



FUNDAMENTOS DE DERECHO SANITARIO¹.

José María Antequera Vinagre

Profesor de Derecho Sanitario y Bioética

Escuela Nacional de Sanidad.

Texto revisado: Marzo/2018.

**“... en este siglo queremos perfeccionarlo todo,
tratemos pues de perfeccionar las leyes de que
dependen nuestras vidas y fortunas.”.**

Comentario Voltaire a “De los Delitos y de las Penas”

de Cesare Beccaria, 1764.

**“Es justicia la voluntad constante y perpetua de dar a
cada uno su derecho”.** Digesto 1.1.10 pr.

I. Introducción. La necesaria normativización de la asistencia sanitaria y de la práctica profesional.

El derecho (ley, normas, costumbres) desde las primeras comunidades humana ha intentado organizarlas frente al caos y al desorden con un objetivo básico como es el establecimiento de una paz social y la implementación de la seguridad jurídica en las relaciones de convivencia; **la norma jurídica cumple una función social relevante desde esos orígenes.** Los modernos Estados se caracterizan por su inagotable producción normativa que en muchos casos generan una evidente **“hipertrofia normativa”** por la existencia de numerosas fuente productoras de normas (en España, un Estado descentralizado políticamente a nivel estatal están las Cortes Generales, y a nivel autonómico los parlamentos o asambleas autonómicas).

La actual sociedad de la información, de la globalización en todos los ámbitos sociales, el surgimiento de nuevos contextos creativos humanos, las redes

¹ Texto de análisis jurídico adaptado con fines pedagógicos para profesionales sanitarios asistenciales y con responsabilidades en la gestión, administración y dirección de servicios e instituciones sanitarias.



sociales, la innovación en técnicas y prestaciones sanitarias, etc ha hecho que el Ordenamiento Jurídico haga frente a esta situación a través de la especialización; así surge el derecho informático, el bioderecho, el derecho sanitario, el derecho fiscal, derecho europeo etc; es decir, la gran maraña normativa exige calificar a espacios jurídicos de manera que lo haga reconocible a los operadores jurídicos y a la sociedad: **el derecho sanitario es ya una disciplina reconocida, reconocible y autónoma.**

La complejidad y la hipóxica producción normativa a modo de “reina hormiga” hace que se necesite dicha especialización; **el derecho sanitario** surge en este contexto como especialización profesional y académica para hacer frente a los retos que nos plantean los contenidos normativos, los conflictos biojurídicos, el rol del profesional frente a él etc. Antes de definir qué es el derecho sanitario y los principios que lo vertebran, es requisito previo identificar aquellos sujetos activos y pasivos de su ámbito de influencia:

1.- Pacientes: son los sujetos activos y receptores del conjunto de prestaciones sanitaria y de atención sanitaria, y son muchas las normas jurídicas que regulan sus derechos y obligaciones en sus relaciones con profesionales sanitarios e instituciones asistenciales; a título ilustrativo una norma fundamental es la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente (LAP) que regula un derecho esencial de relación como es el derecho de información y consentimiento informado. En toda la etapa democrática (génesis, implementación y consolidación del SNS) podemos establecer una serie de etapas en la configuración de los derechos de los pacientes:

a. Etapa paternalista: Es la etapa que va desde 1978, con casi ausencia de un marco regulatorio de derechos y obligaciones hasta 1986 con la Ley General de Sanidad (artículo 10 y 11 venían a determinar de forma somera derechos y obligaciones) que supone el germen o etapa de inicio de la era de los derechos de los pacientes. Esta etapa de construcción y consolidación se extendería hasta diciembre del 2002, fecha en la que se culmina todo proceso transferencial de la gestión sanitaria a la totalidad de las Comunidades Autónomas (CCAA), y se



produce una proliferación importante de normas autonómicas de ordenación sanitaria y de derechos de los pacientes.

b. Etapa autonomicista y plena autodeterminación: El 2003 es el inicio de un Sistema Nacional de Salud (SNS) totalmente descentralizado en gestión sanitaria (ex artículo 148 CE), y en el que se observa que el legislador autonómico usa diferentes técnicas legislativas; una, integrar en la ley de ordenación sanitaria los derechos de los pacientes; y otra, separar la ley configuradora de su sistema autonómico de salud y una ley específica sobre derechos y obligaciones de pacientes. En toda esa etapa, en base al concepto de ciudadanía sanitaria se refuerza una visión totalmente **autonomicista** en la que el principio de autodeterminación de los pacientes es la clave en la relación sanitario-pacientes. En paralelo, y nunca de la mano, se fue desarrollando en el mundo sanitaria **la bioética y su método deliberativo**; y ahora en el 2018 se puede indicar que ha habido un intento consciente en separar el derecho de la bioética; error manifiesto porque el ordenamiento jurídico tiene integrado en los derechos fundamentales todos los principios de la bioética (autonomía, beneficencia, no –maleficencia y justicia).

c. Etapa de equilibrio relacional: Es difícil determinar el inicio de este período, pero quizás desde el 2014, se observa una dilución del interés **(en el desarrollo normativo)** en los derechos de los pacientes y los usuarios; fenómeno que no identifico con una causa concreta, pero sí puede percibirse en el “**clima**” sanitario global. Desde mi punto de vista el excesivo autonomismo de los pacientes puede generar “**iatrogenia informativa**”. Lo que es una realidad es que ha calado en el conjunto de los servicios sanitarios y de los profesionales sanitarios **la cultura del respeto de la voluntad del paciente**; no ha sido fácil, porque la ley prescribe que el paciente puede determinar y condicionar la “**libertad clínica**” del sanitario.



2.- Profesionales sanitarios: Evidentemente, la actividad profesional de los profesionales sanitarios se encuentra muy determinada por el marco normativo de los derechos de los pacientes; han de conocerla, aplicarla y respetarla; y además hay normas jurídicas que les afectan singularmente:

- a. Porque determina su actividad profesional en las organizaciones sanitarias como la **Ley 44/2003** de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.
- b. Porque regula el marco de sus derechos y obligaciones con las organizaciones sanitarias públicas como la **Ley 55/2003** del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

3.- Administraciones públicas (Consejerías): Es una obviedad que las Consejería de Salud como Administraciones Públicas (AAPP) están sometidas a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y por ello **tienen un plus de responsabilidad en la aplicación efectiva de las normas jurídicas en las instituciones sanitarias dependientes de ellas**; incluso si su actividad genera un daño (antijurídico) a pacientes y usuarios se puede solicitar una indemnización vía el procedimiento de responsabilidad patrimonial (regulado Ley 40/2015 del Sector Público Estatal). Las Consejerías, los centros sanitarios, etc deben garantizar la aplicación de la normativa sobre derechos de los pacientes, sobre el ejercicio de la actividad por los profesionales sanitarios y el respeto de los derechos y exigencia de obligaciones en su relación con los sanitarios.

Además, es pertinente señalar que en caso de conflictos jurídicos (intimidación, confidencialidad, vida, integridad física, objeción de conciencia, estado de necesidad, etc) las AAPP sanitarias deben garantizar la protección del derecho o bien jurídico merecedor de mayor protección; y en todo este proceso “deliberativo jurídico” deben asistir al equipo sanitario en cuyo seno se está produciendo dicho conflicto jurídico.

La interacción entre pacientes, profesionales sanitarios e instituciones sanitarias, unido al bien social salud ha supuesto que surjan muchos conflictos biojurídicos



en donde el derecho sanitario tiene un papel relevante; se pueden indicar como ejemplos de tensión:

- a. Las negativas a las transfusiones.
- b. Los internamientos y tratamientos forzosos en materia de salud pública.
- c. La objeción de conciencia sanitaria.
- d. Las sedaciones terminales.
- e. El consejo genético.
- f. La responsabilidad del equipo sanitario.
- g. El secreto profesional: delitos de revelación y descubrimiento de secretos.
- h. La libertad de expresión del profesional sanitario en su calidad de trabajador; con especial interés cuando se hace a través de las redes sociales (twitter, Facebook, etc).
- i. Ocultación de errores sanitarios en los equipos.
- j. Los abandonos de servicios.
- k. Las vacunas y negativas de familias a su administración.
- l. La atención, protección y tutela de pacientes en dependencia en centros asistenciales (sujeciones, ingreso en centros y residencias, alimentación forzosa, etc)
- m. El derecho de acceso (transparencia) a datos de actividad de los equipos directivos, asistenciales, etc.

II. El surgimiento necesario del Derecho Sanitario como disciplina pedagógica y herramienta de calidad jurídica de procesos asistenciales.

La salud como bien (individual y colectiva) relevante y apreciada por la sociedad española, define nuestro modelo constitucional; así, el artículo 43 de la Constitución Española (CE) reconoce el derecho a la protección de la salud. Es una consecuencia del **artículo 1.1 CE: “España se configura en un Estado social y democrático de derecho”**. En las series del Barómetro Sanitario que



elabora el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2016, publicado el 27 de febrero de 2017) refleja la buena opinión que tiene la ciudadanía sobre nuestro SNS; y en caso de grave patología o urgencias la primera opción es la sanidad pública; y además la valoración de los profesionales sanitarios es muy positiva.²

Es evidente **que tal derecho** (principio rector que adquiere cada vez más perfil de derecho fundamental, y al menos socialmente así se percibe) se ha extendido claramente configurando un derecho subjetivo exigible a través de un elenco de prestaciones sanitarias³; además dichas prestaciones se concretan en un marco organizativo y funcional (SNS)⁴, y por supuesto sitúa a los profesionales sanitarios como garantes⁵ de su efectiva prestación.

Dicho lo anterior, el Derecho Sanitario se sitúa como un elemento clave para entender, conocer, difundir y tutelar el derecho a la protección de la salud. Sin perjuicio de la anterior consideración, existen otras dimensiones que legitiman la relevancia del Derecho Sanitario en el SNS:

1. Por su especialidad: El sustrato de la asistencia sanitaria *per se* es singular y compleja; cualquier decisión en el ámbito de la salud tiene un importante impacto personal y familiar. Muchas de las decisiones que se toman en el mundo sanitario tienen una gran vinculación **con la dignidad de las personas**; sin ningún género de duda los especiales contornos prestacionales del derecho a la protección de la salud exige desarrollos normativos que garanticen esa especial dimensión constitucional.

² Barómetro Sanitario 2016:

https://www.msssi.gob.es/estadEstudios/estadisticas/BarometroSanitario/Barom_Sanit_2016/RESUMENEJECUTIVO_BS2016.pdf

³ Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

⁴ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud.

⁵ 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; Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias; Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.



2. Porque la salud como prestación fomenta y tutela el esencial derecho fundamental a la vida y a la integridad física (base fundamental para el desarrollo constitucional de otros derechos fundamentales). La especial naturaleza de ésta hace que cualquier daño tenga evidente repercusión y un manejo inadecuado de ello hace que se plantee una reclamación judicial. El daño sanitario tiene unas especiales connotaciones.

3. Por el objeto asistencial-jurídico: como ya se indicaba anteriormente las normas jurídicas condicionan **la libertad clínica** (autonomía científico-técnica) de los sanitarios, así todas las decisiones clínico-asistenciales-cuidados tienen variables jurídicas que se deben tener en cuenta, y por supuesto incorporar a los protocolos asistenciales.

4. Por la relevancia social de la noticia sanitaria. Una de las características modernas en relación con la asistencia sanitaria es que se ha establecido una relación mass-media sanidad. La noticia sanitaria **es relevante y en ocasiones se producen tensiones entre los Medios de Comunicación Social y la Organización Sanitaria-Profesionales Sanitarios**, se tensionan derechos fundamentales como la libertad de expresión y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen; consecuentemente las organizaciones sanitarias deben tener canales adecuados de comunicar e informar a la opinión pública.

5. Por el boom en la extensión de los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios, que requieren se tutelados y dinamizados **en todo acto asistencial, lo que exige proactividad institucional que debe concretarse en acciones formativas sobre derecho sanitario**, e implementar la cultura del máximo respeto del derecho de información y del consentimiento informado de pacientes y usuarios.

6. Por los conflictos de intereses de valores y creencias. En la asistencia sanitaria se entremezclan y colisionan valores, creencias, derechos, intereses etc, que son generadores de conflictos como por ejemplo: objeción de conciencia, libertad religiosa, intimidad, vida, etc.

7. Por el fenómeno de judicialización de la asistencia sanitaria que se concreta en un aumento del número de reclamaciones judiciales hacia los



profesionales sanitarios y hacia las organizaciones sanitarias tanto públicas como privadas. Este fenómeno ha generado la reacción **de la medicina defensiva** con un evidente impacto en el gasto sanitario. En la actualidad hay una verdadera crisis en la renovación de las pólizas de responsabilidad civil por las Consejerías de Sanidad⁶; incluso hay todo un movimiento jurídico e institucional para elaborar un baremo de daños sanitarios⁷.

Por todo lo anteriormente expuesto los profesionales sanitarios, los gestores y administradores, los usuarios, etc. tienen la siguiente visión: **lo normativo, lo jurídico, lo legal, ha irrumpido con fuerza en la praxis sanitaria ordinaria.**

La asistencia sanitaria y el Derecho sanitario por la realidad objetiva existente deben confluir y unirse: un matrimonio que debe ser y parecer feliz.

Planteo una cuestión: ¿Existe el derecho sanitario?, sin entrar en análisis conceptuales que exceden la dimensión docente de este texto educativo-sanitario, respondo: **sí existe, un derecho sanitario con perfiles y naturaleza propia.** Según la Real Academia de la Lengua se define derecho, como el conjunto de leyes, preceptos y reglas a la que están sometidos los hombres en su vida social. Además como ciencia que estudia las leyes y su aplicación.

Se puede definir el **Derecho Sanitario** como ***la parte del ordenamiento jurídico que estudia las normas jurídicas en el ámbito de la prestación y asistencia sanitaria, la ordenación de los profesionales sanitarios, de la organización de sistema sanitario, los derechos de los usuarios y de la resolución de conflictos biojurídicos.***

Concepto que incluye una reflexión técnico-normativa (conjunto de normas), axiológica (valor de la dignidad de la prestación sanitaria) y sociológica (Sistema

⁶ Gaceta Médica (Internet). Gaceta Médica (consultado 15/03/18). Disponible: <http://www.gacetamedica.com/politica/el-seguro-de-responsabilidad-civil-mantiene-en-vilo-a-los-profesionales-AB737750>

⁷ Redacción Médica (Internet). El Gobierno promete rango de ley para el baremo sanitario esta legislatura, Consultado 15/03/18). Disponible: El Gobierno promete rango de ley para el baremo sanitario esta legislatura



Nacional de Salud y derechos de los usuarios). Al concepto previo añadiría que el Derecho Sanitario **es una entidad científica instrumental esencial en la planificación, gestión, administración y tutela sanitaria, y es una dinámica de desarrollo e innovación del Ordenamiento Jurídico. En la vida cotidiana de nuestros centros y servicios el Derecho Sanitario es una herramienta que facilita la seguridad y el confort jurídico de los profesionales sanitarios, y deben verlo como una herramienta de calidad asistencial.**

El Derecho Sanitario como realidad social, no debe ser una entidad estática ni hierática que observe su objeto de estudio desde la lejanía, sino, que debe ser próximo e instrumento de seguridad y calor jurídico para los sujetos activos del derecho sanitario. **El derecho debe ser creativo (en un contexto de evidente respeto a la legalidad) y favorecer así la atención sanitaria en casos conflictivos tiempo dependientes.**

Pueden postularse como principios del Derecho Sanitario en coherencia con la conceptualización precedente:

a. Principio de legitimación constitucional: debe realizarse una aproximación desde una perspectiva de los valores y principios constitucionales (legitimación máxima).

b. Principio de calidad jurídica de procesos: debe objetivarse y analizarse las variables jurídicas que pueden adherirse a todo proceso asistencial-sanitario y organizativo, y así evitar disfunciones o fuerzas disruptoras. Este principio escora su influencia en otorgar seguridad jurídica y confort en la Administración Sanitaria y en los profesionales sanitarios.

c. Principio de Tutela del Sistema Nacional de Salud: este principio se justifica desde una visión del Derecho Sanitario que asiente y fomente los vectores esenciales y definidores de nuestro Sistema Sanitario.

d. Principio de defensa de la dignidad y autonomía del ser humano: El ser humano (el paciente y usuario) debe dinamizarse en plenitud su dignidad y autonomía personal en la asistencia sanitaria.



e. Principio de asistencia jurídica: Consecuencia del principio de calidad jurídica de procesos; se legitima y fundamenta por ser esencial el asesoramiento jurídico a profesionales sanitarios, pacientes y organización sanitaria. Es un principio generador de “**confort jurídico**”.

f. Principio de innovación jurídica: El Derecho Sanitario no debe ser observador de la realidad sanitaria, ni glosador de normas y desarrollos normativo: debe innovar e investigar en paralelo a las nuevas situaciones asistenciales que se generen.

g. Principio de ciudadanía y democracia sanitaria: La orientación del Derecho Sanitario ha de ser una apuesta natural de la democracia sanitaria como un fundamento vital del nuevo concepto de ciudadanía sanitaria.

III. El Derecho Sanitario se manifiesta en normas jurídicas. Tipología normativa relevante.

Todo profesional sanitario debe conocer y reconocer las diversas manifestaciones de una norma jurídica, pues la forma (**denominación de la misma**) tiene una especial relevancia; no es lo mismo una Ley Orgánica (LO) que un Real Decreto (RD). Es fundamental que se conozcan sus elementos básicos, los contenidos que pueden regular, sus límites, etc ; de esta forma en el bosque de tipos normativos se puede encontrar luz. Una correcta identificación de una norma jurídica ayuda a un mejor planteamiento y resolución de muchos conflictos que se dan en la asistencia sanitaria.

De todas las normas jurídicas la más relevante es **la Constitución Española de 1978 (CE) y los Derechos Fundamentales reflejados en ellas** , y que por supuesto deben informar y condicionar la aplicación práctica de cualquier norma jurídica de rango inferior.



El artículo 1.1 CE proclama que España se configura en un **Estado social y democrático de derecho**. Esto implica el imperio de la ley como facto de seguridad jurídica para los ciudadanos. De ahí se deriva que todos los ciudadanos (en nuestro ámbito pacientes y usuarios) y los poderes públicos (Consejerías, Centros Sanitarios, etc.) estén sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1 CE). En consecuencia y con un objetivo muy didáctico, la pirámide normativa se puede esquematizar de la forma siguiente:

1.- Constitución Española de 1978: es la norma fundamental que inspira todo nuestro ordenamiento jurídico. **La CE recoge el conjunto de valores y principios normativos básicos para la convivencia y la paz social.** Es la *lex superior* y se encuentra en la cúspide como norma primaria.

Este carácter legitima su primacía jerárquica y obliga a los poderes públicos y a todos los ciudadanos y determina, y condiciona al resto de las normas jurídicas. Estas deben respetar en su contenido y forma las previsiones constitucionales. Los preceptos de la Constitución son de ejercicio directo en muchos casos (por ejemplo, libertad de expresión, reunión, etc.); en otros casos necesita una regulación posterior (por ejemplo, colegios profesionales, estatuto del personal funcionario, las prestaciones sanitarias, etc. que debe ser desarrollado por una ley parlamentaria).

Esta singularidad en la primacía de la Constitución deriva del proceso constituyente como pacto social y político. Este principio se recoge en el artículo 9^º de la CE: **La Constitución garantiza el principio de jerarquía normativa.** La Constitución se encuentra en la cúspide normativa. La Constitución Española,

⁸ 1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

2. 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.

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.



no sólo establece un marco programático de convivencia de la sociedad española sino que también establece un elenco **de derechos fundamentales**⁹ (derecho a la vida y a la integridad física, derecho a la intimidad, al honor, derecho a la libertad religiosa, derecho de asociación, etc.) que han adquirido en el contexto sanitario un papel relevante generando no pocos conflictos biojurídicos.

Sin duda todos los derechos fundamentales son importantes y merecen toda la protección, consideración y pleno desarrollo; sin embargo en muchas ocasiones en esa extensión natural constitucional pueden entrar en conflictos: **libertad de expresión versus derecho al honor y la intimidad** (información en los medios de comunicación de un supuesto caso de negligencia médica); **derecho a la vida versus libertad ideológica y religiosa**¹⁰ (Testigos de Jehová ante las transfusiones sanguíneas); **derecho a disponer sobre la propia vida y el deber de la Administración Pública de tutela y protección de aquélla** (negativa a recibir alimentación en caso de huelga de hambre); **derecho a la objeción de conciencia**¹¹ **a administrar píldora postcoital versus derecho a la asistencia sanitaria de los usuarios**, etc. Sin ser exhaustivo y como criterio orientador, nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en situaciones de tensión cuando la fuerza extensiva de un derecho fundamental pugnaba con la fuerza extensiva de otro derecho fundamental; en estos supuestos el máximo intérprete de la Constitución **ha establecido con carácter general que todos los derechos fundamentales deben desarrollarse al máximo, pero este desarrollo no tiene un carácter absoluto, sino que puede ceder ante otro derecho fundamental (sacrificar uno de los derechos fundamentales) una vez que se ha realizado un juicio de ponderación**. En muchas ocasiones este es el criterio interpretativo de muchos Tribunales y Juzgados, *así por ejemplo se*

⁹ Del artículo 15 al 29 de la Constitución española.

¹⁰ Véase Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre negativa a trasfusiones de sangre.
http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/79.pdf

¹¹ De interés Sentencia Tribunal Supremo que indica que no existe un derecho genérico a plantear la objeción de conciencia frente a una obligación de una norma, sólo en caso que la norma que impone la obligación posibilite ante dicho deber jurídico la opción de objeción de conciencia:
<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&referencia=6140064&links=%22educaci%C3%B3n%20para%20la%20ciudadan%C3%ADa%22%20Y%20%22objeci%C3%B3n%20de%20conciencia%22&optimize=20111010&publicinterface=true>



fuerza jurídicamente la trasfusión sanguínea a un menor Testigo de Jehová porque en este caso prevalece el derecho fundamental a la vida frente al derecho fundamental libertad religiosa; en este caso previo juicio de ponderación “se sacrifica” el derecho fundamental a la libertad religiosa. **Como bien indica el Tribunal Constitucional el derecho a la vida es el sustrato en el cual residencian y tienen valor el resto de los derechos fundamentales.**

2.- Tratados Internacionales (Derecho de la Unión Europea):

España como Estado soberano tiene la capacidad de obligarse con otros Estados o con Organismos Internacionales mediante acuerdos. Estos pueden revestir diversas denominaciones (esto es importante): **convenios, tratados, convención, acuerdo, etc.** Para que formen parte de nuestro ordenamiento jurídico interno deben ser publicados oficialmente (por previsión del Código civil en el artículo 1.5, deben publicarse íntegramente en el Boletín Oficial del Estado).

El Tribunal Supremo ha indicado que los tratados internacionales con los requisitos legales forman parte del derecho interno. **Además el Tribunal Constitucional ha interpretado que los Tratados Internacionales gozan de un plus en el orden jerárquico.** Por ello, en caso de duda interpretativa entre la previsión de un Tratado Internacional y una norma nacional, prevalece la previsión del tratado internacional.

En este apartado hay que realizar una especial consideración por nuestra pertenencia a la Unión Europea¹². España¹³ como país miembro de la misma, ha cedido competencias propias estatales a la Unión Europea que las dinamiza a través de sus órganos (Comisión Europea, Parlamento,...)

Los principales instrumentos normativos de la Unión Europea son:

a. Reglamentos CE: “el reglamento tendrá alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”. Entra en tras

¹² Véase Texto Consolidado del Tratado de la Unión Europea (TUE): <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016M/TXT&from=EN>

¹³ España aprobó su adhesión a la Unión Europea mediante Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de Autorización para la Adhesión de España a las Comunidades Europeas.



publicación en el Boletín de la Unión Europea de manera simultánea en todos los Países Miembros sin que se requiera una medida nacional de transposición. **No hay que confundir con los reglamentos internos que derivan de la potestad de las Administraciones Públicas (Reales Decretos, Órdenes Ministeriales etc)**, son de eficacia directa y vincula a todos los Estados tras su publicación en el Diario Oficial de la Comunidad Europea. No requiere un acto nacional de recepción. Se aplica directamente y obliga a los Jueces y Tribunales, además cualquier ciudadano puede invocarla para la defensa de sus legítimos intereses.

b. Directivas CE: “la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”. **Es una norma que se dirige a los Estados miembros y que busca la armonización y homogeneización de materias** (salud pública, agricultura, etc.). Se pretende que en un tiempo (aparece especificado en la Directiva) la legislaciones de los países miembros se parezcan. Exige un acto de **ejecución (la transposición)**, o sea, el Estado según las directrices de la Directiva, puede desarrollarla por Ley u otra forma norma jurídica (Real Decreto, Orden Ministerial etc). Los países han de notificar a la Comisión la norma que efectivamente desarrolla las previsiones de la Directiva.

En muchas ocasiones los Estados no cumplen con su obligación de adaptar su Ordenamiento interno a las previsiones de la Directiva, y se muestran inactivos durante el período de transposición **¿qué ocurre entonces, cuando no es norma interna...?** : El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha declarado **la eficacia directa de las Directivas no transpuestas**: Si un ciudadano, organización, etc. observa que el plazo de transposición se ha superado puede acudir al Juez nacional y exigir su derecho. Asimismo la Comisión puede solicitar ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) que se condene al Estado incumplidor y le imponga una multa; asimismo un particular puede solicitar al TJCE una indemnización (Sentencia Francovich y Bonifaci de 19 de noviembre de 1991). Es importante destacar que la Directiva una vez que se ha superado el plazo de trasposición sin que el Estado la haya **desarrollado tiene efecto directo vertical y no horizontal**, es decir, los ciudadanos pueden hacer valer sus derechos ante sus **Gobiernos pero no frente a otro ciudadano**.



c. La Decisión: es un acto obligatorio en todos sus elementos. Por lo tanto, no puede aplicarse de manera incompleta, selectiva o parcial. Antes el Tratado de Lisboa la Decisión para que fuera obligatoria tenía que identificar claramente a los destinatarios, sin embargo tras la modificación de los Tratados en el 2007 no es necesario identificar a los destinatarios; éstos pueden ser Estados o particulares, además de su publicación en el Boletín Oficial de la Unión Europea exige un acto de notificación formal a los destinatarios. Es una forma jurídica que se utiliza para sancionar a empresas por actuaciones contrarias a las buenas prácticas económicas; la Decisión se utiliza tras el Tratado de Lisboa para la toma de decisiones de “política común europea y seguridad”.

Tanto el Ordenamiento europeo como el español son ordenamientos autónomos con una clara interdependencia pero en ocasiones se generan conflictos entre normas. Para resolver estas situaciones el TJCE ha desarrollado estos dos principios:

a. Principio de eficacia directa: El Derecho comunitario se integra directamente: el Juez debe aplicarlos. Es una fuente autónoma.

b. Principio de primacía: es un principio que deriva del aforismo *pacta sunt servanda*, es decir, los pactos son para cumplirlos. Es una norma básica del Derecho Internacional. No puede ser contradicho por ninguna norma nacional. El Derecho Comunitario prevalece sobre el derecho nacional. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea dicho principio de primacía por el concepto de supracomunidad, **otorgando así un valor o plus de validez jurídica sobre los Derechos internos.**

3.- Ley orgánica: Es una ley (artículo 81.1 CE) que desarrollan los derechos fundamentales y las libertades públicas, los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral y las demás previstas en la Constitución. Requiere una mayoría cualificada de la Cortes Españolas. Así existen Ley Orgánica de Libertad Religiosa, Ley Orgánica que aprueban los Estatutos de Autonomía, Ley Orgánica de Protección del Honor, Ley Orgánica del Defensor del Pueblo (por imperativo del artículo 54 CE). Gozan de un plus jerárquico que una ley ordinaria. La idea básica a retener es que las Leyes Orgánicas regulan los aspectos más esenciales del Ordenamiento Constitucional Español y por ello la CE configura un procedimiento formal bastante garantista.



4.- Ley Ordinaria:

a. Ley ordinaria de las Cortes: Con carácter general es el Parlamento quien ejerce el Poder Legislativo sin ninguna clase de reserva (salvo las limitaciones que se establecen en la Constitución Española) esto es que puede regular cualquier materia. Existe el deber constitucional de regular algunas materias necesariamente por Ley (reserva de rango de ley) por imperativo constitucional: Ejemplo: Artículo 103.3 CE: La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.... Esta previsión hace que existan diversas Leyes de la Función Pública entre las que cabe destacar la Ley 55/2003 del Estatuto del Personal Sanitario.

b. Ley de los Parlamentos Autonómicos: Normas con rango de Ley dictadas en el ámbito de sus competencias determinadas en sus correspondientes Estatutos de Autonomía. Como ejemplo: las CCAA han desarrollado sus propias leyes de Ordenación Sanitaria en base a que dicha previsión se encuentra en sus Estatutos de Autonomía de acuerdo a ser una materia exclusiva de las CCAA según el artículo 148.1.16 CE. Es una potestad de las Comunidades Autónomas merced a la descentralización política (posibilidad de autogobierno).

5.- Reales Decretos-Leyes: es una excepción a la división de poderes en los Estados Democráticos como el español, es una norma de rango de Ley, que la Constitución posibilita que sea dictada por el Gobierno. **Se dictan en caso de extraordinaria y urgente necesidad.** Dicha norma tiene que ser convalidada por el Parlamento en un plazo de 30 días desde su promulgación. No se pueden regular cualquier materia; se establecen unos límites para esta excepcional forma de legislar: no podrán afectar al Ordenamiento de las Instituciones Básicas del Estado, a los Derechos, Deberes y Libertades de los ciudadanos, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general. Como se puede observar no puede afectar a temas esenciales desde un punto de vista constitucional.

Si los Decretos-Leyes pudieran regular cualquier materia supondría una auténtica quiebra del fundamento de la separación de poderes y los elementos esenciales del Estado quedarían a merced del Gobierno de turno. También es cierto, que en muchas ocasiones el Gobierno de la Nación utiliza el Decreto-Ley para supuestos



distintos (se hace para evitar el trámite ordinario en el Parlamento). Es frecuente encontrar críticas del Tribunal Constitucional al Gobierno por el uso excesivo del Decreto-Ley para fines diferentes a la previsión constitucional; el año 2012 en plena crisis económica se modificó vía Real Decreto-Ley las prestaciones sanitarias y se han modificado elementos esenciales del Sistema Nacional de Sanidad (SNS) porque sin duda la tramitación parlamentaria retrasaría la reforma.

6.- Reales Decretos-Legislativos: Regulado en el artículo 82 CE. **Es otra excepción al principio general que las leyes se elaboran en los parlamentos.** Es una norma con rango de Ley. Es un supuesto en el que las Cortes Generales delegan en el Gobierno dicha potestad en materia de complejidad técnica (ejemplo: Decreto-Legislativo de Clases Pasivas). La delegación se realiza por **una Ley de Bases** (cuando se pretende un texto articulado) o por una **Ley Ordinaria** (cuando se trata de refundir, armonizar, etc otros textos legales dispersos). Es una delegación que se justifica por razones técnicas y por la complejidad de la materia. Un Decreto-Legislativo no puede regular las materias que están excluidas de la Ley Orgánica, es decir, las Cortes Generales no pueden delegar al Gobierno Central que regule el régimen electoral o la libertad religiosa a modo ilustrativo.

7.- Reglamentos: Es la norma por la cual el Poder Ejecutivo¹⁴ exterioriza su voluntad; la potestad reglamentaria la tienen tanto el Gobierno Central como Autonómico en el ámbito de sus respectivas competencias. La potestad reglamentaria corresponde al Gobierno (artículo 97 CE) y al Gobierno de cada una de las CCAA en base a los correspondientes Estatutos de Autonomía que desarrollan sus competencias.

A nivel estatal el reglamento puede aparecer bajo **la forma de Real Decreto de Presidencia de Gobierno, Real Decreto del Consejo de Ministro, Orden Ministerial.** No es reglamento en sentido estricto las Instrucciones y Órdenes de Servicio, que es la forma que tiene un órgano administrativo de dirigir la actividad de los órganos que dependen jerárquicamente de él (por ejemplo: Nota de la Subdirección General de Presupuestos a los Jefes de Área sobre la forma de gestionar el pago a proveedores). **Los Reglamentos son normas de carácter general y por lo tanto agotan la vía administrativa y sólo son susceptibles de impugnación ante la Jurisdicción**

¹⁴ Ley 50/1997 del Gobierno y Ley 40/2015 del Sector Público.



Contencioso-Administrativa mediante el correspondiente recurso contencioso-administrativo. Cuando un reglamento desarrolla una Ley (es frecuente observar en las disposiciones finales de las Leyes la coletilla: ... *se autoriza al Gobierno, o al Ministro, o al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, etc para el desarrollo de la presente Ley*, esto no supone **un cheque en blanco**, el Reglamento sólo puede hacer un desarrollo concreto y técnico de las Leyes.

9.- Actos administrativos: La Administración Pública tiene capacidad de afectar a los ciudadanos en sus decisiones (tiene *imperium* es decir poder): dicha decisión se denomina ACTO ADMINISTRATIVO, que puede definirse como una declaración de voluntad de un órgano administrativo con competencia para ello y que deriva de la potestad administrativa de las Administraciones Públicas.¹⁵

Según la Ley¹⁶ las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución a la Ley y al Derecho.

Del conflicto entre normas:

Existe un gran número **de tipos normativos**, lo que obliga a establecer unos criterios o reglas de juego. La seguridad jurídica es un factor decisivo en toda sociedad democrática y de derecho. Por ello existe un orden de prioridad (prelación) en la

¹⁵ Regulado en la Ley 39/2015 y 40/2015.

¹⁶ Artículo 3.1 Ley 40/2015: . Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.

Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios:

- a) Servicio efectivo a los ciudadanos.
- b) Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos.
- c) Participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa.
- d) Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión.
- e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional.
- f) Responsabilidad por la gestión pública.
- g) Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas.
- h) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados.
- i) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales.
- j) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.
- k) Cooperación, colaboración y coordinación entre las Administraciones Públicas



aplicación de las normas jurídicas. Uno de los principios esenciales, **es el de jerarquía (principio de jerarquía normativa)**. Es un principio que establece el distinto rango de una norma sobre otra (una norma de menor rango normativo no puede prevalecer sobre otra de mayor rango: una ley no puede prevalecer sobre un precepto constitucional, una Orden Ministerial no puede prevalecer sobre una norma con rango de ley cuando entre ellas hay un conflicto). Este principio es trascendental a la hora de determinar la validez de una norma: una norma que contradiga a una superior no sólo no tiene eficacia, sino que tiene un vicio de invalidez.

El **principio de lex posterior derogat anterior**, establece que una ley posterior sobre una misma materia deroga a la anterior. Este principio de comportamiento temporal sólo opera para normas jurídica de igual rango, no para distinto rango. El **principio lex specialis derogat lex generalis** (El principio de especialidad), establece que en un caso concreto hay que aplicar la norma más específica sobre la materia que una más general que regule dicha materia.

En España, el Título VIII de la CE, establece el **principio de autonomía de gestión de sus respectivos intereses de las Comunidades Autónomas que se constituyan**: Estado de las Autonomías. Consecuencia de esta previsión legal se establece en la CE un reparto de competencias entre el Estado y las CCAA, lo que añade un elemento de complejidad (y si no que se lo digan al Tribunal Constitucional en relación con la conflictividad competencial entre el Estado y las CCAA). **Si existe una contradicción o pugna entre una norma estatal o de una CCAA sobre una misma materia, ¿cuál prevalece?, debemos recurrir entonces al principio de competencia, debemos acudir al titular de la competencia en ese momento (título competencial)**. Es decir quién tiene capacidad para regular dicha materia. *A modo de ejemplo la Ley 44/2003 de Ordenación de las Profesionales Sanitarias en su artículo 35.1 establecía la posibilidad que el Ministerio de Sanidad y Consumo acreditara acciones formativas, sin embargo el Gobierno de Aragón interpuso Recurso de Inconstitucionalidad frente a dicha Ley y en Sentencia 1/2011 el Tribunal Constitucional consideró nulo algunos de la Ley, a continuación en subrayado la parte declarada inconstitucional*

El Tribunal Constitucional entiende que la acreditación es competencia exclusiva de las CCAA por aplicación del principio de competencia a la hora de interpretar las normas.



IV. El Derecho a la Protección de la Salud como espacio de especial reflexión para el Derecho Sanitario.

El **artículo 1.1 de la Constitución Española** define nuestra sociedad democrática de convivencia como un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político; este precepto constitucional, como gran principio de organización jurídico-político, refleja el elenco de derechos de naturaleza social que posteriormente se desarrollan en la Carta Magna. **La CE opta por un modelo de Estado Social.**

Es una apuesta decidida por un Estado de Bienestar, y el derecho a la protección de la salud (artículo 43 CE) y a la protección social (artículo 41 CE) no son más que el reflejo constitucional de dicha apuesta del constituyente; ambos derechos se recogen en el Título III bajo la rúbrica de Principios Rectores de la Política Social y Económica, que si bien determina que no tienen eficacia directa como los derechos fundamentales (artículo 14 al 29 CE), sí son criterios orientadores que el legislador no puede desconocer a la hora de desarrollar su voluntad legislativa. **En definitiva el derecho a la protección de la salud es un derecho de configuración legal, es decir, que será el legislador en cada momento histórico quien determina qué contenido real tendrá dicho derecho.**

Esa opción legal el legislativo lo ha plasmado en un núcleo normativo que identifica el **“ya derecho a la protección de la salud como derecho subjetivo”**; en la mutación de principio rector a derecho subjetivo, éste adquiere su verdadera naturaleza contractual y por tanto su exigibilidad frente a los Poderes Públicos. Los troncos normativos básicos que configuran el derecho a la protección de la salud son:

1. Ley 14/1986 General de Sanidad.
2. Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente.
3. Ley 44/2003 de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.
4. Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.
5. Real Decreto 1030/2006 de Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud.
6. Ley 33/2011, General de Salud Pública.



7. Real Decreto-Ley 16/2012¹⁷ de Medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones sanitarias (podemos definir para evitar la hipoxia tisular como Ley del Seguro Sanitario Público).

El Derecho a la protección de la salud, genera a los Poderes Públicos una obligación de fomentar dicho derecho. Es decir, **es un principio rector y la constitución deja al legislador (Parlamento) la concreción real de dicho derecho**. En coherencia con lo anterior y como contrato y garantía hacia los ciudadanos **se elaboró el Real Decreto 1030/2006 por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización**. Lo que pretende la norma es garantizar la equidad y accesibilidad a las prestaciones sanitarias; la atención sanitaria concreta se hará de acuerdo a las normas de organización, funcionamiento y régimen de los servicios de salud, y por los profesionales sanitarios regulados en la Ley 55/2003 de Prestaciones Sanitarias (esta previsión no excluye los convenios o concertados de los servicios de salud con entidades privadas para descargar la lista de espera quirúrgica o diagnóstica).

En relación con este **Real Decreto**¹⁸ es importante indicar que existe una importante litigiosidad asociada a las prestaciones sanitarias porque muchos pacientes una vez diagnosticados e integrados en una lista de espera acuden a recursos sanitarios privados y posteriormente solicitan el reembolso de los gastos ocasionados a la Consejería de Sanidad respectiva.¹⁹

El artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006 es muy claro a este respecto: “La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez

¹⁷ Declarada constitucional por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia 139/2016

¹⁸ Real Decreto 1030/2006 de Cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

¹⁹ Desdentado, A; Desdentado E. El reintegro de los gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social.

http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/44/Estudios01_44.pdf



comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”

Desde el punto de vista constitucional el derecho a la protección a la salud lo configura el legislador, lo cual excluye que las prestaciones sanitarias de un momento histórico se erijan en derecho consolidado, sino que aquél puede ampliar o disminuir la extensión de la cartera de prestaciones sanitarias de manera incondicionada pero siempre manteniendo un mínimo básico y común en toda España.

Definido el derecho a la protección de la salud mediante el **Real Decreto 1030/2006** es necesario definir el ámbito subjetivo o titulares de dicho derecho; éste ámbito subjetivo se ha visto radicalmente modificado por el Real Decreto-Ley 16/2012 o, según esta norma los ciudadanos que tienen derecho a la asistencia sanitaria son:

Según el modificado **artículo 3 de la Ley 16/2012 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud** para recibir **Asistencia Sanitaria** se ha de tener la condición de Asegurado o Beneficiario, el citado artículo indica:

- a. Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.
- b. Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.
- c. Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.
- d. Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.

En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado **siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente²⁰**.

²⁰ Inciso declarado inconstitucional por el Tribunal Supremo en Sentencia 139/2016



A los efectos de lo establecido en el presente artículo, tendrán la condición de beneficiarios de un asegurado, siempre que residan en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes y personas asimiladas a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%.

Aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial.

Lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo no modifica el régimen de asistencia sanitaria de las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que mantendrán su régimen jurídico específico.

A este respecto, las personas encuadradas en dichas mutualidades que hayan optado por recibir asistencia sanitaria a través de las entidades de seguro deberán ser atendidas en los centros sanitarios concertados por estas entidades. En caso de recibir asistencia en centros sanitarios públicos, el gasto correspondiente a la asistencia prestada será reclamado al tercero obligado, de acuerdo con la normativa vigente.»

El Real Decreto Ley 16/2012 también establece un régimen especial para los extranjeros: Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades:

- a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica.
- b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.



En definitiva el Real Decreto-Ley 16/2012 del Seguro Público Sanitario (LSPS) ha supuesto un cambio radical en el modelo post-ley general de sanidad con una clara restricción del ámbito subjetivo del derecho a la protección de la salud.

Competencias en materia sanitaria y gestión de los servicios de salud.

En este apartado de forma somera se delimita un ámbito de estudio del derecho sanitario como es la delimitación competencial en materia sanitaria en España Competencias del Estado.

El título competencial del Estado deriva del artículo 149.1.16 de la CE en donde se reserva las competencias **en sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos.**

El artículo 149.1.16 CE atribuye al Estado en materia de sanidad, además de sanidad exterior; las «bases y coordinación general de la sanidad», conceptos estos sobre los que el Tribunal Constitucional ha hecho las siguientes precisiones:

A) La noción material de las «normas básicas» incluye aquel común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad los intereses generales, a partir del cual puede cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto, sin que necesariamente deba diferir el ejercicio de éste a la previa definición de aquéllas, que pueden inferirse de la legislación vigente. Las bases a que se refiere el artículo 149.1.16 CE son competencias normativas que persiguen una regulación uniforme y de vigencia en todo el territorio nacional (Sentencias del Tribunal Constitucional 32/1981 69/1988 y 54/1990).

B) La coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias (Sentencia de Tribunal Constitucional 54/1990).

C) La Sanidad Exterior: Es una competencia exclusiva del Estado que se atribuye directamente de la CE; atribución que es plena y alcanza tanto a la “normación como a la ejecución, de modo que toda competencia que pueda ser encuadrada directamente en dicho título pertenece indubitadamente al Estado”. Tiene por objetivo la vigilancia,



prevención y eliminación de riesgos para la salud con ocasión del tráfico internacional de personas, mercancías, animales y especies vegetales a través de determinados lugares del territorio nacional.

Competencias de las Comunidades Autónomas: En materia sanitaria, las Comunidades Autónomas ejercerán las competencias asumidas en sus Estatutos y las que el Estado les transfiera o, en su caso, les delegue, e igualmente por el principio de subsidiariedad en materias no expresamente reservadas al Estado se entenderán atribuidas a las Comunidades Autónomas. Los Estatutos de Autonomía han insertado la gestión sanitaria dentro de sus Estatutos de Autonomía y han desarrollado sus modelos de gestión sanitaria en sus respectivas leyes de salud o de ordenación sanitaria. Este marco de reparto competencial presente notables dificultades de sistematización, esto ha generado una significativa conflictividad entre el Estado y las CCAA ante el Tribunal Constitucional.

V. La gestión sanitaria pública como actividad administrativa. Aspectos jurídicos relevantes a tener en cuenta a la hora de tomar decisiones por los directivos sanitarios.

La gestión sanitaria en el ámbito público siempre se exterioriza mediante expresiones de voluntad (voluntad administrativa) de los responsables públicos de los distintos planos de responsabilidad, esto supone que dichas decisiones estén sometida a unas reglas que la conforman, determinan y condicionan²¹; y que obviamente están sometida al control de los juzgados y tribunales de justicia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Este marco básico de génesis y control de las decisiones directivas sanitarias públicas es lo que se va a analizar en este tema.

Dicho sometimiento (control legalidad administrativa y enjuiciamiento/valoración judicial) es una consecuencia constitucional pues todos los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico; éste es un elemento que define a nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

²¹ Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común, y la Ley 40/2015 del Sector Público



Se puede hablar de un área específica de conocimiento y estudio del derecho sanitario, en este caso, administrativo; su conocimiento es una exigencia viva para el conjunto de los gestores sanitarios, y constituye una herramienta fundamental para que sus decisiones, voluntad administrativa, tengan calidad jurídico-administrativa y resistente al reproche en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Recientemente se ha producido un gran cambio en el ámbito normativo en el ámbito administrativo pues **la Ley 39/1992 LRJPAC (Ley del Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común ha sido derogada, y se ha dividido en dos Leyes, una denominada, Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común, y la otra, Ley 40/2015 del Sector Público.** División que ha generado un importante debate doctrinal sobre su pertinencia: es un regreso a los años 50.

Existen unos principios constitucionales que determina a los poderes públicos y por extensión a la Administración Sanitaria (Estado y CCAA) cuando expresan una voluntad (acto administrativo) a la hora de tomar decisiones en el ámbito directivo sanitario público; los principios citados se concretan en:

1. **Principio de legalidad:** sometimiento a las previsiones de las normas jurídicas (si un Gerente de un Hospital decide despedir a un profesional, el principio de legalidad, le obliga a someterse a la legislación laboral. No respetar el principio de legalidad posibilitar impugnarlo ante los órganos judiciales). A mayor abundamiento un profesional sanitario sólo podrá ser sancionado por una actuación definida como tal en un cuerpo legal (estatuto marco, convenio colectivo, etc.) y la sanción debe estar además configura de forma clara y proporcionada.
2. **Principio de jerarquía normativa:** las normas con rango superior siempre prevalecen sobre la de rango inferior (en un supuesto concreto la previsión legal de una Ley prima sobre la previsión de un reglamento).
3. **Principio de publicidad de normas:** Es un principio esencial en todo los Estados democráticos (es un claro ejemplo de superación de los Estados Absolutos hacia el Estado Liberal). Es lógico, que las normas deban publicarse en el correspondiente boletín oficial. ¿Esto supone alguna ventaja? Claro que sí, da seguridad a los ciudadanos, de esta forma podemos conocer nuestros derechos y obligaciones. Este principio hay que armonizarlo con el principio que “el desconocimiento de una norma no exime de su cumplimiento”.



4. **Principio de seguridad jurídica:** Las normas jurídicas regulan derechos y obligaciones; el conocerlas nos da “confianza”. Si no me pagan la nómina, sé que puedo recurrir; si deciden trasladarme de unidad, sé que puedo recurrir; sé que si “insulto” a un compañero, está mal y me pueden sancionar: Las normas lo regulan.
5. **Principio de responsabilidad:** Las Administraciones Públicas cuando actúan legitimadas por las normas jurídicas que la conforma asumen el “riesgo” de sus decisiones; si ocasionan un daño, obviamente deben indemnizar al perjudicado: una excavadora del Ministerio de Fomento que derriba por descuido una casa privada, una infección nosocomial por manipulación inadecuada de profesionales que ocasiona graves lesiones a pacientes ingresados en una determinada unidad hospitalaria,...

El principio de responsabilidad afecta a todas las Administraciones Públicas; la norma que lo regula es la Ley 40/2015 del Sector Público.

6. **Principio de interdicción (prohibición) de la arbitrariedad:** ¿Sería imaginable un escenario como el siguiente?: - Te despido porque sí... - Adjudico una compra de material sanitario sin ningún tipo de procedimiento. - No concedo un permiso de maternidad porque no quiero contratar a nadie. Es un escenario imposible, las Administraciones Públicas no deben actuar con criterios de arbitrariedad, abuso de poder o fraude de ley. Es un principio básico en un Estado Social y Democrático de Derecho y que puede enervarse mediante el ejercicio de los correspondientes recursos tanto en vía administrativa como judicial.

6.1. Requisitos administrativos de las decisiones (actos administrativos) tomadas por los directivos sanitarios públicos.²²

Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas (sanitarias en nuestro caso), bien de oficio (en ejercicio de sus competencias) o a instancia del interesado (petición trabajador, paciente, familiar, etc), se producirán por el órgano competente ajustándose a los requisitos y al procedimiento establecido, es decir a las formas determinadas en la Ley 39/2015. Igualmente el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será

²² Regulado en la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común, de artículo 34 a 37.1.



determinado y adecuado a los fines de aquéllos (es decir de proscriba la arbitrariedad o la desviación de poder²³).

Un elemento nuclear de toda decisión que un directivo sanitario es **la motivación** (elemento fundamental que tienen los jueces y tribunales para conocer los motivos que se han tenido en cuenta a la hora de tomar una decisión, una falta de motivación y somera motivación puede suponer la nulidad del acto (decisión).

Los actos que deben ser motivados (con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho) son los siguientes:

a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos (modificación horarios, eliminación de libranzas, limitación de una prestación sanitaria pública, etc.)

b) Los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos (las AAPP puede revisar alguna decisión que considere perjudicial para los intereses públicos) , recursos administrativos (recursos alza, de reposición etc) y procedimientos de arbitraje y los que declaren su inadmisión (se inadmite una reclamación de daños y perjuicios de un paciente --- responsabilidad patrimonial---, petición de un reintegro de gastos, etc).

c) Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos (por ejemplo, si previamente se concedían unos permisos a los trabajadores, si nos separamos del criterio anterior, DEBE MOTIVARSE, o por ejemplo si un órgano consultivo indica que debe otorgarse un derecho/indemnización y la Consejería cree que no debe otorgarse DEBE MOTIVARSE)

d) Los acuerdos de suspensión de actos (hay casos en los que un particular puede solicitar la suspensión de un acto --- oposiciones--- y si la Consejería considera que hay motivos para suspender el proceso debe MOTIVAR.

e) Los actos que rechacen pruebas propuestas por los interesados (en un recurso de impugnación de la adjudicación de una plaza de Servicio de Unidad Hospital, y uno de los opositores en el recurso solicita que se realicen ciertas

²³ **La desviación de poder** es ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el ordenamiento jurídico.



puertas; en este caso si las pruebas no se estiman como pertinentes debe ser MOTIVADO).

f) Las propuestas de resolución en los procedimientos de carácter sancionador, así como los actos que resuelvan procedimientos de carácter sancionador (expediente a profesional sanitario por cometer algunas de las acciones tipificadas en el Estatuto Marco como falta muy grave, grave o leve) o de responsabilidad patrimonial (un paciente reclama 20.000 € por un mal funcionamiento del servicio público sanitario al producirse una demora en los resultados de una biopsia)

g) Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales (nombramiento de director médico, director enfermeras, jefe de servicio, etc), así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

h) La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas (las bases son la ley del proceso y a ellas se deben los tribunales calificación y los opositores) que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.

Un tema sumamente relevante desde la perspectiva de la dirección, gestión y administración de los servicios sanitarios públicos por su repercusión en la garantía del funcionamiento del servicio público son dos principios que se activan por ejemplo cuando un Director-Gerente, una Directora de Enfermeras, un Director Médico, un Director de Gestión toma una decisión (acto administrativo) dentro de sus competencias, pues bien aquellos y de acuerdo a los requisitos de la Ley 39/2015 son el **principio de ejecutividad y el de presunción de validez** (de las decisiones que se toman), y concretamente el artículo 38 indica: *Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley;* y el artículo 39 prescribe: *Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.*



En definitiva primero cumplir y luego reclamar (vía contencioso-administrativa); no obstante estos principios no establecen un marco de poder omnímodo, pues tiene algunos límites como por ejemplo el establecido en el artículo 21 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales que viene a establecer que el paciente puede dejar de cumplir una decisión (acto administrativo) si la misma le sitúa **en una situación de riesgo grave e inminente**.

6.2. El control de los actos de las Administraciones Públicas.²⁴

Previamente se ha analizado los requisitos que deben tener todas las decisiones que tomen los directivos sanitarios en el ámbito público (competencia, forma, motivación, etc.). Como estamos en un Estado de Derecho, y el principio de legalidad y el pleno sometimiento a la Constitución española y al resto del ordenamiento jurídico exige para estar completo que los ciudadanos tengamos una vía para impugnar (solicitar nulidad de una decisión) por considerar que la misma incumple algún requisito normativo. La litigiosidad entre ciudadanos y las Administraciones públicas se dirimen en dos escenarios:

1.- Escenario administrativo: con carácter previo el ciudadano (paciente, usuario, trabajador, etc.) reacciona ante un decisión de directivo sanitario, y antes de ir a la vía judicial debe presentar o un recurso de alzada o potestativo de reposición. Una vez agotada esta vía se puede acudir a la vía judicial.

2.- Escenario judicial (jurisdicción contencioso-administrativo): los Juzgados y Tribunales que tienen atribuida la competencia desde un punto de vista legal dirimir la litigiosidad entre ciudadanos y Administraciones Públicas son los del orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuya regulación se encuentra en la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

La impugnación de los actos administrativos contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por

²⁴ Regulado en la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común (PAC).



los interesados **los recursos de alzada y potestativo de reposición**, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015.

Los recursos administrativos son los siguientes:

Recurso de Alzada²⁵: El recurso de alzada es un recurso que se plantea ante el órgano superior jerárquico del órgano que dictó el acto contra el que se recurre; este recurso es una condición necesaria para el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa; y se interpone frente a actos que no agotan la vía administrativa. Contra los actos que agotan la vía administrativa no cabe interponer el recurso de alzada sino el recurso de reposición. Si un acto agota o no la vía administrativa es un deber de información que le corresponde a la Administración pública, y además debe informar de los recursos que cabe contra sus decisiones²⁶.

Si la Administración incumple sus obligaciones legales en las notificaciones y publicaciones oficiales no puede ir en contra de los ciudadanos; así si se interpone un recurso de alzada por falta de información del ciudadano, y “legalmente” no fuera procedente, la Administración no puede desestimarlos porque el error del ciudadano tiene su origen en la negligencia de la Administración.

El recurso de alzada puede fundamentarse en cualquier vicio de nulidad y en cualquier infracción del ordenamiento jurídico²⁷. Se puede interponer por cualquier persona que tenga **un interés legítimo**²⁸ y debe ser resuelto por el órgano superior jerárquico del que lo dictó.

No es necesario que se utilice denominación del tipo de recurso, ni se utilice en todo el texto la palabra “recurso” solo es necesario que se pueda extraer del texto

²⁵ Artículo 121 Ley 39/2015 PAC

²⁶ Artículo 40.2 LPAC. Lo mismo debe ocurrir si las notificaciones se realizan en boletines o diarios oficiales.

²⁷ Artículo 47 y 48 LPAC.

²⁸ En el derecho administrativo no existe la “**acción pública o popular**”, es decir que el interés meramente subjetivo y personal en la “**defensa de la legalidad**” no legitima a los ciudadanos de recurrir cualquier acto o decisión pública. En definitiva debe tener un interés legítimo en el acto. **Interés legítimo**: situación jurídica individualizada en la que se encuentra el ciudadano que le vincula al acto, y que afecta (beneficia/perjudica) en la esfera de sus derechos. Cabe también plantear un recurso de alzada por las asociaciones y organizaciones representativas (ex artículo 4.2 LPAC).



que la Administración **reconsidere su decisión**.²⁹ Obviamente la Administración debe comunicar al ciudadano que subsane los defectos del escrito, y de no hacerlo se debe proceder **al archivo de actuaciones** pero nunca a la **desestimación del recurso**.

El plazo para interponer el recurso de alzada es improrrogable; es un mes si el acto es expreso.

Recurso potestativo de Reposición:³⁰ El recurso de reposición^{31,32} se interpone contra actos administrativos que han agotado la vía administrativa, pero el ciudadano en lugar de aceptarlo, solicita que dicha decisión **se reforme o se reconsidere**. En los actos que agotan la vía administrativa se da la opción al ciudadano de ir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa o en su caso, recurrir el acto ante el mismo órgano que lo ha dictado. **Si se interpone el recurso de reposición no puede interponerse el recurso contencioso-administrativo hasta que aquel haya sido desestimado expresa o presuntamente.**

Se plantea actualmente si contra la resolución de un recurso de alzada, cabe el recurso de reposición, a mi entender sí cabría por la cláusula genérica habilitante (contra actos que agotan la vía administrativa). Los motivos en los que se puede basarse son en algún vicio de nulidad o en cualquier infracción del ordenamiento jurídico³³. El plazo para interponer el recurso de reposición es de un mes. La interposición no supone la suspensión del acto que se impugna, y produce como consecuencia jurídica la pendencia del acto en el ordenamiento jurídico (es decir no es firme). El plazo para resolver es de un mes. **Si se desea acudir a la vía judicial (jurisdicción contencioso-administrativo) el plazo es de 2 meses**³⁴.

²⁹ No cabe entender como **un recurso el ejercicio del derecho de petición**; sí se ha considerado un recurso la negativa de un ciudadano por escrito a recibir la notificación de la Administración, etc.

³⁰ Artículo 123 LPAC.

³¹ Lo indicado sobre el error en la calificación del recurso de alzada es válido para el recurso de reposición.

³² Son recurribles no solo los actos escritos sino también los no escritos (tácitos, presuntos, de acción y omisión).

³³ Artículo 47 y 48 LPAC.

³⁴ Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.



Ahora ya soy un experto y me sé los recursos que puedo interponer, pero ¿cómo lo hago? ¿Se necesita ser un experto jurídico?... en fin respondamos a estas cuestiones:

La interposición del recurso deberá expresar³⁵:

La ley determina unos elementos básicos que deben tener los escritos que dinamicen el recurso de alzada o potestativo de reposición ante un determinado órgano administrativo, así:

1. La interposición del recurso³⁶ deberá expresar:

- a) El nombre y apellidos del recurrente, así como la identificación personal del mismo.
- b) El acto que se recurre y la razón de su impugnación.
- c) Lugar, fecha, firma del recurrente, identificación del medio y, en su caso, del lugar que se señale a efectos de notificaciones.
- d) Órgano, centro o unidad administrativa al que se dirige y su correspondiente código de identificación.
- e) Las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas.

2. El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter. Este apartado es muy relevante para el ciudadano y que impone a las Administraciones públicas (p.e. Consejerías Sanidad) a evaluar de la manera más beneficiosa para el ciudadano los errores en la interposición del recurso. Imaginemos que tiene entrada en registro un escrito cuyo tenor es el siguiente:

³⁵ Artículo 115 LPAC.

³⁶ Un tema relevante es la denominada **reforma peyorativa o “reformatio in peius”**, es decir, que la resolución del recurso por la administración no puede agravar la situación del recurrente.



“Al Sr. Director Gerente: Ayer mi padre fue atendido en urgencias, y es una auténtica vergüenza cómo lo trataron, estuvo más de 12 horas en urgencias hasta que le dieron una cama, por culpa de una enfermera mi padre se cayó de la cama en las urgencias y tiene un gran moratón en la cara que hace que no pueda ver bien por el ojo. Son unos negligentes, imprudentes y quiero denunciarles y si mi padre tiene daños les voy a denunciar a todos para que le paguen dinero por todo lo que ha sufrido en urgencias y porque igual deja de ver bien por el ojo. Son culpables....

Firmado. XXXXXXXX”

Explicación: en ningún momento indica si es un recurso de alzada, de reposición o una reclamación de daños por vía de responsabilidad patrimonial, pero si analizamos la verdadera naturaleza del escrito se deduce que se ha planteado o al menos esa parece la voluntad una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Consejería de Sanidad (se actuaría de acuerdo con la Ley 39/2015 y 40/2015), y evidentemente se debería informar al usuario de tal decisión para que lo confirme en un plazo determinado. Nuestro Derecho Administrativo parte del principio antiformalista en donde prima el contenido del acto.

2.- Causas de inadmisión³⁷³⁸

Serán causas de inadmisión las siguientes:

- a) Ser incompetente el órgano administrativo, cuando el competente perteneciera a otra Administración Pública. El recurso deberá remitirse al órgano competente³⁹.
- b) Carecer de legitimación el recurrente.⁴⁰

³⁷ Artículo 116 de la Ley 39/2015 PAC.

³⁸ Una de las novedades de la LPAC es que ha determinado las causas de inadmisión de los recursos.

³⁹ Deberá remitirse al órgano competente de acuerdo con lo establecido en el artículo 14.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/2015 RJSP)

⁴⁰ Un hijo no puede poner un recurso en nombre de su padre si está en plenas facultades cognitivas y de ejercicio de sus derechos.



- c) Tratarse de un acto no susceptible de recurso.⁴¹
- d) Haber transcurrido el plazo para la interposición del recurso.⁴²
- e) Carecer el recurso manifiestamente de fundamento.⁴³

⁴¹ En el escrito de contestación la Administración pública deberá informar de esta cuestión al ciudadano recurrente.

⁴² En aquellos casos en los que conste en el escrito de notificación los plazos para interponer el recurso pasado el firme el acto (decisión) adquiere firmeza y no cabe recurso alguno (salvo el extraordinario de revisión). Hay que **recordar bien que en aquellas notificaciones con defectos de forma no hay plazo, y si la Administración pública no contesta en plazo el acto (decisión) se mantiene "interino" en el ordenamiento jurídico y puede reclamarse pasado mucho tiempo. Esto ha sido determinado por el Tribunal Constitucional porque el silencio de la administración no debe ir en contra del ciudadano.**

⁴³ Este supuesto debe interpretarse de manera muy restrictiva.