el formalismo político de una dimensión sociológica que le haga contar con un contenido real, pero sin llegar por ellos a una "superación" de los derechos humanos de reguto contiano" (7). Desde este punto de vista, el individuo no es contemplado como opuesto frente al Estado, ni éste como un leviatán amenazador. Se reconoce —como ya vimos— el derecho a la participación activa de los ciudadanos en la república, en la que el poder estatal juega el papel de promotor (no exclusivo) de condiciones para la efectividad de los derechos. El papel a cumplir por el ciudadano en la vida social pasa de ser "meramente pasivo (status subiectionis), o autónomo respecto a las injerencias estatales (status civitatis)", para comprender también el status activae civitatis, participe directo en la acción estatal" (7).

Por todo ello, no cabe una interpretación aislada de los derechos (y deberes) reconocidos en la Constitución, ni pueden considerarse como listas cerradas de esferas provativas de la actividad individual. Son las bases sobre las que se asienta la convivencia humana, la coexistencia. Todos ellos jugarán "como principios animadores del dinamismo jurídico. La Constitución no consagra una determinada jerarquización entre ellos, capaz de programar de una vez por todas su debida ponderación. Será ante un tipo de

(7) OLLERO TASSARA, A. "Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía". Revista de Estudios Políticos, 33, 118 (1.983). El subrayado es del autor.

terminado de relaciones contemplado por un proyecto legislativo, o ante un conflicto concreto sometido al fallo del juez, donde tal jerarquía habrá de articularse componiendo —en ambos casos— la política más adecuada" (8). Así, junto al papel que juegan estos principios como "derechos-autonomía" cumplen también las funciones de "derechos-participación" que propugnan la integración social en el ejercicio del poder y la, también fundamental, de constituirse en "derechos-prestación" que permiten a los ciudadanos exigir y participar en la creación de las condiciones necesarias para que el ejercicio de las libertades sean reales y efectivas.

Todos y cada uno de los derechos recogidos en el Título I de la Constitución consagran esferas de autonomía personal, reconocen —y exigen— la participación ciudadana en su realización e imponen prestaciones. Son la fuente fundamental de las relaciones jurídicas, y principios que han de presidir todas ellas, de las que surgen derechos y obligaciones recíprocas, no sólo mera negación o reserva de esferas privativas. Así, por ejemplo, "la libertad de conciencia que es el paradigma supremo de las libertades dominadas por la regla de la abstención y la incorcebilidad del Estado", exige al Estado el establecimiento de relaciones de cooperación con las distintas confe iones re-

(8) OLLERO TASSARA, A. "Para una teoría "jurídica" de los derechos humanos", citada en nota (1), pag. 115.

ligiosas. Otro derecho tradicionalmente negativo, el de expresión y de prensa incluye hoy también un típico derecho-prestación, el derecho a recibir información (art. 20.1). La libertad de reunión, si bien también ordenada sobre el criterio de la abstención de la acción pública (art. 22), es ordinariamente una libertad instrumental del principio democrático participativo, a la vez que obliga a los servicios de orden público a su protección positiva; no muy diferente, el derecho de asociación (art. 23), gran instrumento de participación en todas las esferas (9).

A esta naturaleza de los derechos reconocidos en la Constitución se refiere el Tribunal Constitucional en relación con el derecho a la vida, aunque esos razonamientos no tengan en el fallo de la sentencia todo el reflejo que cabría esperar. Señala el Tribunal que "los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (vide al respecto artículos 9.2; 17.4; 18.1 y 4, 20.3; 27 de la Constitución). Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran..."; por tanto, "la

(9) GARCIA DE ENTERRIA, E.; FERNANDEZ, T.R. "Curso de Derecho Administrativo", vol. II, 58-59 (1.982).

garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida por el Estado". Y tiene aquí también "la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan", "obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa". (10).

Es este el marco general donde se encuadra la tutela de la salud pública. Fuera del contexto general del Título I de la Constitución perdería su verdadero sentido y convertiría al Estado en sujeto de dominación social en la medida en que procurase su realización al margen, o en contra, de esa finalidad superior de: "promoción de condiciones" y "remoción de obstáculos" que faciliten —sobre la base de la real igualdad social— la plenitud de los derechos y la participación de todos en la vida política, económica, cultural y social. Dentro de ese contexto, como veremos, la salud juega un papel instrumental.

1. . Relación con el derecho a la vida.

El derecho a la protección de la salud "es lógica

(10) STC 53/1.985, 11.IV (BOE 18.V), FºJ. 4, dictada en el R.P.I. 800/1.983 contra el Texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artº 417 bis del Código Penal (que tipifica el delito de aborto).

consecuencia del derecho a la vida y a la integridad física protegidos con rango constitucional por imperativo del art. 15, ya que la salud no es sino el estado en que la vida orgánica se desarrolla normalmente con plenitud de todas sus funciones" (11). Este derecho a la protección, sin embargo, comprende en su concepto un sentido más amplio que el bien jurídico protegido en el art. 15 de la Constitución. Pese a que el derecho que nos ocupa queda constitucionalmente indeterminado y nos remite a una ley que define los derechos y deberes al respecto por su conexión con el derecho a la vida, tiene unos mínimos exigibles, sin los que la tutela de la salud carecería de sentido y el de la vida e integridad física no tendrían plena efectividad. El art. 15 impone al Estado la obligación de promover su plena efectividad (12); tanto más cuando —como señala el Tribunal Constitucional— "un derecho o valor fundamental quedará vacío de no establecerse los supuestos para su defensa"; que no se reduce —el Tribunal se refiere al nasciturus y es extensible a todos— a abstenerse de "interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación —o el normal desenvolvimiento— sino que ha de an

(11) ALZAGA, O. "La Constitución española de 1.978. (Comentario sistemático)", pp. 316-317 (1.978).

(12) El art. 53.3, aunque refiriéndose de modo directo a los derechos reconocidos dentro del Capítulo III, que es respeto y protección de los principios reconocidos allí, "informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos", lo que, sin duda, es aplicable al derecho a la vida, en relación con el Capítulo III.

pliarse al establecimiento de un "sistema legal para la defensa de la vida humana que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida incluya también como última garantía, las normas penales" (13). Dentro de esa protección efectiva se encuentran -sin duda- las prestaciones estatales y, en general, la creación de las condiciones favorables para ese normal desenvolvimiento de la vida.

De esto se desprende que el derecho a la vida como "derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible" (14), es el criterio director de las actuaciones en defensa de la salud. Aunque la protección y promoción de la vida no son el exclusivo objeto de la protección de la salud, es el aspecto básico y fundamental. Por ello:

a) No cabe construir un sistema de salud, ni orientar las medidas para su tutela . en contra o al margen de ese "derecho fundamental esencial y troncal".

b) Toda la Administración sanitaria ha de orientarse de modo positivo a la promoción de la vida e integridad física, que son los objetivos prioritarios. De esta obligación de los poderes públicos deriva el derecho de los ciudadanos a participar en su consecución y a exigir del Estado esa promoción de las condiciones de vida y asisten

(13) STC 53/1.985, 11.IV, F.J. 7, citada en nota (10).

(14) Ibid. F.J. 3.

cia a la vida, adecuados con la naturaleza de este derecho: "primario y troncal". De aquí que "la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial —el Tribunal Constitucional se está refiriendo aquí a las taras físicas o psíquicas con que pueden nacer las personas— y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva" (15), no puede ser, sin más, causa para legitimar la práctica del aborto, sino que es, sobre todo, título para exigir al Estado unas prestaciones —en lo que ahora nos interesa, sanitarias, pero no sólo sanitarias— adecuadas, que hagan posible la debida atención de esas personas. Además, esta orientación exige de todos la creación de las debidas condiciones necesarias para prevenir los riesgos contra la vida e integridad de las personas y arbitrar medidas de asistencia y reparación cuando los daños se produzcan.

Estas orientaciones básicas y objetivos mínimos que no agotan el contenido del derecho a la protección de la salud, señalan los criterios que han de presidir toda la actuación estatal y que, además, habrán de ser directamente exigibles por su incidencia inmediata en el derecho a la vida. Desde este punto de vista, el derecho a la protección de la salud tiene un carácter instrumental, subor

(15) Ibid., P.J. 11 c.

dinado a ese valor de la vida e integridad.

1.3. La salud como límite del ejercicio de los derechos fundamentales; salud y libertad ideológica y religiosa.

El derecho a la tutela a la salud es un derecho-prestación que permite exigir actos positivos de los poderes públicos para la efectividad de los demás derechos. De él derivan también obligaciones para los particulares: han de respetar las condiciones generales que permitan el disfrute de esos bienes. Sin embargo, la esencia de ese derecho radica en la protección que se ha de dispensar a la sociedad y no —directamente al menos— en la obligación de mejorar o conservar el propio estado de salud. Como todos los demás, exige un ajustamiento de las conductas e impone restricciones; pero éstas sólo encuentran su justificación en la alteridad; es decir: el título por el que los poderes públicos restringen la libertad personal es el respeto a los derechos de los demás y la consecución del bien común de la sociedad. Desde este punto de vista las obligaciones positivas pueden imponerse, pero sólo en la medida en que los exijan los intereses generales de la sociedad. Sin embargo, la salud no puede concebirse como un valor absoluto que condicione toda actuación personal. No puede elevarse a la categoría de fin. Respecto a la vida y demás derechos de la persona, tiene un carácter instrumental: de medio. Si las actuaciones sanitarias se desvincularan de ese contexto "personal" y se absolutizaran,

acabarían reduciendo al hombre a mero instrumento para la consecución de unos "valores superiores" (mejora de la especie, de la raza, etc.).

El estudio de la salud -pública- como límite del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas tiene el interés de facilitarnos la distinción del derecho a la protección de la salud en cuanto bien personal y bien social, y los ámbitos de actuación del Estado en su tutela; sin que -en ningún caso- pueda perderse de vista la dignidad de la persona; es decir, la continua referencia al respeto de los derechos-autonomía reconocidos en la Constitución. Articular unos con otros no es materia fácil y requiere numerosas matizaciones, a la vez que señala amplios márgenes de discrecionalidad en la política legislativa. Sin embargo, para que no se rompa el equilibrio, bien personal-bien social, es preciso distinguir, en la medida en que esto sea posible, entre salud pública-salud individual. Los principios por los que se ha de regir el Estado en uno y otro caso serán distintos.

Como ocurre con otros derechos constitucionales -a excepción del derecho a la vida- el de la "libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades" no está reconocida con carácter ilimitado, sino que, "en sus manifestaciones" ha de estar sometido a aquellos límites imprescindibles ("sin más limitación") para el "mantenimiento del orden público protegido por la ley". Dentro de ese orden público se encuentra la defensa de la

salud pública. En este sentido se pronuncia la ley de libertad religiosa de 5 de Julio de 1.980 (16). Su artículo 3.1 declara:

"El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática".

Los límites para el ejercicio de una libertad religiosa, como es obvio, surgen respecto a las manifestaciones, es decir, exteriorizaciones que afecten a los derechos de los demás y a la salud pública, distinta de la del que ejercita esa libertad; que no podrá incidir en esos otros bienes ajenos, constitucionalmente tutelados.

De acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución, hemos de interpretar el derecho a la libertad religiosa e ideológica de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales que, sobre la misma materia, hayan sido ratificados por España. A estos efectos, tiene especial relevancia el Pacto de Derechos Civiles y Políticos que desarrolla la Declaración Universal de Derechos Humanos (17) y el Conve

(16) L.O. 7/1.980, de 5.VII, de Libertad religiosa (BOE 24.VII.1.980).

nio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales (18).

El artículo 18.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos declara:

"La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás". Esa misma limitabilidad viene contemplada en relación con la libertad de expresión (art. 19.3.6), derecho de reunión pacífica (art. 21); también el derecho a la libre circulación (art. 12.3). En todos ellos aparece la expresión "salud o moral públicas", distinta de las actuaciones particulares que no incidan en ese orden público.

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos se pronuncia de modo análogo en relación con el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión que se refiere a su limitabilidad en el derecho a manifestarla, en la medida necesaria, en una sociedad democrática, para la "seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o de las libertades de los demás (art. 9.2).

(17) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Nueva York, de 19 de diciembre de 1.966, ratificado por España (BOE 30.IV.1.977).

(18) Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1.950, ratificado por España (BOE 10.X.1.979).

Análogas previsiones se recogen en la libertad de expresión, libertad de reunión, inviolabilidad de domicilio; aunque en estos casos incluye el matiz de "en una sociedad democrática", no se añade el término "públicas" al referirse a la "salud y moral".

En cualquier caso, la finalidad de esas limitaciones posibles, que habrán de establecerse por ley, es la tutela de la salud pública, distinta de la salud individual, como se desprende de todo el contexto en que están definidas. En ningún caso se señalan limitaciones en "beneficio" del titular del derecho como medida de tutela, que sería contraria a los principios que rigen una "sociedad democrática".

Desde el punto de vista de los límites de las libertades en razón de la salud pública, la tutela de la salud tiene carácter instrumental, no final.

Por último, esta limitación a la libertad religiosa e ideológica se refiere más que a su práctica, a sus manifestaciones externas y a sus consecuencias sociales, cuando afecten a los derechos ajenos. Lo que no cabe es sostener al mismo tiempo la libertad religiosa de una determinada confesión con el derecho implícito a la difusión de ideas o creencias contrarias a la salud pública, e imponer determinados tratamientos a sus objetores. Estos, no pueden ser violentados en sus convicciones y han de prestar consentimiento antes de ser sometidos a un tratamiento terapéutico determinado. Con su oposición no cabe po-

ner dicho tratamiento en práctica. Como veremos más adelante, la salud pública tutelada por el Estado tiene un carácter primordialmente preventivo. La imposición de tratamiento sanitario tiene carácter excepcional (19).

2. La salud pública.

2.1. Las previsiones constitucionales.

Acabamos de ver cómo la tutela de la salud, que corresponde a los derechos públicos, incide en el ejercicio de los derechos fundamentales y viceversa.

En primer lugar, el derecho a la vida y a la integridad física y moral imponían al Estado la obligación de mantener las condiciones generales necesarias que garantizaran el mormal desarrollo de la vida. Se hacía referencia a las medidas de protección, y entre ellas -como garantía última- se prevenían las penales.

Al relacionar la tutela de la salud con los derechos inviolables inherentes a la dignidad de la persona, distinguimos entre salud pública y salud individual, que no pueden confundirse, pues se rigen por principios distin-

(19) Cfr. HERVADA, Javier, "Libertad de conciencia y error sobre la Moralidad de una terapéutica". Persona y Derecho, 11, 13-53 (1.983). Cfr. apartado 5 dentro de este mismo capítulo.

tos. La salud pública era el límite del ejercicio de los derechos individuales; esta limitación se contemplaba en relación con la protección de los derechos y libertades de los demás. Medida, por tanto, de tutela de la sociedad, no del titular del derecho limitado.

Estas orientaciones que hemos deducido de la interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas, conforme al Pacto de Derechos Civiles y Políticos y al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, son las mismas que se contemplan en el artº 43 de la Constitución. Después de reconocer en su nº 1 el derecho a la protección de la salud, en su número 2 declara:

"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 al respecto.

Este párrafo del art. 43 se centra, principalmente, en la tutela de la salud pública, con lo que matiza bastante las afirmaciones añadidas a continuación "... a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios": Medios para conseguir la salud pública, distinta a la salud individual.

Así como en los derechos fundamentales y libertades públicas, recogidos en el Capítulo 1º, sección primera, se reconocen derechos individuales, referidos a las personas en sí mismas consideradas, y no son sino consecuencia de la dignidad de la persona, en el artículo que nos ocu-

pa se reconoce un derecho de carácter social, incluido en el Capítulo III, titulado de los "principios rectores de política social y económica". Como definimos antes, aunque no quepa una interpretación aislada de ninguno de los derechos, pues en todos ellos se incluyen ámbitos de autonomía, participación y prestación, en los de este Capítulo III predomina el tercer aspecto, que tiene por objeto garantizar la necesaria igualdad social que hagan efectivos los demás derechos reconocidos en la Constitución.

En este sentido, los intereses tutelados en el artículo 43 son de carácter difuso, es decir, no inciden directamente en las concretas personas, sino en la colectividad. Las leyes, al definir los medios con que el Estado ha de garantizar la salud pública, definirán los derechos y deberes de todos al respecto. Derechos individualizados, no ya con ese carácter difuso con que se contemplan en la Constitución, pero no sólo uti singuli, como individuo, sino principalmente como ciudadano, llamado a participar en la consecución del interés general. En cuanto a los deberes, la ley señalará aquellos que exijan la consecución de la salud pública, no los derivados del deber general -no jurídico- de conservar y mejorar la salud individual, distinta de la salud pública. Por esta razón el número 3 del artículo añade que los "poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte". Se trata, principalmente, de velar por la salud de la sociedad, aunque de esta actuación surgirán sin duda presta

ciones. Además, el Estado promocionará, no impondrá, la salud individual.

De este artículo no surge un deber ciudadano a conservar la propia salud, sino la salud pública.

De este derecho a la protección de la salud —"interés difuso"— surgirán los "derechos subjetivos racionales" "en el sentido de que una vez dictada una ley de protección de la salubridad de un ambiente, cualquiera que este sea, (el escolar, el urbanístico, el rural, el laboral, etc.) el ciudadano que viva en dicho medio, tiene derecho a que tales condiciones existan, es decir:

- que no se dañen, y de ahí la acción consiguiente para conseguir la reparación del daño causado (acción de resarcimiento) y, esto es lo que importa, que el daño no se produzca (acción inhibitoria);

- que si dichas condiciones de salubridad están por sí mismas (naturalmente, valga la expresión) por debajo de los niveles que se pueden estimar socialmente normales, se establezcan servicios y se ejecuten las acciones convenientes para que se alcance el "standard" obligado socialmente.

Las medidas inhibitorias son medidas preventivas, pero a su lado están (las) medidas positivas, que se concretan en servicios y prestaciones necesarios para restablecer el nivel de salubridad o para mejorarlo" (20).

(20) BORRAJO, Efrén. "El Derecho a la asistencia sanita-

A estos criterios responde el artículo 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que establece:

"Los productos, actividades y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios no implicarán riesgos para su salud o seguridad, salvo los usual o reglamentariamente admitidos en condiciones normales y previsibles de utilización"; a continuación añade que los riesgos previsibles han de ser puestos en conocimiento de los consumidores (21).

Estas declaraciones, junto a lo que disponen los artículos 28 a 30 que definen casos de responsabilidad civil objetiva o causal y prevén la constitución de Fondos de Garantía de Riesgos (22), responden a ese deber de los

ria en la Seguridad Social". Revista de Seguridad Social, 8, 18-19 (1.9805. Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, E., FERNANDEZ, T.R. "Curso de Derecho Administrativo", vol. II, 36-54 (1,982).

(21) Ley 26/1.984, 19.VII, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

(22) El art. 28 de la ley, en su número primero, establece que responderán los productores de los daños causados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistematicos de calidad. Este régimen se aplica a los productos alimenticios, cosméticos, especia-

poderes públicos de tutelar la salud pública de la que de rivan derechos en favor de los particulares: de prevención y de reparación y asistencia en el caso en que las garantías hayan sido infructuosas. En el mismo sentido se pronuncia el Proyecto de Ley General de Sanidad , que establece que "sólo se autorizarán medicamentos seguros y eficaces" (23).

lidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte y juguetes y productos dirigidos a los niños (artº 28.2). En todos estos casos se establece un régimen de responsabilidad sin culpa, en los que no cabe exoneración de la obligación de indemnizar aunque "conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencia que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad", excepción al principio general del artº 26 de la ley. Este régimen se fundamenta en la garantía que la Constitución establece, para los consumidores, de la que derivan responsabilidades públicas. Por este motivo, la ley, que en sí misma tiene como objeto -en lo que aquí nos interesa- la protección de la salud, el artº 30 de la ley señala que el Gobierno "adoptará las medidas necesarias para establecer un sistema obligatorio de seguro y fondo de garantía que cubran, para sectores determinados, los riesgos de intoxicación, lesión o muerte derivados de los productos, servicios o actividades" a los que antes nos hemos referido. A través del fondo de garantía el Estado participa de esa responsabilidad. Cfr. sobre este tema VALVERDE, J.L. y MARTIN CASTILLA, D. "La responsabilidad civil en la Industria farmacéutica". El Farmacéutico, 10, 63-67 (1.985), y las fuentes que allí se recogen.

(23) Proyecto de Ley General de Sanidad, aprobado por el

Los poderes públicos tienen como primordial cometido la prevención de los riesgos, la mejora de las condiciones generales sanitarias. La asistencia aquí tiene carácter instrumental o secundario, como medio para evitar la difusión de las enfermedades, y de carácter curativo y reabilitador en caso de que se produzcan los daños. La obligación de reparar, en la que participa el Estado, es una medida compensatoria de esa garantía general en que consiste la tutela de la salud pública.

2.2. Las fuentes internacionales

El carácter preferentemente preventivo, de prevención general o social, de la salud pública viene también contemplado en los Pactos y Convenios internacionales ratificados por España.

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12, después de reconocer el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sugiere, entre las medidas que deben adoptar los Estados parte en el Pacto, las siguientes:

- a) reducción de la mortalidad y mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños (protección de la vida);
- b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene

Pleno del Congreso de los Diputados, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados de 20 de noviembre de 1.985. El artº 95.3 establece: "Sólo se autorizarán medicamentos seguros y eficaces con la debida calidad y pureza y elaborados por persona física o jurídica con capacidad suficiente".

del trabajo y del medio ambiente; c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas y 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 (24). En este último caso, no se exige que los Estados partes presten la asistencia sino que creen las condiciones que aseguren..."

La Carta Social Europea es aún mucho más expresiva. Después de reconocer el derecho de toda persona a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar, ya en el texto articula do distingue entre: el derecho a la protección de la salud, el derecho a la seguridad social y el derecho a la asistencia social y médica (25). El artículo 11 establece para "el ejercicio efectivo" —más apropiada sería la expresión para "el efectivo disfrute"— del derecho a la protección de la salud las Partes Contratantes se comprometen a adoptar directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas medidas adecuadas para, entre otros fines: 1. eliminar las causas de una salud deficiente (sa-

(24) Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1.966, ratificado por España (BOE 30.IV.1.977).

(25) Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1.961, ratificada por España (BOE 26.VII.1.980).

lud general). 2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad en lo concerniente a la misma. 3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras.

El ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica se garantizará, en cambio, facilitando el acceso a los medios asistenciales a "toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vías de prestaciones de un régimen de seguridad social..." (26). Cometido que en nuestro país ha ido parejo al de la salud pública, aunque diferenciado de ella a través de las instituciones de Beneficencia.

En este sentido señala BORRAJO DACRUZ, citando a WOLF, que dentro del derecho a la salud cabe distinguir varias categorías de "derechos subjetivos":

- "el derecho a exigir una protección contra los riesgos exteriores capaces de poner en peligro la salud";
- "el derecho a exigir la organización y la disponibilidad de los servicios de salud suficientes, así como el acceso a los cuidados médicos;
- "el derecho a exigir la seguridad y la higiene en las actividades profesionales" (27).

(26) Artº 12 de la Carta Social Europea, citado en nota (25).

"Con su gran autoridad, PERRIN llega a la misma conclusión a resultad del análisis de las declaraciones y Pactos internacionales, en especial sobre los convenios y Recomendaciones de la O.I.T. a partir de 1.944: "Hay, en efecto, una distinción esencial entre el derecho a la salud y el derecho a los cuidados médicos...; los instrumentos jurídicos adoptados por la O.I.T. hablan siempre del derecho a los cuidados médicos y no del derecho a la salud. Esto quiere decir que en el Derecho internacional el derecho material es en verdad, el derecho a los cuidados médicos. El derecho a la salud... es en cierto modo un objetivo, la expresión de una reivindicación de la conciencia humana en un cierto momento del desarrollo social" (28). Es decir, se distingue dentro del Derecho internacional, la salud pública de la salud individual ("cuidados médicos"); la salud pública como interés difuso —"una aspiración", "un objetivo"— se refiere primariamente a la sociedad en sí misma considerada; y la salud individual ("cuidados médicos") del que derivan "derechos materiales", tiene como punto de referencia los subjetivos de cada persona, "uti singuli".

2.3. Concepto

De lo que hemos visto hasta ahora se desprende la

(27) BORRAJO DACRUZ, E. "Artículo 43. Protección de la salud". En la obra colectiva Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1.978, Tomo IV, arts. 39-55, pp. 174 (1.984).

distinción, ya sugerida, entre salud pública e individual, que se rigen por principios diversos. La primera de ellas es principalmente preventiva —prevención general o social— y contempla la salud individual en cuanto incide en la salud de los demás; o la actuación de las personas o grupos en cuanto que produce o puede producir efectos —riesgos— en la salud ajena. La tutela de la salud individual, en cambio, tiene por objeto la prevención, curación y rehabilitación de cada persona. En el primer caso, de la obligación de tutela del Estado, surgen "derechos reaccionales" fruto de los "intereses difusos" que se protegen. En el aspecto individual, los derechos ya sí están determinados en relación con cada uno de los beneficiarios de la atención sanitaria. Las prestaciones de salud pública atienden a la colectividad aunque de ellas se beneficien algunos directamente: se facilita el tratamiento de enfermedades infecciosas, por ejemplo, para evitar el contagio, en beneficio de la sociedad, aunque también en el de los sometidos a tratamiento; indirectamente repercute en cada uno de sus miembros. A su vez, cada persona indirectamente protegida no percibe de modo inmediato los beneficios de la actuación pública.

Desde esta perspectiva, la salud pública es uno de los elementos que integran el orden público de la socie-

dad que facilita y fomenta el libre ejercicio de las actividades de las personas o grupos en la consecución del interés general. Está en la base de ese interés general y es uno de los cometidos del Estado. En este aspecto, sus actuaciones son eminentemente de carácter preventivo -de prevención general- que incluye las funciones de policía, pero también incluye las de fomento y prestación; pero -en cualquier caso- desde una perspectiva general, sin contemplar a cada beneficiario en particular. Aunque, como hemos dicho, no es la única función, sí que es la primordial, sin la cual las demás actuaciones sanitarias carecen del contexto necesario y distorsionan el conjunto del sistema.

Según BORTOLOTTO la tutela de la salud pública, en sentido amplio, "comprendería todas las normas que, además de considerar el organismo de la Administración sanitaria, se refieren a la higiene y la sanidad consideradas en toda su amplitud, de forma que quedarían en ella integrada^a cuantas disposiciones se refieren a las administraciones hospitalarias y sanitarias, la curación de los enfermos, de los pobres, etc., pero no sólo, sino también aquellas disposiciones de higiene que son también propias de otras ramas de la policía, tales como las relativas a la tutela de mujeres y niños en la industria, a la prevención de accidentes y enfermedades profesionales, etc." (29). Dentro de este cometido ocupa un lugar

(29) BORTOLOTTO, G. "Sanità pubblica", vol XIII de la

prioritario la definición de ese orden público normativo que encuadre la actividad de policía y fomento de todos los poderes públicos; "a veces se distingue -dice el autor que estamos citando- la actividad de defensa de la salud en preventiva y represiva; pero la policía sanitaria, desarrollada por el Estado, es casi exclusivamente preventiva; de la higiene de los alimentos a las desecaciones y saneamientos, de la defensa de los trabajadores a la profilaxis contra las enfermedades infecciosas, de la higiene de la vivienda a la policía mortuoria, todo se propone impedir el desarrollo de los gérmenes dañosos o por mala alimentación o por isalubridad de los lugares u otras circunstancias que requieren una constante labor de tutela y de vigilancia, así como la aplicación de disposiciones sancionadoras a quienes incumplan las prescripciones establecidas" (30).

Puede definirse, por tanto, la salud pública como la "ciencia y el arte de prevenir, prolongar la vida o promover la salud mental o física y la eficacia a través de los esfuerzos organizados de la comunidad para el saneamiento del medio ambiente, el control de las enfermedades transmisibles, la educación del individuo en higiene personal, la organización de servicios médicos y de enferme

Enciclopedia del Diritto penale italiano, a cura di Pessi na, Milán, 1.910, p. 515-516, citado por MARTIN GONZALEZ, M. "Sanidad pública: concepto y encuadramiento", vol II, p. 452, nota (243).

ría para el diagnóstico precoz y el tratamiento preventivo de la enfermedad y el desarrollo de una organización social que asegure a cada individuo un nivel de vida adecuado para el mantenimiento de la salud, organizando estas prestaciones de forma que permita que cada ciudadano lleve a la práctica su derecho innato a la salud y a la seguridad" (31).

Estos son los cometidos que el Estado ha tenido confiados a su custodia desde el principio: la tutela de la salud pública como parte integrante del orden público. En ellos predominan las funciones normativas y las de policía o intervención administrativa.

En este sentido, nos ilustra sobre la naturaleza de esta actuación estatal el estudio de los delitos contra la salud pública, que, a diferencia de los que protegen intereses personales, castigan las conductas generadoras de riesgos para la sociedad sin que tengan por qué concretarse en la producción de resultados dañosos. Su finalidad es primordialmente preventiva —más que en otros casos— pues adelanta la punición de las conductas a una fase anterior a la producción de los resultados. El mismo objeto tienen las normas de disciplina de mercado que,

(30) Ibid. citado por MARTIN GONZALEZ, M. en p. 453, nota (244).

(31) CLAVERO GONZALEZ, G.A. y SIERRA LOPEZ, A. "Actualización del concepto de Salud Pública". Revista de Sanidad e Higiene Pública, 57, 222 (1.983).

además de proteger el orden público económico, contempla la protección de la salud de la colectividad (32). Con las recientes disposiciones sobre defensa de los consumidores, éste va siendo el marco de la tutela de la salud pública (33). Sin embargo, junto a esas disposiciones sancionadoras y otras muchas que prevén la intervención administrativa, con sus actos de autorización e inspección (y sanción), en la actividad social en defensa del orden público sanitario, el Estado —considerado en su conjunto— tiene que cumplir la principalísima función de vigilancia: que le permita adelantarse a los hechos y prevenir los riesgos, además de formular políticas legislativas adecuadas a la realidad del momento en que han de aplicarse. La historia demuestra que la actividad en defensa de la salud pública en nuestro país se ha centrado más en la definición de normas, algunas de ellas bastante ambiciosas que, sin embargo no han encontrado reflejo adecuado en la actuación administrativa. En algunos casos esas normas han surgido de situaciones más o menos trágicas que reflejaban más la incapacidad de la Administración

(32) Cfr. en este punto VALVERDE, J.L. y MARTIN CASTILLA, D. "El Delito Sanitario". Revista de la Seguridad Social, 23, 7-24 (1.984).

(33) Ley 26/1.984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE 24.VII), arts. 3-6, 28-30 y 32-38.

que una real insuficiencia de instrumentos normativos. La raíz del problema se encuentra, a nuestro entender, más en la vigilancia que en la legislación. De los datos epidemiológicos es de donde han de partir las definiciones legislativas, y -sobre todo- la planificación de las actuaciones sanitarias.

Cabe concluir de lo visto en este apartado que la tutela de la salud pública, como parte integrante del orden público que el Estado ha de mantener, forma parte del núcleo básico o fundamental de toda la Administración sanitaria que la Constitución atribuye a los poderes públicos (generales, autonómicos y locales). Su función es principalmente preventiva, de prevención social o general, cuyos beneficiarios difícilmente pueden ser individualizados y sus beneficios sólo se valoran cuando la carencia de actuaciones se manifiesta en los daños, que suelen producirse -además- con gran alcance. Los principios por los que se rige son esencialmente distintos a la función asistencial sin que puedan confundirse unos con otros.

Como parte del orden público -social-, la salud pública no puede concebirse como algo estático ni tiene un sentido estrictamente negativo, sino que aparece bajo el signo positivo, como imperativo que marca rumbos y derivaciones a la voluntad individual y, por ello, el Estado, para su consecución, empleará también medios y técnicas de promoción o fomento llegando incluso a desarrollar ac

tividades asistenciales. Lo que no cabe, y de ahí nuestro esfuerzo en separar, es confundir bajo unos mismos principios la salud pública y la salud individual, pues aquélla se ordena a ésta y no a la inversa, de igual modo a como el orden público se orienta —sin anularla— a la persona. Lo contrario llevaría a reducir a la persona a la condición de parte de un todo. De este modo el problema de la "salud pública" como límite de los derechos se ilumina y nos aleja del riesgo de finalizar este aspecto del orden social que articula las relaciones interpersonales.

2.4. Caracteres de la función de tutela de la Salud Pública.

La defensa del orden público sanitario, regida por sus propios principios, se caracteriza por las siguientes notas diferenciales, según MARTIN GONZALEZ:

1. Es una actividad pública; el autor señala que tiene carácter "estatal o, cuando menos, público". Entendemos que aunque la responsabilidad directa corresponda a los poderes públicos del Estado (centrales, autonómicos o estatales), esto no excluye la participación ciudadana, pues, con la entrada en vigor de la Constitución, no cabe establecer el monopolio estatal en la consecución de los intereses generales. Todos los miembros del Estado español tienen el derecho-deber de intervenir, y aquí radica uno de los principios del Estado social y de

mocrático de Derecho. El núcleo de esta "actividad estatal" o pública, se encuentra en las medidas de policía sanitaria cuyo ejercicio exclusivo corresponde al poder público (34).

2. "Inmediatividad de la acción respecto a la específica finalidad". Carácter que sirve para distinguir entre actividad propiamente sanitaria —de salud pública—, de otra que aunque favorece la salud, no tiende, teleológicamente, a la consecución de ese bien, sino otros distintos. Es el caso de los servicios públicos urbanos de abastecimiento de aguas, eliminación de residuos (sólidos o líquidos), etc. Sobre ellas, la Administración sanitaria ejerce funciones inspectoras, pero estas no justifican la atribución de estos cometidos a esa parcela administrativa. Este criterio finalista tiene indudable interés para la definición de los ámbitos propios de cada sector público, que facilita una mayor racionalización administrativa y evita la dispersión y duplicidad de actuaciones, una vez separadas las respectivas responsabilidades. Definidos los campos de actuación se ve necesaria la actuación coordinada (coordinación interna) (35).

A la vez, la inmediatividad sirve como criterio de delimitación entre actividad de salud-pública, actividad

(34) MARTIN GONZALEZ, M. "Sanidad Pública: concepto y encuadramiento", vol. II, pp. 647-648 (1.970).

(35) Ibid. pp.648-651.

de salud individual. No actúa el Estado con iguales prerrogativas cuando interviene en el tratamiento de las enfermedades transmisibles (en favor de la salud pública) que cuando logra indirectamente la prevención general atendiendo a la población mediante cuidados médicos indiscriminados.

3. Esponaneidad en la acción, que el autor a quien estamos siguiendo destaca sobre todos los demás criterios. Califica MARTIN GONZALEZ de espontánea la tutela de la salud pública en cuanto que no es respuesta a concretas demandas de los ciudadanos, sino actuación permanente. Se beneficia de ella la sociedad considerada en su conjunto, sin que ordinariamente los concretos miembros de la sociedad tengan conciencia de la función de tutela de la salud pública. Las ventajas que aquélla procura sólo pueden ser apreciadas a través de la estadística sanitaria. "La gravedad de los intereses en juego exige que la acción se anticipe a la aparición de las necesidades individualmente sentidas. La conciencia de la colectividad tiene que sersanitariamente más lábil que la del individuo. Hay que desecar terrenos pantanosos antes que los palúdicos evidencien la necesidad de hacerlo. Hay que combatir la contaminación atmosférica antes de que las enfermedades de los núcleos contaminados revelen las desastrosas consecuencias de no haberlo hecho" (36).

(36) Ibid. pp., 651-652.

4. Actuación sobre los fenómenos de salud y enfermedad en cuanto tengan relevancia social. Es decir, en la medida en que incidan en la colectividad (37).

5. El autor señala, por último, el carácter subsidiario de la actividad estatal, en materia de salud pública, respecto a la finalidad de mejoramiento de la especie. Esto no es sino consecuencia del carácter instrumental que tiene esta función del Estado que se pone al servicio de la persona en sociedad y no directamente en la mejora de la especie. Por ello, aunque la política de salud pública pueda conseguir la mejora de la especie, su fin directo e inmediato es la consecución del orden público sanitario, no fines eugenésicos (38). La mejora de la salud pública tiene como beneficiario inespecífico -inconcreto- a la persona, no a la especie. "La intervención estatal en este campo deviene así subsidiaria (léase también: fin indirecto) por tres razones:

1ª. Porque debe entenderse condicionada a su compatibilidad con la salud individual y colectiva y también con la vida e integridad física de los ciudadanos y de-

(37) Ibid., p. 652.

(38) Cfr. SUÑE NEGRE, C.M. "Aspectos legales y éticos de la Manipulación genética". Memoria de licenciatura, 180pp. Barcelona, 1.985. Especialmente las pp. 150-160 ("La tentación de la eugenesia").

más derechos de la personalidad -dignidad humana, por ejemplo.

2ª. Porque la legitimidad de las obligaciones que, por razones sanitarias, pueden imponerse a los particulares y de las prohibiciones, restricciones, limitaciones y condicionamientos a que, por las mismas razones, pueden quedar sujetas sus respectivas esferas de libertad personal, propiedad y actividad, estará en función de la realización por el Estado de los primeros cometidos en que la finalidad única de la acción sanitaria, en nuestro entender, se diversifica, pero nunca en razón de este último, que carece de la "carga" de interés sanitario suficiente para justificar tales intervenciones. La razón última es la conservación y mejora de la salud pública, no el mejoramiento de la raza (39).

(39) Ibid. pp. 652-655.

A pie de página añade el autor: "Estas intervenciones están legitimadas -para la conservación y mejora de la salud pública, pero no para el perfeccionamiento de la raza- en el título preliminar de la ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1.944 cuya base única declara textualmente: (...)"

"No tendríamos que objetar a tan solemne declaración (siempre que, como creemos, las expresiones "fortalecimiento de los ciudadanos" y "mejoramiento físico del pueblo español" se refieran a la conservación y mejora de la salud pública y no al perfeccionamiento de la especie) si no fuera por la degradación legislativa que supone dejar -al poder reglamentario- la posibilidad de determinar los presupuestos prácticos en que tales limitaciones

3ª. Finalmente, y por este menor interés sanitario que tal mejoramiento de la raza representa, la realización de la actuación estatal respectiva deberá quedar subordinada a la realización adecuada y satisfactoria de los cometidos anteriores.

Los caracteres de publicidad, inmediatividad, espontaneidad e instrumentalidad (o subsidiariedad de la mejora de la especie) configuran toda la actividad estatal de tutela de la salud pública como responsabilidad propia y separada de la asistencia sanitaria que pueden prestar también los poderes públicos, que se rige por criterios substancialmente diversos: no se exige su estatalización generalizada, ni la gratuidad para todos los ciudadanos; el fin que se persigue de modo inmediato es la prevención, curación, rehabilitación de cada persona,

u obligaciones pueden imponerse. Toda intervención en la esfera de la libertad y propiedad de los particulares debe ser establecida por ley formal y la reserva legal (unánimemente reconocida para tal esfera) no queda suficientemente satisfecha con la fijación del tipo de limitaciones que puedan imponerse, pues tan importante, o acaso más, es la determinación de los casos en que tales intervenciones pueden lícitamente realizarse y de los condicionamientos de su imposición".

"Utilizando tal degradación legislativa, se vienen reglamentariamente señalando en nuestro ordenamiento los supuestos en que puede imponerse alguna de aquellas limitaciones (Cfr. por ejemplo, Decreto sobre Hemoterapia -de 28 de octubre de 1.965- la posibilidad de que establezcan prestaciones especiales cuando un grave riesgo de salud pública lo requiera)". Estas medidas, con la entrada en vigor de la Constitución, han de reunir determinadas garantías; a ellas nos referiremos más adelante.

las prestaciones son individualizables. Coinciden en el en el servicio a los bienes personales -no a los de la especie-, es decir en la mejora de las condiciones de vida para facilitar el libre desarrollo de la personalidad.

3. La Sanidad Pública

3.1. Sanidad Pública y asistencia sanitaria. Necesidad de reforma (40).

(40) Cfr. principalmente MUÑOZ MACHADO, S. "Reflexiones sobre la reforma de la Sanidad Local". Documentación Administrativa, 163, 43-81 (1.975). En su introducción al artículo afirma:

"...la Sanidad pública seguirá organizada como si los problemas fuesen hoy también reconducibles a la lucha contra las enfermedades infecciosas, enquistándose en el modelo clásico y ejerciendo una tenaz resistencia al cambio. Y mientras la evolución de la Sanidad se paraliza los problemas no dejan de crecer, por lo que el sistema de respuestas públicas se desvía de su cauce natural (servicios de Sanidad Pública) para insertarse en otras organizaciones, fundamentalmente la Seguridad Social, que crecen vertiginosamente, haciendo imposible toda competencia por parte de la sanidad, que además, facilitadas las soluciones por otras vías, encontrará renovados argumentos para continuar con su organización tradicional" (pp. 47-47).

FRANCIA VIÑA, también en relación con la sanidad local (en este caso la rural). Destaca la progresiva centralización de la sanidad local y la incapacidad del INSALUD

Al conjunto de los órganos o servicios gubernativos encargados de proteger la salud pública del común de los ciudadanos del Estado se suele denominar Sanidad Pública. Por derivación, también se entiende por Sanidad Pública al conjunto de funciones que realizan esos órganos. Como hemos visto, es esta una actividad propiamente estatal en cuanto procura la observancia del orden público sanitario. Sin embargo, en nuestro modelo de Estado se exige la participación social. Lo que hemos visto con carácter general al tratar de la organización en el Estado de las Autonomías es aquí plenamente aplicable: los principios de corresponsabilidad y subsidiariedad han de estar pre-

para el establecimiento de un sistema de atención sanitaria en el medio rural. Cfr. FRANCIA VIÑA, J.M^º. "Elementos para una nueva política sanitaria rural". Revista de Sanidad e Higiene Pública, 57, 381-388 (1.983). FRANCIA VIÑA, J.M^º. "Sobre la Administración sanitaria provincial". Revista de Sanidad e Higiene Pública, 57, 305-307 (1.983). En el mismo sentido se pronuncian las conclusiones de las "Jornadas Sanitarias del Cuerpo Médico de Sanidad Nacional"; Cfr. Revista de Sanidad e Higiene Pública, 52, 242 (1.978). Cfr. también: MARTIN MATEO, R. "Ordenación pública del sector salud". Revista de Administración Pública, 84, 371-386 (1.977). MORELL OCAÑA, L. "Observaciones sobre los principios de ordenación de la Administración sanitaria del Estado". Revista Española de Derecho Administrativo, 1, 63-77 (1.974). Desde el punto de vista exclusivamente organizativo cfr. MARTIN JIMENEZ, J.E. "Organización y reorganización de la distinción de competencias en materia de Sanidad pública". Revista de Estudios de la Vida Local, 176, 701-727 (1.972).

sentos en esta, como en todas, las actividades públicas.

Junto a los cometidos de sanidad pública, en íntima conexión con ellos, el Estado ha desempeñado —en defecto de otras instituciones sociales públicas o privadas— funciones asistenciales para facilitar el acceso de todos los ciudadanos a los cuidados médicos. Estas han sido las tradicionalmente denominadas funciones de Beneficencia que, en gran parte han pesado sobre las corporaciones locales y otras instituciones no estatales respecto a las cuales el Estado ejercía funciones de vigilancia y fomento. Sin embargo, al ejercer estas competencias de carácter asistencial, el Estado no actuaba con los mismos medios que en los casos en los que la salud pública estaba implicada. Esto no es sino consecuencia de esta distinción a que antes nos referimos entre salud individual, salud pública. La ampliación de las funciones sanitarias estatales, que han ido extendiéndose desde la estricta tutela de la salud, hasta la prestación de asistencia mediante órganos propios ha estado motivada principalmente por el desarrollo de los sistemas de Seguridad Social, y por la necesidad de garantizar el acceso general de todos los ciudadanos a los cuidados médicos. Los avances de la medicina curativa y preventiva —asistencial— y la ampliación del sistema de Seguridad Social que ha llegado a cubrir los gastos de asistencia de la mayor parte de la población ha traído como consecuencia:

- a) Una mayor confusión entre los actos de tutela de

la salud pública y de la salud individual, lo que -por otra parte- no carece de razón de ser pues la mejora de la asistencia y su ampliación contribuye a la mejora de la salud del conjunto.

b) Un mayor predominio de la asistencia sobre las funciones propias de sanidad pública que ha motivado el descuido de esta última y principal misión estatal.

c) Como consecuencia del aumento de la asistencia, centrada fundamentalmente en el sistema de los seguros sociales, se ha producido una separación de cometidos dentro del Estado, una desordenada diversificación de competencias sanitarias que ha obligado a continuos esfuerzos de coordinación de escasa efectividad práctica.

d) Los medios de sanidad pública han ido quedando reducidos a la mínima expresión y su descuido ha incrementado los esfuerzos centralistas, que fueron vaciando de contenido las competencias sanitarias locales. Con ello se produjo una progresiva desvinculación de la Administración Sanitaria de la realidad social.

e) Los gastos de Seguridad Social se ha disparado, y han colocado al sistema al borde de la ruina al no haber existido una actuación racional de las funciones públicas. La asistencia no estatal también ha acusado el golpe y ha quedado reducida a la mínima expresión.

El crecimiento del nivel sanitario, que hay que reconocer como uno de los elementos del desarrollo de nuestro país, se ha realizado de un modo desordenado en de-

trimento de las funciones de prevención tanto general como especial. El cambio de régimen político y la consiguiente innovación organizativa, fruto de la instauración del Estado de las Autonomías, es una ocasión inmejorable para afrontar la profunda renovación de las estructuras de la Administración sanitaria. La misma crisis económica es un factor que ayudará en gran medida a la mejora del sistema. Pensamos que, pese a esos vientos favorables, nada se logrará si, en esa redistribución de competencias, se reproducen los esquemas de un centralismo ya caduco, que en la sanidad ha manifestado a las claras su ineficacia. La sanidad local debe potenciarse, la participación social ha de ser cada vez más intensa.

Para todo ello, es preciso que la reforma sanitaria esté presidida por una definición clara del modelo sanitario que se pretende. Toda ella gira alrededor de lo que se entiende por sanidad pública y modo de relacionarse con la asistencia sanitaria, función de las corporaciones locales y marco dentro del cual pueda desenvolverse la iniciativa social, que en materia de sanidad ha de ser entendida como actividad pública —prestación de servicio público— socializada, pero no necesariamente estatal. Pero la definición del modelo no puede ser obra exclusiva de los poderes centrales; las Comunidades Autónomas han de participar en la delimitación de las líneas maestras y, en su territorio, configurar su propia Administración sanitaria: coincidirán en las bases, tanto en

el núcleo como en el círculo de encuadramiento, pero estarán tan diversificadas como lo exija la realidad social que impere en cada Comunidad.

3.2. Concepto integral de sanidad.

3.2.1. Indivisibilidad.

Las orientaciones de la reforma sanitaria emprendida se centran en la configuración de un modelo sanitario en el que la sanidad pública y la asistencia se integren dentro de un sistema coherente. Al ser la sanidad pública responsabilidad estatal primaria, esa integración se produciría mediante la incorporación de la asistencia sanitaria en los servicios de la Sanidad Pública, que no implica su necesaria estatalización. Se trata principalmente de unificar el sistema de sanidad desvinculándolo funcionalmente del de Seguridad Social para lograr una mayor racionalización administrativa. De este modo se conseguirá una mayor economía de medios, al evitar duplicidades; a la vez que se facilita la planificación, cuyos objetivos se someterán a la política general —central o autonómica— de la sanidad.

Los factores que han facilitado esta nueva orientación, que también ha propiciado la OMS, según MARTIN GONZALEZ a quien seguimos en este apartado, son:

a) "la natural indivisibilidad de cuanto afecte a la salud humana";

b) "el hecho de que el coste de funcionamiento y en

tretenimiento (aparte del de adquisición) de las modernas instalaciones sanitarias rebasa con mucho las posibilidades de la iniciativa privada" (léase iniciativa social);

c) "el haberse adquirido conciencia de la pérdida económica -nosotros añadimos que también y fundamentalmente social, no sólo económica- que para cada país la enfermedad supone";

d) "y, finalmente, el interés creciente de la opinión pública por los servicios sociales" (41). Este último factor tiene especial relevancia desde la entrada en vigor de la Constitución, que instaura un Estado social y democrático de Derecho -en el sentido antes visto- que exige que el Estado garantice -no necesariamente de modo directo- el acceso a los cuidados médicos en condiciones de igualdad para promover la efectividad en el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Indivisibilidad de cuanto afecte a la salud humana.
Señala MARTIN GONZALEZ cómo desde el punto de vista

(41) MARTIN GONZALEZ, "Sanidad Pública ...", vol. II, citado en nota (34), pp. 656-657. "... la salud es indivisible en lo que se refiere a las acciones que componen las responsabilidades sectoriales, y la universalidad de la cobertura o acceso a los servicios correspondientes. Esto significa equidad en el acceso a todos los niveles de atención". GUERRA DE WAVEDO, Carlyle. "Organización del sistema de salud en relación con el Proyecto de Ley General de Sanidad". En "La Reforma Sanitaria Española a Debate", p. 20 (1.984).

técnico "la acción preventiva -prevención general añadimos- y la asistencia se entrecruzan ... estrechamente y constantemente; donde mejor se aprecia tan estrecho vínculo es, desde luego, en las enfermedades infecciosas, en las que muchas veces, aun después de curado el enfermo, sigue siendo portador de vacilos y debe seguir tratándose para impedir que contagie a los demás"; en otras "el contagio puede ser anterior al hecho clínico, de modo que el tratamiento se empieza tardíamente a efectos epidemiológicos; pero existe también en las demás (enfermedades) en cuanto el elemento social entra siempre en la protección de salud o prevención de la enfermedad como en la curación de éstas" (42).

"... en 1.952, el informe de una comisión presidencial sobre las necesidades sanitarias de los Estados Unidos señalaba que un plan general de sanidad suponía una actuación decidida en cuatro sectores principales:

fomento de la salud pública, prevención de las enfermedades, diagnóstico y tratamiento de las mismas y mejora de las condiciones sanitarias, e insistía, especialmente, en señalar que tales sectores no consistían en compartimentos estancos, sino que se entremezclaban entre sí; así, al fomento de la salud pública (sector primario) corresponden muchas medidas cuya finalidad es mejorar las

(42) Ibid., p. 658.

condiciones ambientales que influyen en la salud y a perfeccionar los hábitos higiénicos personales (sector cuarto); la Medicina preventiva y el diagnóstico precoz (sector secundario) están, como las anteriores, íntimamente ligadas con el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades en sí (sector terciario) (43).

Por el motivo de esa indivisibilidad de todo cuanto se refiere a la salud, pretende operar "el cambio desde un sistema basado en la enfermedad a otro que tenga por objetivo la salud, como concepto positivo, transformando el concepto meramente defensivo de la salud pública en otro dinámico, prospectivo y predictivo que incluya la prevención, la promoción de la salud y la recuperación en caso de su pérdida, así como su reinserción social (44). Cometido, este último, que no es propiamente sanitario, pero que necesariamente ha de ser tenido en cuenta y que exige, junto a la separación de funciones, la actuación conjunta de las Administraciones en el marco de programas globales. Señala SIGERIST, a quien cita MARTIN GONZALEZ, que "la tecnología de la medicina ha dejado atrás a su sociología. Muchos problemas de la salud

(43) Ibid., p. 660.

(44) Conclusión 1 a la Cuarta Ponencia -"Directrices Generales para una nueva Ley de Sanidad"- de las II Jornadas Técnicas del cuerpo Médico de Sanidad Nacional. En Revista de Sanidad e Higiene Pública, 57, 411 (1.983).

han sido resueltos médicamente, pero socialmente permanecen sin tocar, frustrando así el progreso y malgastando las ganancias de la ciencia médica" (45).

3.2.2. Asistencia primaria.

La sanidad integrada se centra en la estrategia de la OMS en su objetivo de lograr la "salud para todos en el año 2.000", en la mejora de los niveles de atención primaria "no entendida sólo como un programa aislado o como un conjunto de actividades especialmente definidas para la atención de poblaciones supuestamente marginadas en el Tercer Mundo, o marginadas en el Segundo Mundo por alguna situación social, sino atención primaria como una estrategia de transformación de todo el sistema de salud". En este programa de la OMS, se intenta la vinculación e integración de "los diversos niveles de prestación de servicios en un conjunto orgánico, orientado en su totalidad a la satisfacción de las necesidades de cada persona, de cada familia y de cada comunidad, de una manera equitativa, participativa y eficiente" (46).

(45) MARTIN GONZALEZ, "Sanidad Pública ...", vol. II, p. 670, citada en nota (34).

(46) GUERRA DE MACEDO, Carlyle. "Organización del sistema de salud en relación con el Proyecto de Ley General de Sanidad". En "La Reforma Sanitaria en España a Debate", pp. 20-21 (1.984). Cfr. También YUSTE GRIJALBA, F.J. "Crecimiento y desarrollo. Aspectos sanitarios del problema". Revista de Sanidad e Higiene Pública, 52, 91-112 (1.978).

En ese nivel primario es donde se produce una mayor identificación entre la medicina preventiva, curativa y rehabilitadora y es en ese ámbito donde pueden producir mayor eficacia las medidas de educación sanitaria. Se pretende, por ello, una mayor aproximación de la sanidad a la realidad social, una menor mediatización de los profesionales sanitarios y la población a quien sirven; por ello, a mi entender, los niveles de atención primaria de ben estar lo más integrados posible dentro del medio donde han de prestar sus servicios. Ha de evitarse su distanciamiento, por lo que es preciso -en la medida de lo posible- centrar la atención primaria en el ámbito local y, a ser posible, bajo la responsabilidad directa de los entes locales.

SANCHEZ MARISCAL señala como criterios para la organización de la asistencia primaria los siguientes:

a) Ha de ajustarse al tipo de vida de la población atendida y responder a sus necesidades;

b) Debe formar parte del sistema general de salud y estar en relación con otros niveles de apoyo sobre todo en lo que se refiere a suministros, supervisión y consulta.

c) Ha de integrarse en los otros sectores dedicados al desarrollo de la colectividad.

d) Tiene que fomentar la participación colectiva.

e) Debe aprovechar al máximo los recursos disponibles y emprenderse en el nivel más periférico.

f) Encomendarse a personal que tenga la formación necesaria y suficiente.

g) Prestarse en los siguientes niveles: Dispensarios, Centros de salud y Hospitales locales.

El sistema de asistencia primaria habrá de completarse con la especializada en servicios comarcales, regionales, -el autor añade Hospitales clínicos- e Institutos especializados de ámbito nacional (47).

Este sistema -al que prestaremos atención al tratar de los aspectos organizativos- es, además, el que mejor se adecúa a la organización territorial vigente que -como ya vimos- ha de presidir también toda la Administración local para una efectiva participación social.

3.2.3. Separación orgánica de algunas funciones.

Pese a la integración propugnada -al menos en el nivel primario- muchos de los cometidos de salud pública deben estar debidamente separados de la asistencia por esa diversidad de principios por los que se rige la tutela de la salud pública-salud individual. Toda la actividad de policía sanitaria debe realizarse con autonomía

(47) SANCHEZ MARISCAL, T. "Teoría de la Salud Pública". Revista de Sanidad e Higiene Pública, 52, 106-107 (1.978). Cfr. también BRAVO MORATE, F. "Asistencia Sanitaria integrada en el Servicio de Salud". Revista de Sanidad e Higiene Pública, 52, 135-139 (1.978). CONDE, RODELBO, V. "Incardinación de la asistencia sanitaria en la salud pública". Revista de Sanidad e Higiene Pública, 52, 113-129 (1.978).

orgánica respecto a los cometidos asistenciales por varios motivos:

a) En primer lugar, la libertad e intimidad personal se verían profundamente afectadas de no procederse de modo separado. También la relación médico-paciente se distorsionaría gravemente si la función asistencial estuviese mediatizada por la actividad de policía sanitaria.

b) Además, la independencia de la actividad inspectora quebraría de coincidir en unos mismos órganos la inspección y asistencia.

En este sentido, resalta MARTIN GONZALEZ cómo la integración de la asistencia dentro de las funciones sanitarias, su extensión indiscriminada a toda la población "y la práctica, necesariamente, unida, de la medicina preventiva y asistencial no prejuzgan la atribución conjunta a unos mismos técnicos de toda la actividad sanitaria, pues la solución que parece preferible (respecto a algunas de las funciones preventivas—las estrictamente jurídico-policiales—) es precisamente la contraria". "No es preciso sino recordar, de un lado —sigue diciendo el autor citado—, la confianza que la población ha de tener en el médico de cabecera (y que perderá ante un inspector —y posible causante de sanciones que se le impongan), y de otro, la dificultad para éste de realizar estas inspecciones en las viviendas, locales y establecimientos —en condiciones más que deficientes casi todos— de aquellos de quienes económicamente depende (y de la escasa

probabilidad de que esté preparado en todas las materias clínicas y sanitarias) para darse cuenta de la esterilidad de las funciones policiales que se le han encomendado" (48). El autor se refiere a los médicos titulares.

"Por ello sería precisa una diversificación entre lo que son funciones policiales sanitarias y lo que es medicina -preventiva o asistencial- ejercida, respecto al individuo y respecto a la población, encomendándolas a órganos distintos de aquellos a quienes se encomiendan las segundas" (49). No sólo por motivos de la naturaleza de las actividades de policía, sino también por la amplitud de sus cometidos, la actividad de prevención general del medio-ambiente sanitario que no es sólo inspección, requiere su diversificación orgánica. Esta diversificación orgánica puede también traducirse en una diversificación profesional.

Los farmacéuticos, más que los médicos, por su preparación profesional, por tradición y naturaleza de su actividad, son los profesionales sanitarios con mayores posibilidades de realizar las funciones de policía sanitaria. Su actuación en la oficina de farmacia, la más comúnmente admitida en la sociedad, como propia de los farmacéuticos, es sobre todo, una actividad de carácter fis

(48) MARTIN GONZALEZ, M. "Sanidad Pública ...", vol. II, p. 672, citado en nota (34).

(49) Ibid.

calizador, de prevención general. Con sus conocimientos, cuidan del rigor y la seguridad de la prescripción. También su papel como educador sanitario, ha sido tradicionalmente desempeñado con notable eficacia. Aunque tampoco sea deseable la coincidencia funcional de dispensadores e inspectores, la profesión farmacéutica está llamada —en nuestra opinión— a realizar grandes aportaciones en esa función nuclear de la tutela de la salud pública. Sería preciso, no obstante, una mejor dotación de medios económicos, personales y técnicos que le permitan realizar con eficacia e independencia esas actividades de tanta importancia para el bien común.

Esta diversificación no impide, sino que exige, la actuación coordinada, la información recíproca salvaguardando en todo caso la intimidad de las personas. Esta comunicación se ha producido —principalmente— a través de la estadística sanitaria y, dentro de ella, la vigilancia epidemiológica. Todo ello en el marco de los planes y programas sanitarios. La cooperación interadministrativa, e interna, es aquí, también, principio necesario para la realización de una política sanitaria integral. Todo lo que, sobre cooperación y coordinación, hemos visto, se manifiesta especialmente necesario en materia de sanidad.

3.3. Contenido de la sanidad integral (50).

El concepto de sanidad integral se ha construido a partir de la indivisibilidad de cuanto se refiere a la salud humana y en relación con el principio fundamental de que la salud pública consiste en la prevención. Este objetivo se lograba de modo más pleno si junto a las medidas de prevención general, específicamente estatales, se establecía un sistema asistencial generalizado centrado en la salud, no en la enfermedad, que dirigiera sus esfuerzos a la prevención de toda enfermedad y en la promoción de la salud. Por ello, no puede perderse de vista el concretar el contenido de las actuaciones sanitarias, la prioridad del aspecto preventivo -de prevención general- sobre el asistencial. De lo contrario, la reforma de la sanidad no consistiría en otra cosa que en mantener el actual sistema de seguros sociales, sin apenas preocupación sobre las actividades de sanidad pública. Los esfuerzos por integrar dentro de la sanidad todas las actividades de promoción se fundamentan -sobre

(50) Cfr. FERNANDEZ NAFRIA, Angel. "Proyecto de Reforma de las actividades de Salud Pública". Revista de Sanidad e Higiene Pública, 52, 151-171 (1.978). HERRERO AYLLON, R. y otros. "Directrices generales para una nueva Ley de Sanidad". Revista de Sanidad e Higiene Pública, 57, 373-380 (1.983). PIEDROLA GIL, G. "Concepto, contenido y definición de la Medicina preventiva y social. Períodos de su evolución histórica. Materias de que consta". En Medicina Preventiva y Social, higiene y sanidad ambiental, tomo I, 1-21 (1.983). SANCHEZ MARISCAL, T. "Teoría de la salud pública", citado en nota (47).

todo- en la necesidad de aunar esfuerzos y coordinar actuaciones bajo las orientaciones de salud pública.

Dentro de esa concepción global pueden distinguirse las siguientes funciones de la Administración sanitaria:

1º. Información y promoción sanitaria. En ella se incluyen:

- a) Estadística sanitaria, vigilancia epidemiológica, información sanitaria.
- b) Coordinación sanitaria: planes y programas.
- c) Educación sanitaria: formación del personal, información general.

2º. Sanidad ambiental, en la que encuadramos:

- a) Sanidad exterior.
- b) Saneamiento: agua, suelo, aire, viviendas, tratamiento de residuos.
- c) Policía sanitaria y mortuoria.
- d) Sanidad industrial. Control sobre los factores de riesgo, fuentes de energía, productos tóxicos y peligrosos, plaguicidas y amianto.
- e) Sanidad laboral.

3º. Higiene alimentaria, autorización, inspección y registro:

- a) De industrias y establecimientos.
- b) Control de alimentos y bebidas.
- c) Aditivos.

Aunque puede ser incluida en el apartado anterior, tiene actualmente especificidad propia y puede en-

cuadrarse dentro de los cometidos sanitarios sobre el consumo.

4ª. Intervención y promoción de las actividades sanitarias:

- a) Establecimientos sanitarios.
- b) Productos y especialidades farmacéuticas.
- c) Profesiones sanitarias.

5ª. Asistencia sanitaria:

- a) Lucha contra las enfermedades transmisibles.
- b) Lucha contra las demás enfermedades: prevención, curación y rehabilitación.

3.4. La Información epidemiológica, cometido primordial de la Sanidad Pública.

Como hemos visto, la concepción de la sanidad integral tenía por objeto una mayor eficacia en la promoción de la salud en la sociedad procurando el acceso a todos los cuidados médicos. El principio sobre el que se sustenta era el de la prevención de la enfermedad más que en su curación. Por ello, todas las actuaciones sanitarias han de tener como instrumento de orientación, la vigilancia epidemiológica. Para, a partir de los datos extraídos de ella, señalar los objetivos de política sanitaria y ordenar -mediante los planes y programas- los medios a la consecución de esas prioridades. La disociación producida entre prevención y asistencia, entre Sanidad Pública y cuidados médicos, ha traído como consecuencia

la preocupación por el aspecto asistencial sobre el preventivo, de prevención general, y ha producido efectos perjudiciales para todo el sistema: para la salud pública que no ha estado atendida adecuadamente por falta de medios y, sobre todo, por insuficiente información; a su vez, ha afectado a la asistencia, que se ha dispensado sin una planificación previa, sin una distribución racional de medios a la consecución de los fines sanitarios. La sanidad integral sólo puede lograrse potenciando esa intercomunicación de funciones a través de los mecanismos de información sanitaria. La necesidad de su coordinación sólo puede ser satisfecha mediante la Epidemiología, Como base de la sanidad integral habrá de cumplir tres misiones fundamentales:

a) "Descubrir la distribución y presentación de los problemas de salud, permitiendo así la orientación y guía de la acción sanitaria; es la vigilancia epidemiológica".

b) "Evaluar los problemas de salud y estudiar sus tendencias, correlacionando éstos con los servicios, formando la base de la planificación y organización de servicios, (es) también llamada evaluación epidemiológica,
y

c) "Crear modelos, fomentar investigaciones, correlacionar estudios que permiten la investigación de los factores etiológicos en la patogenia de los procesos; sería la investigación epidemiológica".

"La información epidemiológica constituye la base

de la acción sanitaria, ayudando a través del estudio de aplicación de los métodos preventivos, curativos o rehabilitadores evaluar las necesidades de los servicios" (50).

4. El derecho a la asistencia sanitaria.

El artículo 43.1 de la Constitución reconoce el derecho a la protección de la salud. Hasta ahora hemos estudiado, fundamentalmente, esta protección desde el punto de vista de la salud pública que consagraba en favor de los ciudadanos un derecho reaccional contra las situacio

(51) NAJERA HORRONDO, Enrique. "Teoría General de la Salud Pública". Revista de Sanidad e Higiene Pública, 52, 73-74 (1.978). Cfr. también ANDREU SEGURA, B. "Relación entre el modelo organizativo sanitario y las posibilidades de aplicación en epidemiología". Revista de Sanidad e Higiene Pública, 57, 273-276 (1.983). BOLUMAR, F. "La vigilancia epidemiológica en los programas sanitarios". Revista de Sanidad e Higiene Pública, 55, 607-614 (1.981). FERNANDEZ NARRIA, A. "Proyecto de Reforma de las Actividades de Salud Pública". Revista de Sanidad e Higiene Pública, 52, 151-171, (1.978). MARTINEZ NAVARRO, J.F. "La epidemiología y vigilancia epidemiológica". Revista de sanidad e Higiene Pública, 55, 597-606 (1.981). MARTINEZ NAVARRO J.F. "Bases para un nuevo modelo sanitario". Revista de sanidad e Higiene Pública, 52, 173-176 (1.978). NAJERA HORRONDO, E. "Epidemiología y planificación. Los problemas de salud de la población española". En "La Reforma Sanitaria a Debate", 47-54 (1.984). SAIZ MORENO, L. "Métodos de investigación en epidemiología veterinaria y en utilización por los servicios del Estado". Revista de Sanidad e Higiene Pública, 53, 1381-1393 (1.979).

nes perjudiciales para la salud. Su relación con el derecho a la vida proporcionaba a esta responsabilidad estatal una orientación para sus actuaciones y unos mínimos indispensables que había de cumplir. Se nos plantea ahora el problema de si existe en la Constitución un derecho, propiamente subjetivo, a exigir de las Administraciones públicas concretas prestaciones sanitarias.

El artículo 43 en relación con el 53 nos expresa que la Constitución no reserva ningún contenido esencial a este derecho reconocido, y será la ley la que establezca los "derechos y deberes de todos al respecto" aunque informará la práctica legislativa, la actuación de los poderes públicos y la práctica judicial. Decíamos también cómo la orientación constitucional comprende, de modo inequívoco y prioritario, el deber del Estado de tutelar y organizar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.

De la interpretación de este artículo con los tratados y convenios internacionales suscritos por el Estado español deducíamos una atención especial en ellos a las medidas de salud pública. Sin embargo, también se prevén en ellos los cuidados médicos como derecho ciudadano, aunque bastante matizado. La Carta Social Europea, que distingue entre la protección de la salud y el derecho a la asistencia social y médica, declara en el artículo 13:

"Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes Contratantes

se comprometen:

1. A velar porque toda persona que no disponga de recursos y no esté en condiciones de conseguirlo, por su propio esfuerzo o de recibirlos por otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado" (52).

De este artículo se deduce el derecho a los cuidados médicos que el Estado puede mantener cuando no disponga de recursos, no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o no pueda recibirlos por otras fuentes. Por tanto, no reconoce sino un derecho frente al Estado (el Estado con la Carta se obliga) en sus supuestos específicos. Tampoco se deduce de aquí la gratuidad en la asistencia, aunque en otros textos internacionales se considere su conveniencia (53).

(52) Artº 13 de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1.961, suscrita por España el 29 de abril de 1.980 (BOE 26.VII). En sus números siguientes añade:

2. "A velar por que las personas que se beneficien de tal asistencia no sufran por este motivo discriminación alguna de sus derechos políticos y sociales".

3. "A disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, o aliviar su estado de necesidad personal o familiar".

4. "Aplicar las disposiciones mencionadas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo, en condiciones de igualdad con sus nacionales, a los de las restantes

En el sentido antes visto, parece que el Estado tiene tan sólo la obligación de organizar la asistencia y el acceso de todos a los cuidados médicos, no a que la asistencia sea necesariamente gratuita y pública. Permite la coexistencia de servicios sanitarios públicos y privados, de sistemas de seguridad social y beneficencia.

Señala BORRAJO en este sentido que la Constitución no parece excluir, dentro de la "salud pública", a cargo del Estado, las prestaciones sanitarias curativas propiamente dichas. "Es decir, con esta interpretación es evidente que la doctrina expuesta reconoce y refuerza las competencias de los poderes públicos, pero también limita el alcance de sus deberes y responsabilidades, pues deja fuera del contenido de la salud pública la prestación de asistencia sanitaria directa en favor de particulares a no ser —se insiste— en el caso de que estos puedan acceder por su insuficiencia económica a los beneficios de la asistencia social pública".

Partes Contratantes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1.953".

(53) Cfr. BORRAJO DACRUZ, Efrén. "Comentario al artículo 43 de la Constitución" en "Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1.978", tomo IV, 177-179 (1.984).

"Dicha reducción —añade el autor— tiene su apoyo en la voluntad del constituyente, tal y como se aprecia en la génesis del artículo 43.2. En efecto, en los primeros textos pre-constitucionales se hablaba sin excepción de "sanidad e higiene". Las modificaciones posteriores del artículo se registran en su punto 3, pero en los puntos 1 y 2 no hay alteraciones significativas. El Pleno del Congreso, al redactar el artículo (que entonces llevaba la numeración 41.2), aún sigue hablando de la "sanidad y la higiene"; la expresión salud pública sólo apareció a partir del dictamen de la Comisión Constitucional del Senado. En todos estos casos, la terminología era la usual y la correlación entre sanidad y salud pública resulta perfectamente inteligible; se hacía, y se hace, referencia a los poderes públicos en cuanto a sus competencias para la defensa y mejora de la salud colectiva, confiada tradicionalmente al Estado (Sanidad Nacional) y, bajo la vigilancia de éste, a las Diputaciones y Municipios. De ahí el doble cometido de los poderes públicos: organizar y tutelar" (54).

Por tanto, el modelo sanitario que, dentro de la Constitución, defina el legislador en cada momento, habrá de garantizar el acceso de los desfavorecidos a los

(54) BORRAJO DACRUZ, E. "Comentario al artículo 43 de la Constitución...", p. 185, citado en nota (53).

cuidados médicos (55). No impone el artículo 43, en cambio un sistema sanitario estatalizado, como luego veremos. Desde esta perspectiva se refuerza la interpretación que hemos dado antes a la expresión "salud pública" que, para el autor que acabamos de citar, "pasa a ser la fórmula moderna de la concepción generalizada o usual de sanidad". Sin embargo, como hemos dicho, no cabe una interpretación restrictiva de las funciones de salud pública que se enmarcan dentro de los derechos encaminados a la consecución de la necesaria igualdad social para la efectividad de las libertades formales.

5. Sistema sanitario y pluralismo.

Del concepto de salud pública que hemos inferido de

(55) "Lo que no parece decir la Constitución es que tal inciso del artículo 42.3 es que dentro de la "salud pública" a cargo del Estado, se comprenderán los derechos de los ciudadanos a las prestaciones curativas propiamente dichas. Es decir, con esta interpretación es evidente que la doctrine expuesta reconoce y refuerza las competencias de los poderes públicos, pero también limita el alcance de sus deberes y responsabilidades, pues deja fuera del contenido de salud pública la prestación de asistencia sanitaria directa en favor de los particulares, a no ser -se insiste- en el caso de que éstos puedan acogerse por su insuficiencia económica a los beneficios de la asistencia social pública". Ibid.

la Constitución se desprende otra consecuencia de gran interés para la definición del modelo sanitario. La Constitución se refiere en el artículo 43 a la salud de la colectividad, es decir, a las condiciones generales que han de regir en la sociedad; permite al legislador conseguir ese objetivo a través de diversos modelos, de diferentes sistemas sanitarios, sin que pueda afirmarse que nuestra ley fundamental haya optado por un servicio público sanitario con exclusión de los demás.

Las circunstancias por las que pasó la aprobación de este artículo -que acabamos de ver-, su misma inclusión dentro del Capítulo III del Título I de la Constitución, revelan la voluntad del constituyente de permitir varias opciones, entre ellas la de su estatalización, pero en ningún caso como única opción. Por ello, el artículo que nos ocupa se remite a la ley que señalará los derechos y deberes de todos al respecto y el artículo 53 señala que los principios allí regidos informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Será el legislador en cada momento quien, al definir los intereses generales, señale con plena libertad -dentro del marco constitucional- el sistema que considere más adecuado. Más aún, de la interpretación conjunta -sistemática- de este artículo en relación con los demás de su capítulo, dentro de los principios que informarán el Título I y de acuerdo con los

demás pronunciamientos de nuestra Constitución parece desprenderse un marco bastante alejado del de la sanidad como servicio público:

a) la distinción entre protección de la salud y la seguridad social es bastante expresiva a este respecto. Las expresiones diversas señalan además objetivos diversos. En materia de Seguridad Social el artículo 41 señala que los poderes públicos "mantendrán un régimen público" "para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo"; y añade: "la asistencia y prestaciones complementarias serán libres". En cambio, al referirse al derecho a la protección de la salud, el artículo 43 define la competencia de los poderes públicos para "organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios".

b) También se desprende la variedad de opciones posibles de la interpretación del artículo 43 de acuerdo con los Tratados y convenios internacionales suscritos por España a los que ya hemos hecho referencia con bastante amplitud en páginas anteriores.

c) Si se contemplan los artículos 43 (salud) y 41 (Seguridad Social) en relación con los artículos 148.29 y 149.16 y 17 de la Constitución. La "Sanidad e higiene", términos que se recogían en los proyectos de Constitución

puede ser asumida por todas las Comunidades Autónomas y el Estado (central) tiene competencia exclusiva para definir las bases y la coordinación general de la sanidad. En cambio, la Constitución no prevé que las Comunidades Autónomas de autonomía progresiva, o gradual, asuman en sus Estatutos competencias sobre Seguridad social. Además, en esta materia, el Estado -fruto de la unidad del servicio, régimen público del servicio- tiene competencia exclusiva sobre la definición de las bases y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas. Mayor sujeción que es consecuencia directa de esa mayor definición de los intereses generales que en materia de seguros sociales ha querido hacer la Constitución.

d) El juego del principio de libertad de empresa, que reconoce la Constitución en su artículo 38, junto con el principio participativo que informa todo nuestro ordenamiento jurídico, como hemos visto antes, no pretenden interpretar de modo unívoco el artículo 43 de la Constitución en sentido contrario al contexto en el que está definido (55 bis).

(55 bis) Cfr. FERNANDEZ PASTRANA, J.M^º. "El servicio público de la sanidad: el marco constitucional", pp. 39-48 (1.984), que trata de compatibilizar el modelo de sanidad como servicio público con la libre empresa y el pluralismo social.

Estas consideraciones tampoco permiten apoyar que la Constitución prohíba la instauración de un servicio público sanitario. Ni lo impone, ni lo prohíbe. El artículo 128.2 de la Constitución permite optar por ese sistema:

"Se reconoce la iniciativa pública de la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general".

En virtud del principio del pluralismo político que se acoge en nuestra ley fundamental, son rechazables bajo nuestro punto de vista— las interpretaciones constitucionales que impidan al legislador optar por diversos modelos sanitarios. Este es un criterio que el Tribunal Constitucional ha mantenido de modo reiterado.

Lo que sí parece deducirse de la Constitución es la intervención de los poderes públicos en el sector sanitario en defensa de la salud pública y como medida de fomento de la asistencia y mejora de la salud de los ciudadanos que ha de garantizar el acceso de todos a los cuidados médicos necesarios.

La concepción de la sanidad integral, que antes hemos estudiado, que pretende la incorporación de la asistencia a las tareas de sanidad pública, como instrumento de promoción, no está reñida con el reconocimiento de

473

las iniciativas sociales, ni impone —por tanto— la estatalización de la sanidad. La finalidad primordial de los poderes públicos en este campo, es el de la promoción de las condiciones sanitarias, que han de ser iguales —en sus mínimos— para toda la población; los establecimientos e iniciativas no estatales, han de servir también a esos intereses generales de la población en el marco de esas medidas promocionales que el poder público señale. Más aún, entendemos que, en la medida en que pueden los ciudadanos y grupos prestar la asistencia, o participar en la prestación, es innecesaria la estatalización asistencial, lo cual no quiere decir que el Estado se haya de desentender de ello, ya que, por motivos de salud pública, y en virtud de su función promocional, ha de intervenir en esas actividades de modo activo. No sólo controlando sino también coordinando y fomentando esas iniciativas para que estén al servicio de los intereses generales. La no estatalización no impide el control político (en su sentido propio) y social, la socialización (en su sentido propio) de la actividad sanitaria. La crisis económica ha puesto de relieve, también, la necesidad de la diversificación asistencial que no puede asumir el Estado de modo pleno e ilimitado.

El pluralismo político y social exige, según hemos dicho antes, al referirnos a los principios organizativos que rigen en el Estado español, una mayor participa-

ción de todos en la consecución de los intereses generales que no puede monopolizar el Estado central. Las funciones que puedan desempeñarse en el nivel local no deben, por ello, ser asumidas por instancias superiores. Si se quiere potenciar esa mayor corresponsabilización, las iniciativas sociales no deben ser ahogadas, sino orientadas y coordinadas para la consecución de los objetivos y prioridades que en cada momento exijan los intereses generales. Por estas razones, bajo nuestro punto de vista, es desartada la solución que sugiere la Ley General de Sanidad —hoy en proyecto— de privar a las Corporaciones locales de cualquier función directa respecto de la asistencia sanitaria, sustituyendo ésta por el reconocimiento de nuevas funciones directivas compartidas.

6. Libertad personal y tutela de la salud pública.

Otra consecuencia del concepto constitucional de la "salud pública", diferente de la promoción de la "salud individual", es el de que la legitimidad de las actuaciones de los poderes públicos de limitación para la libertad personal sólo puede sustentarse en los requerimientos concretos y graves de la tutela de la salud colectiva, o salud pública. Este es un problema de bastante interés y de gran actualidad. Bajo nuestro punto de vista, las

personas sólo pueden ser sometidas a tratamientos obligatorios, ser internadas o limitadas en el ejercicio de sus derechos cuando exista una situación de peligro para la salud pública.

El fundamento de estos límites a los poderes del Estado, tenía su razón de ser en la prioridad de los elementos personales sobre los de la especie. Los poderes públicos, cuando intervienen en defensa de la salud pública lo hacen siempre sin perder ese punto de referencia necesario de que actúan en defensa de los bienes personales aunque considerados en su generalidad. Nunca es legítima, en un Estado democrático, perseguir de modo directo e inmediato la mejora de la especie o de la raza, que justificaría el sacrificio de los valores personales (incluso la vida e integridad) en favor de unos "intereses superiores". De lo contrario, a causa de esa totalización y consiguiente instrumentalización de la persona, los deberes públicos serían causa de opresión. Por estos motivos, las leyes de los Estados, los Convenios y Tratados internacionales acogen siempre estas medidas de limitación con bastante cautela y exigen, para su adopción, especiales garantías, que permiten valorar, en cada caso, su necesidad para la consecución de la salud pública.

La Constitución italiana de 1.947 recoge expresamente esas garantías y cautelas. El párrafo segundo

del artículo 32 establece:

"Nadie puede ser obligado un tratamiento sanitario determinado, salvo por disposición de ley. La ley no puede en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana" (56). En nuestro ordenamiento jurídico-constitucional se desprenden estos mismos principios de las formulaciones del artículo 10.1, que declara la dignidad de la persona humana como fundamento del orden político y de la paz social, en relación con los artículos 15 (derecho a la vida e integridad), 16 (libertad ideológica y religiosa) y en el derecho a la libertad personal y a la seguridad, que garantiza el artículo 17. Toda regulación y limitación de estos derechos están reservados a la Ley Orgánica que ha de respetar su contenido esencial. Ese respeto al contenido esencial hace referencia directa e inmediata a la inviolabilidad de la persona humana que equivale a la expresión italiana: la ley no puede en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana.

Esta orientación también se desprende de los Tratados y Convenios internacionales suscritos por España de conformidad con los cuales han de interpretarse "las normas relativas a los derechos fundamentales y liber-

(56) Constitución de la República italiana, de 27 de diciembre de 1.47, p. 125 de "Leyes Constitucionales", ed. Taurus, Madrid 1.959.

tades públicas que la Constitución reconoce" (artº 10. 2):

a) El Pacto de Derechos Civiles y Políticos declara en su artículo 7 que: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes", expresión análoga a la recogida en el artículo 15 de la Constitución. "En particular -añade el Pacto- nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos". Expresión taxativa que no admite matización alguna (57).

b) Análogas previsiones se recogen en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: el artº 2º establece que nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. En relación con la libertad y seguridad señala como excepciones "con arreglo al procedimiento establecido por la ley" el de los internamientos conforme a derecho de "una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo" (58). Estas excepciones, que han de aplicarse con carácter restrictivo y conforme a la ley, tienen su justificación en la tutela de la salud pública y a ella

(57) Citado en nota (17).

(58) Citado en nota (18).

se orientan. En estos casos, las medidas de tutela tienen como beneficiario -y esto no puede perderse de vista- a la colectividad, no los concretos individuos internados.

c) Por último, la Carta Social Europea, al reconocer el derecho a la asistencia social y médica, en los términos ya tratados anteriormente, añade que las personas que se beneficien de tal asistencia "no sufran por este motivo discriminación alguna de sus derechos políticos o sociales (59).

En definitiva, los tratamientos obligatorios y de más limitaciones a los derechos de las personas que puedan establecerse han de tener carácter excepcional, por razones de salud pública, establecidas por ley cuando exista un peligro próximo y directo para el bien de la colectividad. Nunca, en cambio, pueden justificarse como medidas de tutela personal para el ejercicio de los propios derechos y deberes.

El Estado podrá, entendemos, en cambio, promover el bien sanitario de las personas imponiendo limitaciones de carácter indirecto, para la realización de conductas que puedan ir en contra del bien personal. Prohibiendo fumar en lugares públicos, por ejemplo, sancionando con multa la no utilización del cinturón de

(59) Citado en nota (25), artº 13.2.

seguridad, etc. Nunca limitaciones o imposiciones directas de tutela. Esta cuestión, sin embargo, plantea algunos problemas en la práctica, que, tan sólo, podemos enunciar ahora sin podernos detener en ellos. En principio, a nadie puede imponerse un tratamiento obligatorio, tampoco se puede -de ordinario- obligar a la persona a que cuide su salud, del mismo modo que no pueden los poderes públicos obligar -de ordinario- ni tampoco impedir las acciones heroicas. Pero ¿pueden los poderes públicos en estos casos eximirse de las obligaciones de asistencia que tengan asumidas? ¿Es posible en estos supuestos imponer alguna carga adicional a quien cargue los gastos de la Seguridad Social con su conducta imprudente en la protección de la salud? No pueden darse respuestas generales a todos los posibles casos, fuera de la regla: "quien ejerce su libertad de modo perjudicial para su salud ha de asumir la carga, las consecuencias de sus actos sin que puedan perjudicarse los bienes de la colectividad". En una sociedad pluralista, la promoción de la salud individual ha de perseguirse más por vías indirectas que por imposiciones sobre la voluntad de las personas (60).

(60) Cfr. DOLZ LAGO, M.J. "La obligación del beneficiario de asistencia sanitaria en la Seguridad Social de someterse al tratamiento prescrito, y sus excepciones en la jurisprudencia". Revista de la Seguridad Social, 8, 117-130 (1.980).

En nuestro ordenamiento positivo existen diversas normas que aplican los principios que acabamos de ver:

a) La Ley sobre Extracción y trasplante de órganos establece el consentimiento expreso, manifestado por escrito para efectuar la donación de un órgano y para que el trasplante pueda ser verificado a un paciente. El receptor mayor de edad o mayores que no sean responsables de sus actos serán suplidos en la manifestación de voluntad por sus representantes legales, padres o tutores, no por el Juez. En la donación, no cabe suplencia alguna.

Esta misma ley señala que no sería de aplicación a la utilización terapéutica de la sangre humana y sus derivados, pero su reglamentación se inspirará en los principios informadores de ella, uno de los cuales -y fundamental- es el del consentimiento (61). Por ello, entendemos desacertada la postura contraria aplicada a las transfusiones de sangre, que no parece conforme a los principios constitucionales (62).

(61) Ley 30/1.979, 18.XII (BOE 6.XI) sobre Extracción y Trasplante de Organos, artº 4.c). Respecto a la experimentación cfr. nº 1 del Código de Núremberg ("The voluntary consent of the human subject is absolutely essential") y nº 9 de la Declaración de Helsingai recogidos en anexos I y II, pp. 171 y 173 en Memoria de licenciatura SUNE NEGRE, C.M. "Aspectos legales y éticos de la Manipulación Genética", Barcelona, 1.985.

(62) En este sentido se pronuncia BAJO FERNANDEZ, M. "La intervención médica contra la voluntad del paciente. (A propósito del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1.979)". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 32, 491-500 (1.979):

"Una agresión física que provoca riesgos para la salud y no procede de quien se encuentra en estado de necesidad sino de un tercero, realizada contra la voluntad del agredido, no puede quedar exenta de responsabilidad criminal por aplicación del nº 7 del artº 8 (del Código Penal), aunque se realice para evitar otro mal, incluso la muerte, por falta de adecuación con valores elementales indispensables para la convivencia social como es el respeto a la voluntad ajena y la necesidad de no otorgar a nadie poderes excepcionales de intervención en intereses ajenos. De ahí que quien contra la voluntad del paciente le practica una transfusión de sangre para salvar su vida comete un atentado contra la libertad (sino una lesión o, al menos, un maltrato de obra) no amparado por la eximente de estado de necesidad" (p. 499). Cfr. también: HERVADA, J. "Los trasplantes de órganos y el derecho a disponer del propio cuerpo". Persona y Derecho, vol. II, 195-254 (1.975). SANTOS CAMACHO, M. "El caso Raven A. Quinlau: comentario ético de una sentencia". Persona y Derecho, vol II 465-518 (1.975).

En contra de lo expuesto se manifiesta MARTIN-RE TORTILLO BAQUER, L. "Derechos Fundamentales en tensión (¿Puede un juez ordenar una transfusión de sangre en peligro de muerte, aún en contra de la voluntad del paciente?)". Poder Judicial, 13, 31-40 (1.984). Este autor, en un enfoque que nos parece desacertado —aunque presenta perspectivas dignas de ser tenidas en cuenta— confunde salud pública-salud individual; para él son lo mismo y analiza la salud como límite a la libertad. Los conflictos, sin embargo, son reales y el problema se agudiza cuando se trata de menores, o cuando está en peligro la vida. Cfr. lo ya visto antes en este mismo capítulo sobre la salud pública en relación con la libertad ideológica y religiosa.

b) El reglamento sobre ensayos clínicos en humanos está informado por análogos principios. Hubiera sido deseable que se hubiese recogido también en la ley (63).

c) La Ley General de Sanidad -hoy en proyecto- recoge, en idéntico sentido, estos principios en el artículo 10. Destacamos los siguientes:

1. "Respeto a la personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de tipos social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical".

4. "A estar advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un provecho docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente centro sanitario".

(63) Arts 5.1 de la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 3 de agosto de 1.982 (BOE 12.VIII) que desarrolla el Decreto 944/1.978, de 4 de abril (BOE 6.V) que regula los ensayos clínicos de productos farmacéuticos y preparados medicinales.

5. "A que se le dé en términos comprensibles, a él a sus familiares y allegados, información completa y continuada, verbal o escrita sobre su proceso, incluyendo pronóstico, diagnóstico y alternativas de tratamiento."

6. "A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

- "Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública o los intereses de la Comunidad".

- "Cuando existe imperativo legal".

- "Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o a personas a él allegadas". No al juez.

- "Cuando la urgencia en la atención del usuario no admita demoras". Ha de entenderse en casos de grave riesgo y en intervenciones directamente relacionadas con la urgencia, no otras convenientes o aconsejables a juicio del facultativo, ni cuando no esté en peligro inminente la vida. Cuando admita demoras se ha de solicitar el consentimiento escrito aunque esté en peligro la vida del paciente si no se practica la intervencción aconsejada.

Más adelante, el número 9 del mismo artículo recoge el derecho del paciente a "negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el punto 6 —que acabamos de transcribir—, debiendo para ello solicitar el alta voluntaria" (64).

Los principios que acabamos de estudiar, no son sino consecuencia de la ya tratada instrumentalidad de la salud para el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y de las diferencias entre salud pública-salud individual, que tiene su reflejo en los principios generales que informan la Ley General de Sanidad, todavía en proyecto. En este sentido se declaran obligaciones de los ciudadanos en relación con las Instituciones y Organismos del sistema sanitario:

1. "Cumplir las prescripciones generales de naturaleza sanitaria, comunes a toda la población, así como las específicas determinadas por los servicios sanitarios".

2. "Cuidar las instalaciones y colaborar en el mantenimiento de la habitabilidad de las Instituciones sanitarias".

(64) Proyecto de Ley General de Sanidad aprobado por el Congreso de los Diputados. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, 20 de noviembre de 1.985.

3. "Responsabilizarse del uso adecuado de las prestaciones ofrecidas por el sistema sanitario, fundamentalmente en los que se refiere a la utilización de servicios, procedimientos de baja laboral o incapacidad permanente y prestaciones terapéuticas y sociales".

4. "Firmar el documento de alta voluntaria en los casos de no aceptación del tratamiento. De negarse a ello, la Dirección del correspondiente centro sanitario, a propuesta del facultativo encargado del caso, podrá dar el Alta" (65).

7. Sanidad y Seguridad Social.

7.1. Las diversas opciones organizativas en la Constitución.

El artículo 41 de 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, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres".

El artículo 43 reconoce, como hemos visto, el dere

(65) Ibid.

cho a la protección de la salud que, aunque se refiere principalmente a la salud pública, no excluye, e incluso propicia, el concepto de sanidad integral. Otros preceptos de ese mismo Capítulo III recogen reconocimientos sobre el derecho a la protección de la salud, en relación con determinadas actividades o aspectos de la vida social, y a la protección de los servicios sociales (66). Los comentaristas de la Constitución han comentado los defectos técnicos de estas formulaciones. En algunos casos, esos críticos se han fundamentado en interpretaciones parciales de determinados artículos, excluyendo los demás y buscando en los pronunciamientos constitucionales soluciones unívocas. Sin embargo, como hemos visto al introducir este capítulo, con independencia de las declaraciones y reconocimientos concretos, cada precepto ha de ser interpretado sistemáticamente en relación con el contexto de todo el Título I y dentro de los principios que informan la Constitución, y en el sentido más favorable a la efectividad

(66) El artº 51.1 garantiza la protección de la salud de los consumidores. Cfr. además artículos: 39 (protección social ... de la familia y protección integral de los hijos); 45 (calidad de vida); 49 (atención a los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales, a los que "prestarán la atención especializada y los ampararán especialmente para el disfrute que este título les otorga") y 50 (protección a la tercera edad, atención a sus problemas de salud...).

de todos ellos. De ordinario, por tanto, no cabrá deducir del Capítulo III soluciones únicas que excluyan la pluralidad de opciones entre las que el legislador puede elegir.

Por estas razones, más que descalificar determinados artículos de este Capítulo por "deficiencias técnicas", es preciso el esfuerzo interpretativo del conjunto sin abandonar las varias soluciones posibles: "No existen en la Constitución declaraciones (sean inoportunas u oportunas, felices o desafortunadas, precisas o indeterminadas) a las que no haya que dar valor normativo, y sólo su contenido concreto podrá precisar en cada caso el alcance específico de dicho valor" (67).

En materia sanitaria, por ello, la Constitución permite —y así se desprende de las "imprecisiones técnicas"— un sistema integrado que comprenda la asistencia, en nuestra opinión la propicia; pero también posibilite el mantenimiento del sistema vigente en el momento en que fue aprobada nuestra ley fundamental, en el que la asistencia —para la gran mayoría de los ciudadanos— era prestada con cargo a la Seguridad Social. Esta pluralidad de modelos viene propiciada por la determinación del artículo 53.3, que establece que los

(67) GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.R. "Curso de Derecho Administrativo", vol. I, 112 (1.983).

principios reconocidos en el Capítulo III informarán la legislación positiva y sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan. Es decir, la Constitución remite al legislador ordinario la definición del modelo que considere más adecuado para la efectividad de dichos principios. Si no cabe una interpretación que excluya las diversas opciones, tampoco es posible reducirlos a meras declaraciones programáticas: su relación con los "derechos fundamentales y libertades públicas" y con los "derechos y deberes de los ciudadanos" impiden tal interpretación restrictiva.

En este sentido se pronuncia la doctrina más autorizada. Entre ellos, MUÑOZ MACHADO señala que la Constitución no parece que imponga un criterio fijo respecto de las características que deba tener el "nuevo modelo sanitario". Más adelante, añade el mismo autor citando a BORRAJO que, de los artículos 41 y 43 de la Constitución, "pueden seguirse interpretaciones diversas acerca del alcance de las obligaciones de los poderes públicos, pero desde la perspectiva de la organización del sistema sanitario, que es lo que aquí interesa y sus relaciones con la Seguridad Social, caben, por lo menos, las tres siguientes alternativas:

Según la primera, el sistema de la Seguridad Social se concretaría en prestaciones estrictamente econó

micas y el sistema sanitario se organizará separadamente (sin perjuicio de recabar financiación parcial de la Seguridad Social), como un servicio integral que tendría por objetivo la promoción, defensa y mejora de la salud.

En segundo lugar, parece posible que no exista un sistema sanitario integrado como ocurre hasta hoy entre nosotros, de manera que las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social y los servicios de sanidad pública sean administraciones separadas.

En tercer lugar, cabe la posibilidad de que la Seguridad Social englobe la totalidad de las prestaciones económicas y de las distintas medidas de protección de la salud, tanto las que se hacen efectivas en forma de prestación individualizada como las colectivas de salud pública".

"Salvo la opción segunda -sigue diciendo MUÑOZ MACHADO-, que es en la que estamos ahora y de la que la mayor parte de la doctrina se muestra crítica y que, en el nuevo contexto autonómico puede resultar aún más contraproducente, las otras dos (de entre las que parece más viable la organización de los servicios sanitarios con estructura unitaria y separada del sistema de Seguridad Social) conducen a una integración de servicios y de competencia que en la Constitución... se consideran de forma separada. Y tal integración tiene, sin

embargo, en cuanto a la distribución de competencias" (68).

(68) MUÑOZ MACHADO, S. "Derecho Público de las Comunidades Autónomas", vol. I, 571-572 (1.982). En el mismo sentido MUÑOZ MACHADO, S. "Las bases de la sanidad". En Jornadas Técnicas sobre Sanidad y Seguridad Social en el Estado de las Autonomías, Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalidad de Cataluña, pp. 5-41 (1.984). También recoge la doctrina de BORRAJO DACRUZ, VIDA SORIA, J. "Artículo 41. Seguridad Social". En "Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1.978", tomo IV, artículos 39-55, p. 100 (1.984).

En contra de esta tesis, GARRIDO FALLA mantiene, a partir de la relación temática de los artículos 41 (Seguridad Social) y 43 (salud) que el derecho a la protección de la salud reconocido en la Constitución (artº 43) incluye la asistencia sanitaria, que ha sido hasta ahora rasgo distintivo de la Seguridad Social. En el mismo sentido se pronuncia FERNANDEZ PASTRANA, J. M^a. "El servicio público de la sanidad: el marco constitucional". Madrid, 1.984. Quien no duda en sostener citando expresamente a GARRIDO FALLA, que la Constitución está prefigurando la sanidad como un servicio público (p. 28; Servicio Público de Salud distinto de Servicio Nacional de Salud, p. 31-32) que incluye la asistencia sanitaria, ya que para este autor la expresión "salud pública" tiene un significado amplio y no estricto (p. 27). Lo que no puede negarse es el sentido que se recoge en la Constitución de una interpretación sistemática de todo el Título I, que nos ha llevado a señalar diferencias, no sólo de matiz, entre salud pública-salud individual. BORRAJO DACRUZ critica estas posturas y señala: "El descubrimiento histórico de los Seguros Sociales públicos y la directriz recogida en la

BORRAJO señala que "el Derecho comparado, así como las normas internacionales, registran un proceso de cambio que se podría orientar hacia la constitución de las acciones de protección y bienestar social en tres sistemas interrelacionados entre sí, pero, a la vez, específicos o con entidad propia, a saber:

a) El Sistema de la Seguridad Social, que se concretaría en prestaciones económicas, por no decir dinerarias;

b) El Sistema sanitario, que se concretaría en las acciones que tienen por objeto, mediante servicios y otras prestaciones complementarias en especie, la promoción, defensa y mejora de la salud (...);

c) En fin, el Sistema de los Servicios Sociales, complementario e independiente de los dos anteriores" (69).

En las relaciones sanidad-asistencia, por tanto,

propia Constitución confluyen en las mismas posiciones del Derecho internacional y comparado. Es más, frente a la posición de ALZAGA, podía sostenerse como línea de tendencia, que la Seguridad Social absorba la protección de la salud, pero no la tesis inversa". BORRAJO DACRUZ, E. "Artículo 43. Protección de la Salud". En Comentarios..., citado en nota (53), pp. 163-164.

(69) BORRAJO DACRUZ, E. "Artículo 43. Protección de la Salud". En "Comentarios...", citado en nota (53), pp. 159-160.

la Constitución admite varias opciones:

- "Por una parte, se cuenta con la posibilidad de que se configure, en el orden jurídico y en el orden institucional y orgánico, el sistema sanitario como el conjunto unitario de las acciones y de los servicios que tengan a su cargo la protección de la salud, tanto individual como colectiva".

- "Pero, por otra parte, también se mantiene en la misma Constitución la posibilidad de que se articule el derecho a la asistencia sanitaria, con sus consecuencias prestaciones individuales, dentro de la Seguridad Social, al lado de las de carácter económico" (70).

7.2. La opción organizativa de los Estatutos de Autonomía en relación con los principios del Título VIII de la Constitución.

7.2.1. Aunque del Título I de la Constitución que pa la definición de diversos modelos de organización sanitaria, entendemos que en nuestra ley fundamental se propicia la sugerida por BORRAJO de separación, especificidad y mutua interrelación. Es decir, la integración de todos los servicios sanitarios en un sis-

(70) Ibid., p. 164.

tema de salud que se financia, parcialmente, con cargo a la Seguridad Social y cuyas actuaciones han de complementarse con las propias de la asistencia social. Separación funcional -por tanto- en virtud de los diferentes principios por los que se han de regir, y coordinación de actuaciones para la consecución de los fines sociales que persiguen. Esta opción es la que parece más favorable al principio de autonomía de las nacionalidades y regiones, puesto que la Constitución contempla diferenciadamente -con reglas de reparto de ámbitos diversos en unos y otros casos- las competencias en materia de Seguridad Social, Sanidad y Asistencia Social.

En el caso de la Seguridad Social, se reserva al Estado la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas. En las competencias que pueden asumir las autonomías de régimen ordinario (de autonomía progresiva) no se prevé en el artículo 148.1 ninguna función en esta materia.

El artículo 149.1.16º reserva en favor del Estado la competencia exclusiva para la definición de las bases y coordinación general de la sanidad, la sanidad exterior y legislación sobre productos farmacéuticos. Con carácter general, permite el artículo 148.1.21º que las Comunidades Autónomas asuman competencias so-

bre "sanidad e higiene" que, como hemos visto más atrás al tratar el concepto de salud pública, ambos conceptos -"salud pública", "sanidad e higiene"- coinciden y el de salud pública no viene a ser sino la expresión moderna de lo que tradicionalmente se ha entendido por "sanidad e higiene". Las competencias de las Comunidades Autónomas pueden -en principio- ser más amplias en materia de sanidad respecto a las que podrían asumirse sobre Seguridad Social. Luego, sin que de aquí quepa concluir la opción constitucional por un modelo determinado, propiamente la separación de esferas antes señalada.

Esta opción más favorable a la autonomía se ve propiciada también por el artículo 148.1.20º, que prevé que las Comunidades Autónomas puedan asumir competencias sobre Asistencia Social y no reservarse en esta materia función alguna al Estado,

En cada sector de los tres mutuamente relacionados rigen, por tanto, o se prevé que puedan regir, principios de reparto de responsabilidades con unos ámbitos autonómicos más o menos amplios. De estas previsiones no cabe, sin embargo, deducir que se imponga un determinado modelo, aunque favorece uno determinado. El Estado, al definir las bases, es el que, en último término, determinará si la asistencia estará o no integrada plenamente en el sistema sanitario o será compar

tido por la asistencia a cargo de servicios propios de la Seguridad Social. Asimismo, los ámbitos competenciales en materia de Asistencia Social serán diversos según el modelo de Seguridad Social por el que opte el legislador estatal, que no podrá: ni vaciar de contenido las competencias propias de las Comunidades Autónomas en materia de sanidad y asistencia social, ni contradecir, en consecuencia, las principios y opciones ya realizados a través de los Estatutos de Autonomía.

7.2.2. En nuestra opinión, los Estatutos de Autonomía ya en realizado una primera opción organizativa en materia sanitaria a la que, hasta la fecha, no se ha prestado la debida atención. Los autores han discutido -en relación a los Estatutos de autonomía progresiva- el sentido y legitimidad de la competencia de "coordinación hospitalaria en general" que en algunos Estatutos se explicita con la cláusula "incluida la de la Seguridad Social. MUÑOZ MACHADO considera que esta expresión encierra serias dudas sobre su constitucionalidad en cuanto pueda exceder de las previsiones del artículo 148.1.21, que prevé la asunción de competencias en materia de "Sanidad e higiene". Sin embargo, si se tiene en cuenta que la asistencia sanitaria integrada no está excluida del concepto constitucional de Sanidad Pública, ni se impone al legislador un determinado

modelo, cabe concluir que éste esté legitimado para integrar toda la asistencia sanitaria dentro del sistema de sanidad, separada, por tanto, del de Seguridad Social. Una interpretación de los Estatutos en el sentido más conforme a su constitucionalidad nos llevará necesariamente a deducir de esa discutida cláusula la opción por un determinado modelo sanitario y, para ello, el mejor instrumento para hacerla era el estatutario en cuanto ley estatal y suprema de la Comunidad Autónoma que exige para su aprobación la Ley Orgánica; que, a su vez, supone un consenso más amplio para su definición y una mayor estabilidad, lo que es requisito indispensable para la consolidación del sistema. Esta es también la interpretación que mejor se conforma con el principio de autonomía y con el criterio de interpretación de las competencias en el sentido más favorable de su efectividad.

De los Estatutos de las Comunidades con autonomía plena no cabe deducir una opción análoga a la que inferimos de los otros Estatutos de Autonomía, ya que aquéllos han asumido conjuntamente funciones de sanidad y Seguridad Social. A la conclusión sugerida nos lleva, en cambio, la interpretación conjunta de todos los Estatutos. En efecto, cuando las Comunidades asumen, en virtud del Estatuto, competencias en materia de Seguridad Social no es preciso hacer expresión de las competencias en materia hospitalaria, que sí se recogen en aquellos otros en los que no se asumen competencias en materia de Seguri-

dad Social.

Como hemos dicho, los Estatutos de Autonomía progresiva, todos a excepción del de Cataluña y Madrid (71) atribuyen a su respectiva Comunidad competencias de coordinación hospitalaria en general. El más expresivo es el de Castilla y León que, dentro de las competencias de "desarrollo normativo y de ejecución", incluye las de "sanidad e higiene. Promoción, prevención y restauración de la salud"; que impone -en el marco de la legislación básica- un modelo de sanidad integral en el sentido estudiado, y que a continuación añade la de "Coordinación hospitalaria en general incluida la de la Seguridad Social". Competencia de coordinación que se incluye dentro de las facultades de desarrollo normativo y que, por lo tanto, permite a la Comunidad Autónoma la autoorganización sanitaria en el marco de la legislación básica del Estado. Esta misma cláusula de coordinación hospitalaria se incluye, con idéntica ubicación dentro de las competencias normativas en los Estatutos de : Baleares (72), Extremadura (73), Canarias (74), Castilla-La Mancha (75), Aragón (76), Murcia, (77) y Asturias (78). El Estatuto

(71) Aprobados por L.O. 8/1.981, de 30.XII (BOE 11.I.82) y L.O. 3/1.983, de 25.II (BOE 1.III), respectivamente.

(72) Artº 11.7, L.O. 2/1.983, de 25.II (BOE 1.III).

(73) Artº 8.6, L.O. 1/1.983, de 25.II (BOE 26.II).

(74) Artº 32.9, L.O. 10/1.982, de 10.VIII (BOE 16.VIII).

de Autonomía de la Rioja prevé también la coordinación hospitalaria general entre las competencias normativas, aunque omite la especificación sobre la Seguridad Social (79). Por ello, entendemos que los Estatutos de Autonomía están contemplando un concepto de coordinación sustancialmente distinto al que rige las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materias concurrentes. Sin perjuicio de volver sobre ello con más detenimiento, entendemos que no cabe una interpretación restrictiva de esta competencia sobre la base de una supuesta imprecisión técnica o terminológica. Las precisiones que, sobre esta materia reúnan las bases de la Sanidad, habrán de ser interpretadas de conformidad con los Estatutos sin que aquellas puedan modalizar las definiciones estatutarias. Por ello, es de dudosa legitimidad la previsión de la disposición adicional 6ª de la Ley General de Sanidad -hoy en proyecto- que con clara voluntad de recortar las competencias asistenciales explícitamente reconocidas en los Estatutos, incluida la de la Seguridad Social, señala que: "Los centros sanitarios de la Seguridad Social quedarán integrados en el Servicio de

(75) Artº 32.3, L.O. 9/1.982, de 10.VIII (BOE 16.VIII).

(76) Artº 36.1.e), L.O. 8/1.982, de 10.VIII (BOE 16.VIII)

(77) Artº 11.k), L.O. 4/1.982, de 9.VI (BOE 19.VI).

(78) Artº 11.j), L.O. 7/1.981, de 30.XII (BOE 11.I.1.982)

(79) Artº 9.9, L.O. 3/1.982, de 9.VI (BOE 19.VI).

Salud -de cada Comunidad- sólo en los casos en los que la Comunidad Autónoma haya asumido competencias en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social...". A continuación introduce una cláusula de interpretación restrictiva, contraria a los pronunciamientos estatutarios, según la cual, en los restantes casos, los hospitales de la Seguridad Social se coordinarán con el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma, y añade en el apartado siguiente que la coordinación hospitalaria -competencia propia de la Comunidad Autónoma- se realizará mediante una Comisión mixta Estado-Comunidad "cuyo presidente será designado por el Estado en la forma que reglamentariamente se determine" (80). En nuestra opinión, la Ley General de Sanidad -aún en proyecto- invade con esta imposición las competencias de coordinación hospitalaria que les atribuye, a cada Comunidad, su Estado respectivo. Al definirse, en la norma estatutaria, una responsabilidad autonómica que ejercerá de modo exclusivo el poder territorial en el marco de la legislación básica. La definición de las bases señalará el régimen de relaciones entre las instancias centrales y territoriales, pero en ningún caso, vaciar de contenido una competencia comunitaria o imponer su ejercicio de modo compartido mediante una Comisión mixta presidida por un representan

(80) Proyecto de Ley General de Sanidad aprobado por el Congreso de los Diputados, citado en nota (64).

te estatal. No cuestionamos la legitimidad de la citada Comisión, sí que a ella se le atribuyan competencias propias de la Comunidad Autónoma. A este respecto, el Tribunal Constitucional se pronunció en su sentencia sobre el Proyecto de LOAPA. Pensamos que los fundamentos allí recogidos son aplicables por analogía al punto que ahora nos ocupa. En efecto, los Fundamentos Jurídicos 13 y 14 que hemos estudiado detenidamente dentro de la Coordinación como principio que ha de regir las relaciones entre el poder central y los poderes territoriales, se referían al alcance y naturaleza formal no sustantiva, de facultad estatal de coordinación general que será la que derive en cada caso de las competencias sustantivas propias, sin que bajo ese título se pueda sustituir a los órganos propios de las Comunidades ni sus decisiones —se refería el Tribunal a las Conferencias sectoriales— pueden anular las facultades decisorias de los mismos (81). En el caso que nos ocupa, la competencia de coordinación hospitalaria es propia de las Comunidades Autónomas, y para su ejercicio sólo son responsables éstas y no el Estado; aunque haya de ejercerse en el marco de las normas básicas y sin perjuicio de la coordinación general sanitaria

En definitiva, por los motivos ya expuestos, ha de mantenerse que los Estatutos de Autonomía —contemplados

(81) STC 76/1.983, 5.VIII (BOE 18.VIII), que resuelve los R.P.I. números 311, 312, 314, 315 y 316 contra el Proyecto de LOAPA.

en su conjunto— han optado por uno de los posibles modelos sanitarios que la Constitución permitía. La elección ha recaído sobre el que nuestra ley fundamental propiciaba según los criterios que acabamos de exponer: de mayor respeto a la autonomía regional, mayor adecuación a los distintos principios de reparto de competencias que rigen la sanidad, la Seguridad Social y la Asistencia Social, y de mayor efectividad de las competencias asumidas en los Estatutos, según las previsiones constitucionales. El modelo por el que han optado los Estatutos es el de la integración de todos los servicios sanitarios en el Sistema de salud. Para mantener una posición distinta a la que aquí hemos defendido sería preciso: a) declarar la debida introducción en todos los Estatutos de dicha cláusula o su ubicación dentro de las facultades normativas, lo que únicamente podría hacerse con fundamento en el texto constitucional; b) mantenerse, en consecuencia, su inconstitucionalidad al contradecirse la norma estatutaria un modelo predeterminado que, como hemos visto, tiene difícil defensa. Por ahora, en cambio, nadie ha planteado recurso alguno ante el Tribunal Constitucional, y lo que no cabe, en ningún caso, es intentar reinterpretar en una ley definidora de bases competencias definidas en los Estatutos, pues las bases admiten ámbitos, pero no los vacían de contenido, ni pueden tampoco desvirtuar el modelo de ejercicio estatutariamente previsto. Menos aún puede hacerse en contra de las ba

ses que -con carácter general- define la ley para todo el territorio nacional y cuando -como hemos dicho- la excepcionalidad afectaría a diez de las diecisiete autonomías.

CAPITULO VI
COMPETENCIAS SANITARIAS Y ESTADO DE AUTONOMIAS

COMPETENCIAS SANITARIAS Y ESTADO DE AUTONOMIAS

I. Sistema Nacional de Salud

El derecho a la protección de la salud que la Constitución consagra en el artículo 43 y encomienda su tutela a los poderes públicos, está configurado en nuestro ordenamiento como un fin -propio del Estado social y democrático de Derecho- que ha de perseguirse de modo participativo. Para su consecución están llamados los diversos poderes públicos, los ciudadanos y los grupos e instituciones en que estos se integran. Hemos tenido ocasión de tratar de ello en relación con el sistema organizativo que la Constitución diseña y también al referirnos al marco constitucional de la sanidad. Además, el artículo 51 que establece la responsabilidad de los poderes públicos en la defensa de la salud, seguridad e intereses económicos

y sociales de los Consumidores, añade que "se fomentarán sus organizaciones y se oirán a estas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos ...". Los Estatutos de las Comunidades de autonomía plena señalan el principio de la participación social como única directriz -en el marco de las bases y sin perjuicio de la alta inspección- para la realización de sus políticas sanitarias (1). La concurrencia de las diversas instancias del poder político, de los diversos grupos e instituciones en el logro de los intereses generales, sin que se pueda excluir a nadie, es un principio informador del Estado social y democrático de Derecho instituido por la Constitución, que fundamenta la organización territorial en la que se reconoce la autonomía de las nacionalidades y regiones; en este modelo se excluye cualquier monopolio en el ejercicio de las funciones que se ordenan al interés general o bien común. Por esta razón, las reservas de competencias a favor del Estado no suelen hacerse, en el art. 149.1, de modo pleno. Tan sólo se retienen en su ámbito algunos concretos cometidos que eviten la disgregación, puesto que la autono-

(1) Art. 18.5 del Estatuto de Autonomía (C. A.) del País Vasco (L. O. 3/1.979, 18.XII, BOE 22.XII); art. 17.5 del E. A. de Cataluña (L.O. 411.979, 18.XII; BOE 22.XII); art. 205 del E. A. de Andalucía (L.O. 6/1.981, 30.XII, BOE 11. I.82), y art. 38.5 E.A. de Valencia (L.O. 5/1.982, 1.VII, BOE 10.VII).

mía no es soberanía . Lo ordinario es que el Estado tenga la responsabilidad para la definición de las bases normativas, el común denominador normativo, que garantice una cierta homogeneidad social; los desarrollos de esas bases, dentro de las diversas opciones que han de permitir éstas, corresponden a las Comunidades Autónomas. Junto a la facultad para el establecimiento de las bases cuenta el Estado con una potestad implícita, explícitamente declarada en tres supuestos, de coordinación material; esta potestad de co-ordinación -que como hemos visto es más adjetiva que sustantiva-, modaliza el ejercicio de las facultades estatales "exclusivas", para reclamar la participación y responsabilización de los poderes autonómicos en la definición de esos criterios generales. Se persigue, con ello, la incorporación de todos en la consecución del bien común. Así, la Constitución evita las separaciones tajantes y remite al legislador ordinario la definición de los respectivos ámbitos y el establecimiento de los sistemas de relación. En aquellos casos en que se ha visto conveniente garantizar una mayor uniformidad, la Constitución ha reservado la totalidad de las potestades normativas en favor del Estado, a la vez que permite la asunción de competencias ejecutivas por parte de las autonomías. Incluso en aquellas materias exclusivamente estatales, se ha previsto la posibilidad de las transferencias, siempre que con ello no se ponga en peligro la unidad de la Nación española.

Las relaciones internacionales, por ejemplo, cometido esencialmente estatal, y potestad indelegable, pues con ello se desvirtuaría la personalidad jurídica internacional (una y única), no impide la participación de las autonomías; como hemos visto, los Estatutos suelen contemplar fórmulas de participación, y encomiendan, con carácter general, a las Comunidades Autónomas la ejecución de los convenios y tratados internacionales; el Tribunal Constitucional se ha referido al principio cooperativo en materia de relaciones internacionales en una sentencia reciente (2).

El equilibrio que en nuestro Estado de las Autonomías ha de mantenerse entre unidad y diversidad se pone de manifiesto con especial intensidad en materia sanitaria. El artículo 149.1.16 lo pone de relieve al dispensarle un tratamiento análogo al que se contempla en materia económica: el Estado se reserva la definición de las bases de la sanidad interior y la coordinación general, además de la sanidad exterior y la legislación sobre productos farmacéuticos. Bases y coordinación general son también competencia estatal explícitamente declarada en relación con la planificación económica.

(2) STC 154/1.985, de 12.XI (BOE 12.XII), dictada en el C P C 114/1.983, promovido por el Gobierno contra el Decreto de la Junta de Galicia 120/1.982, de 5.X, por el que se crea el Instituto Gallego de Bachillerato a distancia.

En ambos casos, es la necesidad de garantizar la unidad y solidaridad la que impera en la técnica de reparto de responsabilidades.

De igual modo que la integración de la asistencia en la sanidad pública encuentra su justificación en la indivisibilidad de cuanto afecta a la salud humana, la protección de la salud es indivisible; los intereses sanitarios no conocen fronteras; para su efectividad es precisa la cooperación, no ya nacional, sino internacional. A esos intereses supranacionales se hace referencia en el artículo 149.1.6 al hablar de sanidad exterior, con independencia de la delimitación conceptual que haremos más adelante. El Estado ha de mantener un sistema normativo nacional de la sanidad que permita la integración de la diversidad territorial. Se fundamenta esta competencia en la garantía de la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes constitucionales; entre ellos se encuentra el derecho a la protección a la salud respecto al cual la ley señalará los derechos y deberes de todos(3).

(3) Cfr. arts. 43.2 y 53.3 de la Constitución.

Existen además otras razones para que la unidad del sistema sanitario sea efectivo. En primer lugar, la unidad del mercado y la libre circulación de los bienes dentro del territorio nacional, que exige que la regulación del comercio interior y régimen de autorización de los productos comerciales (art. 51.3), sean uniformes en todo el Estado español sin perjuicio de las competencias autonómicas para la ejecución de esa normativa y de la elaboración participada de las normas (4). Nuestra reciente entrada en el Mercado Común exige esa unicidad normativa en los aspectos comerciales. El sistema de reparación por los daños causados por los productos es otra de las materias que han de tener una regulación uniforme en todo el territorio, por su incidencia en las legislaciones mercantil y civil, además de afectar al régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas(5). La legislación penal reclama también, en relación con los delitos contra la salud pública, unas reglamentaciones iguales para todos; al ser normas que contemplan en sus tipos penales actos contrarios a las disposiciones admi-

(4) Cfr. arts. 139 y 149.1.6, 10, 11, 12 y 13 de la Constitución.

(5) Cfr. art. 149.1.18 de la Constitución.

nistrativas, éstas han de ser iguales para todos los ciudadanos en bien de la seguridad jurídica (6). Por último, las condiciones mínimas de acceso a la asistencia sanitaria también han de ser coincidentes en todo el territorio nacional y ha de quedar garantizada la igualdad de trato respecto de todos los ciudadanos, sean o no de la condición política, o vecindad, en la Comunidad Autónoma donde se encuentren.

Por estas razones, el Estado tiene la competencia para definir las bases de la sanidad nacional: para lograr ese común denominador normativo que garantice la igualdad de todos los españoles en las condiciones básicas, y para evitar las consecuencias disgregadoras que produciría el desordenado ejercicio de facultades separadas.

Unidad en lo básico, separación de responsabilidades y cooperación mutua son los pilares sobre los que se sustenta la sanidad según el modelo constitucional. Nos referiremos en primer lugar al principio de separación de competencias, para más tarde tratar del principio cooperativo que fundamenta las técnicas de coordinación, los sistemas de interrelación. Si faltase el principio de se-

(6) Cfr. art. 149.1.6 en relación con los arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución.

paración, consecuencia de la autonomía, no habría corresponsabilidad, ni serían posibles las prácticas participativas. Sin la co-ordinación, el ejercicio separado de competencias produciría efectos disgregadores, que harían imposible la unidad de la sanidad nacional. Uno y otro se articulan en el marco supraordenador de las bases, en el sentido ya estudiado.

Las bases, como vimos, cumplen un doble objeto en la articulación de las competencias estatales y autonómicas: definen los ámbitos respectivos, separan y concretan responsabilidades y, además, delimitan el marco de relaciones entre los diversos poderes públicos de modo que la integración sea posible. Cada ente autonómico desarrolla sus competencias para la gestión de sus intereses respectivos dentro de esas bases y no frente a ellas o a su margen; ordenan su actuación autónoma según los criterios y orientaciones generales, dentro de un clima cooperativo, participativo. Las Comunidades ejercen sus responsabilidades propias sin ser sustituidas, con plenitud de facultades, sometidas al control de la legalidad por parte de los tribunales, y al control político que corresponde a sus propios Parlamentos Autónomos. El contenido de las bases de la sanidad ha de comprender, como hemos adelantado:

a) Dentro del núcleo, la delimitación de competencias:

el modelo sanitario común para todo el territorio que garantice la igualdad de todos los españoles en las condiciones básicas; se incluye aquí el régimen de acceso a la asistencia, relaciones con el sistema de Seguridad Social y con los Servicios de Asistencia social, etc. Régimen jurídico del comercio interior y Asistencias de intervención sanitaria. Delimitación general de las competencias generales y territoriales, reserva de competencias en favor de las Corporaciones locales en lo que se refiere al modelo sanitario por el que el legislador haya optado para todo el territorio. Como hemos visto, las bases han de dejar amplios márgenes de determinación a las **Comunidades** para que éstas puedan desarrollar su propio sistema, que les permita la realización de sus propias políticas sanitarias. Puede, en algunos casos, reservarse el Estado facultades reglamentarias que garanticen cuando sea preciso la uniformidad normativa; también puede el Estado -al delimitar los ámbitos respectivos- retener determinadas funciones ejecutivas (no necesariamente todas sobre un determinado sector del ordenamiento sanitario), con carácter excepcional cuando lo exijan los intereses generales. La amplitud de las bases depende de la amplitud de las técnicas coordinadoras, en nuestra opinión, deben primarse estas sobre aquellas. Pese a la estabilidad que las bases deben tener, no hay inconveniente para que, una vez de-

finido el modelo, en la práctica legislativa se vayan normativizando algunos aspectos que no han podido ser coordinados por la coordinación material.

b) Dentro del círculo de encuadramiento, las bases deben definir los sistemas de coordinación tanto vertical como horizontal. La planificación sanitaria es una de las técnicas que se revela aquí de gran utilidad. No deben olvidarse las relaciones horizontales, entre las Comunidades Autónomas; en este aspecto, han de establecerse -como hemos dicho- criterios correctores al principio de territorialidad que fomente la cooperación y solidaridad entre todas las nacionalidades y regiones. El reconocimiento de los efectos generales de los actos que las Comunidades Autónomas realicen en el ámbito de sus propias competencias es, a nuestro juicio, una necesidad ineludible para la viabilidad del sistema. Lo contrario produciría continuas duplicidades y disfunciones que serían fuente de frecuentes conflictos, y fomentarían la centralización; además de perjudicar a los ciudadanos e instituciones a cuyo servicio se ordena el Estado de las Autonomías.

En todo caso, las bases han de ser definidas con el mayor consenso posible de todos los que habrán de participar en la consecución de los intereses sanitarios, con ello se lograría una mayor estabilidad, y se fomentaría la

cooperación. Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales han de ser tenidas en cuenta. Sus posiciones y peculiaridades deben encontrar adecuado reflejo en ese marco normativo, en el cual desarrollarán sus funciones.

II. Las definiciones y su alcance

El marco competencial dentro del cual el Estado y las Comunidades Autónomas ejercerán sus funciones viene establecido en la Constitución y en los Estatutos de autonomía. Sin embargo, de ese marco general no se desprenden unos criterios suficientemente acabados que permitan establecer los respectivos ámbitos; esta tarea delimitadora queda remitida por el constituyente al legislador ordinario que, mediante las bases, reservará en favor del Estado las facultades que sean necesarias para garantizar la unidad del sistema. Esa competencia normativa de integración habrá de ejercerse, sin embargo, dentro de los principios que se desprenden de la Constitución y normas estatutarias, que, además, habrán de interpretarse de modo sistemático, dentro del contexto de esas normas; y teniendo en cuenta otros títulos competenciales que puedan concurrir. En algunos casos, estos títulos prevalecerán sobre los sanitarios, e impondrán un régimen de reparto distinto al que podría derivarse de la sola aplicación de los criterios de definición de las competencias sanitarias. Por ello, antes de estudiar la distribución de las funciones, sobre la sanidad, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, nos hemos de detener en el estudio de las defini-

ciones que se incluyen en las normas constitucionales y estatutarias intentando esclarecer el sentido de sus términos y el alcance de los títulos concurrentes.

1. Competencias del Estado.

1.1. Sobre la sanidad

El artículo 149.1.16 declara como "competencias exclusivas" del Estado: "Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos".

En los Estatutos de Autonomía se le reconocen, además, competencias sobre la Alta inspección (7).

Se incluyen en estas definiciones todas las técnicas estudiadas que ponen de relieve la necesidad -constitucionalmente sentida- de poner a disposición del Estado todos los procedimientos posibles para garantizar la unidad del sistema. En primer lugar, el Estado es competente para definir las bases de la sanidad, con lo que se le permite establecer el marco general dentro del cual las Comunidades han de desarrollar sus respectivas competencias. Dentro de las normas básicas podrá el legislador permitir la retención en favor de la Administración Central de potestades reglamentarias y, excepcionalmente, ejecutivas, cuan-

(7) Arts. 18.4, 17.4, 20.4 y 38.4 de los Estatutos de Autonomía del País Vasco, Cataluña, Andalucía y Valencia citados en nota (1) y arts. 33.4 y 53.2 de los EE.AA. de Galicia (L.O. 1/1.981, 6.IV, BOE 28.IV) y Navarra (L.O. 13/1.982, 10.VIII, BOE 16.VIII).

do lo exijan los intereses generales. En segundo término, queda reconocida la facultad de coordinación general, no normativa, por la que los poderes generales podrán orientar las políticas autonómicas a objetivos comunes; a la vez supone la conveniencia de incorporar a los poderes territoriales a las tareas generales del Estado compuesto. Junto a estas dos técnicas, se añade una tercera: la reserva estatal de las competencias normativas sobre un sector determinado de la sanidad: legislación sobre productos farmacéuticos, que revela la preocupación constitucional sobre la libre circulación de bienes, legislación penal, etc, sobre los que volveremos más adelante.

Todas estas reglas -bases, coordinación, legislación- señalan -además de la necesidad de la unificación del sistema de sanidad- la necesidad de la cooperación entre poderes generales y territoriales para la realización del interés sanitario. La participación es regla, las exclusiones, en cambio, tendrán carácter excepcional. Sólo serán legítimas cuando no puedan lograrse los intereses generales mediante la técnica participativa. A diferencia de la legislación laboral, que nuestra ley fundamental reserva al Estado de modo íntegro, en la sanidad sólo se produce análoga retención en un caso, el de los productos farmacéuticos. Predominan por tanto aquí los principios de: unidad normativa y participación, que incluye la potestad auto-normativa, y coordinación de los diversos órdenes. Ca

da Comunidad Autónoma, dentro del marco de las bases, ha de desarrollar su propio y específico ordenamiento sanitario: autónomo y separado del estatal.

La excepcionalidad de las reservas excluyentes se manifiesta en la cláusula que atribuye al Estado la competencia íntegra sobre la sanidad exterior en la que, en principio, las autonomías no están llamadas a participar. En este caso, entendemos que no se opone al fin perseguido con la reserva el que las Comunidades Autónomas actúen en sanidad exterior con facultades delegadas del legislador estatal o incluso con poderes de ejecución en nombre y por cuenta de la Administración Central de modo permanente u ocasional.

La alta inspección de la sanidad

es distinta —como ya hemos visto— de las facultades de inspección técnica que se incluyen dentro de las de ejecución. La alta inspección se refiere al control de la legalidad, no de la oportunidad, supone la inspección autonómica y puede orientarse, también, a la garantía de los servicios mínimos que ha de garantizar el Estado.

1.2. Distinción entre sanidad exterior e interior.

Para delimitar los ámbitos autonómicos y estatales, hemos de hacer una previa distinción entre sanidad exterior e interior pues según lo que se entienda por la primera, serán mayores o menores las funciones asumidas por las Comunidades bajo el título de sanidad interior.

En primer lugar, desde el punto de vista negativo, la sanidad exterior no es, no incluye en su concepto, sanidad internacional; es decir, no es lo mismo que las relaciones sanitarias internacionales, que tienen su título específico en el párrafo 3º del artículo 149.1 de la Constitución que declara como "competencia exclusiva" del Estado las relaciones internacionales. Esta distinción tiene gran interés práctico en la definición de competencias: a) sobre la sanidad exterior tiene el Estado competencias plenas de ejecución a diferencia de lo que ocurre con la ejecución de los tratados internacionales que —de ordinario— corresponderá a las Comunidades Autónomas como ya vimos; b) de confundirse ambas expresiones en un mismo concepto, las competencias autonómicas quedarían reducidas a funciones residuales y por tanto vacías de contenido (10).

El término "sanidad exterior" que nuestra Constitución recoge ha de ser interpretada de acuerdo con la concepción tradicional en nuestro ordenamiento jurídico; pues es el que, sin duda, presidió la redacción del art. 149.1. 16 y es el más conforme con los principios informadores de

(10) Cfr. BORRAJO DACRUZ, E. "El derecho a la asistencia sanitaria en la Seguridad Social". Revista de la Seguridad Social, 8, p. 46 (1.980). En el mismo sentido FERNANDEZ PASTRANA, J. M.^a. "El servicio público de la Sanidad: El marco constitucional", pp. 106-107 (1.984).

nuestra ley fundamental. Así, podemos definirla, de acuerdo con el Reglamento de sanidad exterior, como a aquella que "tiene por objeto principal el impedir la importación en territorio español de las enfermedades infecciosas, así como la exportación de las mismas" y está "constituida por todos los servicios que contribuyen a tal fin y regulada por las disposiciones legales y administrativas dictadas al efecto" (11).

Son funciones de la sanidad exterior: la defensa sanitaria en puertos y fronteras; la aplicación en los puertos y fronteras de todas las leyes y disposiciones administrativas de carácter higiénico y sanitario; los servicios sanitarios de aeronavegación, aduanas; importación y exportación de mercancías y ganados en lo que se refiere a la transmisión de zoonosis contagiosas al hombre; vigilancia sanitaria de los transportes en el interior de la península; vigilancia sanitaria de emigración e inmigración, lucha contra enfermedades pestilenciales y condiciones sanitarias de trabajo a bordo; cooperación sanitaria internacional y, en general cuanto afecta a las relaciones sanitarias con los demás países (12).

(11) Art. 1º del Reglamento de Sanidad exterior aprobado por D. de 7 de septiembre de 1.934 (Dicc. Legislación Aranzadi, 1.977, núm. 27.044). Cfr. también la Base 5ª de la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de XI de 1.944 (Dicc. Leg. Ar. 1.977, nº 27.017), Reglamento de Sanidad Exterior de Aeronavegación aprobado por R.D. de 14 de VII de 1.950 (Dicc. Leg. Ar., 1.977, nº 27.046) y Reglamento Sanitario Internacional de 25 de VII de 1.969 (Dic. Leg. Ar., 1.977, nº 27.051).

(12) Art. 1º del Reglamento de Sanidad exterior citado en nota (11).

La sanidad exterior así entendida, por sus implicaciones de interés general supracomunitario y, en ocasiones supraestatal, han de prevalecer sobre los intereses generales de ámbito comunitario y, por ello, ante la concurrencia de títulos competenciales, prevalecerá también la titularidad estatal ante la que han de ceder las competencias comunitarias. Esto no supondrá, en ningún caso, una actuación de tal naturaleza que vacíe de contenido las funciones que tienen asumidas las Comunidades Autónomas. Por lo que se refiere a la cooperación sanitaria internacional es evidente que las Comunidades han de adecuar sus actuaciones a dichas directrices, y han de ejecutarlas directamente, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado, que -como en las leyes estatales- ha de garantizar su cumplimiento.

Este es el sentido que la ley General de Sanidad -hoy en proyecto- ha dado al término "Sanidad exterior". En su artículo 38.2 señala: "Son actividades de Sanidad Exterior todas aquellas que tratan de evitar que las personas o productos procedentes del extranjero puedan ocasionar perjuicios para la salud de la población en el territorio nacional" (13). Definición que, a nuestro entender,

(13) Proyecto de Ley General de Sanidad aprobada por el Congreso de los Diputados. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, nº 145.III de 20 de noviembre de 1.985.

es más imperfecta que la que anteriormente hemos recogido del Reglamento de Sanidad exterior, que incluía tanto la importación como la exportación. Se incluía esta última, o no, en la ley, por su relación directa con la competencia estatal de comercio exterior, ha de entenderse comprendida en el título.

2.1.3. Sanidad y seguridad pública.

Uno de los títulos competenciales que ha planteado conflictos ante el Tribunal Constitucional en relación con la sanidad, y con otras materias, es el de la seguridad pública que el artículo 149.1.29 reserva al Estado de modo íntegro, "sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica".

La primera sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en materia de competencias sanitarias lo fue precisamente en relación con la seguridad pública. El conflicto positivo de competencias fue promovido por la Generalidad de Cataluña en relación con la comunicación escrita dirigida por el Gobernador civil de Barcelona al Consejero de Sanidad y Seguridad Social de la Generalidad de Cataluña haciéndole saber que, siguiendo instrucciones de la Dirección General de la Salud Pública (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) se habían adoptado las medi-

das pertinentes en relación con determinadas partidas de mejillones en estado nocivo. Esas medidas consistían en "interceptar e inmovilizar con carácter urgente todas las partidas de mejillones frescos impidiendo su venta y consumo" (14). El Abogado del Estado, en el escrito de contestación a las alegaciones de la Generalidad sostiene que el problema del peligro sanitario existente era un problema de orden público que se incluía dentro del artículo 149.1.29. y era por tanto competencia estatal, y añade que la noción de orden público "no debe forzosamente reconducirse a un sector primitivo del ordenamiento, sino que abarca todas aquellas actividades no solo correctivas, sino —principalmente— preventivas de daños y calamidades públicas tanto si provienen de conductas voluntarias como si se trata de hechos causales ajenos a toda intencionalidad dañosa"(15).

Se confundía así el concepto de orden público, al que antes nos hemos referido al estudiar la salud pública, con el de Seguridad pública que, de prosperar, vaciaría de competencias sanitarias a las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional declaró a este respecto que en el concepto de orden público "pueden incluirse cuestiones como

(14) STC 33/1.982, de 8 de junio (BOE 28.VI), dictada en el CPC 16/1.982. Promovido por la Generalidad de Cataluña sobre medidas urgentes en relación con una partida de mejillones.

(15) Ibid. Antecedente 1.a).

las referentes a la salubridad, ..., que no entran en el concepto de seguridad, la cual se centra en la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas". "Afirmar esto -continúa el tribunal- no supone negar que una crisis sanitaria puede amenazar la seguridad pública y justificar, en consecuencia, una intervención de las autoridades a las que corresponda su custodia. Incluso es de recordar que crisis sanitarias tales como epidemias y situaciones de contaminación graves pueden motivar la declaración del Estado de alarma (L. O. 4/1981, de 1 de junio, art. 4.6)"(16).

Las situaciones graves de crisis sanitarias, aún en el caso en que no se declare el Estado de alarma -afirmó el Tribunal Constitucional en la sentencia que estamos comentando- incluso cuando se produzca dentro del territorio de una sola Comunidad Autónoma, puede justificar la intervención estatal para la adopción de las medidas que por su urgencia no pueden esperar la intervención autonómica. Pero esto sólo podrá hacerse en casos muy excepcionales que, por su excepcionalidad, han de limitarse a las medidas estrictamente necesarias y "de forma que no sustituyan más que lo indispensable la intervención de las

(16) Ibid. F. J. 3.

autoridades competentes para la acción sanitaria o ayuden y complementen a la actividad de estas". El tribunal declaró que la actuación de la Administración Central debería haber cesado una vez alertadas las autoridades y debería haberse evitado la duplicidad de actuaciones (17).

Este mismo principio, de sustitución en lo indispensable y máximo respeto a los ámbitos de autonomía, se encuentra recogido en la ley orgánica reguladora de los Estados de alarma, excepción y sitio (18). La ley de Protección Civil, por su parte, recoge la interpretación que sobre seguridad pública hace el Tribunal Constitucional (19).

Con posterioridad a la sentencia sobre la retirada de los mejillones en estado nocivo, de la que acabamos de tratar, el Tribunal Constitucional ha insistido en la adecuada interpretación que ha de darse al título estatal de protección de la seguridad pública. La sentencia de 5 de diciembre de 1.984 sobre competencias en materia de régimen local cita expresamente la doctrina sentada en la anterior 33/1.982 (20). En el mismo sentido, la sentencia

(17) F. J. 3.

(18) Ley Orgánica 4/1.981, 1 de junio (BOE 5.VI) que regula los estados de alarma, excepción y sitio, art. 4º b).

(19) Ley 2/1.985, 21 de enero, sobre protección civil (BOE 25.1).

(20) STC 117/1.984, de 5.XII (BOE 11.I.85), en el C.P.C. 371/1.982 promovido por el Gobierno de la Nación contra el Decreto 162/1.982, de 3.VI por el que la Generalidad asume competencias en materia de régimen local.

de 18 de diciembre de 1.984 en relación con un Decreto del Gobierno Vasco sobre Centros de Coordinación operativa que reproduce la definición dada en las anteriores sentencias y declara a favor del País Vasco la competencia sobre protección civil -distinta de la seguridad pública- como el conjunto de acciones dirigidas a prevenir riesgos, catástrofes y calamidades y aminorar sus consecuencias; doctrina que coincide con la situación descrita en el caso de los mejillones en mal estado (21). La sentencia de 6 de mayo de 1.985, por último, insiste en la necesidad de interpretar de modo restrictivo la competencia estatal sobre seguridad pública, y declara que "no toda seguridad de personas y bienes ni toda normativa encaminada a conseguirla, o a preservar su mantenimiento, puede englobarse en el título competencial de "seguridad pública", pues si así fuera la práctica totalidad de las normas del ordenamiento serían normas de seguridad pública, y por ende competencia del Estado, cuando es claro que se trata de un concepto más estricto en el que hay que situar de modo predominante las organizaciones y los medios instrumentales, en especial los cuerpos de seguri

(21) STC 123/1.984, de 18 de XII (BOE 11.I.85), dictada en el CPC 568/1.983. Promovido por el Gobierno de la Nación en relación con el Decreto 34/1.983, de 8.III del Gobierno Vasco de creación de Centros de Coordinación operativa.

dad a que se refiere el artículo 104 de la Constitución" (22).

Con esta jurisprudencia constitucional, quedan resueltos los problemas del deslinde entre la seguridad pública y orden público que tanta importancia tiene en materia sanitaria; pues, como hemos visto, la salud pública en sentido propio (estricto) es un sector del orden público, de identificarse éste con la seguridad pública —que no es el todo sino una parte de ese mismo orden—, quedarían las Comunidades Autónomas privadas de competencias sobre la sanidad. La competencia sobre la sanidad puede ceder ante la tutela de la seguridad pública, pero sólo en situaciones excepcionales, y puede justificar actuaciones ejecutivas por parte de las autoridades estatales; pero éstas actuaciones descansan más sobre el principio de cooperación que sobre el de suplencia. En efecto, el Tribunal señaló en la Sentencia antes citada cómo se han de evitar las duplicidades y sólo caben sustituciones en lo indispensable que deben "desaparecer en el más breve plazo posible en aras a la deseable cooperación de todas las autoridades interesadas en la rápida y eficaz solución del problema" (23).

(22) STC 59/1.985, de G.V. (BOE 5.VI), F.J. 2º, dictada en el CPC 334/1.984, Promovido por el Abogado del Estado en relación con el Decreto de la Junta de Galicia 245/1.983, 30.XII sobre el uso del tacógrafo en los vehículos de transporte escolar.

(23) Ibid. F.J. 4º.

Este ejercicio de facultades ejecutivas ajenas, en sustitución de las Comunidades Autónomas por motivos -excepcionales- de urgencia, con todos los matices ya estudiados, opera no sólo a favor del Estado, sino también a favor de las Comunidades Autónomas como órganos que son del Estado español, constitucionalmente llamados a servir los intereses generales de la Nación española, es decir, a todos los ciudadanos. A este doble sentido en que juega la cláusula de urgencia se refiere el voto particular del Magistrado D. Francisco Rubio Llorente en la sentencia de 7 de abril de 1.983 sobre Cuerpos Nacionales de Administración local (Secretarios de Ayuntamiento) (24). El principio en el que se apoya esta "excepcional invasión de ámbitos ajenos" es el de cooperación y solidaridad más que sobre la seguridad pública; sin perjuicio de que en supuestos muy excepcionales -a los que el Tribunal se refiere- las crisis sanitarias graves puedan afectar a la Seguridad pública. Aún en esos casos, el principio de cooperación y sus correlativos de máximo respeto -y confianza- a los ámbitos ajenos y mínima suplencia, son los que

(24) STC 25/1.983, de 7.IV (BOE 27.IV), dictada en los CPC 223 y 228/1.982 promovidos por el Gobierno Vasco contra el R.D. 642/1.981, de 27 de marzo, que regula el régimen de concursos de traslado de los funcionarios de Cuerpos Nacionales de Administración Local y contra la Resolución de 2 de mayo de 1.981 de la Dirección General de Administración Local por la que se convocaron concursos de traslado para la provisión de plazas que han de desempeñar esos mismos funcionarios.

han de predominar. Esta es la razón por la que incluso en los casos de declaración de estado de alarma, se prevea que los Presidentes de las Comunidades Autónomas intervengan como autoridades delegadas de las estatales en sus respectivos territorios.

2.1.4. Sobre la Seguridad Social.

El artículo 149.1.17 de la Constitución reserva al Estado la competencia exclusiva sobre la "Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por parte de las Comunidades Autónomas". Esta cláusula debe ser interpretada en el contexto del artículo 149.1, en relación con la legislación y orientaciones vigentes en el momento de aprobarse la Constitución.

Esta regla tiene gran interés para la delimitación de las funciones entre el Estado y la Comunidades Autónomas pues el régimen Competencial difiere del establecido para la sanidad; los límites entre una y otra son relativos, y en gran parte dependen de las bases que el legislador estatal defina. El problema sobre la diferenciación material se agrava si se tiene en cuenta que algunas Comunidades Autónomas, las de autonomía plena y Baleares, tienen competencias sobre la Seguridad Social (25), mien-

(25) Arts.: 18.2 y 3 del EA del País Vasco, 17.2 del EA de Cataluña, 33.2 del EA de Galicia, 20.2 del EA de Andalucía, 38.2 del EA de Valencia y art. 54 del EA de Navarra, citados en nota (7), y art. 12.5 (competencia de ejecución) del EA de Baleares (C.O. 2/1.983, 25.II, BOE 1.III).

tras que en otras no se incluye en sus Estatutos entre la lista de las que se le atribuyen, aunque en algunos casos prevén su futura asunción mediante Ley Orgánica de transferencia (26). Sin una opción clara a favor de la integración sanitaria que, según hemos expuesto, ya se han producido en los Estatutos que incluyen la coordinación hospitalaria, va a ser difícil la construcción coherente del Sistema Nacional de Sanidad.

Sin embargo, como antes hemos visto, dentro del "Marco Constitucional de la Sanidad", nuestra ley fundamental cuando distingue entre sanidad, Seguridad Social y Asistencia Social sugiere, sin imponer, un modelo de separación funcional e integración sanitaria. Un mes antes de ser aprobada la Constitución se dictó, en este mismo sentido, el Real Decreto-Ley de 16 de noviembre de 1.978 (27), sobre gestión institucional de la Seguridad Social la salud y el empleo. En dicho Decreto-Ley se estableció que las funciones en materia de salud, Sistemas de Seguridad Social y Servicios de Asistencia Social se ejercerán a

(26) Art. 13.1.h) del E.A. de Asturias (LO 7/1.981, 30.XII BOE 11.I.82); art. 25.1 k) del EA de Cantabria (LO 8/1.981, 30.XII, BOE 11.I.82; art. 11.1.g) del EA de La Rioja (LO 3/1.982, 9.VI; BOE 19.VI); art. 13.1.11) (gestión del régimen económico de la Seguridad Social) del EA de Murcia (LO 4/1.982, 9.VI, BOE 19.VI); art. 37.1.c) del EA de Aragón (LO 8/1.982, 10.VIII; BOE 16.VIII); art. 35.1.i) del EA de Castilla-La Mancha (LO 9/1.982, 10.VIII; BOE 16.VIII; art. 34.B).3. (ejecución de los servicios) del EA de Canarias (LO 10/1.982, 10.VIII, BOE 16.VIII); art. 10.1.k) del EA de Extremadura (LO 1/1.983, 25.II; BOE 26.II); art. 29.1.12 del EA de Castilla y León (LO 4/1.983, 25.II; BOE 2.III).

(27) R.D. Ley 36/1.978, 16.XI (BOE 18.XI), de Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo.

través del entonces Ministerio de Sanidad y Seguridad Social por los siguientes organismos:

1. Como Entidades Gestoras de la Seguridad Social los siguientes, entre otros (28):

a) Instituto Nacional de la Seguridad Social para la gestión y administración de las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social. En desarrollo del Decreto-Ley se dictó un Decreto en 1.979 sobre su estructura y funciones. En el artículo 1 se le encomendaba: la gestión y administración de las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social y específicamente la inscripción de las Empresas, la afiliación, altas y bajas de los trabajadores y el reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas (29).

b) Instituto Nacional de la Salud para la administración y gestión de servicios sanitarios. El Decreto de 1.979 que define su estructura y competencias señalaba que es el organismo ejecutivo fundamental de la política para la asistencia médica y sanitaria y para la promoción de la salud individual, medicina de comunidad y asistencia sanitaria, mediante conciertos con la Administración estatal, institucional, territorial y local. (30) El artículo 2.2

(28) Ibid. art. 1.

(29) D. 1845/1.979, 30.VII (BOE 31.VII), que regula la estructura y competencia del I.N.S.S.

(30) D. 1855/1.979, 30.VII (BOE 31.VII), que regula la estructura y competencia del INSALUD.

del Decreto-ley añadía que "los Centros Sanitarios y Asistenciales podrán ser gestionados y administrados por las Entidades locales".

2. Como Organismos Autónomos del Estado, entre otros la Administración Institucional de la Sanidad Nacional para la gestión de los servicios de prevención y asistencia que tenga encomendados y que fue creado por Decreto-ley de 29 de diciembre de 1972 (31). Se fundamentaba su creación en el artículo 24 del texto refundido, aprobado por Decreto de 15 de junio de 1.972, de la ley del Plan de Desarrollo Económico y Social y de acuerdo con la Ley de Hospitales de 21 de junio de 1.962 (32).

En la Exposición de Motivos del Decreto ley de 1978, se justificaba la reforma en la necesidad de de simplificar y racionalizar las funciones asumidas por el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social creado por Real Decreto de 4 de julio de 1.977 para posibilitar "una clara delimitación de las tres áreas de objetivos específicos: la Salud, la Seguridad Social y los Servicios de Asistencia Social", y ello capacita al Gobierno para decisiones futuras que no vengán condicionadas por el complejo entramado técnico que dificulta la progresión hacia metas de mejor con

(31) D ley 13/1.972, de 29.XII (BOE 10.I.73), que crea el Organismo Autónomo de "Administración Institucional de la Seguridad Social"

(32) Según se expresa en la Exposición de Motivos.

veniencia y satisfacción de demandas públicas".

De estos antecedentes se deduce una orientación delimitadora de áreas objetivos específicos que encuentran su reflejo más explícito en la Constitución, donde se recogen esas diversas acciones debidamente separadas, aunque sin imponer un modelo determinado.

Un segundo problema que plantea la interpretación del artículo 149.1.17 es el del sentido y alcance que se ha de dar a la expresión "régimen económico de la Seguridad Social" que se reserva a favor del Estado. Los Estatutos de Autonomía que asumen competencias sobre la Seguridad Social, además de las funciones de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado, añaden que también les corresponderá la gestión del régimen económico de la Seguridad Social. En el caso de Galicia, a la gestión del régimen económico se añade: "sin perjuicio de la Caja Unica". Para el País Vasco, dentro del régimen transitorio se establece que la Comisión Mixta de transferencias suscribirá los oportunos convenios, mediante los cuales la Comunidad Autónoma asumirá la gestión del régimen económico de la Seguridad Social, dentro de su carácter unitario y del respeto al principio de solidaridad..." (33)

Las matizaciones de los Estatutos Gallego y Vasco,

(33) Arts. citados en nota (25).

nos señalan algunos de los principios de esta peculiar reserva estatal, que pueden orientarnos para su adecuada interpretación. Se ha señalado lo confuso de la expresión, a la que no puede atribuirse un sentido legal o doctrinal preciso (34). Sin embargo, de su conexión con los artículos 41 (que establece la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos...) y 141.1.1º (igualdad de las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes constitucionales) parece desprenderse que esa unidad de régimen económico tiene por objeto el garantizar la igualdad de todos los ciudadanos en las prestaciones sociales mínimas. Y que, en virtud del principio de solidaridad que el Estado garantiza, velando por el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, es preciso mantener la unidad de Caja que posibilite la redistribución de las cargas y protecciones sociales. En definitiva, la unidad de régimen tiene su fundamento en el imperativo de la igualdad social que ha de promover el Estado. Por ello, se integra en el concepto del régimen económico de la Seguridad Social la obtención y distribu

(34) Cfr. FERNANDEZ PASTRANA, J. MA "La Seguridad Social en el Estado de las Autonomías". Documentación Administrativa, 197, 81-119 (1.983).

ción de los recursos; es decir, el sistema de financiación junto a algunos aspectos institucionales y de gestión (35). Ateniéndonos a la ley de la Seguridad Social vigente, texto refundido por Decreto 2065/1.974, de 30 de mayo (36), se entenderá incluido dentro del régimen económico de la Seguridad Social el Capítulo VIII que trata, en los artículos 48 a 53, del régimen económico y financiero. El precepto más relevante a los efectos que nos ocupan es el artículo 48 que establece -de conformidad con el Estatuto de Galicia- que: "las cuotas, bienes, derechos, acciones y recursos de cualquier otro género de la Seguridad Social constituyen un patrimonio único afecto a sus fines, distinto del patrimonio del Estado".

Este principio de unidad de caja que se tuvo en cuenta al aprobar y elaborar la Constitución, sigue presente en la legislación posconstitucional y la ley General de Sanidad -hoy en proyecto- en la disposición transitoria segunda, según la cual:

"Los centros y establecimientos sanitarios que forman parte del patrimonio único de la Seguridad Social continuarán titulados a nombre de la Tesorería General sin

(35) Cfr. MANRIQUE LOPEZ, F. "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social". Revista de la Seguridad Social, 23, 125-148 (1.984).

(36) D. 2065/1.974, 30.V (BOE 20.VII), que aprueba el texto refundido de la ley de Seguridad Social.

perjuicio de su adscripción funcional a las distintas Administraciones Públicas sanitarias" (37).

En el mismo sentido se pronuncia el R.D por el que se aprueba el traspaso de servicios del INSALUD a la Junta de Andalucía(38).

Unidad patrimonial y diversidad en la adscripción funcional, son los principios que informan el régimen de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social. Esta orientación tiene su antecedente inmediato en el Decreto-Ley de 1.978, que —al definir los organismos gestores de la Seguridad Social— dejaba a salvo los "principios de solidaridad financiera y unidad de Caja"; y, más adelante indicaba que los centros sanitarios y asistenciales de la Seguridad Social "podrán ser gestionados y administrados por las Entidades Locales"(39). Señalaba entonces una solución hoy adoptada —al menos formalmente— en nuestra Ley General de Sanidad —en proyecto—, de consolidar un modelo sanitario integral, separado funcionalmente del de Seguridad Social, sin perjuicio de la coordinación interna y general o supracomunitaria.

(37) Citada en nota (13).

(38) R.D. 400/1.984, 22.II(BOE 29.II), Anexo I §.2, de traspaso a la C.A. de Andalucía de las funciones y servicios del INSALUD.

(39) Art. 2.2. R.D.-Ley 36/1.978,16.XI, citado en nota (27).

Sin embargo, esto no ocurre en la Ley General de Sanidad —en proyecto— respecto de aquellas autonomías que no hayan asumido competencias sobre Seguridad Social.

La Ley habla de Comunidades que "no cuenten con competencias suficientes en materia de Sanidad" y se les fuerza a celebrar convenios con el Estado para "conseguir un funcionamiento integrado de los servicios sanitarios". Esta modalización de competencias sanitarias, nos parece bastante cuestionable desde el punto de vista constitucional por varias razones:

1º Desde 1.978 la asistencia sanitaria ha tendido a ser integrada progresivamente dentro de las funciones estatales y bajo su responsabilidad directa.

2º Las Comunidades Autónomas con competencias sobre la Seguridad Social han asumido de modo pleno las funciones asistenciales. Los establecimientos del INSALUD, man tienen su titularidad patrimonial única a nombre de la Tesorería general, pero adscritos funcionalmente a los servicios sanitarios de las respectivas autonomías.

3º Las Comunidades Autónomas sin competencias sobre la Seguridad Social —la mayoría— se ven privadas por ese título de la plenitud de sus competencias sanitarias según el modelo, las bases, definido por el legislador, lo que —por ahora— es de dudosa legalidad.

Cabría sugerir que esa adscripción funcional de los servicios del INSALUD debería generalizarse a todas las Comunidades Autónomas, sin perjuicio del régimen transitorio que debe prever la ley de Seguridad Social para la definitiva transmisión —a título oneroso— a las Comunidades Autónomas o al Estado de todos los bienes patrimoniales del INSALUD.

Al quedar integrados los Servicios del INSALUD dentro del Sistema Sanitario, entendemos que, a estos efectos, las Comunidades Autónomas deberían recibir los correspondientes trasposos para que puedan ejercitar de modo pleno sus competencias sanitarias dentro de unas bases que integran la asistencia en el bloque de la sanidad pública. Esto se produce, sin otra limitación que la de respetar la unidad patrimonial, en las Comunidades que hayan asumido competencias sobre la Seguridad Social, en virtud de las disposiciones de la Ley General de Sanidad, en proyecto. En cambio, para la mayoría de ellas, al carecer, de "competencias suficientes (sic) en materia de Sanidad para adaptar plenamente el funcionamiento de sus Servicios de Salud a lo establecido en la presente ley, el Estado celebrará con aquellas acuerdos y convenios para la implantación paulatina de lo establecido en la misma y para conseguir un funcionamiento integrado de los servicios

Sanitarios" (40). Con ello, se puede estar pretendiendo la progresiva incorporación a esas tareas, pero desde nuestro punto de vista es una cláusula excesivamente genérica que no garantiza a las Comunidades unos plazos para la **asunción de las** plenas competencias sanitarias que, por otra parte, se recortan en virtud de otro título distinto al propiamente sanitario. A la vez, en un modelo de Sanidad integral, las competencias que asumen todas la autonomías lo hacen en el marco de la legislación básica; por ello, sin más limitaciones que las que se desprenden de las bases en el marco de sus respectivos Estatutos; que en ningún caso, señalan límites distintos **a los que** puedan derivarse de las bases y del Sistema de Seguridad Social. Por otra parte, tan peculiar técnica de tutela supone un retroceso con respecto a las previsiones del Decreto-Ley de 1.978.

1.5. Otros títulos competenciales que pueden incidir en el reparto de las funciones sanitarias.

Los principales títulos que pueden modificar el régimen de distribución de competencias están relacionados con el comercio interior y exterior y la intervención de los productos comerciales en virtud del principio de li-

(40) Disposición adicional 4ª del Proyecto de Ley General de Sanidad, citada en nota (13).

bre circulación de bienes en todo el territorio, que reclama, en muchos de esos casos la unidad normativa. El principio de libre circulación, como hemos visto, también juega a favor de los ámbitos de autonomía en cuanto exige el reconocimiento de efectos generales a los actos que dentro de sus propias competencias realicen las Comunidades Autónomas.

1. La legislación mercantil que, por estar al servicio de la libre circulación de bienes, es competencia exclusiva del Estado; es uno de los títulos que puede justificar la reserva de competencias a favor del Estado sobre el régimen general de intervención de los bienes para que sean comunes en todo el territorio nacional. La responsabilidad civil por daños, y si habría de constituirse un seguro y condiciones, es otro ejemplo de una materia que aunque tenga por objeto la reparación de los daños a las personas exige una regulación uniforme que evite una desigual incidencia en el régimen de precios que no quiebre la unidad del mercado. Dentro de los productos farmacéuticos, la legislación sobre patentes es otro ejemplo de la relación legislación mercantil-legislación farmacéutica, aunque en este caso su incidencia en el sistema de distribución de competencias sea nulo, por coincidir con el que se establece para los productos farmacéuticos; en ambos, la legislación ha de ser uniforme para todo el territorio

nacional. El comercio exterior (41) y las competencias estatales sobre la economía y, en especial la planificación (42) tienen indudables efectos en el sistema de reparto de responsabilidades.

2. La legislación penal, una y única, incide también notablemente en la sanidad. Los delitos contra la salud pública que se remiten a la regulación de concretos aspectos sanitarios: alimentación aditivos, medicamentos, drogas tóxicas, estupefacientes, etc., requieren -para que no quiebre el principio de legalidad- que el supuesto de hecho a que se remiten esos preceptos -infracciones administrativas- sean comunes para todos los españoles, aunque de aquí no cabe deducir que todos y ca da uno de los tipos delictuales pueden justificar reservas en favor del Estado; sí, con matices, cuando afecta a productos comerciales.

3. Las bases sobre el régimen jurídico de las Administraciones públicas, régimen estatutario de los funcionarios y garantía de un tratamiento común a los administrados y el régimen de responsabilidades de las Administraciones públicas, han de ser respetadas por las Comunidades al definir sus propios modelos y políticas sanitarias.

(41) Art. 149.1.10º de la Constitución

(42) Art. 149.1.13 de la Constitución.

4: Las relaciones internacionales y la garantía del Estado en el cumplimiento de lo acordado en los tratados o convenios internacionales, y en especial la garantía del cumplimiento del Derecho derivado de la C.E.E., a los que hemos prestado antes especial atención, no inciden, a nuestro juicio, en el régimen de competencias, aunque reduzca la potestad normativa en algunos casos y potencie las facultades estatales de coordinación y supervisión.

5. Como hemos visto, dentro del marco constitucional de la sanidad, la actuación sanitaria puede afectar a los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 15-29) que gozan de reserva de Ley Orgánica y que han de regir de modo uniforme en todo el territorio. Esas actuaciones sólo podrán realizarse en el marco de la legislación (Ley Orgánica) estatal. Los derechos que pueden afectar al régimen de competencias sanitarias son, principalmente, el derecho a la vida y a la integridad física, en relación, por ejemplo, con el transplante de órganos, el derecho a la libertad ideológica y libertad personal (arts. 15, 16 y 17) (43).

Estos son los principales títulos que concurren y que

(43) El artículo 81 de la Constitución expresa que son Leyes Orgánicas, entre otras, las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas.

conjuntamente con la sanidad exterior, Seguridad pública y Seguridad Social señalan el marco dentro del cual se han de definir las bases y ejercitar las competencias comunitarias. Ninguno de ellos puede llegar a vaciar de contenido las responsabilidades asumidas por los poderes autonómicos; y, a su vez, la "exclusividad" de esos poderes autonómicos se relativiza en función de las continuas interferencias entre unas y otras instancias. Esta mutua interrelación de materias e instancias reclama, como ya hemos dicho, el principio cooperativo que se explicita en la coordinación general de la sanidad encomendada al Estado. El juego de todos esos títulos y principios es diverso en cada función sanitaria; aunque reclame —en ocasiones— la reserva estatal, ésta se habrá de reducir al mínimo imprescindible. Y, además, en algunos casos, juega en favor de los ámbitos autonómicos, como en el caso de las razones de urgencia (antes vistas en relación con la Seguridad pública) y en el de los efectos generales de los actos de las Administraciones autonómicas (en relación con la unidad de mercado, por ejemplo).

2. Competencias de las Comunidades Autónomas.

2. 1. El Estatuto de Autonomía como título de legitimación.

El Título VIII de la Constitución, en sus artículos 148, 149 y 151 establecen el sistema general de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. De entre ellos el artículo 149 desempeña el papel central al señalar las competencias que le corresponden al Estado; en sus apartados primero y segundo se definen los criterios para la delimitación de los ámbitos respectivos y son título de atribución de las competencias estatales. El apartado tercero, como cláusula de cierre, establece la supletoriedad de la legislación estatal respecto a la autonómica y las competencias residuales que no hayan asumido expresamente las Comunidades Autónomas.

Los artículos citados no constituyen, en cambio, título atributivo para las Autonomías. Tan sólo delimitan un marco general y se remiten a los concretos Estatutos de Autonomía, que son el instrumento por el que se asumen las competencias. Como ley estatal (orgánica) y ley constitutiva de la Comunidad Autónoma obliga tanto a los poderes públicos centrales como a los territoriales. Sin embargo, pese a tener la condición de título de atribución o legitimación, los Estatutos mantienen, como ley

estatal y ley autonómica, su vinculación con nuestro texto fundamental; de conformidad con el cual han de ser interpretados. A su vez, las concretas determinaciones estatutarias han de integrarse en ese marco constitucional y su sentido y alcance serán los más conformes a los principios definidos en la Constitución. Las demás leyes estatales, definidoras de ámbitos, no pueden contradecir el régimen estatutario, salvo las leyes de armonización a que se refiere el art. 150,3. Todas las normas estatales en las que se delimiten funciones entre el estado y las Comunidades autónomas deben ser interpretadas en el sentido más conforme a los ámbitos de autonomía establecidos por esa ley superior y constitutiva que son los Estatutos.

Los Decretos de traspaso de funciones y servicios, que recogen los acuerdos de las Comisiones Mixtas de transferencias, no tienen, por tanto, el carácter de norma de atribución. Su carácter negocial no puede prevalecer sobre los principios y normas constitucionales y estatutarias. Las competencias de cada instancia no tienen carácter dispositivo; son de derecho necesario y, por tanto, irrenunciables. Dichas normas ejecutan las previsiones recogidas en los Estatutos y a ellos sirven. Sin embargo, tienen indudable valor interpretativo y su contenido es de gran ayuda para determinar el contenido de las concretas funciones atribuidas al Estado y a las Comunidada

des Autónomas. Junto a los Estatutos pueden existir normas estatales de transferencia o delegación de funciones que completan las atribuciones autonómicas y que han de ser aprobadas por Ley Orgánica.

2.2. La diferenciación de grados de autonomía inicial y sus consecuencias.

La Constitución prevé dos regímenes iniciales distintos de autonomía, el común o gradual del art. 148 que no agota los "techos competenciales" previstos en el art. 149. El art. 150 contempla una ulterior posibilidad de ampliación de competencias mediante delegaciones de materias "de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación".

El régimen común de autonomía inicial tiene como límite la lista de competencias que recoge el art. 148, 1. "transcurridos cinco años y mediante la reforma de sus Estatutos, las Comunidades Autónomas podrán ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el art. 149". Por tanto, las competencias que recojan los Estatutos se habrán de interpretar -cuando difieran de las explícitas declaraciones del art. 148- en el sentido más conforme a su validez, dentro de los límites que ese artículo señala. Esto nos ha llevado -recordemos- a interpretar la competencia normativa de coordinación hospitalaria

general incluida la de la Seguridad Social como la opción del legislador estatal por un determinado modelo sanitario.

El régimen definido en el art. 149, es el límite común, actual o potencial, para las competencias de las Comunidades Autónomas y en él se encuentran los criterios que necesariamente han de observarse por el Estado y Autonomías; y, de conformidad con ellas, deben interpretarse todas las normas, ya estatutarias o básicas.

2.3. Competencias sanitarias de las Comunidades Autónomas.

2.3.1. En la Constitución.

El art. 149, 1.162 de la Constitución reserva al Estado las competencias sobre sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos.

Fuera de esas estrictas reservas, las Comunidades que accedieron a su Autonomía por el procedimiento previsto en el art. 151 (autonomía inicial plena) pueden asumir en sus Estatutos el resto de las funciones sobre la sanidad: es decir, desarrollo normativo y ejecución de las bases estatales y ejecución de la legislación farmacéutica. Las Comunidades de autonomía progresiva recibirán sus competencias en sus Estatutos, en el marco del art. 148, 1; que en el nº 21 permite la asunción de competencias sobre

"sanidad e higiene"; términos que contemplan como hemos visto la misma realidad que la expresión "salud pública" aunque desde la perspectiva, diversa, de la actuación de los poderes públicos. Sin embargo, el art. 148, 1.21 no prevé la delimitación de competencias sanitarias fuera de las generales del art. 149.1, 16; es decir, los límites comunes a todas las autonomías.

Desde el punto de vista estrictamente sanitario, sin atender ahora a otros títulos competenciales que puedan concurrir, la Constitución no prevé diferentes ámbitos para unas u otras Comunidades, como no sea la imprevisión en el art. 148, 1.21 de la competencia sobre ejecución de la legislación del Estado en materia de productos farmacéuticos que, a priori, no pueden excluirse del campo sanitario; de hecho, esa cláusula sobre la legislación farmacéutica no es más que una excepción a la regla general que rige el reparto de competencias. En este concreto aspecto, todo dependerá de : si los estatutos distinguen -que en efecto distinguen-; y de las bases que defina el legislador estatal.

Esta igualdad de régimen para todos los entes autonómicos se refuerza si se tiene en cuenta que el art. 148, 1 establece algunas limitaciones a las competencias que puedan asumir las Comunidades y definen así diversos grados de competencia. Esto ocurre, por ejemplo, con el

medio ambiente. El art.149,1.23 reserva al Estado y permite asumir el resto a las Comunidades Autónomas "de primer grado", la competencia sobre "la legislación básica sobre protección del medio ambiente ,sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección". En cambio el art.148.1,9º permite asumir competencias sobre "gestión en materia de protección del medio ambiente". Competencias normativas, en su caso, de gestión, en otro. En materia de Régimen Local ocurre otro tanto: nada se establece en el art.149,1 salvo en el nº18, que trata de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas; el art.148.1,2º, en cambio, matiza las competencias sobre esta materia al decir que podrán asumir "las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las corporaciones locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre Régimen Local".

De esos dos ejemplos cabe deducir que cuando la Constitución ha querido señalar límites a la autonomía gradual, ha dejado expresa constancia. Cuando calla es por que no prevé graduación en su ámbito, sino plenitud desde el primer momento. Sin embargo, esta inicial igualdad de régimen sanitario puede verse modificado por los Estatutos a los cuales se remite la Constitución. Otras diferencias pueden también provenir de otros títulos distin-

tos al de la sanidad cuando predominen sobre él y determinen peculiares sistemas de repartos. Esto podría ocurrir por ejemplo, en el supuesto en que se mantuviera un sistema de sanidad en el que la mayor parte de la asistencia era prestada de modo directo, no sólo subvencionada, por la Seguridad Social, lo que parece va a cambiar en la nueva Ley General de Sanidad, hoy en proyecto.

2.3.2 En los Estatutos de Autonomía.

Los Estatutos de autonomía siguen en la definición de competencias sobre la sanidad en doble modelo, en relación con la vía de acceso a la autonomía. Siguen el modelo Vasco las Comunidades de Cataluña, Galicia, Andalucía, Valencia y Navarra (44). En cambio, siguen el modelo del Estatuto de Asturias (45) las Comunidades de Cantabria, La Rioja (46 y 47), Murcia (48), Aragón (49), Castilla-La Mancha (50), Canarias (51), Extremadura (52), Baleares (53),

-
- (44) citados en nota 7
 (45) LO 7/81, 30.VII (BOE 11.I.82)
 (46) LO 8/81, 30.XII (BOE 11.I.82)
 (48) LO 3/82, 4.VI (BOE 19.VI)
 (49) LO 4/82, 9.VI (BOE ")
 (50) LO 8/82, 10.VIII (BOE 16.VIII)
 (51) LO 9/82, 10.VIII (")
 (52) LO 10/82, 10.VIII (")
 (53) LO 1/83, 25.II (BOE 1.III)

Madrid (54) y Castilla y León (55). En todos ellos se asu-
men competencias de desarrollo normativo y ejecución de
la legislación básica del Estado.

A) Elementos diferenciales.

La Comunidades Autónomas de primer grado, que
siguen el modelo Vasco contienen todas ellas una referen-
cia expresa a la competencia sobre ordenación farmacéuti-
ca distinta de las que se le atribuyen sobre sanidad (56);
y añaden a esa, la de higiene dentro de la enumeración de
"competencias exclusivas" (57). Todos ellos recogen en un
artículo aparte la enumeración de las funciones precisas
que asumen. Así el Estatuto Vasco establece:

1. "Corresponde al País Vasco el desarrollo legis-
lativo y la ejecución de la legislación básica del Esta-
do en materia de sanidad interior".

2. (Define competencias sobre la Seguridad So-
cial que en el Estatuto de Navarra se encuentran en un art.
aparte).

3. "Corresponde también al País Vasco la ejecu-
ción de la legislación del Estado sobre productos farma-

(54) LO 3/83 de 25.II (BOE 1.III)

(55) LO 4/83 de 25.II (BOE 2.III)

(56) Arts. 10.15 (país Vasco), 9.19 (Cataluña) y 31.19 (Va-
lencia)

(57) Arts. 10.15 (país Vasco), 9.19 (Cataluña) y 31.11
(Valencia), el de Andalucí habla de sanidad e higiene (art.
13.21.

céuticos".

4. "La comunidad podrá organizar y administrar a tales fines, y dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de Sanidad y Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo".

(El Estatuto de Navarra recoge esta cláusula en el art. que dedica a la sanidad interior y lo reproduce en el que trata de la Seguridad Social).

5. "Los poderes públicos vascos ajustarán el ejercicio de las competencias que asuman en materia de sanidad y seguridad social a criterios de participación democrática de todos los interesados, así como de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales en los términos que la ley establezca" (No se recoge en el Estatuto de Navarra(58)).

(58) art.18.1 siguen el mismo esquema los demás Estatutos: Cataluña (art.17), Galicia (art.33), Andalucía (art.20), Valencia (art.38) y Navarra (art.53 para la sanidad y 54 para la seguridad social).

Los Estatutos de Autonomía gradual, que siguen el modelo del de Asturias, recogen la competencia de "Sanidad e higiene, dentro de las de desarrollo legislativo y ejecución, en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca" (59). Los Estatutos de Castilla-la Mancha y Castilla y León añaden dentro de la cláusula de "sanidad e higiene": "promoción, prevención y restauración de la salud" (60). En ninguno de ellos se recogen competencias actuales sobre "ordenación farmacéutica" aunque en algunos se contempla su futura asunción (61). Excepto los Estatutos de autonomía de Cantabria y Madrid, los demás recogen la competencia de "coordinación hospitalaria en general incluida la de la seguridad social" dentro de las de desarrollo normativo y ejecución "en el marco de la legislación básica y, en su caso, en los términos que la misma establezca" (62). No hacen mención expresa a la coordinación hospitalaria de la seguridad social los estatutos de La Rioja y el de Extremadura que recoge, en cambio inme-

(59) Arts. 11 g) Asturias, 23.3 Cantabria, 9.5 La Rioja, 11 f) Murcia, 36.1 Aragón, 32.3 Castilla-la Mancha, 32.7 Canarias, 8.6 Extremadura, 27.7 Madrid, 27.1 Castilla y León. Baleares sólo recoge esta competencia entre la lista de las exclusivas en el art. 10.12.

(60) citados en nota anterior. El de Extremadura art. 3.6, añade: "Centros sanitarios públicos".

(61) Arts. 13 f) Asturias, 13 n) Murcia, 16 f) Baleares y 29.13 Castilla y León.

(62) Arts. 11 j) Asturias, 11 k) Murcia, 36 I, e) Aragón, 32.3 Castilla La Mancha, 32.9 Canarias, 11.7 Baleares y 27, 2ª Castilla y León.

diatamente antes, la competencia -normativa- sobre "Centros sanitarios y hospitalarios públicos" (63).

Las principales diferencias entre los Estatutos de uno y otro grupo estaban:

1º. En la expresión -"y en su caso en los términos que la misma establezca"- con que se matizan las facultades de desarrollo de las normas básicas, que pueden dar a entender que en estos supuestos se quiere someter a las facultades a una mayor sujeción. Sin embargo, es difícil poder determinar qué tipo de sujeción ya que -en cualquier caso- han de permitirse los desarrollos normativos. En nuestra opinión, como consecuencia del concepto flexible de bases que nuestra jurisprudencia ha acuñado, es difícil que sea posible una mayor sujeción a las bases en unos casos que en otros.

2º La separación entre sanidad y ordenación farmacéutica tiene mayor relevancia en cuanto que los Estatutos del segundo grupo no comprenden en su ámbito el de la ejecución de las normas farmacéuticas estatales, lo que se manifiesta por las previsiones, que en algunos Estatutos se recogen, de futura asunción de esas funciones. En cualquier caso dependerá, la mayor o menor incidencia de este título,

(63) Arts. 9.9 La Rioja y 8.1.5 de Extremadura.

de lo que las bases reserven como legislación farmacéutica (de productos) al poder estatal.

3º La cláusula que reconoce a los Estatutos del primer grupo las facultades de autoorganización e inspección carecen de relevancia diferencial —desde la perspectiva estrictamente sanitaria— ya que es una de las funciones más primarias de la autonomía. En relación con la Seguridad social adquiere su pleno sentido; aunque este queda desvirtuado en el estatuto Navarro. También en este caso la efectiva diferenciación de regímenes dependerá del modelo sanitario por el que se opte.

4º Las funciones normativas de coordinación hospitalaria que se reconce a los Estatutos de Autonomía gradu al parecen subrayar el contenido sustancial de las competencias que se asumen y su verdadera finalidad se comprende en relación con la Seguridad Social, en el momento en que se aprueban los Estatutos: con un patrimonio asistencial propio y distinto del estatal. La intención de la norma parece ser —como ya hemos dicho— la de apoyar un modelo de sanidad integral propio y separado del sistema de Seguridad social. No era precisa su explicitación para los Estatutos del primer grupo pues en ese caso, las Comunidades asumían, también, competencias en materia de seguridad social. Los Estatutos del grupo 2º en cambio, a excepción

del de Baleares (64), no asumen competencias alguna sobre la seguridad social, aunque algunos lo prevean para el futuro (65). Como en otros supuestos, las bases son en este punto decisivas.

52 El principio de participación expresado en los Estatutos que siguen el modelo vasco, salvo el caso de Navarra, tan sólo explicita un criterio organizativo que habrá de informar la legislación y administración autonómica, y tampoco establece diferencias sustanciales.

B) Elementos comunes.

De igual forma que en la Constitución, los Estatutos de autonomía no establecen regímenes de autonomía diferente para unas y otras Comunidades. Salvo en materias de productos farmacéuticos, las diferencias son de matiz por su relación con la seguridad social. Por esta razón unos Estatutos insisten en recoger mayores detalles sobre la inclusión, dentro de la sanidad, de las funciones asistenciales que se explican mucho más en los de Castilla-la Mancha, Castilla y León, mientras que en los otros se omiten esas referencias por innecesarias.

(64) El art. 12.5 atribuye a Baleares la competencia (de ejecución) de los servicios de la Seguridad Social y gestión de su régimen económico.

(65) Arts. 13.1 h) Asturias, 25.1 Cantabria, 11.1 g) La Rioja, 13.1 ll) Murcia, 37.1 c) Aragón, 35.1 i) Castilla la "ancha, 34 B) 3 Canarias, 10.1k) Extremadura y 29.12 de Castilla y León.

Por ello, todas las Comunidades tienen, constitucional y estatutariamente, unos mismos ámbitos de competencias sanitarias a excepción de las funciones ejecutivas de la legislación sobre productos farmacéuticos: Todos ellos poseen potestades normativas y ejecutivas plenas en el marco de la legislación básica del Estado y comprenden entre sus responsabilidades las de asistencia sanitaria (promoción, prevención, curación y rehabilitación). El Estado posee para todas ellas las mismas facultades de legislación básica, con algunas reservas reglamentarias y excepcionalmente ejecutivas, además de la ejecución en las autonomías de segundo grado de las normas sobre productos farmacéuticos, el ejercicio de la alta inspección, junto a la coordinación general de la sanidad.

2.4. Competencias estatutarias conexas con la sanidad interior.

1. Defensa de los consumidores y usuarios. Tienen atribuciones de competencias normativas las Comunidades del primer grupo y Aragón (66); las demás tan sólo tienen funciones ejecutivas de la legislación del Estado (67).

(66) Arts. 10.22 País Vasco, 12.5 Cataluña, 30.4 Galicia, 18.6 Andalucía, 34.5 Valencia, 36 c) Asturias, 34.5 Valencia, 12 c) Aragón, y 56.1 d) Navarra.
 (67) Arts. 24 d) Cantabria, 10.4 La Rioja, 12.1 c) Murcia, 32.2 Castilla-La Mancha, 33 c) Canarias, 9.4 Extremadura, 12.6 Baleares, 28.4 Madrid y 28.4 Castilla y León.

Este título no tiene incidencia alguna ante la materia sanitaria, pues la generalidad de aquel ha de ceder ante la especificidad de esta. Por ello, las facultades disciplinarias relativas a la protección de la salud tienen su marco dentro del sanitario que se revela más amplio que el de defensa de los consumidores y usuarios para las comunidades de segundo grado (excepto Aragón).

2. Corporaciones de derecho público. Colegios profesionales y ejercicio de profesiones tituladas. Las Comunidades con autonomía inicial plena, excepto Galicia, asumen competencias normativas sobre "Colegios profesionales y ejercicio de profesiones tituladas" dentro de los principios del artículo 36 y 139 (libertad de circulación y establecimiento de las personas en todo el territorio nacional) de la Constitución (68). El art. 36 establece (dentro del Cap. III del Título I, que trata de los principios rectores de política social y económica) :

"La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas".

La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la LOAPA se pronunció sobre la reserva de la ley a que se

(68) Arts. 10.22 País Vasco, 9.23 Cataluña, 13.24 Andalucía, 31.22 Valencia y 44.26 Navarra.

refiere el artículo 36, respecto a los Colegios profesionales, pues aunque, en principio, la reserva de ley ordinaria no exige que esta sea estatal, "la remisión a tales preceptos -hecha en los Estatutos- permite entender que la ley a que se refiere el artículo 36 ha de ser estatal en cuanto a la fijación de los criterios básicos en materia de organización y competencia".(69). Aunque para nada se refiere al ejercicio de las profesiones tituladas, pensamos que ha de hacerse extensible a él por existir identidad de razón, lo que queda subrayado por la remisión estatutaria al artículo 139. Este punto tienen especial interés para la sanidad en relación con el establecimiento de oficinas de farmacia que ha sido tratado en una muy difundida sentencia del Tribunal Constitucional (70). Los Estatutos de Autonomía de Aragón, Canarias, Extremadura y Baleares, prevén la futura asunción de estas funciones (71).

Los Estatutos de Galicia, Castilla-La Mancha y Madrid (72) recogen la competencia genérica sobre "Corporaciones de Derecho Público", de modo expreso en un caso, en el de Galicia mediante ejemplificaciones y remisión

(69) STC 76/1983, 5. VIII (BOE18,VIII), en los R.P.I. 311, 313, 314, 315.y 316, contra el proyecto de LOAPA, FJ 26.

(70) STC 83/1984, 24.VII (BOE,24VIII) dictada en la C.I. 80/1983, en relación con el párrafo 9 de la Base XVI de la Ley de 25.XI.1984 de Bases de Sanidad Nacional.

(71) Arts. 37.1 f) (Aragón), 34 A).8 (Canarias), 10.1.h (Extremadura) y 16.1.g) (Baleares).

a otras de naturaleza equivalente y la asumen en el marco del artículo 149 (73). El de Castilla y León contempla la posibilidad de recibirla mediante Ley Orgánica de transferencia pasados cinco años desde la aprobación del Estatuto (74).

3. Fundaciones y asociaciones benéfico-asistenciales.

Recogen esta competencia los Estatutos del País Vasco (art. 10.13), Cataluña (art. 9.24), Andalucía (art. 13.25), Valencia (art. 31.23), Navarra (art. 44.19), Canarias (art. 29.7), Extremadura (art. 10c). Salvo el último citado, los demás establecen que ejercerán esa competencia sobre las instituciones que "desarrollen principalmente sus funciones" en el territorio de la respectiva Comunidad con lo que se reconoce expresamente la extraterritorialidad.

4. Medio ambiente.

Todos los Estatutos de Autonomía de primer grado asumen competencias de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica en materia de protección del medio ambiente y ecología sin perjuicio de las facultades autonómicas de establecer normas adicionales de protección (75). Este mismo régimen se contempla para Baleares (76).

(72) Arts. 32.7. (Castilla-La Mancha), 28.6 (Madrid).

(73) Art. 27. 29.

(74) Art. 29.1.17.

(75) Arts. 11.1a) (País Vasco), 10.1.6 (Cataluña), 27.30 (Galicia), 15.1.7. (Andalucía), 32.1.6 (Valencia), 57. c) (Navarra).

(76) Art. 11.5

Madrid asume competencias para dictar normas adicionales y de ejecución de la legislación del Estado sobre medio ambiente (77).

Estos son los principales títulos que, junto con el de Seguridad Social pueden ampliar o restringir, en algunos casos, los ámbitos autonómicos. Entre ellos, el más relevante es el de la competencia sobre los Colegios profesionales y ejercicio de las profesiones tituladas. Sin embargo, en la práctica no configura regímenes sanitarios distintos; y las diferencias siguen siendo de matiz; lo que se confirma en todos y cada uno de los Reales Decretos de transferencias o traspasos.

(77) Art. 27.10.

III. Distribución de competencias sanitarias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

1. Recapitulación y plan a seguir.

Las definiciones de competencias en la Constitución y Estatutos de autonomía estudiados puede resumirse así:

1. Competencias normativas:

a) Del Estado: Sanidad exterior (competencia integral); legislación básica de la sanidad interior; legislación farmacéutica.

b) De las Comunidades autónomas desarrollo legislativo de las bases de la sanidad nacional.

2. Competencias ejecutivas:

a) Del Estado: sanidad exterior, e interior en lo que exceda del ámbito de las respectivas Comunidades Autónomas, así como en aquellos supuestos en que pueda verse afectada la seguridad pública (excepcionalidad). Competencia residual de ejecución en las Comunidades Autónomas que no hayan asumido funciones sobre medicamentos;

b) De las Comunidades Autónomas: Ejecución de su propia legislación dictada en el marco de las bases de la sanidad nacional, y de la legislación estatal sobre pro-

(78) Sobre la distribución de competencias sanitarias en general, cfr.: BORRAJO DACRUZ, Efren: "Distribución de las competencias entre el poder central y los poderes territoriales en materia de sanidad y Seguridad Social". Revista de Derecho Público, Año VI, (segunda época) 3 y 4, pp. 453-472. (1980). Que señala la líneas generales de distribución de dichas competencias. I. CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. "Conclusiones

ductos y especialidades farmacéuticas, en su caso.

3. Otras competencias:

a) Del Estado: Coordinación general y alta inspección

b) De las Comunidades Autónomas: Organización y coordinación sanitaria en el territorio respectivo.

En este apartado vamos a referirnos a las competencias del Estado y Comunidades Autónomas en cada una de las materias en las que incide la función de tutela de la salud pública, conferida a los poderes públicos, tal y como hemos adelantado al tratar del marco constitucional. Para

de la III Comisión", Revista de la Seguridad Social, 3, 191-193 (1980). De modo especial, Conclusiones 4ª, 5ª, 8ª y 9ª. FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R. "El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas" Revista de Estudios de la vida local, 201, 9 y ss. (1979). En las páginas 20-21 trata de la distribución de las sanitarias, concepto de bases y coordinación. FERNANDEZ PASTRAN, J.N. "El servicio público de la sanidad: el marco constitucional". Madrid 1984, 158 pp. Dedicado el apartado VI (pp. 103-158) al estudio de la "distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas", centrándose en la Constitución, Estatutos de Autonomía y las dos sentencias que hemos citado (32/83 y 42/83). Bastante descriptivo y presta especial atención a los conceptos generales de base y coordinación. MARTIN MATEO, R. "Ordenación farmacéutica, medicamentos y productos sanitarios". En "Jornadas técnicas sobre la sanidad y seguridad social", pp. 169-202. Barcelona 1984. MUÑOZ MACHADO, S. "Las bases de la sanidad". En "Jornadas técnicas sobre sanidad y seguridad social", pp. 5-43. Barcelona 1984. Cfr. también MUÑOZ MACHADO, S. "Derecho Público de las Comunidades Autónomas", vol I, 564-574. 1982. NAVARRO GARCIA, R. "Estudio crítico de la Constitución desde el punto de vista sanitario. Revista de Sanidad e Higiene Pública, 57, 325-328 (1983). YUSTE GRIJALVA, F. J. "La salud en la Constitución española y en los Estatutos de Autonomía de sus nacionalidades y regiones". Revista de Sanidad e Higiene Pública, 52, 277-303. 1983.

ello, tendremos en cuenta, además de las definiciones ya estudiadas, la jurisprudencia constitucional que ya es abundante y los Decretos de transferencia y traspaso de funciones y servicios, que aunque no pueden modificar el régimen definido por la Constitución y los Estatutos, son un medio de gran utilidad hermenéutica. Tiene también mucha importancia el Decreto Coordinación y Planificación sanitaria de 27. XI. 1981, sobre el que han recaído dos sentencias constitucionales y que ha servido de base para la elaboración del proyecto de Ley General de Sanidad (79).

Para estudiar la distribución de las funciones sanitarias entre los diversos poderes, vamos a seguir -en líneas generales- el esquema que propusimos dentro del marco constitucional, al definir el contenido de la sanidad pública que integre funciones asistenciales. Para mayor claridad en la exposición, comenzaremos -dentro de los cometidos de salud pública strictu sensu- con el estudio de las funciones sobre las actividades sanitarias. Dijimos en otro momento que las funciones de salud pública se caracterizan por su fin: protección de la salud de la colectividad, más que por los medios o una naturaleza PRO

(79) Proyecto de Ley General de Sanidad, aprobado por el Congreso de los Diputados. "Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados", nº 145. III, 20.XI.1985.

pia de las actividades intervenidas. En el caso de las responsabilidades sanitarias el fin que se persigue con su ordenación y su naturaleza coinciden. Dentro de ese grupo destaca el de las competencias en materia de productos farmacéuticos que, por la técnica de distribución de cometido y por su conexión con la competencia estatal sobre las bases presenta algunas peculiaridades respecto al régimen general estudiado (técnica de separación entre facultades normativas y ejecutivas), y sus principios pueden ser de aplicación a otras materias distintas a las estrictamente incluidas dentro del concepto "productos farmacéuticos. A continuación trataremos de la Higiene alimentaria y sobre Sanidad ambiental.

Las responsabilidades sobre "productos farmacéuticos" y sanidad alimentaria —por su intensa relación con la libre circulación de los bienes y la necesidad de peculiares medidas de coordinación, que eviten el vaciamiento de los cometidos autonómicos— ocupará, en gran parte, nuestra atención dentro de este apartado.

Respecto a la coordinación general de la sanidad y a la alta inspección, con aplicables los principios ya expuestos en los Capítulos III y II, respectivamente, junto con las especialidades estudiadas en el marco constitucional de la sanidad (Capítulo V), y las que trataremos en este apartado en relación con los temas centrales.

2. Competencias sobre actividades sanitarias.

2.1. Productos farmacéuticos: libre circulación de los bienes y "discrecionalidad técnica".

2.1.1. Integración en las bases de la Sanidad interior.

La Constitución atribuye al Estado la legislación sobre productos farmacéuticos como excepción al régimen general de la sanidad. Permite, a su vez, que las Comunidades Autónomas asuman en sus Estatutos las competencias ejecutivas, aunque no todos la hayan recogido expresamente. Como ya estudiamos, la legislación atribuida al Estado en su integridad comprende también la facultad reglamentaria, pues lo que se persigue con esta técnica es garantizar la unidad en la aplicación de la ley. A diferencia de lo que sucede en el sistema de bases-desarrollos normativos, en estos supuestos el constituyente ha previsto la existencia de autonomía en la ejecución, lo que excluye -en principio- las reservas estatales de facultades ejecutivas. Al definir las bases, en cambio, puede el legislador estatal -al valorar los intereses generales- prever en favor de los poderes estatales desarrollos normativos en aquellos casos en que sea preciso para mantener la unidad del sistema.

El Tribunal Constitucional ha declarado en varias Sentencias que a pesar del carácter normativo de la competencia estatal para definir las bases -por lo que corres-

de su ejercicio al legislador-, existen algunos casos en que el Gobierno puede hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Real Decreto y de modo complementario algunos aspectos básicos de una materia determinada"; cuando ciertas decisiones y actuaciones de tipo coyuntural, que tienen por objeto la regulación inmediata de materias concretas por su contenido, "pero no necesariamente generales en cuanto a su ámbito territorial de eficacia, son inseparables de otras medidas de ordenación normativa y deben ser incluidas en el concepto de bases de competencia estatal" (80). En una sentencia reciente se añade respecto a las leyes postconstitucionales que:

"... existen supuestos en los que la ley puede remitir al Reglamento para regular aspectos básicos que completen el contenido de la misma; y que tal habilitación al Gobierno quedaría justificada si la materia por su carácter marcadamente técnico es más propia del Reglamento que de la Ley (STC 76/1983, F.J. 24...)". La regulación reglamentaria, pues, de materias básicas, por parte del Gobierno, resultaría acorde con la Constitución si:

- a) resultara de una habilitación legal;
- b) "su rango reglamentario viniera justificado por

(80) STC 77/1985, 27.VI (BOE. 17.VII), en el R.P.I. 180/1984 contra la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación, F.J. 16.2.

tratarse de materia cuya naturaleza exigiera un tratamiento para el que las normas legales resultaran inadecuadas por sus mismas características"(81).

Pero junto a las remisiones reglamentarias -verdaderas reservas normativas- se admite que las bases atribuyan a la Administración Central facultades meramente ejecutivas en la medida indispensable para la consecución de la unidad en lo básico. Como vimos en su momento, una de las causas legitimadoras de esa reserva era la necesidad intrínseca de la materia básica de mantener a favor del Estado amplias facultades discrecionales, márgenes de actuación más extensos. Otra de las causas era la de la extraterritorialidad que --con los matices que vimos-- puede justificar en algún caso la atribución del Estado de ciertas facultades ejecutivas.

Todas esas reservas -límites a los ámbitos de actuación autonómica- tienen su justificación en la necesidad de preservar la unidad jurídica y económica en todo el territorio nacional. Esa unidad exige, a veces, por imperativo constitucional o derivado de una regulación básica, la unicidad en la aplicación de la ley e, incluso cuando sea precisa, la unidad en la ejecución. Sin embargo, esa unidad nunca puede llegar a vaciar de contenido la autonomía ejecutiva prevista en la Constitución y asumida en los Estatutos. Sólo se justifican esas reservas puntuales

(81) Ibid.

en la necesidad de preservar la unidad del sistema; sólo en aquellos supuestos en que la actuación diversa podría perjudicar los intereses generales. Fuera de esos casos, las Comunidades Autónomas deben ejercer sus responsabilidades de modo pleno, por voluntad constitucional y estatutaria.

El sentido de la reserva estatal sobre la legislación farmacéutica ha de encontrarse dentro del régimen general de la sanidad interior, en su marco, y es en relación con ella como se alcanza a comprender su finalidad, por encima de interpretaciones meramente literales. Con las bases se persigue garantizar un común denominador normativo que permita la integración de la diversidad en la unidad. Cuando el legislador estatal los define —eligiendo alguna de las opciones constitucionalmente admitidas— según su peculiar interpretación de los intereses generales, puede, en algunos casos, reservarse concretas funciones reglamentarias o ejecutivas que ni la Constitución prevé, ni, por tanto, tienen carácter necesario e inmutable. En unas circunstancias concretas (políticas, sociales, económicas, etc.) se estima la conveniencia de dichas reservas y, pasado el tiempo, por cambio de alguna de ellas pueden desaparecer. Sin embargo, cuando el constituyente añade matizaciones a las bases, limitando las facultades normativas de los poderes territoriales, está po-

niendo de manifiesto la necesidad de mantener una cierta uniformidad en parte de ese sector que contempla. Estas matizaciones, a mi modo de ver, trascienden su propia literalidad, y señalan unas orientaciones y principios: siempre que exista identidad de razón han de ser seguidas y observadas.

Con independencia de lo que se entienda por productos farmacéuticos, lo importante será deducir de esa regla los principios constitucionales que se persiguen. Es preciso investigar el mejor modo de llevarlos a efecto. Por este motivo, a nuestro juicio es desacertada la inclusión de competencias específicas sobre ordenación farmacéutica al margen de las sanitarias que forman un bloque unitario, regido por iguales principios. Era suficiente la expresa constancia en el artículo 149.1.16º. La unicidad legislativa quedaba garantizada suficientemente con la cláusula de bases de la sanidad interior-legislación farmacéutica (como un todo), sin necesidad de introducir nuevas distinciones en los Estatutos. De este modo se han establecido diferencias innecesarias -distorsionadoras- entre unas y otras Comunidades Autónomas. Sin embargo, este no es un obstáculo insalvable para diseñar un modelo sanitario común, en el que -también en materia farmacéutica- el poder estatal diseñe un marco (ejercite funciones principalmente normativas y algunas reglamentarias e incluso ejecuti-

vas), dentro del cual cada Comunidad desarrolle su propia política sanitaria y siempre —en la medida que sea posible— ejercite las funciones ejecutivas que el Estado no debe, sino excepcionalmente, desempeñar.

A través de las bases, dentro de las cuales se entronca la legislación farmacéutica, pueden realizarse nuevas redistribuciones sin que sea precisa la formal transferencia mediante Ley Orgánica. El carácter delimitador de ámbitos que tienen las normas básicas permite hacerlo: al incluirse el régimen de los productos farmacéuticos dentro del concepto de sanidad interior que todas las autonomías han asumido. La diversidad de formulaciones no impide la igualdad en el reparto de competencias. A reserva de lo que las bases decidan, en fin, entendemos que las funciones ejecutivas de la legislación farmacéutica se incluyen en el concepto de "sanidad e higiene", o de "sanidad interior"; y no es preciso que esa concreta facultad haya de ser transferida.

La reserva estatal de la legislación sobre productos farmacéuticos responde al principio de la libre circulación de los productos, unidad de mercado. Estos mismos principios han apoyado varias decisiones del Tribunal Constitucional que declararon básicas la reglamentaciones sobre productos alimentarios; a ellas tendremos ocasión de referirnos más adelante. Para evitar que existan ba-

rreras a la libre circulación de bienes en el territorio nacional es necesario que el régimen de autorización de productos comerciales sea común a todo el territorio nacional; sin perjuicio de la facultad de las Comunidades Autónomas para reglamentar determinados productos en el marco de las bases normativas.

Con nuestra incorporación en el Mercado Común, este principio se acentúa en su relación con el comercio exterior. En materia de productos industriales la CEE está realizando grandes y progresivos esfuerzos para, en garantía de la libre circulación, unificar las legislaciones de sus Estados miembros (82).

La "discrecionalidad técnica" que, de igual modo que en materia de aditivos, es precisa para los "productos farmacéuticos" refuerza la necesidad de las reservas estatales y las limitaciones autonómicas en el ejercicio de sus facultades. Esto tiene su justificación en la especial naturaleza de los medicamentos que son a la vez productos de consumo y productos sanitarios que procuran la salud; son "productos vivos", cada uno en constante

(82) No obstante, por motivos sanitarios, la libre circulación de bienes queda en algunos casos derogada. Es la razón por la que el Mercado Común trata de unificar las normas sanitarias de los productos, así como sus garantías. ARNES CORELLANO, H. nos ofrece una interesante panorámica sobre el problema en una conferencia pronunciada en la Convención para la Industria Farmacéutica 1984, Madrid, octubre de 1984, 20 pp.

Cfr. también RAMBLAJOVANI, y LAS HERAS SANZ, "La aplicación en España de la legislación comunitaria en materia sanitaria en productos e instalaciones industriales." Do-

avance, sobre los que cabe una progresiva profundización acerca de sus efectos y aplicaciones. Su incidencia en la salud pública, de modo favorable, pero también, en algunas circunstancias, desfavorables; y la necesidad de distribuir equitativamente las cargas sociales que es un coste a veces inevitable del progreso de la ciencia farmacéutica, exigen un tratamiento unitario. Su carácter de producto intervenido, sometido a variables coordinadas de seguridad-eficacia -a diversas orientaciones de política sanitaria- reclaman una visión de conjunto lo más amplia posible, de la que, incluso el Estado, por sí mismo carece la mayor parte de las veces. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha fundamentado la reserva estatal de facultades reglamentarias en materia de alimentación -productos que "generen grave riesgo"- en el art. 149.1. punto primero en relación con el art. 43 de la Constitución: garantizar condiciones mínimas en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes constitucionales (83). La discrecionalidad técnica y la capacidad de generar riesgos para la salud pública justificarán, incluso, la reserva a favor del Estado de ciertas facultades ejecutivas, como la autorización y registro de determinados productos farmacéuticos. Esto es posible cumentación Administrativa, 201, 595-674 (1984).

(83) STC 32/1983, 28.IV (BOE 17V), F.J. 3 (artículo 2.1) dictada en los C P C 94 y 95/1982 promovidos por el Gobierno Vasco contra el Decreto de Coordinación y planificación sanitaria 2824/1981, 27.XI (BOE2.XII.81).

por la relación que en el artículo 149.1.16 existe entre bases—legislación farmacéutica y sobre el fundamento finalista que nos proporciona su interpretación en el marco constitucional.

La legislación mercantil, con el Derecho de la Propiedad Industrial, especialmente Derecho de Patentes, la legislación penal y política de precios (84), son títulos estatales conexos con los principales estudiados, que re-fuerzan este régimen unitario en todas aquellas materias en que —como ocurre con los "productos farmacéuticos"— existe identidad de razón (85). Por ello, como veremos, lo que se entiende por "productos farmacéuticos" carece de excesivo interés a la hora de diseñar el modelo de distribución de responsabilidades. Lo importante es fijar se en los principios que reclama.

Sin embargo, este régimen unitario no impone un sólo sistema de reparto de funciones ni excluye la participación comunitaria en la elaboración de las normas. Puede, incluso, hacerla aconsejable para favorecer la corresponsabilidad sobre la que se asienta el sistema autonómi-co.

(84) Art. 149.1. apartados 6,9,13.

(85) Cfr. art. 4.1 del Título Preliminar del Código Civil.

2.1.2. Relatividad del concepto de "productos farmacéuticos".

Ni de la Constitución ni de los Estatutos se des^upten de un concepto de "productos farmacéuticos". De la interpretación finalista de la cláusula, se deducen los principios que han de regir las materias a las que han de afectar ese sistema de distribución.

Con independencia de lo que se entienda por "productos farmacéuticos", lo decisivo es determinar los criterios constitucionales a los que sirven. Será preciso averiguar en cada caso el mejor medio de promover su efectividad sin perderse en innecesarias discusiones doctrinales sobre su concepto y sobre la naturaleza de los productos no comprendidos en sus límites. Así ha actuado el Tribunal Constitucional cuando no era posible deducir conceptos de los pronunciamientos de nuestra Ley Fundamental. Se evita de este modo restar flexibilidad a los criterios amplios —muchas veces conceptos jurídicos indeterminados— que nuestra Constitución establece permitiendo, dentro de sus límites, diversas opciones.

A falta de un concepto constitucional sobre "productos farmacéuticos", se ha de acudir a la legislación vigente, que lo estaba también al aprobarse a nuestra Ley Fundamental. A partir de ella y a la luz de las normas básicas, puede extraerse el concepto legal en el que funda-

mentar la distribución de funciones. Los avances de la ciencia farmacéutica, sus cambios de orientación, a veces impiden la congelación de los términos en conceptos siempre superados por una realidad cambiante. La utilización creciente de diversos productos biológicos, los avances en manipulación genética, los progresos en la utilización de productos humanos para fines medicinales, hacen imposible definir -a efectos de distribución de competencia- lo que es "producto farmacéutico" y corresponde regular íntegramente al Estado, de los que no tienen ese carácter y quedan bajo la responsabilidad de los poderes territoriales. Los trasplantes de órganos, las transfusiones de sangre, los implantes clínicos, etc., indudablemente quedan fuera del concepto al uso, de productos farmacéuticos y están comprendidos, en nuestra opinión, dentro del ámbito de esta reserva (86).

Lo importante será la finalidad que persiguen esos productos, y en principio: si el fin que pretende -lo consiga o no- es curativo (para diagnóstico, prevención, curación o mejoramiento), se integrará dentro del régimen de los "productos farmacéuticos"; si, aún tratándose de un producto que suele emplearse con esos fines, persigue

(86) Nos referimos a la reserva de la legislación a favor del Estado, no a la eventual retención de ciertas facultades ejecutivas a las que nos referiremos más adelante.

otros distintos, quedará fuera del ámbito de esa reserva. En este sentido se ha llegado a afirmar, sin duda con afán de relativizar la importancia del concepto, que "medicamento" - "producto farmacéutico" en nuestro caso- es todo lo que se dice serlo". Pese a su relatividad, pues lo importante es el fin, conviene dedicar alguna atención al concepto legal de "producto farmacéutico" para que sirva de punto de referencia, no con carácter absoluto.

Se entiende, en nuestra legislación vigente, por "productos farmacéuticos" las drogas de origen natural (animal, vegetal o mineral) así como sus derivados y las sustancias químicas o biológicas aunque sean producidas por síntesis, capaces previa la adecuada preparación farmacológica y debidamente dosificados, de transformarse en medicamentos (87). Esta definición no responde, a nuestro juicio, a la finalidad pretendida en nuestra Ley Fundamental que comprende un sentido diverso. Así, la Ley General de Sanidad, en proyecto, que no incluye concepto alguno sobre producto farmacéutico, somete al mismo régimen a los medicamentos de uso humano o veterinario y de los demás productos y artículos sanitarios y de aquellos otros que al afectar al ser humano puedan suponer un riesgo pa-

(87) Art. 11. del R.D. 2464/1963, de 10.VII (BOE 7.X.) que regula los laboratorios de especialidades farmacéuticas, registro, distribución y publicidad.

ra la salud de las personas"(88).

Más ajustada a la realidad constitucional -con todas las salvedades hechas- es la definición legal de Medicamento que recoge la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 1944; que entiende por tal a toda sustancia simple o compuesta preparada y dispuesta para su uso medicinal inmediato tanto si proceden del reino mineral, vegetal o animal, como si se trata de agentes biológicos o productos sintéticos tengan o no el carácter de especialidad, bien sean destinados a la medicina humana y veterinaria (89). El borrador de Anteproyecto de Ley del Medicamento recoge una definición análoga (90).

Uso medicinal inmediato y destino a la medicina humana y veterinaria son, a nuestro entender, los elementos que califican esta reserva estatal. Se incluyen dentro de su ámbito:

1. Las materia primas de uso exclusivo en la preparación de medicamentos y cuando se produzcan con ese fin, no cualquier producto químico que pueda entrar en su composición cuando se elaboren con otros objetivos (91)

(88) Proyecto de Ley General de Sanidad, citado en nota (79), art. 40.5, cfr. también art. 95.

(89) Base XVI, párrafo 5 de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de noviembre de 1944 (Diccionario de Legislación Aranzadi, edic. 1977, nº 27.017.

(90) Art. 2.1.4. borrador de Anteproyecto de Ley del Medicamento. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid 1985.

2. Las especialidades farmacéuticas entendidas como "todo medicamento, alimento medicamento, producto higiénico o desinfectante de composición conocida y denominación especial dispuesta en envase uniforme y precintado para la venta, al público y que haya sido inscrito en los registros farmacéuticos y autorizado su propietario para la preparación y venta" (92).

3. En principio también se ha de incluir dentro de este régimen el material o instrumental médico.

Quedarían fuera de esta reserva los envasados de cosmética y perfumería. Así se desprende de la vigente ley de 1944 (93).

El régimen de transfusiones, trasplantes y uso de productos humanos, debe ser, en nuestra opinión, semejante a los productos farmacéuticos, en cuanto elementos del derecho a la salud y protección de la integridad física, que ha de garantizar el Estado (Cfr. art. 149.1 primero).

2.1.3. Distribución de funciones entre el Estado y Comunidades.

2.1.3.1. Facultades normativas.

Como ya se ha dicho, la integridad de las facultades

(91) A este respecto Cfr. dictámen del Consejo de Estado, 8. VII.71. en Exp. 37556 en Recopilación de Doctrina Legal 70-71 nº 17 Madrid 1975.

(92) Art, 4 del D. 2464/63 citado en nota (87)

(93) Base XI/1 párrafo 14 Ley de Bases de Sanidad Nacional

normativas corresponden al Estado en lo que se refiere a los "productos farmacéuticos", y comprende la regulación sobre:

- a) Experimentación, autorización y registro de medicamentos;
- b) Fabricación y control de calidad;
- c) Comercialización y distribución;
- d) Formalidades legales a observar para su dispensación.
- e) Régimen disciplinario;
- f) Responsabilidad civil y sujeto responsable.

En conexión con estas materias cabe establecer requisitos generales y condiciones mínimas para los laboratorios, centros o establecimientos que los produzcan o importen, así como las que hayan de cumplir los almacenes distribuidores; y orientaciones generales sobre el régimen de dispensación en oficinas de farmacia, y si se admite o no la venta de determinados productos fuera de esos establecimientos.

Las materias conexas a las que nos acabamos de referir, son competencia estatal en la medida en que incidan en la legislación sobre "productos farmacéuticos", sin que quepa una interpretación extensiva del título al margen de la finalidad de la reserva: garantizar la libre circulación de bienes, unas condiciones sanitarias mínimas comunes a todos y la "seguridad y eficacia" de los medicamentos, además de su utilización adecuada. Junto a ello, por lo que se refiere a las "drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicas", verificar el cumplimiento de los Conve-

nios internacionales. Esas materias se encuadran dentro de las funciones públicas sobre "establecimientos sanitarios". En todo caso, las leyes que definan las bases, pueden reservar al Estado la integridad de la competencia de ordenación de los laboratorios farmacéuticos, o centros que los elaboren o importen. Lo que carecería de justificación, bajo nuestro punto de vista es que se hiciese extensivo a los almacenes y oficinas de farmacia; y, por lo tanto, las normas que lo reservasen no tendrían la condición de "norma básica", y se aplicaría como norma supletoria. Insistimos que todo ello sin perjuicio de algunas matizaciones que habremos de hacer al tratar de los establecimientos sanitarios.

Las Comunidades Autónomas carecen de competencias normativas —de innovación del ordenamiento farmacéutico— en lo que se refiere a las materias comprendidas dentro del concepto "productos farmacéuticos" y aquellas otras conexas que se precisan reglamentar para la efectividad de la legislación sobre productos farmacéuticos. La capacidad organizativa —para dictar reglamentos meramente organizativos— podrá ser ejercida en los términos y con los límites estudiados.

2.1.3.2. Facultades ejecutivas.

A) Autonomía de ejecución. Concretas derogaciones del principio general.

En principio, no habría inconveniente en admitir la

ejecución autonómica de las normas; es más, la Constitución prevé este sistema de reparto entre el poder central y los poderes territoriales. Sin embargo, como ya hemos dicho, cuando sea conveniente, dentro de un sistema sanitario concreto, la reserva de determinadas competencias ejecutivas, puede una ley —definidora de bases— reservar al Estado esas determinadas funciones. Esto sólo es posible a través de las bases de la sanidad, y el Tribunal Constitucional ha considerado que la ejecución estatal de determinadas funciones puede tener carácter básico. Sin embargo, en un sistema de autonomía de ejecución estas facultades sólo excepcionalmente pueden ser desempeñadas por la Administración Central. Las retenciones estarán justificadas cuando sean precisas para preservar los intereses generales, concretados en las bases, conforme a los principios constitucionalmente definidos. Entre ellos, el de la libre circulación de los bienes y protección de la salud garantizando la igualdad en las condiciones básicas, pueden hacer aconsejable la definición —como básicas— de ciertas funciones ejecutivas.

Esto ocurre con la autorización y registro de medicamentos, en los que la Administración sanitaria ha de verificar la "seguridad y eficacia", revisar periódicamente las licencias, establecer criterios coyunturales de acceso al Registro, señalar prioridades, etc. Para ello, se precisa una información lo más amplia posible de las necesidades sa

nitarias y de los diversos efectos de los medicamentos, de cada uno en particular y de todos en general. De acuerdo con esas informaciones, en relación con las directrices supranacionales, habrán de adoptarse las medidas convenientes sobre la política farmacéutica. Por la peculiaridad de su naturaleza, la Administración sanitaria precisa de amplios márgenes de discrecionalidad, dentro de lo admisible en un Estado de Derecho.

Sería perjudicial para el conjunto del Estado español que en cada Comunidad los criterios para la autorización de los fármacos fuesen diversos, lo que estaría propiciado por esos amplios márgenes de discrecionalidad que se precisan. Junto a la inseguridad que produciría a los solicitantes, podría provocar la ruptura del mercado farmacéutico y pondría en grave riesgo la salud pública. Sin que la única técnica posible sea la de la reserva, parece razonable la unidad de criterios en todo el territorio nacional, que facilite, además, su progresiva homogeneización con los vigentes en los demás Estados miembros de la CEE. Los esfuerzos del Mercado Común por ir consolidando un sistema de registro único de productos farmacéuticos avala la tesis de la centralización de los poderes de autorización. La prestación médico-farmacéutica con cargo a la Seguridad Social, es otro de los argumentos que fundamenta esta tesis. Hay que tener en cuenta, además, que las necesidades técnicas que en nuestro sistema existen para la evaluación de productos, difi-

cilmente podrían ser satisfechas por los laboratorios dependientes de cada Comunidad. Es mucho más adecuado al fin perseguido, la existencia de un sólo laboratorio de evaluación de los productos que vayan a ser lanzados al mercado farmacéutico, que asuma todas estas responsabilidades. Se logra así, una mayor economía de medios y la homogeneidad de criterios técnicos, que serán, de este modo, comunes para todos los medicamentos.

La "discrecionalidad técnica", y la mejor protección de la salud pública, son aquí los criterios dominantes que pueden justificar la reserva estatal de la autorización y registro de determinados productos farmacéuticos. Entre ellos, no cabe duda, se incluyen:

- a) las materias primas de las especialidades farmacéuticas;
- b) las especialidades farmacéuticas para uso humano o veterinario.

En estos supuestos, los criterios que hemos señalado como relevantes, rigen con carácter general, ya que el Estado no puede determinar acabadamente, mediante las normas, el régimen de cada producto, especialidad, o grupos de ellos, pues es una materia sometida a continuas variaciones; avances de la técnica, nuevos descubrimientos, modificación de los criterios sobre "seguridad y eficacia", etc. Cuando esos elementos variables sean previsibles y, por tanto, previamente determinables por la norma, esa reserva estatal puede ca

recer de justificación. Por su carácter excepcional, no debe generalizarse para supuestos distintos de los estrictamente necesarios, dentro de los amplios márgenes que permite la técnica de las bases, el principio de la seguridad jurídica exige que sean las normas las que definan las condiciones de autorización de los productos siempre que esto sea posible. En estos supuestos, en principio, el Estado carecería de título para ejercitar esas funciones. Tal es el caso de los denominados registros especiales.

b) Autorización y registro; inspección y sanción.

El Tribunal Constitucional ha admitido el carácter básico que puede tener la autorización y registro de las "drogas, productos estupefacientes, psicotrópicos o similares, especialidades farmacéuticas y sus materias primas y demás productos sometidos a registro farmacéutico, fito sanitario y zoosanitario y, en general, el material instrumental médico terapéutico o sanitario" (94).

Sin embargo, el que pueda ser básico, no quiere decir que tenga que serlo. El Tribunal en aquella ocasión no se pronunció sobre la cuestión de fondo sino en la medida estrictamente necesaria para apreciar si el Real Decreto de Coordinación sanitaria, en cuestión, estaba o no haciendo una definición de materias básicas con lo que, como se declaró, la norma sería nula por insuficiencia de rango. La sentencia evita un análisis más detallado de la cuestión para no adelantarse a los criterios del legislador y no condicionar, así, la posterior regulación. La Ley General de Sanidad, hoy en proyecto, ha acogido al pie de la letra las declaraciones jurisprudenciales -que sobre todo se centraron en la forma- sin introducir las

(94) STC 32/1.983, citada en nota (83), F.J. 3 (Artículo 2.5).

matizaciones y distinciones que hubieran sido deseables e introduce mayores generalizaciones que en su momento fueron cuestionados por el Tribunal. Así, en el artículo 40.5 define como competencia estatal: "La reglamentación, autorización y registro de homologación según proceda, la inspección y control de calidad de los medicamentos de uso humano y veterinario y de los demás productos y artículos sanitarios y de aquellos que al afectar al ser humano puedan suponer un riesgo para la salud de las personas" (95).

Ninguna objeción se puede hacer --según señaló el Tribunal Constitucional-- a la reserva de las facultades de autorización y registro de los productos señalados; aunque --como hemos dicho-- sea discutible la solución adoptada que no es la única posible, pues cabe --como veremos-- que las Comunidades Autónomas autoricen y registren aquellos productos en los que no sean precisos amplios márgenes de discrecionalidad, ni existan singulares riesgos. En cambio es de dudosa legalidad reservar al Estado las facultades de inspección y control de calidad que son de naturaleza ejecutiva y han de desempeñar las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias sobre "ordenación farmacéutica". De lo contrario, esas competencias quedarían vacías de contenido.

(95) Proyecto de Ley General de Sanidad citado en nota (79).

El Tribunal Constitucional declaró, al analizar el Decreto de Coordinación y Planificación sanitaria que: "Mayores dificultades interpretativas -a las que se presentaban al analizar las facultades de autorización y registro- plantean las competencias de "control e inspección" sobre los mismos productos, materiales y establecimientos, pues esta pretendida competencia estatal podría entrar con las competencias ejecutivas del País Vasco en materia de Sanidad o productos farmacéuticos" (96).

A continuación el Tribunal analizaba el problema en relación con otros títulos competenciales que podrían justificar el ejercicio estatal de las funciones controvertidas y declaraba: "Por otra parte, en concurrencia con el título competencial estatal del 149.1.16 de la Constitución sobre esta materia pueden darse otros, como es la competencia exclusiva y total del Estado sobre el comercio exterior (artículo 149.1.10 de la Constitución), o también la que con el mismo carácter le corresponde sobre "seguridad pública" (artículo 149.1.29 de la Constitución), de modo que cuando entren en juego estos títulos, el "control e inspección" serán competencias estatales a pesar de su naturaleza de competencias de ejecución, y cuando no concurren otros títulos competenciales estatales habrá que entender que el "control e inspección" sobre las materias

(96) STC 32/1.983, citada en nota (94), F.J. 3º (art. 2.5)

sanitarias o farmacéuticas incluidas son competencias de la Comunidad, amparadas por los artículos 18.3 y 18.1 del Estatuto de Autonomía del País Vasco" (97).

El problema que se plantea, no es fácil de solucionar, ni tampoco es posible separar de modo tajante cuando concurren o no los otros títulos competenciales. Lo que sí parece claro es que no cabe llegar a un total vaciamiento de los títulos de las Comunidades Autónomas, que, en este caso concreto, está expresamente exigido -a salvo de las determinaciones estatutarias- por el artículo 149.1.16º de la Constitución. Por ello, la interpretación de las competencias concurrentes ha de hacerse de modo restrictivo y -una vez más- en razón de la concurrencia, reclama la cooperación interadministrativa, no la exclusión de las Comunidades de su facultad de ejecutar la "legislación del Estado sobre productos farmacéuticos".

El mismo criterio ha mantenido el Tribunal Constitucional al tratar la potestad sancionadora de las Comunidades Autónomas, complemento necesario de las de inspección y control. Al carecer de la potestad reglamentaria, los poderes territoriales carecen de capacidad nor-

(97) Ibid.

mativa para establecer su propio régimen disciplinario. Pero tienen competencias plenas para ejecutar las normas estatales sancionadoras. Así se ha declarado en varias sentencias y recientemente confirmada por una dictada en un conflicto de competencias entre el Estado y la Junta de Canarias: "La posibilidad, esta, sí excepcional de reconocer el carácter básico -y por tanto estatal- en una decisión o medida ejecutiva concreta no se da en el presente caso, ni puede afirmarse, por ello, que la aplicación de la sanción administrativa considerada (se trataba de la sanción de cierre temporal), menoscabe, cuando la misma sea adoptada por las autoridades autonómicas, la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos constitucionales (art. 149.1.1º) o los principios de libre circulación o establecimiento de personas y bienes en todo el territorio (art. 139.2)".

A continuación la sentencia añade -citando a la de 16 de julio de 1985- que el principio de igualdad "no debe impedir la potestad normativa (cuando proceda) sancionadora cuando las Comunidades ostenten competencia sobre la materia sustantiva de que se trate; con mayor claridad ha de constatarse esto cuando, como en el caso actual, se esté ante potestades autonómicas ejecutivas que se concretarían en actos de aplicación de una norma estatal sin merma, por tanto, de la igualdad de posición entre los

ciudadanos a que se refiere aquel precepto constitucional (art. 149.1.1º)" (98).

En definitiva, las Comunidades Autónomas -según sus Estatutos- tienen competencia plena para la aplicación de las normas estatales de inspección y control, pudiendo imponer las correspondientes sanciones. Todo ello sin perjuicio de las competencias estatales de la inspección y coordinación general, además de la correspondiente asistencia técnica que la Administración central pueda prestar a las Comunidades. Los títulos eventualmente concurrentes de comercio exterior y seguridad pública han de interpretarse en los términos ya estudiados antes. La competencia estatal sobre sanidad exterior se concreta, en materia de medicamentos, en el comercio exterior de esos productos, que a esos efectos estarán sometidos a la policía de aduanas.

El sentido que habrá de darse a la competencia de inspección y control que recoge la Ley General de Sanidad habrá de ser sustancialmente diverso al que tienen las de autorización y registro. Estas tienen carácter básico que no alcanza a las de inspección y control. El Estado podrá ejercitarlas como propias cuando se trate de controles o inspecciones respecto a las cuales las Comunidades Autóno

(98) STC 102/1.985, de 4.X (BOE 5.XI), F.J. 2, dictada en el CPC 842/1984, promovido por el Gobierno en relación con el artículo 3, párrafo 2, del D. del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre distribución de la potestad sancionadora en materia de trabajo y sanidad.

mas no sean competentes, en defecto de ellas; esto puede producirse por el juego del principio de extraterritorialidad, tal y como estamos acostumbrados a que funcione en nuestro sistema, cuando los laboratorios fabricantes desarrollen sus funciones en más de un territorio autonómico; también en defecto de competencia autonómica, que, aunque es dudoso, puede entenderse referido a aquellas Comunidades en cuyos Estatutos no figuren funciones de "ordenación farmacéutica".

c) Inspección y control y el principio cooperativo.

Sin perjuicio de las competencias autonómicas sobre la inspección y control farmacéutica, en los términos que acabamos de estudiar, el Estado puede, mediante sus facultades legislativas y reglamentativas, coordinar las funciones referidas a través de diversos procedimientos que se asientan sobre el principio de cooperación mutua.

El primero de ellos puede ser el de la homologación de los controles de calidad y las revisiones periódicas de los productos y especialidades. El Estado puede mediante las directrices -ya conocidas-, señalar los objetivos que deben conseguir las autoridades competentes.

Es posible, también, ejercer funciones de homologación respecto a los laboratorios que deban auxiliar a las Administraciones autonómicas en el cumplimiento de sus responsabilidades. Incluso, como ocurre en la República

Federal Alemana, se puede prever en las bases la intervención de las autoridades centrales en calidad de expertos, en determinados procedimientos de control.

La ley alemana del Medicamento, de 24 de agosto de 1.976, aporta soluciones análogas a las adoptadas en nuestra Constitución. Se proclama el principio cooperativo de modo expreso (99). Además, establece que para la inspección de los sueros vacunas y tests alergenicos, serológicos y antigénicos, la autoridad competente contará con la asistencia técnica de la Administración federal, que intervendrán como expertos (100). Como ocurre en España, la autorización y registro es competencia federal.

La concurrencia de los poderes generales en la ejecución de la legislación sobre productos farmacéuticos exige la cooperación entre ambas instancias; pero no justifica el vaciamiento de las funciones asumidas por las Comunidades Autónomas en sus Estatutos. La coordinación es aquí imprescindible para que las diversas Administraciones sanitarias puedan cumplir sus propias responsabilidades y el Estado ha de contar con la periódica información de cada Comunidad para adoptar las medidas precisas en orden a la renovación o retirada de licencias y al ejercicio de las funciones normativas.

(99) Parágrafo 68 de la Ley Alemana. Recueil international de Législation sanitaire, pp. 458-511 (1.977).

(100) Parágrafo 64.2 de la Ley Alemana, citada.

D) Posibles excenciones a la reserva estatal de las facultades de autorización y registro de especialidades farmacéuticas. Sus inconvenientes.

La necesaria uniformidad en la ejecución de determinados actos -autorización y registro-, no exige en principio, que ésta sólo pueda ser lograda mediante la técnica de la reserva estatal, ni que haya de extenderse a todo tipo de "productos farmacéuticos". Caben sistemas participativos, o de coordinación, que podrían conseguir esos mismos efectos; entre ellos, sería posible la división del trabajo en la tramitación de los expedientes, la intervención -en alguna de sus fases- de la Comisión de Coordinación, etc.

Tampoco -al menos desde el punto de vista teórico- tendría por qué extenderse la reserva ejecutiva estatal, a todos los productos. Ni siquiera habrá por qué justificarse para todas las especialidades. Aunque por motivos de eficacia, para mejorar el control sanitario y la comunicación internacional, además de razones de economía administrativa, es difícil sostener que en la práctica -al menos en la actualidad- pudiera llegarse a producir esa diversificación. Pese a ello, a los sólo efectos de tratar de extraer toda la virtualidad que encierra el sistema autónomo, vamos a analizar un posible caso de autorización y registro de especialidades que podrían desempeñar las

Comunidades Autónomas. La solución nos la ofrece -como en otras muchas materias- el Tribunal Constitucional en varias sentencias relativas a los productos aditivos, que estudiaremos más adelante.

Este caso hipotético es el de las especialidades farmacéuticas publicitarias. Las Comunidades Autónomas podrían, si las bases no lo reservasen al Estado, autorizar las especialidades. La especial naturaleza de los medicamentos que justificaba la limitación de las facultades económicas, no es tan relevante como en las no publicitarias, y esto por varios motivos:

1º. En su composición sólo pueden emplearse los principios activos expresamente aprobados por O.M. que también expresará limitaciones sobre dosis, usos y formas.

2º Únicamente pueden calificarse como publicitarias las que tengan por objeto aliviar o tratar síndromes o síntomas menores.

3º Los textos correspondientes a indicaciones, contraindicaciones, se redactarán de forma inteligible para el usuario. Pudiéndose determinar textos obligatorios.

4º No precisan receta médica y no pueden dispensarse con cargo a la Seguridad Social (101).

(101) Cfr. R.D.2730/81, 19.X, que regula las características y registros de las publicitarias y O.M. de 17 de IX de 1982 que la desarrolla.

De la regulación de estas especialidades se deduce la menor incidencia de la autorización en los bienes, así como una menor justificación de su reserva. La seguridad y eficacia se garantizan previamente; el Estado podría por medidas de coordinación orientar las políticas autonómicas que dispondrían en estos casos de escasas facultades discrecionales. El acceso al Registro Central como requisito para el lanzamiento del producto garantizaría la unidad de mercado y la coordinación con la CEE. El Estado por el acceso al Registro tendría la necesaria información y podría en su caso, verificar cumplimientos de disposiciones.

Sin embargo la diversificación administrativa en especialidades podría conllevar algunos inconvenientes a prevenir. Entre ellos:

1º Al exigir la instalación de laboratorios especializados en todas las Comunidades aumentaría el gasto y afectaría al principio de economía. Además, probablemente afectaría a la calidad de los análisis provocando riesgos innecesarios para la salud pública.

2º Es preferible que la Administración que autorice las publicitarias, intervenga también en las de las no publicitarias para asegurar la unidad ejecutiva que se pretende con la reserva de que tratamos.

3º La diversificación rompería el principio de la unidad informativa necesaria para el ejercicio de las res

ponsabilidad estatal; cabría su corrección a través de medidas coordinadoras, pero por su trascendencia quizás sea aconsejable la ejecución estatal de las normas sobre autorización de especialidades.

42. La relaciones interadministrativas podrían complicarse enormemente, lo que no se ve aconsejable en una primera fase de desarrollo autonómico.

Por todo ello, no se ve conveniente en la actualidad adoptar la solución teórica aquí analizada. El Estado al ejercitar su competencia de definición de bases, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, puede reservarse las facultades de autorización y registro de las especialidades, incluyendo las publicitarias. Sin embargo, con esta hipótesis se pone de relieve -y es nuestra intención- las posibilidades que encierran las bases y lo relativo de su contenido, que no impone un único esquema de distribución de funciones, además, variable. El legislador estatal al dictar las normas básicas podrá establecer el sistema que considere más adecuado, siempre que:

- a) No vacie de contenido las competencias, en este caso ejecutivas;
- b) Se den razones fundadas que justifiquen la excepcional reserva.

Cuestión distinta a la estudiada es la previsión del Proyecto de Ley General de Seguridad que, después de definir

la competencia estatal para "valorar la idoneidad sanitaria de los demás productos y artículos sanitarios tanto para autorizar su uso, como para controlar su calidad", añade:

"Para la circulación y uso de los medicamentos y productos sanitarios que se les asimilen, se exigirá licencia previa. Para los demás productos y artículos sanitarios se podrá exigir autorización previa individualizada o el cumplimiento de condiciones de homologación (102)

En el caso de productos sometidos a homologación -diferente a la autorización previa individualizada- todas las condiciones están previamente determinadas con lo que la reserva estatal es difícilmente defendible.

La Ley Alemana del Medicamento de 1976, en lugar de contemplar casos de "homologación" en el sentido que se le da en el Proyecto de Ley General (diferente de autorización previa), en el parágrafo 36 prevé la dispensa de la solicitud de autorización para ciertos medicamentos o grupos de medicamentos cuando no presenten riesgos directos o indirectos para la salud humana o de los animales cuando estén garantizados los requisitos de calidad, eficacia, inocuidad. Para la protección de la salud, la exención podrá subordinarse a una técnica de fabricación composición, etiquetado e información en el material de

(102) Art. 95.1 y 2.

embalaje o a una presentación determinadas o, limitado a formas o vías de administración (103).

2.2. Establecimientos sanitarios.

2.2.1. Concepto y contenido.

Corresponde al Estado, con carácter general, la definición de las bases sobre centros y establecimientos sanitarios. A las Comunidades Autónomas el desarrollo legislativo y ejecución dentro de las bases de la sanidad. Sólo cabe hacer alguna salvedad respecto de los centros o establecimientos directamente relacionados con los productos farmacéuticos y en la medida en que sea imprescindible para la efectividad de la legislación farmacéutica; en estos casos, la potestad normativa del Estado puede quedar ampliada o justificar, incluso, la reserva de las facultades reglamentarias.

Se incluyen dentro de este apartado, según se desprende de la normativa vigente: "Los hospitales, centros sanitarios, extrahospitalarios, los bancos de sangre, los servicios de ambulancias y transporte sanitario, los laboratorios de análisis clínicos, los centros técnicos de sanidad, los botiquines, almacenes, centros y oficinas de

(103) Ley Alemana del Medicamento citada en nota (99). A diferencia de ella, nuestro Proyecto de Ley General de Sanidad prevé el Registro universal: "No podrán prescribirse y se reputará clandestina la circulación de medicamentos o productos sanitarios no autorizados o no homologados, con las responsabilidades administrativas a que hubiese lugar" (art. 95.2 párrafo 2).

farmacia, les de formación e investigación sanitaria y en general todos aquellos que por su finalidad principal y por razón de las técnicas que utilizan, tienen naturaleza sanitaria".(104).

De nuevo aparece como criterio para la calificación de centros y establecimientos sanitarios el finalista: en general todos aquellos que por su finalidad principal y por razón de las técnicas que utilizan tienen naturaleza sanitaria." Por ello, la enumeración que precede a esta cláusula general es meramente orientativa no exhaustiva. Los reales decretos de traspasos de funciones sanitarias a las Comunidades Autónomas se refieren todos a esta competencia en los mismos términos:

"El otorgamiento de la autorización oportuna para la creación, construcción, modificación, adaptación o supresión de centros servicios y establecimientos sanitarios de cualquier naturaleza incluidos los balnearios y las entidades del Seguro Libre de asistencia médico-farmacéutica".

A continuación añaden : "quedan exceptuadas de la transferencia las autorizaciones que se refieren a los laboratorios, centros o establecimientos de elaboración de drogas, productos estupefacientes, sicotrópicos o similares,

(104) art.1.2 del RD 2177/78 de 1.IX (BOE 16.IX) ; sobre registro catalogación de centros y establecimientos sanitarios.

especialidades farmacéuticas y sus materias primas y material instrumental médico-terapéutico o correctivo"(105)

Como por medio de los RD. se aprueban los acuerdos de las Comisiones Mixtas de transferencias, las declaraciones en ellas recogidas se refieren a las funciones administrativas que cambian de titularidad sin pronunciarse directamente sobre las legislativas. Lo que sí llama la atención es la reserva de competencias sobre laboratorios de especialidades. Por su peculiaridad y conexión con los "productos farmacéuticos" vamos a tratarlo en primer lugar.

(105) Así se declara en todos los decretos en los arts.: 5.1 g), RD 2209/79, 7.IX (BOE 21.IX) País Vasco; 16.1 g) RD 2210/79, de 7.IX (BOE 21.IX) Cataluña; 34.1 g) RD 2843/79, 7.XII (BOE 24.XII) Canarias; 55.1 g), RD 2874/79, 29.XII BOE ibid, Asturias; 54.1 g), RD 29.XII.79 (BOE 5.I.80) Extremadura; 14.1 g) RD 278/80, 25.I (BOE 20.II) Valencia; 56.1 g) RD 466/80, de 29 de II BOE 15 de III Murcia; 33.1 g) RD 1634/80, 31.VII BOE 9 de VIII Galicia; 7.1 g), RD. 2567/80, de 7 de XI (BOE 29 de XI) Baleares; 24.1 g), RD. 1118/81 de 24.IV (BOE 30.IV) Andalucía ; 22.1 g), RD. 2559/81, de 19 de X (BOE 29 de X Castilla y León; anexo a I g) RD 331/82 de 15 de I BOE 26.II) Castilla-la Mancha y Aragón; anexo I.B, 1 J RD 2030/82, de 24 de VII (BOE 23.VIII) Cantabria; anexo I.B, 1 K RD. 542/84, de 8 de II (BOE 21 de III) Rioja ; anexo I.B 1.K RD. 1359/84, de 20 de VI (BOE de 20 de VII) Madrid. anexo 2.I H, y 3.F RD 1697/85 de 1 de VIII BOE de 21 de IX Navarra.

En los Decretos de la Rioja, Madrid y Navarra se incluyen, entre los establecimientos que deben autorizar las Comunidades Autónomas, a las oficinas de Farmacia.

2.2.2. Competencias sobre la industria farmacéutica.

Los laboratorios de especialidades farmacéuticas están sometidos en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional a un régimen especial. En la distribución de funciones concurren aquí tres títulos competenciales: el de "productos farmacéuticos", cuya legislación atribuye la Constitución al Estado, y que incide -aunque no de modo directo y absoluto- en el reparto de responsabilidades del control sanitario de la industria el título de la Sanidad interior -de modo directo- competencia compartida que permite a las Comunidades asumir funciones de desarrollo normativo; y el de la industria que se encuentra en los estatutos y suele incluir cláusulas de reserva a favor del Estado respecto a aquellas de interés sanitario.

La competencia estatal sobre los "productos farmacéuticos" puede por conexión extenderse parcialmente a los laboratorios de especialidades en cuanto a la regulación de las normas de correcta fabricación y control de calidad instalaciones mínimas; todos aquellos requisitos que han de reunir las industrias, así como las medidas de fomento de actividades industriales de interés preferente (105 bis).

(105 bis) cfr MUÑOZ MACHADO, S "Derecho Público de las Comunidades Autónomas" Vol I, pp 543-545 (1.982)

Sin embargo, de ordinario, en cuanto competencia sanitaria -como establecimiento sanitario- las normas adicionales y competencias ejecutivas habrán de ser de titularidad autonómica. Los Estatutos de Autonomía de Galicia y Navarra, al atribuir competencias sobre productos farmacéuticos hacen referencia expresa a establecimientos farmacéuticos(106) En los Decretos de transferencia, como hemos visto, se declara competencia de las Comunidades Autónomas en las funciones sanitarias sobre establecimientos. A salvo de lo que las bases puedan señalar, las responsabilidades, ejecutivas al menos, sobre los laboratorios de especialidades farmacéuticas, corresponden a las Comunidades Autónomas.

Las definiciones de competencias en los Estatutos en materia de industria pueden incidir en el régimen de la industria farmacéutica. Algunas Comunidades Autónomas han asumido funciones normativas y ejecutivas. Así, el Estatuto Vasco declara competencia "exclusiva" del País Vasco la Industria, "con exclusión de la instalación, ampliación y traslado de industrias sujetas a normas especiales por razones de seguridad, interés militar y sanitario y aquellas que precisen de legislación específica para estas funciones, y las que requieran de contratos previos de transferencia de tecnología extranjera" (107). Más na (106) Arts. 28.8 (Galicia), 58.1.c) (Navarra). (107) Art. 10.30.

tizada es la reserva que introduce el Estatuto de Cataluña: "sin perjuicio de lo que determinen las normas del Estado por razones de seguridad, sanitarias o de interés militar...Queda reservada a la competencia exclusiva del Estado la autorización para la transferencia de tecnología (108). En sentido idéntico al de Cataluña se pronuncian los de Galicia (109), Andalucía (110), Valencia (111), Aragón (112), Canarias (113) y Navarra (114). Los Estatutos de Autonomía de Asturias (115), La Rioja (116), Murcia (117), Castilla-La Mancha (118), Extremadura (119), Baleares (120), Madrid (121) y Castilla-León (122); asumen competencias de ejecución de las normas estatales sobre Industria a efectos de impulsar el desarrollo económico de la respectiva Comunidad. Nada expresa el de Cantabria.

(108) Art. 12.1.2.

(109) Art. 30.1.2.

(110) Art. 18.1.5.

(111) Art. 34.1.2.

(112) Art. 36.1.d)

(113) Art. 33.c).

(114) Art. 56.1.a).

(115) Art. 12. f).

(116) Art. 10. 1.2.

(117) Art. 12.1.e)

(118) Art. 33.5.

(119) Art. 9.6.

(120) art. 123, tan sólo le atribuye la competencia sobre industria.

Los Estatutos que siguen el de Cantabria, asumen competencias normativas sobre la industria, sin perjuicio de las competencias estatales en materia de seguridad pública y sanidad en lo que ahora nos interesa. Las normas estatales que condicionen el ejercicio de las funciones autonómicas tendrán naturaleza básica o competencia integral del Estado de acuerdo con la materia de que se trate. Por tanto, en relación con los "productos farmacéuticos", las Comunidades asumen las funciones sobre la industria en ese marco, dentro de las bases de la sanidad. Tanto en unos como en otros Estatutos, las Comunidades asumen competencias de ejecución de la legislación estatal. Este es un mínimo común a todas las autonomías, que pueden comprender ciertas funciones normativas para las que siguen el modelo catalán. De lo que no cabe duda es que todas tienen facultades ejecutivas en el marco de las bases de la sanidad y de la legislación sobre productos farmacéuticos.

Por esta razón, a nuestro entender, las facultades de autorización y registro, inspección y control de la industria farmacéutica, son responsabilidad propia de los poderes territoriales. Las funciones normativas corresponderán al Estado, junto a la coordinación general y la

(121) Art. 28.5.

(122) Art. 28.1.

la alta inspección. Este régimen de distribución no obsta para que los poderes generales orienten, mediante políticas de fomento y en el marco de la planificación económica, la actuación de la industria farmacéutica. También, por motivos de seguridad pública, podría reservarse al Estado determinadas sectores o ciertas facultades respecto a determinadas industrias o productos.

La Ley General de Sanidad no sigue esta orientación, y reserva al Estado las competencias de "reglamentación, autorización e inspección de las personas físicas o jurídicas dedicadas a la preparación, elaboración o fabricación" de los medicamentos de uso humano y veterinario y de los demás productos y artículos sanitarios y de aquellos que al afectar al ser humano pueden suponer un riesgo para la salud de las personas (123) Respecto de esta definición cabe hacer las mismas observaciones que hicimos al tratar de las competencias de inspección y control sobre los "productos farmacéuticos": como funciones ejecutivas, corresponden a las Comunidades Autónomas y sólo por excepción pueden ser encomendadas a los poderes generales. Además, consideramos inadecuado el sistema previsto en la Constitución, reservar al Estado -con carácter general- todas las funciones (ejecutivas) de autorización

(123) Art. 40.6 del Proyecto, citado en nota (79).

de estos establecimientos sanitarios. Cabrían ciertas matizaciones en relación con determinados productos y por conexión con ellos, no la privación general de responsabilidades de ejecución a las Comunidades. De la declaración de la Ley General de Sanidad en este punto, si se entendiese que tiene carácter de básico, se desprendería un vaciamiento casi absoluto de las funciones ejecutivas -no ya normativas- propias de los poderes territoriales. Por tanto, ha de entenderse, salvo excepciones, que el art. 40.6 de la Ley General de Sanidad en lo referente a la industria carece de naturaleza básica y se aplicará en defecto de normas autonómicas.

El Tribunal Constitucional se ha referido a esta cuestión en las sentencias dictadas en relación con la Coordinación y Planificación sanitaria. Admitió, en aquella ocasión, la potencial naturaleza básica de las facultades de autorización y registro de productos, así como de los laboratorios, centros o establecimientos que los produzcan, elaboren o importen que si fuese así definido por el legislador -no por Decreto-, "este Tribunal no opondría a ello ninguna objeción, pues parece evidente que todo ello es básico en la medida en que afecta de modo grave y directo a la garantía de las condiciones de igualdad en su ejercicio que el Estado está obligado (art. 149.1.1 de

la Constitución) a hacer efectiva" (124). Por tanto, pese a lo que acabamos de propugnar más arriba, el Tribunal Constitucional admite -incluso parece aconsejar- la posibilidad de definir como básicas las funciones ejecutivas de autorización y registro. Sin embargo, la garantía de los derechos y de la igualdad en las "condiciones básicas" queda suficientemente prestada por el ejercicio de las competencias normativas y eventuales y concretas reservas. Y, en cualquier caso, como veremos que ocurre en Alemania, no es el único sistema posible, ni siquiera el más adecuado al modelo constitucional.

Lo que no puede admitirse, sino en casos absolutamente excepcionales, y esto sí declarado por el Tribunal Constitucional, es que el Estado se reserve, además competencias de inspección. Sobre ello -como ya vimos- las sentencias citadas sólo admiten el ejercicio estatal cuando concurren otros títulos competenciales y sólo cuando concurren. La concurrencia es aquí más difícil aun que sobre los productos. En los conflictos de que conocí entonces el Tribunal la reserva de las facultades de control e inspección técnica que, sobre su distribu-

(124) STC 32/ 1983, F.J. 3 (art. 2.5). En igual sentido la STC 42/1983, 20 V. (BOE.17.VII), F.J. 4 (art. 2.5.), dictada en el C.P.C 92/82 promovido por la Generalidad de Cataluña en relación con los Decretos de Coordinación y plnificación sanitaria y registro sanitario de alimentos, que reitera la doctrina de la STC 32/1983.

ción, dispensación y consume incumbe a las demás Administraciones Públicas y servicios sanitarios y (sin perjuicio) de su coordinación y obligada colaboración en estas materias" (125). Estas matizaciones no revelan sino la dificultad de reservar al Estado las funciones inspectoras que querían salvarse alegando en la norma que no se estaba produciendo un vaciamiento de competencias.

En definitiva, en principio -según la doctrina jurisprudencial- las funciones inspectoras corresponden a las Comunidades que las ejercen bajo el título que ostentan en materia de establecimientos sanitarios aunque -en algunos casos- puedan concurrir con el Estado en virtud de sus competencias sobre "sanidad exterior" o "seguridad pública" (126). Las competencias de autorización y registro pueden -en virtud de discutidas declaraciones del Tribunal Constitucional- permanecer en manos del Estado; en nuestra opinión son competencias propias -aunque concurrentes- de los poderes territoriales. Las garantías estatales quedan perfectamente prestadas mediante el ejercicio de los poderes reglamentarios. Al imperar el principio de libre establecimiento en el marco de la CEE, el Estado carece de amplios márgenes de dis-

(125) Art. 1 R.D. 2824/81, 27.XI (BOE, 2.XII) de Coordinación y Planificación Sanitaria.

(126) Parágrafo 13.4) de la Ley Alemana del Medicamento citada en nota (99).

crecionalidad que podrían justificar las reservas ejecutivas. La igualdad en las condiciones de disfrute del derecho a la protección de la salud se consigue a través de las normas y, en todo caso, mediante la coordinación.

Análoga solución a la proponemos, adopta la ley Alemana del Medicamento. En el apartado 4 del párrafo 13 ("Licencia de fabricación" de medicamentos) declara competencia del Land la autorización de los establecimientos donde radique o vaya a radicar el centro de fabricación. Añade -excepción al régimen general- que en materia de fabricación de sueros, vacunas, tests alergenicos, tests serológicos y tests antígenos la autorización habra de concederse de acuerdo con la autoridad federal competente (127). Es decir, en los casos excepcionales previstos por la ley, la autorización se presta de mutuo acuerdo -cooperación- entre poderes generales y territoriales, no se excluye, ni siquiera, en esos casos la intervención de las autoridades federales.

No es, en cambio, adecuada a nuestro sistema la solución italiana que es la que parece predominar en la Ley General de Sanidad en lo que a productos farmacéuticos se refiere. En primer lugar, porque la Constitución italiana sólo prevé que las regiones asuman funciones de asis-

(127) Párrafo 13.4) de la Ley Alemana del Medicamento.