundado un determinado tratamiento en la concurrencia de un interés legítimo del responsable del tratamiento o de un tercero que prevalece sobre los derechos del afectado, en los términos previstos en el artículo 6.1 f) del Reglamento (UE) 2016/679. En estos supuestos, la ley podrá exigir al responsable la adopción de garantías adicionales.*

*Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que el tratamiento de datos personales pueda considerarse lícito al amparo del artículo 6.1 f) del Reglamento (UE) 2016/679, aun cuando no exista una previsión legal específica.*

Con la siguiente reflexión podemos observar que la ausencia de referencia expresa a los datos de salud no es casual y que parece pretenderse su regulación a través del referido artículo 9. A saber: en la vigente LOPD los datos de salud se hallan incluidos entre los datos especialmente protegidos; en el Anteproyecto, esos datos que gozan de especial protección pasan a identificarse como **categorías especiales de datos**, en el artículo 10. Pues bien, en el apartado 1, entre esas categorías especiales de datos, para las que sí se prevé un plus de seguridad, **no se encuentran los datos de salud**. Expresamente se contemplan los *datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico*.

La referencia a los datos de salud se contiene en el apartado 2, párrafo 2:

*En particular, la ley podrá amparar el tratamiento de datos en el ámbito de la salud cuando así lo exija la gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, pública y privada, y de los seguros de asistencia sanitaria.*

Con esta referencia al ámbito de la salud, no podría considerarse la del Anteproyecto una declaración expresa de especial protección, salvo por encontrarse la mención en el artículo que regula las categorías especiales de datos, y por la referencia que en el apartado primero se hace al art. 9.2 a) del RGPD que, a su vez, hace referencia al apartado primero, donde sí se hace expresa mención a los datos de salud. Hay que recordar que el Anteproyecto, previamente, en el artículo 9 ya prevé la posibilidad de dar tratamiento a estos datos siempre que ese tratamiento esté amparado en una ley.

Ahora bien, si esos datos de salud lo fueran de salud mental, no debe olvidarse que su tratamiento podría, en la práctica, generar un perfil completo del individuo, del que se desprendiese el conocimiento de esas especiales categorías de datos, tales como las creencias morales y religiosas o la vida sexual del sujeto. Ello no hace sino plantearse si no habrá errado el legislador con la ausencia de inclusión expresa de los datos de salud, en general y los de salud mental en particular, en esas categorías especiales en las que

el mero consentimiento del interesado no basta para levantar la prohibición de su tratamiento.

La tesis anterior acerca de la posibilidad de que el legislador yerre al no incluir los datos de salud en esas categorías especiales de manera expresa, se refuerza cuando atendemos a lo dispuesto en el apartado 3 del Anteproyecto (“aun cuando no exista una previsión legal específica”), que remite a lo contenido en el artículo 6.1 f):

*1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: (...)*

*f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.*

Excepcionar la necesidad de amparo legal para dar tratamiento a los datos de carácter personal deberá suponer necesariamente, en aras de la seguridad jurídica, que el interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero que lo invoque quede perfectamente identificado, y no existan fisuras interpretativas acerca de qué derecho deba prevalecer, de lo contrario será recurrente la instancia del auxilio judicial por todo aquel que considere perjudicado su derecho a la intimidad.

## 5. CASUÍSTICA

Atendiendo a la casuística que presentábamos para abordar el estudio de los límites a los principios generales de actuación administrativa, después de la exposición técnico jurídica, podemos aseverar, como ya adelantábamos, que aquéllos no son suficientes para quebrar un derecho fundamental como es la intimidad personal.

Supuesto de hecho: La Unidad de Régimen Jurídico fue instada por el Director de la UGC de Salud Mental del Centro para auxiliarlo en la labor de interpretar la normativa que justificara o amparase que una trabajadora social, invocando los meritados principios de cooperación y colaboración, hubiese requerido a un facultativo para que cediera información sensible contenida en la historia clínica (HC) de un paciente -para una finalidad no

asistencial-, gestionando para ello unos datos contenidos en un fichero cuya titularidad corresponde a la Administración.

El fin que perseguía la trabajadora social era dilucidar la existencia o no de un episodio de maltrato infantil, y en tal empresa, se hallaba recabando pruebas periféricas, como pudiera ser un perfil psicológico compatible con episodios violentos, que sustentaran sus sospechas.

Habría que preguntarse ¿por qué no acudió esa empleada pública a la autoridad judicial competente, al menor indicio delictivo? Habría sido ese el órgano ante el que, en primera instancia, debía haber invocado los precitados principios de cooperación y colaboración, ya que sus competencias están orientadas en el mismo sentido: en ese caso, la protección del menor.

La labor del facultativo especialista en Salud Mental confluye tangencialmente con la de la trabajadora social, en el sentido de detectar si el paciente puede entrañar un riesgo para sí mismo o para terceros y, en su caso, impedirlo. En estos supuestos, existen procedimientos y cauces legales específicos que, incluso, pueden devenir en obligación legal para el profesional sanitario.

Analizado el asunto en el sentido técnico jurídico expuesto en anteriores epígrafes, y examinada la normativa tanto estatal como autonómica, no se les ocurrió a los dicentes ninguna justificación legal, que amparase que el profesional sanitario pudiera ceder datos tan sensibles como los contenidos en una HC de Salud Mental. A mayor abundamiento, no encontramos justificación alguna a que los principios de cooperación y colaboración pretendieran amparar tal requerimiento, pues no se estaban invocando ante el titular los datos cuya cesión solicitaba.

El artículo 82 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, del Estatuto de Autonomía para Andalucía, atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia ejecutiva sobre protección de datos de carácter personal gestionados por las instituciones autonómicas de Andalucía, Administración Autonómica, Administraciones Locales, y otras entidades de derecho público y privado dependientes de cualquiera de ellas, así como por las universidades del sistema universitario andaluz.

**La ORDEN de 11 de agosto de 2003, en su anexo, recoge la creación del Fichero 7: Pacientes de salud mental (SISMA).**

“a) Órgano responsable: Dirección General de Asistencia

Sanitaria.

b) Uso y fines: **Atención a pacientes de salud mental. Fines estadísticos.**

c) Personas y/o colectivos afectados: *Personas afectadas por enfermedades o procesos relacionados con la salud mental.*

d) Procedimiento de recogida de datos: *Facilitados por los propios pacientes.*

e) Estructura básica del fichero: *Base de datos.*

f) Tipos de datos: *Administrativos, epidemiológicos, clínicos, citas.*

g) Cesiones de datos que se prevén: **No están previstos. Uso interno del Servicio Andaluz de Salud.**

h) Unidad o servicio ante el que pueden ejercitarse los derechos de oposición, acceso, rectificación y cancelación: **Dirección General de Asistencia Sanitaria.**

i) Medidas de seguridad: *Nivel alto.”*

El Decreto 208/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud establece entre las competencias de la Dirección General de Asistencia Sanitaria la siguiente competencia:

“n) *La definición funcional, explotación y control de los sistemas de información necesarios para el ejercicio de sus funciones.”*

A la vista de lo expuesto, no caben dudas sobre la titularidad del fichero donde se recogen los datos que solicitaba la trabajadora social, y a qué órgano administrativo debiera haberse dirigido para solicitar colaboración acerca de la información que requería, sin perjuicio de la oportunidad de haber puesto los hechos en conocimiento de la Autoridad Judicial. Por tanto, no siendo el facultativo responsable del fichero, pero sí del tratamiento que haga de esos datos -en tanto que autorizado para poder dar cumplimiento a su actividad asistencial, y sometido también al deber de sigilo-, sin haber mediado requerimiento judicial o consentimiento del paciente, con las caute- las que impone sobre este consentimiento el nuevo

RGPD, cualquier fuga de información suponía que hubiese incurrido en conducta reprochable desde el punto de vista penal, administrativo, disciplinario y deontológico.

Estas conclusiones, por lo motivos aludidos en el expositivo correspondiente, no difieren de aquellas que podrían alcanzarse una vez vigente la nueva LOPD, en adaptación al RGPD.

## 6. RECURSOS CONSULTADOS

- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- 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.
- El Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre, por el que se aprueba el conjunto mínimo de datos de los informes clínicos en el Sistema Nacional de Salud (B.O.E. n° 225, de 16 de septiembre).
- Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, del Estatuto de Autonomía para Andalucía.
- Agencia Española de Protección de Datos. Resolución R/00633/2004 de 22 de noviembre de 2004.
- REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.
- Anteproyecto de ley orgánica de protección de datos de carácter personal.
- Fernández Ruiz-Gálvez. Septiembre 2013: Intimidad y confidencialidad en la relación clínica.
- Ollero A. De la Intimidad a la Protección de Datos Personales. In: Neumann U, Herzog F, editors. Festschrift für Winfried Hassemer. Heidelberg: C.F. Müller Verlag; 2010.

Tags: RGPD, HISTORIA CLÍNICA, COLABORACIÓN, COOPERACIÓN.



# DE LA OBSOLESCENCIA DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LAS FUNCIONES DEL PERSONAL SANITARIO NO FACULTATIVO

*Montserrat Corral Gallego y Antonio Ortiz Hernández*

*Técnicos de Función Administrativa*

*Unidad de Régimen Jurídico*

*Hospital Universitario Virgen Macarena de Sevilla*

**SUMARIO: 1. Génesis y evolución histórica de la regulación del personal estatutario sanitario no facultativo; 2. Impacto de esta coyuntura en los distintos niveles asistenciales; 3. Abordaje por el profesional del derecho sanitario. Construcción hermenéutica aplicada a casuística real; 4. Recursos Consultados.**

## RESUMEN

La delimitación de funciones del personal sanitario no facultativo se presenta, en algunos casos, como una tarea ciertamente controvertida, por cuanto la única norma vigente que las enumera y delimita data del año 1973 (**Orden de 26 de abril del Ministerio de Trabajo, por el que se aprueba el Estatuto del Personal Sanitario No Facultativo**).

Siendo que, desde la fecha de su entrada en vigor, ese contenido funcional se ha visto sometido a la progresiva evolución de la praxis sanitaria, no es infrecuente que los órganos de dirección de enfermería y/o los cargos intermedios de los centros sanitarios se enfrenten a la eventual oposición a realizar determinadas tareas asistenciales por parte del colectivo de una determinada categoría, amparando aquélla bien en la ausencia de una atribución legal expresa, bien en interpretaciones sesgadas del cometido atribuido.

Ante tal coyuntura, se hace preciso por parte del jurista de la salud acudir a la práctica hermenéutica, correlacionando las disposiciones contenidas en el meritado cuerpo normativo, con aquellos conceptos básicos -desde una perspectiva más actualizada- a los que alude la norma al delimitar las diferentes

funciones, de forma que se pueda ofrecer una respuesta que, conforme a Derecho, dé cobertura a esa obsolescencia.

En la presente comunicación se repasará el histórico regulatorio de las funciones del personal estatutario sanitario no facultativo, se pondrá de manifiesto el nivel de impacto de esta coyuntura en los distintos niveles asistenciales, así como se relatará un ejemplo descriptivo de su abordaje desde el punto de vista técnico jurídico, y la necesidad de recurrir a la construcción hermenéutica.

## 1. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN DEL PERSONAL ESTATUTARIO SANITARIO NO FACULTATIVO.

La definición que de la palabra Estatuto hace la Real Academia Española como “*1. m. Establecimiento, regla que tiene fuerza de ley para el gobierno de un cuerpo. 2. m. Ordenamiento eficaz para obligar*”, permite vislumbrar cómo la impronta del preterito Estado Absoluto se ha mantenido en el tiempo a nivel semántico. Fue precisamente en este contexto

histórico, cuando germinó lo que ahora concebimos como personal estatutario: empleados públicos designados por el Rey, sin restricción alguna en esta potestad, al objeto de desempeñar ciertos oficios, con unas funciones bien definidas. Si bien la idoneidad se valoraba de forma discrecional por el regente, para determinar la capacidad se llegaron a introducir criterios que, en aquellos momentos, gozaban de vocación de objetividad. De esta forma, se definieron como incapaces a los herejes, a los conversos, a los judíos, a los condenados por resolución firme, a los deudores del Estado y a los menores de 20 años, o lo que es lo mismo, todo aquel que fuese sospechoso de deslealtad al Estado.

Siendo los nombramientos por tiempo determinado, no cabía la revocación o separación del cargo, salvo causa justificada. La extinción de la relación de empleo sólo tenía lugar por renuncia del titular o por la vacuidad del cargo, por llegar a quedar vacío de contenido funcional.

La necesidad de que las funciones encomendadas se desempeñaran con plena dedicación, impedía que se acumularan esos oficios, salvo declaración expresa de compatibilidad.

De estas primeras características enunciadas de los oficios públicos se puede inferir que, desde sus orígenes, el profesional estatutario ha estado marcado por su nivel de especialización y cualificación para desempeñar las funciones encomendadas.

Teniendo en cuenta que la norma siempre surge de la necesidad de regular una determinada coyuntura político-social, el panorama del momento retrataba una sociedad que, de manera incipiente y paulatina, se estaba burocratizando, y cuya estructura estaba transitando desde una tradición monárquica descentralizada y estamental, hacia el nuevo modelo borbónico que apostaba por la centralización absoluta. Ese Estado Central demandaba profesionales con capacidad suficiente y contrastada para atender funciones a un nivel que trascendía de la, hasta en ese momento, tradicional práctica rudimentaria, local y puntual, habida cuenta existía una determinante vocación de institucionalización.

Por tanto, la fórmula de reglamentación con este modelo de estadismo borbónico sufriría una tendencia inversa a la tradicional, esto es, se optaría por un modelo de regulación unitario y centralizado, también, de la función pública.

Por otro lado, ese modelo centralizado encontraba su mayor dificultad, precisamente, en esa demanda de especialización con la que se pretendía consolidar ese proceso de institucionalización y burocratización. Aquellos oficios debían empezar a ordenarse según el nivel de cualificación de quienes los ejercían, con la dificultad que ello entrañaba.

El oficio sanitario, en este contexto, se antojaba de compleja regulación por cuanto, durante esta transición, no existía un sistema de asistencia sanitaria que pudiera adaptarse a ese nuevo modelo que viraba hacia la institucionalización centralizada. Es en 1721, con la implementación de las **juntas de sanidad** –estructuradas verticalmente y dependientes de una Superior– cuando podemos hablar de una sanidad que empieza a ordenarse estatalmente. Dichas juntas de base estaban compuestas por miembros del gobierno de la ciudad, normalmente elegidos por sorteo. El resto del personal que las integraba se ordenaba por categorías, atendiendo a sus funciones y cualificación, si bien a lo largo del siglo XVIII sus intervenciones tendrían un carácter más burocrático y de vigilancia (origen de las inspecciones sanitarias), habida cuenta la necesidad de controlar las pandemias que proliferaban, y que también justificaban la vinculación de las administraciones sanitaria y marítima. Por su parte, el control de la enseñanza y del ejercicio profesional quedó encomendado al Tribunal del Protomedicato.

De esta forma es como llegamos hasta la etapa constitucional (desde 1812), durante la que se promulgarán los primeros Estatutos de empleados públicos, y se ordenará legislativamente el servicio general de sanidad.

El primer Estatuto de empleados públicos se promulgaría por Real Decreto de 18 de junio de 1852, más conocido como **Estatuto de Bravo Murillo**. La regulación del Servicio General de Sanidad llegaría a través de la **Ley de 28 de noviembre de 1855**, en el que seguiría muy presente la necesidad de control y vigilancia de la sanidad en el medio marítimo.

Más tarde entraría en vigor el Estatuto de Maura, que se aprobó formalmente como una **Ley de Bases el 22 de julio de 1918**, y sería desarrollada por diversos Reales Decretos que datan del 7 de septiembre de 1918.

Durante esta segunda mitad del XIX y primeras décadas del XX, los puestos de la sanidad estatal se conseguían previo concurso u oposición libre, para las que no había ofertas regladas de preparación

específica. Por tanto, si bien la apuesta por la centralización se iba consolidando, esa consolidación se producía en detrimento de una regulación especializada, ya que de haberse pretendido una ordenación centralizada y a la vez especializada del acceso al empleo público sanitario, se habrían tenido que acoger todas las peculiaridades que imprimían los aún muy marcados usos locales de las diferentes demarcaciones territoriales, con el consiguiente riesgo de haberse visto cuestionado ese modelo de Estado Central. Se ponía de manifiesto otra deficiencia en la evolución hacia el centralismo: un sistema formativo homogeneizado.

Para subsanarlo, en 1924 se decretó la creación de la Escuela Nacional de Sanidad (ENS). Sin embargo, su actividad no se regularizó hasta la aprobación de su Reglamento por el Real Decreto de 12 abril de 1930 y el nombramiento como Director de Gustavo Pittaluga.

El proyecto Pittaluga se caracterizó por defender para la ENS una idea básica de organismo autónomo, capaz de colaborar con universidades y servicios sanitarios y por su gran plasticidad funcional. Proponía el establecimiento de cursos para formación de los aspirantes a las plazas de funcionario sanitario, que conferirían el título de “oficial sanitario” necesario para presentarse a las oposiciones, así como otros para perfeccionamiento de funcionarios médicos, farmacéuticos y veterinarios, y también para el personal subalterno necesario en las instituciones sanitarias, además de formar enfermeras de salud pública. Con ese primer proyecto de un centro nacional de formación especializada sanitaria, en 1924, se pensó en dotar un cuerpo de enfermeras sanitarias; sin embargo, este otro proyecto no se llevaría a cabo hasta la República.

El contexto histórico vuelve a ser determinante en la regulación de la prestación sanitaria pública. En la actualidad, en el marco del Estado del Bienestar, sería impensable que los ciudadanos no fueran beneficiarios de asistencia sanitaria pública, por ser la Sanidad uno de los pilares fundamentales de las políticas sociales y una materia objeto de acalorados debates parlamentarios en los procesos de aprobación de los presupuestos públicos anuales, por la demanda creciente de inversión en recursos materiales y humanos; sin embargo, apenas hace un siglo, la prestación sanitaria era sinónimo de precariedad y, por ello, estaba muy vinculada a la beneficencia. Por otro lado, siendo la religión católica la oficial del Estado, el instituto religioso se hallaba presente en todas sus

estructuras. Por esta razón, en los textos legales de la época, reguladores de la prestación sanitaria -y que serían los primeros que recogerían, aunque tímidamente, una atribución expresa de funciones del personal de las instituciones sanitarias-, fueran prolijas las alusiones al clero.

Así, en el Real Decreto de 10 de junio de 1930, por el que se aprueban las Bases a las que se ajustarán los Reglamentos por los que habrían de regirse las Instituciones Sanitarias, poniéndose de manifiesto el marcado carácter piadoso de una sociedad necesitada, sobre todo en la enfermedad, de auxilio espiritual, se establecía:

*“Habrá las Religiosas que determine la superioridad atendiendo las necesidades de cada Establecimiento y dependiendo, en cuanto se refiere a los servicios del mismo, de la autoridad del Director.*

*Les estarán encomendadas las siguientes funciones:*

*A la Superiora incumbe la distribución de las Hermanas en aquellos servicios que sean precisos, pudiendo trasladarlas, siempre de acuerdo con la Dirección.*

*Las Religiosas desempeñarán funciones en relación, tanto con la asistencia de enfermos, como con la Administración, ajustándose para ello a las instrucciones emanadas de la Dirección. En sus funciones administrativas las recibirán del Administrador. En ambos casos será la Superiora la que transmita dichas instrucciones.*

*La Superiora o Hermana en quien aquélla delegue está obligada a recibir y hacer inventario, de acuerdo con el Administrador, de todos los artículos, a excepción de los que por su carácter técnico correspondan a otros funcionarios.*

*La Superiora facilitará al Administrador cuantos datos estime necesarios para la formación de las cuentas.*

*Para todo lo que al culto se refiera, así como para la asistencia espiritual de los enfermos, habrá Capellanes en aquellos establecimientos que lo requieran, y ellos se encomendarán las siguientes funciones:*

*Será, el Jefe de la Capilla, desempeñará cuantas funciones estén relacionadas con el culto y quedará obligado a residir en el Establecimiento.*

*Cumplirá con las cláusulas del contrato celebrado con las Religiosas, pudiendo celebrar, de acuerdo con la Superiora, ceremonias compatibles consignación correspondiente del presupuesto.*

*Administrarán y cumplirán todos los auxilios espirituales que requieran o demanden los enfermos o cuando medie invitación concreta del Director del Establecimiento”.*

Tras la Guerra Civil, sin pretender obviar la presencia de religiosas en la práctica de la enfermería, sí que surge la necesidad de instruir a profesionales de la enfermería secular, y de esta manera se inauguró en 1941 la Escuela Nacional de Instructoras Sanitarias, recuperando los planteamientos docentes republicanos.

Existía ya en ese momento la competencia de otros cuerpos atípicos, como la Enfermería de Auxilio Social y las Enfermeras Visitadoras Sociales de la Sección Femenina, y las de algunas ramas de la sanidad oficial, como las Enfermeras de Higiene Escolar.

Con la aparición del Seguro de Enfermedad, que generó una enorme demanda de personal de enfermería, y con la creación de la nueva titulación de Ayudante Técnico Sanitario (1953), se ralentizaría ese impulso especializador de la enfermería pública.

Este aumento de profesionales dedicados a la enfermería no suponía un problema en lo que a regulación de acceso al empleo público se refería, pues tanto el Estatuto de 1918 como la Ley de Funcionarios de 1964, darían cobertura a esta cuestión, previendo una ordenación general aplicable a todo aspirante a la función pública que no lo pretendiera a un Cuerpo específicamente reglamentado, como sucedía con el acceso al Cuerpo Médico de Sanidad Nacional, a través del Reglamento de 4 de diciembre de 1935.

La revisión del Código Penal de 1944 supuso introducir la imprudencia más allá del ámbito automovilístico. Se consideraba, con carácter general, imprudente el resultado de muerte o lesiones graves a consecuencia de *impericia o negligencia profesional*, arrojando resultados judiciales más que cuestionables en ciertas ocasiones. Por ello, ya desde la Sentencia del TS de 30 de septiembre de 1959 se aludía a *“la difícil tarea de diferenciar culpa del profesional y culpa profesional”*.

Por tanto, también por la necesidad de establecer unos estándares de responsabilidad legal, el colectivo dedicado a la enfermería venía necesitado de una normativa que distinguiera sus funciones de acuerdo con el nivel de competencia profesional adquirido, de manera que, desde el punto de vista técnico jurídico, se facilitara la valoración del grado de diligencia y responsabilidad imputable a cada categoría, o lo que es lo mismo –y en palabras del Tribunal Supremo– se delimitarán *aquellas reglas del arte o normas técnicas que son exclusivas de la profesión, y no las que son comunes a todas las personas*, de forma que sólo pudiera reprochársele un plus de antijuridicidad a aquel que, requiriendo unas técnicas propias de la profesión, careciera de las mismas (impericia), o poseyéndolas, las ignorase o ejecutase descuidadamente con manifiesta peligrosidad (negligencia).

En este contexto social y jurídico se aprobaron por sendas Órdenes Ministeriales de fechas 22 de abril de 1967 y 16 de junio de 1967 los Estatutos Jurídicos de las Enfermeras, de los Practicantes, Ayudantes Técnicos Sanitarios, y de las Matronas y Ayudantes Técnicos Sanitarios Femeninos en posesión del Diploma de Asistencia Obstétrica de la Seguridad Social; y se regularon las normas de carácter estatutario de las Auxiliares de Clínica de la Seguridad Social, por circular de régimen interior del Instituto Nacional de Previsión. Este proceso regulatorio culminaría refundiéndose toda esa normativa mediante el **ORDEN de 26 de abril de 1973 por la que se aprueba el Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social**.

En un momento posterior, el **Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud**, aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre, anunciaba un proyecto de actualización y adaptación del 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, ya que tal y como aludía en su Exposición de Motivos, el personal Estatutario, *sin perjuicio de determinadas modificaciones normativas puntuales*, venía en gran parte regulado por *estatutos preconstitucionales*.

Ahora bien con el juego combinado de la Disposición derogatoria única y la Disposición transitoria sexta, denominada “Aplicación paulatina de esta ley” -“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.1.e), f) y g)”, el resultado regulatorio no ha variado desde la entrada en vigor de la meritada Orden Ministerial, o como dice VILLAR ROJAS, “se deroga el derecho anterior, pero se mantiene vivo, de forma indefinida aunque provisional, a través de disposiciones que operan como condiciones suspensivas de la eficacia de aquella derogación”.

## 2. IMPACTO DE ESTA COYUNTURA EN LOS DISTINTOS NIVELES ASISTENCIALES

La propia dinámica de funcionamiento de los distintos centros sanitarios les confiere a éstos una idiosincrasia propia, de manera que las lagunas derivadas de la ausencia de atribución expresa de ciertas funciones al personal sanitario no facultativo, no tendrán el mismo alcance ni la misma repercusión en centros de atención primaria que en los centros donde se preste asistencia especializada, y, entre estos últimos, tampoco será la misma en consultas periféricas que en centros hospitalarios.

En los centros de atención primaria son pocas las incidencias que se producen en relación al tema que nos ocupa. La evolución de la praxis sanitaria no ha impactado tanto en la rutina de trabajo de este nivel asistencial, a salvo el que ha supuesto la progresiva implementación de los sistemas de tecnologías de la información y comunicación; y, además, si bien persiste en este último lustro una tendencia a reforzar el papel de este nivel asistencial, es un rasgo identitario de la atención primaria la existencia de una dinámica de trabajo bien consolidada, pudiendo hablarse, casi, de una herencia de usos profesionales que, en contadas ocasiones, podrían ser cuestionadas por los profesionales sanitarios no facultativos. Por otra parte, el tipo de turnos, el modelo de abordaje asistencial que compete a este nivel y el hecho de que un altísimo porcentaje de frecuentación de pacientes a estos centros esté organizado por citas previas, reduce el mayor factor coadyuvante al problema que se viene exponiendo, y no es otro que el denominado *burnout*, que puede definirse como el agotamiento, la fatiga o el desgaste producidos por el trabajo.

Un patrón similar se observa en las consultas de los centros de especialidades, pese a su adscripción a un área hospitalaria, por lo que el impacto de la ausencia de una regulación actualizada del contenido funcional de los profesionales de la enfermería, no llega tampoco a ser significativo.

Sin embargo, siendo en los hospitales donde el número de profesionales vinculados es más numeroso, donde el contenido del trabajo y la estructura orgánica es más compleja, donde el entorno laboral exige un mayor desgaste físico y emocional del profesional, y donde el rol organizacional del trabajador puede quedar sometido a una fiscalización más inmediata por parte de los cargos intermedios y órganos de dirección, el impacto de una falta de definición del contenido funcional del personal de enfermería, de una manera expresa y adaptada al estado de evolución de la praxis sanitaria, se visibiliza de forma notablemente superior a los modelos asistenciales antes referidos.

Como decíamos, el *burnout* –estadísticamente más acusado en el entorno profesional hospitalario– puede ser el detonante de que, en ciertos momentos, los profesionales puedan llegar a declinar de manera más contundente y colectiva el desempeño de funciones que entiendan no les son atribuibles. Esta voluntad colectiva puede estar bien alentada, bien respaldada por el movimiento de sindicación institucionalizado, muy presente en los centros hospitalarios.

Siendo los que suscriben Técnicos del Servicio de Régimen Jurídico de un hospital de tercer nivel, no somos ajenos a esta situación más recurrente de lo deseable. Y así, no de forma infrecuente, llegan a la Unidad instancias de auxilio en la labor de interpretación de las funciones enumeradas en la Orden de 1973, ya por conducto de los puestos intermedios, ya a través de la Dirección de Enfermería, ya por parte de los propios profesionales, bien en su propio nombre y derecho, bien a través de representantes sindicales.

## 3. ABORDAJE POR EL PROFESIONAL DEL DERECHO SANITARIO. CONSTRUCCIÓN HERMENÉUTICA APLICADA A CASUÍSTICA REAL

Como se adelantaba en el anterior expositivo, el Técnico de una unidad de Régimen Jurídico del personal al servicio de instituciones sanitarias afronta, en no pocas ocasiones, la tarea de asistir en la labor de interpretación de una norma que ya podríamos calificar como obsoleta; y es que esta norma, lejos de servir a uno de los fines pretendidos al tiempo de su promulgación, esto es, delimitar el contenido funcional y el nivel de responsabilidad del personal sanitario no facultativo, en la actualidad, se ha llegado a erigir en fuente de conflictos.

Al mayor o menor acierto en esa labor interpretativa, además de la pericia del técnico, coadyuvan otros factores: usos profesionales más o menos consolidados, existencia o no de normas de cuidados protocolizadas en el servicio asistencial en cuestión, el mayor o menor grado de novedad o complejidad de la técnica o el material sobre la que versa la consulta...

En relación con la casuística que suele presentarse, es deseo de los dicentes retratar un supuesto en el que resultó necesaria la práctica hermenéutica para evitar una situación tan indeseable como la desasistencia de determinadas tareas en el proceso quirúrgico, en el que el adecuado y riguroso cumplimiento de las normas de funcionamiento interno del área adquiere vital importancia.

El supuesto se planteó cuando las Técnicas de Cuidados Auxiliares de Enfermería del Bloque Quirúrgico declinaron la tarea consistente en limpiar los autoclaves mediante los que se higieniza y esteriliza el instrumental quirúrgico, atendiendo el protocolo de mantenimiento que marcaba el fabricante, aduciendo que este desempeño correspondía al personal de limpieza.

Para su abortaje, partimos de la base del tenor literal del artículo Artículo. 76 de la Orden de 1973:

*“Las funciones de las Auxiliares de Enfermería en los Departamentos de Quirófano y Esterilización serán:*

- 1.- El cuidado, conservación y reposición de batas, sábanas, toallas, etc.*
- 2.- El arreglo de guantes y confección de apósitos de gasa y otro material.*
- 3.- Ayudar al Personal Auxiliar Sanitario Titulado en la preparación del material para su esterilización.*
- 4.- La recogida y limpieza del instrumental empleado en las intervenciones quirúrgicas, así como ayudar al Personal Auxiliar sanitario Titulado en la ordenación de las vitrinas y arsenal.*
- 5.- En general, todas aquellas actividades que, sin tener carácter profesional sanitario, vienen a facilitar las funciones del Médico y de la Enfermera o Ayudante Técnico Sanitario, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Estatuto.”*

De lo expuesto entendíamos, sin lugar a dudas, que corresponde a los Auxiliares de Enfermería la preparación del material quirúrgico para esterilizarlo, como actividad preoperatoria, y su limpieza una vez concluida la intervención.

En este punto ya pudimos reparar en que las funciones de los auxiliares abarcan todo el proceso quirúrgico, esto es, que no se circunscriben al hecho de la intervención quirúrgica en sentido estricto, sino que la norma las extiende a la fase preoperatoria y a la postoperatoria que, en lo concerniente al material, parecen solaparse, por cuanto no se puede abordar la preparación de una intervención quirúrgica si el material utilizado en una anterior no ha sido adecuadamente higienizado a su término.

Por otra parte, consultadas las funciones del personal de limpieza contenidas en la **ORDEN de 5 de julio de 1971, del Ministerio de Trabajo, por la que se aprueba el Estatuto de Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social** (*Atenderán la limpieza de los locales en general, dependencias y enseres de la Institución*), quedaba patente que la norma se ha cuidado mucho de no aludir a la competencia de este personal para desempeñarlas respecto al material sanitario.

Siendo los autoclaves productos sanitarios -lo acredita el tratamiento que como tales le otorga la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios-, haciendo una interpretación sistemática, llegamos a una primera aproximación sobre quién debía ostentar la competencia sobre la limpieza de autoclaves: los Técnicos de Cuidados Auxiliares de Enfermería.

De otro lado, volviendo a la literalidad del artículo 76, no había que realizar demasiado esfuerzo hermenéutico para aseverar que la norma atribuye la responsabilidad acerca del adecuado mantenimiento del nivel de asepsia del material empleado en una intervención quirúrgica, directamente, a los Técnicos de Cuidados Auxiliares de Enfermería.

Con una secuencia lógica podían quedar perfectamente definidos los estándares de diligencia que deben adoptar los Técnicos de Cuidados Auxiliares de Enfermería para que su conducta en el cumplimiento de esta función de esterilización y, concretamente, de la función de comprobar la calidad de la esterilización, resulte legalmente irreprochable:

- El material quirúrgico debe estar correcta y adecuadamente esterilizado.

- El material, además de manualmente, se esteriliza a través de autoclaves.
- Los autoclaves deben funcionar adecuadamente para cumplir con los estándares óptimos de esterilización.
- Para que un autoclave funcione adecuadamente debe existir una labor de mantenimiento.
- La limpieza es una labor de mantenimiento.

Por ello, llegamos a la conclusión de que si el Técnico de Cuidados Auxiliares de Enfermería desea cumplir sus funciones con el rigor que marca la norma, y evitar así eventuales reproches derivados de un defecto de diligencia, es preciso que asegure el adecuado funcionamiento de la maquinaria encargada de la higienización del material, lo que pasa por su correcto mantenimiento, procurando su buen estado de uso, que podría resumirse en detectar cualquier error mecánico, así como un adecuado nivel de limpieza. Siendo indelegable esa labor de limpieza en profesionales no sanitarios, por tratarse de un producto sanitario, la atribución de esta función al Técnico de Cuidados Auxiliares de Enfermería resultaba contundente a nuestro juicio.

Para concluir, las funciones del personal de Enfermería precisan de una revisión normativa urgente, adaptada a la realidad y con unos parámetros de resistencia a la obsolescencia más elevados. Sin perjuicio del papel esencial que debieran desempeñar los Colegios Profesionales, en el ámbito de la gestión asistencial, entre tanto se produce esa revisión, se nos antoja esencial la implicación de los coordinadores de cuidados de las distintas áreas, actualizando los protocolos de actuación y las normas de funcionamiento interno.

Por último, no debiendo despreciarse el valor de las palabras, merece atención el cambio de nomenclatura que este colectivo de profesionales no universitarios reivindicó en su momento, asimilando el nombre de su categoría al título formativo de Técnicos de Cuidados Auxiliares de Enfermería, coincidiendo con el reclamo contrario de los Enfermeros, instando a las Administraciones a que su categoría profesional no viniese identificada por la denominación de la titulación ATS/DUE.

Esta otra nomenclatura reivindicada por los primeros parece querer lanzar el mensaje de que “auxiliares” son los cuidados que llevan a cabo y no los profesionales que los desempeñan. Esa consideración

de los integrantes de esta categoría profesional como técnicos que desarrollan su tarea de manera autónoma y con responsabilidades concretas, debiera tener un reflejo normativo que, a buen seguro, sería ventajoso tanto para el colectivo sanitario como para los profesionales del Derecho.

#### **4. RECURSOS CONSULTADOS**

- Ley General de Beneficiencia, de 20 de junio de 1849.
- Ley de Servicio General de Sanidad, de 28 de noviembre de 1855.
- Reglamento para el Servicio Benéfico Sanitario de los Pueblos, de 14 de junio de 1861.
- Reglamentos de Instituciones Sanitarias, de 10 de junio de 1930.
- Ley de Servicios Sanitarios, de 11 de julio de 1934.
- ORDEN de 26 de abril de 1973 por la que se aprueba el Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social.
- Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre.
- Astrain Gallar M. Barberos, Cirujanos y Gente de Mar. La Sanidad Naval y la Profesión Quirúrgica en la España Ilustrada. Madrid. Ministerio de Defensa 1996.
- Bernabeu Mestre Pérez Historia de la Enfermería de Salud Pública en España 1860-1977.
- Bernabeu Mestre J. El papel de la Escuela Nacional de Sanidad en el Desarrollo de la Salud Pública en España, 1924-1934.
- Benavides FG et al. Las competencias profesionales en Salud Pública. Gacsanit, 2006.

# LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR PROVEEDORES PRIVADOS EN LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA

*Marco Atienza, C.M.*

*Abogado*

*Doctorando en Derecho*

*Universidad de Castilla-La Mancha*

**SUMARIO: 1. Introducción; 2. La asistencia sanitaria transfronteriza.** 2.1 El acceso a la asistencia a través de la vía de los Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, 2.2 El acceso a la asistencia a través de la vía de la Directiva de Asistencia Sanitaria Transfronteriza, 2.3 El acceso a la asistencia sanitaria en otro Estado sin amparo por la Seguridad Social. El llamado turismo sanitario; **3. La responsabilidad por los daños causados en el ámbito de la asistencia sanitaria transfronteriza por los proveedores privados.** 3.1 La competencia judicial internacional. ¿Qué órganos y de qué Estado miembro serán competentes para conocer del proceso? 3.2 Ley aplicable a la asistencia sanitaria transfronteriza; **4. Conclusiones; 5. Bibliografía.**

## RESUMEN

El presente artículo tiene como objeto hacer una aproximación al régimen de responsabilidad de la asistencia sanitaria transfronteriza cuando los daños hayan sido causados por proveedores privados de salud, en especial, la determinación de la competencia judicial internacional y la ley aplicable.

## PALABRAS CLAVE

Asistencia sanitaria transfronteriza, pacientes transfronterizos, proveedores privados de salud, centros privados, competencia judicial internacional, ley aplicable.

## 1. INTRODUCCIÓN

El fin de este artículo es hacer una breve introducción al régimen de responsabilidad en la asistencia sanitaria transfronteriza. Para esto, se ha de partir de una afirmación básica: la asistencia sanitaria transfronteriza es una realidad. Es una modalidad para poder recibir una atención sanitaria en otro Estado miembro.

Si bien es cierto que la asistencia sanitaria transfronteriza era prácticamente impensable hasta principios de los años setenta, cuando fueron aprobados los primeros Reglamentos de coordinación de la



Seguridad Social, la cada vez mayor integración entre los Estados miembros de la Unión Europea, ha provocado que se pase de un modelo al que exclusivamente podían acceder trabajadores transfronterizos a otro en el que la salud puede ser concebida como un servicio susceptible de explotación, liberalizando la sanidad. Con el nuevo modelo que inaugura la Directiva 2011/24/UE, que se estudiará en el siguiente epígrafe, es el paciente el que puede elegir viajar al extranjero, a otro Estado miembro con el fin de someterse a un tratamiento médico<sup>1</sup>.

Si bien es cierto que en la actualidad la movilidad de pacientes es muy baja<sup>2</sup>, la entrada en vigor de la Directiva puede suponer una importante oportunidad para la asistencia sanitaria privada, además de un reto para los servicios de salud públicos. Según los datos del Eurobarómetro de 2015 en los que se dio a los encuestados una lista de problemas con los que podían encontrarse de acudir a la asistencia sanitaria en otro Estado miembro, la mayoría reconoció que la principal barrera era el idioma (27%), acompañado en segundo lugar por la falta de conocimientos de los derechos del paciente transfronterizo en el caso de que el tratamiento médico saliera mal (23%)<sup>3</sup>.

No es extraño que uno de los principales problemas que actúan como frontera para someterse a un tratamiento sanitario en otro Estado es el desconocimiento de los derechos que tienen los propios pacientes al intervenir diferentes ordenamientos jurídicos, ya que tal y como ha expuesto M<sup>a</sup> Dolores ORTIZ, “*el intercambio internacional comporta riesgo e incertidumbre a las partes contratantes. El sujeto que participa activamente en el comercio internacional*

*se pregunta: ¿Qué sucederá con la otra parte contratante en caso de controversia? ¿Qué tribunal será competente para conocer de la cuestión controvertida? ¿Qué Ley resultará aplicable al contrato internacional? ¿La resolución dictada por el tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea será válida y eficaz en los Estados miembros distintos a aquél cuya autoridad la dictó?”<sup>4</sup>. Todas estas cuestiones se plantean porque estamos ante una relación internacional, es decir, “ninguna de estas reflexiones sería necesaria, si estuviéramos refiriéndonos a relaciones jurídicas internas, locales”<sup>5</sup>.*

Sin embargo, el objeto de este trabajo no sólo es de un gran interés para los ciudadanos que hayan pensado la posibilidad de acudir a otro Estado miembro a recibir un tratamiento sanitario, sino que también es de un altísimo interés para los centros privados españoles, ya que España, y concretamente sus costas, se configura tanto como un destino turístico como un lugar de retiro (jubilación), estos últimos, conocidos como los *gerontoinmigrantes*<sup>6</sup>. Así, nuestro país se ha consolidado como un importante destino de pacientes transfronterizos por varios motivos, entre otros gracias a: “1. *La normativa que facilita la movilidad de personas y la coordinación sanitaria. 2. La necesidad de aliviar listas de espera en Inglaterra o Países nórdicos. 3. Precios más competitivos, en especialidades como odontología u oftalmología. 4. Cercanía física y las infraestructuras de transporte con Europa. 5. Envejecimiento y poder adquisitivo de la población europea. 6. Turismo europeo muy consolidado en España. [...] España es un país eminentemente receptor de pacientes, con un importante constituido por los ciudadanos comunitarios residentes*”<sup>7</sup>.

1 Josefa CANTERO afirma que estamos ante un nuevo derecho, el de la *libre opción sanitaria transfronteriza*, es decir, el derecho de los pacientes a elegir dónde pueden recibir un tratamiento médico, si en su Estado de residencia o en otro Estado miembro y con cargo al sistema público, en *La creación del nuevo derecho a la libre opción sanitaria transfronteriza. Desafíos de la liberalización en nuestro modelo público sanitario*, CANTERO MARTÍNEZ, J. (dir.), *La liberalización de la Asistencia Sanitaria Transfronteriza en Europa. Retos y desafíos para el Sistema Nacional de Salud*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, pág. 32.

2 Según el Eurobarómetro *Special Eurobarometer 425, Patients' rights in cross-border healthcare in the European Union*, publicado en mayo de 2015, en 2007, menos de un 5% de la población europea había recibido asistencia sanitaria en otro Estado miembro diferente al suyo. En la mayoría de los casos, el tratamiento sanitario no fue planeado (3%) y solo un 2% de los pacientes recibieron asistencia en otro Estado miembro de modo programado, pág. 4. Fuente: [http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs\\_425\\_sum\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_425_sum_en.pdf)

3 *Special Eurobarometer 425, Patients' rights in cross-border healthcare in the European Union*, ob. cit., pág. 9.

4 ORTIZ VIDAL, M. D., *Ley aplicable a los contratos internacionales y eficiencia conflictual*, Editorial Comares, Granada, 2014, pág. 26.

5 ECHEZARRETA FERRER, M., *Justicia civil en las relaciones sanitarias transfronterizas*, en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M. (coord.), *Sanidad transfronteriza y libertad de circulación. Un desafío para los lugares europeos de retiro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 358.

6 El concepto de gerontoinmigrantes fue acuñado por Maite ECHEZARRETA FERRER en *El lugar europeo de retiro: indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles*, en 2005, definiéndolos como inmigrantes extranjeros, en especial de la Unión Europea, que deciden jubilarse en otro Estado. Si bien es cierto que los gerontoinmigrantes no son “pacientes” que acuden a un Estado miembro con el fin de recibir un tratamiento médico, han de incluirse puesto a que por las características que tienen (personas mayores), hacen uso de la asistencia sanitaria transfronteriza.

7 LOMAS HERNÁNDEZ, V., *La gestión del turismo sanitario de ida y de vuelta en el ámbito público y privado*, en

Por lo expuesto, y a modo de resumen, el objetivo del presente artículo es responder a las siguientes cuestiones: ¿ante qué órgano jurisdiccional y de qué Estado miembro deberemos presentar la demanda? y ¿qué Ley material será la aplicable para sentenciar sobre la posible responsabilidad? Si bien antes de adentrarnos en estas cuestiones, con la idea de poder entender la asistencia sanitaria transfronteriza, deberemos de estudiar brevemente cuáles son las vías de acceso a ésta, ya que solo vamos a tratar la responsabilidad cuando el daño haya sido causado por los centros privados.

## 2. LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA

Según lo dispuesto en el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>8</sup>, en adelante TFUE, la responsabilidad primaria de protección de la salud de los ciudadanos es una competencia exclusiva de los Estados miembros. Sin embargo, a pesar de que no existen títulos competenciales directos para la regulación comunitaria, se ha legislado desde las instituciones europeas amparando que los ciudadanos puedan ser asistidos en otro Estado miembro diferente del de afiliación<sup>9</sup>.

Han sido dos vías las que han sido creadas por el legislador comunitario con tal fin, en virtud de las potestades que tiene la Unión Europea en la coordinación de las diferentes Seguridades Sociales (art. 5.3 TFUE) y en el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior (art. 3.1.b) TFUE). Estas vías o modalidades de acceso a la asistencia sanitaria transfronteriza son la vía de los Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, con el Reglamento (CE) n° 83/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social<sup>10</sup>, y

el Reglamento (CE) n° 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social<sup>11</sup>. La segunda vía de acceso a la asistencia sanitaria en la Unión Europea es por la Directiva 2011/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza<sup>12</sup>.

Las instituciones europeas han creado un sistema dual en el modo de acceso a la asistencia sanitaria transfronteriza. Aunque comparten el mismo fin, la prestación de un servicio sanitario, la elección de una u otra vía conlleva un conjunto de derechos y obligaciones para el paciente transfronterizo muy diferentes. Así, a continuación, se van a exponer de modo muy resumido las características de cada una de las vías, quién podrá acceder a éstas y quién será el prestador del servicio sanitario, cuestiones que revisten de gran importancia para este artículo.

Aunque pueda parecer que la Unión Europea haya pretendido crear un sistema sanitario a nivel comunitario, ésta “no está legitimada ni pretende crear un sistema sanitario europeo dado que la organización y gestión sanitaria continúa siendo competencia de los Estados miembros”<sup>13</sup>, si bien Josefa CANTERO reconoce que, aunque la Directiva “no supone el reconocimiento de un sistema sanitario europeo, [...] da un importante paso para la aproximación de algunos aspectos de la asistencia médica entre los Estados”<sup>14</sup>, se pretende crear un marco general para la provisión de una asistencia sanitaria segura, eficaz y de gran calidad<sup>15</sup>, sin olvidar que “l’intervento sempre più rilevante dell’UE nelle politiche sanitarie, [...] non può non condizionare, più

CANTERO MARTÍNEZ, J. (dir.), *La liberalización de la Asistencia Sanitaria Transfronteriza en Europa. Retos y desafíos para el Sistema Nacional de Salud*, ob. cit., págs. 324 y 325.

8 Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de marzo de 2010.

9 El artículo 3.c) de la Directiva 2011/24/UE define el Estado miembro de afiliación como “el Estado miembro que es competente para conceder al asegurado una autorización previa para recibir un tratamiento adecuado” en otro Estado miembro o fuera del Estado miembro de residencia de conformidad con los Reglamentos (CE) n° 883/2004, 987/2009 859/2003 o 1231/2010.

10 Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de abril de 2004, corrección de errores en el Diario Oficial de

la Unión Europea de 7 de junio de 2004. El Reglamento entró en vigor el 1 de mayo de 2010, al aprobarse y entrar en vigor el Reglamento de aplicación (art. 91).

11 Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de octubre de 2009. El Reglamento entró en vigor el 1 de mayo de 2010 (art. 97).

12 Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 4 de abril de 2011. Entró en vigor el 24 de abril de 2011, según lo dispuesto en el artículo 22.

13 VILLALBA PÉREZ, F., “Responsabilidad de los Estados miembros en la asistencia sanitaria transfronteriza”, *Derecho y Salud*, Vol. 23, núm. 1, enero-junio 2013, pág. 103.

14 CANTERO MARTÍNEZ, J., *La creación del nuevo derecho a la libre opción sanitaria transfronteriza. Desafíos de la liberalización en nuestro modelo público sanitario*, ob. cit., pág. 38.

15 Cdo. 4 de la Directiva.

*o meno direttamente, l'organizzazione interna dei servizi sanitari, potendo influire anche sulle decisioni inerenti i trattamenti medici da assicurare, sulle scelte sull'allocazione delle risorse oppure sui criteri in base ai quali attribuire le priorità nel settore della salute*"<sup>16</sup>.

## **2.1 El acceso a la asistencia a través de la vía de los Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social**

La primera vía de acceso a la asistencia sanitaria transfronteriza es a través de los Reglamentos europeos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros. En los casos en los que se accede por esta modalidad, el paciente transfronterizo será tratado por el sistema público del Estado miembro receptor de acuerdo con la cartera de servicios de éste, sin necesidad de abonar el importe del servicio recibido<sup>17</sup>, que será abonado por un sistema de compensaciones entre los Estados miembros. Además, los Reglamentos, en los casos en los que la asistencia sea programada<sup>18</sup>, requieren de la necesidad de una autorización previa<sup>19</sup>, que deberá de ser resuelta por el Servicio de Salud autonómico.

En segundo lugar, cuando sea una asistencia no programada<sup>20</sup> no será necesaria la solicitud de la

---

16 *"La intervención siempre relevante de la Unión Europea en las políticas sanitarias, [...] no puede dejar de condicionar, de modo más o menos directo, la organización interna de los servicios sanitarios, pudiendo influir también sobre las decisiones inherentes a los tratamientos médicos, sobre las decisiones de asignación de los recursos o sobre los criterios para asignar las prioridades en el sector de la salud"*, BUSATTA, L., "La cittadinanza della salute nell'Unione europea: il fenomeno della mobilità transfrontaliera dei pazienti, dalla libera circolazione alla dimensione relazionale dei diritti", *DPCE online* 2015-3, pág.129. Traducción propia.

17 El ciudadano accede en igualdad de condiciones que los ciudadanos del Estado receptor. Así, si los ciudadanos del Estado receptor han de abonar la intervención sanitaria porque exista un copago o un pago íntegro, el paciente transfronterizo también habrá de abonar el servicio.

18 Se puede definir como asistencia sanitaria programada toda aquella asistencia realizada en el extranjero y que haya sido planificada con anterioridad, es decir, que la asistencia sanitaria no esté motivada por un tratamiento de urgencias, sobrevenido, nuevo o recaída del paciente.

19 La autorización previa para la asistencia sanitaria programada se solicita a través del formulario S2, anteriormente el E112. Para más información, *vid.* Formularios útiles para los derechos de seguridad social, en [https://europa.eu/youreurope/citizens/work/social-security-forms/index\\_es.htm](https://europa.eu/youreurope/citizens/work/social-security-forms/index_es.htm). Última visita: 1 de mayo de 2018.

20 La asistencia no programada se ha de definir de modo negativo a la asistencia programada. El Tribunal de Justicia ha fallado en su Sentencia de 25 de febrero de 2003, asunto

autorización previa<sup>21</sup>. Como ya se ha expuesto con anterioridad, la prestación del servicio sanitario será prestado obligatoriamente por los organismos públicos de los Estados miembros por lo que, centrándose este trabajo en la responsabilidad civil de los centros privados, los pacientes transfronterizos que accedan a través de esta vía, no estarán protegidos por las disposiciones aquí contenidas. En último lugar, se ha de añadir que se aplicará de modo preferente esta vía a la de la Directiva cuando sea de aplicación preferente al ciudadano excepto que opte de modo expreso por las reglas de la Directiva<sup>22</sup>.

## **2.2 El acceso a la asistencia a través de la vía de la Directiva de Asistencia Sanitaria Transfronteriza**

La segunda vía de acceso a la asistencia sanitaria transfronteriza fue creada en sus inicios de modo jurisprudencial por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en base a principio de libertad de prestación de servicios. Fueron con posterioridad las instituciones europeas las que positivizaron dicha movilidad en la Directiva 2011/24/UE<sup>23</sup>.

La principal diferencia entre esta vía y la de los Reglamentos de coordinación de Seguridad Social es que en los casos en los que el paciente transfronterizo acceda a la asistencia por esta segunda modalidad, éste portará la cartera de servicios de su Estado de origen al Estado miembro donde se va a prestar la asistencia sanitaria, aunque tendrá que anticipar el pago de la prestación sanitaria con independencia de que con posterioridad solicite el reembolso a su servicio de salud. Si bien estos son requisitos que

---

C-326/00, caso *Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA) c. Vasileios Ioannidis*, apartado 41, que no se requiere que sea un tratamiento exclusivamente de urgencia, sino que puede ser por cualquier patología sobrevenida, nueva o recaída que requiera una intervención sanitaria.

21 Si bien es cierto que para las asistencias no programadas no es necesario el formulario S2 (asistencias programadas), sí que es necesario tener en vigor la tarjeta sanitaria europea. Así parte de la doctrina ha considerado que la mera solicitud de la expedición de la Tarjeta Sanitaria Europea es una autorización previa, ya que el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en el caso de España, comprueba que el solicitante está amparado sanitariamente por el servicio público, certificando con su emisión que el titular tiene derecho a recibir las prestaciones sanitarias. Reside por lo tanto su naturaleza jurídica en la de las autorizaciones previas.

22 Artículo 8.3 de la Directiva.

23 La Directiva ha sido transpuesta al Derecho español mediante el Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación.

diferencian esta segunda modalidad del acceso a la asistencia mediante los Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social, la principal característica introducida por esta vía es que el ciudadano podrá elegir quién ha de prestar el servicio sanitario, si lo hace el servicio público (Seguridad Social) o un centro privado. Es importante añadir que, si el paciente accede por esta modalidad, aunque el prestador del servicio sea un centro privado y tenga que adelantar el pago del tratamiento, podrá hacerlo con cargo al correspondiente servicio de salud de origen, siendo éste el competente tanto para autorizar la prestación como para reembolsar su coste<sup>24</sup>.

La posibilidad de poder elegir por parte del paciente transfronterizo quién quiere que le preste el servicio sanitario es, sin lugar a dudas la más importante característica de la Directiva, ya que amplía considerablemente la esfera de los derechos de los pacientes, girando la Directiva en torno al Derecho a la libre opción sanitaria del paciente<sup>25</sup>, siendo para éste un Derecho de libertad e imponiendo importantes límites y obligaciones a los servicios de salud de los diferentes Estados miembros.

### 2.3 El acceso a la asistencia sanitaria en otro Estado sin amparo por la Seguridad Social. El llamado turismo sanitario

Y en último lugar, se ha de añadir una tercera vía de acceso a la asistencia sanitaria transfronteriza. Si bien las dos vías anteriores, la de los Reglamentos de

coordinación de seguridad social y la de la Directiva, son dos modos de acceso positivizados, regulados a nivel europeo, se caracterizan porque ambas están cubiertas por la seguridad social del Estado miembro donde el paciente esté afiliado.

Sin embargo, hemos también de exponer que, de cara a la responsabilidad de los centros privados cuando se atiende a un paciente transfronterizo, no se puede olvidar que puede darse la circunstancia de que el paciente transfronterizo decida viajar a otro Estado para someterse a un tratamiento médico sin estar amparado por la Seguridad Social de su Estado de afiliación. Es decir, cuando opte por el llamado *turismo sanitario*.

### 3. LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS EN EL ÁMBITO DE LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA POR LOS PROVEEDORES PRIVADOS

Una vez estudiados los modelos de acceso a la asistencia sanitaria transfronteriza, este trabajo se va a centrar en resolver dos preguntas esenciales sobre el régimen de responsabilidad cuando la asistencia sanitaria se ha prestado de modo transfronterizo. Ambas cuestiones son, ¿qué órganos judiciales y de qué Estado miembro serán competentes para conocer de un posible procedimiento judicial? y, ¿qué Ley será la aplicable? Como puede observarse, las respuestas a estas cuestiones son de una alta importancia, tanto para los posibles pacientes transfronterizos como para los proveedores privados de salud. Para los primeros, debido a que aportará seguridad jurídica de los derechos que tienen en el caso de que como consecuencia de dicha asistencia se produzca un daño y para los segundos, al ser conscientes de las obligaciones y riesgos que asumen al internacionalizar la asistencia sanitaria<sup>26</sup>.

El legislador europeo, consciente de la importancia de estas cuestiones para la implantación de la asistencia sanitaria transfronteriza en los Estados miembros, en la propia Directiva estableció en sus considerandos 23 y 24 que los Estados receptores de pacientes transfronterizos, deben de establecer y garantizar “*unas obligaciones comunes claras respecto a la provisión de mecanismos para atender las situaciones en que haya que responder de los daños*”

24 Tal y como reconoce la doctrina, la Directiva supone para la sanidad privada una importantísima oportunidad de negocio, ya que expande la sanidad privada fuera de las fronteras nacionales, permitiendo al paciente la elección entre el sistema público y el privado. Así, Josefa CANTERO ha expuesto que, “*dado el prestigio de que gozan los profesionales sanitarios españoles y el atractivo que supone el turismo en España, es previsible que este fenómeno de la asistencia sanitaria transfronteriza pueda atraer a importantes flujos de turistas que opten por una clínica española para someterse a un determinado tratamiento médico, anticipando los gastos y después solicitando el correspondiente reembolso cuando vuelvan a su país*”, CANTERO MARTÍNEZ, J., *La creación del nuevo derecho a la libre opción sanitaria transfronteriza. Desafíos de la liberalización en nuestro modelo público sanitario*, ob. cit., págs. 49 y 50.

25 Se ha de recordar que en España no se puede elegir acudir a un prestador de servicios público o privado. Así, el artículo 9 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, establece que “*las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud únicamente se facilitarán por el personal legalmente habilitado, en centros y servicios, propios o concertados, del Sistema Nacional de Salud, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél, sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte*”.

26 Tal y como recuerda Mayte ECHEZARRETA, “*quien se internacionaliza asume el coste jurídico de la internacionalización*”, *Justicia civil en las relaciones sanitarias transfronterizas*, ob. cit., pág. 383.

derivados de la asistencia sanitaria”<sup>27</sup> así como que han de disponer de “mecanismos para proteger a los pacientes y para exigir reparación en caso de daños causados por la asistencia sanitaria prestada en su territorio, y de que estos mecanismos son adecuados a la naturaleza y el alcance del riesgo”<sup>28</sup>. Sin embargo, la Directiva, lejos de regular unos mecanismos-marco de responsabilidad, deja al arbitrio de los diferentes Estados miembros la creación de éstos<sup>29</sup>, recordando que el establecimiento de unos mecanismos transparentes, determinados y conocidos supondrá que exista por parte de los pacientes transfronterizos una confianza en la asistencia, evitando que “la falta de confianza en esos mecanismos suponga un obstáculo para la implantación de la asistencia sanitaria transfronteriza”<sup>30</sup>.

Así, en el mismo sentido, el artículo 4.2 de la Directiva establece que es una obligación del Estado miembro de tratamiento instaurar “procedimientos y mecanismos transparentes de presentación de reclamaciones para que los pacientes puedan pedir reparación, de acuerdo con la legislación del Estado miembro del tratamiento, cuando sufran daños de resultados de la asistencia sanitaria recibida”<sup>31</sup>. Tal y como ha expuesto Javier GARCÍA, “la Unión Europea ha querido garantizar con la Directiva el acceso a la asistencia sanitaria en el ámbito europeo para garantizar la libre circulación de personas, creando un espacio único sanitario, pero sin incidir en [...] cómo ha de garantizarse la indemnización por los daños que se causen”<sup>32</sup>.

Si bien la Directiva no establece dichos mecanismos<sup>33</sup>, el legislador europeo, desde 1968 ha ido

creando un entramado de normas directamente aplicables a los Estados miembros en los que se han establecido tanto las normas de competencia judicial internacional como la determinación de la ley aplicable. Si bien estas son normas de alcance general, no dirigidos de modo expreso a la asistencia sanitaria, el fin de estas normas ha sido la armonización de hasta veintiocho ordenamientos jurídicos internos diferentes, derivado del nacimiento de la Unión Europea cuyo principal objetivo es “la creación de un espacio judicial europeo que asegure el correcto funcionamiento del mercado interior en el que se garantice el efectivo ejercicio de las libertades recogidas en la Versión consolidada TUE-TFUE (libre circulación de personas y factores productivos)”<sup>34</sup>.

Con este fin, se va a estudiar a continuación tanto la competencia judicial como la Ley aplicable en aquellos casos en los que el prestador del servicio sanitario haya sido un proveedor privado.

### 3.1 La competencia judicial internacional. ¿Qué órganos y de qué Estado miembro serán competentes para conocer del proceso?

La primera cuestión que surge ante una reclamación por daños prestados en una situación claramente internacional como lo es la asistencia sanitaria transfronteriza, es qué órganos judiciales y de qué Estado miembro será el competente para conocer del proceso<sup>35</sup>. La norma que establece la competencia judicial internacional en el seno de la Unión Europea es el Reglamento (UE) n°1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>36</sup>, más conocido como el Reglamento

27 Considerando 23 de la Directiva.

28 Cdo. 24 de la Directiva.

29 “Sin embargo, compete a los Estados miembros determinar la naturaleza o las modalidades de estos mecanismos”, cdo. 24 de la Directiva.

30 Cdo. 24 de la Directiva.

31 Artículo 4, apartado 2, letra c) de la Directiva.

32 GARCÍA AMEZ, J., *Responsabilidad por daños causados a pacientes desplazados en el contexto de la asistencia sanitaria transfronteriza: ¿qué marco normativo resulta de aplicación ante las distintas posibilidades?*, en CANTERO MARTÍNEZ, J. (dir.), *La liberalización de la Asistencia Sanitaria Transfronteriza en Europa. Retos y desafíos para el Sistema Nacional de Salud*, ob. cit., pág. 157.

33 El propio artículo 2 de la Directiva expone que “la presente Directiva se aplicará sin perjuicio de lo establecido en: [...] q) el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11

de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) y otras normas de la Unión de Derecho internacional privado, en particular normas relativas a la competencia de los tribunales y al Derecho aplicable”. Estas son, precisamente las normas que se van a estudiar en este artículo, especialmente dirigidas a los aspectos que son relevantes en la asistencia sanitaria transfronteriza.

34 ORTIZ VIDAL, M. D., *Ley aplicable a los contratos internacionales y eficiencia conflictual*, ob. cit., pág. 17.

35 Las normas europeas no establecen qué órganos judiciales internos serán competentes para conocer de un determinado procedimiento, ya que, para esto, deberemos acudir a las normas de competencia internas de cada uno de los Estados miembros, en España, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. El fin del Reglamento es determinar qué Estado será el competente.

36 Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2012.

Bruselas I bis. Sin embargo, cuando la asistencia sanitaria sea prestada en Suiza, Noruega o Islandia, será de aplicación el Convenio de Lugano de 2007, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>37</sup>. En tercer lugar, si el demandado tuviere su domicilio en un tercer Estado<sup>38</sup>, se aplicarán, con algunas excepciones, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial<sup>39</sup>, para determinar su competencia judicial internacional. Sin embargo, en este trabajo exclusivamente abordaremos el estudio del primer texto legal, ya que las situaciones que se van a analizar estarán comprendidas en él.

El Reglamento Bruselas I bis se aplica en materia civil y mercantil, excluyéndose la materia administrativa y la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad, es decir, los actos *iure imperii*<sup>40</sup>. Es importante exponer

37 Publicada la Decisión del Consejo, de 15 de octubre de 2007, relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en el Diario Oficial de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2007. En este artículo nos vamos a centrar exclusivamente en el Reglamento Bruselas I bis por su coincidencia territorial con el ámbito europeo. A mayor abundamiento, las reflexiones que se hagan sobre este texto, excepto escasas excepciones, serán aplicables al Convenio de Lugano de 2007.

38 Por tercer Estado deberá entenderse todos aquellos Estados que no formen parte de la Unión Europea, Suiza, Noruega e Islandia. Además, los órganos judiciales de los Estados miembros de la Unión Europea aplicarán también el Reglamento Bruselas I bis en los casos en los que el contrato existente entre la clínica privada con domicilio fuera de la Unión y el paciente transfronterizo sea un contrato celebrado por un consumidor de los artículos 17 a 19 del Reglamento Bruselas I bis, que se estudiarán más adelante.

39 Publicada en el BOE de 2 de julio de 1985.

40 Artículo 1.1 del Reglamento Bruselas I bis. Si bien es cierto que el legislador europeo ha querido excluir de la aplicación de los Reglamentos los actos *iure imperii*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha restringido de modo muy notable dicha excepción, ampliando el concepto “civil y mercantil” en su Sentencia de 14 de noviembre de 2002, asunto C-271/00, caso Gemeente Steenberghe c. Luc Baten, en el que incluyó la acción de repetición de un organismo público frente a un sujeto privado, reclamándole el reembolso de unas cantidades que previamente había abonado la administración en concepto de asistencia social al hijo y al cónyuge, entendiendo que, estando dicha prestación dentro del concepto de alimentos entre parientes, naturaleza civil, excluyendo su naturaleza de seguridad social. En este sentido, Maite ECHEZARRETA expone que, en su opinión, tras analizar diferentes casos resueltos por el Tribunal de Justicia, “concluimos, por tanto, que lo relevante es el objeto del litigio, la naturaleza de los derechos cuya salvaguardia garantizan los procedimientos o las decisiones judiciales, no la naturaleza de una materia o el procedimiento judicial. Por tanto, la LOPJ (arts. 23 y 24) se aplicará para ventilar cuestiones de estricto Derecho Público en las que el Estado actúe *iure imperii* y, sin embargo, cuando reclame o sea reclamado en virtud de normas de Derecho Privado, esto es, la

que para que puedan operar las normas de determinación de la competencia judicial del Reglamento Bruselas I bis, ambas partes han de estar domiciliadas en un Estado miembro<sup>41</sup>, con independencia de su nacionalidad.

Determinado el texto legal aplicable a estos procedimientos jurisdiccionales, deberemos de estudiar, entre los foros de competencia judicial internacional que establece el Reglamento Bruselas I bis, tendremos que distinguir los casos en los que exista entre las partes una relación contractual y no contractual, y entre la primera, si puede ser determinado el paciente

*responsabilidad civil, la CJI y la ejecución de las resoluciones judiciales quedarán incluidos dentro del ámbito de aplicación del [Reglamento] Bruselas I bis”, Justicia civil en las relaciones sanitarias transfronterizas, ob. cit., págs. 374 y 375. En el mismo sentido se pronuncia Javier GARCÍA en Responsabilidad por daños causados a pacientes desplazados en el contexto de la asistencia sanitaria transfronteriza: ¿qué marco normativo resulta de aplicación ante las distintas posibilidades?, ob. cit., pág. 172, al exponer que en el ámbito sanitario, “nos encontramos ante un acto de los denominados iure gestiones, en el cual la Administración se limita a prestar un servicio público, como es el sanitario, y por tanto no estaría sujeto a la exclusión [de los actos iure imperii], toda vez que la Administración se limita a dar cumplimiento al contenido del artículo 43.1 de la Constitución, mediante el establecimiento de un servicio público sanitario, el cual se limita a gestionar. Estos actos se han caracterizado porque se trata de una actuación que no parece revestida de poder público, de “imperio”, y no existe a su vez justificación alguna para exigir que en estos casos los poderes públicos tengan un régimen de trato diferente con respecto a los prestadores de asistencia sanitaria privada, toda vez que la actividad que llevan es la misma y los deberes que se imponen de diligencia también”. Sin embargo, Alfonso Luis CALVO y Javier CARRASCOSA, son partidarios de la consideración de que la responsabilidad sanitaria de las administraciones públicas sea exclusivamente determinada, su norma de competencia judicial internacional, en la Ley Orgánica del Poder Judicial y su norma material de aplicación, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (si bien en el texto hacen referencia a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, esta referencia deberá de hacerse a la Ley 40/2015, ya que la Ley 39/1992 fue derogada con la entrada en vigor de la Ley 40/2015), en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Comares, Granada, 2017, pág. 1545.*

Si bien para este trabajo no es importante esta cuestión, pues el único fin es el de analizar el régimen de responsabilidad en la asistencia sanitaria transfronteriza cuando el daño haya sido causado por un centro privado, es una cuestión que en nuestra opinión es de gran relevancia.

41 Artículo 4.1 del Reglamento Bruselas I bis. En el caso de que no estén ambas partes domiciliadas en Estados miembros, serán de aplicación las normas internas de competencia judicial internacional del Estado miembro (art. 6.1 del Reglamento), si bien el mismo artículo establece tres excepciones, una de ellas de gran interés para este trabajo. Así, cuando estemos ante contratos celebrados por los consumidores (arts. 17 a 19 del Reglamento Bruselas I bis), podrán ser competentes para conocer del procedimiento los tribunales del domicilio del demandado, entre otros, aunque el prestador del servicio no esté domiciliado en ninguno de los Estados miembros de la Unión Europea.

transfronterizo como consumidor a los efectos de los artículos 17 a 19 del Reglamento.

### **3.1.1 Relación contractual entre la institución sanitaria y el paciente transfronterizo no consumidor**

En primer lugar, se van a estudiar los foros de competencia judicial internacional cuando la relación entre el paciente transfronterizo y la institución sanitaria privada sea contractual<sup>42</sup>. Serán competentes los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado, en virtud del foro general (artículo 4 del Reglamento), siendo alternativos para el demandante, el foro del lugar de prestación del servicio<sup>43</sup> y siempre que éstos coincidan con un Estado miembro (art. 7.1 del Reglamento).

Si bien el foro general es claro, surgen problemas de interpretación en cuanto al establecimiento del “lugar de prestación del servicio”<sup>44</sup> en los casos en los que no quede claro en el contrato<sup>45</sup>, ya que tal

42 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado en un conjunto de Sentencias que, si bien no existe una clara separación entre las relaciones contractuales y extracontractuales, lo característico de las primeras es que haya existido una clara asunción de responsabilidades entre las partes contraídas de modo voluntario o asumido por una parte frente a la otra, en la que se basa la acción del demandante, no siendo necesario que exista un contrato escrito. Entre otras, las Sentencias de 23 de diciembre de 2015, asunto C-196/15, caso Granarolo SpA c. Ambrosi Emmi France SA, de 18 de julio de 2013, asunto C-147/12, caso ÓFAB, Östergötlands Fastigheter AB c. Frank Koot y Evergreen Investments BV.

43 Las Sentencias del Tribunal de Justicia de 31 de enero de 1984, asuntos acumulados C-286/82 y C-26/83, caso Graziana Luisi y Giuseppe Carbone c. Ministero del Tesoro, apartado 17, y la Sentencia de 4 de octubre de 1991, asunto C-159/90, caso Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan y otros, apartados 18 y 21, han considerado como prestación de servicios los beneficiarios de cuidados médicos.

44 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado que “*le cure mediche sono qualificabili come “servizi”, indipendentemente dal fatto che esse siano dispensate in ambito ospedaliero o ambulatoriale, in cliniche pubbliche o private, e indifferentemente dalla modalità di retribuzione delle prestazioni, siano esse pagate direttamente dal paziente, rimborsate o finanziate dal sistema sanitario-assicurativo”, “las curas médicas son consideradas como servicios, independientemente de que hayan sido dispensadas en el ámbito hospitalario o ambulatorio, en clínicas públicas o privadas e indiferentemente de la modalidad de pago de la prestación, sean éstos pagados directamente por el paciente, reembolsados o financiados por el sistema sanitario”, BUSATTA, L., “La cittadinanza della salute nell’Unione europea: il fenomeno della mobilità transfrontaliera dei pazienti, dalla libera circolazione alla dimensione relazionale dei diritti”, ob. cit., pág.137. Traducción propia.*

45 El artículo 7.1.b) del Reglamento, establece que, “*salvo pacto en contrario*” el lugar de cumplimiento será, en las prestaciones de servicios, “*el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios*”.

y como expone Maite ECHEZARRETA, “*se podrá complicar si el servicio se presta en diferentes lugares individuales a través de Internet o [...] a través de cualquier medio audiovisual*”<sup>46</sup>, es decir, la llamada telemedicina o e-Health<sup>47</sup>, asimismo, en los casos en los que se continúe la asistencia a distancia (controles médicos, revisiones, e incluso intervenciones). En estos casos, habrá de evaluarse caso por caso, el tiempo dedicado y las actividades realizadas<sup>48</sup>.

En segundo lugar, las clínicas privadas pueden establecer en los contratos cláusulas de sumisión a unos determinados tribunales, siendo comunes en estos tipos de contratos tipo en los que una de las partes sólo puede aceptar dichas condiciones. Así, en un principio, son legales las cláusulas que consten en el contrato que determinen que serán competentes los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro (artículo 25 del Reglamento), siendo este foro de aplicación preferente al foro general del domicilio del demandado y del foro especial establecido por razón de la materia (art. 7.1 del Reglamento). Sin embargo, para que la cláusula de sumisión expresa sea válida con carácter general, el órgano jurisdiccional que determine ha de ser o los del domicilio del paciente transfronterizo (consumidor)<sup>49</sup> o los del

46 ECHEZARRETA FERRER, M. *Justicia civil en las relaciones sanitarias transfronterizas*, ob. cit., pág. 379.

47 Vid. LARIOS RISCO, D., *Sanidad electrónica, derechos de los pacientes y atención sanitaria transfronteriza*, en CANTERO MARTINEZ, J. (dir.), *La liberalización de la Asistencia Sanitaria Transfronteriza en Europa. Retos y desafíos para el Sistema Nacional de Salud*, ob. cit., págs. 487 a 508.

48 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de marzo de 2010, asunto C-19-09, caso Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silvia Trade SA, apartado 40, “*si las cláusulas del contrato no permitieran determinar el lugar de la prestación principal de los servicios, bien porque prevén una pluralidad de lugares de prestación, bien porque no prevén explícitamente ningún lugar específico de prestación, pero el agente ya hubiera prestado tales servicios, procede, con carácter subsidiario, tomar en consideración el lugar en el que haya desarrollado efectivamente, de manera preponderante, sus actividades en cumplimiento del contrato, siempre que la prestación de los servicios en dicho lugar no sea contraria a la voluntad de las partes según resulta de las cláusulas del contrato. A tal efecto, pueden tenerse en cuenta los aspectos fácticos del asunto, en particular el tiempo pasado en dichos lugares y la importancia de la actividad desarrollada en ellos. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional ante el que se ha presentado la demanda determinar su competencia a la luz de los elementos de prueba que se le aporten*”.

49 El artículo 25.1 del Reglamento establece que la cláusula por la que se determine la sumisión expresa a un órgano judicial será válida siempre que “*el acuerdo [no] sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro*”. En España, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en su artículo

lugar de prestación del servicio. La determinación de cualquier otro órgano jurisdiccional por parte del empresario al consumidor sería considerado nulo<sup>50</sup>. En el caso de que fuera demandando fuera de los Estados miembros anteriormente establecidos, el paciente transfronterizo podría interponer una declinatoria internacional, salvo que contestase la demanda, sometiéndose de modo tácito a dicho tribunal, en virtud del artículo 26 del Reglamento.

### 3.1.2 ¿Contratos de consumo? El paciente como consumidor

Con independencia del apartado anterior, tal y como ya se ha comentado, la modalidad para recibir asistencia sanitaria transfronteriza inaugurada por la Directiva puede suponer una importante opción de negocio para los centros privados. No es ya extraño el que ferias como FITUR Salud, en el año 2018 y por cuarto año consecutivo<sup>51</sup>, ofertasen más de un centenar de centros privados y clínicas sanitarias en la que publicitaban una amplia oferta de servicios sanitarios directamente al público<sup>52</sup>, dirigiéndose especialmente a personas domiciliadas en otros Estados miembros, mostrándoles a los ciudadanos, las cualidades de las clínicas privadas españolas y las ventajas de su tratamiento en España.

---

90, expone que “son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan: [...] 2. La previsión de patos de sumisión expresa al Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuarios, al lugar del cumplimiento de la obligación [...]”; en este sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil prohíbe la sumisión expresa “contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por unas de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores y usuarios” (art. 54.2 LECiv.), añadiendo el apartado tercero del mismo artículo que “la sumisión de las partes sólo será válida y eficaz cuando se haga a tribunales con competencia objetiva para conocer del asunto que se trate”.

50 Si se declarase nula dicha cláusula, se tendría por nula y por lo tanto, habría que acudir al foro general del domicilio del demandado o alternativamente al foro especial por razón de la materia, es decir, del lugar de cumplimiento del servicio.

51 Página web de Ifema: [http://www.ifema.es/fitur\\_01/FiturSalud/index.htm](http://www.ifema.es/fitur_01/FiturSalud/index.htm). Última visita: 6 de mayo de 2018.

52 En el folleto, se expone que “Fitur Salud se ha consolidado en sus tres ediciones como una de las secciones temáticas claves de la feria. En 2017 ha contado con cuatro espacios: el área de exposición con más de 130 centros sanitarios y empresas del sector; una zona dedicada a la negociación (B2B) con compradores internacionales de los principales mercados prioritarios para España; un espacio académico con conferencias de máxima relevancia y, como novedad, un espacio central B2C [Business-to-Consumer, del negocio al consumidor], con gran acogida por parte de los visitantes, donde se han aplicado tratamientos médicos y terapéuticos”, en [http://www.ifema.es/PresentacionInet/groups/public/documents/ferias/if\\_145016.pdf](http://www.ifema.es/PresentacionInet/groups/public/documents/ferias/if_145016.pdf) Última visita: 6 de mayo de 2018.

El Reglamento Bruselas I bis establece unos contratos que tienen una especial protección por razón de las partes contratantes. En los artículos 17 a 19 establece los llamados “*contratos celebrados por los consumidores*”. Estos contratos tienen un foro de protección especial, ya que, además del foro del domicilio del demandado, podrán declararse competentes los órganos jurisdiccionales del domicilio del consumidor cuando el demandante sea el consumidor. Es decir, éste podrá elegir entre demandar en los órganos jurisdiccionales de su propio domicilio, los del domicilio del demandado o en los del lugar de prestación del servicio.

A tal efecto y para que sea un contrato celebrado por un consumidor, han de darse dos requisitos acumulativos. El primero es que el contrato haya sido celebrado por un consumidor y un profesional. Ahora bien, ¿quién puede ser declarado como consumidor a los efectos de los artículos 17 a 19 del Reglamento Bruselas I bis? El Reglamento, en su artículo 17.1 únicamente expone que ha de ser una persona física y que vaya a destinar el bien o servicio para otro uso diferente a su actividad profesional. En el ámbito que nos concierne, es claro que el sometimiento de un tratamiento de la salud es con un fin diferente al profesional. El segundo requisito se refiere a que se han de cumplir una serie de características objetivas, siendo el primero que sea un contrato que tenga como objeto bienes o servicios y que el profesional dirija las actividades al Estado miembro del domicilio del consumidor<sup>53</sup>. Es decir, el centro sanitario privado ha de realizar una publicidad dirigida a captar consumidores-pacientes de otros Estados miembros de la Unión Europea. El fin es el proteger al consumidor-paciente<sup>54</sup>, que se ve “asaltado” en el país de su domicilio por un profesional, la clínica privada, domiciliada en otro Estado diferente.

En el mismo sentido, en este tipo de contratos celebrados entre los consumidores y los empresarios, la autonomía de la voluntad está limitada, ya que el legislador europeo ha querido proteger a estos consumidores<sup>55</sup>, por dicho motivo, no se tendrá por puesta

---

53 Artículo 17.1.c) del Reglamento Bruselas I bis.

54 La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha denominado a este consumidor como pasivo, ya que es el empresario el que acude dirigiendo las actividades al mercado del domicilio del consumidor, con el fin de captar a este. Por el contrario, serán considerados como consumidores activos aquellos que abordan al empresario en el domicilio de este, sin que pretenda dirigir las actividades a otros Estados.

55 Cdo. 19 del Reglamento Bruselas I bis, “debe respetarse la autonomía de las partes de un contrato, excepto en los contratos de seguro, los contratos celebrados por los



la cláusula de determinación del foro<sup>56</sup>, pudiendo acudir el consumidor tanto a su propio domicilio, como al domicilio del empresario o al lugar de la prestación del servicio.

### **3.1.3 Relación extracontractual entre la institución sanitaria y el paciente transfronterizo**

En segundo lugar, cuando la relación sea extracontractual, deberemos de acudir al foro general del domicilio del demandado (art. 4 del Reglamento) y de modo alternativo, el foro especial establecido en el artículo 7.2 del Reglamento, el cual establece como foro el del lugar donde se haya cometido el daño o se hubiera podido producir. Además, cuando se traten de acciones por daños y perjuicios derivados de un ilícito penal, podrá ser competente el tribunal que conociere del procedimiento penal en la medida en que la Ley interna permita conocer a dicho tribunal de la responsabilidad civil (art. 7.3 del Reglamento Bruselas I bis)<sup>57</sup>.

Se ha de añadir que está excluida la determinación de la competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I bis aquellos casos en los que el daño haya sido causado por una violación de la intimidad del paciente transfronterizo, ya que el nuevo Reglamento General de Protección de Datos<sup>58</sup>

---

*consumidores o los de trabajo, en los que solo se concede una autonomía limitada para elegir el órgano jurisdiccional competente, sin perjuicio de los criterios de competencia exclusiva establecidos en el presente Reglamento*<sup>59</sup>.

56 El artículo 19 del Reglamento establece tres excepciones. Se podrá acudir a los foros de sumisión cuando éstos sean concertados con posterioridad al nacimiento del litigio, cuando permitan al consumidor formular la demanda ante órganos jurisdiccionales diferentes a los indicados en la Sección 4ª y en tercer caso, serán válidas aquellas cláusulas que atribuyan la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde estuvieren domiciliados el consumidor y el profesional en el momento de celebración del contrato.

57 En el caso de España, el artículo 109.1 del Código Penal establece que “*la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados*”. En el mismo sentido, el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal expone que, “*de todo delito o falta [...] puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible*”. La LECrim. establece en su artículo 108 que “*la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal*”, aunque se permite que el perjudicado opte por “*exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil*”, según el artículo 109.2 el Código Penal.

58 Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. Diario Oficial de la Unión Europea de 4 de mayo de 2016.

establece en su artículo 79.2 que “*las acciones contra un responsable o encargado del tratamiento deberán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en el que el responsable o encargado tenga un establecimiento. Alternativamente, tales acciones podrán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en que el interesado tenga su residencia habitual, a menos que el responsable o el encargado sea una autoridad pública de un Estado miembro que actúe en ejercicio de sus poderes públicos*”.

Como puede observarse, tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual, con la salvedad de los contratos celebrados por los consumidores, lo normal es que los órganos jurisdiccionales que puedan conocer del procedimiento sean los del domicilio del demandado y alternativamente, los del lugar donde se ha prestado el servicio o donde se haya causado el daño que, a su vez, coincidirán con los del domicilio del demandado.

## **3.2 La Ley aplicable a la asistencia sanitaria transfronteriza**

Una vez determinada la competencia judicial internacional, es decir, qué tribunales serán los competentes para el conocimiento del procedimiento, hemos de estudiar qué Ley será la aplicable. Se ha de recordar que, en las relaciones jurídicas internacionales, no es extraño que exista una separación entre el foro e *ius*, es decir, entre los tribunales competentes para conocer del asunto y la Ley aplicable, cuestión que está previsto en las normas españolas internas<sup>59</sup>.

### **3.2.1 Ley aplicable en la responsabilidad contractual**

En las relaciones contractuales, la Ley aplicable viene determinada por el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, más conocido como Reglamento Roma I. El cual establece que será aplicable, en primer lugar, la Ley pactada entre las partes (art. 3 del Reglamento Roma I) y en caso de no elección, la ley aplicable en los contratos de servicios será la del país donde el prestador del servicio tenga su

---

59 En la legislación española, entre otros, los artículos 12.6 del Código Civil, 281.2 LECiv. y 33 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

residencia habitual<sup>60</sup>, según lo dispuesto en el artículo 4.1.b) del Reglamento. Sin embargo, al igual que en la determinación de la competencia judicial internacional, cuando se trate de consumidores a los efectos del Reglamento Bruselas I bis<sup>61</sup>, el Reglamento Roma I establece igualmente que serán de aplicación la norma general (domicilio donde el prestador del servicio tenga su domicilio) ya expuesta en los casos en los que la prestación del servicio sea, “*exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el [consumidor] tenga su residencia habitual*”<sup>62</sup>. Ahora bien, del tenor literal del apartado surge una cuestión: ¿y en los casos en los que se preste tanto en el centro privado como los cuidados y controles posteriores que se hagan a distancia, es decir, cuando el servicio no sea prestado *exclusivamente* en un Estado miembro? En dicho caso, sería de aplicación la Ley del domicilio del consumidor pasivo, siempre que el profesional ejerza sus actividades profesionales en el domicilio del consumidor o que “*por cualquier medio dirija estas actividades a ese país*”<sup>63</sup>.

### 3.2.2 Ley aplicable en la responsabilidad extracontractual

En último lugar, cuando no exista una relación contractual, y se reclame por el régimen de responsabilidad extracontractual, la determinación de la Ley aplicable vendrá determinada por el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, en adelante, Reglamento Roma II.

Están excluidos del ámbito de aplicación los actos por responsabilidad del Estado, (*iure imperii*) ni las reclamaciones por daños que tengan por fundamento la vulneración del derecho a la intimidad de los pacientes transfronterizos<sup>64</sup>. A modo de ejemplo,

60 El Reglamento Roma I establece que la residencia habitual de las personas jurídicas serán el lugar donde radique su administración central (art. 19.1), añadiendo en su apartado segundo que “*cuando el contrato se celebre en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, o si según el contrato, la prestación debe ser realizada por tal sucursal, agencia o establecimiento, se considerará residencia habitual el lugar en el que dicha sucursal, agencia u otro establecimiento esté situado*”.

61 Persona física que destine el servicio para un fin ajeno a su actividad profesional y que se vea asaltado en su mercado interno por el empresario. *Vid.* apartado 3.1.2. de este artículo.

62 Artículo 6.4.a) del Reglamento Roma I.

63 Artículo 6.1.b) del Reglamento Roma I.

64 Artículo 1.2.g) del Reglamento Roma II.

podemos pensar en la publicación de fotografías del paciente transfronterizo, de su historia clínica, etc<sup>65</sup>. También está excluida del ámbito de aplicación del Reglamento la responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos<sup>66</sup>.

El artículo 14 del Reglamento establece que la norma que se aplique ha de ser la que ambas partes acuerden de modo voluntario, conforme al principio de la autonomía de la voluntad, que operará cuando celebren “*un acuerdo posterior al hecho generador el daño*”<sup>67</sup>. En los casos en los que no exista acuerdo entre las partes, habrá que acudir a la regla general, expuesto en el artículo 4 del Reglamento Roma II, el cual establece que se aplicará la Ley del lugar donde se haya producido el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y de donde se produzcan las consecuencias indirectas del hecho ilícito. Es decir, rige la regla *lex loci damni*, el lugar de la causación del daño.

## 4. CONCLUSIONES

En este artículo se ha pretendido hacer una primera aproximación al régimen de responsabilidad civil cuando, al haberse prestado una asistencia sanitaria transfronteriza por un centro privado de salud, se hayan causado unos daños al paciente transfronterizo. Tal y como ha podido observarse, son cuestiones complejas debido a que, al estar ante una relación internacional entre el centro privado y el paciente, existen diferentes ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros.

La asistencia sanitaria transfronteriza puede ser prestada por dos vías reguladas por los Reglamentos

65 Se ha de recordar que el nuevo Reglamento n° 2016/679 (UE), de Protección de Datos, *op. cit.*, considera que los datos relativos a la salud son especialmente sensibles, gozando de una mayor protección (art. 9).

66 Si bien es cierto que el artículo 5 del Reglamento Roma II establece las leyes aplicables para establecer la responsabilidad por daños de productos defectuosos, el artículo 28.1 expone que serán de aplicación las normas contenidas en los convenios internacionales cuando éstos hayan sido celebrados y ratificados con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento Roma II (11 de enero de 2009, según su artículo 32). Este es el caso del Convenio sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, establece el régimen de Ley aplicable. Este Convenio fue ratificado por España mediante Instrumento de ratificación del Convenio sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, publicado en el BOE de 25 de enero de 1989.

67 Artículo 14.1.a) del Reglamento Roma II.

de coordinación de los sistemas de Seguridad Social y la Directiva 2011/24/UE y una tercera no regulada, el llamado turismo sanitario. En las vías reguladas por la Unión Europea, el paciente transfronterizo acude al Estado miembro de tratamiento amparado por la Seguridad Social de su Estado miembro de origen, si bien, la principal diferencia que tienen, y la que es de un interés esencial en este trabajo es que mientras que si el paciente solicita la asistencia sanitaria por la vía de los Reglamentos, el encargado de prestar el tratamiento será el servicio público el Estado miembro de destino, mientras que si acude por la modalidad inaugurada por la Directiva de Asistencia Sanitaria Transfronteriza, podrá elegir entre que el servicio sanitario sea prestado por el servicio público o por un centro privado. Como puede observarse, la entrada en vigor de la Directiva puede suponer una importante posibilidad de negocio para las clínicas privadas. Respecto a la tercera vía, el turismo sanitario, el paciente será tratado por un proveedor privado en otro Estado miembro, aunque no tendrá amparo de su Seguridad Social.

Al ser el objeto de este trabajo la responsabilidad civil cuando haya sido prestado el tratamiento médico por un centro privado sólo será de aplicación lo aquí dispuesto cuando el paciente transfronterizo haya accedido por la vía de la Directiva y elija un proveedor privado o cuando sea sin el amparo de sus Seguridad Social, es decir, sea un *turista sanitario*.

Las dos cuestiones principales que nos hemos planteado en este trabajo han sido: ¿Qué órganos judiciales y de qué Estado miembro serán competentes para conocer del procedimiento judicial? Y, una vez determinado dicho órgano, ¿qué Ley será la aplicable?

En primer lugar, respecto a la competencia judicial internacional, para conocer los órganos judiciales que podrá conocer del procedimiento judicial, habremos de acudir al Reglamento Bruselas I bis. Esta norma establece que en los casos en los que exista una relación contractual, serán competentes los órganos jurisdiccionales que hayan sido pactados entre las partes (foros de sumisión de los arts. 25 y 26 del Reglamento) y en defecto de estas, el foro general del domicilio del demandado (art. 4 del Reglamento) y alternativamente, el lugar de prestación del servicio sanitario (art. 7.1 del Reglamento). En los casos en los que exista una relación extracontractual, los tribunales ante los que podremos acudir serán los del domicilio del demandado (art. 4) y los del lugar donde se haya cometido el daño o se hubiera podido

producir (art. 7.2 del Reglamento). Además, en los casos en los que se pretenda accionar una reclamación por los daños y perjuicios derivados de un delito, podrá ser igualmente competente el tribunal penal cuando la Ley interna del Estado miembro le permita conocer de la responsabilidad civil (art. 7.3 del Reglamento).

Ahora bien, el Reglamento Bruselas I bis, en las relaciones contractuales establece una excepción a los foros ya expuestos, cuando sea un contrato celebrado por los consumidores (arts. 17 a 19 del Reglamento). Así, cuando el paciente transfronterizo pueda ser determinado como consumidor a los efectos del artículo 17, los foros establecidos en el contrato en virtud del principio de autonomía de la voluntad (foros de sumisión expresa y tácita), estarán limitados, abriéndose, a los dos foros generales, un tercer foro que el Reglamento llama *foro de protección*. En virtud de este, el paciente transfronterizo consumidor podrá interponer la demanda, además de en el domicilio del demandado y del lugar de prestación del servicio, ante los tribunales de su propio domicilio.

En segundo lugar y respecto a la Ley aplicable, serán de aplicación el Reglamento Roma I, cuando sea una relación contractual y el Reglamento Roma II cuando lo sea extracontractual. Ambos reglamentos establecen que se aplicará de forma preferente la Ley pactada por las partes y en defecto de esta, la ley del domicilio habitual del prestador del servicio, en el Reglamento Roma I, y la ley aplicable donde se haya producido el daño en el Reglamento Roma II.

Si bien es cierto que en la actualidad la asistencia sanitaria transfronteriza es una modalidad aún desconocida por la ciudadanía europea, consideramos que es de gran importancia que tanto los pacientes transfronterizos como los centros privados sanitarios conozcan tanto los tribunales competentes como la ley aplicable en los casos en los que la intervención sanitaria no salga como se espera ya que, de este modo, se aportará una mayor seguridad jurídica a ambas partes.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M. (coord.), *Sanidad transfronteriza y libertad de circulación. Un desafío para los lugares europeos de retiro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- BUSATTA, L., “La cittadinanza della salute nell’Unione europea: il fenomeno della mobilità transfrontaliera dei pazienti, dalla libera circolazione alla dimensione relazionale dei diritti”, *DPCE online* 2015-3.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCO-SA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Comares, Granada, 2017.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. (dir.), *La liberalización de la Asistencia Sanitaria Transfronteriza en Europa. Retos y desafíos para el Sistema Nacional de Salud*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.
- ECHEZARRETA FERRER, M. T. (coord.), *La residencia de los gerontoinmigrantes: Derechos y obligaciones de los jubilados extranjeros en los lugares europeos de retiro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- ORTIZ VIDAL, M. D., *Ley aplicable a los contratos internacionales y eficiencia conflictual*, Editorial Comares, Granada, 2014.
- PALAO MORENO, G., *La ley aplicable a la responsabilidad civil del médico en el Derecho Internacional Privado*, Anuario de Derecho Civil, núm. 4, 1997, págs. 1793 a 1816.
- VILLALBA PÉREZ, F., “Responsabilidad de los Estados Miembros en la asistencia sanitaria transfronteriza”, *Derecho y Salud*, Vol. 23, núm. 1, enero-junio 2013, págs. 97 a 110.

# DIFICULTADES EN LA GESTIÓN DE LA APTITUD PARA EL TRABAJO EN EL ÁMBITO SANITARIO

**Fernández Mundet, N.**

*Médico del Trabajo*

*Responsable del SP y MA Área III*

*Servicio de Salud del Principado de Asturias*

**Rossell García, N.**

*Enfermera*

*Hospital Universitario Central de Asturias*

*Servicio de Salud del Principado de Asturias*

**Rossell Cantón, M<sup>ª</sup>J.**

*Enfermera del Trabajo*

*del SP y Responsable de Medioambiente Área III*

*Servicio de Salud del Principado de Asturias*

**Rentería Martín, G.**

*Administrativo*

*Coordinadora de procesos de Calidad del SP y MA Área III*

*Servicio de Salud del Principado de Asturias*

**SUMARIO:** **1. Introducción:** 1.1 Vigilancia de la salud; 1.2 Definiciones; **2. Aspectos legislativos:** 2.1 Vigilancia de la salud obligatoria o voluntaria; 2.2 Vigilancia de la salud inicial; 2.3 Vigilancia de la salud periódica específica; 2.4 Vigilancia de la salud de retorno al trabajo; 2.5 Otros tipos de Vigilancia de la salud; 2.6 Valoración de la Aptitud; **3. Bibliografía.**

## RESUMEN

La vigilancia de la salud incluye la determinación de la aptitud para trabajar, con el objetivo final de proponer adaptaciones al puesto de trabajo y, cuando el riesgo lo justifica, puede consistir en apartar parcial o totalmente, temporal o definitivamente a un trabajador de su puesto de trabajo. Los médicos del trabajo de los servicios de prevención deben emitir informes de aptitud condicionada y de no aptitud cuando es necesario, siempre con criterios predefinidos y validados y en relación a las competencias y tareas de cada profesión.

En la determinación de la aptitud laboral en el ámbito sanitario el médico del trabajo se mueve en

un entorno de complejidad legislativa. Además de lo establecido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, debe analizar lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores o Estatuto Marco para los profesionales del sector privado o público respectivamente, en la Ley General de Salud Pública o en la Ley General de la Seguridad Social.

El debate que proponemos surge de la experiencia y de las dificultades a la hora de determinar la aptitud laboral en el ámbito sanitario.

El sector de la atención sanitaria da empleo a cerca del 10% de todos los trabajadores de la Unión Europea, siendo más de las tres cuartas partes mujeres.

Estos trabajadores llevan a cabo su actividad y sus múltiples y variadas tareas en un medio que puede presentar distintos riesgos y exigencias psicofísicas, siendo en muchas ocasiones difíciles de controlar.

Creemos necesaria la existencia de consenso en algunos aspectos entre los actores principales (Servicios de Prevención, Empresa/Organización, Trabajadores, Agentes sociales, Administración de Salud, de Trabajo, de Justicia, etc.). Además, deberían estar identificadas exigencias y requerimientos en relación a la Aptitud para el trabajo de los distintos puestos,

de modo que la homogeneidad facilite hacer juicios comparables entre los profesionales.

Por otra parte, consideramos necesaria una armonización entre la legislación de aplicación, en ocasiones contradictoria, y en relación a la vigilancia de la salud como elemento clave de la Prevención de riesgos laborales.

## **PALABRAS CLAVE**

Medicina del Trabajo, Vigilancia de la salud, Aptitud laboral, Capacidad psicofísica.

## **1. INTRODUCCIÓN**

La valoración de la aptitud para el puesto de trabajo es una de las tareas asignadas a los médicos del trabajo en su actividad diaria. En base a la misma se determina si las capacidades psicofísicas individuales de un trabajador concreto son adecuadas para realizar su trabajo sin que éste suponga riesgo para su propia salud o la de terceros.

Entre las funciones de los médicos del trabajo se encuentra la vigilancia de la salud de los trabajadores para detectar si las condiciones de trabajo y los riesgos laborales derivados de éstas, afectan a la salud individual de una persona o a la salud colectiva de un grupo de trabajadores o si el estado de salud del trabajador puede hacerle especialmente sensible a determinados riesgos.

La vigilancia de la salud se lleva a cabo por los profesionales sanitarios de los Servicios de Prevención estableciéndose una valoración de la aptitud cuya conclusión se refleja en un certificado médico de aptitud del trabajador para desarrollar un puesto de trabajo con unas tareas básicas específicas en función de la categoría profesional y del puesto asignado dentro del sector.

El sector sanitario se caracteriza por ser un sector ampliamente especializado y pluridisciplinar entre el que se incluye personal sanitario y no sanitario, todos ellos imprescindibles para el correcto funcionamiento del sistema, donde convergen colectivos de trabajadores de muy diversa cualificación y en el que al prestar cuidados de salud, los daños a terceros pueden tener graves repercusiones. Por ello determinar la aptitud para el trabajo de estos profesionales se convierte en un objetivo básico.

Existen documentos de consenso y opiniones de expertos que analizando la bibliografía existente hasta la actualidad, se han pronunciado respecto a la aptitud y el momento en que emitir la misma por parte del médico del trabajo. Dado que la labor de los Servicios de Prevención es fundamentalmente preventiva, consideran que solo se debe emitir una aptitud para aquellos exámenes de salud establecidos como obligatorios por la legislación específica.

Al margen de esta consideración no podemos obviar la vigente Ley General de la Seguridad Social que, en su artículo 196 establece «Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquéllos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que, al efecto, dictará el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social». De manera que, al haber un claro riesgo de enfermedad profesional, esta certificación o dictamen de aptitud debe considerarse obligatoria en el sector sanitario.

### **1.1 Vigilancia de la salud**

La vigilancia de la salud en el ámbito laboral incluye un conjunto de actividades desarrolladas en el área de la prevención de los riesgos laborales. Generalmente se clasifica en dos tipos, vigilancia de la salud colectiva y vigilancia de la salud individual.

Se entiende por vigilancia de la salud individual el conjunto de procedimientos médicos y de enfermería que se realizan a cada trabajador con el fin de conocer los antecedentes clínico laborales y los factores de riesgo a los que está o ha estado expuesto un trabajador.

Durante la vigilancia de la salud individual se debe valorar, si en función de las tareas asignadas en

un puesto de trabajo concreto, existen factores individuales que pueden suponer un riesgo aumentado para el trabajador o para terceros.

La vigilancia de la salud individual debe garantizar los siguientes principios básicos:

- Protección de la confidencialidad.
- Ética.
- Informada.
- Planificada.
- Periódica.
- Proporcional al riesgo.

## **1.2 Definiciones**

Sería necesario consensuar las definiciones de algunos términos de uso frecuente y establecer su significado para facilitar el entendimiento entre los actores principales de la prevención de riesgos laborales: Servicios de Prevención, Empresa/Organización, Trabajadores, Agentes sociales, Administraciones de Salud, del Trabajo, y Judicial, que sirva para homogeneizar el uso de los términos utilizados:

- Trabajador.
- Aptitud laboral: Valoración, Calificación, Certificación.
- Apto / No apto.
- Apto con limitaciones: personales, laborales adaptativas, laborales restrictivas.
- Aptitud pendiente de calificación. Aptitud no establecida.
- Inaptitud sobrevenida.
- Profesión habitual. Puesto de trabajo. Tarea / Tareas esenciales.
- Capacidad psicofísica. Capacidad funcional.
- Competencia laboral.
- Especialmente sensible.
- Adaptaciones razonables.

## **2. ASPECTOS LEGISLATIVOS**

En el ámbito sanitario existe un entorno de complejidad legislativa. Además de lo establecido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, debe analizarse lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores o Estatuto Marco para los profesionales del

sector privado o público respectivamente, en la Ley General de Salud Pública o en la Ley General de la Seguridad Social. El acceso a la formación sanitaria especializada también está regulado en cuanto a la certificación de la aptitud.

El Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social establece en su artículo 196 que «Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquéllos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que, al efecto, dictará el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social».

El Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, establece dentro del grupo 3 las «Enfermedades infecciosas causadas por el trabajo de las personas que se ocupan de la prevención, asistencia médica y actividades en las que se ha probado un riesgo de infección» incluyendo por tanto, al personal sanitario entre las profesiones susceptibles de padecer las mismas. Además de otras enfermedades, encuadradas en otros grupos, que pueden afectar al personal que trabaja en el ámbito sanitario.

La Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales establece en su artículo 22.1 que la vigilancia de la salud solo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento, exceptuando de este carácter voluntario los supuestos en los que sea necesario evaluar los efectos de las condiciones de trabajo o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un riesgo para el mismo o para terceros. Asimismo en el artículo 25 hace referencia a la protección de los trabajadores especialmente sensibles.

El Reglamento de los Servicios de Prevención en su artículo 37.3.b establece que la vigilancia de la salud inicial se realice después de la incorporación al trabajo o después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos.

El Real Decreto 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los Servicios de Prevención, establece en su Artículo 11. Seguimiento, control y calidad de las

actuaciones, apartado 5, que «El Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, en coordinación con las Comunidades Autónomas, oídas las sociedades científicas y los agentes sociales, elaborará y mantendrá actualizada una Guía básica y general de orientación de las actividades de vigilancia de la salud para la prevención de riesgos laborales, que incluirá los criterios de buena práctica profesional de calidad de la actividad sanitaria en prevención de riesgos laborales, así como, guías y protocolos de vigilancia específica de la salud de los trabajadores».

El Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

#### Artículo 45. Causas y efectos de la suspensión.

1. El contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas:

- a. Mutuo acuerdo de las partes.
- b. Incapacidad temporal de los trabajadores.

#### Artículo 52. Extinción del contrato por causas objetivas.

El contrato podrá extinguirse:

- a. Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.
- b. Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables. Previamente el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo. La extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación.»

Asimismo para el caso del acceso al sistema sanitario público, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud establece una serie de requisitos sobre la capacidad funcional de los trabajadores tanto para el acceso a la condición de personal estatutario fijo como eventual, y para el acceso del personal discapacitado, que se incluyen fundamentalmente en los siguientes apartados:

Art. 30.5.c «Para poder participar en los procesos de selección de personal estatutario fijo será necesario reunir los siguientes requisitos: c) Poseer la capacidad funcional necesaria para el desempeño de las funciones que se deriven del correspondiente nombramiento».

Art. 30.6 «En las convocatorias para la selección de personal estatutario se reservará un cupo no inferior al 5%, o al porcentaje que se encuentre vigente con carácter general para la función pública, de las plazas convocadas para ser cubiertas entre personas con discapacidad de grado igual o superior al 33%, de modo que progresivamente se alcance el 2% de los efectivos totales de cada Servicio de Salud, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes. El acceso a la condición de personal estatutario de las personas con discapacidad se inspirará en los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y compensación de desventajas, procediéndose, en su caso, a la adaptación de las pruebas de selección a las necesidades específicas y singularidades de estas personas».

Art. 31.7 «Si así se establece en la convocatoria, y como parte del proceso selectivo, aspirantes seleccionados en la oposición, concurso o concurso-oposición, deberán superar un período formativo, o de prácticas, antes de obtener nombramiento como personal estatutario fijo. Durante dicho período, que no será aplicable a las categorías o grupos profesionales para los que se exija título académico o profesional específico, los interesados ostentarán la condición de aspirantes en prácticas.»

Art. 33.2 «El personal estatutario temporal podrá estar sujeto a un período de prueba, durante el que será posible la resolución de la relación estatutaria a instancia de cualquiera de las partes. El período de prueba no podrá superar los tres meses de trabajo efectivo en el caso de personal previsto en los artículos 6.2.a) y 7.2.a), de esta Ley —en referencia al



personal universitario licenciado o diplomado—, y los dos meses para el resto del personal. En ningún caso el período de prueba podrá exceder de la mitad de la duración del nombramiento, si ésta está precisada en el mismo. Estará exento del período de prueba quien ya lo hubiera superado con ocasión de un anterior nombramiento temporal para la realización de funciones de las mismas características en el mismo Servicio de Salud en los dos años anteriores a la expedición del nuevo nombramiento.»

Asimismo, para el acceso a la formación sanitaria especializada para Médicos, Farmacéuticos, Enfermeros y otros graduados/licenciados universitarios del ámbito de la Psicología, la Química, la Biología y la Física indican que «Todos los adjudicatarios de plaza por el sistema de residencia incluidos los del turno de personas con discapacidad, se someterán a examen médico en los tres meses siguientes a partir de la fecha en la que concluya el plazo de toma de posesión. Dicho examen médico se llevará a cabo en los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales o Dispositivos de vigilancia de la salud, que en cada caso corresponda y tendrá la finalidad de comprobar que dichos adjudicatarios no padecen enfermedad ni están afectados por limitación física o psíquica que sea incompatible con las actividades profesionales que el correspondiente programa formativo exija al residente. Cuando el citado Servicio de Prevención lo estime pertinente podrá solicitar con carácter previo a la conclusión del examen médico antes mencionado, informe de los órganos competentes en materia de valoración de la discapacidad que en cada caso corresponda. En el supuesto de que no se haya superado el examen médico, la adjudicación y en su caso, el contrato en formación que se hubiera suscrito, se entenderán sin efecto.

Cuando el examen médico se refiera a adjudicatarios de plaza por el turno de personas con discapacidad reconocida por ser pensionistas por incapacidad permanente en los términos citados en el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de personas con discapacidad y de su inclusión social, el correspondiente Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, además de lo previsto en el párrafo anterior, deberá comprobar que la resolución legal por la que se reconoce la correspondiente pensión, no impide que el interesado realice las funciones inherentes a la profesión de especialista en ciencias de la salud que en cada caso corresponda.

El examen médico negativo deberá estar motivado y especificar los objetivos y competencias profesionales que, según el correspondiente programa formativo, no puede adquirir el adjudicatario por causas imputables a sus limitaciones físicas, psíquicas o funcionales.»

La Ley 33/2011, General de Salud Pública establece en su artículo 21 que sólo se podrán realizar reconocimientos sanitarios previos a la incorporación laboral cuando así lo disponga la normativa vigente.

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 define en su artículo 3 como «Paciente: la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud». Por lo que el trabajador como receptor de asistencia sanitaria, debe tener los mismos derechos que el paciente. Entre los mismos se incluye:

- Derecho de la información sanitaria. El trabajador tiene 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. 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. La información clínico-laboral forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al trabajador de forma comprensible y adecuada a sus necesidades.
- Derecho a la intimidad. 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. Los Servicios de Prevención 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.
- El consentimiento. Toda actuación en el ámbito de la salud de un trabajador necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información necesaria, haya valorado las opciones propias del caso. El

consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: 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 trabajador, en los que el consentimiento del trabajador será escrito. El trabajador puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la «Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social sección II en materia de prevención de riesgos laborales» indica que es un hecho sancionable cuando se comete una infracción en materia de prevención de riesgos laborales como es la adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo:

- Incompatibles con sus características personales conocidas.
- Encontrándose en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas del puesto de trabajo.
- Sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Esta infracción sería considerada como muy grave cuando de ello se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, en caso contrario es grave. La cuantía económica de la sanción producida estará de acuerdo con su gravedad y la graduación que le sea asignada. Cantidad a la que podría sumarse el recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional en cuyo caso se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50%, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. (Art. 132.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

Existe un número bajo de sentencias referentes a la aptitud, alguna de ellas afectando al sector sanitario, todas ellas, del juzgado de lo social.

## 2.1 Vigilancia de la salud obligatoria o voluntaria

Sigue en debate cuándo la vigilancia de la salud deja de ser voluntaria. El artículo 22 de la LPRL no da respuesta a esta pregunta.

Para establecer algún criterio respecto de la voluntariedad y obligatoriedad de la vigilancia de la salud hay que analizar diferentes derechos que entran en colisión.

La Constitución Española en su art. 43.1, reconoce el «derecho a la protección de la salud». La redacción de este artículo es coherente con lo dispuesto en la Directiva 89/391/CEE que establece que las medidas que se adopten «permitirán al trabajador, si así lo deseara, someterse a una vigilancia de salud a intervalos regulares». Por tanto en este articulado, la voluntad del trabajador supone una limitación subjetiva a la actividad de vigilancia de la salud.

El debate surge de la necesidad de conciliar estos derechos junto al deber empresarial de «garantizar, a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo». Artículo 22 LPRL.

De la lectura del artículo 22 de la LPRL se derivan importantes problemas interpretativos ya que el mismo incorpora excepciones a esta voluntariedad, que quedan vinculadas a la certeza de un riesgo o peligro para la salud del trabajador, para los demás trabajadores o para la salud de terceros.

La interpretación general de estas excepciones indica que la necesidad de evitar daños a los demás trabajadores o a la salud de terceros es justificación suficiente para exigir el carácter obligatorio de la vigilancia de la salud, mientras que cuando se trata de verificar si este estado de salud puede constituir un riesgo para el propio trabajador podría primar el derecho individual del trabajador respecto de su dignidad y libertad, aunque no todas las doctrinas son homogéneas a este respecto.

Esta vigilancia de la salud es una obligación para el empresario y un derecho para el trabajador que debe consentir para la realización de la misma. Sin embargo las excepciones a esta voluntariedad que

se manifiestan en el artículo 22.1 (2.º párrafo) y el artículo 25 de la Ley 31/95 de PRL exceptúan este principio de voluntariedad, previa información de los representantes de los trabajadores, en las siguientes circunstancias:

- Evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores.
- Verificar si el estado de salud de un trabajador constituye un riesgo para el mismo o para la salud de terceros, en este supuesto se incluiría la vigilancia de salud para aquellos puestos con riesgo de enfermedad profesional.
- Si esto queda establecido en una disposición legal en relación a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.
- Como medida de protección de trabajadores especialmente sensibles.

A pesar de lo anteriormente citado, no hay acuerdo entre los diferentes agentes implicados (empresario, trabajador, etc...) sobre los supuestos en los que esta vigilancia de la salud debe ser voluntaria u obligatoria. Tampoco la legislación establece cuales son las responsabilidades en las que incurre un trabajador que no consiente en la realización de una vigilancia de la salud obligatoria.

En el ámbito sanitario público no existe un criterio homogéneo respecto a los supuestos en que la vigilancia de la salud debe ser voluntaria u obligatoria.

En nuestra opinión, debería plantearse y adoptar criterios homogéneos para la realización de la vigilancia de la salud en el marco del SESPA y del SNS.

Por otro lado hay que considerar otros aspectos para no incurrir en situaciones de discriminación entre los trabajadores que acceden a la vigilancia de la salud frente a los que no lo hacen.

Se debe clarificar en qué supuestos la vigilancia de la salud debe ser obligatoria y cuando voluntaria. Lo contrario solo genera incertidumbre entre todos los agentes implicados, los médicos del trabajo, los trabajadores, los empresarios y los agentes sociales.

Atendiendo tanto a los riesgos presentes en los puestos de trabajo de los trabajadores del ámbito sanitario, como a la especial naturaleza del riesgo a terceros, consideramos que algunos exámenes de salud deberían ser obligatorios:

- Cuando sea imprescindible verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para terceros.
- Exámenes de salud a trabajadores especialmente sensibles: El empresario debe garantizar que estos trabajadores no son empleados en puestos en los que se pueden poner en peligro ellos mismos o constituir un riesgo para terceros.
- Exámenes de salud indispensables para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores.
- Exámenes de salud por la existencia de una disposición legal en relación a la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

## **2.2 Vigilancia de la salud inicial**

### ***2.2.1 Al inicio de la incorporación al trabajo***

Este examen de salud debe realizarse en el momento próximo a la contratación pero no necesariamente con carácter previo al mismo, bien durante el momento de formalización del contrato y acogida del trabajador o en los días iniciales de formación.

Para el caso de trabajadores eventuales o sustitutos que ya han realizado un examen de salud inicial, no sería necesaria la realización de un nuevo examen de salud inicial si no se producen cambios significativos de tareas desde la fecha de realización del examen de salud inicial.

### ***2.2.2 Después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud***

Este supuesto está basado en la existencia de «nuevos riesgos» asociados a una nueva asignación de tareas, y limitado a la presencia de los mismos.

En el caso de los trabajadores sanitarios con exposición a riesgos biológicos, radiaciones ionizantes, agentes cancerígenos y mutágenos la propia normativa establece que el reconocimiento debe realizarse antes de que se inicie la exposición.

En aplicación de la Ley General de Seguridad Social así como para el caso de trabajadores que acceden a la condición de personal estatutario fijo o

laboral de las organizaciones sanitarias, la Vigilancia de la salud Inicial previa a la formalización del contrato se considera obligatoria ya que así está establecido en la legislación.

Para el caso del personal interino o eventual, esta vigilancia puede realizarse una vez iniciada la actividad laboral, considerando el periodo de prueba de dos meses que establece la legislación, el periodo máximo en que debe certificarse la aptitud del trabajador.

### 2.3 Vigilancia de la salud periódica específica

La Vigilancia de la salud periódica, debe ser específica en función de los riesgos a los que estén expuestos los trabajadores.

La periodicidad puede ajustarse a intervalos regulares en función de los riesgos del puesto de trabajo, pero ésta debe ser prevista por el médico del trabajo que la realiza en función de las condiciones de exposición, de las características personales y estado biológico del trabajador.

Cada Servicio de Prevención debe fijar la periodicidad atendiendo a las recomendaciones establecidas en los protocolos, a la evaluación de riesgos específica de las condiciones de trabajo y a los acuerdos adoptados en su ámbito de actividad. También deberá individualizarse esta periodicidad, adaptándola a las características personales y estado biológico del trabajador.

### 2.4 Vigilancia de la salud de retorno al trabajo

La legislación establece que tras ausencia prolongada del puesto de trabajo, debe realizarse un examen de salud para identificar si esta ausencia está relacionada con las condiciones del trabajo o para identificar si debido a tal problema de salud el trabajador presenta alguna limitación para el desempeño de este puesto de trabajo.

No está definido el concepto de «ausencia prolongada».

### 2.5 Otros tipos de Vigilancia de la salud

Otros tipos de exámenes de salud que suelen solicitarse a los profesionales sanitarios del servicio de prevención:

- Para prolongación en la permanencia del servicio activo para mayores de 65 años, que solicitan la continuidad de su vida laboral.
- A petición de la Dirección.
- A petición del propio trabajador, por solicitar a la empresa una adecuación o reubicación por motivo de salud.
- En situación de embarazo o lactancia.
- Examen de salud a solicitud del propio trabajador.

### 2.6 Valoración de la Aptitud

No existe concordancia en la interpretación y utilización de pruebas médicas de valoración de la aptitud, no se utilizan criterios diagnósticos estandarizados, ni homogéneos para excluir temporal o permanentemente a trabajadores de sus trabajos, cuando se evalúa la aptitud para trabajar.

No existen herramientas estandarizadas aplicables, lo que da lugar a calificaciones diferentes de situaciones similares. Da lugar además a categorías y significados de aptitud no comparables entre sí.

En el sector sanitario los trabajadores con discapacidad y/o trabajadores de edad avanzada suponen dificultades importantes añadidas a las habituales en el proceso de valorar la aptitud para trabajar y en la búsqueda de adaptaciones razonables a sus características o condiciones de salud.

Se establecería la Calificación de No Apto a aquellos trabajadores que en función de sus características psicofísicas no pueden desarrollar las tareas esenciales de su puesto de trabajo y/o las mismas le imposibiliten su realización, o bien porque el desarrollo de la tarea habitual implica la aparición de problemas de salud. Esta calificación también es de aplicación a aquellos trabajadores que por sus características psicofísicas pueden suponer un riesgo para la salud de terceros. Se hace referencia a situaciones definitivas, consolidadas y cuya mejoría no es previsible.

## 3. BIBLIOGRAFÍA

- Autoría múltiple. Guía de criterios de aptitud para trabajadores del ámbito sanitario. Escuela Nacional de Medicina del Trabajo. Instituto de Salud Carlos III. Ministerio de Economía y

Competitividad. Madrid. 2014. Coordinadora: Collazos Dorronsoro AI, Alamillos Ortega P, Andani Cervera J, Cabrera García MA, Chirivella Cases J, Collazos Dorronsoro A, Fernández Escribano M, Fernández Mundet N, Fuente Goig MT, Muro Ruiz de Arcaute I, Ranchal Sánchez A, Santo Domingo Mateos S.

- INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social. Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Guía de Valoración Profesional. 3.<sup>a</sup> Edición: 2014. 1137 p. (NIPO: 271-14-057-X).

- Jefatura del Estado. Ley 31 /1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos laborales. BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995, páginas 32590 a 32611.

- Jefatura del Estado. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. BOE núm 274, de 15/11/2002, páginas 40126 a 40132.

- Jefatura del Estado. Ley 55/2003 de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 2003, páginas 44742 a 44763.

- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE núm. 154 de 29 de Junio de 1994, páginas 20658 a 20708.

- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. BOE núm. 27, de 31/01/1997, páginas 3031 a 3045.

- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. BOE núm. 302, de 19 de diciembre de 2006, páginas 44487 a 44546.

- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 75, de 29 de marzo de 1995, páginas 9654 a 9688.

- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. BOE núm. 189, de 08/08/2000, páginas 28285 a 28300.

- Rodríguez-Jareño MC, de Montserrat i Nonó J. ¿Es posible mejorar la utilidad preventiva de la vigilancia de la salud de los trabajadores en el actual marco normativo? Arch Prev Riesgos Labor. 2017;20:80-101.

- Rodríguez-Jareño MC, De Montserrat i Nonó J. La vigilancia de la salud y la valoración de la aptitud para trabajar: deconstruir, reconceptualizar y consensuar para mejorar. Arch Prev Riesgos Labor. 2017;20:170-172.

- Santaularia Morros A, Schlaghecke i Gras JC. La aptitud laboral y la aptitud psicofísica en las profesiones de riesgo. Arch Prev Riesgos Labor. 2016;20:26-9.

- Serra C, Boix P, de Montserrat J, Purí E, Rodríguez MC, Plana M, et al. Decálogo de la valoración de la aptitud para trabajar. Arch. Prev. Riesgos Labor. 2007; 10(2): 93-97.

- UPF. Cátedra Medicina del Trabajo MC-MUTUAL. Instituto de Salud Carlos III. ISTAS. Valoración de la aptitud para trabajar. 2006.

# TRANSPARENCIA, PROTECCIÓN DE DATOS Y CONFIDENCIALIDAD EN LA NUEVA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO\*

*Gómez Álvarez, Francisco Javier*  
*Letrado de Administración Sanitaria*  
*Junta de Andalucía*  
*Servicio Andaluz de Salud*

**SUMARIO: 1. Transparencia y contratación pública. 2. La transparencia y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. 3. Transparencia, motivación y confidencialidad. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.**

## RESUMEN

Este trabajo analiza la transparencia en la nueva Ley de Contratos del Sector Público y los límites que a la misma establece el derecho fundamental a la protección de datos personales y la confidencialidad (según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales).

## PALABRAS CLAVE

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, transparencia, derecho fundamental a la protección de datos personales, motivación, confidencialidad, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales.

## ABSTRACT

This paper analyzes transparency in new Spanish legislation about public procurement and its limits established by the fundamental right to protect personal data and by confidentiality (based on the case-law of the Court of Justice of the European Union and on the decisions by the Administrative Courts of Contract Review -Spanish review bodies independent of the contracting authorities-).

## KEYWORDS

Law 9/2017 of 8 November on Public Sector Contracts, transparency, fundamental right to protect personal data, confidentiality, Administrative Courts of Contract Review.

\* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Excelencia del Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2014/56401-P): “Cesión de datos personales entre procesos penales y procedimientos sancionadores o tributarios en España y la Unión Europea”.

## 1. TRANSPARENCIA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

La transparencia es uno de los principios que cada vez cuenta con una mayor trascendencia en nuestra sociedad. No sólo se regula expresamente en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno<sup>1</sup>, así como en las leyes que la mayoría de las Comunidades Autónomas han aprobado sobre esta materia<sup>2</sup>, sino que también está presente en multitud de normas legales como, por ejemplo, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (ver sus arts. 6, 27 y 28).<sup>3</sup>

La doctrina se plantea si la transparencia es un nuevo y auténtico principio del derecho<sup>4</sup>.

---

1 Para una aproximación a las obligaciones de transparencia en materia contractual que impone la Ley 19/2013, vide: SANMARTÍN MORA, María Asunción: "Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno" en el libro colectivo: *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 81-119.

Además, vide: GIMENOFELIU, José María: "Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos" en el libro colectivo: *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 71-77.

También vide: AMOEDO SOUTO, Carlos Alberto: "La transparencia contractual en Galicia" en el libro colectivo: *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 279-280 y 286-288.

2 En relación a las normas autonómicas dictadas en materia de transparencia, vide: AMOEDO-SOUTO, Carlos-Alberto: "De la transparencia immanente a la transparencia trascendente en la contratación pública española" en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y GESTA LEAL, R. (Dir.): *La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p.120 (nota 29).

También vide: SANMARTÍN MORA, María Asunción: "Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013...cit., pp. 117-119.

3 Para conocer otras manifestaciones de la transparencia en el derecho público español anteriores a estas normas, vide: AMOEDO-SOUTO, Carlos-Alberto: "De la transparencia immanente... (cit.), pp.101-102 (nota 1).

También vide: SANMARTÍN MORA, María Asunción: "Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013...cit., p. 82 (nota 1).

4 Vide: SANMARTÍN MORA, María Asunción: "Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013...cit., pp. 83-86.

También vide: AMOEDO-SOUTO, Carlos-Alberto: "De la transparencia immanente... (cit.), p. 103.

Además, vide: VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia: "Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública" en SORIANO GARCÍA, J.E. (Dir.): *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor. Volumen II. Garantías del ciudadano en*

En el ámbito de la contratación pública, el principio de transparencia aparecía expresamente enunciado tanto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, como 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 (ver, al menos, sus respectivos arts. 1 "objeto y finalidad").

La transparencia tiene especial relevancia en la contratación pública, dado el importante volumen económico de la misma<sup>5 6</sup>.

De hecho, la doctrina ha afirmado que la contratación pública es, sin duda, el principal teatro donde

---

*el régimen administrativo*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 1901-1904.

Y: MELLADO RUIZ, Lorenzo: *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 31 y ss. Usada versión electrónica (última visita: 31-7-18).

5 Que en el ámbito de la Unión Europea supone un gasto anual de aproximadamente el 14% de su PIB. Ver, al respecto, la **Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: "Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa"**. Estrasburgo, 3-10-2017. COM (2017) 572 final, pp. 2-3.

Esta Comunicación resulta de gran interés porque expone la visión de la Comisión sobre lo que la contratación pública debería ser, en un futuro cercano, en Europa y, en consecuencia, hacia dónde se dirige la contratación pública en España, a corto y medio plazo.

A modo de resumen podemos señalar que la Comisión aboga por cambiar la cultura de la contratación pública en los Estados miembros pasando **de un enfoque puramente administrativo** (que concibe la contratación pública como un mero procedimiento administrativo mediante el cual las autoridades públicas adquieren los productos, servicios u obras que precisan para sus operaciones) **a un enfoque con una perspectiva estratégica** (dada su magnitud en cuanto a gasto público, la contratación pública, utilizada como una herramienta estratégica, puede permitir a los gobiernos a lograr resultados políticos clave), para lo que debería cambiarse significativamente la manera en la que se lleva a cabo la contratación pública, aplicando sistemas de contratación más modernos (digitales y profesionalizados), transparentes, eficientes y responsables.

Para ello, las autoridades públicas deberían utilizar la contratación pública con un planteamiento estratégico, para obtener una mayor rentabilidad por cada euro de dinero público gastado y contribuir a una economía más innovadora, equitativa e inclusiva (fomentando objetivos de política social) y competitiva, con un crecimiento económico sostenible (integrando tanto las consideraciones económicas como la utilización eficiente de los recursos y la eficiencia energética), que crease más empleo.

La Comunicación relaciona la **contratación estratégica** con superar la utilización del precio más bajo como único criterio de adjudicación y optar, en su lugar, por licitaciones económicamente ventajosas (que permita conceder más relevancia a la calidad) sobre la base de aplicar criterios cualitativos de relación coste-eficacia que puede incluir criterios sociales, medioambientales, innovadores, de accesibilidad (para las personas con discapacidad y personas de edad avanzada) y otros criterios cualitativos (como la evaluación de costes externos

analizar, y reflexionar sobre, la función y el efecto de la transparencia<sup>7</sup>. También se ha apuntado que la categoría del contrato administrativo, caracterizado

---

durante todo el ciclo de vida de un proyecto).

La Comisión identifica **seis prioridades estratégicas en materia de contratación pública:**

**-Garantizar una mayor aceptación de la contratación pública estratégica.**

Y hay sectores prioritarios que necesitan un enfoque específico, como la construcción, la atención sanitaria y el sector de las tecnologías de la información.

**-Profesionalización de los compradores públicos.**

La Comisión se hace eco de un estudio (Bandiera, Prat, Valletti, 2008), que señala que “la falta de competencias profesionales en el ámbito de la contratación es un problema incluso más importante que la corrupción: el 83% de los recursos malgastados en adquisiciones públicas es consecuencia de la falta de profesionalización y de incentivos y solamente el 17% se debe a la corrupción” (Vide: nota 32 en p. 10 de la citada Comunicación).

**-Mejorar el acceso a los mercados de contratación.**

El objetivo es incrementar la cuota de las pymes en la contratación pública en consonancia con su peso total en la economía. Las medidas para mejorar el acceso de las pymes a los mercados de contratación pública incluyen favorecer la división de los contratos en lotes, limitar el volumen de negocios requerido para participar en un procedimiento de licitación, reducir los requisitos de documentación así como reforzar la revisión independiente de las decisiones de contratación pública.

**-Aumento de la transparencia, integridad y mejores datos.**

Se recomienda especialmente el establecimiento de registros de contratos de acceso público, que proporcionen transparencia en relación con los contratos adjudicados y sus modificaciones.

Sugiere mejorar la transparencia de la contratación pública y ahorrar dinero público permitiendo la notificación de corrupción mediante el establecimiento de mecanismos de notificación eficaces y la protección de los denunciantes contra represalias.

Y considera que se puede avanzar hacia procedimientos de contratación pública exentos de corrupción y plenamente transparentes mediante la introducción de la contratación pública electrónica, el fortalecimiento de las disposiciones sobre los conflictos de intereses y la exclusión de los licitadores relacionados con la colusión.

**-Impulso de la transformación digital de la contratación pública.**

Las directivas sobre contratación disponen que el envío electrónico de las ofertas será obligatorio a partir de octubre de 2018. El objetivo es que el proceso de contratación pública en su totalidad (desde la planificación, notificación y presentación hasta la facturación, pago y archivado) se someta a la transformación digital.

**-Y cooperación para contratar de forma conjunta** (las centrales de compras).

6 En España se calcula que la contratación pública supone el 18’5% del PIB. Vide: GIMENO FELIÚ, José María: “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad” en el libro colectivo: *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 46 (nota 27).

También vide: GIMENO FELIÚ, José María: “Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos...cit., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 33 (nota 12).

7 Vide: GIMENO FELIÚ, José María: “Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la

tradicionalmente, entre otros elementos, por la existencia de poderes exorbitantes (las “prerrogativas administrativas”) se diluye hacia una regulación del contrato público ya no justificada en el *imperium*, sino en la transparencia para preservar un modelo de concurrencia<sup>8 9</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reaccionado, en materia de contratación pública, el principio de transparencia con el principio de igualdad de trato de los licitadores, hasta el punto de afirmar que “*el principio de transparencia... constituye el corolario del principio de igualdad de trato*”<sup>10</sup>. Así, la **sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Primera) de 16 de septiembre de 2013, caso Reino de España contra Comisión Europea**, asunto T-402/06<sup>11</sup>, señala en sus apartados 66 y 67:

“66 En concreto, el principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec. p. I-8585,

---

legislación de contratos...cit., p. 33.

También vide: GIMENO FELIÚ, José María: “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia... cit., p. 45.

Con un planteamiento similar vide: SANMARTÍN MORA, María Asunción: “Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013...cit., pp. 91-92.

También resalta la relevancia de la transparencia en la contratación pública: CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí: *El principio de integridad en la contratación pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 101-102.

8 Vide: GIMENO FELIÚ, José María: “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia...cit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 39 (nota 9).

Y vide: GALLEGO CÓRCOLES, Isabel: “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública” en el libro colectivo: *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 108-109.

9 Para conocer las consecuencias que comporta la aplicación de los principios de transparencia y publicidad en la contratación pública vide: RAZQUÍN LIZÁRRAGA, Martín María: “La confidencialidad de datos empresariales en la contratación pública” en SORIANO GARCÍA, J.E. (Dir.): *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor. Volumen II. Garantías del ciudadano en el régimen administrativo*, Iustel, Madrid, 2014, p. 1878.

10 En relación a la interconexión entre los principios generales de la contratación pública europea vide: VALCARCEL FERNÁNDEZ, Patricia: “Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública” en SORIANO GARCÍA, J.E. (Dir.): *Por el derecho...cit.*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 1904-1906.

11 ECLI:EU:T:2013:445. EUR-Lex-62006TJ0402.



apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, *European Service Network/Comisión*, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, *Embassy Limousines & Services/Parlamento*, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, *Comisión/Chipre*, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

67 Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias *Lombardini y Mantovani*, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y *Comisión/Chipre*, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia *Parking Brixen*, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación

o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia *Michaniki*, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada).<sup>12</sup>

La sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 7 de octubre de 2015, caso **European Dynamics Luxembourg y otros contra la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI)**, asunto T-299/11<sup>13</sup>, se pronuncia en el mismo sentido, aunque de forma más sintética, en su apartado 44.

Las Directivas sobre contratación pública adoptadas en 2014 contienen disposiciones más estrictas en materia de integridad y transparencia, con la finalidad de luchar contra la corrupción y el fraude<sup>14 15</sup>.

12 Para un comentario de esta sentencia vide: GIMENO FELIÚ, José María: "La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia..." cit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 46-49.

13 ECLI:EU:T:2015:757. EUR-Lex-62011TJ0299.

14 Vide: la citada Comunicación...: "Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa", p. 3.

Al respecto, ver el considerando 126 de la **Directiva 2014/24/UE**, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 (DOUE, L 94, de 28.3.2014, p. 89).

15 La Comunicación...: "Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa" alude en su p. 12 (nota 44) al "Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la UE" (Bruselas, 3.2.2014. COM (2014) 38, p.3), que calcula que el coste de la corrupción para la economía de la UE asciende a 120.000 millones de euros al año.

En España se calcula que la falta de competencia y la corrupción generan un sobrecoste de la contratación pública del 4'5% del PIB (vide: MELLADO RUIZ, Lorenzo: *El principio de transparencia integral...* cit., p.117, versión electrónica, última visita: 31-7-18).

Como consecuencia de todo lo anterior, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, refuerza el principio de transparencia.

Efectivamente, el Preámbulo de la citada Ley señala (número II párrafo primero) que: “Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio.” Y en el último párrafo del citado número II se añade que si bien el motivo determinante de la nueva Ley es la trasposición de las citadas Directivas, no es el único, ya que también “trata de diseñar un sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro”.

En la misma línea, el número III del Preámbulo, en su párrafo primero, indica que:

*“El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad.”*

El citado Preámbulo también especifica algunas de las medidas con las que se pretende alcanzar una mayor transparencia en la contratación pública. Así, su número V, párrafos 9 a 11, indica que:

*“Con independencia de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la transparencia en los contratos. Así, debe mencionarse, entre otras cuestiones, la introducción de una novedad significativa: la supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía.”*

*Dicho procedimiento, muy utilizado en la práctica, resultaba muy ágil pero adolecía de un déficit de transparencia, al carecer de publicidad, corriendo el riesgo de generar desigualdades entre licitadores. (...).*

*A todo lo anterior, debe añadirse la nueva regulación de la figura del perfil de contratante, más exhaustiva que la anterior, que le otorga un papel principal como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos de cada entidad, así como la regulación del Registro de Contratos del Sector Público, en el que se inscribirán todos los contratos adjudicados por las entidades del sector público, siendo obligatoria, a dichos efectos, la comunicación de los datos relativos a todos los contratos celebrados por importe igual o superior a cinco mil euros.”<sup>16</sup>*

A la vista de todo lo expuesto hasta ahora, se puede indicar que “la transparencia persigue el conocimiento efectivo de las decisiones relacionadas con los contratos públicos, así como del resto de informaciones relacionadas con la tramitación del procedimiento de contratación en sus diferentes fases (preparación, adjudicación y ejecución) que garanticen la adecuada igualdad y competencia entre todos los licitadores”<sup>17</sup>; a lo que podríamos añadir: y que, además, permitan el control público de la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación, facilitando una gestión más eficiente e íntegra de los fondos públicos y limitando el fraude y la corrupción.

El presente trabajo se centra en dos aspectos de la regulación de la transparencia en la Ley 9/2017: la publicidad de datos personales durante el procedimiento de adjudicación y una vez concluido el mismo y los límites que a la misma impone el derecho a la protección de datos personales; así como la motivación de la adjudicación (y de la desestimación y exclusión de los licitadores) y los límites que a la misma establece la confidencialidad.

<sup>16</sup> La citada Comunicación de la Comisión...: “Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa” valora, en su p. 5, la puesta en marcha, en otro país europeo, de un registro de contratos que ofrece acceso público a todos los contratos celebrados por las autoridades públicas en el país como una mejora en “la transparencia al permitir el control público”.

<sup>17</sup> CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí: *El principio de integridad...* cit., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 65; quien cita la Recomendación “OECD Principles for integrity in Public Procurement”, París, 2009, p. 22.

Se trata, por tanto, de dos aspectos de la transparencia que más que generar directamente una mayor competencia e igualdad en los procedimientos de licitación, permiten controlar la imparcialidad e integridad de los procedimientos de adjudicación, evitando el favoritismo y la arbitrariedad y facilitando, por tanto, la lucha contra el fraude y la corrupción y, generando así, indirectamente, una mayor competencia e igualdad en la licitación.

En relación a la **publicidad de datos personales durante el procedimiento de adjudicación y una vez concluido el mismo**, a título de ejemplo, la Ley 9/2017 establece que en el **perfil del contratante** (art. 63) deberá publicarse, al menos, la siguiente información relativa a los contratos:

- la identidad de los licitadores participantes en el procedimiento (apartado 3, letra e) y en los contratos menores la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos, precisamente, por la identidad del adjudicatario (apartado 4),
- todas las actas de la mesa de contratación relativas al procedimiento de adjudicación o, en el caso de no actuar la mesa, las resoluciones del servicio u órgano de contratación correspondiente (apartado 3 letra e),
- la composición de las mesas de contratación que asistan a los órganos de contratación, así como la designación de los miembros del comité de expertos o de los organismos técnicos especializados para la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor en los procedimientos en los que sean necesarios (apartado 5 y art. 326.3 para las mesas de contratación),
- la resolución de adjudicación, que deberá contener la información necesaria para interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación y, entre ella en todo caso, el nombre del adjudicatario (art. 151),
- y el anuncio de formalización de los contratos, junto con el correspondiente contrato (art. 154.1).

Además, el art. 155 obliga a los órganos de contratación a comunicar, en relación con la celebración de un acuerdo marco, con la adjudicación del contrato o con la admisión a un sistema dinámico de adquisición, a petición de todo licitador que haya presentado una oferta admisible, el nombre del adjudicatario o las partes en el acuerdo marco.

Y en el **Registro de Contratos del Sector Público** se inscribirán (art. 346):

- los datos básicos de los contratos adjudicados por los poderes adjudicadores y, entre ellos, la identidad del adjudicatario (apartado 3),
- y el citado Registro de conformidad con lo establecido en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y con las limitaciones que imponen las normas sobre protección de datos de carácter personal, facilitará el acceso público a los datos que no tengan el carácter de confidenciales y que no hayan sido previamente publicados de modo telemático y a través de Internet (apartado 5, párrafo 2º)<sup>18</sup>.

Por lo que respecta a la **motivación de la adjudicación (y de la desestimación y exclusión de los licitadores)**, en el **perfil del contratante** deberá publicarse, al menos:

- el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor de cada una de las ofertas y, en su caso, los informes sobre las ofertas incursas en presunción de anomalía del art. 149.4 (art. 63. 3, letra e)
- y la resolución de la adjudicación (art. 151), que deberá ser motivada y contener la información necesaria que permita interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación y, entre ella en todo caso deberá figurar:
  - En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.
  - Con respecto a los licitadores excluidos del procedimiento, los motivos por los que no se haya admitido su oferta; y un desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, incluyendo al adjudicatario.

---

<sup>18</sup> De los términos que está redactado el art. 346.5 párr. 2º podría deducirse que, en la práctica, el Registro de Contratos del Sector Público no facilitará el acceso público a los datos que hayan sido previamente publicados en el perfil del contratante, ya que la información publicada en el mismo debe difundirse exclusivamente a través de Internet (ver el art. 63.1 ab initio). Esta interpretación, sin embargo, limitaría considerablemente el acceso público a los datos contenidos en el citado Registro.

- Las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de la selección de su oferta con preferencia respecto a las presentadas por los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas; y, en su caso, el desarrollo de las negociaciones o el diálogo con los licitadores.

Además, el art. 155 obliga a los órganos de contratación a comunicar, en relación con la celebración de un acuerdo marco, con la adjudicación del contrato o con la admisión a un sistema dinámico de adquisición, a petición de todo licitador que haya presentado una oferta admisible, lo antes posible y, en cualquier caso, en un plazo de quince días a partir de la recepción de una solicitud por escrito, las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada.

No obstante, **la Ley 9/2017 permite limitar la publicidad o comunicación de determinados datos relativos a la celebración del contrato.** Así, los arts. 63.8, 154.7 y 155.3 contemplan la posibilidad de no publicar (o no comunicar) *“determinados datos relativos a la celebración del contrato”* (o *“a la adjudicación del contrato, la celebración de acuerdos marco o la admisión a un sistema dinámico de adquisición”*) *“cuando se considere, justificándose debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar”*, entre otras cuestiones, *“la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas”*.

*“En todo caso, previa la decisión de no publicar unos determinados datos relativos a la celebración del contrato, los órganos de contratación deberán solicitar la emisión de informe por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno a que se refiere la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en el que se aprecie si el derecho de acceso a la información pública prevalece o no frente a los bienes que se pretenden salvaguardar con su no publicación, que será evacuado en un plazo máximo de diez días”* (art. 154.7 párrafo 2º).

Pero no se requerirá dicho informe si el órgano de contratación hubiese consultado, con anterioridad, al citado Consejo sobre una materia idéntica o análoga, sin perjuicio de la justificación de su exclusión en el expediente, en los términos expuestos (art. 154.7 párrafo 3º).

A continuación vamos a analizar algunos de los posibles conflictos que pueden surgir en la publicación y comunicación de toda la información anteriormente expuesta.

## 2. LA TRANSPARENCIA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

Vamos a centrarnos en tres puntos potencialmente controvertidos:

A.- Si la publicación en el **perfil del contratante** de la identidad de los licitadores participantes en el procedimiento (art. 63.3. letra e), del adjudicatario en los contratos menores (art. 63.4) y, en general, del nombre del adjudicatario (art. 151) así como la inscripción en el **Registro de Contratos del Sector Público** de la identidad del adjudicatario (art. 346.3); y la obligación de comunicar, en relación con un acuerdo marco, con la adjudicación del contrato o con un sistema dinámico de adquisición, a petición de todo licitador que haya presentado una oferta admisible, el nombre del adjudicatario o las partes en el acuerdo marco (art. 155); vulnera el derecho fundamental a la protección de datos personales.

B.- Si la publicación en el **perfil del contratante** de todas las actas de la mesa de contratación o, en su defecto, de las resoluciones del servicio u órgano de contratación correspondiente (art. 63.3. letra e), la composición de las mesas de contratación así como la designación de los miembros del comité de expertos o de los organismos técnicos especializados para la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor (art. 63.5 y art. 326.3); debe incluir los datos personales (nombre y apellidos) de los integrantes de los citados órganos.

C.- Y si la publicación en el **perfil del contratante** del correspondiente contrato (art. 154.1), debe hacerse en su integridad: incluyendo los datos personales (nombre y apellidos) de los adjudicatarios que sean personas físicas o de los representantes de los adjudicatarios que sean personas jurídicas, los DNI (u otros documentos de identificación similares) de quienes suscriben el contrato, las firmas manuscritas de los mismos (mientras no se implante totalmente la contratación electrónica); o, si por el contrario, deben omitirse ciertos datos personales.

Con carácter general, y sin perjuicio de las particularidades que luego veremos, para resolver todas estas cuestiones hay que partir de la nueva normativa europea en materia de protección de datos, en concreto, del Reglamento General de Protección de Datos<sup>19</sup> (en adelante, RGPD) y de las definiciones que contiene su art. 4 sobre los términos “datos personales”, “tratamiento”, “fichero” y “responsable del tratamiento”<sup>20</sup>. De las mismas se desprende que la publicación y comunicación de todos los datos anteriores supone que nos encontramos ante datos personales que son objeto de tratamiento. ¿Cumple ese tratamiento los principios del art. 5 y, en especial, el de la licitud del art. 6 del citado RGPD?

A.- El primer punto controvertido que hemos identificado consiste, básicamente, en la **publicidad de la identidad de los licitadores que participan en un procedimiento de licitación así como del adjudicatario.**

La experiencia indica que, en la actualidad, la mayor parte de los licitadores y, por tanto, de los adjudicatarios, son personas jurídicas. Y el art.1.1 y 2 del RGPD al señalar su objeto indica que:

---

19 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DOUE, L 119, de 4.5.2016, pp. 1 a 88).

20 Según el art. 4 del RGPD: “*A efectos del presente Reglamento se entenderá por:*

1) «*datos personales*»: toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona;

2) «*tratamiento*»: cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción;”

6) «*fichero*»: todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica;

7) «*responsable del tratamiento*» o «*responsable*»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.”

“1. El presente Reglamento establece las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos.

2. El presente Reglamento protege los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales.”

Por tanto, los licitadores y adjudicatarios que sean personas jurídicas están excluidos del ámbito de aplicación del RGPD<sup>21</sup>.

Por lo que respecta a las personas físicas, el tratamiento de los citados datos personales es lícito, en base al art. 6 apartado 1 letra c) del RGPD, que dispone:

“El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

c) *el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento.*”

Y la obligación legal que impone a los órganos de contratación y a los poderes adjudicadores el citado tratamiento son, precisamente, los mencionados preceptos de la Ley 9/2017, con el objetivo de aumentar la transparencia en la contratación pública. Por tanto, la propia Ley 9/2017 actúa como título legitimador de la licitud del tratamiento de los datos personales anteriormente indicados<sup>22</sup>.

También podría intentar fundarse la licitud del citado tratamiento en el art. 6 apartado 1 letra a) del RGPD, que dispone: “*El tratamiento solo será lícito si (...): el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos*”.

---

21 Al respecto, el considerando 14 del RGPD dispone lo siguiente: “*La protección otorgada por el presente Reglamento debe aplicarse a las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o de su lugar de residencia, en relación con el tratamiento de sus datos personales. El presente Reglamento no regula el tratamiento de datos personales relativos a personas jurídicas y en particular a empresas constituidas como personas jurídicas, incluido el nombre y la forma de la persona jurídica y sus datos de contacto.*”

22 Como ya hemos indicado, el Preámbulo de la Ley 9/2017 (número II último párrafo) señala que el motivo de la nueva Ley no sólo es la trasposición de las dos Directivas citadas, sino que también “*trata de diseñar un sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro*”.

En consecuencia, si los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares indicasen expresamente que la participación en el procedimiento de licitación supone que el licitador presta su consentimiento expreso, al tratamiento de sus datos personales durante todo el ciclo contractual (licitación, adjudicación, ejecución y extinción), incluyendo la publicación de sus datos personales en el perfil del contratante así como en el Registro de Contratos del Sector Público y, en su caso, la comunicación de la información prevista en los arts. 151 y 155 de la Ley 9/2017; estaría justificada la licitud del tratamiento.

Pero la anterior argumentación presenta un punto débil: el art. 7 del RGPD, relativo a las condiciones para el consentimiento, cuyo apartado 3, señala que:

*“El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo.”*

Por tanto, si la licitud del tratamiento se pretende basar en el consentimiento del licitador y éste puede retirarlo en cualquier momento, se podría frustrar fácilmente la publicidad que establecen las citadas normas y la finalidad que con la misma se pretende conseguir.

En cualquier caso, si se efectuase una ponderación entre los diferentes derechos concurrentes en este caso: el derecho fundamental a la protección de datos personales de los licitadores a que no se publique su participación en un procedimiento de licitación y, en su caso, su condición de adjudicatario; y la transparencia: que asegure la concurrencia, que facilite una gestión eficiente e íntegra de los recursos públicos y que limite el fraude y la corrupción en la contratación pública, contribuyendo así al derecho a una buena administración; resulta evidente que debemos considerar más dignos de protección los intereses que precisan la publicidad de los citados datos.

B.- La segunda cuestión controvertida es si la **publicación en el perfil del contratante de todas las actas de la mesa de contratación, de su composición y la designación de los miembros del comité de expertos o de los organismos técnicos especializados para la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor: debe incluir sus datos personales (nombre y apellidos).**

Antes de la publicación de la Ley 9/2017 algún autor (Amoedo Souto) era partidario de la identificación nominativa de sus miembros, para permitir controlar la integridad de los actores contractuales, en especial la posibilidad de recusación que reconocía el art. 319 TRLCSP<sup>23</sup> (precepto que no tiene equivalente en la Ley 9/2017).

Ni el art 326 de la Ley 9/2017<sup>24</sup> ni el art. 21 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, resuelven la cuestión.

Sin embargo, el **art. 63 apartado 5 párrafo segundo** de la **Ley 9/2017** dispone al respecto:

*“En todo caso deberá publicarse el cargo de los miembros de las mesas de contratación y de los comités de expertos, no permitiéndose alusiones genéricas o indeterminadas o que se refieran únicamente a la Administración, organismo o entidad a la que representen o en la que presten sus servicios.”*

Por tanto, en principio, no es preceptivo la identificación nominativa de los miembros de las mesas de contratación y de los comités de expertos, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas, en las normas que dicten en desarrollo de este precepto (el art. 63 constituye legislación básica, según la disposición final primera, apartado 3 de la citada Ley), puedan establecer su identificación nominativa.

Consecuencia de lo anterior es que en la publicación, en el perfil del contratante, de todas las actas de las mesas de contratación así como de los informes de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor de cada una de las ofertas (art. 63.3 letra e), deberá omitirse la identificación nominativa de sus miembros y de sus autores, respectivamente.

Además, si realmente se quisiese controlar la integridad de los actores contractuales para ello sería necesario publicar los datos de identificación personal de todas las personas que, trabajando para el órgano de contratación, intervengan en alguna fase

23 Vide: AMOEDO SOUTO, Carlos Alberto: “La transparencia contractual en Galicia” en el libro colectivo: *Observatorio...cit.*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 299-300.

24 Precepto que, en todo caso, no tiene carácter básico según la disposición final primera, apartado 3 de la citada Ley.

del correspondiente procedimiento de contratación; lo que, en nuestra opinión, resulta manifiestamente desproporcionado e innecesario.

En cualquier caso, el control de la integridad de los miembros de las mesas de contratación y de los comités de expertos se podría efectuar sin necesidad de publicar en el perfil del contratante sus datos personales. Efectivamente, el **art. 52 de la Ley 9/2017** permite el acceso al expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial: en ese momento se podría conocer los datos personales de los miembros de los citados órganos y si a la vista de esa información se estimase que la integridad de algún miembro de esos órganos está comprometida o que existe algún tipo de conflictos de intereses, podría alegarse en el correspondiente recurso especial.

C.- Por último, cabe plantearse si la **publicación en el perfil del contratante del correspondiente contrato** debe hacerse en su integridad o si por el contrario deben omitirse ciertos datos personales.

La publicación de los datos personales (nombre y apellidos) de los adjudicatarios que sean personas físicas no plantea problemas porque es un dato que, en cualquier caso, debe publicarse en el perfil del contratante así como en el Registro de Contratos del Sector Público, como hemos visto en la letra A de este apartado, a la que nos remitimos.

Tampoco plantea problemas la publicación de los datos personales (nombre y apellidos) de las personas físicas que actúen como representantes de los adjudicatarios que sean personas jurídicas. Al respecto, hay que tener en cuenta que el **art. 337.1 de la Ley 9/2017** dispone:

*“El Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público tiene por objeto la inscripción de los datos y circunstancias que resulten relevantes para acreditar las condiciones de aptitud de los empresarios para contratar con las Administraciones Públicas y demás organismos y entidades del sector público, incluidas las facultades de sus representantes y apoderados, así como la acreditación de todo ello ante cualquier órgano de contratación del sector público.”*

Y el **art. 339 apartado 1 letra b)** de la citada Ley añade: *“en el Registro podrán constar, cuando así lo solicite el interesado, los siguientes datos y*

*circunstancias relativas a los empresarios: Los relativos a la extensión de las facultades de los representantes o apoderados con capacidad para actuar en su nombre y obligarla contractualmente.”*

Por último, el **art. 344.1** dice: *“el Registro será público y se podrá acceder de forma abierta, previa identificación de la persona que accede. Además contará con un buscador que facilite su uso.”*

Por tanto, si los representantes y apoderados del adjudicatario figuran inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, la publicación de sus datos en el contrato respetaría los principios del art. 5 del RGPD.

En cualquier caso, tanto si figuran inscritos como si no, la licitud del tratamiento podría basarse en el **art. 6 apartado 1 letra b)** del RGPD, que dispone:

*“El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:*

*b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte”* (en este caso, en calidad de representante de la entidad adjudicataria).

En cuanto a los DNI (u otros documentos de identificación similares) de quienes suscriben el contrato y las firmas manuscritas de los mismos (mientras no se implante totalmente la contratación electrónica) hay que acudir al **Criterio Interpretativo CI/004/2015, de 23 de julio de 2015, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y de la Agencia Española de Protección de Datos, relativo a la publicidad activa de los datos del DNI y de la firma manuscrita**, que aunque se refiere a la publicidad activa de la Ley 19/2013, resulta útil para esta cuestión.

El mismo considera que, tanto el DNI de los firmantes de un contrato como su firma manuscrita, tienen la consideración de datos de carácter personal, si bien no tienen la consideración de dato especialmente protegido (las “categorías especiales de datos personales” del art. 9 del RGPD) ni tampoco de “dato meramente identificativo” (art. 15.2 de la Ley 19/2013), por lo que sería aplicable el art. 15 apartado 3 de la citada Ley, que obliga a una ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

En concreto, respecto del DNI, en todo caso, y la firma manuscrita de quien no es un cargo público, se entiende que su conocimiento no es relevante a los efectos de alcanzar el objetivo de transparencia que preside la citada Ley, por lo que en esa ponderación debe primar la protección de datos de carácter personal.

Por el contrario, la firma manuscrita de representantes de organismos o entidades públicas, y por tanto cargos públicos cuyo nombramiento ha sido también publicado, está dotada de una especial relevancia, por lo que en la citada ponderación debe primar la transparencia.

Por último señala que, en todo caso, se consideraría una buena práctica la supresión de todas las firmas manuscritas del documento siempre que su ausencia sea suplida, en el documento publicado, con algún tipo de mención que ponga de manifiesto que el original ha sido efectivamente firmado.

Y, precisamente, esa buena práctica debería seguirse cuando se publiquen en el **perfil del contratante** todas las actas de las mesas de contratación así como el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor de cada una de las ofertas (art. 63. 3, letra e).

### 3.- TRANSPARENCIA, MOTIVACIÓN Y CONFIDENCIALIDAD.

La Ley 9/2017 impone, como hemos visto, una obligación de motivación (si bien permite limitar la publicidad o comunicación de determinados datos relativos a la celebración del contrato: arts. 63.8, 154.7 y 155.3) pero, al mismo tiempo, impone un **deber de confidencialidad**. Así, su **art. 133. 1** dispone:

*“Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear*

*la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.*

*El deber de confidencialidad del órgano de contratación así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.*

*El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.”*

La confidencialidad supone, por tanto, un límite, excepción o restricción al principio de transparencia y publicidad<sup>25</sup>.

Por tanto, el órgano de contratación debe encontrar un equilibrio entre la obligación de motivación y el deber de confidencialidad. Para ello resulta útil conocer el alcance que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales atribuyen a ambos principios.

El **alcance de la obligación de motivación en materia contractual** ha sido precisado, entre otras, por la **sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Tercera) de 4 de julio de 2017, caso European Dynamics Luxembourg SA y otros contra la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea**,

<sup>25</sup> Vide: RAZQUÍN LIZÁRRAGA, Martín María: “La confidencialidad de datos empresariales en la contratación pública” en SORIANO GARCÍA, J.E. (Dir.): *Por el derecho...* cit., Iustel, Madrid, 2014, pp. 1873-1875 y 1879.

También vide: RAZQUÍN LIZÁRRAGA, Martín María: *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas (Unión Europea y España)*, Iustel, Madrid, 2013, pp. 231 y 235-236.



asunto T-392/15<sup>26</sup>, cuyos apartados 72, 73 y 75 señalan lo siguiente:

“72 Según el artículo 41, apartado 2, letra c), de la Carta de los Derechos Fundamentales, la Administración tiene la obligación de motivar sus decisiones. Esta obligación de motivación implica, según reiterada jurisprudencia, que, de conformidad con el artículo 296 TFUE, párrafo segundo, el autor de un acto debe exponer clara e inequívocamente el razonamiento en que se basa dicho acto, permitiendo así, por una parte, que los interesados conozcan la justificación de la medida adoptada a fin de hacer valer sus derechos y, por otra, que el juez ejerza su control sobre dicho acto (sentencias de 25 de febrero de 2003, Strabag Benelux/Consejo, T183/00, EU:T:2003:36, apartado 55; de 24 de abril de 2013, Evropaiki Dynamiki/Comisión, T32/08, no publicada, EU:T:2013:213, apartado 37, y de 28 de junio de 2016, AF Steelcase/EUIPO, T652/14, no publicada, EU:T:2016:370, apartado 43).”

73 La obligación de motivación se define por tanto por su función, a saber, permitir a los interesados hacer valer sus derechos y al juez ejercer su control sobre dicho acto. Esta obligación contribuye a garantizar la tutela judicial efectiva (véase la sentencia de 20 de septiembre de 2011, Evropaiki Dynamiki/BEI, T461/08, EU:T:2011:494, apartado 122 y jurisprudencia citada).”

“75 Por otra parte, es importante recordar que la exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular, el contenido del acto, la naturaleza de los motivos invocados y el interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por dicho acto puedan tener en recibir explicaciones. No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias del artículo 296 TFUE, párrafo segundo, debe apreciarse en relación no sólo con su tenor literal, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate (véase la sentencia de 23 de mayo de

2014, *European Dynamics Luxembourg/BCE*, T553/11, no publicada, EU:T:2014:275, apartado 153 y jurisprudencia citada).”

También resulta útil para este tema la citada **sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 7 de octubre de 2015, caso European Dynamics Luxembourg SA y otros contra OAMI**, asunto T-299/11<sup>27</sup>, cuyo apartado 129 señala:

“En ese sentido, resulta de una jurisprudencia asentada que no se puede exigir en virtud de esa disposición que la entidad adjudicadora comunique a un licitador cuya oferta no se ha elegido, además de las razones de desestimarla, un resumen minucioso de la forma en la que cada detalle de su oferta se haya apreciado en la evaluación de ésta, por una parte, y por otra, dentro de la comunicación las características y las ventajas relativas de la oferta seleccionada, un análisis comparativo minucioso de esta última y de la oferta del licitador no elegido.”

En la misma línea se pronuncian los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. Así, a título de ejemplo, la **Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía nº164/2017, de 5 de septiembre de 2017**, señala en su Fundamento de Derecho Sexto:

“(...) la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, así como su extensión de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser los motivos de hechos y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio y STS de 13 enero 2000).”

Al respecto, como señala la Sentencia 647/2013, de 11 de febrero, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la exigencia constitucional de motivación no impone una argumentación extensa, ni una respuesta pormenorizada, punto a punto. Solo una motivación que por arbitraria deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución.

26 ECLI:EU:T:2017:462. EUR-Lex - 62015TJ0392.

27 ECLI:EU:T:2015:757. EUR-Lex - 62011TJ0299.

La motivación puede ser escueta y concisa siempre que de su lectura se pueda comprender la reflexión tenida en cuenta para llegar al resultado o solución contenida en el acto.

Abundando en el criterio expuesto, la reciente sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2013, dictada en el asunto T-165/2012 señala que la obligación de motivación de las entidades adjudicadoras puede cumplirse por medio de comentarios sucintos sobre la oferta seleccionada y la no seleccionada y que lo determinante es que los licitadores puedan comprender la justificación de sus puntuaciones".

También resulta útil, para precisar la forma en que puede realizarse la motivación, la **Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 291/2018, de 23 de marzo de 2018**, que en su Fundamento de Derecho Séptimo señala, en relación a la motivación de la adjudicación:

*“la misma se motiva por referencia a los dos informes adjuntos a la misma, el de valoración de los criterios sujetos a juicios de valor y el de puntuación de los criterios objetivos evaluables mediante meras fórmulas matemáticas. Por ello, (...) resulta de aplicación la doctrina de este Tribunal, así la Resolución nº 786/2015 cuando dice: “Esta forma de motivación mediante remisión a informes técnicos obrantes en el expediente es una forma admitida de motivación de un acto administrativo. Se trata de una motivación denominada doctrinalmente “motivación in aliunde””; su fundamento legal se encuentra en el artículo 89.5 de la Ley 30/1992 conforme al cual: “5. La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma.” El Tribunal Supremo considera igualmente válida esta forma de motivación, y así cabe citar la STS de 11 de febrero de 2011 (recurso nº 161/2009): “Siguiendo con las exigencias propias de la motivación, debemos añadir que la motivación puede contenerse en el propio acto, o bien puede realizarse por referencia a informes o dictámenes, ex artículo 89.5 de la Ley 30/1992, cuando se incorporen al texto de la misma. Ahora bien, esta exigencia de la incorporación de los informes, contenida en el mentado artículo 89.5 “in fine”, ha sido matizada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo -Sentencias de 21 de noviembre de*

*2005, 12 de julio de 2004, 7 de julio de 2003, 16 de abril de 2001, 14 de marzo de 2000 y 31 de julio de 1990- en el sentido de considerar que si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica “in aliunde” satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración.”*

*(...)Además esta forma de motivación de los actos administrativos mediante la remisión a informes técnicos está actualmente contemplada en el artículo 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.*

En relación a la **confidencialidad de los datos empresariales**, resulta muy relevante la **sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera) de 14 de febrero de 2008, Caso Varec contra Bélgica<sup>28</sup>, asunto C-450/06**; en el que una empresa impugnó judicialmente la adjudicación de un contrato público y pretendía el acceso a documentación –confidencial- de la empresa adjudicataria que figuraba en los autos. El Tribunal señaló que:

*“34 El objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos comprende la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C26/03, Rec. p. II, apartado 44).*

*35 Para alcanzar dicho objetivo, es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores.*

*36 Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa comunitaria en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en*

28 ECLI:EU:C:2008:91. EUR-Lex - 62006CJ0450.

*ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores.”*

La empresa demandante en el litigio principal fundó su petición de acceso a la documentación en el derecho a un proceso justo, consagrado en el art. 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, alegando que ese derecho implica que se garantice el carácter contradictorio de todo proceso judicial y que el principio de contradicción es un principio general del Derecho, que comprende el derecho de las partes procesales de obtener comunicación de todo escrito o alegación presentados al juez para influir en su decisión, y de discutirlos (apartados 44 a 46 de la sentencia).

Pero el Tribunal de Justicia desestimó el argumento, defendiendo la **confidencialidad** de la documentación, en estos términos:

*“47 Por regla general, el principio de contradicción implica el derecho de las partes procesales de obtener comunicación de las pruebas y alegaciones presentadas ante el juez y de discutir las. Sin embargo, en algunos casos puede resultar necesario no comunicar determinada información a las partes para preservar los derechos fundamentales de un tercero o para proteger un interés público importante (véase TEDH, sentencias Rowe y Davis c. Reino Unido, de 16 de febrero de 2000, apartado 61, y V. c. Finlandia, de 24 de abril de 2007, apartado 75).*

*48 Entre los derechos fundamentales que pueden ser así protegidos figura el derecho al respeto de la intimidad, que está recogido en el artículo 8 del CEDH<sup>29</sup> y que tiene su origen en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y se reafirma en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>30</sup>, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DO C 364, p. 1) (véanse, en*

*particular, las sentencias de 8 de abril de 1992, Comisión/Alemania, C62/90, Rec. p. I2575, apartado 23, y de 5 de octubre de 1994, X/Comisión, C404/92 P, Rec. p. I4737, apartado 17). A este respecto, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desprende que no cabe considerar que el concepto de intimidad deba interpretarse en el sentido de que excluye las actividades profesionales o comerciales de las personas físicas y jurídicas (véase TEDH, sentencias Niemietz c. Alemania, de 16 de diciembre de 1992, apartado 29; Société Colas Est y otros c. Francia, de 16 de abril de 2002, apartado 41, y Peck c. Reino Unido, de 28 de enero de 2003, apartado 57), actividades que pueden comprender la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público.<sup>31</sup>*

*49 Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha reconocido la protección de los secretos comerciales como un principio general (véanse las sentencias de 24 de junio de 1986, AKZO Chemie y AKZO Chemie UK/Comisión, 53/85, Rec. p. 1965, apartado 28, y de 19 de mayo de 1994, SEP/Comisión, C36/92 P, Rec. p. I1911, apartado 37).*

*50 Por último, el mantenimiento de una competencia leal en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos constituye un interés público importante cuya protección se admite en virtud de la jurisprudencia citada en el apartado 47 de la presente sentencia.”*

Finalmente, para precisar el **alcance de la confidencialidad** resulta muy interesante la **Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales** nº 58/2018, de 19 de enero de 2018, cuyo Fundamento de Derecho Quinto señala<sup>32</sup>:

<sup>31</sup> Para conocer el papel que el CEDH y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienen en la configuración de los derechos fundamentales en la Unión Europea vide: GÓMEZ ÁLVAREZ, Francisco Javier: “La protección de los datos de carácter personal relativos a la salud en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Derecho y Salud*, Vol. 27. Extraordinario XXVI Congreso 2017, pp. 238-251.

También vide: GÓMEZ ÁLVAREZ, Francisco Javier: “La cesión de datos de carácter personal al proceso penal. En especial los datos relativos a la salud” en COLOMER HERNÁNDEZ, I. (Dir.): *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores o tributarios*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 607-646 (especialmente, pp. 635-642).

<sup>32</sup> La relación entre la confidencialidad y los principios de publicidad y transparencia también ha sido analizada

<sup>29</sup> El art. 8 del CEDH se refiere al “derecho al respeto a la vida privada y familiar”.

<sup>30</sup> El art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), relativo al “respeto de la vida privada y familiar” señala que “*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.*”

“En primer lugar, este Tribunal ha venido señalando que el carácter confidencial no puede reputarse de cualquier documentación que así sea considerada por el licitador, sino que, en primer lugar, debe ser verdaderamente confidencial, en el sentido de venir referida a secretos técnicos o comerciales. En relación con la definición de secreto técnico o comercial, en la resolución nº 196/2016, se estableció que se consideran secretos técnicos o comerciales el «conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para la fabricación o comercialización de productos, la prestación de servicios, y la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por ello procura a quien dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación».

También se señaló en la misma resolución, que para que la documentación sea verdaderamente confidencial, es necesario que se trate de documentación que «a) que comporte una ventaja competitiva para la empresa, b) que se trate de una información verdaderamente reservada, es decir, desconocida por terceros, c) que represente un valor estratégico para la empresa y pueda afectar a su competencia en el mercado».

Se ha señalado también, finalmente, que el carácter confidencial no puede ser declarado de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, ni ser aceptada dicha declaración de forma acrítica por parte del órgano de contratación, sino que tiene éste la competencia para analizar la documentación específicamente señalada por el licitador como confidencial y, a la vista de sus justificaciones y argumentos, determinar si, efectivamente, concurren los requisitos y criterios señalados para poder otorgarle tal carácter, sacrificando así el principio de transparencia que ha de inspirar con carácter general la actuación de los poderes públicos particularmente en el procedimiento de contratación.

Así se señaló en la resolución 343/2015:

---

con detenimiento, entre otros, en: el Informe 46/2009, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado; el Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón; y el Informe 11/2013, de 26 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya.

«A estos efectos, este Tribunal considera que esta obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, habida cuenta de que el propio artículo 140.1 del TRLCSP garantiza que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores, obligaciones entre las que se encuentran incluidas las enumeradas en el artículo 151.4 del TRLCSP, habiendo entendido el Tribunal (Resolución 45/2013, de 30 de enero) que una extensión de la confidencialidad a toda la proposición del adjudicatario podría estar incurso en fraude de ley en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil.

En la Resolución 62/2012 el Tribunal concluyó que “puesto que la adjudicataria del contrato de forma indiscriminada ha calificado como confidencial toda la documentación incluida en su proposición, cuestión ésta del todo improcedente, corresponderá al órgano de contratación, al objeto de dar cumplimiento al principio de publicidad y transparencia consagrado en la LCSP (ahora TRLCSP) y así motivar suficientemente la adjudicación, determinar aquella documentación de la proposición de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente, y en su caso a la propia UTE recurrente -de solicitarlo expresamente la misma-, las causas que determinan el carácter confidencial de la citada documentación, sin que como consecuencia de ello pueda resultar la motivación de la adjudicación insuficiente a los efectos de interponer recurso especial suficientemente fundado».

En definitiva, para que pueda ser sacrificado el principio de transparencia y el derecho de defensa de los licitadores a favor del deber de confidencialidad configurado con arreglo al artículo 140 TRLCSP es necesario que los licitadores que invocan tal deber justifiquen suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial, justificación que debe ser revisada por el propio órgano de contratación, que es el competente para decidir si efectivamente concurre dicho carácter, sin que en ningún caso pueda invocarse la misma de forma general a toda la documentación que constituye la oferta del licitador.”

Ahora bien, a pesar de los criterios expuestos, fijar los límites entre el principio de transparencia y el de confidencialidad resulta, con frecuencia, una tarea complicada, como admiten los propios Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. Por ello, resulta conveniente tener en cuenta el criterio que siguen los citados Tribunales cuando se produce un conflicto entre ambos principios, en los casos en que un licitador descartado solicita el acceso al expediente, a fin de ejercitar su derecho de defensa (para, eventualmente, interponer el correspondiente recurso).

Así, por ejemplo, la **Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía nº118/2017, de 31 de mayo de 2017**, señala en su Fundamento de Derecho Sexto:

*“En este extremo debemos resaltar que -como ya señalaba la Resolución 19/2016, de 15 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales- el principio de publicidad y transparencia propio de la contratación administrativa exige que el acceso al expediente sea la regla general y la salvaguarda de la confidencialidad de los datos contenidos en las ofertas, la excepción. Por ello, el órgano de contratación que asume la restricción del principio de publicidad ha de poner especial cuidado y énfasis en aplicar la confidencialidad como excepción y en justificar adecuadamente la limitación del acceso.”*

Y la **Resolución del mismo Tribunal nº328/2016, de 22 de diciembre de 2016**, recogiendo la doctrina acuñada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en esta materia, añade en su Fundamento de Derecho Octavo:

*“En definitiva, ni el principio de confidencialidad es absoluto ni tampoco lo es el de publicidad, por lo que habrá de encontrarse un razonable equilibrio entre ambos. En ese sentido, si el órgano de contratación considera que en la difícil ponderación entre el principio de publicidad y el de confidencialidad ha de prevalecer este último, ha de justificarlo y motivarlo debidamente, identificando qué concreto derecho o interés legítimo del adjudicatario o licitador puede verse afectado o comprometido por el acceso al expediente y razonando en qué forma y medida la naturaleza de los datos que se contienen en la parte de la oferta declarada confidencial han de ser protegidos del conocimiento por otro licitador o recurrente.”*

Como corolario de todo lo anterior, el **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución nº 110/2018, de 2 de febrero de 2018**, indica en su Fundamento de Derecho Octavo:

*“Este Tribunal viene entendiendo (por ejemplo en nuestras Resoluciones nº 592/2014, 199/2011 y 62/2012) que en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario se ha de buscar el necesario equilibrio, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario. De este modo debe existir una justificación suficiente del sacrificio realizado por cada licitador, el que solicita el acceso y el que se opone, pues ni el principio de confidencialidad es absoluto ni tampoco lo es el de publicidad.”*

#### 4. CONCLUSIONES

En el presente trabajo hemos intentado aproximarnos a la configuración del principio de transparencia en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014; apuntando algunas de las dificultades que su aplicación puede presentar y ofreciendo posibles soluciones a las mismas.

Entendemos que el conjunto de medidas que la citada Ley incorpora en materia de transparencia están encaminadas a reforzar el control de la integridad e imparcialidad de los procedimientos de contratación durante todo el ciclo contractual, evitando el favoritismo y la arbitrariedad y facilitando así la lucha contra el fraude y la corrupción así como una utilización más eficiente de los recursos públicos.

Ahora bien, para alcanzar todos estos objetivos entendemos indispensable que los cambios legislativos apuntados vayan acompañados, como apunta la Comisión Europea, de una mayor profesionalización de los servicios de contratación. Sólo así se podrá cambiar la cultura de la contratación pública en España, rompiendo la inercia del enfoque puramente administrativo de la misma para pasar a una visión estratégica de la contratación, que permita sacar el máximo rendimiento a los cambios normativos introducidos.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- AMOEDO-SOUTO, Carlos-Alberto: "De la transparencia inmanente a la transparencia trascendente en la contratación pública española" en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y GESTA LEAL, R. (Dir.): *La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 101-124.
- AMOEDO SOUTO, Carlos Alberto: "La transparencia contractual en Galicia" en el libro colectivo: *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 273-305.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí: *El principio de integridad en la contratación pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel: "La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública" en el libro colectivo: *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 107-167.
- GIMENO FELIÚ, José María: "Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos" en el libro colectivo: *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 27-80.
- GIMENO FELIÚ, José María: "La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad" en el libro colectivo: *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 37-105.
- GÓMEZ ÁLVAREZ, Francisco Javier: "La protección de los datos de carácter personal relativos a la salud en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Derecho y Salud*, Vol. 27. Extraordinario XXVI Congreso 2017, pp. 238-251.
- GÓMEZ ÁLVAREZ, Francisco Javier: "La cesión de datos de carácter personal al proceso penal. En especial los datos relativos a la salud" en COLOMER HERNÁNDEZ, I. (Dir.): *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores o tributarios*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 607-646 (especialmente, pp. 635-642).
- MARTÍNEZ, Ricard: "De la opacidad a la casa de cristal. El conflicto entre privacidad y transparencia" en VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (Coords.): *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 241-280.
- MELLADO RUIZ, Lorenzo: *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- RAZQUÍN LIZÁRRAGA, Martín María: *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas (Unión Europea y España)*, Iustel, Madrid, 2013.
- RAZQUÍN LIZÁRRAGA, Martín María: "La confidencialidad de datos empresariales en la contratación pública" en SORIANO GARCÍA, J.E. (Dir.): *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor. Volumen II. Garantías del ciudadano en el régimen administrativo*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 1867-1900.
- SANMARTÍN MORA, María Asunción: "Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno" en el libro colectivo: *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 81-119.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia: "Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública" en SORIANO GARCÍA, J.E. (Dir.): *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor. Volumen II. Garantías del ciudadano en el régimen administrativo*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 1901-1931.

# IMPLEMENTACIÓN DEL CONCURSO ABIERTO Y PERMANENTE EN EL SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA Y LEÓN

***Margarita Pérez Roldán***

*Directora Técnico de Personal y Relaciones Laborales  
Dirección General de Profesionales*

***Ana A. Morán de Prada***

*Técnico de la Dirección General de Profesionales  
Gerencia Regional  
Salud de Castilla y León*

**SUMARIO: 1. Introducción. 2. Objetivo. 3. Método. 4. Resultados: experiencia después de 14 convocatorias realizadas. 5 Conclusiones. 6. Bibliografía: regulación/habilitación normativa.**

## RESUMEN

En su discurso de investidura de 2016, el Presidente de la Junta de Castilla y León comprometió como línea de actuación importante en la Legislatura, la mejora de las condiciones laborales de los empleados públicos, así como el incremento de sus expectativas de desarrollo profesional, comprometiéndose a mejorar las condiciones de movilidad voluntaria de los empleados públicos.

En la misma línea, en el Debate de Política General, el Presidente señaló que los profesionales que trabajan en nuestros servicios públicos, son el factor esencial de calidad y éxito de los mismos, centrandó la atención y esfuerzos de la acción de gobierno en la mejora de dichos profesionales.

En la presente Comunicación, se detallará, como una de esas medidas de mejora de las condiciones laborales de los profesionales, una medida que amén de imprimir un empuje al desarrollo profesional de los empleados públicos de Sacyl, coadyuva a la conciliación de la vida personal y laboral. Vamos a hablar del

proceso de movilidad consistente en la provisión de puestos de trabajo mediante la progresiva aplicación del concurso de traslados abierto y permanente. Medida, en la que hemos sido pioneros a nivel nacional, siendo el primer Servicio Público de Salud que lo ha regulado y desarrollado.

Dentro de esta medida de mejora de las condiciones laborales de los profesionales y avanzando en las políticas de estabilidad laboral, se incluye la implementación de manera progresiva de esta forma de concurso en las 104 categorías profesionales del personal estatutario que presta servicios en los centros e instituciones sanitarias de Castilla y León.

Con esta medida se pretende dotar de mayor agilidad y flexibilidad los concursos de traslados, siendo de destacar que, con carácter general, tendrá periodicidad anual. Como veremos a lo largo de la comunicación, la solicitud de los concursantes tendrá una vigencia de un año desde su presentación en el registro, viniendo determinada la asignación de plazas por

la puntuación obtenida según baremo de méritos y conforme al orden de prioridad solicitado.

Para la aplicación de esta forma de provisión, la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León aprobó una orden, la Orden SAN/1068/2016, de 7 de diciembre, por la que se aprueban las bases generales de concurso abierto y permanente para la provisión de plazas de personal estatutario en los centros e instituciones sanitarias de la Gerencia Regional de Salud.

En dichas Bases, se describe el procedimiento a seguir, su periodicidad, el ámbito de aplicación, requisitos de participación, contenido mínimo de las convocatorias, la composición y funciones de las comisiones de valoración, o el baremo de méritos, entre otras cuestiones sustantivas. El objeto de estas Bases es homogeneizar todas estas cuestiones.

Una vez desarrollado el procedimiento, para su implementación resultaba preciso crear una plataforma, una herramienta informática que sirviera de soporte suficiente para tal fin, y después de varias pruebas en diversos escenarios posibles, se creó el aplicativo de esta novedosa forma de provisión de plazas y puestos de trabajo para los profesionales de Sacyl. En el ámbito del personal estatutario.

Como se verá en la Comunicación, está perfectamente detallado el proceso de puesta en práctica de esta forma de concurso, que con carácter general tendrá una periodicidad anual, viniendo determinada la asignación de plazas por la puntuación obtenida según baremo de méritos y conforme al orden de prioridad solicitado.

En estos momentos y conforme se verá a continuación, se han publicado ya las convocatorias de concurso de traslados abierto y permanente para 14 categorías, estando pendiente de convocar para 2019 otras cinco, y el resto se irá haciendo de manera progresiva hasta convocarse las 104 categorías existentes de personal estatutario.

## **PALABRAS CLAVE**

Provisión, movilidad, voluntario, concurso, traslados, abierto y permanente.

## **1. INTRODUCCIÓN**

La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de

Salud y la Ley 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del personal estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León, en su cap. VI, regula la selección y provisión de los profesionales que prestan servicios en la Gerencia Regional de Salud.

Concretamente, es en su art. 36, donde establece el concurso de traslados como procedimiento normal de provisión de plazas vacantes de cada categoría y especialidad y, en su caso, del mismo nivel asistencial, regulando en el art. 37, de manera expresa, el concurso de traslados mediante procedimiento abierto y permanente.

Es en la Disposición Final Quinta de la Ley 2/2007, de 7 de marzo, donde se faculta a la Junta de Castilla y León para el desarrollo de dicha Ley, lo cual se llevó a la práctica mediante Decreto 8/2011, de 24 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de selección y determinadas formas de provisión de plazas y puestos de trabajo de personal estatutario en centros e instituciones sanitarias de Sacyl.

En la actualidad, atendiendo a la especificidad del ámbito sanitario se procedió a publicar en el Boletín Oficial de la Junta de Castilla y León, la Orden por la que se aprueban las Bases Generales aplicables a dicha forma de provisión mediante el concurso de traslados abierto y permanente.

Hemos de señalar que, conforme se ha expuesto, esta medida forma parte de los compromisos que adquirió el Presidente de la Junta de Castilla y León en su discurso de investidura como mejora de las condiciones laborales de los trabajadores de Sacyl, potenciación de su desarrollo profesional, y medida de agilización y estabilidad laboral y de conciliación de la vida personal y laboral.

Compromiso de legislatura, que ha sido oportunamente cumplido con la puesta en práctica de tal procedimiento ya para las primeras 14 categorías profesionales de personal estatutario, y que seguirán de manera progresiva hasta alcanzar las 104 categorías existentes.

## **2. OBJETIVO**

En esencia su objetivo primordial es dotar de mayor agilidad y flexibilidad los concursos de traslados, lo que redundará en un beneficio para la administración y en beneficio para los propios trabajadores, por cuanto que esta forma de provisión supone una



mejora a las condiciones laborales de los profesionales de Sacyl y en su estabilidad laboral. Mejora que también pasa por un impulso al desarrollo profesional del personal de Sacyl y favorecer la conciliación de la vida personal y laboral de los mismos.

El Servicio de Salud de Castilla y León ha sido pionero a nivel nacional en la regulación y desarrollo de esta novedosa forma de provisión dentro del Sistema Nacional de Salud, siendo seguido por algún otro.

Una vez conocido en esencia el objetivo de este novedoso procedimiento de movilidad, vamos a detenernos en tres cuestiones fundamentales a la hora de su implementación, y que hacen posible la viabilidad de tal finalidad u objetivo.

En primer término, vamos a señalar a quién va dirigido el concurso abierto y permanente, es decir con qué requisitos ha de contarse para poder participar en el mismo. Se regula en las Bases Generales, concretamente en la Tercera, que podrá participar el personal estatutario fijo no sólo del Servicio de Salud de Castilla y León, sino del Sistema Nacional de Salud, con nombramiento en propiedad en la misma categoría y/o especialidad a la que se concursa (que no hayan sido objeto de suspensión firme), y que, en términos generales, se encuentren en alguna de las situaciones siguientes:

1º)- En situación de servicio activo o que conlleve reserva de plaza si ha permanecido a fecha 1 de enero de cada año del correspondiente año natural, un mínimo de dos años en la plaza que ostenta o reserva con carácter definitivo (salvo en casos de supresión de plaza que no es exigible este requisito)

2º)- En situación distinta del servicio activo y sin ostentar reserva de plaza. Este personal deberá reunir los requisitos legales y reglamentarios para incorporarse al servicio activo el 1 de enero del año de la resolución.

En cuanto al personal en adscripción provisional o en reingreso provisional en plaza dependiente de la Gerencia Regional de Salud, sientan las Bases de este concurso abierto y permanente, que tendrá la obligación de concursar para la resolución de diciembre de cada año, cuando su adscripción provisional se haya formalizado hasta el 1 de enero incluido, así como que estará obligado a solicitar, en todo caso, todas las plazas de su categoría y/o especialidad, de su correspondiente Área, y en su caso modalidad, a la que

esté adscrito, con independencia de que con carácter de concursante voluntario, pueda solicitar otra plaza cualesquiera.

A estos efectos, el personal en adscripción o reingreso provisional en plaza dependiente de otro Servicio de Salud, tendrá, en todo caso, la condición de concursante voluntario.

Por último, se ha recogido en las Bases que el personal en adscripción o reingreso provisional que como consecuencia del concurso haya quedado desplazado de la plaza que desempeña, podrá optar por obtener nuevo destino provisional en alguna plaza que quede vacante al resolverse el concurso, o pasar nuevamente a situación de excedencia voluntaria (a estos efectos se tendrán en cuenta para la opción las plazas señaladas en la solicitud de participación en el concurso).

En segundo término, vamos a detenernos muy brevemente en la segunda cuestión esencial, para que este procedimiento de progresiva aplicación a todas las categorías de personal estatutario de Sacyl, consiga el objetivo pretendido, cual es la posibilidad de ejercitar los derechos de preferencia de los artículos 39.4 y 40.2 de la Ley 2/2007, de 7 de marzo.

1º)- Derecho de preferencia para ocupar plaza definitiva en el mismo Área de Salud para el personal adscrito provisionalmente a una plaza de Sacyl como consecuencia de haber cesado en plaza obtenida por concurso de traslados (incluidos los casos de supresión de plaza), sin obtener otra plaza por los sistemas establecidos. Este derecho preferente se extingue al obtener plaza definitiva y, obviamente, al hacerse efectivo tal derecho.

2º)- Personal que desempeñando plaza con carácter definitivo, que haya sido reasignado forzosamente por aplicación de un Plan de Ordenación de RR.HH., tendrá derecho preferencia para obtener destino en su centro o institución de origen.

Se ha considerado necesario y así se ha hecho constar en las Bases Generales, que para ejercer la preferencia se deberán solicitar todas las plazas de la categoría y especialidad, del ámbito sobre el que se ostente la preferencia.

Asimismo, se ha regulado en las Bases que los requisitos exigidos para participar en el concurso deberán mantenerse desde la fecha de referencia de méritos (1 de enero del año de presentación de

la solicitud), hasta la toma de posesión de la plaza que ha sido adjudicada en el concurso, ya que en otro caso se pierden todos los derechos derivados de la convocatoria.

### 3. MÉTODO

En la Orden SAN/1068/2016, de 7 diciembre, por la que se aprueban las bases generales de concurso de traslados abierto y permanente para la provisión de plazas de personal estatutario en los centros e instituciones sanitarias de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, se desarrolla un procedimiento homogéneo en el que se sistematizan cuestiones esenciales como la periodicidad, el ámbito de aplicación, los requisitos de participación, el contenido mínimo de las convocatorias, la composición y funciones de las comisiones de valoración, el baremo de méritos, etc.

En las convocatorias se adjunta el Anexo I, con la plantilla orgánica de personal estatutario de la categoría objeto de convocatoria, por gerencia, y con el “código de plaza”, así como el modelo de “certificado de méritos”, y la composición de la Comisión de Valoración.

**CERTIFICADO DE MÉRITOS**

**C.D.F. XXXXXXXXX**  
 Director General de XXXXXXXXXXXXXXXX  
 CERTIFICADO que según los antecedentes obrantes en este expediente, el personal estatutario abajo indicado tiene acreditado los siguientes méritos:

**1. DATOS PERSONALES**

|   |  |  |  |
|---|--|--|--|
| Apellidos y nombre  |  | E.S.   |  |
| CATEGORÍA DE SUJETOS  |  |  |  |
| Fecha de ingreso en la categoría como funcionario de la zona de |  | Servicio de Salud al que pertenece (ordenar) |  |

**2. PLAZAS ADQUIRIDAS POR LA VÍA DE CONCURSO DE MÉRITOS**

|                      |                                |                                 |
|----------------------|--------------------------------|---------------------------------|
| Plaza administrativa | Fecha obtención administrativa | Fecha de inscripción de méritos |
|----------------------|--------------------------------|---------------------------------|

**3. ANTOCÍO DE PUESTOS DE TRABAJO**

|  |           |     |  |
|--|-----------|-----|--|
| Destino: DEFINITIVO/PROVISIONAL/EN DESTINO |           |     |  |
| Institución                                | Categoría | Año |  |
| Institución de la categoría superior       |           |     |  |
| Institución                                | Categoría | Año |  |

**4. ANTIGÜEDAD LA ZONA DE PERTENENCIA DE LOS MÉRITOS**

**5.5. ANTIGÜEDAD EN LA ÚNICA CATEGORÍA QUE PARECE HABER SIDO LA ÚNICA LA CUAL SE HA TRATADO**

|              |           |                   |
|--------------|-----------|-------------------|
| Fecha inicio | Fecha fin | Total años y días |
|--------------|-----------|-------------------|

Una vez publicada la convocatoria se abre un plazo de presentación de solicitudes a las que habrá de acompañarse la documentación referenciada en la Orden de aprobación de Bases Generales, e indicar el código de plaza.



**I. COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN**  
**A. DISPOSICIONES GENERALES**  
**CONSEJERÍA DE SANIDAD**

**ORDEN SAN/1068/2016, de 7 de diciembre, por la que se aprueban las bases generales de concurso de traslados abierto y permanente para la provisión de plazas de personal estatutario en los centros e instituciones sanitarias de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León.**

La selección de personal, la provisión de plazas y puestos de trabajo a través del concurso de traslados o la libre designación, y otras formas de provisión, se regulan en el Capítulo VI de la Ley 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León. A través de esta regulación, se pretende dotar al sistema sanitario público de Castilla y León de sistemas propios de selección y provisión. Estos sistemas se inspiran no sólo en los principios constitucionales de acceso a la función pública, igualdad, mérito, capacidad y libre concurrencia, sino también en los de agilidad,

La periodicidad del concurso será anual y estará abierto a todo el Sistema Nacional de Salud. Habrá una convocatoria única que mantendrá su vigencia en el tiempo mediante resoluciones de adjudicación que se dictarán en el mes de diciembre de cada año. Habrá una convocatoria para cada categoría. Este año la convocatoria de las 14 categorías a las que inicialmente se va a aplicar este tipo de provisión, datan todas ellas de órdenes de 6 de febrero -Bocyl 14/02/2018-.

Gerencia Regional de Salud de Castilla y León.

| Cod. Plaza | Nº plazas | Denominación | Institución                       | ZBS/localidad   | Área      |
|------------|-----------|--------------|-----------------------------------|-----------------|-----------|
| 11000005   | 2         | 2 plazas     | GERENCIA DE ATENCIÓN PRIMARIA     |                 | ÁVILA     |
| 13000005   | 22        | 22 plazas    | COMPLEJO ASISTENCIAL              | ÁVILA           | ÁVILA     |
| 21000005   | 1         | 1 plazas     | GERENCIA DE ATENCIÓN PRIMARIA     |                 | BURGOS    |
| 23000005   | 51        | 51 plazas    | COMPLEJO ASISTENCIAL              | BURGOS          | BURGOS    |
| 24000005   | 14        | 14 plazas    | HOSPITAL SANTIAGO APOSTOL         | MIRANDA DE EBRO | BURGOS    |
| 25000005   | 11        | 11 plazas    | HOSPITAL SANTOS REYES             | ARANDA DE DUERO | BURGOS    |
| 31000005   | 7         | 7 plazas     | GERENCIA DE ATENCIÓN PRIMARIA     |                 | LEÓN      |
| 32000005   | 1         | 1 plazas     | GERENCIA DE ATENCIÓN PRIMARIA     |                 | EL BIERZO |
| 33000005   | 68        | 68 plazas    | COMPLEJO ASISTENCIAL              | LEÓN            | LEÓN      |
| 34000005   | 30        | 30 plazas    | HOSPITAL EL BIERZO                | PONFERRADA      | EL BIERZO |
| 41000005   | 1         | 1 plazas     | GERENCIA DE ATENCIÓN PRIMARIA     |                 | PALENCIA  |
| 43000005   | 38        | 38 plazas    | COMPLEJO ASISTENCIAL              | PALENCIA        | PALENCIA  |
| 51000005   | 4         | 4 plazas     | GERENCIA DE ATENCIÓN PRIMARIA     |                 | SALAMANCA |
| 52000005   | 62        | 62 plazas    | COMPLEJO ASISTENCIAL DE SALAMANCA | SALAMANCA       | SALAMANCA |
|            |           |              | GERENCIA DE ATENCIÓN              |                 |           |

Las solicitudes podrán presentarse en cualquier momento y podrán incluir cualquier plaza que esté en plantilla, independientemente de que esté vacante en esos momentos o no. Es decir, conforme se hace constar en las Bases Generales y así se negoció en Mesa Sectorial de las Organizaciones Sindicales con representación en el ámbito sanitario, y en relación con las plazas objeto de concurso, podemos hacer referencia a tres cuestiones absolutamente esenciales en este procedimiento, a saber, las plazas que pueden ser objeto de adjudicación, las plazas que pueden ser objeto de petición y, las plazas que pueden ser excluidas del mismo.



**I. COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN**  
**B. AUTORIDADES Y PERSONAL**  
**B.2. Oposiciones y Concursos**  
**CONSEJERÍA DE SANIDAD**

**ORDEN SAN/743/2018, de 6 de febrero, por la que se convoca concurso de traslados abierto y permanente para la provisión de plazas de personal estatutario de la categoría de Enfermería Especialista: Matrona, en los centros e instituciones sanitarias de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León.**

El artículo 37 de la Ley 95/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, regula la convocatoria, con carácter periódico, de procedimientos de movilidad voluntaria en cada Servicio de Salud, que se resolverán mediante el sistema de concursos, previa convocatoria pública y de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

La Ley 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del personal estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León (Boletín Oficial de Castilla y León de 14 de marzo de 2007), en sus artículos 35 y 36 establece que el concurso de traslados constituye el procedimiento normal de provisión de las plazas vacantes de cada categoría y especialidad, en el ámbito de los centros e instituciones sanitarias del Servicio de Salud de Castilla y León, y en el artículo 37 regula la convocatoria y resolución del concurso de traslados mediante procedimiento abierto y permanente.

En cuanto a las plazas que pueden ser objeto de adjudicación, son aquéllas que se determinen para cada fase de resolución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37, apartado 2, de la Ley 2/2007, de 7 de marzo, y que se encuentren vacantes a fecha 30 de junio del año correspondiente a cada resolución anual. Es decir, no podrán adjudicarse plazas hasta que no adquieran la condición de vacantes a efectos de concurso. Importante tener en cuenta que en ningún caso podrán adjudicarse las plazas respecto a las que se haya podido incoar un procedimiento de amortización.

En segundo término, y respecto a las plazas objeto de petición, se podrán presentar solicitudes en cualquier momento (desde publicación convocatoria), de ahí su carácter de abierto y permanente, y podrán incluir cualquier plaza de plantilla orgánica en la solicitud, independientemente de que esté vacante en ese momento o no. De ahí que la convocatoria incluya como Anexo I la plantilla orgánica de la categoría objeto de convocatoria. Tal relación habrá de ser actualizada cuando se modifique la plantilla.

Por último, señalar que hay una serie de plazas excluidas del concurso, y lo pueden ser según los siguientes criterios:

1. Cuando así se prevea en un Plan de Ordenación de RR.HH.
2. Cuando se trate de plazas reservadas para su provisión mediante procesos selectivos o promoción interna
3. Cuando se den otras circunstancias de carácter excepcional debidamente fundamentadas

En todo caso, la Dirección General de Profesionales de la Gerencia Regional de Salud pondrá en conocimiento de la Comisión de Valoración, de forma pormenorizada y comprensible, las plazas excluidas en el concurso y la fundamentación de tal exclusión.

Por lo tanto, como fecha de referencia de las solicitudes, el 15 de marzo de cada año natural y, como fecha de vacantes, el 30 de junio.

Una vez validadas las solicitudes (las presentadas hasta el 15 de marzo), y elaborados los certificados de méritos (la fecha de referencia para baremar los méritos es el 1 de enero de cada año natural), se dictará resolución provisional en el mes de julio de cada año, previa propuesta de la Comisión de Valoración.

En un plazo de 10 días desde el siguiente a la publicación en el diario oficial de la Comunidad de tal orden de resolución, se podrán formular alegaciones por los solicitantes, dictándose la resolución definitiva en el mes de diciembre.

Una vez publicada la resolución definitiva, se procederá por la administración a la tramitación oportuna para el cese de los concursantes en las plazas que desempeñan, y la toma de posesión en las plazas obtenidas en el concurso en los términos contenidos en la propia Orden de resolución definitiva. Tales destinos son irrenunciables, a salvo las excepciones prevenidas en la Orden de aprobación de las Bases Generales.

#### **4. RESULTADOS: EXPERIENCIA DESPUÉS DE 14 CONVOCATORIAS REALIZADAS**

En mesa sectorial de 21 de diciembre 2017 se negoció que a primeros de 2018 se publicarían las convocatorias de concurso en la modalidad de abierto y permanente para determinadas categorías de personal sanitario y otras de personal no sanitario. Asimismo, se convino con las organizaciones sindicales más representativas del sector que en el segundo semestre de 2018 se convocaría el concurso para otras categorías de personal no sanitario, así como que el resto, hasta convocar las 104 categorías de personal estatutario existentes, se irán convocando de manera progresiva.

Una vez puesta en funcionamiento ya la plataforma del aplicativo informático necesario para su correcta implementación desde 2018, en el mes de febrero, BocyL de 14 de febrero, y conforme se negoció en mesa sectorial de 31 de enero de 2018, con el beneplácito de todas las organizaciones sindicales, se publicaron las Órdenes de convocatoria de 14 categorías, que serán resueltos a lo largo de 2018: enfermero/a especialista (matrona), fisioterapeuta, logopeda, terapeuta ocupacional, técnico superior en anatomía patológica, técnico superior en higiene bucodental, técnico superior en laboratorio de diagnóstico clínico, técnico superior en imagen para el diagnóstico, técnico superior en radioterapia, titulado superior en administración sanitaria, gestión administrativa, trabajador social, administrativo y telefonista.

Han sido 450 las solicitudes presentadas dentro del plazo de validez establecido en la Orden de Bases

Generales, es decir, antes del 15 de marzo del año en curso, de las cuales, 128, corresponden a participantes de otros Servicios de Salud, lo que supone un 28,5%.

| CATEGORÍA                                  | C1         | C2         | C3           | C4  |
|--|------------|------------|--------------|---|
| TRABAJADOR SOCIAL                          | 5          | 0          | 131          | P<br>E<br>N<br>D<br>I<br>E<br>N<br>T<br>E<br>S<br><br>D<br>E<br><br>F<br>I<br>J<br>A<br>R<br><br>A<br>30<br><br>D<br>E<br><br>J<br>U<br>N<br>I<br>O |
| T.S. LABORATORIO DE DIAGNÓSTICO CLÍNICO    | 69         | 28         | 477          |   |
| GESTIÓN ADMINISTRATIVA                     | 28         | 4          | 157          |   |
| TELEFONISTA                                | 17         | 2          | 104          |   |
| ENFERMERO/A ESPECIALISTA: MATRONA          | 83         | 10         | 241          |   |
| T.S. ANATOMÍA PATOLÓGICA                   | 20         | 5          | 105          |   |
| T.S. RADIOTERAPIA                          | 7          | 3          | 72           |   |
| TERAPEUTA OCUPACIONAL                      | 3          | 3          | 36           |   |
| LOGOPEDA                                   | 3          | 2          | 10           |   |
| TITULADO SUPERIOR ADMINISTRACIÓN SANITARIA | 8          | 1          | 68           |   |
| ADMINISTRATIVO                             | 28         | 0          | 402          |   |
| FISIOTERAPEUTA                             | 76         | 32         | 364          |   |
| T.S. HIGIENE BUCODENTAL                    | 15         | 5          | 71           |   |
| T.S. EN IMAGEN PARA EL DIAGNÓSTICO         | 88         | 33         | 497          |   |
| <b>TOTAL</b>                               | <b>450</b> | <b>128</b> | <b>2.735</b> |   |

**C1 = Nº SOLICITUDES PRESENTADAS HASTA EL 15 DE MARZO**

**C2 = Nº SOLICITUDES DE PARTICIPANTES DESDE OTROS SERVICIOS DE SALUD**

**C3 = PLANTILLA ORGÁNICA PERSONAL ESTATUTARIO**

**C4 = NÚMERO DE VACANTES**

En la misma línea, y conforme se acordó en mesa sectorial, en el segundo semestre 2018 se procederá a la convocatoria de técnicos especialistas (restauración, alojamiento), celadores, auxiliar administrativo, oficial mantenimiento y operarios de servicios y oficios. Procesos que serán resueltos en 2019.

Posteriormente, y de forma progresiva, se irán convocando todas las demás categorías hasta las 104 de personal estatutario existentes en Sacyl, previa negociación en Mesa Sectorial, para determinar las categorías a convocar.

## 5. CONCLUSIONES

Con esta medida, la Sanidad Pública de Castilla y León ha lanzado, de manera pionera, la regulación y desarrollo del proceso de aplicación del concurso de traslados en su modalidad de abierto y permanente.

Como hemos dicho, está empezando su puesta en funcionamiento y lo ha hecho como se comprometió, de manera progresiva, comenzando por las 14 categorías ya citadas. Para ello, se ha trabajado en un aplicativo informático que dé soporte a este tipo de procedimientos “continuados”, y para ello se ha editado una guía o manual del usuario, que facilite, tanto a la administración, como a los profesionales usuarios de la misma, la implementación de tal procedimiento.



Junto a esta útil herramienta que está disponible en la página web de la Consejería de Sanidad, se ha trabajado en una batería de FAQ que también están a disposición en la página de salud, en las que se pretende resolver las cuestiones más comunes que se pueden suscitar al respecto.

¿Qué periodicidad tiene el concurso?

Con carácter general, tendrá una convocatoria única, manteniendo su vigencia en el tiempo. Las resoluciones de adjudicación coincidirán con el mes de diciembre de cada año natural.

¿Qué plazas puedo solicitar?

Cualquiera de las plazas de la categoría a la que concurse que figuran en las plantillas orgánicas, con independencia de su condición de vacante o no en el momento de presentar la solicitud.

¿Qué plazas pueden ser excluidas?

Serán excluidas las plazas en los siguientes supuestos.

Cuando se prevea en un Plan de Ordenación de Recursos Humanos.

✓ Cuando se den otras circunstancias de carácter excepcional debidamente fundamentadas.

¿Qué plazas son objeto de adjudicación?

Las plazas que pueden adjudicarse son las que se encuentren vacantes a 30 de junio

En definitiva, este procedimiento está pensado como un instrumento de agilización y mejora de los procesos de movilidad voluntaria, teniendo en cuenta de manera sustantiva la especificidad del ámbito sanitario y las necesidades de los profesionales que prestan servicios en el mismo.

El concurso está abierto a todo el Sistema Nacional de Salud y como se ha visto se caracteriza esencialmente por lo siguiente:

1º)- Con carácter general tendrá una periodicidad anual, con una resolución cada mes de diciembre

2º)- Serán objeto de concurso las plazas de la plantilla, de forma que se podrán solicitar cualquiera de ellas, aunque tengan titular, pero sólo se podrán adjudicar las que se encuentren vacantes en una determinada fecha (30 de junio)

3º)- La solicitud de los concursantes tendrá una vigencia de un año desde que se presentaron en el registro

4º)- La acreditación de los méritos del profesional de la Gerencia Regional de Salud se realiza de oficio por cada una de las gerencias donde presta servicios, por lo que se le exime de la obligación de aportar certificados de servicios prestados.

5º)- La fecha de referencia de méritos será el 1 de enero de cada año natural y se valorará la antigüedad

6º)- La asignación de plazas, vendrá por la puntuación obtenida según el baremo de méritos y conforme el orden de prioridad solicitado.

Baremo de méritos, respecto al que ya hemos aludido en esta comunicación, y que se ha dicho que la fecha de referencia es el 1 de enero de cada año natural, estableciéndose en las Bases Generales, concretamente en el Base Cuarta, que en las solicitudes que mantengan su vigencia para resoluciones de distinto año natural, se tendrán en cuenta, si se trata de concursantes de otros Servicio de Salud, es el propio

concurante el responsable de actualizar los méritos y aportar nuevos certificados para su valoración, teniendo en cuenta que si no los actualiza, no se tendrán en cuenta más que los aportados inicialmente. Por el contrario, si se trata de concursantes de Sacyl, será responsabilidad de la Gerencia Regional de Salud la actualización de los méritos.

La valoración de tales méritos se hará conforme al Baremo negociado con las Organizaciones Sindicales más representativas del sector, puntuándose la antigüedad como personal fijo, interino, sustituto o eventual, estatutario, funcionario o laboral en la misma categoría o en cuerpos, escalas o categorías con contenido funcional equivalente al de la categoría objeto de concurso y si existe igualdad en el grupo de clasificación: 2 puntos por mes trabajado. Y, la antigüedad como personal fijo, interino, sustituto o eventual, estatutario, funcionario o laboral en categorías o en cuerpos, escalas con distinto contenido funcional al de la categoría objeto de concurso: 1 punto por mes trabajado.

En cuanto al tiempo de permanencia en situación que conlleve derecho a reserva de plaza (situaciones como en comisión de servicios, servicios especiales, excedencia por cuidado de familiares, especial en activo), se valorará como servicios prestados en la plaza reservada.

Estamos, pues, ante un compromiso de Legislatura de la Junta de Castilla y León, que lo que pretende es una sanidad de la máxima calidad, abordando tal compromiso con la mejora del funcionamiento de las instituciones. Mejora que se aborda desde su más importante recurso, los profesionales, tratando en lo posible de mejorar sus condiciones laborales, desarrollo profesional, y una mayor conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

## 6. BIBLIOGRAFÍA: REGULACIÓN/HABILITACIÓN NORMATIVA

- Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud.
- Ley 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del personal estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León, en su cap. VI, regula la selección y provisión de los profesionales que prestan servicios en la Gerencia Regional de Salud.

- Decreto 8/2011, de 24 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de selección y determinadas formas de provisión de plazas y puestos de trabajo de personal estatutario en centros e instituciones sanitarias de Sacyl.
- Orden SAN/1068/2016, de 7 de diciembre, por la que se aprueban las bases generales de concurso de traslados abierto y permanente para la provisión de plazas de personal estatutario en los centros e instituciones sanitarias de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León.
- Órdenes SAN/131 a 144/2018, de 6 de febrero, por las que se convoca concurso de traslados abierto y permanente para la provisión de plazas de personal estatutario de las 14 categorías, en los centros e instituciones sanitarias de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León.

# LA ENTRADA EN VIGOR DEL REGLAMENTO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS COMO OBSTÁCULO A LA INVESTIGACIÓN

*Elena Díaz García*

*Letrada del Servicio Jurídico*

*Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA)*

**SUMARIO:** 1. Planteamiento de la cuestión. 2. Pertinencia de la regulación europea sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario. 3. El concepto de datos personales relativos a la salud y su repercusión en el ámbito investigador. 4. Los principios relativos al tratamiento del RPD y su repercusión en el ámbito investigador. 5. Las bases jurídicas y las excepciones a la prohibición de tratar datos personales de salud. Especial referencia al consentimiento del paciente. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

## RESUMEN

Se trata de valorar la repercusión que para el ámbito de la investigación biomédica y de la salud pública va a suponer la entrada en vigor, el 25 de mayo, del Reglamento 2016/679, de 27 de abril de 2016, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos.

## 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Si bien las regulaciones son vistas por los investigadores como obstáculos a la investigación, nadie duda de lo necesario de las mismas para garantizar el respeto a los derechos, y que no se produzcan abusos como los ocurridos en el pasado. Es conocido que es a partir de la Segunda Guerra Mundial, tras constatarse los abusos cometidos, cuando comienza lo que el profesor Diego Gracia denomina la era de

las regulaciones en materia de investigación, que se mantiene en la actualidad, ampliándose de manera significativa, con la oposición de muchos sectores. En este sentido, conscientes de que la excesiva regulación y burocratización había generado una disminución de la actividad investigadora, la última reforma de la normativa reguladora de la realización de los ensayos clínicos con medicamentos, llevada a cabo por el Real Decreto 1090/2015, de 4 diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos, expresó como finalidad declarada, además de la armonización de la regulación europea en la materia, una simplificación de los procedimientos que contribuyese a su agilización. Algún sector aboga incluso por considerar que la investigación científica es un deber moral y que como los beneficios de la misma llegan a todo el mundo y todos la aprovechan, la participación de todas las personas en la investigación debería ser obligatoria y exigible a todo

ciudadano. Disiento con dicha opinión, dado que la libertad de investigación no es un valor absoluto pues ha de acomodarse a los requisitos que establezca el ordenamiento jurídico, inspirados en el respeto de la dignidad del ser humano y encaminados a prevenir y evitar los riesgos de la actividad investigadora. De manera que lo que es claro, es que el Derecho tiene, en este campo, la difícil tarea de compaginar el indudable valor social y científico de la participación de seres humanos en la investigación, con los derechos fundamentales de la persona, uno de los cuales es la protección de los datos de carácter personal.

Centrándonos en la entrada en vigor del Reglamento 2016/679, de 27 de abril de 2016, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento de Protección de Datos, en adelante RGPD), el 25 de mayo de 2017, se ha producido un encendido debate en relación a la afectación que dicha norma va a suponer para el ámbito de la investigación biomédica. En diferentes foros profesionales e investigadores se han posicionado en contra de las previsiones del Reglamento, y manifestado su preocupación en relación con las consecuencias prácticas y las restricciones que, supuestamente, va a suponer para el desarrollo de la investigación.

En concreto, la Sociedad Española de Epidemiología (SEE), el 17 de enero de 2018, efectuó una declaración sobre la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos, que complementará las previsiones del Reglamento europeo. En dicha declaración se concretan los motivos de su preocupación en la necesidad de una legislación específica de protección de datos de salud, entendiendo que la misma no puede estar contenida en una ley de carácter general. Dicha normativa específica, debería desarrollar el tratamiento de datos relacionados con la salud pública y la investigación científica en la medida en que el Reglamento lo permite. Entienden que, en ausencia de tal regulación, circunstancia a la que como comentaremos más adelante, parece que vamos abocados, se creará inseguridad jurídica y tendrá como consecuencia la obstaculización de la investigación científica en salud.

Con anterioridad a aquella declaración, la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (SESPAS) hizo público un documento en relación con esta materia denominado *Protección de datos personales y secreto profesional en el ámbito*

*de la salud: una propuesta normativa de adaptación al RGPD*. El documento data de noviembre de 2017 y su finalidad era la de ayudar, mediante el esbozo de concretas propuestas de *lege ferenda*, en la revisión de nuestra legislación que debía llevarse a efecto antes de mayo de 2018 para, por un lado derogar la normativa que resultase incompatible con el RGPD y, de otro, hacer el desarrollo y complementación normativa a que habilita el propio RGPD. Al igual que en el caso de la SEE, el documento parte de la necesidad de disponer de una ley específica sobre protección de datos personales relativos a la salud, ley que por ende se enmarcaría en la normativa del sector sanitario, y sustituiría la disposiciones contenidas sobre la materia, en la todavía vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), y en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP), así como en el resto de la legislación sanitaria estatal a la que luego se hará referencia. El apartado II de dicho documento se dedica precisamente a “la protección de datos de salud en el ámbito de la salud pública y en la investigación”.

A la fecha de redacción de este artículo, recién entrado en vigor el RGPD, el proyecto de LOPD se encuentra en fase de tramitación parlamentaria que comenzó, ya muy tarde, en febrero de 2018, tras haber sido presentado el 14 de noviembre de 2017. Lo que significa que mientras que Alemania, Francia e Italia ya han aprobado sus leyes, en España la entrada en vigor del RGPD va a producirse sin haberse aprobado la ley estatal, lo que implica añadir al conjunto normativo existente en la materia, la aplicación directa de las previsiones del RGPD, con la consiguiente inaplicabilidad de la normativa estatal, hasta la fecha ingente y dispersa, que resulte incompatible con la misma. En todo caso, el proyecto de LOPD no resuelve ninguna de las cuestiones que nos afectan, dado que no las trata de manera específica. En concreto, ha desaparecido del proyecto la previsión de desarrollo de la misma por una norma específica para el ámbito sanitario, limitándose el proyecto a remisiones constantes a lo establecido en el RGPD.

La Agencia de Protección de Datos ya ha salido al paso de la polémica con un informe, el 073667/2018, donde, en síntesis, concluye que el RGPD no implica una alteración del marco normativo vigente actualmente en España, en relación con el tratamiento de datos en el marco de la investigación biomédica. Es más, apelando a diversos considerandos y artículos



de dicha norma, aboga por una interpretación poco restrictiva y concluye que, de hecho, el RGPD permite realizar una interpretación más flexible del consentimiento regulado por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (LIB). El problema del informe es que únicamente hace referencia a la regulación de la LIB, y a la excepción contenida en el artículo 58.2 de dicha norma, que permite bajo ciertas condiciones, entre otras, la necesaria aprobación por un Comité de Investigación, la utilización de muestras biológicas con fines de investigación biomédica para finalidades distintas de aquellas para las que fueron recogidas, sin el consentimiento del paciente. Sin embargo, no hace referencia alguna al resto de la investigación, ni concreta en qué medida y bajo qué condiciones, el RGPD ampara tratamientos de datos que se reclaman desde el punto de vista de los investigadores. Esta visión considera investigación clínica todo aquello que se realiza en seres humanos, sea del tipo que sea, incluyendo, por tanto, la investigación observacional y la experimental, y sometiéndolas todas a los mismos requisitos. Pero lo cierto es que junto a la LIB, debemos tener en cuenta otra serie de normas que regulan cada tipo de investigación, y a las que el informe no hace referencia alguna, como son la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que regula de manera específica la investigación en salud pública; el ya mencionado Real Decreto 1090/2015, en relación con los ensayos clínicos con medicamentos; la Orden SAS/3470/2009, de 16 de diciembre, por la que se publican las directrices sobre estudios posautorización de tipo observacional para medicamentos de uso humano; así como las Leyes 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

Con lo que, como primera conclusión, puede decirse que parte de los problemas que puedan presentarse a partir del 25 de mayo, no se deben a la entrada en vigor del Reglamento sino a la falta de previsión del legislador estatal para estar preparado de cara a la misma.

## **2. PERTINENCIA DE LA REGULACIÓN EUROPEA SOBRE EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO SANITARIO**

El reglamento supone un reforzamiento y ampliación de los derechos de los ciudadanos en relación con sus datos de salud, a los que considera como categoría especial de datos, dado que constituyen parte de la esfera más íntima de las personas. Y supone,

también, un cambio fundamental para aquellos que tratan datos personales, al establecerse como principio regulador, el de responsabilidad activa, es decir, la necesidad de asumir la protección de datos desde un punto de vista preventivo para evitar que haya que actuar una vez que el daño se ha producido. Y es que, como hemos podido constatar con casos recientes, los datos personales, particularmente los de salud, pueden considerarse como “bienes tóxicos”, en el sentido de que suponen un riesgo, tanto para el titular de los mismos, como para el responsable de su tratamiento, ya que protegerlos es difícil y las consecuencias derivadas de su fuga suponen repercusiones muy negativas para quien las sufre, máxime si estamos hablando de datos sensibles, como los de salud. De hecho, según informaciones especializadas, la compraventa de datos de salud en mercado negro se disputa el número uno de volumen de negocio junto con los datos bancarios, de identidad en las redes sociales, y los datos personales. Y es que el respeto a la privacidad es clave en una democracia y está relacionado con la libertad y la igualdad de las personas, garantizando que no sean discriminadas en función de las circunstancias personales que se conozcan de las mismas.

La pertinencia de la regulación se debe también al hecho, creciente e imparable, de que los pacientes son cada vez más conscientes de su papel central tanto en la asistencia sanitaria, como en el ámbito de la investigación y, en particular, de su capacidad de autodeterminación en relación con su información y con los usos que se hagan de la misma. En este sentido, cada vez es más frecuente la solicitud por los pacientes de la trazabilidad de sus datos de salud, pudiendo ocurrir que ante un acceso por parte de un profesional con perfil de investigador, se pueda plantear la ilicitud del mismo, máxime teniendo en cuenta la falta de consciencia de muchos profesionales, sobre el hecho de que deben contar con un título jurídico válido que les permita el acceso, no constituyendo tal la mera facilidad del acceso con el perfil de investigador.

En el ámbito sanitario no han faltado ejemplos de incumplimientos o falta de adopción de medidas de seguridad por parte de las organizaciones sanitarias, que han provocado fugas de datos, y que se han puesto de manifiesto en las diferentes auditorías realizadas por la Agencia de Protección de Datos. La última de estas, el Plan Sectorial de Inspección de Oficio de los Hospitales Públicos (2016-2017), señala una serie de incidencias que pueden resumirse en las siguientes: falta de información sobre la identificación del responsable del fichero, y sobre el modo de ejercitar los derechos ARCO; falta de normativas internas que

obliguen a la confidencialidad de los datos; varias deficiencias de seguridad relacionadas con aspectos tales como: ausencia de un registro de incidencias, ausencia de controles de accesos, claves y perfiles de gestión de usuarios; falta de establecimiento de medidas de seguridad relacionadas con las contraseñas; no se realizan auditorías periódicas de seguridad; ni auditorías relacionadas con los registros de accesos; no siempre se realizan las comunicaciones cifradas, y existen islas de información departamentales, exentas de las debidas medidas de seguridad, muchas de ellas creadas precisamente como instrumentos para futuros trabajos de investigación, sin tener establecidas las debidas medidas de seguridad.

El RGPD viene a adaptar la normativa existente a la realidad actual presidida por la innovación, la especialización y la diferenciación, que supone la constante puesta en circulación de nuevos productos, servicios y sistemas basados en el tratamiento de datos de carácter personal. Dichos datos se encuentran expuestos a una serie de riesgos cuya materialización supone consecuencias negativas, tanto para las organizaciones (sanciones, crisis reputacionales etc.), como para los afectados, encontrándose el sector sanitario sometido a riesgos de ciberataques por encontrarse altamente expuesto dada la sensibilidad y el valor de los datos manejados. Por otro lado, la confianza que suscita la relación médico paciente puede hacerse extensiva a la garantía de protección y seguridad de datos de salud, al mismo nivel que la confidencialidad o el secreto médico, de ahí la pertinencia de esta regulación.

### **3. EL CONCEPTO DE DATOS PERSONALES RELATIVOS A LA SALUD Y SU REPERCUSIÓN EN EL ÁMBITO INVESTIGADOR**

La considerable ampliación del concepto de datos personales relativos a la salud, contenida en el considerando 35 RGPD, ya supone una repercusión importante para la investigación, dado que engloba a: "... todos los datos relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental, pasado, presente o futuro. Incluyendo la información recogida con ocasión de su inscripción a efectos de asistencia sanitaria o con ocasión de la prestación de tal asistencia; todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras

biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico o una prueba diagnóstica *in Vitro*". A estos, se añaden los datos genéticos considerados sensibles al margen de su vinculación con los datos de salud, y los datos biométricos que permitan la identificación unívoca de una persona física.

Dada la amplitud del concepto de datos de salud, todos los que se manejan en las investigaciones van a resultar afectados, de manera que quedarán sometidos a las disposiciones del Reglamento, a no ser que se encuentren anonimizados. Se entiende por tales (considerando 26) aquellos que no guardan relación con una persona física identificada o identificable, así como los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo. En consecuencia, se establece expresamente que el Reglamento no afecta al tratamiento de dicha información anónima, inclusive con fines estadísticos o de investigación. Esta es también la previsión de la Ley 41/2002 (LAP), cuyo artículo 16.3, tras remitirse a lo establecido en la LOPD y LGS, permite el acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, pero obliga en estos casos a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico asistencial, de manera que, como regla general, quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente de su consentimiento para separarlos. El problema está en que para muchas investigaciones la anonimización de los datos impide cumplir con los fines de la misma, y la norma (LAP y LOPD) no contempla la pseudoanonimización, como sí hace el Reglamento en los términos que veremos más adelante al hablar de los principios. Con lo que solo queda acudir al consentimiento del paciente. Este consentimiento es, en muchas circunstancias, difícil de recabar. La alternativa es conseguir una exención de dicho requisito, generalmente por un Comité de Ética en la Investigación.

### **4. LOS PRINCIPIOS RELATIVOS AL TRATAMIENTO DEL RPD Y SU REPERCUSIÓN EN EL ÁMBITO INVESTIGADOR**

Se trata ahora de analizar cuales de los principios relativos al tratamiento de datos, que el RGPD

contempla en el artículo 5, afectan y en qué medida, al ámbito de la investigación. Se trata de los siguientes:

1.- *Licitud, lealtad y transparencia.* La licitud se basa en el apoyo en las bases jurídicas que luego trataremos específicamente, y en cuanto a la lealtad y transparencia no parece en principio que puedan obstaculizar la investigación en tanto que son principios también propios de dicha actividad.

2.- *Limitación de la finalidad.* Los datos habrán de ser recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines. De acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica, o fines estadísticos, no se considerará incompatible con los fines iniciales. Una de las preocupaciones de los investigadores era precisamente conocer la licitud de la utilización de datos de una investigación determinada para otras ulteriores o sobrevenidas y diferentes a la inicial, sin necesidad de repetir todo el proceso.

3.- *Minimización de datos:* los datos han de ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación a los fines para los que son tratados. En este sentido, y en relación con los fines de investigación científica, el artículo 89 exige que el tratamiento se sujete a las garantías adecuadas para los derechos y libertades de los sujetos, de acuerdo con el Reglamento, una de las cuales es la minimización de los datos, y que puede incluir la seudoanonimización siempre que de esa forma puedan alcanzarse sus fines. Aunque añade, que siempre que esos fines puedan alcanzarse mediante un tratamiento ulterior que no permita la identificación de los interesados, esos fines se alcanzarán de ese modo. Existe una preferencia por la anonimización, pero no resulta necesaria, como sí lo es en nuestra legislación actual. Los datos seudoanonimizados se definen en el considerando 26, como los que cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional. Se trata del procedimiento que habitualmente se usa en investigación, con lo que la posibilidad de acogerse a las previsiones del reglamento en esta materia, supone un avance respecto de los condicionantes que existen en la actualidad. El considerando 156 también se refiere a este principio y a la seudoanonimización como garantía, remitiendo a los estados miembros el establecimiento de las garantías adecuadas para el tratamiento de datos personales con fines de investigación científica, no contemplando nada en este sentido el proyecto de LOPD.

4.- *Exactitud:* los datos habrán de ser exactos, y si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan.

5.- *Limitación del plazo de conservación:* los datos han de ser mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario, para los fines del tratamiento.

En relación con estos dos principios el artículo 89 permite, cuando se traten datos personales con fines de investigación científica, que se establezcan excepciones a los derechos de acceso, rectificación, oposición y limitación del tratamiento de los sujetos, siempre que sea probable que esos derechos imposibiliten u obstaculicen gravemente el logro de los fines científicos, y cuando esas excepciones sean necesarias para alcanzar esos fines. Lo cual constituye de nuevo una previsión que trata de facilitar o no obstaculizar, mediante la restricción de los derechos reconocidos a los interesados en el Reglamento, la investigación, dado que se prevé de manera específica para este campo. El considerando 156 autoriza a los estados miembros a establecer, bajo condiciones específicas y a reserva de garantías adecuadas, las especificaciones y excepciones a aquellos derechos.

6.- *Integridad y confidencialidad:* los datos han de ser tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas. Se trata de lo que en el apartado segundo del trabajo llamamos responsabilidad activa o preventiva, que implica que cada servicio de salud debe establecer su propio registro de actividades de tratamiento. Esto lleva consigo varias obligaciones como pueden ser realizar análisis de riesgos tanto para la seguridad de los datos, como para los derechos de los ciudadanos; implantar medidas de seguridad adecuadas; establecer procedimientos de notificación de brechas de seguridad, y llevar a cabo las denominadas evaluaciones de impacto, que pueden ser necesarias en determinados proyectos de investigación, y que formarán parte de los documentos necesarios para su aprobación.

## 5. LAS BASES JURÍDICAS Y LAS EXCEPCIONES A LA PROHIBICIÓN DE TRATAR DATOS PERSONALES DE SALUD. ESPECIAL REFERENCIA AL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE.

Llegados a este punto tenemos ahora que dilucidar, en relación con el tratamiento de datos con fines de investigación, cuales son los títulos jurídicos que nos habilitan para ese tratamiento. La cuestión ha resolver es si únicamente existe el del consentimiento o, cuando sea así, si es posible excepcionarlo y en qué condiciones. También habrá que decidir cuándo y cómo son posibles las cesiones de datos a terceros sin consentimiento del titular de los datos. Y en relación con esta cuestión, el considerando 40 del Reglamento, señala que la licitud del tratamiento de los datos personales debe contar con el consentimiento del interesado o con alguna otra base legítima establecida conforme a derecho, ya sea en el RGPDn o en virtud de otro derecho de la Unión o de los Estados miembros. Estas condiciones para el tratamiento lícito de los datos se contienen en el artículo 6 RGPD y sería: el consentimiento del interesado; que el tratamiento sea necesario para la ejecución de un contrato; para atender un interés vital del interesado o de terceros; para cumplir una obligación legal impuesta al responsable; para satisfacer un interés público (el considerando 45 considera incluido en el concepto de interés público, los fines sanitarios como la salud pública y la gestión de servicios de sanidad) o, para el ejercicio de poderes públicos; y finalmente que sea necesario para satisfacer intereses legítimos del responsable o de terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que sobre esos intereses no prevalezcan los derechos, libertades o intereses de los afectados.

El reglamento considera idénticas todas las bases jurídicas que permiten el tratamiento, sin dar preferencia a una u otra, como hace en la actualidad la LOPD en relación con el consentimiento, al que considera la regla general, siendo el resto excepciones a la misma. A efectos de investigación existen varias bases jurídicas que nos van a permitir el tratamiento de datos, mas allá del consentimiento del interesado y por tanto superando la regulación de la LOPD. El propio fundamento del consentimiento aparece matizado en el RGPD para el ámbito de la investigación. En el considerando 54 permite el tratamiento de categorías especiales de datos sin el consentimiento del interesado, cuando sea necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública. Entendiendo a estos efectos por “salud pública” todos los elementos relacionados con la salud, concretamente

el estado de salud, con inclusión de la morbilidad y discapacidad, los determinantes que influyen en dicho estado de salud, las necesidades de asistencia sanitaria, los recursos asignados a esa asistencia, la puesta a disposición de asistencia sanitaria y el acceso universal a ella y las causas de mortalidad, entre otras. Lo que puede amparar fácilmente la investigación epidemiológica.

En relación con las categorías especiales de datos personales, como son los de salud, el artículo 9 prohíbe con carácter general su tratamiento, salvo las excepciones establecidas en el mismo, muchas de las cuales tienen relación con el ámbito de la investigación y la salud pública. El considerando 52 señala los supuestos en los que cabe establecer excepciones a conceptos tales como “interés público” y, en particular, alertas sanitarias, prevención o control de enfermedades transmisibles y otras amenazas graves para la salud así como a fines de investigación científica.

La regulación de las excepciones a la prohibición de tratamiento de estos datos vendría dada por los siguientes supuestos:

1.- *El consentimiento explícito del interesado para el tratamiento de los datos con uno o más de los fines especificados.* Una de las novedades del RGPD es la consideración del carácter libre, específico e informado del interesado, que debe prestarse mediante una “clara acción afirmativa” que indique que acepta el tratamiento de sus datos. No resultan válidos los consentimientos fundados en la inacción o falta de reacción de los interesados, cosa que hasta ahora permitía nuestra LOPD. En este sentido, el considerando 33 del Reglamento asume que, con frecuencia, no es posible determinar totalmente la finalidad del tratamiento de los datos personales con fines de investigación científica en el momento de su recogida. De manera que permite que los interesados den su consentimiento, bien para ámbitos de investigación amplios (p.ej.: oncología), bien sólo para determinadas áreas de investigación o partes de proyectos de investigación en la medida en que lo permita la finalidad perseguida. Con lo que se tendría cubierto desde el principio, la posible utilización de datos de una investigación en otras posteriores, sin necesidad de recabar de nuevo todos los consentimientos, o justificar la exención de los mismos.

2.- *El tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado física o jurídicamente, para dar su consentimiento.*

3.- *El tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario o cualquier otro profesional sujeto a la obligación de secreto.* Aquí parece que tendría cabida la investigación epidemiológica, pero nos encontramos con la dificultad de saber qué profesionales, de los que tratan datos personales en investigación, están sujetos al secreto profesional según el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.

4.- *El tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional.* Parece que existe cierta contradicción entre la concreción del concepto de salud pública contenida en este supuesto, más restrictiva que la contenida en el considerando 54 relativo al tratamiento de categorías especiales de datos sin el consentimiento del interesado en el ámbito de la salud pública. En todo caso, y dado que existe una remisión al derecho de los Estados miembros para el desarrollo de estos supuestos, en nuestro caso deberemos estar a las previsiones de la Ley de Salud Pública. Esto nos facultaría para tratar los datos sin consentimiento del interesado por razones de salud pública y de vigilancia epidemiológica. Pero en lo que se refiere a la investigación, tendríamos que ampararnos en otra base jurídica o excepción, que sería la que señalamos seguidamente.

5.- *El tratamiento es necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89 apartado 1, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado.* Esta base jurídica o excepción al tratamiento de datos de salud, abarca la investigación científica en general, donde se incluiría la básica y

la clínica, para lo que puede ser necesario el acceso a la historia clínica de los pacientes. A ello se refiere el considerando 157 cuando establece que, combinando información procedente de registros, los investigadores pueden obtener nuevos conocimientos de gran valor sobre condiciones médicas extendidas, como las enfermedades cardiovasculares, el cáncer o la depresión. Partiendo de registros, los resultados de las investigaciones pueden ser más sólidos, ya que se basan en una población mayor. Dentro de las ciencias sociales, la investigación basada en registros permite que los investigadores obtengan conocimientos esenciales acerca de la correlación a largo plazo, con otras condiciones de vida, de diversas condiciones sociales, como el desempleo y la educación. Los resultados de las investigaciones obtenidos de registros proporcionan conocimientos sólidos y de alta calidad que pueden servir de base para la concepción y ejecución de políticas basadas en el conocimiento, mejorar la calidad de vida de numerosas personas y mejorar la eficiencia de los servicios sociales. Para facilitar la investigación científica, los datos personales pueden tratarse con fines científicos, a reserva de condiciones y garantías adecuadas establecidas en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros. Como hemos visto, al derecho de la Unión le basta con la pseudoanonimización para el tratamiento lícito de los datos, sin embargo nuestra normativa no modificada requiere de la anonimización para el acceso a la historia clínica con fines de investigación con todas las restricciones que eso supone para el ejercicio de la actividad investigadora.

## 6. CONCLUSIONES

1.- Como señala el considerando 4 del RGPD, el tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad. El derecho a la protección de datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad. Esto implica que, aún siendo los de salud categorías especiales de datos, los mismos puedan ser tratados en los supuestos previstos en el RGPD, con fines de investigación científica, protección de la salud y salud pública.

2.- La historia clínica electrónica y su general implantación permiten que todo dato clínico pueda ser un dato de investigación haciendo, como señala el profesor Diego Gracia, que la investigación clínica y la práctica clínica hayan entrado en un camino de

convergencia, lo que implica facilitar el tratamiento de esos datos con fines de investigación para poder avanzar en ella.

3.- Existen numerosas previsiones en el RGPD que pueden facilitar el ejercicio de la investigación científica. El problema es que no hemos aprovechado la oportunidad para regular la materia convenientemente, mediante una norma específica que contemple las especialidades del ámbito sanitario, como demandaban varias sociedades científicas. Tampoco hemos reformado la legislación vigente en ese sentido.

4.- De manera que puede decirse que el RGPD no constituye una barrera para la investigación científica en España sino, más bien, que nos encontramos en la misma situación en la que estábamos antes de su entrada en vigor, con una legislación dispersa a la que acudir dependiendo del tipo de investigación de que se trate. Esta circunstancia nos hace desaprovechar oportunidades de regulación que permite la norma comunitaria, como acudir a la pseudoanonimización o permitir otras bases jurídicas para el tratamiento de datos, más allá del consentimiento del interesado.

## 7. BILIOGRAFÍA

- Gracia, D. “Luces y sombras en la Investigación Clínica”.
- Díaz, J. “Cuenta atrás hacia el 25 de mayo de 2018”. *Informática y Salud*. 2018.
- Serrano Pérez, M<sup>a</sup> M. “Informe sobre el tratamiento de los datos sobre la salud en el ámbito de la epidemiología a través de la interpretación de la normativa española sobre protección de datos y sobre la salud”. *Sociedad Española de Epidemiología*.
- Beltrán Aguirre, J.L, García López, F., Navarro Sánchez, C. “Protección de datos personales y secreto profesional en el ámbito de la salud: una propuesta normativa de adaptación al RGPD”. *SESPAS*. 2017.
- Alcalde Bezhhold, G., Alfonso Farnós, I. “El acceso a la historia clínica con motivos de investigación”. *Rev Der Gen h* 39/2013.
- Alcalde Bezhhold, G., Alfonso Farnós, I. “El acceso a la historia clínica en la investigación observacional”. *Revista española de medicina legal*. 2017.

- Gómez Sánchez, Y. “La investigación biomédica y la ley 3/2007, objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la ley”. *Investigación biomédica en España: aspectos científicos, bioéticos y jurídicos*. 2008.

# MERCADO INTERNO SANITARIO Y FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS ¿UNA VUELTA HACIA LO PÚBLICO?

*Josefa Cantero Martínez*  
*Profesora Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

**SUMARIO:** I. Introducción: la heterogeneidad de fórmulas de gestión de los servicios públicos sanitarios. II. El inicio de las reformas organizativas tendentes a facilitar la creación de un “mercado interno sanitario” y una mayor presencia de lo privado en la gestión de la sanidad: el informe Abril. III. Algunos ejemplos que evidencian un retorno hacia lo público. 1. La traslación del informe Abril al ámbito normativo. En especial, el recurso a las fundaciones públicas sanitarias y su evolución. 2. El proceso de “publicación” de los consorcios sanitarios. Algunas experiencias autonómicas que evidencian la ventaja de su integración en la Administración. 3. La experiencia privatizadora valenciana y el “modelo Alzira”. ¿Un modelo fracasado o simplemente recuperado? Los problemas de la reversión. 4. La experiencia “privatizadora” madrileña y las pautas del Tribunal Constitucional sobre la gestión indirecta de la sanidad. IV. A modo de conclusión.

## RESUMEN

Se analizan en este trabajo algunas de las formas directas e indirectas de gestión de los servicios públicos sanitarios. En particular, se examinan las entidades públicas y otros tipos de “privatización” del Sistema Nacional de Salud. Se han usado determinadas modalidades de colaboración pública-privada para financiar y rebajar los costes de construcción de hospitales públicos. A través de estas formas de colaboración, los gobiernos pretenden evitar los gastos iniciales y aprovechar la eficiencia del sector privado. Sin embargo, puede concluirse que existe cierta tendencia a volver hacia lo público y hacia las formas de gestión directa de los servicios sanitarios.

## PALABRAS CLAVE

Colaboración pública privada, empresas públicas, privatización, concesiones, gestión directa, gestión indirecta.

## ABSTRACT

This paper aims to analyze the various forms of direct and indirect management of health services provided in our legal system. Specially, we examine public enterprises and some types of “privatization” of the National Health System. Variants of public-private partnerships have used private finance to underwrite the costs of constructing and operating public hospitals. Through such public-private partnerships, governments hope to avoid up-front capital expenditure and to harness private-sector efficiencies. However, we can conclude that there is a certain tendency to return to the public law and to the direct management of health services.

## KEYWORDS

Public private partnership, public enterprises, privatization, concessions, direct management, indirect management.

## I. INTRODUCCIÓN: LA HETEROGENEIDAD DE LAS FÓRMULAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, incorporó al ámbito del Sistema Nacional de Salud un modelo de organización de los centros y servicios caracterizado, fundamentalmente, por una gestión directa y tradicional en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, aunque también reguló con carácter subsidiario la posibilidad de celebrar conciertos sanitarios con centros privados e incluso su vinculación al sistema público mediante convenios singulares. No obstante, a mediados de los años noventa se dio un importante paso en esta materia para flexibilizar y modernizar las fórmulas de gestión de los servicios sanitarios, buscando especialmente una mayor eficiencia del sector. La creación de un “mercado interno sanitario” estaba también en la filosofía inspiradora de las reformas que se llevarían a cabo diez años después. Se trataba de crear un mercado, que sería interno porque afectaría fundamentalmente a entidades públicas y sanitario porque afectaría a los hospitales y centros de salud. El Real Decreto ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD, estableció la posibilidad de que la administración de estos servicios pudiera llevarse a cabo, no sólo directamente sino también de forma indirecta a través de contratos con sujetos privados. Se facultaba para que la gestión se llevara a cabo a través de cualesquiera entidades admitidas en Derecho, así como a través de la constitución de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica, pudiéndose establecer, además, acuerdos o convenios con personas o entidades públicas o privadas, y fórmulas de gestión integrada o compartida, generalizando las previsiones contenidas ya en diversas leyes dictadas por las Comunidades Autónomas con competencia en la materia.

A partir de esta habilitación, recogida posteriormente a través de la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, son múltiples las formas de organización de los servicios sanitarios<sup>1</sup>. Su artículo úni-

co permitía que, en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios pudiera llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho. La prestación y gestión de dichos servicios podía llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad. La determinación de formas jurídicas, órganos de dirección y control, régimen de garantías de la prestación, financiación y peculiaridades en materia de personal de las entidades que se crearan para la gestión de los centros y servicios mencionados correspondería al gobierno de cada Comunidad Autónoma.

Toda esta normativa tiene la condición de norma básica y vincula a los legisladores autonómicos. Así lo ha establecido, por citar tan solo alguna de ellas, la STC 20/2017, de 2 de febrero, en la que se clarifica que toda esta legislación básica «es garantía de una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a las prestaciones sanitarias con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud» y que estas normas básicas constituyen «un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, el acceso a la sanidad por parte de todos los ciudadanos incluidos en el ámbito subjetivo de la norma, con independencia de su lugar de residencia». Existe, pues, una amplia libertad reconocida al legislador para determinar la modalidad de gestión del servicio público sanitario que le permite, entre otras, optar por la existencia de establecimientos de titularidad pública que pueden ser gestionados directamente (con o sin atribución de personalidad jurídica, a través de cualesquiera de las formas de gestión legalmente previstas) o por la gestión indirecta del servicio a través de la participación de un sujeto privado.

A partir de ahí, la Administración sanitaria de cada Comunidad Autónoma puede prestar sus servicios a través de sus propias estructuras administrativas (Departamentos o Consejerías) o puede decidir la creación de un ente instrumental para que sea esta nueva entidad dotada de personalidad jurídica propia la que se encargue de la prestación en exclusiva de los servicios sanitarios. Ambas constituyen lo

1 Para un análisis de todas estas modalidades nos remitimos a 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 4/2013, Real Instituto Elcano. Disponible en: <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/7e174d004ecec1139931b9f2a39eb3cc0/DT4-2013-Sanchez-Abellan-Oliva-Servicios-Sanitarios-Publicos.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7e174d004ecec1139931b9f2a39eb3cc0>



que se ha denominado “*formas directas de gestión*” de los servicios públicos sanitarios, que también permiten recurrir de modo importante al Derecho privado en el clásico fenómeno denominado “huida del Derecho Administrativo”, de su rigidez y de sus controles<sup>2</sup>. Pueden crear un organismo autónomo, una sociedad mercantil, una entidad pública empresarial, un consorcio, una fundación o cualquier otra figura contemplada en sus respectivas normativas autonómicas, buscando un grado de flexibilidad y autonomía mayor que el clásico organismo autónomo<sup>3</sup>. Asimismo, la Administración puede recurrir a las denominadas “*formas de gestión indirecta*” cuando acude llanamente a un sujeto privado para que sea éste quien gestione parte o todo el servicio público a través de cualesquiera de las fórmulas de contratación administrativa<sup>4</sup>, normalmente a través del ya desaparecido concierto sanitario o a través de la polémica figura de la concesión sanitaria, donde resulta paradigmático el que se ha denominado “modelo Alzira”.

El análisis de cada una de estas figuras resulta imposible en un trabajo de esta naturaleza.

---

2 Así, por citar tan solo un ejemplo, en la Administración sanitaria madrileña, su Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid, atribuye al Servicio Madrileño de Salud dos funciones diferenciadas. De un lado, la compra de servicios sanitarios a terceros para cubrir la atención sanitaria mediante el contrato sanitario, que es el instrumento que establece la relación entre proveedor y comprador, con un régimen jurídico de contrato especial (arts. 68 y ss.). De otro, la actividad de provisión de servicios asistenciales de sus centros sanitarios (art. 70 de la Ley autonómica 12/2001) mediante instituciones sanitarias sin personalidad jurídica diferenciada del Servicio Madrileño de Salud o bien mediante la creación de entidades sanitarias con personalidad jurídica propia, que podrán constituirse bajo cualquier fórmula contemplada en el ordenamiento (pública o privada), pero siempre de titularidad pública y siempre como entidades instrumentales dependientes del Servicio Madrileño de Salud (art. 88). Véase al respecto la importante STC 84/2015.

3 Resultan obligados los estudios de Luciano PAREJO, Félix LOBO y Marcos VAQUER (coordinadores), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001; Luciano PAREJO, Alberto PALOMAR y Marcos VAQUER (coordinadores), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

4 Como señala Tolivar Alas, en los últimos años venimos asistiendo a un progresivo e imparable proceso “privatizador”, de modo tal que la iniciativa económica privada, ya no sólo compete desde sus centros sanitarios con la organización pública, sino que llega a adentrarse en ésta y gestionar sus servicios no estrictamente sanitarios (que el autor denomina parasanitarios). TOLIVAR ALAS, Leopoldo, “Derechos de los pacientes y usuarios ante la gestión privada de servicios sanitarios”, *Revista Derecho y Salud*, volumen extraordinario, 2007, pág. 44.

Nos llevaría a examinar, no sólo el marco de los entes instrumentales previstos en la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público*, sino también las distintas normas autonómicas de organización administrativa con la terminología que les es propia<sup>5</sup>. Nuestras pretensiones son mucho más modestas. A la luz de los cambios organizativos que se han llevado a cabo en los últimos años en algunas Comunidades Autónomas, con motivo principalmente de la crisis económica y de los procesos de racionalización de sus respectivos sectores públicos, pretendemos centrarnos exclusivamente en algunos de los casos que han salido a la luz, centrandó nuestra atención en la figura del paciente y en las disfunciones que el recurso a estas figuras ha podido causar en la organización. En todo caso, aunque se trata de experiencias aisladas, nos permiten poner de manifiesto algunos de los problemas que plantea su utilización y observar una vuelta hacia el ámbito de lo público, de las normas y de los controles administrativos.

---

5 Como peculiar fórmula organizativa, típica del modelo sanitario catalán, deben citarse las denominadas EBAs o Entidades de Base Asociativa. Se trata de una modalidad específica de organización que se caracteriza porque permite la implicación directa de los propios profesionales sanitarios a través de la constitución de cooperativas que contratan con la Administración. Se trata más bien de un modelo de autogestión sanitaria de la atención primaria en el que son los propios profesionales sanitarios quienes se convierten en proveedores de los servicios de la atención primaria financiados públicamente, con el objetivo de diversificar la provisión de servicios sanitarios y promover el profesionalismo y la autonomía de gestión. Ello requiere ser más efectivo y asumir riesgos económicos en pruebas complementarias y en compra de atención especializada. (<http://www.aceba.cat/>). Fueron introducidas por la Ley 11/1995, de 29 de septiembre, que introdujo una nueva disposición adicional décima en la Ley 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria de Cataluña. Su régimen jurídico se establece en el Decreto 309/1997, de 9 de diciembre, por el que se establecen los requisitos de acreditación de las Entidades de Base Asociativa para la gestión de centros, servicios y establecimientos de protección de la salud y de atención sanitaria y sociosanitaria. A través de este mecanismo, el Servicio Catalán de la Salud y, en su caso, las regiones sanitarias, de acuerdo con lo que disponen los artículos 7.2 y 22.2 y 3 de la ley, suscriben un contrato para la gestión de centros, servicios y establecimientos de protección de la salud. Las entidades deben gozar de personalidad jurídica propia, estar legalmente constituidas e inscritas en el registro correspondiente y además deben ser previamente acreditadas por la Administración sanitaria catalana. Pueden revestir la forma jurídica de sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad laboral o cooperativa. Los profesionales sanitarios que la conformen deben poseer al menos el 51% del capital social de la entidad. Dejan su plaza como funcionario público o personal estatutario del servicio de salud con garantías de retorno y reserva de plaza a través de una modalidad específica de excedencia voluntaria. Pueden incorporarse otras personas físicas o jurídicas hasta conformar el otro 49% restante, aunque si se trata de personas jurídicas deben tener como objeto social la gestión o la prestación de servicios sanitarios.

## II. EL INICIO DE LAS REFORMAS ORGANIZATIVAS TENDENTES A FACILITAR LA CREACIÓN DE UN “MERCADO INTERNO SANITARIO” Y UNA MAYOR PRESENCIA DE LO PRIVADO EN LA GESTIÓN DE LA SANIDAD: EL INFORME ABRIL

Aunque a mediados de los años ochenta se inició el proceso de adaptación de la estructura de gestión de los hospitales del extinto INSALUD a través de la introducción de procesos y técnicas gerencialistas, es el denominado Informe Abril el que marca un punto de inflexión en esta materia<sup>6</sup>. Muchas de las ideas que señalaba aquel informe se han ido adoptado en los últimos años, afectando tanto a las formas de gestión directa como a las formas de gestión indirecta de la sanidad. Nos interesa especialmente en este trabajo una reflexión sobre algunos aspectos que constituyeron la filosofía del modelo y, más concretamente, el intento de creación de un mercado interno sanitario en el que los centros públicos sanitarios pudieran competir entre sí y se permitiera la libre elección de centro por parte del paciente.

En el Diario del Congreso de 21 de enero de 1990 se publicó una Proposición no de ley presentada por el Grupo Parlamentario Centro Democrático y Social (CDS) por el que se instaba al Gobierno a constituir una comisión para la revisión del Sistema Nacional de Salud teniendo en cuenta las tendencias de su entorno en ese momento y, sobre todo, de cara al futuro. En virtud de dicha iniciativa, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en ejecución del acuerdo adoptado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 13 de Febrero de

1990 (Diario de Sesiones número 14), con motivo del debate de una Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario CDS, decidió, en su reunión del 4 de Junio de 1990, crear una “*Comisión de expertos para el estudio del Sistema Nacional de Salud y las tendencias de su entorno en el momento actual y cara al futuro*”. La comisión fue presidida por Fernando Abril Martorell, de donde tomó su nombre el mencionado informe.

El encargo se justificaba por los cambios que se estaban produciendo como consecuencia de la transformación del esquema sanitario de la Seguridad Social en un sistema nacional de salud de financiación y cobertura universales. Además, el sistema sanitario estaba sufriendo tensiones relacionadas con un aumento de la demanda social, por el envejecimiento de la población y la mejora del nivel de vida, y con el desarrollo de los servicios y la tecnología disponible, en un entorno de recursos cada vez más limitados. Es decir, los mismos presupuestos de entonces son los de ahora, agravados por las nuevas exigencias de control del déficit y estabilidad presupuestaria. En todo caso, en aquel momento se consideró que dichas tensiones y la inadaptación de los instrumentos de gestión y financiación a las nuevas realidades estaban produciendo ya consecuencias negativas sobre la eficiencia, la equidad y la calidad de los servicios sanitarios públicos, que justificaban la necesidad y la urgencia del estudio. En el informe se parte de la necesidad de aplicar instrumentos de gestión empresarial al ámbito de la gestión sanitaria y de intensificar la colaboración de los sujetos privados en la prestación del servicio.

Por lo que respecta a las formas de gestión directa, según dicho documento, las formas administrativas son inadecuadas para entender y manejar la complejidad y el volumen de los servicios actuales de asistencia sanitaria. La rigidez normativa en este tipo de actividades diversas y versátiles acaba confiriendo a la burocracia una especie de primacía perversa sobre el fin de atención al consumidor y, en definitiva, a la sociedad. El SNS debería, sin embargo, permitir aplicar, sin menoscabo de su finalidad fundamental, las modernas técnicas de gestión empresarial que conllevan agilización de los trámites, definición de responsabilidades y delegación de autoridad. Aunque el SNS no pretende ningún beneficio económico, debe sentir, como cualquier compañía mercantil, la preocupación por los “niveles de servicio, la calidad del producto, el cumplimiento de los presupuestos, la reducción de costes, la productividad, la motivación y retribución del personal, la investigación y

<sup>6</sup> Véase la comparecencia del señor Presidente de la *Comisión de Expertos encargada del análisis y evaluación del Sistema nacional de Salud* (Abril Martorell) para informar de las conclusiones de la citada Comisión, creada por resolución del Congreso de los Diputados de fecha 13 de febrero de 1990, solicitada por el Grupo Parlamentario Socialista. La sesión se celebró el miércoles, 25 de septiembre de 1991 (Cortes Generales. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 306, 991). La señora Maestro Martín, del Grupo de Izquierda Unida, denunció la importante presencia en la Comisión de los intereses de la sanidad privada, “que se expresan en la vinculación económica, en la dependencia, de siete de los nueve miembros que componen la Comisión Abril Martorell”, así como la presencia de Farmaindustria y de la Federación de Clínicas Privadas en varias de las subcomisiones que se crearon para analizar la sanidad y que participaron en la redacción final del informe. Asimismo, se criticó que la Comisión hubiera partido de “criterios exclusivamente económicos, que no son técnicos, desgraciadamente sesgados. Los criterios económicos, al margen de criterios de equidad, de criterios de participación de la población, son criterios que tienen más que ver con la empresa privada, con la eficiencia contemplada desde el punto de vista del capital, que se contraponen absolutamente a la eficiencia desde el punto de vista del servicio público”.

desarrollo, y, a largo plazo, ‘la viabilidad de la empresa’. Es más, proponía la conversión de los hospitales en entes instrumentales para facilitar la creación de un mercado interno dentro del ámbito sanitario y entre diversos centros públicos y privados, pero sobre todo entre los públicos a través de la creación de entidades instrumentales.

Efectivamente, se concluyó que en las unidades de provisión de asistencia sanitaria y de propiedad pública sería necesario impulsar una verdadera autonomía financiera y patrimonial, de modo que crecientemente pudieran tener plena capacidad de obrar y de contratar y obligarse, requisitos que definen el vértice de las responsabilidades e impiden que éstas se transfieran más arriba. Para ello, los hospitales y otros centros de servicios sanitarios podrían transformarse en sociedades estatales que, en su funcionamiento, quedarían sometidas al derecho privado. Esta situación haría posible la autonomía responsable de la gestión y la posibilidad y motivación para captar ingresos adicionales, sin perjuicio de controles posteriores de gasto, tanto o más exigentes que los actualmente establecidos.

Por lo que respecta a las fórmulas de gestión indirecta de la sanidad, entre otras muchas propuestas, se planteó la introducción de una progresiva separación entre las competencias de financiación y ‘compra’ de servicios sanitarios y las funciones de gestión y provisión, lo que permitiría una diferenciación nítida entre los principales actores del Sistema y el reconocimiento de sus respectivas responsabilidades, y constituiría un requisito necesario para la mejora de la efectividad y eficiencia del conjunto<sup>7</sup>. Según esta organización, la autoridad administrativa establecería las normas generales reguladoras de la asistencia sanitaria y asignaría los recursos financieros disponibles a los que han de actuar como ‘compradores’ de

servicios para la población ‘afiliada’ en su territorio. Las funciones de ‘comprador’ se realizarían a través de contratos con los proveedores públicos o privados de servicios sanitarios. La obligación fundamental del ‘comprador’ gestor de área sería la de conseguir para su población ‘afiliada’ la mejor calidad en los servicios con los recursos disponibles.

Separar la financiación (pública) de la provisión de servicios (pública y privada) como punto principal para mejorar la eficiencia. Esta separación, que constituye también un criterio fundamental en las reformas proyectadas en algunos sistemas sanitarios europeos, permitiría introducir un cierto grado de competencia entre los proveedores, de forma que fuesen premiados aquellos que presten una atención eficiente y, por otra parte, crearía las bases para ampliar la libertad de elección del usuario.

Este llamado ‘mercado interno’ produciría un cierto estímulo competitivo entre las unidades de provisión de servicios (hospitales, centros de salud, etc.) que debería suscitar mejoras en la calidad y el coste de las prestaciones. Por otra parte, la competencia proporcionaría al usuario un mayor margen de elección entre los proveedores. Los contratos, que especificarían la calidad, la cantidad y el precio de los servicios previstos, serían la base fundamental de las relaciones entre ‘compradores’ y proveedores de servicios. De esta forma, los ‘compradores’ podrían progresivamente responsabilizar a los proveedores de su rendimiento<sup>8</sup>.

Por lo que respecta a la colaboración con el sector privado, se recomendaba la provisión de asistencia sanitaria al SNS con medios distintos de los públicos. La sanidad privada, desarrollada hasta la fecha en compartimentos muy estancos, tiene que ser el soporte de la complementariedad y un elemento

---

<sup>7</sup> Según el informe, en aquel momento en el Insalud (tanto Administración Central como Autónoma) concurren simultáneamente las responsabilidades de financiación, de ‘compra’ y de provisión de servicios (salvo farmacéuticos). Esta acumulación de funciones contrapuestas impide responsabilizar a un conjunto más numeroso de actores, y produce una gestión exageradamente centralizada con escasa o nula delegación de responsabilidades. Así, la responsabilidad de los menores defectos de gestión se transfiere a la cúpula de la estructura centralizada y de ahí al estamento político, que acaba siendo el ‘chivo expiatorio’ de los errores de unos, de las exigencias de otros y de las disfunciones que intrínsecamente comporta un sistema centralizado. Por si fuera poco, el Insalud actúa de acuerdo con principios ajustados al Derecho Público, absolutamente incapaces de impulsar, en términos jurídicos correctos, el dinamismo y agilidad necesarios para la gestión de asistencia sanitaria. El Derecho Público podría servir eventualmente para las funciones de financiación y ‘compra’, pero de ninguna manera puede adecuarse a la de gestión.

---

<sup>8</sup> En cuanto a la financiación del sistema, mencionaba que los centros sanitarios podrían obtener ingresos adicionales, a través de actividades propias como la docencia y por la oferta de servicios hoteleros complementarios, tales como restauración, cama de acompañante, etc., facturados a su coste real. Los usuarios deberían participar, aunque minoritariamente, en el pago de los servicios. Las cantidades serían, en principio, casi simbólicas y dirigidas principalmente a aumentar la percepción de los costes y crear el sistema de facturación. Por lo que respecta a las prestaciones, debería crearse el concepto de ‘prestación adicional’ o ‘complementaria’ para aquellas otras que, no formando parte del núcleo básico exigible de asistencia sanitaria, pueden irse introduciendo con una cofinanciación del usuario. En todo caso, no formarían parte de un concepto exigible sino discrecional, cuya financiación podría graduar el Sistema según las circunstancias socio-económicas del usuario y los recursos disponibles.

necesario para devolver eficiencia al sistema en general, debiendo entrar a un régimen de mayor participación y competencia leal. Según el informe, un nuevo esquema organizativo, con separación neta entre compra y financiación de servicios, permitiría profundizar en la complementariedad que la Ley General de Sanidad señala para el aprovechamiento eficiente de todos los recursos. El sector privado que vinculase su actividad a las reglas del juego tendría oportunidad de competir, en términos de seguridad jurídica, con los proveedores de titularidad pública. Esta nueva situación de competencia leal serviría también de aliciente para promover una mayor eficiencia entre los proveedores públicos, imprescindible para la regeneración global del Sistema. Según pondría después de manifiesto el propio Abril Martorell (pág. 8705 del Diario de Sesiones de 25 de septiembre de 1991, nº 306) la colaboración de la sanidad privada está prevista en la propia Ley General de Sanidad, donde se dice que la provisión privada es complementaria de la pública. “Nosotros decimos que debe estar al mismo nivel, que debe ser considerada como un instrumento que colabora a los fines públicos de la sanidad y, por tanto, debe ser tratado con lealtad, con objetividad. Debe ser estudiado y los elementos de comparación que tengan, sobre eficacia, costes, etcétera, deben ser incorporados por el elemento público”.

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 competencia o “mercado interno”. Sin embargo, la existencia de gestión pública y privada, en el campo de las prestaciones sanitarias públicas, se ha desarrollado hasta el momento en compartimentos estancos, sin que se hayan obtenido datos comparativos sobre sus respectivos funcionamientos, al menos con una metodología explícita y criterios rigurosos de contrastación.

En lo atinente a la contratación externa, otro de los mayores obstáculos en la mejora de la gestión de los actuales servicios sanitarios (sobre todo, los hospitales) es el alto número de actividades heterogéneas que desarrollan desde su actividad principal, la atención médica, hasta su función hostelera (cafetería, cocina, lavandería, etc.), pasando por la atención continuada de enfermería y la compleja ingeniería de mantenimiento. Este heterogéneo panorama complica las relaciones laborales, dificulta las exigencias de calidad, produce deslizamientos hacia una artificial homologación con el personal facultativo, aumenta la vulnerabilidad del centro y, en su conjunto, el sistema

se conduce como si viviera en una primitiva fase de autarquía. Por el contrario, en la sociedad avanzada de hoy, con todo tipo de servicios, se procura generalmente “hacer con medios propios sólo aquello que no puede hacerse con medios ajenos”. En el futuro del Sistema Nacional de salud, en el que se producirá un dinamismo muy vivo, originado por el aumento del gasto sanitario total y por los numerosos avances tecnológicos, la ductilidad que permite la subcontratación, más aún, la contratación externa (*contracting out*) debería ser, sin duda, un mecanismo de gestión fundamental. Además, las unidades clínicas que se estructuren como centros de coste-beneficio autónomos podrían operar, en la práctica, como unidades contratadas, con lo que se recuperaría una dimensión más humana que permite un clima de participación y motivación para el profesional.

Unos años más tarde, el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 18 de diciembre de 1997, aprobó el *informe de la Subcomisión Parlamentaria para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud*, en el que se volvía a insistir en estas mismas ideas. En sus conclusiones consideró que en materia de organización y gestión era preciso, entre otras medidas, impulsar la autonomía en la gestión sanitaria, potenciando la separación de las funciones de planificación, financiación, compra y provisión de servicios, configurando los centros asistenciales como organizaciones autónomas, con facultades de decisión efectivas y responsables, dotándoles de órganos de gobierno operativos y participativos, facilitando la extensión de las nuevas formas de gestión a toda la red de asistencia pública y compatibilizando el establecimiento de garantías en la correcta prestación del servicio público con la aplicación de mayores cuotas de autonomía. Se trataba de crear en lo organizativo un “mercado interno sanitario” entre centros, acompañado del reconocimiento al paciente de la libre elección de centro y profesional sanitario<sup>9</sup>.

---

9 El objetivo final no era otro que el de impulsar la competencia entre proveedores en el marco de un mercado sanitario regulado y establecer la libre elección de médico y centro, ambas con las limitaciones que la organización de los Servicios imponga y referidas al ámbito de los Servicios de Salud correspondientes. *Aprobación por el Pleno de la Cámara del Acuerdo de la Comisión de Sanidad y Consumo, relativo al Informe de la Subcomisión, constituida en su seno, para avanzar en la consolidación del Sistema Nacional de Salud mediante el estudio de las medidas necesarias para garantizar un marco financiero estable y modernizar el Sistema Sanitario manteniendo los principios de universalidad y equidad en el acceso*. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 7 de enero de 1998, serie D, nº 230, [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L6/CONG/BOCG/D/D\\_230.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L6/CONG/BOCG/D/D_230.PDF)

### III. ALGUNOS EJEMPLOS QUE EVIDENCIAN UN RETORNO HACIA LO PÚBLICO

Son varios los ejemplos que podemos encontrar en las distintas experiencias autonómicas, en las que se han producido importantes cambios organizativos que suponen un abandono de algunas de las fórmulas de gestión directa e indirecta más novedosas, un menor protagonismo de los sujetos privados (hospitales y clínicas privadas) a través de la contratación administrativa, una vuelta hacia las formas de gestión directa de la sanidad y, en definitiva, un retorno hacia las normas de Derecho público. Aunque no podría hablarse en modo alguno de generalización de estos cambios ni del modelo, sí que resultan importantes en la medida en que nos permiten evidenciar algunas de las disfunciones y problemas que el empleo de estas fórmulas ha ocasionado al paciente, a los profesionales sanitarios y a la propia organización administrativa. Veamos algunas muestras de estas últimas tendencias.

#### 1. La traslación del informe Abril al ámbito normativo. En especial, el recurso a las fundaciones públicas sanitarias y su evolución

La determinación del marco básico estatal para la regulación de las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos nos remite al *Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud* y a la *Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud*. Se trata de dos importantes instrumentos normativos en los que se ve reflejada la filosofía última inspiradora de estos informes sobre la creación de un mercado interno sanitario. Entre otros aspectos, se proponía separar las funciones de planificación, financiación, compra y provisión de servicios, configurando los distintos centros asistenciales públicos como organizaciones autónomas, con facultades de decisión efectivas y responsables en cuanto a la gestión, y dotar a los centros de órganos de gobierno operativos y participativos, independientes de las entidades compradoras y/o financiadoras, facilitando al mismo tiempo la extensión de las nuevas formas de gestión a toda la red asistencial pública.

Pues bien, el Real Decreto Ley, que adoptó el Gobierno del Partido Popular (PP) y que después fue convalidado sin los votos del principal partido de la oposición, el Partido Socialista Obrero Español

(PSOE), se adoptó con la finalidad de ampliar las formas organizativas de la gestión que diseñó la Ley General de Sanidad a cualquier forma de personificación “pública o privada”. La creación de entes instrumentales a través de la técnica de la descentralización funcional era el primer paso para crear las condiciones de un mercado interno sanitario. Para ello, la fórmula escogida recoge nuevas posibilidades para la gestión de los servicios sanitarios. La gestión directa comprende también la creación de otros entes públicos, dotados de personalidad jurídica y diferentes de las entidades públicas a las que se refería en aquel momento el artículo 6 de la Ley General Presupuestaria (Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre). Se mencionaba específicamente la figura de la fundación y del consorcio, al ser dos fórmulas organizativas que permitían un importantísimo grado de flexibilidad organizativa y de aplicación del Derecho privado. La posibilidad de que la Administración recurriera a las fundaciones había quedado ya establecida en el artículo 6 de la *Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general* (actual Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones). Asimismo, el Real Decreto-Ley posibilitaba la gestión y administración a través de cualquier tipo de entidades creadas por personas físicas o jurídicas privadas.

Según su artículo único, “*en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria podrá llevarse a cabo directamente, o indirectamente mediante cualesquiera entidades admitidas en derecho creadas por personas o entidades públicas o privadas, así como a través de la constitución de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica, pudiéndose establecer además acuerdos, convenios y fórmulas o gestión integrada o compartida*”.

Con ello se trataba de generalizar y dar cobertura a determinadas fórmulas que ya se habían anticipado en algunas legislaciones autonómicas que ya tenían transferidas las competencias sanitarias. Se explicó este importante cambio organizativo en la necesidad de buscar otras fórmulas organizativas más flexibles para hacer frente a las exigencias de eficiencia y rentabilidad social de los recursos públicos que las Administraciones sanitarias tienen planteadas. Se buscaba también promover el sentido de la responsabilidad en el marco de una organización tan compleja como la sanitaria a través de una efectiva separación

progresiva entre las competencias de financiación y compra de servicios sanitarios y las funciones de gestión y provisión.

Posteriormente se tramitó como ley y se aprobó la Ley 15/1997, alcanzando un importante grado de consenso. Esta vez, la norma fue apoyada por el PSOE y por los demás grupos parlamentarios que ya habían apoyado la norma anterior, salvo Izquierda Unida, una vez que el ámbito de las entidades que podrían constituirse a su amparo se redujo a “cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho<sup>10</sup>”. Esta ley venía a moderar considerablemente esta nueva filosofía de organización y gestión de los servicios públicos. Así, reconducía y acercaba las formas de personificación hacia el ámbito de lo público, mencionaba expresamente que la sanidad seguía siendo un servicio público y que el recurso a cualquiera de las nuevas fórmulas de gestión directa o indirecta se haría “garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público”. También demostraba su interés por la buena marcha del servicio al establecer la obligación de los respectivos gobiernos, una vez decidida la forma jurídica a utilizar para la gestión de sus centros y servicios sanitarios, de establecer también el régimen de garantías de la prestación, su financiación y, en su caso, las peculiaridades en materia de personal que correspondieran.

El ejercicio de la potestad para optar por una u otra fórmula de gestión se atribuye, en dicho artículo único, al Gobierno, y a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas —en los ámbitos de sus respectivas competencias—, a quienes corresponde determinar las formas jurídicas, órganos de dirección y control, régimen de garantías de la prestación, financiación y peculiaridades en materia de personal de las entidades que se creen para la gestión de los centros y servicios sanitarios. El desarrollo reglamentario de este nuevo régimen jurídico organizativo se realizó a través del **Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, de desarrollo de nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud**, que dispuso que la gestión y administración de los centros, servicios

y establecimientos sanitarios podría llevarse a cabo a través de fundaciones, constituidas en aquel momento al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, consorcios, sociedades estatales y fundaciones públicas sanitarias (introducidas por el art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social), así como mediante la constitución de cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, de tal manera que fuera cual fuera la forma de gestión, directa o indirecta por la que se optara, la titularidad del servicio público sanitario la mantuviera la Administración en todo caso (en ese sentido, STC 84/2015, de 30 de abril).

Una de las más importantes novedades organizativas que permitía esta nueva regulación fue el recurso a las fundaciones como fórmula de prestación de servicios. La Ley 15/1997 mencionaba expresamente la posibilidad de que la Administración sanitaria pudiera recurrir a la creación de fundaciones para la prestación del servicio público. Al amparo de la ley de 1994 se crearon en el territorio INSALUD las Fundaciones-Hospitales de Alcorcón y Manacor, como fundaciones de naturaleza privada, pero con titularidad pública. Se regían por la Ley de Fundaciones y sus empleados eran contratados laborales sometidos al Estatuto de los Trabajadores. Dada la existencia de personal estatutario en los hospitales públicos, esta figura solo resultaba aplicable para la creación de nuevos hospitales y no resultaba apropiada para la conversión en fundaciones de los hospitales ya existentes<sup>11</sup>.

Estas limitaciones motivaron una regulación expresa de esta figura a través del art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que creaba las llamadas Fundaciones Públicas Sanitarias como organismos públicos adscritos al INSALUD. Se regulan por las disposiciones contenidas en el este artículo, por lo que se refiere al ámbito del Instituto Nacional de la Salud, y por la normativa específica de cada Comunidad Autónoma, en lo referente a las fundaciones públicas sanitarias que se pudieran crear en sus respectivos ámbitos territoriales.

10 FREIRE, José Manuel, “Comentario crítico sobre las fundaciones sanitarias públicas”, *Foro de Seguridad Social*, n.º 1, marzo de 2000, págs. 29 y 30, explica que el consenso que se alcanzó con esta ley para su aprobación debía entenderse limitado a la autorización para crear centros piloto, que, tras un periodo de tiempo razonable, permitieran evaluar las nuevas formas de gestión, desde el punto de vista de su contribución a la mejora de la eficiencia, la calidad, la satisfacción de la población y la respuesta a las necesidades sanitarias de la población con equidad en el acceso. El trabajo está disponible en el siguiente enlace: [http://atass.org/foross/01/Foro\\_SS\\_01.pdf](http://atass.org/foross/01/Foro_SS_01.pdf)

11 FREIRE, José Manuel, “Comentario crítico sobre las fundaciones sanitarias públicas”, *Foro de Seguridad Social*, n.º 1, marzo de 2000, pág. 31, pone de manifiesto el tratamiento presupuestario que daba el INSALUD a este tipo de entidades. Daba el mismo trato que a los centros concertados, esto es, como si fueran ajenos. El trabajo está disponible en [http://atass.org/foross/01/Foro\\_SS\\_01.pdf](http://atass.org/foross/01/Foro_SS_01.pdf)

En realidad, la nueva figura tenía mucho que ver con las Entidades Públicas Empresariales definidas ahora en la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público, con la excepción de que el personal no puede ser laboral, sino estatutario. Como ha destacado Freire, en este sentido hubiera sido más sensato llamarlas “Empresas Hospitalarias Públicas”, ya que el apelativo de “Fundación” tiene un sentido legal muy diferente al que se utiliza en las Fundaciones Públicas Sanitarias. Las fundaciones son parecidas a las entidades públicas empresariales en su funcionamiento y naturaleza, pero difieren de ellas, sin embargo, entre otras cuestiones, en la constitución, modificación y extinción que sólo necesita autorización del Consejo de Ministros y en el régimen de personal. Las fundaciones públicas sanitarias han sido configuradas como organismos de naturaleza pública y de titularidad asimismo pública. Las fundaciones públicas sanitarias se configuran como la adecuada adaptación al ámbito sanitario de las entidades públicas empresariales recogidas en aquel momento en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, armonizando la descentralización de la gestión y el mantenimiento del régimen estatutario del personal.

Las fundaciones sanitarias formaban parte de una estrategia de la Administración destinada a cambiar la gestión de los centros sanitarios públicos de acuerdo al modelo de gestión privada. Como razones para justificar este cambio sus promotores alegaban la necesidad de acabar con la rigidez administrativa y la burocracia de los hospitales públicos, transformándolos en empresas de gestión autónoma y descentralizada, dotadas de gran autonomía y transparencia, con capacidad para incentivar adecuadamente a sus trabajadores y permitirles participar activamente en la gestión del centro y de sus servicios<sup>12</sup>. Lo más peculiar de esta figura es su personal. Con carácter general, se rige por las normas de carácter estatutario, aunque también permitía la incorporación de personal que ostentara vinculación de carácter funcional o laboral, al que le sería de aplicación su propia normativa. El personal directivo, que se determina en los estatutos de la entidad, puede también contratarse

conforme al régimen laboral de alta dirección, previsto en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto. Si la designación recae en quien ostente vinculación como personal estatutario fijo o funcionario de carrera, podrá efectuarse nombramiento a través del sistema de libre designación. Su contratación se someterá a la legislación de contratos del sector público. Las Disposiciones adicionales quinta y sexta prevén un procedimiento para la conversión de los actuales centros sanitarios existentes con la intención de preservar el régimen estatutario del personal que presta sus servicios en dichos centros sanitarios. Estos centros sólo podrían adquirir personalidad jurídica mediante su conversión en fundaciones públicas sanitarias o a través de la constitución de consorcios siguiendo el procedimiento establecido en la Disposición adicional sexta, que se caracteriza básicamente por su carácter voluntario y por la participación del personal afectado por el proceso de transformación.

Al amparo del nuevo marco normativo se crearon algunas fundaciones como la Fundación Hospital de Calahorra, el Hospital Universitario Fundación Alcorcón, la Fundación Hospital de Manacor y la Fundación Hospital Son Llàtzer en Baleares. También en Galicia se optó de modo importante por esta figura. No obstante, como destaca Zambonino Pulito, aunque se crearon al amparo de estas normas, la lectura atenta de sus estatutos las muestra más bien como entidades de naturaleza jurídico-privada que difícilmente encajan en esta categoría de entidades de naturaleza pública, lo cual deja en la práctica sin contenido esta precisa figura<sup>13</sup>.

La introducción de estas nuevas formas organizativas que buscaban huir del Derecho Administrativo para lograr una mayor flexibilidad y autonomía en su gestión, fue objeto de importantes críticas al entender que el modelo respondía a una visión mercantilizada del sistema sanitario y de los incentivos que operan en él. Como recomendaron el informe Abril en 1991 y el Informe de la Subcomisión de 1998, se buscaba a través de su autonomía y responsabilización generar un “mercado interno sanitario”. Se corría el riesgo de que este modelo acabara sustituyendo los valores del servicio público por la lógica mercantil de la competencia, provocando una degradación de los valores inspiradores de la sanidad que ofrece el Sistema Nacional de Salud. Se reprochó a las fundaciones que fragmentaran organizativa y gerencialmente

12 MARTÍN GARCÍA, M., RUÍZ HERVELLAB, V. y SÁNCHEZ BAYLE, M.A., “Satisfacción laboral en el personal de las fundaciones sanitarias en Galicia”, *Revista de Administración Sanitaria* nº 3 (2), 2005, pág. 304. En su estudio concluyen que en estas fundaciones estudiadas existen unas plantillas jóvenes satisfechas con su profesión y con una actitud positiva hacia el desarrollo de la misma y hacia sus compañeros, así como una insatisfacción laboral elevada. La mayor parte de los profesionales consideran mejores los centros de gestión pública y se trasladarían a los mismos si pudieran.

13 ZAMBONINO PULITO, María, “Reformas en la gestión directa de los servicios sanitarios. ¿Huida o vuelta al Derecho Administrativo?”, *Revista General de Derecho Administrativo* 41, 2016, pág. 35.

la organización de los servicios sanitarios públicos, transformándolos en un conglomerado de pseudoempresas sanitarias en la que cada una busca su propia cuenta de resultados, pues la lógica empresarial de estas fundaciones no encaja con la lógica administrativa y, por el contrario, podría suponer disfunciones en las funciones de coordinación de la fundación con el resto de la Administración sanitaria, ya fuera el área de salud o las estructuras de atención primaria. A juicio de Freire, a quien estamos siguiendo, la mayor crítica que podía hacerse a las fundaciones públicas sanitarias era, sin duda, la fragmentación de los servicios sanitarios al paciente y a la población, sustituyendo la cooperación y la coordinación que debe existir entre ambos niveles asistenciales por la competencia y la rivalidad presupuestarias. Alertaba del riesgo de que estas fundaciones trataran de cuadrar y mejorar sus cuentas de resultados traspasando costes hacia la atención primaria, destruyendo las ventajas de la integración de los servicios sanitarios en el territorio del área de salud<sup>14</sup>.

Siendo consciente de los desajustes que podían producirse en la atención integral al paciente y su continuidad asistencial, el Real Decreto 29/2000 había previsto el principio de coordinación y el de cooperación entre todos los centros sanitarios y entre los distintos niveles asistenciales, a través de los órganos directivos y territoriales correspondientes, al objeto de complementar los servicios prestados por cada uno de ellos, pudiendo arbitrarse fórmulas de gestión y administración compartida. Sin embargo, la experiencia de algunas Comunidades Autónomas ha permitido evidenciar que todas estas críticas eran justificadas y que la utilización de estas figuras puede causar importantes disfunciones. Así ha sucedido, por ejemplo, en el caso balear.

Paradigmático ha sido, efectivamente, el caso de la Administración sanitaria de las Islas Baleares con la Fundación Hospital de Manacor<sup>15</sup> creada en el año

1996 y la Fundación Hospital Son Llàtzer, instituida en el año 2001. Ambas fundaciones tienen naturaleza jurídico-privada y eran fundaciones del sector público autonómico al amparo de lo que establece el artículo 55 de la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la comunidad autónoma de las Illes Balears. Posteriormente, una vez transferidas las competencias del Instituto Nacional de Salud a la Comunidad Autónoma se creó la fundación pública sanitaria de carácter asistencial Hospital Comarcal de Inca por medio del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 17 de marzo de 2006 (BOIB núm. 43, de 25 de marzo de 2006), con el cual también se aprobaron sus Estatutos. Puede decirse que se ha producido un paulatino proceso de publicación de estas figuras.

En primer lugar, la experiencia acumulada durante varios años puso de manifiesto la conveniencia de homogeneizar las relaciones de empleo del personal de cada uno de los centros, de las instituciones o de los servicios de salud con la finalidad de mejorar la gestión. Su sometimiento al régimen laboral “constituyó una auténtica barrera profesional” para la formación y el progreso laboral de sus profesionales sanitarios<sup>16</sup>. Para ello, la *Ley 1/2011, de 24 de febrero, de transformación de fundaciones del sector público sanitario de las Illes Balears y de determinación del régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias*, habilitaba a su Administración a establecer procedimientos para la integración directa, con carácter voluntario, en la condición de personal estatutario, en la categoría y titulación equivalente, de las personas que prestan servicios en estos centros, instituciones o servicios con la condición de funcionarios de carrera

*21 de enero de 1997, de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 1996, por el que se autoriza al Instituto Nacional de la Salud a constituir determinadas Fundaciones, al amparo de la disposición final única del Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, aprobándose los correspondientes Estatutos.* Ambas se instituyeron con la naturaleza de fundación privada al amparo de la legislación de fundaciones de 1994, dotadas de personalidad jurídica propia y configuradas como entidades sin ánimo de lucro. En esa búsqueda de mayor flexibilidad y huida de la excesiva burocratización y de las normas de administrativas sobre el personal estatutario, todo su personal era contratado laboral, sometido directamente al Estado de los Trabajadores.

<sup>16</sup> Así se explicita en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de día 28 de octubre de 2011, por el cual se autoriza el inicio del procedimiento de extinción de las fundaciones públicas sanitarias de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y la integración de estas en el Servicio de Salud de las Islas Baleares. Este proceso de integración no fue en modo alguno pacífico. La STSJ de las Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 17 de julio de 2015 anuló los acuerdos que permitían dar al personal indefinido afectado por estos procesos la misma condición que al personal laboral fijo.

<sup>14</sup> FREIRE, José Manuel, “Comentario crítico sobre las fundaciones sanitarias públicas”, *Foro de Seguridad Social*, nº 1, marzo de 2000, pág. 33. El modelo, según el autor, responde a la lógica de “mercado interno” o sanitario de la reforma británica de Margaret Thatcher en el Reino Unido. Allí generó enormes costes administrativo adicionales, ineficiencia burocrática, distorsionó las prioridades sanitarias, puso en marcha incentivos perversos, introdujo el secretismo comercial en las relaciones entre hospitales, toda vez que se concebían los avances médicos locales en una garantía de más ingresos. Generó inestabilidad organizativa, falta de equidad y fragmentación de los servicios, sustituyendo los valores y la ética profesionales y del servicio público por una lógica comercial nefasta.

<sup>15</sup> Esta fundación, junto con la Fundación madrileña del hospital de Alcorcón, fue creada a través de la *Resolución de*



o en virtud de contrato laboral fijo<sup>17</sup>. Con el régimen privado de estas dos fundaciones no sería posible adscribirles personal estatutario, dado que las fundaciones Son Llätzer y Manacor eran entes de naturaleza jurídico-privada que ajustaban su actuación al Derecho privado<sup>18</sup>. Esta ley pretende dar solución al problema de personal planteado y opta por transformar las dos fundaciones del sector público balear en fundaciones públicas sanitarias, entidades que sí que pueden albergar personal estatutario, tal como prevé el artículo 73 del Decreto 29/2000, de 14 de enero.

El segundo movimiento importante en todo este proceso de publicación del sector sanitario fundacional se dio a través del *Acuerdo del Consejo de Gobierno de día 28 de octubre de 2011, por el cual se autoriza el inicio del procedimiento de extinción de las fundaciones públicas sanitarias de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y la integración de estas en el Servicio de Salud de las Islas Baleares*, donde se explican los motivos de este importante cambio. El tiempo transcurrido y la experiencia acumulada han demostrado que el modelo organizativo en el que se situaron las fundaciones sanitarias de carácter asistencial no ha conseguido los objetivos de eficacia, eficiencia y mejora de la calidad de los

servicios propuestos inicialmente. Por ello, la dureza y la profundidad de la crisis económica evidencian la necesidad de llevar a cabo una profunda reestructuración de los entes del sector público autonómico de acuerdo con los principios de racionalización de las estructuras, de simplificación administrativa y de ahorro de costes. La extinción de estas fundaciones y su integración en el Servicio de Salud de las Islas Baleares se ha visto como una mejora de la situación de los profesionales y de la calidad de la asistencia sanitaria, lo que redundará en beneficio de una mayor homogeneidad del sistema sanitario público de las Islas Baleares.

Posteriormente se han seguido dando pasos hasta la total publicación de estas estructuras y su integración en la Administración balear. Por *Acuerdo del Consejo de Gobierno de 30 de marzo de 2012, por el que se aprueba la primera fase del Proyecto de Reestructuración del Sector Público Instrumental de las Illes Balears* (BOIB nº 47 de 31 de marzo de 2012) se aprobó la primera fase del proyecto de reestructuración del sector público instrumental de les Illes Balears, en cuyo punto 1 del anexo se prevén las medidas a adoptar dentro del ámbito funcional de la salud. Se concreta la extinción de las fundaciones públicas sanitarias Hospital Son Llätzer, Hospital de Manacor y Hospital Comarcal de Inca y su integración en el servicio de salud. Posteriormente, y una vez creadas las Gerencias territoriales, por el *Acuerdo del Consejo de Gobierno de 21 de diciembre de 2012, por el que se aprueba la extinción de las fundaciones públicas sanitarias de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y su integración en el Servicio de Salud de las Illes Balears*, se decidió a partir del 1 de enero de 2013 la integración de estas fundaciones en el servicio de salud, lo que implica la pérdida de su personalidad jurídica y la disolución de sus órganos de gobierno. Desde ese momento se produce un importante punto de inflexión en esta materia y se vuelve a la gestión directa desde las Gerencias territoriales que asumen la gestión de los recursos sanitarios de las fundaciones públicas sanitarias y se integran en la estructura competencial y organizativa del Servicio de Salud (las Gerencia de Tramuntana, Migjorn y Llevant —creadas por medio del Decreto 63/2012, de 20 de julio, por el que se establece la estructura orgánica básica del Servicio de Salud de las Illes Balears). Las gerencias asumen la gestión de los recursos sanitarios de las fundaciones que se extinguen. Asimismo, el servicio de salud queda subrogado en la totalidad de las relaciones de personal laboral y de personal estatutario de las fundaciones. Por lo que se refiere al personal laboral propio que no se haya

17 Según su Disposición transitoria primera, el personal laboral al servicio de las fundaciones del sector público Hospital Son Llätzer y Hospital de Manacor queda automáticamente integrado como personal laboral al servicio de las nuevas fundaciones públicas sanitarias en iguales condiciones que hasta este momento le eran de aplicación, mientras no se haya completado el proceso de estatutización. Una vez completada toda la adaptación de las entidades transformadas al régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias, el personal de las entidades transformadas que haya optado por la estatutización debe ratificar esta opción.

18 Sobre los problemas y dudas que han planteado estos procesos de integración de trabajadores privados en el régimen estatutario puede consultarse la STC 20/2017, de 2 de febrero. En ella se analiza la compatibilidad de la normativa autonómica que había establecido el proceso de integración del personal de varios entes instrumentales con lo previsto en la disposición adicional quinta del estatuto marco del personal estatutario (Ley 55/2003), que había previsto que «Al objeto de homogeneizar las relaciones de empleo del personal de cada uno de los centros, instituciones o servicios de salud, y con el fin de mejorar la eficacia en la gestión, las Administraciones sanitarias públicas podrán establecer procedimientos para la integración directa, con carácter voluntario, en la condición de personal estatutario, en la categoría y titulación equivalente, de quienes presten servicio en tales centros, instituciones o servicios con la condición de funcionario de carrera o en virtud de contrato laboral fijo». Dicha integración afectaba al personal de la Unidad Central de Radiodiagnóstico, que es una empresa pública con forma de entidad de derecho público; al hospital de Fuenlabrada que también tenía la condición de empresa pública con forma de entidad de Derecho público y a la fundación hospital de Alcorcón que, si bien se creó por el Instituto Nacional de la Salud al amparo de la disposición final única del Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, había sido transferida a la Comunidad de Madrid.

acogido a los procesos de estatutarización, durante el año 2013 se llevarán a cabo las actuaciones necesarias para adecuar sus condiciones de trabajo al IV Convenio Colectivo para el personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Los puestos de trabajo de este personal serán declarados “a extinguir”. En los mismos términos se decidió también la disolución de la entidad pública empresarial Gestión Sanitaria de Mallorca<sup>19</sup> (GESMA).

Se trata, en todo caso, de un importante ejemplo que ha permitido sacar a la luz las importantes disfunciones que crea este modelo y la conveniencia de volver hacia el ámbito de lo público.

## 2. El proceso de “publicación” de los consorcios sanitarios. Algunas experiencias autonómicas que evidencian la ventaja de su integración en la Administración

Los consorcios sanitarios son una figura muy utilizada en algunas Comunidades Autónomas porque permiten buscar el modelo idóneo de colaboración para cada caso concreto a través de la gran flexibilidad que aportan sus estatutos<sup>20</sup>. Como fórmula de gestión de los servicios sanitarios resultan especialmente significativos en algunas Comunidades Autónomas, como la catalana, donde los consorcios han permitido involucrar en la atención sanitaria, no solo a varias Administraciones, especialmente a la Administración local que posee todavía importantes infraestructuras asistenciales y hospitalarias propias, sino también a sujetos privados, tradicionalmente entidades privadas sin ánimo de lucro (art. 7.2 *Ley 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria de Cataluña*). Siguiendo a Zambonino Pulito, pueden citarse, a modo de ejemplo y como más significativos, el Consorcio Sanitario Integral, el Consorcio Sanitario de Barcelona, el Consorcio Sanitario de Terrassa o el Consorcio Hospitalario de Vic<sup>21</sup>.

19 Acuerdo del Consejo de Gobierno de 21 de diciembre de 2012 por el que se aprueba la extinción de la entidad pública empresarial Gestión Sanitaria de Mallorca y su integración en el Servicio de Salud de las Illes Balears.

20 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, *Los consorcios en el Derecho español: (análisis de su naturaleza jurídica)*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1974, p. 406 y 407.

21 ZAMBONINO PULITO, María, “Reformas en la gestión directa de los servicios sanitarios. ¿Huida o vuelta al Derecho Administrativo?”, *Revista General de Derecho Administrativo* 41, 2016, pág. 29.

El Real-Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD, entre las fórmulas de gestión directa descentralizada hacía expresa referencia a los consorcios. No obstante, la Ley 15/1997 omitió hacer alusión expresa a los mismos. Ha sido posteriormente, en plena crisis económica y a través de la disposición adicional décima de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Ley de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, cuando se han incorporado a este texto añadiendo una nueva disposición adicional única, en la que se determina su adscripción, su régimen jurídico, presupuestario y contable y de personal. Podría decirse que se produce en esta materia un punto de inflexión y se reconduce el régimen del consorcio hacia el ámbito del Derecho Público, especialmente en materia de régimen jurídico de su personal. Ello, obviamente, ha supuesto una pérdida importante de flexibilidad en su utilización.

Los consorcios, efectivamente y tal como ha explicado José María Sánchez, constituían una figura versátil e idónea como lugar de convergencia de diversas instituciones, un perfecto mestizaje administrativo donde confluyen diversas Administraciones públicas con entidades sin ánimo de lucro. Estas entidades han supuesto siempre fórmulas muy flexibles para la gestión, toda vez que sus estatutos se caracterizaban por la libertad de pactos en su constitución, que se reflejaba en los convenios de colaboración suscritos para establecer el pacto constitutivo en los que se determinaba su composición, organización de intereses, aportaciones patrimoniales, derechos de los asociados, competencias respectivas, número de representantes, finalidades. En dichos estatutos los partícipes regulaban su régimen orgánico, funcional, patrimonial, contable y financiero. La idea de pacto, voluntariedad e independencia son ideas consustanciales a la figura del consorcio<sup>22</sup>.

Su régimen jurídico ha sufrido modificaciones importantes en los últimos años y de forma paulatina. Especialmente significativas fueron las reformas introducidas por la *Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, cuya disposición final segunda introdujo una nueva disposición adicional vigésima en la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Con esta reforma se

22 JOSÉ MARÍA SÁNCHEZ, Francesc, *El triste final de los Consorcios Sanitarios* (8 de enero de 2015), blog de los Juristas de la Salud, disponible en <http://www.ajs.es/blog/el-triste-final-de-los-consorcios-sanitarios/>.

introducía un nuevo régimen jurídico para los consorcios que requería la adscripción del consorcio a alguna de las entidades participantes, lo que determinaba automáticamente que quedaba sujeto al régimen de presupuestación, contabilidad y control de la Administración de adscripción. Consecuencia inmediata de ello es la integración del consorcio en la contabilidad pública de la Administración de adscripción y la auditoría a realizar por dicha Administración<sup>23</sup>.

Asimismo, les quitaba flexibilidad por las normas tan rígidas que exigía en materia de personal. A partir de ese momento, el personal de los consorcios podría ser funcionario o laboral, pero debía proceder exclusivamente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes. Su régimen jurídico sería el de la Administración pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrían superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquélla. Como ha destacado Font I Llovet, en su conjunto, el resultado es una regulación desconfiada con esta probada fórmula de cooperación interadministrativa y poco flexible para hacer frente a las variadas situaciones a las que podría dar respuesta<sup>24</sup>.

Un año después se volvieron a introducir modificaciones importantes en su régimen jurídico. Los artículos 12 y siguientes de la Ley 15/2014 de racionalización del sector público regularon el derecho de separación de los miembros de un consorcio: causas, procedimiento, efectos, liquidación del consorcio, plazo de adaptación de estatutos, etc. Sin embargo, dichos preceptos fueron nuevamente derogados al año siguiente con la aprobación de la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público. Aquella norma, sin embargo, introdujo un régimen especial para los consorcios sanitarios modificando la Disposición adicional única de la Ley 15/1997, que no ha sido expresamente derogada. Soluciona el problema que podía plantear la aplicación de los criterios de adscripción de los consorcios. Los consorcios encargados de la prestación de los servicios sanitarios estarán adscritos a la Administración sanitaria responsable de la

gestión de estos servicios en su ámbito territorial de actuación. Su régimen jurídico pasaría a estar contenido directamente en esta misma Disposición adicional y, sólo subsidiariamente y en aquello no regulado en dicha disposición, se aplicaría la normativa que regula con carácter general el resto de consorcios administrativos. Los sometía al régimen de presupuestación, contabilidad y control de la Administración sanitaria a la que estén adscritos, sin perjuicio de su sujeción a lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y obligaba al órgano de control de la Administración de adscripción a llevar a cabo una auditoría de las cuentas anuales del consorcio. También se establecían reglas generales en materia de personal. Sus empleados pueden ser funcionarios, personal estatutario o personal laboral procedente de las Administraciones participantes o laboral en caso de ser contratado directamente por el consorcio. El personal laboral contratado directamente por los consorcios sanitarios adscritos a una misma Administración se someterá al mismo régimen. El régimen jurídico del personal del consorcio será el que corresponda de acuerdo con su naturaleza y procedencia. Estas limitaciones se traducen, sin duda, en una importante pérdida de la autonomía y flexibilidad que aportaban estas figuras a través de sus estatutos, especialmente en lo que respecta a la posibilidad de contratar personal propio y en la determinación de su régimen jurídico mediante los correspondientes convenios.

Finalmente, los consorcios han pasado a regularse en los artículos 118 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Uno de sus puntos más llamativos, sin duda, ha sido la mención expresa al requisito de la falta de ánimo de lucro que la regulación tradicional del consorcio exigía a los sujetos privados para participar en esta peculiar forma de cooperación de entidades públicas entre sí y de entidades públicas a su vez con sujetos privados.

En todo caso, parece que la crisis económica y la necesidad de reorganizar el organigrama administrativo ha llevado a nuestros poderes públicos a realizar una reflexión más sosegada otra esta figura y a reconducirla nuevamente hacia el ámbito de lo público, aunque con importantes excepciones en materia de personal para los consorcios sanitarios. Por ello, no sólo se han realizado estos cambios normativos en el régimen jurídico del consorcio, sino que ha llevado a algunas Comunidades Autónomas a la disolución y liquidación de algunos consorcios en consonancia

23 FONT I LLOVET, Tomás, “La incidencia de la reforma local en el ámbito sanitario: competencias y organización. En especial, los consorcios”, *Revista Derecho y Salud*, volumen 24, 2014, pág. 85.

24 FONT I LLOVET, Tomás, “Organización y gestión de los servicios de salud. El impacto del Derecho europeo”, *Revista de Administración Pública* nº 199, 2016, pág. 268 y 270. Sólo en Cataluña existen 13 consorcios en el ámbito de la salud, con participación mayoritaria de la Generalitat, aunque los hay de composición estrictamente local.

con las medidas de racionalización propuestas por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), para dotar a la Administración del tamaño, eficiencia y flexibilidad que demandan los ciudadanos y la economía del país. En este sentido es destacable la experiencia aragonesa, que ha permitido sacar a la luz las importantes disfunciones que en la atención sanitaria —y desde la perspectiva del paciente— puede causar el hecho de tener dos estructuras públicas encargadas de la misma cosa.

Este cambio nos parece de suma importancia porque permite situar la atención al paciente en el centro de la toma de decisiones. Lo importante no es sólo conseguir una mayor flexibilidad y autonomía para la gestión de los recursos y una presunta mayor eficiencia, sino proporcionar adecuadamente las prestaciones sanitarias sin crear barreras ni compartimentos estancos que afectan, no sólo a la atención que recibe el paciente, sino también a la propia formación de los profesionales sanitarios.

En este sentido resulta paradigmático el análisis del caso que se ha producido en Aragón con el Consorcio Aragonés Sanitario de Alta Resolución, que se ha disuelto para su integración en el servicio de salud autonómico. El Consorcio Aragonés Sanitario de Alta Resolución (Consorcio) es una entidad jurídica pública, de carácter asociativo y voluntario, con personalidad jurídica propia e independiente de la de sus miembros y plena capacidad de obrar, que se constituyó, por modificación y ampliación del anterior Consorcio Hospitalario de Jaca, mediante un convenio de colaboración que suscribieron, el 4 de octubre de 2006, el Gobierno de Aragón, los ayuntamientos de Ejea de los Caballeros, Jaca, Fraga y Tarazona y MAZ Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. Se configura como una entidad del Sistema de Salud de Aragón, conforme a lo previsto en el artículo 25 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, que tiene por objeto dirigir y coordinar la gestión de los centros, servicios y establecimientos de protección de la salud, y de la atención sanitaria, comprometidos en su área territorial de actuación. Reproducimos, por su interés, parte de la exposición de motivos de la *Ley 12/2014, de 18 de diciembre, de medidas para la efectiva integración del Consorcio Aragonés Sanitario de Alta Resolución, en el Servicio Aragonés de Salud*. El análisis de las importantes disfunciones que su funcionamiento suponía para la atención sanitaria llevó a la disolución del Consorcio. Y ello básicamente por los siguientes motivos:

*“Si bien la creación del Consorcio en sus orígenes pudo suponer una experiencia novedosa, tratando de superar algunas limitaciones en los sistemas tradicionales de gestión, la consecuencia actual es que en una parte del territorio se mantienen dos entidades proveedoras de servicios sanitarios públicos, el Servicio Aragonés de Salud y el Consorcio, lo que no significa necesariamente una mejor atención, sino una duplicidad de recursos que, en caso de mal uso, no solo elevan el coste de la asistencia, sino que pueden producir efectos adversos para la salud de la población atendida por la repetición de consultas y pruebas diagnósticas.*

*La unificación de los recursos existentes en ambas entidades permitiría una gestión diferente y más eficiente, manteniendo la actividad y redistribuyendo los recursos sin las limitaciones que la existencia de una gestión dividida ha ocasionado en estos años. Entre los beneficios esperados de una integración del Consorcio en el Servicio Aragonés de Salud, cabe destacar, sin ánimo de exhaustividad, la mejora de la calidad asistencial mediante la unificación de protocolos para reducir la variabilidad injustificada en la práctica clínica; el acceso a una historia clínica única y la consulta directa de resultados de pruebas complementarias; la existencia de un punto de información común para citaciones y gestiones; la mayor facilidad para la formación continuada del personal y su especialización funcional, y una mejora en la eficiencia por la unificación de servicios (asistenciales, logística, nóminas, servicios jurídicos, compras, recursos humanos, gerencia, etc.) y la economía de escala en las compras”.*

En este caso, tal como ha subrayado Zambonino Pulito, asistimos a un giro copernicano en las corrientes descentralizadoras que permite poner de manifiesto que algunas de las medidas descentralizadoras que se adoptaron hace unos cuantos años basándose en una esperada mejora de la calidad del servicio, no han servido para cumplir con su objetivo y, por el contrario, han ocasionado importantes disfunciones, por lo que se suprime una entidad, el consorcio, para integrarse en el Servicio Autonómico de Salud<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> ZAMBONINO PULITO, María, “Reformas en la gestión directa de los servicios sanitarios. ¿Huida o vuelta al Derecho Administrativo?”, *Revista General de Derecho Administrativo* 41, 2016, pág. 31.

### 3. La experiencia privatizadora valenciana y el “modelo Alzira”. ¿Un modelo fracasado o simplemente recuperado? Los problemas de la reversión.

Las normas autonómicas han mantenido en su mayoría el principio de la gestión directa en sus diversas modalidades, aunque algunas Comunidades Autónomas han previsto y utilizado fórmulas de gestión indirecta distintas a las recogidas en la Ley General de Sanidad, esto es, del concierto y del convenio singular. Así, por ejemplo, la Comunidad valenciana recurrió al contrato administrativo de concesión de servicio público para la construcción y explotación de hospitales, o las Comunidades de Castilla y León, Madrid y Baleares al contrato de concesión de obra pública. Sin embargo, nos vamos a detener exclusivamente en el modelo valenciano de “Alzira” por ser un ejemplo paradigmático en la utilización de sujetos privados para la construcción de los centros sanitarios y la gestión del servicio mediante un contrato administrativo de concesión<sup>26</sup>. En este modelo se ha producido un importante punto de inflexión para volver a lo público, a las formas de gestión directa con medios propios.

Este modelo, efectivamente, fue el elegido por el servicio valenciano de salud para prestar atención sanitaria especializada a los pacientes del Departamento de Salud de la Ribera (Alzira) e incluía la construcción de un hospital. Se formó una Unión Temporal de Empresas (UTE) integrada por la entidad aseguradora privada Adeslas, un grupo de cajas de ahorros y empresas constructoras. Se había previsto inicialmente la celebración de un contrato de diez años prorrogables por otros cinco.

Su introducción fue sencilla de vender ante la opinión pública porque la zona de la Ribera no contaba hasta ese momento con ningún hospital. La propia Administración lo promocionó con un perfecto diseño publicitario, como un sistema novedoso que permitía atraer fácilmente a los pacientes en la medida en que posibilitaba el acceso directo a la atención especializada, se les proporcionaba habitación individual y cama para el acompañante. Se trataba de una modalidad de acceso directo que se

conoce como un sistema de “sanidad sin escalones”. La celebración del contrato respondía al esquema de la creación de un mercado interno sanitario que buscaba la competencia con el resto de centros públicos, la generación artificial de un mercadeo de pacientes a cambio de un precio. Para ello se incluía la posibilidad de atención en el Hospital de la Ribera de pacientes de otras áreas de salud por los que se facturaría por proceso atendido, según precios públicos regulados anualmente por la Ley de tasas valenciana. También contemplaba la facturación al hospital de los pacientes atendidos en el resto de hospitales de la red pública remitidos desde el Hospital de la Ribera aunque, en este caso, con una reducción del 15% sobre la tasa pública, es decir con una ventaja adicional a favor de la empresa privada que, si bien cobraba por lo que hacía, pagaba con descuento por lo que a los pacientes de su área le hacían los demás hospitales públicos, generando así una especie de subvención encubierta<sup>27</sup>.

El modelo comenzó a prestar servicios en enero de 1999 y tras varios años acumuló pérdidas millonarias. Como resultado de ello, la UTE renunció al contrato y se inició un proceso de renegociación del contrato inicial para la posterior adjudicación de la nueva concesión a la misma UTE renovada, aunque con unas condiciones financieras muchísimo más ventajosas para ella, con una ampliación de la duración del contrato y con una ampliación del objeto y, por tanto, de las posibilidades de negocio, al incluirse también la atención primaria de los pacientes de la comarca (¿captura del regulador?). Como ha resaltaado la propia Comisión Nacional de la Competencia, la experiencia demuestra que “los procesos de externalización de la gestión sanitaria llevados a cabo por las Comunidades Autónomas han registrado, por lo general, una participación alarmantemente reducida de empresas<sup>28</sup>”.

Según cuenta Sánchez Bayle, a quien estamos siguiendo en este epígrafe, la modalidad elegida de extinción del contrato obligaba al rescate del hospital y a abonar a la concesionaria el importe de la inversión realizada no amortizada y una cantidad por lucro cesante. En el proyecto de presupuestos de Sanidad de 2003 se destinaron a esta operación 43,9 millones

26 El contrato fue impugnado al cuestionarse la legalidad de la concesión administrativa como forma de gestión del servicio público sanitario. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 1925/2000, no obstante, refrendó la legalidad del sistema, estableciendo que no hay reparo legal a la gestión indirecta del servicio sanitario en virtud de una concesión y que el carácter público del sistema no queda cuestionado por la iniciativa en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada.

27 SÁNCHEZ BAYLE, Marciano, *La privatización de la asistencia sanitaria en España*, Documento de trabajo 182/2014, Fundación Alternativas, págs. 24 y ss.

28 Conclusión nº 137 del informe de la Comisión Nacional de la Competencia sobre “*Aplicación de la guía de contratación y competencia a los procesos de licitación para la provisión de la sanidad pública en España*”, 2013, pág. 66.

de euros del capítulo de inversiones, lo que suponía el 40% de la inversión de atención especializada y un 25% de la inversión total de sanidad. Se abandonaron numerosos proyectos de inversión y mejora de la red pública hospitalaria que ya habían sido previstos en presupuestos anteriores. Toda la operación, como denuncia este autor, pareció ser el fruto de una decisión política y un compromiso entre el gobierno valenciano y el concesionario, toda vez que se convocó un nuevo concurso que fue adjudicado a la misma Unión Temporal de Empresas. La cápita del nuevo contrato, al incluir toda la atención y no solo la especializada, se estableció en 379 euros frente a la vigente de 233,7 euros en el primer trimestre 2003. El incremento fue por tanto de más de un 62,1%. El contrato establecía que la actualización anual de la prima por cápita en ningún caso podría ser inferior al IPC, ni superior al porcentaje de incremento anual del gasto sanitario público consolidado del estado para dicho ejercicio. Eso garantizó que, en un contexto de disminución del presupuesto público en sanidad, sólo los departamentos de salud de gestión privada aumentarían su presupuesto, produciéndose un trasvase de fondos del sector público al privado.

Este modelo responde a la perfección a la idea de creación de un mercado interno sanitario. Favorecía la creación de una competencia artificial entre los distintos centros públicos sanitarios, favorecida por el reconocimiento de la libertad de elección de los pacientes y la existencia de un contrato administrativo que permitía la facturación inter centros. Ante la posibilidad de acceder directamente al especialista, de disfrutar de una habitación individual con cama para acompañante o de la epidural en los partos, no es de extrañar que el hospital atrajera a pacientes pertenecientes a otros Departamentos de salud por los que después se facturaba a la Administración sanitaria. De hecho, las valoraciones que realizan los pacientes en cuanto a la calidad del centro y la atención recibida suelen ser muy altas. Esta dinámica podía resultar muy costosa para la Administración al tener que pagar por servicios que ella misma podía prestar directamente en sus propios centros hospitalarios, con la consiguiente merma del presupuesto público. Asimismo, producía importantes disfunciones en la organización de los servicios y prestaciones sanitarias en la medida en que dificultaba la introducción de posibles cambios organizativos o en la planificación de los servicios médicos por la necesidad de cumplir en todo caso con lo previamente estipulado en el contrato. En este sentido resultan paradigmáticas las consecuencias prácticas del modelo. Tradicionalmente se

ha explicado, entre otros aspectos, el recurso a las formas de gestión indirecta y a los sujetos privados por la necesidad de huir de la rigidez de las normas administrativas y al final se acaba reprochando al modelo la rigidez que introduce en la organización y gestión de la sanidad autonómica por la necesidad de respetar y cumplir lo previsto en el contrato administrativo. En este sentido, también se ha criticado que este modelo rompe los criterios de planificación de los recursos hospitalarios públicos, y encaja mal con la lógica de concentrar servicios de alta especialización y baja utilización por criterios de eficiencia y calidad. Por lo demás, puede crear importantes disfunciones al permitir el acceso directo a la atención especializada sin el importante filtro que supone la atención primaria.

Posteriormente se extendió el modelo a otras áreas o departamentos valencianos de salud. Se han llevado a cabo experiencias similares en el Área de Salud 20 de Torrevieja, Área de Salud 12 de Denia, Área de Manises y Área Elche-Crevillente. Como resaltan Minué Lorenzo y Martín Martín, en todos estos casos las empresas sanitarias adjudicatarias están lideradas por una aseguradora sanitaria privada, lo que ha supuesto un importante incremento de la población gestionada por las aseguradoras sanitarias en nuestro país<sup>29</sup>. En la actualidad el 20% de la población valenciana con derecho a la asistencia sanitaria es atendida con el modelo de gestión privada.

Con el cambio de color político y de Gobierno que se produjo como consecuencia del último proceso electoral celebrado en el Comunidad Autónoma valenciana se ha producido un punto de inflexión en esta materia. Se ha dado marcha atrás para recuperar la gestión directa del servicio público sanitario por parte de la Administración, lo que está ocasionando numerosos problemas, especialmente a la hora de decidir qué ocurre con el personal sanitario que presta servicios en esta empresa privada. La disposición adicional 9ª de la *Ley autonómica 21/2017, de 28 de diciembre de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat*, ha previsto expresamente la subrogación de la Generalitat en el personal de la UTE Ribera Salut y habilita a la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública para que desarrolle reglamentariamente la forma de producirse esta subrogación del personal a través de un Decreto.

29 MINUÉ LORENZO, Sergio y MARTÍN MARTÍN, José Jesús, "Gestión privada: ¿más eficiente?", *Actualización en Medicina de Familia*, 9, 2013, pág. 19.

Como es sabido, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que rigen el acceso al empleo público impiden que se pueda producir su integración automática en la Administración. A mayor abundamiento, la disposición adicional vigésima sexta de la *Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 (LPGE)*, con las modificaciones introducidas por la *Ley 6/2018, de 3 de julio*, con una defectuosa técnica jurídica, ha venido a establecer importantes limitaciones para la incorporación de personal laboral propio de estas concesiones al sector público. Como regla general prohíbe que las Administraciones consideren a estos trabajadores como empleados públicos en cualquiera de las categorías que establece el artículo 8 del *Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP)*. Remite directamente a las normas laborales sobre la sucesión de empresas, de modo tal que ni la Administración ni sus entes instrumentales de Derecho público podrán incorporar como empleado público a los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento o por resolución, incluido el rescate y el secuestro o intervención del servicio. Tampoco podrán incorporar al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.

La LPGE crea un vacío jurídico. Este personal rescatado tiene que pasar forzosamente a la Administración, pero, sin embargo, no puede considerarse como empleado público porque así lo prohíbe expresamente el legislador, sin que cree ninguna otra categoría jurídica. La única solución que permitiría nuestro ordenamiento para integrar a este personal sería la creación de una sociedad mercantil o cualquier otro tipo de entidad que forme parte del sector público sin ser Administración, toda vez que el personal de estas entidades no tiene la consideración jurídica de empleado público ni se rige por TREBEP. Tan sólo le resultan aplicables los principios constitucionales y legales que rigen el acceso a la Administración.

Ante esta prohibición, el gobierno valenciano se ha visto obligado a crear una categoría nueva de personal no prevista en la legislación básica estatal y, en consecuencia, de dudosa constitucionalidad. Efectivamente, la *Ley 21/2017, de 28 de diciembre,*

*de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat*, ha establecido las medidas necesarias para organizar la vuelta a un modelo de gestión directa<sup>30</sup> del servicio sanitario a partir del día 1 de abril de 2018. Su disposición adicional octava ha regulado los efectos que la extinción del contrato suscrito entre la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública y la Unión Temporal de Empresas Ribera Salud II. En este caso se aplicará el régimen previsto para la sucesión de empresas (artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores). En consecuencia, la Administración sanitaria (Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública) se va a subrogar en la condición de empleador que la empresa concesionaria, Ribera Salud, ostentaba en todos los contratos de trabajo suscritos para la prestación del servicio. En este caso, dada las dificultades interpretativas que suscita la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017, se ha decidido que todo el personal afectado siga en sus mismos puestos de trabajo, aunque en condición de “personal a extinguir”. Aunque ocupen plazas propias del personal estatutario se les va a permitir seguir realizando sus tareas y con idéntica condición de personal laboral hasta que cese por las causas legales de extinción de los contratos laborales previstas en el Estatuto de los trabajadores. Todo ello a pesar de que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía nº 618 de 10 de marzo de 2014, por ejemplo y en relación con un supuesto similar de subrogación de un Ayuntamiento tras el cese del contratista, consideró que no resulta posible la creación de una categoría especial de empleados públicos ajena al Estatuto Básico del Empleado Público.

Para la ordenación de todo este proceso de subrogación del personal laboral de la UTE en la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública la Ley 21/2017 remite directamente a la elaboración de una

30 Asimismo, como consecuencia de la reversión del contrato y su pase a gestión directa por parte de la Administración, la disposición adicional undécima de esta ley adopta las medidas necesarias para la correcta gestión del hospital comarcal del Departamento de Salud de la Ribera. Para ello, recurre al instrumento de la expropiación forzosa de todas aquellas parcelas y sus construcciones afectas a los accesos y aparcamientos del Hospital de la Ribera y que actualmente se utilizan para el servicio del mismo. Declara la utilidad pública e interés social, así como la urgente de ocupación de todas ellas, así como de las parcelas incluidas dentro de la manzana perteneciente a la red primaria o estructural, calificada como “Dotacional de servicios públicos” (1-Hospital «La Ribera»), por el Plan general de Alzira, con excepción de aquellas parcelas, donde se emplaza la construcción principal del Hospital, y que son ya propiedad de la Generalitat.

norma reglamentaria. Finalmente se aprobó el *Decreto 22/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regulan los efectos de la extinción del contrato de gestión de servicio público por concesión del Departamento de Salud de la Ribera, en materia de personal*<sup>31</sup>. De no haber creado la ley autonómica esta especial categoría jurídica de “personal laboral a extinguir”, una vez producida la extinción de la concesión administrativa solo se podrían haber revertido las instalaciones, el equipamiento y los demás elementos vinculados con el servicio público sanitario, pero no su personal. En este caso, ante la presentación de demandas individuales, debería ser el Juez de lo Social el encargado de declarar formalmente la transmisión de empresas entre la UTE y el Departamento de Salud de la Generalitat conforme a lo previsto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, con la consiguiente subrogación de los trabajadores de la UTE como personal laboral temporal o indefinido de la Administración, según los concretos supuestos que se fueran planteando.

Finalmente, al personal estatutario fijo al servicio de las instituciones sanitarias que en su día hubiera sido declarado en la situación administrativa de servicios bajo otro régimen jurídico por haber formalizado un contrato de trabajo con la empresa concesionaria Ribera Salud (art. 65 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud), se le reconoce un derecho de opción durante tres meses – contados a partir de la fecha de efectividad de la reversión– para mantener la vinculación laboral derivada de la empresa concesionaria o, bien, solicitar la reincorporación al servicio activo como estatutario fijo. El mismo derecho se reconoce al personal estatutario fijo que fue declarado en la situación de excedencia por incompatibilidad, prevista en el artículo 10 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidad del personal al servicio de las administraciones públicas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

31 El Proyecto de Decreto fue objeto de una observación esencial por parte del *Dictamen 150/2018 de 7 de marzo de 2018, del Pleno del Consell Juridic Consultiu de la Comunitat Valenciana sobre el Proyecto de Decreto del Consell por el que se regulan los efectos de la extinción del contrato de gestión de servicio público por concesión del Departamento de Salud de la Ribera en materia de personal*, al considerarlo como un instrumento jurídico no adecuado para ordenar la subrogación. Según dicho Informe, al encontramos en un entorno laboral se ha de aplicar la normativa laboral y las reglas sobre la negociación colectiva, sin que la subrogación del personal, las condiciones de la subrogación o la elaboración del listado de personal afectado pueda realizarse a través de una norma reglamentaria, siendo la negociación colectiva el instrumento más adecuado para ordenarla.

En todo caso, el viraje hacia lo público del hospital de Alzira no es un caso aislado. La nueva legislación valenciana ha optado definitivamente por la gestión directa de la sanidad. La nueva redacción del art. 3.3 de la Ley establece como principio general que el modelo de organización de centros y servicios del sistema valenciano de salud se va a caracterizar preferentemente por la gestión directa, por ser ésta la fórmula que permite una mayor garantía de universalidad, de accesibilidad, de equidad, de no discriminación y de no demora en el acceso a la asistencia sanitaria a los servicios y actuaciones sanitarias y de salud pública. Así lo explicita la exposición de motivos de la Ley 8/2018, de 20 de abril, de la Generalitat, de modificación de la *Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de Salud de la Comunitat Valenciana* (DOGV núm. 8279 de 23 de abril de 2018):

*“La Comunitat Valenciana cuenta actualmente con 24 departamentos de salud. La mayoría de ellos está gestionada de manera directa. A la convicción de que la gestión pública directa es garantía de calidad y equidad se une la necesidad de poder establecer una mejor organización para lograr un mayor aprovechamiento de los recursos públicos. Esto hace necesario garantizar un modelo de gestión de centros y servicios que se caracterice preferentemente por la gestión directa, coherente con la opción preferente por la gestión pública de los servicios sanitarios recogida en esta ley. El fin es asegurar la igualdad efectiva de acceso a los servicios y actuaciones sanitarias, así como una mejor organización del sistema valenciano de salud. Se da preferencia a la gestión directa, porque se considera que es el sistema que da mayor garantía de universalidad, de accesibilidad, de equidad, de no discriminación y de no demora en el acceso de la ciudadanía a los servicios y actuaciones sanitarias y de salud pública. Solo en casos excepcionales, cuando se justifique debidamente su estricta necesidad, será posible acudir a la gestión indirecta de los servicios sanitarios públicos*<sup>32</sup>.

32 *“El nuevo modelo debe responder a una mejor y más adecuada integración de los procesos y sistemas asistenciales y de salud pública o de asistencia sociosanitaria. El objetivo marcado es ofrecer al paciente, en el proceso asistencial, la integración de los diferentes niveles de atención (primaria, secundaria y terciaria), desde que la persona entre en el sistema sanitario, a través de la atención primaria, hasta la terminación de su proceso asistencial. En todo momento garantizando una atención óptima, de calidad, accesibilidad, equidad y eficiencia. Al tiempo, se favorece el trabajo en red entre los profesionales que interactúan en el proceso a nivel interdepartamental. Con ello también se pretende lograr un mejor aprovechamiento y una más adecuada integración e interoperabilidad*



*De este modo, una opción preferente por la gestión pública directa, como se determina en el articulado de esta ley, no es por sí misma excluyente, de otras formas de gestión que, en todo caso, se respetan de acuerdo con la legislación básica y no se afecta en modo alguno a la estabilidad presupuestaria”.*

Además, la ley adopta limitaciones importantes y cautelas cuando intervienen sujetos privados. Así, para garantizar la libre competencia y evitar posiciones de dominio, ninguna persona física o jurídica podrá ostentar, directa o indirectamente, en el ámbito de la sanidad pública valenciana, más del 40 % de las participaciones o acciones en más de un ente titular de un contrato de gestión de servicio sanitario integral en régimen de concesión de un departamento sanitario. También se adoptan previsiones en materia de personal cuando la Administración decida recuperar un servicio sanitario previamente externalizado. Deberán respetarse, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad para el acceso al empleo público. Si la Administración decide prestar directamente un servicio que hasta ese momento viniera prestándose por un operador económico y existe sucesión de empresa, se subrogará en la condición de empleador que la empresa concesionaria ostentaba en todos los contratos laborales. El personal afectado seguirá en sus puestos en condición de personal a extinguir, desempeñando sus tareas y con idéntica condición de personal laboral hasta que cese por las causas legales de extinción de los contratos laborales previstas en el Estatuto de los Trabajadores, con las demás consecuencias laborales inherentes a la subrogación contractual.

#### **4. La experiencia “privatizadora” madrileña y las pautas del Tribunal Constitucional sobre la gestión indirecta de la sanidad**

En la Comunidad Autónoma de Madrid también se ha ensayado un intenso proceso de externalizador que fue bautizado como intento de “privatización” de la sanidad madrileña. Este proceso se pretendió llevar a cabo a través de los arts. 62 y 63 de la Ley 8/2012, que tiene como antecedente el “Plan de Medidas de garantía de la sostenibilidad del sistema sanitario público de la Comunidad de Madrid”. Este plan pretendía la “privatización” de la gestión de seis hospitales (Hospitales Infanta Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo) y

*de los recursos, servicios e instrumentos de gestión actualmente existentes en los diferentes departamentos”.*

los 27 centros de salud de la Comunidad Autónoma, afectando a una población de 1.150.000 habitantes<sup>33</sup>. Ponía de manifiesto la voluntad del legislador madrileño de optar por un modelo de gestión indirecta a través de la concesión administrativa tanto en hospitales como en centros de atención primaria con un determinado sistema de retribución al concesionario en los hospitales, a través de la llamada “capitación” o forma de pago capitativa (es decir, pago de una determinada cuantía por habitante/año).

El Grupo socialista del Senado interpuso un recurso de inconstitucionalidad de esta ley. Reprodujimos algunos de los argumentos utilizados en el recurso porque son claramente indicativos de algunas de las distorsiones y problemas que puede ocasionar la opción por un modelo de gestión indirecta. Entre otros muchos motivos se alegaba que la opción por la concesión administrativa introduciría en la Comunidad de Madrid un doble régimen económico en el aseguramiento de la prestación. En las zonas con concesión regiría un régimen económico contractual con pagos capitativos al concesionario prestador de los servicios, mientras que en las zonas de gestión directa, el régimen económico sería presupuestario, sin recursos económicos prefijados para prestar los servicios porque el Gobierno es libre de fijar las correspondientes partidas presupuestarias. Más de un millón de personas hubieran pasado a encontrarse con su aseguramiento de atención especializada gestionado por empresas privadas comerciales, con el consiguiente riesgo de descapitalización de los hospitales de gestión pública<sup>34</sup>.

Se dudaba, asimismo, de los efectos que el modelo de gestión podía producir en los propios derechos del paciente, toda vez que la Ley 6/2009 y el Decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid 51/2010, de 29 de julio, reconocían a los pacientes madrileños el derecho a elegir profesionales de

33. Para profundizar, nos remitimos a DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica, “Formas de gestión indirecta de los servicios sanitarios y <<privatización>> de la sanidad pública (especial referencia al plan de medidas de la Comunidad de Madrid), *RJUAM*, n° 27, 2013-1, págs. 111 y ss.

34. Ello hubiera sido así basándose en la experiencia de los contratos de gestión privada de los hospitales de Valdemoro y Torrejón, para los que se había previsto una actualización del importe total de su retribución según el IPC y un factor de corrección, lo que hubiera implicado que “indefectible e independientemente de cuál sea la situación económica de las arcas públicas, el contrato obliga a la Comunidad a aumentar la asignación de recursos de forma anual. Por el contrario, en los hospitales de gestión directa pública, su presupuesto anual dependerá de lo que decida el Presupuesto anual de la Comunidad de Madrid”.

atención primaria fuera de su zona básica de salud y a recibir atención especializada en un hospital distinto al de referencia que les corresponda. Con el nuevo modelo, sin embargo, se acabaría creando un sistema de “apartheid sanitario”, en el que se ven atrapados los ciudadanos de territorios con atención especializada concesionada, negando en la práctica la noción de área sanitaria única proclamada en la ley. Afirman los recurrentes que, en los territorios de gestión sanitaria directa por el Servicio Madrileño de Salud con régimen económico presupuestario, si un hospital carece de los medios o de las especialidades necesarias para tratar a un paciente, existe una jerarquía de hospitales de segundo nivel, con más especialidades o recursos, a los que el paciente es remitido. La financiación de los hospitales con gestión directa se realiza por el sistema de “presupuesto global” y se determina en los presupuestos como un programa, vinculado con un contrato de gestión suscrito entre la dirección del hospital y la del Servicio en el que se detallan los objetivos de actividad y calidad para el año. El sistema de referencia de pacientes en este ámbito es básicamente “cooperativo” pues exige la colaboración entre hospitales de menor complejidad y otros de mayor nivel, así como con los hospitales de agudos y crónicos, sin que existan impedimentos ni incentivos para tratar pacientes de otras áreas de referencia hospitalaria. Por el contrario, en los hospitales de los territorios de gestión indirecta se genera un sistema “competitivo”: si un paciente de su zona es atendido en otro hospital, deberá abonar a la Administración sanitaria el pago establecido y si el hospital concesionario atiende a un paciente ubicado fuera de su zona, percibirá el pago correspondiente, de modo que en este sistema se generan incentivos para tratar o no a los pacientes en función del coste del tratamiento y de “que sean ajenos o propios (se gana más o se gana lo mismo)”. Nuevamente aparece aquí la filosofía inspiradora del mercado interno sanitario.

Según los recurrentes, este sistema de financiación contractual capitativa acarrearía importantes riesgos. Conduciría a prácticas de dudosa racionalidad pues los hospitales de gestión privada tienen un alto interés en atraer procedimientos sencillos y de costes variables bajos, susceptibles de hacer marketing por variables hoteleras o paraclínicas. El hospital público que deja de prestar servicio al paciente pasa a subsidiar al hospital privado pues solo se ahorra el coste variable, dado que los costes fijos están presupuestados. Los recurrentes también denuncian la existencia de un riesgo cierto de desplazamiento injusto de los costes de los hospitales privados a los

públicos sin que existan mecanismos claros y eficaces de control de esta desviación. La suma de ambos procesos puede dar lugar a un panorama en el que “los hospitales privados se especializan en retener y atraer procesos y pacientes sencillos, y a derivar otros complejos, costosos y con alta ocupación de camas”, de modo que sustituyen “pacientes caros que bloquearían las camas y recursos, por otros más ligeros a los cuales se les puede facturar a precios medios, a la vez que se amplía la capacidad asistencial para pacientes que sólo gastan los costes variables asociados a su atención”.

Asimismo, denuncian la ausencia de mecanismos eficaces para contrarrestar los incentivos económicos empresariales en conflicto de interés potencial con las obligaciones sanitarias asumidas por el concesionario, y la ausencia, tanto normativa como práctica, de mecanismos de tutela pública de los derechos sanitarios de ciudadanos y pacientes del territorio concesionario ya que los hospitales concesionados no disponen de un contrato programa o contrato de gestión, como tienen los de gestión directa, en los que se especifiquen los servicios a prestar y los estándares de calidad y la Administración sanitaria no cuenta en estos hospitales con representantes ante los cuales los ciudadanos y pacientes puedan presentar reclamaciones.

La STC 84/2015 de 30 abril, al igual que ya hicieran antes las Sentencias del Tribunal Constitucional número 37/1994, de 1 de febrero, y número 213/2005, de 21 de julio, declaró finalmente la inconstitucionalidad de algunos de estos preceptos porque la preferencia que había establecido la ley en la adjudicación de los contratos para las sociedades o entidades formadas por los propios profesionales sanitarios no tenía cobertura legal en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Sin embargo, avaló la constitucionalidad del modelo de gestión indirecta de la sanidad.

Sobre las dudas que plantea este modelo el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado específicamente porque el objeto del presente recurso es el art. 62 de la Ley 8/2012, que, por lo que se refiere a los seis hospitales indicados, se limita a habilitar al Servicio Madrileño de Salud “para adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada”, añadiendo algunas previsiones sobre el control de la ejecución de los contratos, pero sin concretar ni la modalidad de contratación de la gestión del servicio público, ni la naturaleza de las posibles entidades adjudicatarias, ni tampoco

el contenido obligatorio de la relación contractual. Este aspecto impide que la Sala entre a valorar estos riesgos, toda vez que el establecimiento de un sistema de concesión administrativa a empresas privadas, con financiación contractual capitativa constituye meramente una posibilidad, pero no un imperativo que necesariamente derive del texto normativo sujeto a control de constitucionalidad. De hecho, los recurrentes se limitan simplemente a apuntar los riesgos que para la coherencia financiera del sistema puede entrañar el recurso a la gestión indirecta del servicio de salud en los hospitales madrileños. El Tribunal considera que la tesis defendida por los recurrentes se sustenta sobre una serie de consideraciones, perfectamente legítimas, que traducen un juicio crítico global sobre la solución organizativa plasmada en la norma impugnada pero que no es susceptible de un juicio de validez constitucional pues no se sustenta sobre una argumentación de carácter jurídico que permita a este Tribunal profundizar en todas las vertientes alegadas por los recurrentes.

Aunque no ha entrado en estas cuestiones que son sumamente interesantes, el Tribunal Constitucional ha venido a avalar la participación de los sujetos privados en la gestión del servicio sanitario a partir del análisis del art. 41 de la Constitución. Este precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador” (STC 32/1981, de 28 de julio), de tal suerte que ha de ser preservado “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar” (SSTC 26/1987, de 27 de febrero y 76/1988, de 26 de abril). Ahora bien, respetada esta indisponible limitación, el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél (STC 63/1987, de 21 de mayo entre otras). Por ello, este precepto no exige que el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social requiera necesariamente y en todo caso un sistema de gestión pública directa.

El carácter público del sistema de Seguridad Social, a juicio de la Sala, como “función del Estado” no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción

protectora de aquél. La experiencia comparada y la de nuestro país así lo ponen de manifiesto. La incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél, no alteran su naturaleza pública. En todo caso, según el Tribunal, la apertura a fórmulas de gestión o responsabilidad privadas debe quedar condicionada a la preponderancia de los elementos definitorios del carácter público del sistema de Seguridad Social.

A partir de estas premisas declara la constitucionalidad del precepto madrileño, en la medida en que únicamente hace referencia a la posibilidad de adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en los seis hospitales indicados (Hospitales Infanta Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo). Esta opción por sí sola no entra en contradicción con el art. 41 de la Constitución. Además, aun cuando esta previsión legal se materialice en la gestión indirecta del servicio por personas privadas, tal hecho no afecta al conjunto de mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social sino exclusivamente a los relativos a la acción protectora en materia de sanidad.

El Tribunal tienen en cuenta que la posible apertura a formas de gestión y responsabilidad privada se lleva a cabo preservando en todo caso la titularidad pública del servicio, refiriéndose la norma únicamente a un supuesto de externalización de la gestión del servicio público en determinados hospitales dependientes del Servicio Madrileño de Salud. En este precepto, el legislador autonómico se ha limitado a hacer uso de las posibilidades abiertas por la legislación estatal. La norma recurrida, de hecho, apoya la previsión en lo dispuesto en la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, que, entre otras posibilidades, dispone que la prestación y gestión de los servicios sanitarios podrá llevarse a cabo mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas. Tal regulación, además, resulta concordante con la normativa sobre contratación pública (conforme al art. 275.1 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público).

De modo que, con independencia de la valoración que contemplada desde la perspectiva del juicio de eficacia pueda merecer la fórmula organizativa de prestación de los servicios sanitarios controvertida, no puede decirse que, por sí sola y con el alcance definido por la Ley autonómica recurrida, ponga en

riesgo la reconocibilidad de la institución, aquí el régimen público de Seguridad Social. Según se desprende de esta sentencia, son aspectos públicos que necesariamente deben de quedar en manos públicas los siguientes elementos:

A) La definición de las prestaciones a las que tienen derecho los ciudadanos, que ha de quedar, en todo caso, en mano de los poderes públicos, no habiéndose producido en este caso un traslado de esta potestad a quienes asuman la gestión —y solo la gestión— del servicio público de la sanidad.

B) La financiación, que en este caso también se sigue llevando a cabo mediante fondos públicos, sin que las singularidades a las que pueda dar lugar aquí la preservación del equilibrio financiero del adjudicatario alcance tal grado de intensidad que hagan inconstitucional el modelo de gestión establecido.

C) Y la garantía de igualdad y calidad de los servicios prestados a los ciudadanos. En este caso, el art. 62.1 in fine alude expresamente a la garantía de “los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios”.

Estas serían las tres grandes líneas rojas del sistema. Una vez respetados estos tres elementos básicos, concluye la Sala que el modelo madrileño de gestión indirecta no pone en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social ni desnaturaliza su esencia. A sensu contrario hemos de entender que si el papel que se le da a los sujetos privados alterara alguno de estos elementos se estaría afectando a la garantía institucional de la Seguridad Social y que, en consecuencia, podría declararse la inconstitucionalidad del modelo.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Corresponde a la Administración sanitaria, en el ejercicio de sus potestades organizatorias, decidir la forma de gestión del servicio público sanitario. Tanto la gestión directa, a través de sus propias estructuras o mediante la creación de entes instrumentales especializados, como la gestión indirecta a través de un sujeto privado constituyen opciones legítimas que, además, han sido avaladas por la doctrina del Tribunal Constitucional.

Desde finales de los años noventa se han venido ensayando determinadas fórmulas de gestión que, bajo el pretexto de una pretendida búsqueda de la

eficiencia del sistema, posibilitan la introducción de la competencia en el ámbito de la sanidad y la creación de lo que se ha denominado “mercado interno sanitario”. El empleo de estas medidas de gestión ha planteado en algunos servicios de salud determinados problemas en la atención sanitaria al paciente, disfunciones entre la atención primaria y especializada y, sobre todo, barreras para la gestión del personal estatutario. Aunque los casos examinados constituyen experiencias aisladas que no permiten generalizar el modelo, en algunas Comunidades Autónomas se han llevado a cabo determinados procesos de reforma que evidencian un punto de inflexión en el empleo de estas fórmulas y una vuelta hacia lo público y hacia la gestión directa de la sanidad.

Especialmente polémicas son las formas de gestión indirecta en la medida en que suponen una externalización de los servicios sanitarios y un mayor protagonismo de los sujetos privados. A la vista de los estudios más relevantes realizados sobre estas experiencias -en especial sobre la valenciana- no se puede afirmar que el modelo de concesión sea más eficiente que el público. Se ha criticado que los distintos indicadores que suelen hacerse públicos abarcan solo una parte muy limitada de los indicadores de proceso y resultado. Tampoco en la experiencia internacional se ha demostrado empírica e incontestablemente que la gestión privada de centros de titularidad pública en el ámbito sanitario arroje mejores resultados clínicos y sea más eficiente que la pública, ni tampoco se ha demostrado lo contrario. Las ventajas que aportan estas fórmulas de gestión privada se circunscriben a muy escasos aspectos de la eficiencia o los costes o a limitados ámbitos de la gestión, por lo que no arrojan resultados concluyentes<sup>35</sup>.

Los economistas especializados en el ámbito de la salud “apenas pueden ir más allá de constatar que no se dispone de evidencia que apoye esas aseveraciones”. Se ha denunciado que las autoridades sanitarias no han hecho pública la información imprescindible para poder verificar estos resultados<sup>36</sup>, lo que implica, no solo “un importante desinterés por evaluar estos modelos”, sino también “un claro déficit democrático”.

35 MINUÉ LORENZO, Sergio y MARTÍN MARTÍN, José Jesús, “Gestión privada: ¿más eficiente?”, *Actualización en Medicina de Familia*, 9, 2013, págs. 19 y 21.

36 Sanjay Basu, Jason Andrews, Sandeep Kishore, Rajesh Panjabi y David Stuckler, “Comparative Performance of Private and Public Healthcare Systems in Low- and Middle-Income Countries: A Systematic Review”, *PLoS Med*, v.9(6), 19 de junio de 2012, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3378609/>.

Por el contrario, la limitada información disponible sobre este tipo de experiencias en nuestro país más bien nos permite alertar del riesgo de que se pueda producir una excesiva proximidad entre autoridades y concesionarios<sup>37</sup>. Este acercamiento, como ya denunció la *Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria* (SESPAS) en el año 2012, puede suponer una reducción de las funciones de inspección y supervisión que corresponden a la Administración sobre los servicios prestados y un importantísimo riesgo de “captura del regulador” (*regulatory capture*), esto es, de la influencia de las empresas del sector sanitario al que están sometidas, pudiendo, en casos extremos convertirse el regulador en defensor de los intereses de la empresa dominante antes que de los intereses generales que la Administración está llamada a defender<sup>38</sup>. Asimismo, no es un problema menor, reflejo de todos estos riesgos, el fenómeno de las puertas giratorias (*revolving door*), esto es, el tránsito de altos cargos de la Administración sanitaria al sector sanitario privado y viceversa<sup>39</sup>. Tal vez ello explique el fracaso del intento privatizador de la sanidad madrileña y el retorno hacia lo público, hacia un modelo de gestión directa, de la sanidad valenciana.

---

37 Como apuntan estos autores es difícil disponer de una sólida base científica para guiar la toma de decisiones políticas, ya no sólo por la complejidad de la materia, sino también por la debilidad de los sistemas de evaluación de dos sistemas sanitarios. “*De esta debilidad no está exenta España, cuyo sistema sanitario presenta carencias de información clamorosas, aunque aún es más preocupante observar la ausencia de estrategias gubernamentales que aspiren a subsanar tales deficiencias. Cabe preguntarse si esta carencia no es deliberada*”. MINUÉ LORENZO, Sergio y MARTÍN MARTÍN, José Jesús, “Gestión privada: ¿más eficiente?”, Actualización en Medicina de Familia, 9, 2013, pág. 16.

38 *Posicionamiento de SESPAS sobre las políticas de privatización de la gestión de los servicios sanitarios*, de 26 de noviembre de 2012. Según se indica en este escrito, los «estudios» que se conocen son publicados desde el entorno de las propias entidades implicadas, más cercanos a la propaganda que al análisis. Ante ello, “*queda pues como único dato incuestionable la reiteración hasta la saciedad por parte de los decisores públicos empeñados en implantar un modelo de demostrada eficiencia, del reconocimiento explícito de que cualquier forma de gestión externa es mejor que la que ellos son capaces de llevar a cabo. Algo que puede ser cierto, pero resulta contingente y aconseja otras soluciones. Inicialmente sustituir a quienes reconocen tales limitaciones antes que reformular sin evidencia todo el modelo de prestación asistencial para suplir dichas incompetencias confesadas*”.

Escrito disponible en <http://sespas.es/wp-content/uploads/2018/03/Posicionamiento-SESPAS-sobre-las-pol%C3%ADticas-de-privatizaci3n-de-la-gesti3n-de-los-servicios-sanitarios-noviembre-2012.pdf>

39 *La puerta giratoria en la sanidad*, 5 de enero de 2014, <http://www.nuevatribuna.es/articulo/sanidad/puerta-giratoria-sanidad/20140105124010099678.html>

En fin, se trata de un tema sumamente complejo donde, además, es muy difícil sustraerse a las ideas apriorísticas y a posiciones ideológicas. Con los datos disponibles a día de hoy no puede decirse que la gestión indirecta en colaboración con el sector privado es siempre más económica o eficiente que la pública. Pero tampoco puede afirmarse lo contrario, que el servicio público sanitario es más eficiente y sostenible con gestión directa de la sanidad. La respuesta jurídica a esta cuestión habría de realizarse analizando cada supuesto concreto, situándonos desde la perspectiva del paciente y tratando de buscar siempre la optimización de los recursos públicos en la gestión de la sanidad. Y en este contexto es, donde según Gimeno Feliú, habría que analizar si es conveniente, o no, utilizar como complemento para satisfacer el interés público la colaboración de los sujetos privados en la prestación del servicio público, teniendo también en cuenta que con estas técnicas ha sido posible con frecuencia preservar los estándares de calidad y equidad social en numerosas actividades de interés público muy relevantes y que no habrían sido viables en gestión directa<sup>40</sup>.

---

40 GIMENO FELIU, José María, *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, obra colectiva escrita por José María Gimeno, Francisco Caamaño Rodríguez González Quintero Olivares y Pascual Sala, editorial Profit, 2016.

# NORMAS DE PUBLICACIÓN

## ESTUDIOS Y COMUNICACIONES

1. Los originales que se presenten para publicación deberán ser inéditos.
2. En el caso de los ESTUDIOS que aborden en profundidad cualquier tema del Derecho Sanitario, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 80 páginas.
3. En el caso de las COMUNICACIONES que realicen una crónica, apunte o conclusión breve respecto a un tema del Derecho Sanitario, la extensión máxima no podrá superar las 20 páginas.
4. Tanto los ESTUDIOS como las COMUNICACIONES deberá remitirse por correo electrónico a ([dlarios@jccm.es](mailto:dlarios@jccm.es) y [mdgonzalezg@sescam.jccm.es](mailto:mdgonzalezg@sescam.jccm.es)), indicándose en el mismo título original y datos del autor/es.
5. En todo caso se utilizará letra tipo “times new roman”, tamaño 12 para el texto principal y tamaño 10 para las notas a pie de página. No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados, ni subrayados. No deben dividirse las palabras con guiones al final de la línea, ni se dejarán líneas en blanco.
6. La primera página debe de incluir, por este orden:
  - a. Título del artículo
  - b. Nombre y apellidos del autor o autores
  - c. Profesión o título académico del autor y Centro o Institución de trabajo
  - d. Índice o sumario
  - e. Un breve resumen (ABSTRACT) en español e inglés de 20-30 palabras acompañado de 3-5 palabras clave, en los dos idiomas.
  - f. Nombre y dirección del autor o autores y dirección (postal o e-mail) al que los lectores pueden dirigir la correspondencia.
  - g. Fecha de finalización del trabajo
7. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice, siguiendo los siguientes modelos:
  - a. Libros: LAÍN ENTRALGO, Pedro: *La relación médico-enfermo*, Alianza Editorial, Madrid 1983, p36 [o pp. 36-39].
  - b. Capítulos de libros: ESER, Albin: “Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica” en MIR PUIG, S. (Ed.): *Avances de la medicina y derecho penal*, Barcelona, 1988, p.12 [o pp. 12 y ss].
  - c. Artículos de revistas: MORALES PRATS, Fermín: “Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitario”, *Derecho y Salud*, Vol, 9, núm.2, 2001, pp. 141-149.
  - d. Jornadas o Ponencias: PUIG, Jaume: “Innovación tecnológica y mercado sanitario: de la macro-regulación a la micro-regulación”, Ponencia presentada en las *XIV Jornadas de Economía de la Salud: Cambios en la regulación sanitaria*, Asociación de Economía y Salud, Barcelona, 1995, p. 342.
  - e. Sitios de Internet: BARRIOS FLORES, Luis Fernando. El internamiento psiquiátrico en España: de Valencia a Zaragoza (1409-1808). *Rev Cubana Salud Pública*. [online]. Jul.-dic. 2002, vol.28, no.2, p.224-245. Disponible en la URL: [http://cielo.sld.cu/cielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0864-34662002000200009&lng=es&nrm=iso](http://cielo.sld.cu/cielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662002000200009&lng=es&nrm=iso). [Con acceso el 4.3.2006].
8. Los manuscritos serán valorados anónimamente por evaluadores externos al Consejo Editorial de la Revista, expertos en la materia, quienes informarán sobre la conveniencia de su publicación y, en su caso, de introducir modificaciones en el texto.

Adicionalmente, se realizará una revisión por pares que garantice la objetividad de la evaluación.



Asociación Juristas de la Salud  
 Facultad de Derecho  
 Plaza de la Universidad nº 1  
 02071 Albacete - España  
<http://www.ajs.es>

## SOLICITUD DE SUSCRIPCIÓN A LA REVISTA DERECHO Y SALUD

### DATOS SUSCRIPCIÓN

Nombre/Razón Social: \_\_\_\_\_  
 Departamento/Servicio: \_\_\_\_\_  
 Número de ejemplares: \_\_\_\_\_  
 Dirección: \_\_\_\_\_  
 Código Postal: \_\_\_\_\_  
 Población: \_\_\_\_\_  
 Teléfono/s: \_\_\_\_\_  
 Fax: \_\_\_\_\_  
 Dirección e-mail: \_\_\_\_\_  
 DNI/NIF: \_\_\_\_\_

### FORMA DE PAGO

Transferencia  A la cuenta 0182-6022-31-0201538629

Domiciliación Bancaria

Titular de la cuenta: \_\_\_\_\_  
 NIF del titular: \_\_\_\_\_  
 Entidad Bancaria: \_\_\_\_\_  
 Oficina: \_\_\_\_\_  
 Dirección oficina: \_\_\_\_\_  
 Código Entidad:  (4 dígitos)  
 Código Sucursal:  (4 dígitos)  
 Dígitos de Control:  (2 dígitos)  
 Cuenta:  (10 dígitos)

Importe de la suscripción 62 euros anuales (dos revistas)

Remitir a: [info@ajs.es](mailto:info@ajs.es)

En cumplimiento de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, se le informa de que los datos personales recogidos a través de este sitio son confidenciales y serán incluidos en un fichero denominado "suscriptores" titularidad de "Asociación Juristas de la Salud", con domicilio en Plaza de la Universidad nº 1, Albacete (02071), con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista de la asociación y facilitar su distribución, para lo que presta su expreso consentimiento. El interesado puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo, a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a [info@ajs.es](mailto:info@ajs.es), indicando "derechos ARCO".



Asociación Juristas de la Salud  
Facultad de Derecho  
Plaza de la Universidad nº 1  
02071 Albacete - España  
<http://www.ajs.es>

## SOLICITUD DE ASOCIACIÓN

### DATOS SUSCRIPCIÓN

Nombre: \_\_\_\_\_  
Primer apellido: \_\_\_\_\_  
Segundo apellido: \_\_\_\_\_  
Dirección: \_\_\_\_\_  
Código Postal: \_\_\_\_\_  
Población: \_\_\_\_\_  
Teléfono/s: \_\_\_\_\_  
Fax: \_\_\_\_\_  
Dirección e-mail: \_\_\_\_\_  
DNI/NIF: \_\_\_\_\_

### DATOS BANCARIOS

Titular de la cuenta: \_\_\_\_\_  
NIF del titular: \_\_\_\_\_  
Entidad Bancaria: \_\_\_\_\_  
Oficina: \_\_\_\_\_  
Dirección oficina: \_\_\_\_\_  
Código Entidad:  (4 dígitos)  
Código Sucursal:  (4 dígitos)  
Dígitos de Control:  (2 dígitos)  
Cuenta:  (10 dígitos)

### ENVÍO CORRESPONDENCIA (cuando sea diferente del domicilio)

Lugar de trabajo: \_\_\_\_\_  
Cargo: \_\_\_\_\_  
Dirección: \_\_\_\_\_  
Código Postal: \_\_\_\_\_

Cuota de la Asociación 82 euros anuales

Remitir a: [info@ajs.es](mailto:info@ajs.es)

En cumplimiento de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, se le informa de que los datos personales recogidos a través de este sitio son confidenciales y serán incluidos en un fichero denominado "socios" titularidad de "Asociación Juristas de la Salud", con domicilio en Plaza de la Universidad nº 1, Albacete (02071), con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista de la asociación y facilitar su distribución, para lo que presta su expreso consentimiento. El interesado puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo, a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a [info@ajs.es](mailto:info@ajs.es), indicando "derechos ARCO".



