

**Université Montesquieu -
Bordeaux IV**

**Universidad San Pablo - CEU
Facultad de Derecho**

**ÉCOLE DOCTORALE de DROIT (E.D. 41)
DOCTORAT en DROIT**

Alberto DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ

*La responsabilidad por asistencia sanitaria en los ordenamientos
español y francés.*

La responsabilità ospitalière en droit espagnol et en droit français.

Thèse co-dirigée par M. **Jean-Pierre DUPRAT**, Professeur à l'Université
Montesquieu-Bordeaux IV / **José Luis PIÑAR MAÑAS**, Catedrático à
l'Universidad San Pablo - CEU (Madrid, Espagne)

Soutenue publiquement, à Madrid, le 11 décembre 2009

Jury:

M. Lorenzo **MARTÍN-RETORTILLO BAQUER**,
Catedrático à l'Universidad Complutense (Madrid, Espagne),
Président,

M. Franck **MODERNE**,
Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne,

M. Domenico **SORACE**,
Professore ordinario à l'Università degli Studi di Firenze (Italie).

Abreviaturas utilizadas / Table des abréviations

ADC.....	Anuario de Derecho Civil
AJDA.....	Actualité juridique-droit administratif
AN.....	Audiencia Nacional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA / CC.AA.....	Comunidad /-es Autónoma /-s
Cass.	Arrêt de la Cour de cassation
Cc	Conseil constitutionnel
CCA.....	Arrêt de la Cour administrative d'appel
CcE	Código Civil (español)
CcF.....	Code civil français
CE	Arrêt du Conseil d'État
CE 78	Constitución española de 1978
CEDH / TEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme / Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
CF 58	Constitución francesa de 1958
CJCE / STJCE	Arrêt de la Cour de justice de la Communauté Européenne / Sentencia del Tribunal de Justicia de la C. E.
CSP	Code de la santé publique
CSS	Code de la sécurité sociale
DCc	Décision du Conseil constitutionnel
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
JCP.....	Juris-classeur périodique
JORF	Journal officiel de la République Française
LEF.....	Ley de expropiación forzosa de 1954
LGS.....	Ley 14/1986, General de Sanidad
LOPJ	Ley 5/1985, orgánica del Poder Judicial
LOPS.....	Ley 44/2003, de ordenación de las profesiones sanitarias
LPA	Les petites affiches
LPC	Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común
LSNS.....	Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud
RAP	Revista de Administración Pública

R.D..... Real decreto - Décret royal
RDPRevue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDSS..... Revue de droit sanitaire et social
Rec. Recueil Lebon des arrêts du Conseil d'État
REDA..... Revista Española de Derecho Administrativo
RFDA..... Revue française de droit administratif
S Sentencia
SNS.....Sistema Nacional de Salud
TA Arrêt d'un Tribunal administratif
TC Tribunal Constitucional
TCo Arrêt du Tribunal de conflits
TSTribunal Supremo
TSJ Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma

Résumé en français:

Étude de droit comparé sur la responsabilité hospitalière en France et en Espagne et de l'organisation de leurs systèmes de santé, dans la mesure où le régime de la responsabilité est lié à la diversité dans l'organisation.

Dans un système de responsabilité administrative comme le français, l'origine est fondamentalement jurisprudentielle et basé sur la notion de faute, bien que tempérée par différentes techniques, comme la présomption de faute. En revanche, le système espagnol est un système créé par le législateur et à caractère objectif, ce qui veut dire que la faute - le fonctionnement anormal du service public, n'est pas le fondement du système, mais elle n'en est pas moins un élément important. Il s'agit de donner une réponse juridique à une série de questions liées au risque inhérent à l'activité des soins de santé dans son ensemble, quand l'expérience semble nous montrer que la faute ou le "funcionamiento anormal" ne peut être le seul critère, mais qu'il n'est pas possible non plus d'en faire abstraction. Et tout cela, dans un environnement social qui aspire à la couverture totale et universelle de l'ensemble des dommages. C'est pour cela qu'il faut établir une frontière aussi nette que possible entre ce qui doit être réparé à titre de responsabilité et ce qui peut faire l'objet de mesures d'aide sociale ou d'indemnisation à titre de la solidarité nationale en vertu des décisions que seul le législateur est à même d'adopter.

Résumé en anglais:

A comparative research on Spanish and French public health care liability systems and on their national health systems. These two systems are built on different basis; however, through different ways, they both provide a similar level of protection to national health system's users. The most difficult issues are those related to risk in health care. It is not possible to separate health care and risk, -l'aléa médical-, and this means that damages may occur even though no fault has caused them. That's why it is imperative to draw a clear borderline between liability and other forms of social protection that only the parliament may grant.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN: DOS SISTEMAS JURÍDICOS DISTINTOS QUE SE PROYECTAN SOBRE REALIDADES (SOCIEDADES Y PROBLEMAS) EQUIPARABLES.....	15
Parte I.- EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LAS ESTRUCTURAS CREADAS PARA ATENDERLO. HACIA UNA CONVERGENCIA FUNCIONAL DESDE UNA ORGANIZACIÓN DIFERENCIADA QUE CUENTA CON SUS PROPIOS FUNDAMENTOS DE RESPONSABILIDAD	41
I) EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SU CONCRECIÓN A TRAVÉS DE SISTEMAS PÚBLICOS ESTRUCTURADOS DE MANERA DISTINTA	43
Título I.- LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SU RECONOCIMIENTO COMO DERECHO	45
Título II.- LAS FÓRMULAS ORGANIZATIVAS CREADAS PARA MATERIALIZAR EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: UNA CONVERGENCIA FUNCIONAL MATIZADA POR UNA DIVERSIDAD ORGANIZATIVA	131
II) UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CUYO RÉGIMEN JURÍDICO ESTÁ CONECTADO CON LA DIVERSIDAD ORGANIZATIVA.....	231
Título preliminar.- UN ENFOQUE JURÍDICO DISTINTO EN AMBOS PAÍSES EN LO RELATIVO A LA ORGANIZACIÓN SANITARIA Y AL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD	234
Título I.- UN SYSTÈME DE SANTÉ QUE INTEGRA LOS SECTORES PÚBLICO Y PRIVADO Y EN EL QUE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE SU RESPONSABILIDAD VARÍA EN CONSECUENCIA.....	238
Título II.- UN SISTEMA NACIONAL DE SALUD, CUYA ACTIVIDAD ESTÁ SUJETA A UN MISMO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	285
Parte II.- LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE Y DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL HÔPITAL PUBLIC Y EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD. DOS SISTEMAS DIFERENCIADOS QUE SE APROXIMAN POR EL PAPEL REAL QUE DESEMPEÑA LA CULPA Y	

POR LA CRECIENTEMENTE TENUE FRONTERA ENTRE LA RESPONSABILIDAD Y LA SOLIDARIDAD.....	315
I) LA RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ASISTENCIA SANITARIA Y LA CULPA COMO FACTOR REAL DE CONVERGENCIA.....	317
Título preliminar.- LA IMPORTANCIA Y REALIDAD DEL CONTENCIOSO DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y EN ESPECIAL, POR ASISTENCIA SANITARIA: LA MEDICINA DEFENSIVA	318
Título I.- DERECHO DE LA <i>RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE</i> Y DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ASISTENCIA SANITARIA ..	333
Título II.- PERSISTENCIA DE DIVERGENCIAS EN EL TRATAMIENTO DE LA CULPA Y DEL RIESGO EN LA CONSECUCCIÓN DE UN MISMO OBJETIVO	356
II) LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN EL ESTADO SOCIAL O LA PERTURBADORA DIFUMINACIÓN DE LA FRONTERA ENTRE RESPONSABILIDAD Y SOLIDARIDAD.....	383
Título I.- LA BÚSQUEDA DE LA REPARACIÓN Y EL CARÁCTER SOCIAL DEL ESTADO. LA TENSIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD Y SOLIDARIDAD.....	385
Título II.- MODALIDADES DE ACTUACIÓN QUE BUSCAN PROPORCIONAR UNA MAYOR PROTECCIÓN A LA PERSONA. EL LÍMITE DE LOS RECURSOS DISPONIBLES Y LA SOLIDARIDAD NACIONAL EN ACCIÓN COMO CONSECUENCIA DEL ESTADO SOCIAL.....	391
Conclusiones	407
RÉSUMÉ EN FRANÇAIS.....	425
DEUX SYSTÈMES JURIDIQUES DIFFÉRENTS QUI SE PROJETTENT SUR DES REALITÉS (SOCIÉTÉS ET PROBLÉMATIQUES) COMPARABLES	425
CONCLUSIONS.....	451
Bibliografía	465
Índice detallado	498

A mis abuelos, a los que sólo conocí por su mejor legado, mis
padres.

*"Et tant pis pour ceux qui s'étonnent
Et que les autres me pardonnent,
Mais les enfants ce sont les mêmes,
À Paris ou à Göttingen"¹*

"Las pobres bestias se encuentran cada mañana con que han olvidado casi todo lo que han vivido el día anterior y su intelecto tiene que trabajar sobre un mínimo material de experiencias. Parejamente, el tigre de hoy es idéntico al tigre de hace seis mil años, porque cada tigre tiene que empezar de nuevo a ser tigre, como si no hubiese habido antes ninguno."²

A cuantos han ido abriendo caminos por la selva del saber y de la vida y, de manera especial, a los profesores Jean-Pierre Duprat y José Luis Piñar Mañas.

Y a quienes me han acompañado en este largo viaje...

¹ Göttingen. Paroles et Musique: Barbara, 1965.

² José ORTEGA Y GASSET, "Prólogo para franceses", de *La rebelión de las masas*, Espasa Calpe, colección Austral, 14ª ed., 1948, p. 30.

INTRODUCCIÓN: DOS SISTEMAS JURÍDICOS DISTINTOS QUE SE PROYECTAN SOBRE REALIDADES (SOCIEDADES Y PROBLEMAS) EQUIPARABLES

La responsabilidad administrativa, como la civil extracontractual, se halla, desde hace tiempo, instalada entre los temas centrales del debate jurídico, a juzgar por el interés que despierta entre los juristas franceses³ y españoles⁴ esta institución, siempre en crisis. Una crisis, entendida como juicio

³ Sirva como una primera muestra del interés que despierta la responsabilidad en Francia la relación, a título enunciativo, de publicaciones como el *Rapport public 2005* del *Conseil d'État*, titulado *Responsabilité et socialisation du risque*, el *Rapport de la Cour de Cassation de 2002*, que lleva por título "*La responsabilité*" y los trabajos, ya clásicos, de los profesores René CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privé. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, LGDJ, 1954, Boris STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, Paris, 1947, Pierre DELVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, 1969 y más recientemente, los de las profesoras Françoise LLORENS-FRAYSSE, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, LGDJ, 1985 y de Maryse DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, 1994. Puede citarse con el mismo propósito, en el campo del Derecho Privado, las obras de André TUNC, *La responsabilité civile*, Economica, 2ª ed., 1989 y de Geneviève VINEY, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3ª ed., 2008.

⁴ En España, hay que destacar entre la abundante bibliografía, el trabajo, magistral y precursor como son los suyos, de D. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, -del que existen reimpressiones de la editorial Civitas, en 1984 y en 2007 y que fue anticipado en el *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, de 1955, "Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa". Estos trabajos constituyen la primera y más notable referencia doctrinal en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, aunque dentro de una temática más amplia centrada en la expropiación. También ilustran el interés doctrinal por la responsabilidad obras como, por no citar ahora más que alguna particularmente representativa, el libro de Jesús LEGUINA VILLA, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Tecnos, 1970, con edición posterior en 1983 y el número 237-238, de 1994, de *Documentación Administrativa*, monográfico sobre responsabilidad patrimonial. En el ámbito jurídico-privado,

o revisión, propia de todo fenómeno social y también por tanto del Derecho, que ha de adaptarse, necesariamente, a la evolución y a los cambios que a su vez experimenta la realidad social de la que surge y que está llamado a ordenar. Estos cambios, pese a ser inevitables, generan inquietud e inseguridad ante la incertidumbre de un futuro, ya presente, en el que unas bases y principios jurídicos, que se creían firmemente asentados, se ven sometidos a tensiones que socavan sus cimientos y difuminan sus contornos. Este movedido panorama de la responsabilidad⁵ y, en particular, el de la

pueden citarse a estos fines *La responsabilidad por culpa extracontractual levísima*, del profesor Manuel ALBADALEJO GARCÍA, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2000, *Derecho de daños*, de Luis M^a. DÍEZ-PICAZO, Civitas, 1999, la obra colectiva coordinada por Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, 2007, así como el libro de Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, 2001. Volviendo al Derecho Público, es también obligado citar la monografía del profesor Luis MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Civitas, 1977, que contiene además una completa relación de los trabajos publicados en la materia hasta esa fecha, actualizada después en "Bibliografía sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, *RAP*, 91, 1980, pp. 309-341. Casi veinte años después, este mismo autor y en la misma revista, vuelve a estudiar el tema con la agudeza y grado de detalle que caracterizan sus trabajos y, entre otras cuestiones, constata el enorme crecimiento de la bibliografía en la materia, lo que le lleva a afirmar que "*No cabe ya retener una lista omnicompreensiva de los trabajos publicados*"; vid. su estudio en el núm. 150 de la *RAP*, de 1999, "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones", pp. 317-371 y, en particular, la p. 323. Más recientemente, encontramos trabajos, como el de Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, 2002 y su posterior monografía sobre la responsabilidad en el ámbito sanitario, de la que se tratará más adelante.

⁵ Los cambios aludidos provocan desasosiego al que contribuye el, al menos percibido como tal, incremento de la litigiosidad en materia de responsabilidad y la crecientemente elevada cuantía de las indemnizaciones, en ocasiones, disparatada. Piénsese aquí, a modo de ejemplo de esta última afirmación, en la sentencia del Juzgado de primera instancia nº 4 de Madrid por la que se condenaba al Fondo de Garantía de Depósitos a abonar una indemnización superior al PIB español por la intervención, en 1979, del Banco de Valladolid; vid. el periódico *La Vanguardia* del 18 de enero de 2005, p.13. Resoluciones como esta, inusitadas por fortuna, aun siendo corregidas en instancias superiores, no dejan de poner en evidencia el amplísimo campo de apreciación que se abre al arbitrio de los órganos jurisdiccionales -más llamativo aún en los unipersonales- en materia de responsabilidad y por tanto, la conveniencia de que existan

administrativa -por su conexión con el interés general y con el erario público-, hace patente la necesidad de elementos que puedan servir de referencia u orientación. Y a ello aspira este trabajo; a proponer algún criterio que pueda contribuir a aumentar la seguridad jurídica⁶ de quienes, desde posiciones

unos principios y límites, aunque sean mínimos, definidos por el legislador y que encuadren tal arbitrio.

³ Entendida esta, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, vid. por todas la SSTC 27/1981 y 173/1996, como un concepto multiforme y resultante de la acción conjunta de los distintos elementos mencionados en el art. 9.3 de la Constitución española, en adelante CE 78 y que se concretan en la publicidad, en la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y en la certeza de la regla de Derecho aplicable a un supuesto determinado, como se encarga de poner de manifiesto Jesús LEGUINA VILLA, en "Principios generales del Derecho y Constitución", *RAP*, 1987, núm. 114, pp. 7-37, especialmente, en la p. 34 y ss.

En Francia, este principio no ha sido, hasta ahora, objeto de un reconocimiento expreso por el *Conseil constitutionnel* (en adelante, C. c.) ni, hasta fechas muy recientes, por el *Conseil d'État* (CE), quizá porque se le considera, con el principio de confianza legítima, como algo específico del Derecho comunitario y ajeno a la tradición jurídica francesa. Vid. CHAPUS, René, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, 15ª ed., 2001, nº 135, pp. 105 a 107. No obstante, como señala este autor, el que tal reconocimiento expreso no se haya producido aún no supone que las exigencias ligadas a la seguridad jurídica no sean atendidas en el ordenamiento francés. Así por ejemplo, la decisión del Cc. de 16 de diciembre de 1999, sobre la codificación, (AJDA 2000, chron. J.E. SCHOETTL, p. 31 y ss), en la que se menciona "*l'objectif de valeur constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi*", fundado sobre todo en el art. 6 -igualdad ante la ley- y en el art. 16 -garantía de los derechos- de la Declaración de 1789 y cuya efectividad requiere que los ciudadanos tengan un conocimiento suficiente de las normas que les son aplicables. Unos años más tarde, en su Decisión 2005-512 DC, de 21 de abril de 2005, sobre la Ley "*Avenir de l'école*" el C.c. insiste de nuevo en la importancia de la técnica legislativa para producir leyes claras y precisas, que dificulten las eventuales arbitrariedades y que la Administración o los jueces puedan o incluso deban, ante una situación de indefinición de la Ley, ocupar el lugar que corresponde en primer término al Legislador. Véase en este sentido el breve comentario de Bertrand MATHIEU, "*Le Conseil constitutionnel censure les lois trop verbeuses*", en *JCP*, 18 mai 2005, nº 250.

Sin embargo, conviene mencionar que el *Conseil d'État* se ha fundado, expresamente, en motivos de seguridad jurídica para anular una disposición reglamentaria que no preveía medidas de derecho transitorio. Véase CE Ass. 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, nº 288460, 288465, 288474 et 288485, con el comentario de Claire LANDAIS y Frédéric LENICA, en *AJDA*, nº 19/2006, pp.1028-1033. Para un estudio general sobre la seguridad jurídica, véase el *Rapport public del Conseil d'État* del año 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*,

distintas, como ciudadanos, pacientes-usuarios, directivos de establecimientos sanitarios, personal sanitario e incluso aseguradoras y, por supuesto, también los órganos jurisdiccionales⁷ y administrativos⁸, intervienen en un sector de la

publicado por la *Documentation française* y que pone de relieve la importancia que en la doctrina y en el ordenamiento franceses se otorga a estas cuestiones. Es preciso citar sobre este tema, el estudio del profesor Franck MODERNE titulado "Le principe de sécurité juridique en droit constitutionnel français et espagnol", publicado en ALIVIZATOS, Nikolaos (coord.), *Essays in honour of Georgios I. Kassimatis*, Bruylant, 2004, pp. 673-699.

Porque, desde una perspectiva más general, a nadie se le oculta que una buena técnica legislativa contribuye decisivamente a reforzar la seguridad jurídica, que a su vez se traduce en una mejor defensa de los derechos de los ciudadanos y en una mayor paz social. Así se pone de manifiesto en DRAGO, Roland, (dir.), *La confection de la loi*, Cahiers des sciences morales et politiques-Presses Universitaires de France, 2005 y, dentro de él, especialmente en DUPRAT, Jean-Pierre, "Genèse et développement de la légistique", p. 9-44 y, en particular, en la p.27. En particular, sobre el efecto depurador que sobre las leyes técnicamente deficientes puede derivarse del ejercicio de las vías de recurso supranacionales previstas en la CEDH, véase el trabajo del profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "La calidad de la Ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Especial referencia a los casos "Valenzuela Contreras" y "Prado Bugallo", ambos contra España)", en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, pp. 377-406.

⁷ Cabe preguntarse, en línea con la reflexión del profesor Luis MARTÍN REBOLLO que se transcribe a continuación, si el mero hecho de que deban pronunciarse los órganos jurisdiccionales no evidenciaría, con frecuencia, también otro fracaso además del que señala el profesor MARTÍN REBOLLO; el del procedimiento administrativo previo, iniciado mediante solicitud de interesado para que se declare la responsabilidad de la Administración. Escribe este autor en *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, Iustel-Biblioteca de Derecho Municipal, 2005, p.187, que:

"(...)La responsabilidad es una pieza esencial, sí, pero es la manifestación final del fracaso de otras piezas del mismo sistema en las que hay que intentar igualmente poner atención. Lo que supone implantar normas, hábitos y pautas culturales que conectan el Derecho con la organización, el procedimiento con los resultados, las garantías con la información(...)"

⁸ La configuración legal del procedimiento administrativo para la exigencia de responsabilidad patrimonial, articulado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en torno al privilegio de la decisión previa, se convierte a menudo en un simple obstáculo dilatorio que el interesado debe superar antes de poder someter su pretensión al conocimiento de un órgano jurisdiccional en uso del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE 78), bien por no obtener respuesta expresa o por ser ésta, casi sistemáticamente, denegatoria.

Además, que el particular deba plantear en primer lugar su solicitud a la Administración, esperar a que se le notifique una resolución o, en su defecto, se produzcan los efectos

actividad material de las Administraciones Públicas como el del servicio público de la asistencia sanitaria, *des soins de santé*. Este sector es, por un lado, inevitablemente casuístico - ya que son cientos de miles⁹ los actos sanitarios que a diario se practican en el sistema sanitario público de ambos países- y, por otro lado, es además trascendental y extraordinariamente sensible, en razón de los bienes tan preciosos sobre los que opera: la vida, la integridad física y la propia dignidad de las personas. Estas razones determinan la

desestimatorios del silencio, (entre 6 y 8 meses en el mejor de los casos), unido a que la sentencia que recaiga en el subsiguiente recurso contencioso-administrativo no lo hará hasta pasados quizá dos o tres años, se traduce en la práctica en que la situación de la Administración se ve más favorecida de lo que parece razonable a la luz del ordenamiento jurídico. Si bien éste dispone que toda reclamación de responsabilidad patrimonial se ha de plantear primero ante la Administración para que pueda decidir, no está escrito en parte alguna que deban pasar años hasta que, como culminación de este sumatorio de procedimientos, el órgano jurisdiccional resuelva. Este retraso sistémico puede llevar a que la Administración, preocupada más por consideraciones ligadas al corto plazo y a su presupuesto, que por actuar conforme a Derecho, se instale cómodamente en esa posición de ventaja temporal en que *de facto* se traduce el saber que su decisión de rechazo, ajustada o no a Derecho, no será revisada antes de que pase un largo tiempo. La compatibilidad de esta situación con el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva (art. 24 CE 78) y con el derecho que reconoce el art. 6.1 del CEDH es, cuando menos, dudosa. Las estadísticas facilitadas por el Consejo General del Poder Judicial, en *La Justicia dato a dato 2006*, p. 80, fijan la duración media de los procesos contencioso-administrativos resueltos en 2006, -de manera un tanto optimista-, entre 8,9 y 32,3 meses. En Francia, el Conseil d'État, en su Rapport public 2007, *L'administration française et l'Union européenne. Quelles influences? Quelles stratégies?*, (p.71) estima la media de tiempo previsible en que se fallarán los asuntos pendientes a 31 de diciembre de 2006, en un año, tres meses y catorce días ante los *Tribunaux administratifs* y en un año y 18 días, los que penden ante las *Cours administratives d'appel*. Respecto al *Conseil d'État*, calcula la duración media teórica de la instancia en diez meses, (pp. 21, 24 y 25).

⁹ Según datos del Ministerio de Sanidad y Consumo, en el año 2003, en Atención Primaria se atendieron más de 300 millones de consultas. En Atención Especializada se registraron más de 3,8 millones de altas hospitalarias financiadas por el Sistema Nacional de Salud y 60 millones de consultas con los diferentes médicos especialistas, se atendieron 18,3 millones de urgencias y se realizaron 2,9 millones de intervenciones quirúrgicas. Véase sobre el particular la publicación del MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO, *Sistema Nacional de Salud*, Ministerio de Sanidad y Consumo, 2006, pág. 52 y 53.

necesidad de contar con esos instrumentos y criterios jurídicos¹⁰ que puedan servir de orientación, contribuyendo a una mayor seguridad jurídica y a una adecuada consideración de los derechos de los usuarios y, consecuentemente, a una más eficaz prestación del servicio público de la asistencia sanitaria a los ciudadanos que son los pacientes y usuarios.

Tras estas líneas, conviene avanzar algunas consideraciones agrupadas en torno a tres cuestiones: **a)** La convergencia relativa que se aprecia en cuanto al fin y la divergencia en cuanto a los medios para alcanzarlo o (III) *Dos sistemas de responsabilidad que desde concepciones de partida diferentes convergen hacia un mismo objetivo*, **b)** La expansión de los sistemas de responsabilidad y su repercusión en la asignación de los recursos públicos o (II) *La responsabilidad sanitaria como banco de pruebas del Derecho de la responsabilidad administrativa en España y en Francia* y, finalmente, aunque por razones metodológicas se aborde primero, **c)** el riesgo de equivocidad y la necesidad de establecer correspondencias entre las instituciones y categorías jurídicas de ambos países ante la imposibilidad de trasplantar llanamente términos e instituciones de un sistema jurídico a otro o (I) *algunas precisiones terminológicas y de conceptos que requiere el estudio comparado de la responsabilidad por asistencia sanitaria y de la responsabilité hospitalière*.

¹⁰ Si bien es preciso tener muy presente que los mecanismos de aplicación de la responsabilidad no dependen sólo de la mera técnica jurídica, sino que nos reenvían a una cierta concepción del vínculo social, a una cierta forma de pensar y organizar las relaciones sociales, como señalan la profesora Danièle LOCHAK, en "Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation", en CHEVALLIER, Jacques, (dir.), *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, p. 275 y François EWALD, "Responsabilité - solidarité - sécurité. La crise de la responsabilité en France à la fin du XX^e siècle", *Risques. Les cahiers de l'assurance*, núm. 10, 1992.

I.- Algunas precisiones terminológicas y de conceptos exigidas por el enfoque comparado y necesarias para delimitar el objeto de estudio

El hilo conductor de este trabajo es la asistencia sanitaria¹¹ y aquí se hace ya preciso aclarar que este término,¹² en el ordenamiento español,

¹¹ El empleo de términos técnico-jurídicos propios de dos culturas y sistemas jurídicos, que aunque próximos son distintos, puede generar en ocasiones algún equívoco debido a lo que los lingüistas llaman "*falsos amigos*". Por ello, un estudio en el que se manejen ordenamientos diversos requiere un exquisito cuidado en el tratamiento de los términos, si cabe mayor aún que el que exige cualquier trabajo jurídico.

Por lo que respecta al tema objeto de estudio, el título mismo de esta memoria de investigación alude a la asistencia sanitaria y a la *responsabilité hospitalière*, lo que aconseja alguna precisión aclaratoria de orden terminológico. Pues bien, cuando en el ordenamiento español se habla de asistencia sanitaria, -que podría traducirse al francés como *soins de santé*, no se trata de la atención médico-sanitaria prestada por instituciones de beneficencia a las personas sin recursos económicos. Por el contrario, la asistencia sanitaria es en España, sobre todo desde la entrada en vigor de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante LGS), un auténtico servicio público presidido por los principios de cobertura universal, gratuidad e igualdad en el acceso a las prestaciones para el conjunto de los ciudadanos y que, en su mayor parte, se financia a través del sistema impositivo y, cada vez menos, por cotizaciones de la Seguridad Social. El núcleo esencial de este servicio público está constituido por las políticas de prevención y por las prestaciones tendentes al restablecimiento del estado de salud de los ciudadanos cuando éste se ve deteriorado, dentro de las responsabilidades que pesan sobre los poderes públicos en materia de salud y de seguridad social, por imperativo de lo dispuesto en los artículos 41 y 43 CE 78, que contienen algunos de los preceptos constitutivos del sistema la protección social español.

¹² A ningún jurista se le escapa la importancia crucial que tienen las palabras, la terminología, en el Derecho, ya que los términos designan conceptos, instituciones jurídicas, que atraen su régimen jurídico propio. Véase sobre el particular, CORNU, Gérard, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2000. Desde otra perspectiva, más atenta al simbolismo y a la poderosa influencia de las palabras que designan ideas-fuerza, véase el magistral trabajo del profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, titulado *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Civitas, 2ª ed., 2001. En otro registro, Álex GRIJELMO tiene publicado un interesante estudio en la editorial Taurus (2002) que lleva por título *La seducción de las palabras*. En el ámbito específicamente sanitario, es preciso referirse al número especial de la *Revue Générale de Droit Médical*, publicado en 2008, bajo el título "Le sens des mots".

designa un auténtico servicio público, de carácter prestacional¹³ y distinto de los servicios de beneficencia a los que históricamente se encomendaba la atención sanitaria de los indigentes y otros necesitados.¹⁴ Por esta razón, se empleará este término¹⁵ en el sentido recién expresado: asistencia sanitaria como servicio público y concreción de la actividad administrativa prestacional propia de un Estado social.

Por otro lado, aunque el objeto del presente estudio es la responsabilidad que pueda derivarse del servicio público de la asistencia sanitaria, resulta indispensable referirse antes a su organización, dado que sus diferencias organizativas pueden determinar un distinto régimen de responsabilidad, según se desarrolla en la parte I¹⁶ y se adelanta ahora en esta introducción.

¹³ En coherencia con la orientación social que caracteriza la CE 78, desde sus artículos 1 y 9.2, según se desarrolla más adelante.

¹⁴ Es a estos servicios de beneficencia, para atender a personas sin recursos suficientes, a los indigentes, a los viejos y a los niños abandonados a lo que en francés alude el vocablo *assistance*; en concreto, la "*assistance publique*", que, como conjunto de instituciones dispersas, se encargaba de socorrer a estas personas hasta que en 1953 lo que se conoce como *aide sociale* vino a remplazarla.

¹⁵ A la dificultad del manejo de los términos técnico-jurídicos en el Derecho comparado, aun cuando se trate de ordenamientos que proceden de un mismo tronco común romano-germánico, se refiere el profesor Franck MODERNE en "*L'idée de service public en droit français et en droit allemand*", in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume. Le droit administratif: permanences et convergences*, Dalloz, 2007, pp. 723-735.

"Chaque concepte reste tributaire, d'une manière ou d'une autre, de ses origines, de son environnement historique, de ses utilisations concrètes et des interprétations doctrinales ou jurisprudentielles qui l'ont inévitablement accompagné, ainsi que de ses relations plus ou moins étroites avec d'autres notions concurrentes ou simplement voisines."

¹⁶ Estas diferencias organizativas, que pueden condicionar el régimen de responsabilidad aplicable, se verán en concreto al tratar de:

Título II.- LAS FÓRMULAS ORGANIZATIVAS CREADAS PARA MATERIALIZAR EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: UNA CONVERGENCIA FUNCIONAL MATIZADA POR UNA DIVERSIDAD ORGANIZATIVA, y en * * *

II) UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CUYO RÉGIMEN JURÍDICO ESTÁ CONECTADO CON LA DIVERSIDAD ORGANIZATIVA

Así, en España las variadas estructuras organizativas a través de las que los poderes públicos y, de manera más concreta, las Administraciones sanitarias, aseguran el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE 78) forman el Sistema Nacional de Salud,¹⁷ (SNS) al que por medio de contratos pueden asociarse centros sanitarios de titularidad privada. Pues bien, la responsabilidad de estos centros por la asistencia sanitaria dispensada en ejecución del contrato que les liga al SNS, se sujeta al Derecho Público¹⁸ y por tanto se ventila, llegado el caso, ante el orden de lo contencioso-administrativo. Junto a esto, conviene indicar que el peso específico de la sanidad pública es muy considerable¹⁹ y que la sanidad privada²⁰ discurre en paralelo, al margen del servicio público de la asistencia sanitaria y, en consecuencia, los posibles litigios se ventilarán por los jueces y tribunales de lo civil, que aplicarán las reglas propias del Derecho Privado en materia de responsabilidad civil.

Por el contrario, en Francia, la participación del sector privado y de los profesionales liberales en el *systeme de santé*,²¹ dentro de la protección social

¹⁷ Según se desarrolla en el Capítulo 1.- Una pluralidad de Administraciones Públicas sanitarias y el Sistema Nacional de Salud como eje organizativo clave para la efectividad del derecho a la protección de la salud en España.

¹⁸ Así lo dispone la Disposición Adicional 12ª de la LPC, según la cual:

"La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso."

Véase, dentro de sus comentarios a la reforma operada en materia de responsabilidad patrimonial, los relativos a esta D. A. 12ª de HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio, "Comentarios sobre la reforma en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración" en, PIÑAR MAÑAS, José Luis, (dir.) *La reforma del procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Dykinson, 1999, en particular en las páginas 390 a 393.

¹⁹ Puede apreciarse en el cuadro que aparece en la nota a pie de página nº 78.

²⁰ Es decir, los profesionales sanitarios liberales y los centros sanitarios de titularidad privada no asociados al SNS.

²¹ Véase el análisis del *systeme de santé*, en las pp. 161 y ss. Capítulo 2.- La progresiva configuración del *systeme de santé* como instrumento esencial para materializar el derecho a

del Estado, es muy considerable²² y la responsabilidad en que puedan incurrir estos sujetos jurídico-privados, -la *responsabilité médicale*-, queda fuera del ámbito jurídico-administrativo, ventilándose ante la *juridiction judiciaire* y de acuerdo con las reglas del Derecho Privado. Otra diferencia organizativa que ha de notarse desde ahora, guarda relación con el *service public hospitalier*,²³

la protección de la salud en Francia y la necesidad de mantener la integridad del sistema desde la financiación, pág. 195 y ss.

²² El grueso de lo que en el SNS español representa la atención primaria y buena parte de la atención especializada, en el sistema francés corre a cargo de profesionales liberales que, participan en el *système de santé*, según se explica más adelante y dispensan lo que se conoce como *soins de ville* o *soins ambulatoires*. Éstos son retribuidos por los usuarios a los que luego las *Caisses d'assurance-maladie* reembolsan según la tarifa fijada en *Conventions* y *accords-cadre*, firmadas entre los profesionales sanitarios, centros sanitarios y la *Union nationale de caisses d'assurance maladie*. Además, como los regímenes del seguro de enfermedad (*assurance-maladie*) de la *Sécurité sociale* no cubren todos los gastos y dejan a cargo del asegurado una parte, el asegurado puede contratar un *assurance complémentaire*, un seguro complementario, para su reembolso a través de una mutua de seguros.

La mera lectura del art. 12 de la LSNS sobre la prestación de atención primaria permite, por contraste con la situación española, darse cuenta de la relevancia que tiene en Francia el sector liberal, la sanidad privada, en gran medida, gracias a su imbricación en el *système de santé*:

"1. La atención primaria es el nivel básico e inicial de atención, que garantiza la globalidad y continuidad de la atención a lo largo de toda la vida del paciente, actuando como gestor y coordinador de casos y regulador de flujos. Comprenderá actividades de promoción de la salud, educación sanitaria, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria, mantenimiento y recuperación de la salud, así como la rehabilitación física y el trabajo social.

2. La atención primaria comprenderá:

a) La asistencia sanitaria a demanda, programada y urgente tanto en la consulta como en el domicilio del enfermo.

b) La indicación o prescripción y la realización, en su caso, de procedimientos diagnósticos y terapéuticos.

c) Las actividades en materia de prevención, promoción de la salud, atención familiar y atención comunitaria.

d) Las actividades de información y vigilancia en la protección de la salud.

e) La rehabilitación básica.

f) Las atenciones y servicios específicos relativos a la mujer, la infancia, la adolescencia, los adultos, la tercera edad, los grupos de riesgo y los enfermos crónicos.

g) La atención paliativa a enfermos terminales.

h) La atención a la salud mental, en coordinación con los servicios de atención especializada.

i) La atención a la salud bucodental."

²³ Y dentro de él, los establecimientos sanitarios públicos, les *hôpitaux publics*, cuya actividad es la única susceptible de generar la *responsabilité hospitalière* de la que trata esta tesis.

uno de los protagonistas de este estudio²⁴ y sobre todo, con el *hôpital public*, ya que su ámbito de actividad es más reducido que el propio de la asistencia sanitaria en el modelo español. Y ello porque en España, la asistencia sanitaria que presta el SNS, directamente o a través de medios privados, engloba²⁵ lo que en Francia sería la suma del *service public hospitalier* y de los llamados *soins de ville* o *soins ambulatoires*, que en el sistema español son prestaciones de atención primaria²⁶ y especializada.²⁷ Dicho de otro modo; el *service public hospitalier* se correspondería con el núcleo central de la asistencia sanitaria en el modelo español; por ser más precisos, sólo con algunas de las prestaciones, aunque quizá las más importantes, de atención especializada a las que se refiere el artículo 13²⁸ de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad

²⁴ Objeto que, como se anuncia desde el título de esta tesis y se acaba de recordar, está integrado por la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria y por la *responsabilité hospitalière*. No obstante, en razón de la forma peculiar en que está en Francia configurado el *systeme de santé*, como instrumento clave para hacer efectivo el *droit à la santé* y que como ya se está adelantando, se caracteriza por la integración del sector privado en la protección social del Estado en materia de asistencia sanitaria, resultará imprescindible referirse también, aunque incidentalmente, a la *responsabilité civile médicale*.

²⁵ El conjunto de aspectos de que se ocupa el SNS se detalla en el art. 7 de la LSNS, relativo al catálogo de prestaciones del SNS:

" 1.El catálogo de prestaciones del SNS tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. Se consideran prestaciones de atención sanitaria del SNS los servicios o conjuntos de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos.

El catálogo comprenderá las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario".

²⁶ Dentro de la atención primaria y especializada que forman parte de las prestaciones de asistencia sanitaria en el sistema español, como ya se ha dicho, se encontrarían *les soins ambulatoires*, la actividad de los *médecins de ville*, que en el *systeme de santé* francés se prestan generalmente por el sector privado, aunque con financiación mayoritariamente pública y se sujetan, en consecuencia, a un régimen de responsabilidad de Derecho Privado.

²⁷ Y que se sujetan, en todo caso, a un régimen de Derecho Público en materia de responsabilidad.

²⁸ Así, en el art. 13 de la LSNS, sobre la prestación de atención especializada, se establece:

"1. La atención especializada comprende actividades asistenciales, diagnósticas, terapéuticas y de rehabilitación y cuidados, así como aquéllas de promoción de la salud, educación sanitaria y prevención de la enfermedad, cuya naturaleza aconseja que se realicen en este nivel. La atención especializada garantizará la continuidad de la atención

del Sistema Nacional de Salud, (en adelante LSNS) y dentro de ellas, con la atención médico-sanitaria dispensada, mediante hospitalización, con o sin internamiento, en los centros sanitarios públicos o privados integrados en la red del SNS.

En suma, la *responsabilité hospitalière*²⁹ y la responsabilidad patrimonial³⁰ derivada de la asistencia sanitaria, pese a las diferencias,

integral al paciente, una vez superadas las posibilidades de la atención primaria y hasta que aquél pueda reintegrarse en dicho nivel.

2. *La atención sanitaria especializada comprenderá:*

a) *La asistencia especializada en consultas.*

b) *La asistencia especializada en hospital de día, médico y quirúrgico.*

c) *La hospitalización en régimen de internamiento.*

d) *El apoyo a la atención primaria en el alta hospitalaria precoz y, en su caso, la hospitalización a domicilio.*

e) *La indicación o prescripción, y la realización, en su caso, de procedimientos diagnósticos y terapéuticos.*

f) *La atención paliativa a enfermos terminales.*

g) *La atención a la salud mental.*

h) *La rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable.*

3. *La atención especializada se prestará, siempre que las condiciones del paciente lo permitan, en consultas externas y en hospital de día."*

²⁹ A fin de evitar los posibles equívocos a que daría lugar una traducción literal, parece aconsejable que estos términos jurídicos se mantengan en su lengua original.

³⁰ Es necesario introducir otra precisión terminológica, relativa al adjetivo "patrimonial" que acompaña al sustantivo responsabilidad y que, en la doctrina jurídica española, de manera comunmente aceptada, lo distingue de la responsabilidad civil extracontractual regida por el Derecho privado. Cuando se emplea el término *responsabilité hospitalière*, como una especie dentro del género de la *responsabilité administrative*, se designa la obligación de reparar que puede incumbir al hospital público en virtud del Derecho aplicable. El equivalente, con los matices antes señalados, a la *responsabilité hospitalière* en el Derecho español es la responsabilidad patrimonial de la Administración y, en particular, de la Administración sanitaria; sin embargo, no existe una variedad diferenciada o especialidad, propiamente tal, dentro del régimen general de la responsabilidad de la Administración. Y sobre todo, no puede sostenerse que el empleo del adjetivo "patrimonial" excluya, en modo alguno, la reparación de los daños infligidos a bienes que no tengan ese carácter patrimonial, sino personal, como es frecuentemente el caso en el sector de actividad de que se ocupa este estudio, de la integridad física, de la propia vida e, incluso, del daño moral.

El que se hable de responsabilidad patrimonial podría deberse a razones doctrinales e históricas, más que a una voluntad de negar la resarcibilidad de los daños no patrimoniales. En la obra doctrinal que desarrolló el planteamiento de la responsabilidad patrimonial que había pasado al Derecho positivo, la monografía del maestro GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, se

coinciden en que la actividad susceptible de hacerla nacer, es decir, la atención clínico-asistencial, se dispensa en el marco de un servicio público. Al margen del objeto de este estudio, quedan pues la *responsabilité médicale* y la responsabilidad civil de los profesionales y de los centros sanitarios privados, aunque sea obligado referirse a ellas de manera incidental, por compartir un mismo canon de corrección, la *lex artis*, les règles de l'art; desde el punto de vista técnico, lógicamente, la actividad clínico-asistencial en sí no cambia por el hecho de que se desarrolle en un centro público o privado.

II.- La responsabilidad por asistencia sanitaria y la responsabilité hospitalière como banco de pruebas del Derecho de la responsabilidad administrativa

En segundo lugar, dentro de esta introducción, hay que aludir a una cuestión subyacente; la relativa a la asignación de los recursos públicos

aborda la cuestión bajo el epígrafe de la responsabilidad civil de la Administración; no se refiere en parte alguna a la responsabilidad "patrimonial", si bien es cierto que el principio de garantía del patrimonio de los particulares subyace y palpita en toda esta obra (vid. las pp. 163 ó 165, donde escribe que la LEF se configura "*fundamentalmente, como una garantía integral al patrimonio del administrado (...)*"

Por otra parte, el término responsabilidad patrimonial, para designar la responsabilidad civil de la Administración, sólo se emplea en dos ocasiones en la obra del profesor Jesús LEGUINA VILLA, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Tecnos, 1970, que es la primera gran monografía sobre el tema que siguió a la antes citada. Resulta llamativo y permite considerar que quizá no se tratara de un término que estuviera perfectamente asentado entonces.

Recuérdese en este sentido que al introducirse la responsabilidad patrimonial de la Administración a través de la LEF, el art. 121 se refería a los bienes y derechos a que esta ley se refería y como sólo pueden ser objeto de expropiación y de las otras medidas limitativas los bienes y derechos de naturaleza patrimonial, de ahí, quizá, que se empezara a hablar de la responsabilidad patrimonial. Más tarde, de manera técnicamente discutible, el Reglamento de desarrollo de la LEF pasó a referirse a los bienes de cualquier naturaleza. Es posible también que el adjetivo patrimonial se uniera sistemáticamente al sustantivo responsabilidad para distinguirlo de las distintas especies de responsabilidad hasta entonces existentes en la práctica, la disciplinaria, administrativa, "política", penal, civil, etc.

disponibles, siempre escasos.³¹ Corresponde al legislador decidir, en primer término, el destino del gasto público,³² lo que puede verse afectado por la evolución de la responsabilidad. Así, cuantos más recursos deban dedicar los sistemas sanitarios de ambos países, directa o indirectamente, al pago de indemnizaciones,³³ mayor será la probabilidad de que dichos fondos terminen detrayéndose de los que deben alimentar el funcionamiento y la mejora de los propios sistemas sanitarios.³⁴ Si, además, y desde una perspectiva más amplia,

³¹ La escasez de los recursos se hace más palpable en el campo de la salud por una cierta tendencia hacia el crecimiento continuo del gasto en salud, como un bien de consumo más. Sobre este particular, el profesor Diego GRACIA GUILLÉN, en *Fundamentos de bioética*, Triacastela, 3ª ed., 2008, p.273-274, apoyándose en las teorías de Keynes, compara el consumo en salud, con el consumo de alimentos y de otros bienes de consumo,- por oposición a los bienes de producción-, en atención al umbral máximo de consumo que de ellos se puede alcanzar, que en el caso de la salud es tendencialmente creciente:

"La guerra y el armamento es uno de los consumos privilegiados, no porque sea preferible a la producción de alimentos o de viviendas, sino porque no tiene tope, porque puede estimularse de modo casi indefinido. Ahora bien, la experiencia de estas últimas décadas es que el consumo de salud tiene sorprendentes semejanzas con el de los armamentos. Por lo pronto, ambos se caracterizan por no tener tope, es decir, por poderse estimular su consumo de modo creciente, sin el peligro de que se produzca la saturación del mercado, como vimos que sucedía con los alimentos. Uno no puede comer indefinida ni continuamente, pero sí puede estar medicando continuamente. La capacidad de medicación no viene limitada más que por el tiempo y por el dinero: nadie puede medicarse más de veinticuatro horas al día, ni gastarse en salud más dinero del que tiene (...)"

³² Así se deduce de los artículos 134 y 31 CE78 y del artículo 34 CF58.

³³ Y los recursos que se dediquen a satisfacer indemnizaciones, dependerán en gran medida de las decisiones judiciales. Recuérdese sobre este particular lo que señalaba, acerca del margen de arbitrio del juez al decidir si -y en qué cuantía- se debe indemnizar, el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, en "De la eficiencia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas", en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1987, p. 100.

"(...) Adviértase que el juez, cuando le fija a la Administración una cuantía indemnizatoria -y la condena tiene una fuerza imperativa que no conviene olvidar (así, ese art. 118 de la Constitución- es de las pocas personas que ordenan un gasto sin tener en cuenta consideración presupuestaria alguna."

³⁴ A esta posibilidad alude PANTALÉON PRIETO, Fernando, en *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Cuadernos Civitas, 1995, p. 75. Después de llevar a cabo un estudio crítico de la STS de 14 de junio de 1991, que declaró, de manera -en mi opinión-, equivocada, la responsabilidad de la Administración por funcionamiento normal del servicio público de la asistencia sanitaria, expresa sus dudas sobre la bondad del sistema de responsabilidad patrimonial, tras las que subyace la cuestión, capital, de la difusa frontera entre la solidaridad y la responsabilidad:

se tiene en cuenta que raro es el sector de actividad socio-económica en el que las Administraciones públicas no intervienen de algún modo, el riesgo de que una posible hipertrofia de la responsabilidad se traduzca en una atrofia, al menos *de facto*, del margen para decidir el destino del gasto público, no es desdeñable.

Tal vez por estas razones, la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y la *responsabilité hospitalière* se han convertido desde hace algunos años en una suerte de banco de pruebas en ambos países; sus reglas se ven sometidas a una presión *indemnizadora* que amenaza con desnaturalizarlas por una cierta difuminación de sus límites y presupuestos. A esta situación se ha llegado, quizá, por un proceso natural de adaptación a una realidad social distinta de la de mediados del siglo XX, incluso en términos epidemiológicos,³⁵ que presenta hoy unas exigencias sociales diferentes³⁶ y en el que la relación clínico-asistencial ha basculado del plano esencialmente jerárquico y vertical al horizontal, de un cierto

"No veo ninguna razón convincente para conceder a doña María Teresa esos más de diez millones de indemnización, cuando no se le conceden a quien resulta igualmente incapacitado a causa de un desafortunado resbalón en la bañera. Y me parece obvio que los merecería más el segundo si, por razón de su incapacidad, él y su familia quedaran en una situación de necesidad económica más grave que la de doña Teresa y su familia. Y no tendría nada claro si no estaría aún más justificado emplear dichos millones en adquirir más aparatos de diálisis para proporcionar más años de vida a más enfermos del riñón, (...). "

³⁵ Este cambio en el panorama epidemiológico tiene también su efecto en la posición que ocupa el paciente, como ponen de manifiesto d'HALLUIN *et al.*, en "Pouvoirs et organisation à l'hôpital", en *Esprit*, janvier 2007, p.15:

"Jusque dans les années 1950, les pathologies qui donnaient lieu aux hospitalisations les plus fréquentes concernaient des situations infectieuses souvent graves, parfois mortelles. (...) Aujourd'hui, elles se reconnaissent à leur chronicité non infectieuse: maladies cardiaques et respiratoires, diabète, insuffisance rénale, cancers, dépendances diverses, sida. (...) Il s'agit de coexister avec un mal qui vous accompagnera jusqu'à votre mort, mort qui n'interviendra peut-être pas avant plusieurs dizaines d'années et qui ne sera éventuellement pas causée par ce mal. Comment continuer à accepter d'être un objet de soins, en pyjama, pour quelques jours, quand on devient organisateur de ses soins et acteur de sa santé pour trente ans?"

³⁶ La ciencia y la técnica médicas siguen descubriendo y poniendo en práctica nuevas fórmulas que permiten alargar la esperanza de vida y su calidad, a lo que acompaña en paralelo una ciudadanía cada vez más exigente y concededora de sus derechos e incluso, de los que consideran tales, como el supuesto "*derecho a la salud*".

paternalismo médico a un protagonismo del paciente regido por el principio de la dignidad de la persona y de la autonomía³⁷ que de ella nace.

Consecuencia de lo anterior es que, frente a un daño acaecido, el perjudicado -y con él la sociedad-, tenderá a descartar que sea resultado inevitable del destino y buscará un responsable o mejor dicho, un patrimonio solvente al que asignarle la obligación de reparar. Y a esto hay que añadir lo que podría llamarse una aplicación, más que equitativa, *compasiva*, del Derecho, animada por el deseo³⁸ de aliviar situaciones ciertamente drámaticas,

³⁷ Según se desarrolla en la parte primera (I), bajo el epígrafe La protección de la salud y su reconocimiento como derecho.

³⁸ Aspiración que encontramos tanto del lado de los perjudicados como del de los responsables de administrar justicia. Los primeros, porque en las sociedades prósperas en las que los avances económicos, científicos y técnicos mejoran palpablemente el nivel de vida de las personas y les incitan al consumo, -también de *salud* y de atención sanitaria- y en las que el sentido religioso de la vida parece difuminarse concomitantemente a esos avances, no se acepta como antaño la fragilidad del cuerpo humano y en consecuencia, se tiende a buscar un responsable, un porqué.

Los jueces, porque es fácil conmoverse ante situaciones tan dramáticas como muchas de las sometidas a su conocimiento y porque no es difícil que esa conmoción lleve a primar la equidad en detrimento de la regla de Derecho, en aras de encontrar un patrimonio solvente al que trasladar el daño, - preferentemente de una persona jurídica, que verá aumentar la probabilidad de resultar condenada a reparar cuanto mayor y más "impersonal" sea o cuanto mayor sea la cobertura de su seguro. Esta jurisprudencia fundada, si no exclusivamente, sí principalmente, en la equidad ha sido objeto de críticas reiteradas en la doctrina más autorizada, entre otros, por la profesora Alicia REAL PÉREZ, en su "Comentario a la Sentencia de 28 de abril de 1992", *CCJC*, núm. 29, quien señala en la pág. 545 que:

"(...) es corriente observar que el verdadero fundamento del fallo del Tribunal se halla a menudo en la necesidad de resolver equitativamente. Unas veces el fallo equitativo se encubre más o menos con argumentos jurídicos variados, pero otras veces las sentencias lo afirman sin excesivos rodeos (...) lo que no es deseable, pues el artículo 3.2 del CC sólo admite que las resoluciones de los Tribunales puedan descansar de manera exclusiva en la equidad cuando la ley expresamente lo permita y no es el caso".

A esta aplicación "*compasiva*" del Derecho, -incluso Penal, lo que es mucho más preocupante-, se ha referido también críticamente el profesor Jesús LEGUINA VILLA, en el prólogo a la obra del profesor Miguel CASINO RUBIO, *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Marcial Pons, 1998, p.10, al llamar la atención sobre esta otra forma de "huida del Derecho administrativo" en busca del Derecho penal y protagonizada por los

deseo que se ve reforzado cuando al otro lado de esa situación personal desafortunada se halla un patrimonio solvente sobre el que hacer recaer la posible reparación, sea por un seguro, sea por la Administración.

Sin embargo, este deseo, aparentemente inocuo y quizá hasta loable desde el punto de vista humano, presenta un contrapunto menos luminoso. Por ejemplo, la ya mencionada desvirtuación de los principios básicos del sistema de responsabilidad, del criterio de la culpa o del funcionamiento anormal, con la inseguridad jurídica que ello supone en un sector de actividad que es fundamental para la sociedad. Y, por extensión, otros efectos perversos, como la llamada medicina defensiva³⁹, sobre cuya existencia real cabe interrogarse y que, de practicarse sería frontalmente contraria a los intereses de los pacientes, a la deontología profesional y, además, muy difícilmente conciliable con los criterios de eficacia y eficiencia que deben presidir las actuaciones y el gasto sanitarios. O que los futuros médicos eviten elegir las especialidades que

particulares, atraídos por una mayor receptividad de la jurisdicción penal a los motivos de equidad, lo que, como certeramente pone en evidencia el trabajo de Miguel Casino, con cierta frecuencia se ha traducido en indemnizaciones más seguras, más generosas y más rápidas ante este orden jurisdiccional. *"Se ha abierto así -señala Leguina Villa-, un peligroso portillo a un uso fraudulento de la acción penal, cuya finalidad en muchos casos es estrictamente indemnizatoria"*.

También el Rapport public de 2005 del Conseil d'État (p. 285) alude a este problema, común a ambos ordenamientos, de la utilización desviada de la acción penal para conseguir una indemnización más fácilmente: *"Il reste que l'on constate une tendance croissante à rechercher la responsabilité pénale des décideurs pour des infractions non intentionnelles"*.

El profesor Lorenzo Martín-Retortillo señalaba en 1987 el peligro que supone un fenómeno, percibido ya entonces como en fase de expansión, la *"utilización disfuncional de jurisdicciones"* y en particular de la penal, al objeto de hacer recaer sobre la Administración cuantiosísimas indemnizaciones. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "De la eficiencia y de la economía...", (op. cit. en nota 33), p. 101.

³⁹ Para una referencia al fenómeno de la medicina defensiva, véase, en la Parte II, Título preliminar.- LA IMPORTANCIA Y REALIDAD DEL CONTENCIOSO DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y EN ESPECIAL, POR ASISTENCIA SANITARIA y las referencias que allí se encuentran.

se enfrentan a una mayor litigiosidad potencial o que el sector asegurador,⁴⁰ ante la indefinición reinante, se retire como lo está haciendo del mercado sanitario.⁴¹

Y cuando se dice más arriba que los principios básicos de los sistemas de responsabilidad pueden desvirtuarse, importa resaltar, por obvio que pueda parecer, que no es que se trate de principios sacrosantos que hayan de permanecer inmutables en el tiempo; la simple observación de la realidad desmentiría de inmediato tan candorosa pretensión.⁴² De lo que se trata es de

⁴⁰ En España, pese a la obligación introducida en la Ley 44/2003, de ordenación de las profesiones sanitarias (art. 46) son pocas las aseguradoras, que con AMA trabajan en el ramo de la responsabilidad civil médica. En Francia fue precisa la intervención del legislador, primero, a través de la Ley de 4 de marzo de 2002, para garantizar la asegurabilidad de todos los profesionales y centros sanitarios. Y, después, ante la reacción del sector asegurador, a través de la conocida como *Loi About*, de 30 de diciembre de 2002, adoptada para traspasar a la solidaridad nacional la indemnización de determinados riesgos que, según la Ley de 4 de marzo de 2002 recaían sobre los centros sanitarios y sus aseguradoras. Tratan, entre otros, este tema LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, Alfonso; "El seguro médico obligatorio en responsabilidad sanitaria: referencia especial al caso francés y a su sistema alternativo en la resolución de conflictos creados por accidentes médicos" *REDA* nº 121, 2004, p. 67 y ss. y PANSIER, Frédéric-Jérôme, "L'obligation d'assurance des professionnels et des établissements", *LPA*, 19 juin 2002, nº 122, p. 93.

⁴¹ En cualquier caso, tanto la percepción, tan extendida en el sector sanitario, de una supuesta avalancha de demandas o reclamaciones frente a los profesionales y establecimientos sanitarios, como las prácticas calificables como medicina defensiva, que con cierta frecuencia no son tales sino que vienen exigidas por la prudencia, han de ser analizadas con sumo rigor para discernir si nos hallamos ante un verdadero problema o si, por el contrario, se trata de algo que se percibe generalmente como tal, fundamentalmente, porque se viene repitiendo como si se tratara de un hecho cierto. Sin embargo tal análisis es muy difícil de realizar ante la inexplicable inexistencia de estadísticas oficiales sobre el particular, lo que es común no sólo a Francia y a España, sino a otros países, como el Reino Unido.

⁴² La preocupación ante los cambios y transformaciones del Derecho y la sensación de encontrarse ante trances críticos y decisivos no son, huelga decirlo, fenómenos nuevos; pueden rastrearse desde las épocas más remotas y son, quizá paradójicamente, un importante factor de cambio en sí mismos.

Valgan como muestra de esta sempiterna preocupación las reflexiones sobre el particular del maestro de Burdeos, Léon DUGUIT en *Les transformations du droit public*,

que la evolución que experimente guarde una cierta coherencia con el conjunto del ordenamiento jurídico⁴³ y con la realidad social y económica en la que se desenvuelven, para que pueda alcanzarse la mayor proximidad al ideal de justicia que lo anima, conciliando los distintos derechos e intereses en presencia.

En cualquier caso, ha de tenerse presente que en el centro del *service public* hospitalier, del servicio público de la asistencia sanitaria, encontramos las actuaciones clínico-asistenciales, los actos médicos, sean diagnósticos, terapéuticos, conservativos o paliativos que se ejecutan a diario en cada centro sanitario y a los que es inherente, en mayor o menor medida, la noción de riesgo, por lo que la probabilidad de que se produzcan daños o resultados distintos de los esperados es muy alta. Por esta razón resulta obligado estudiar y analizar en qué categorías generales de supuestos debe responder la

Librairie Armand Colin, París, 1913, donde llama la atención sobre la necesidad de estudiar los cambios que experimenta el Derecho Público y expresa la sensación, confirmada por los acontecimientos que se sucedieron en los siguientes decenios, de encontrarse en un periodo crítico. En este sentido, afirma en la p. X de su introducción:

"Qu'on le veuille ou non, tout nous paraît démontrer que les notions fondamentales, qui étaient naguère encore à la base des institutions juridiques, se désagrègent pour faire place à d'autres, que le système de droit, sur lequel nos sociétés modernes avaient jusqu'à présent vécu, se disloque et qu'un nouveau système s'édifie sur des conceptions tout à fait différentes. Est-ce un progrès ou un recul? Nous n'en savons rien. En science sociale de pareilles questions n'ont guère de sens. A coup sûr c'est différent, profondément différent. "

Desde una perspectiva más realista, el profesor Alejandro NIETO GARCÍA, en *Estudios históricos sobre la Administración y el Derecho Administrativo*, INAP-Colección de estudios de Historia de la Administración, 1986, p. 12, sostiene que, pese a los cambios, en apariencia a veces incluso brutales, hay unas cuestiones subyacentes que permanecen:

"(...) en el núcleo de la Sociedad y del Estado anidan unos problemas constantes, que sobreviven a los avatares de la evolución histórica. Los acontecimientos propios de cada época inciden sobre ellos; pero de ordinario, no para hacerlos desaparecer sino, mucho más simplemente, para darlos nuevas soluciones o salidas. De esta forma, el tejido social del Estado se compone siempre de los mismos elementos estructurantes, que las evoluciones - e incluso las revoluciones- se limitan a articular de manera distinta".

⁴³ De nuevo, se manifiesta la actualidad de *L'ordinamento giuridico* de SANTI ROMANO. Véase la versión española publicada en 1969 por el Instituto de Estudios Políticos, edición preparada por los profesores Sebastián y Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER y precedida por el estudio introductorio del primero.

Administración, qué tratamiento jurídico se ha de dispensar al riesgo médico,⁴⁴ al *aléa* médico⁴⁵ y sobre quién habrán de pesar las consecuencias dañosas a que pueda eventualmente dar lugar ese riesgo médico que se nos presenta por lo demás bajo formas variadas y cambiantes, conocidas e incluso desconocidas.⁴⁶

III.- Dos sistemas de responsabilidad que desde puntos de partida diferentes convergen relativamente hacia un mismo objetivo

Así, desde el análisis de ambos ordenamientos, se estudia en las páginas que siguen las respuestas que se ofrecen a estas cuestiones en un sistema de responsabilidad administrativa como el francés, de origen fundamentalmente jurisprudencial⁴⁷ y de corte subjetivo, basado principalmente

⁴⁴ En la Parte II, bajo el epígrafe A), capítulo II se aborda la cuestión del tratamiento del riesgo.

⁴⁵ Sobre la preferencia del término *aléa médicale*, ya que englobaría también los supuestos derivados de actos diagnósticos, respecto al de *aléa thérapeutique*, de utilización quizá más frecuente, véase DUPRAT, Jean Pierre, "L'aléa médical", en *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique?*, Les colloques du Sénat-Actes du colloque organisé par l'université Paris 13 avec le concours du ministère de l'éducation nationale le 11 et 12 mai 2001, p. 359 a 375 y en particular, en la p. 360.

⁴⁶ Piénsese en la problemática jurídica, ética y política que suscitan los llamados riesgos de desarrollo o riesgos del progreso, *le risque du développement*, de manera especial en el ámbito sanitario. Resultan muy ilustrativos sobre el particular los trabajos del profesor José ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, Ariel, 1999 y el número 265-266, del año 2003, de *Documentación Administrativa*, de 2003, titulado "Derecho Administrativo: Ciencia y Tecnología".

⁴⁷ Con carácter general para el conjunto del Derecho Administrativo, lo pone de relieve CHAPUS, René, *Droit administratif général*, T. 1, Montchrestien, 15ª ed., 2001, p. 6, donde afirma que el Derecho Administrativo es "*un droit fondamentalement jurisprudentiel*" y ya refiriéndose concretamente a las fuentes y al espíritu del derecho de la responsabilidad de la "*puissance publique*", reitera esta afirmación en la p.1229, (n.º 1401).

El célebre *arrêt Blanco* del *Tribunal de Conflits*, de 8 de febrero de 1873, considerado como una de las piedras angulares del Derecho Administrativo francés, representa un buen ejemplo de lo que acaba de señalarse. LONG, Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DELVOLVÉ, Pierre, GENEVOIS, Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 12ª ed, 1999. Un desgraciado accidente, -el atropello de la niña Agnès Blanco por una vagoneta de la fábrica de tabacos, explotada en *régie*, de Bacalan, en Burdeos-, propició que el

en la noción de *faute* o culpa, aunque más o menos objetivada a través de distintas técnicas de creación pretoriana y, por otro lado, las respuestas que brinda a estas mismas cuestiones un sistema como el español, obra del legislador⁴⁸ y de corte objetivo, en tanto en cuanto la culpa -el funcionamiento anormal del servicio público-, no es el fundamento del sistema, lo que no quiere decir, sin embargo, que sea un elemento irrelevante. Dos sistemas de responsabilidad administrativa que, partiendo de orígenes distintos y a través de técnicas distintas, atienden a una misma finalidad primordial de todo Estado de Derecho,⁴⁹ que no es otra que la de proteger los derechos e intereses legítimos de la persona, también frente a determinadas consecuencias dañosas que puedan seguirse de la actividad administrativa. Dos sistemas, pues, que, en el concreto ámbito sanitario, permiten apreciar una cierta convergencia⁵⁰ en ambos países en cuanto al nivel de protección de los usuarios del servicio público de la asistencia sanitaria y del *service public hospitalier*.

Tribunal des Conflits consagrara tanto el principio de la responsabilidad del Estado, aunque matizadamente, por los daños causados por los servicios públicos, como, sobre todo, la competencia de la jurisdicción administrativa en la materia. La demanda del padre ante los tribunales civiles para que se declarara la responsabilidad civil del Estado, fundada en los artículos 1382 a 1384 del *Code civil*, dio lugar al conflicto jurisdiccional resuelto mediante el *arrêt Blanco*.

⁴⁸ Si bien existe algún antecedente normativo, como se detalla más adelante, es comúnmente aceptado que el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración hoy vigente en España encuentra su origen en una construcción doctrinal debida al profesor García de Enterría y que se plasmó en el artículo 121 y ss. de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) de 16 de diciembre de 1954. La encontramos expuesta en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956. Existe una reimpresión de la editorial Civitas, de 1984.

⁴⁹ "(...) la responsabilidad patrimonial de la Administración resulta una pieza sustancial dentro del Estado social y democrático de derecho (...) ha de tener sus contornos", escribía en 1987 el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO en "De la eficiencia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas", en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1987, pp. 97-140; la cita se encuentra en las pp. 99 y 100.

⁵⁰ Como pone de manifiesto en Alfonso LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, *La convergence de la responsabilité hospitalière en France et en Espagne, Étude comparée*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005.

Por otro lado, la asistencia sanitaria, dentro de las prestaciones que compete asegurar a los poderes públicos, es la manifestación más visible del derecho a la protección de la salud⁵¹ reconocido en las sociedades avanzadas que, como Francia y España, se caracterizan por la marcada orientación social de sus sistemas jurídico-políticos.⁵² En esta misma línea de asegurar un nivel de protección elevado al paciente-usuario-ciudadano y en coherencia con la orientación social antes mencionada, parece oportuno interrogarse también acerca de la oportunidad de recurrir a otros mecanismos, inspirados en el principio de solidaridad nacional, que, al margen de los sistemas de responsabilidad,⁵³ permitan ofrecer algún tipo de amparo a las personas que sufran determinados perjuicios con ocasión de la prestación de la asistencia sanitaria, cuando no concurren los presupuestos exigidos para que nazca la responsabilidad administrativa. La aparición de fondos de indemnización⁵⁴ en ambos países para cubrir determinados daños, independientemente de que haya mediado culpa o no en la producción del daño, constituye una manifestación más de esta tendencia hacia la mayor protección de los usuarios del sistema público de salud y de los pacientes en general, dado que estos

⁵¹ Baste señalar por el momento que en el art. 43 CE 78, dentro de los principios rectores de la política económica y social, se proclama "*El derecho de todos a la protección de la salud*", así como el deber de los poderes públicos de arbitrar los sistemas y medidas de protección adecuados para hacer efectivo tal derecho.

En términos similares, dentro de las normas con rango constitucional en el Derecho francés, en el llamado bloque de la constitucionalidad, encontramos una referencia también a la protección de la salud pública, un objetivo de valor constitucional extraído del Preámbulo de la Constitución de 1946, según ha establecido el *Conseil Constitutionnel*, entre otras en su decisión de 22 de enero de 1990 y nos recuerda LEVADE, Anne, "Les objectifs de valeur constitutionnelle, vingt ans après", en AA.VV., *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 693-694.

⁵² Véase el desarrollo de esta afirmación en la Sección 1.1.- Del Estado liberal al Estado social.

⁵³ Y quizá justamente para preservar sus rasgos y funciones característicos de los sistemas de responsabilidad.

⁵⁴ Por ejemplo los fondos creados por el legislador para atender a los perjudicados por transfusiones de hemoderivados contaminados con el VIH, VHC o los afectados por la asbestosis, el FIVA.

fondos cubren en ocasiones también, - en Francia, aunque no en España,⁵⁵- los daños acaecidos en el sector sanitario privado.

Para terminar estas líneas introductorias, conviene resaltar que en ambos ordenamientos se han introducido algunas modificaciones legislativas de importancia, que sin duda no son ajenas a la tan mencionada tensión a que están sometidos sus sistemas de responsabilidad y que afectan a la antes citada convergencia entre ambos sistemas. Así, del lado español, destaca la referida al concepto de lesión indemnizable introducida en el art. 141 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (en adelante, LPC o L. 30/92), por la Ley 4/1999,⁵⁶ de 13 de enero y que afecta a una pieza clave del sistema de responsabilidad patrimonial, la antijuridicidad.⁵⁷ Del lado francés, la Ley de 4 de marzo de 2002⁵⁸, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud, que, reafirmando el principio de responsabilidad por culpa, establece un mecanismo de conciliación y de reparación, -tanto para la sanidad pública como para la privada-, de determinadas categorías de daños, entre los que figuran los derivados de accidentes médicos, de infecciones nosocomiales o de afecciones yatrogénicas, siempre que estos daños accidentales se produzcan sin mediar culpa o negligencia y reúnan otras condiciones relativas a su gravedad.

⁵⁵ En España el fondo, creado por la ley de acompañamiento de 1990, para indemnizar a los perjudicados por transfusiones de hemoderivados contaminados por el VIH, sólo cubre a los que hayan recibido esas transfusiones en centros del sistema público de salud, a diferencia de lo que sucede con el fondo creado en Francia, que cubre a todos los afectados, lo hayan sido por actuaciones en centros públicos o privados, sin distinción.

⁵⁶ Véanse por todos, los comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, dirigidos por el profesor José Luis PIÑAR MAÑAS, *La reforma del procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 4/1999 de 13 de enero*, Dykinson, 1999.

⁵⁷ Como se detalla más abajo, en el sistema vigente en el Derecho español en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, (art. 141 LPC), la antijuridicidad se predica del daño, en la medida en que el perjudicado no esté obligado a soportarlo y no de la conducta dañosa, como es lo propio de los sistemas de responsabilidad de base subjetiva.

⁵⁸ *Loi n° 2002-303, du 4 mars 2002 relative aux droits de malades et à la qualité du système de santé*. J.O. Numéro 54, du 5 Mars 2002, p. 4118.

En suma y como se sostiene en las páginas que siguen, estos cambios legislativos no han supuesto el final de la relativa convergencia en lo que se refiere al nivel de protección de los pacientes-usuarios de la sanidad pública, que por unos títulos o por otros, tiende a ser cada vez mayor. Sin embargo, esta tendencia convergente se ve matizada por las recién citadas reformas legislativas, al situarse un paso por delante el ordenamiento francés en lo relativo a la cobertura de determinado tipo de daños, mientras que en España se ha querido limitar la responsabilidad en ciertos supuestos, excluyendo la indemnizabilidad de los daños derivados de los riesgos de desarrollo.⁵⁹ Desde esta perspectiva, no ha de perderse de vista tampoco el influjo del Derecho Comunitario como factor de aproximación en campos como el de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.⁶⁰ Y es que, no en vano, ambos ordenamientos tratan de afrontar unos desafíos y problemas que son sustancialmente idénticos. Cómo dar respuesta, desde una perspectiva jurídica, a una serie de cuestiones ligadas al riesgo propio de toda actuación sanitaria, cuando la experiencia parece enseñarnos que la culpa o el funcionamiento anormal del servicio público sanitario no puede ser el único criterio, pero que tampoco puede prescindirse de él.⁶¹ Y todo ello, en un

⁵⁹ Véanse, respecto a la problemática que suscita la responsabilidad por los riesgos de desarrollo de los hemoderivados, los trabajos de MUGA MUÑOZ, José Luis, "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por el contagio del SIDA", *RAP*, núm. 136, 1995, pp. 277-308 y de COMINGES CÁCERES, Francisco, "Análisis jurisprudencial de la responsabilidad administrativa por contagio de hepatitis C", *RAP*, núm. 155, 2001, pp. 193-222, especialmente en la p. 220.

⁶⁰ Es un factor más que contribuye a una cierta convergencia en materia de responsabilidad, aunque sea a través de la vía indirecta de la libertad comunitaria de circulación de mercancías. Véase sobre esta cuestión la nota 101.

⁶¹ Respecto al resurgimiento de la culpa en la evolución de la responsabilidad en el Derecho Público y en el Derecho Privado francés, véase el trabajo de LOCHAK, Danièle, "Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation", en CHEVALLIER, Jacques, (dir.), *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, p. 282., afirma que, en el fondo, la problemática que rodea la responsabilidad civil y la responsabilidad administrativa está bastante interrelacionada;

entorno social cada vez más exigente, que por principio, aspira cada vez más a la cobertura plena y universal de la generalidad de los daños, sin detenerse a sopesar las repercusiones de todo orden que la realización de tal aspiración pueda ocasionar.

* * * * *

A tratar todas estas cuestiones se dedican las páginas que siguen, que se han estructurado en dos partes:

Una, (la II), en la que se aborda el análisis de la aplicación de ambos sistemas de responsabilidad administrativa en el ámbito del Sistema Nacional de Salud y en el *hôpital public*, en los que con distinta intensidad, están presentes la idea de culpa o *faute* junto a formas de responsabilidad sin culpa y en un segundo momento, se abordará la problemática ligada a algunas formas de socialización del riesgo y a la difusa y difícil de trazar frontera entre la responsabilidad y la solidaridad y

Otra, (la I), en cuyo último gran apartado II) se trata de la incidencia de la organización del servicio público de la asistencia sanitaria, del *systeme des soins de santé*, en el régimen jurídico de la responsabilidad en que pueda incurrir, mientras que en el primer gran apartado I) se aborda la evolución de este servicio público hacia una mayor participación ciudadana, después de haber analizado, primeramente, el surgimiento del derecho a la protección de la salud y la organización del servicio público de la asistencia sanitaria, las estructuras públicas o bajo responsabilidad pública que buscan dotar de un contenido efectivo ese derecho en ambos países.

** * * * *

por un lado, resulta imposible abandonar totalmente la culpa y por el otro, resulta imposible también fundar todo el derecho de la responsabilidad sobre la culpa.

Parte I.- EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD⁶² Y LAS ESTRUCTURAS CREADAS PARA ATENDERLO. HACIA UNA CONVERGENCIA FUNCIONAL DESDE UNA ORGANIZACIÓN DIFERENCIADA QUE CUENTA CON SUS PROPIOS FUNDAMENTOS DE RESPONSABILIDAD

Como parece lógico, la identidad propia de cada ordenamiento va a tener su correlato en sus respectivos sistemas de responsabilidad; sea ésta pública o privada, veremos más adelante qué puntos de convergencia y de divergencia presentan. De manera análoga, el derecho a la protección de la salud, su contenido y límites, así como la estructura y las características del servicio público de la asistencia sanitaria y del service public hospitalier son distintos, por lo que conviene abordar su estudio dentro de un primer gran apartado (I), mientras que la incidencia que esas diferencias organizativas puedan tener en el régimen de responsabilidad serán tratadas en un segundo gran apartado (II), dentro de esta primera parte.

Así, en el anunciado primer epígrafe **(I) El derecho a la protección de la salud y su concreción a través de sistemas públicos estructurados de manera distinta**, se analizan los distintos modelos organizativos creados para

⁶² Conviene precisar que hay muchas materias que están relacionadas directamente con la sanidad y los servicios públicos que velan por ella y que son de la mayor trascendencia, como los regímenes de seguridad social y sus prestaciones o los distintos vectores en que se descompone el derecho a la protección de la salud, (salud pública, ambiental, laboral y alimentaria, entre otros). No obstante su importancia, únicamente serán abordadas aquí de manera tangencial, en la medida en que se encuentren relacionados con el objeto de estudio de esta tesis, el servicio público de la asistencia sanitaria y la responsabilidad que de él puede derivarse.

hacer efectivo un mismo derecho a la protección de la salud, lo que se hará en dos títulos sucesivos, uno primero (Título I LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SU RECONOCIMIENTO COMO DERECHO), relativo al derecho a la protección de la salud, su reconocimiento como tal, primero en la esfera internacional, después en los textos constitucionales de ambos países y en su ordenamiento jurídico y un segundo, (Título II LAS FÓRMULAS ORGANIZATIVAS CREADAS PARA MATERIALIZAR EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: UNA CONVERGENCIA FUNCIONAL MATIZADA POR UNA DIVERSIDAD ORGANIZATIVA) relativo a la estructura organizativa dispuesta para atenderlo y dotarlo de un contenido efectivo.

I) EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SU CONCRECIÓN A TRAVÉS DE SISTEMAS PÚBLICOS ESTRUCTURADOS DE MANERA DISTINTA

Se ha mencionado ya en la introducción que los poderes públicos, tanto en Francia como en España, han recibido de manera más o menos explícita el mandato constitucional de organizar y tutelar la salud pública y de promover las condiciones para que el derecho a la protección de la salud sea real y efectivo, así como de remover los obstáculos que impidan y dificulten su plenitud.⁶³ Tal mandato del constituyente va a tener por corolario la existencia de toda una variedad de estructuras públicas y, en su caso también, privadas, - bajo la supervisión y control de la Administración o en colaboración con ésta bajo distintas formas-, que tienen encomendadas esa actividad de tanta trascendencia e interés público como es la organización y tutela de la salud pública y la consiguiente garantía del derecho a la protección de la salud de los ciudadanos a través de un conjunto de prestaciones médico-sanitarias. Existen, pues, sobrados elementos como para calificar de servicio público,⁶⁴ al menos

⁶³ Así puede afirmarse, en lo que concierne específicamente a España, de una lectura integrada de lo dispuesto en los artículos 9.2 y 43 CE. En lo relativo a Francia, puede llegarse a una conclusión muy similar, como lo ha hecho el *Conseil Constitutionnel*, a partir de la lectura conjunta del Preámbulo de la Constitución de 1946, donde se proclama que la Nación "*garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé (...)*" y del art. 1º de la Constitución de 1958:

"La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. (...)"

⁶⁴ Sin poder ignorar la dificultad de definir, si es que es posible, el concepto de servicio público, es preciso referirse sobre el particular a uno de los autores más sobresalientes de la doctrina española, el profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, que ha estudiado este tema, entre otros, en su trabajo *Instituciones de Derecho Administrativo*, Thomson-Civitas, 2006.

en el sentido amplio del término, el conjunto de esta actividad, el *service public hospitalier* y el servicio público de la asistencia sanitaria, con todo lo que ello supone a los efectos de la aplicabilidad de un régimen jurídico particular y, sobre todo, a la responsabilidad que sobre su adecuado desarrollo tendrá en última instancia la Administración. Y partiendo de esta importante característica común, son muchos los rasgos distintivos de ambos sistemas. Por ejemplo, en lo relativo al reconocimiento del derecho fundamental a la protección de la salud, según se desarrolla en el Título I, a continuación de una referencia preliminar a la protección de la salud, tanto desde la perspectiva internacional como, ya en el ámbito interno francés y español, a su progresiva transformación en una serie de derechos subjetivos públicos a recibir unas determinadas prestaciones.

⁶⁵ En la doctrina francesa, es obligada la cita de la definición de servicio público que ofrece el maître de Bordeaux, Léon DUGUIT, en *Les transformations du droit public*, ya citado en la nota núm. 42, p. 51.

"(...) c'est toute activité dont l'accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par les gouvernants, parce qu'il est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendence sociale et qu'il est de telle nature qu'il ne peut être assuré complètement que par l'intervention de la force gouvernante".

Para el profesor René CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien (t.1), 2001, p. 579, coincidentemente, aunque sin la carga filosófico-ideológica presente en la anterior:

"(...) une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public".

Más recientemente, en "L'idée de service public en droit français et en droit allemand", in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume. Le droit administratif: permanences et convergences*, Dalloz, 2007, pp. 723-735 y, en concreto en la p. 725, el profesor Franck MODERNE levanta acta de la dificultad de definir esta categoría, reconociendo que

"Il est vrai que le droit français était lui-même, depuis l'origine, à la recherche d'une définition du service public. "

Título I.- LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SU RECONOCIMIENTO COMO DERECHO

Capítulo 1.- La génesis del derecho a la protección de la salud en las sociedades avanzadas; una perspectiva general e internacional

Una de las consecuencias más palpables que para los ciudadanos ha tenido la progresiva transformación del Estado liberal⁶⁶ clásico en lo que se conoce como Estado social,^{67,68} experimentada en el último siglo y en particular

⁶⁶ Puede afirmarse que, en materia sanitaria, el Estado liberal sigue, en lo esencial, la línea mantenida bajo el Antiguo Régimen, caracterizada por la preocupación por la salud pública desde una perspectiva colectiva, la de la salubridad, fundamentalmente con relación a las enfermedades epidémicas.

⁶⁷ Sobre las implicaciones que para la configuración de la Administración supone la adopción de los postulados del Estado social, véase PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado social y Administración pública*, Madrid, Civitas, 1983.

⁶⁸ Por su interés, parece oportuno mencionar, aunque sólo sea para evocarla y sin perjuicio de que luego se trate cómo puede el principio de precaución influir en la responsabilidad, la teoría de François EWALD, acerca de un nuevo estadio en la evolución del Estado, que él llama el *Estado de precaución*, como la forma evolucionada de organización política que deberá hacer frente a los riesgos que genera la vida tecnificada actual. Véase EWALD, François, "L'État de précaution", en *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public du Conseil d'État, 2005, p 359-367. Nos encontraríamos, según las tesis de este autor, no ya ante el Estado policía, ni ante el Estado social, sino ante el Estado de precaución, (pp. 359 a 361), como:

"(...) une forme inédite de rapport "savoir-pouvoir, qu'il décrit la naissance d'une nouvelle figure politique, dont le programme devrait être cherché du côté du développement durable (...) L'État de précaution naît dans des circonstances où se conjoignent quatre changements majeurs dans les risques: (...) dans leur nature et leur perception (...) dans l'échelle d'espace et de temps (...) dans le rapport au savoir, qui semble moins nous protéger que nous exposer, qui fait naître les risques, les produit sans pouvoir bien les mesurer. Changement, enfin, dans la philosophie de la responsabilité, qui connaît de moins en moins l'exception de force majeur et nous rend responsables de tout "

No se trataría de una forma política terminada, sino que está en construcción, es balbuceante, incierta e inestable. Su lenta construcción, afirma F. Ewald, conduce a modificar la Constitución en sus principios fundamentales, a reorganizar el Estado en sus funciones de

en la segunda mitad del s. XX, tiene que ver quizá con el papel, cada vez más relevante, que los poderes públicos han ido asumiendo en la esfera de los llamados derechos económicos y sociales y, entre ellos, de la atención de la salud individual de los ciudadanos, tal como se desarrolla a continuación.

Sección 1.1.- Del Estado liberal al Estado social⁶⁹

Durante el Antiguo Régimen⁷⁰ y después, con la formación del Estado liberal clásico, puede afirmarse con carácter general que las cuestiones de salud pública y la atención de la salud individual de los ciudadanos se

policía, a imaginar nuevas prácticas de la democracia, distintas de la democracia representativa.

"L'État de précaution est la forme politique qui naît d'un art de gouverner centré, organisé, programmé autour de la gestion des risques. (...) n'est pas le complément des anciens formes de l'État. Il a plutôt vocation à les intégrer, les reprendre, les reformuler dans son nouveau concept".

Concluye afirmando (p.367) que este nuevo planteamiento, que reconfigura las potestades de policía del Estado, ha de hacerse, además, sin menoscabo de las libertades públicas:

"À l'age de la précaution, le risque constitue la matière même du politique, ce qui l'institue et fait la trame du rapport des gouvernants et gouvernés" y con este reto fundamental: *"comment faire que l' État de précaution, qui repolitise les libertés dans le cadre d'une nouvelle forme de police, ne se construisse au détriment des libertés publiques?"*

⁶⁹ Comúnmente denominado en la doctrina francesa *État-providence*.

⁷⁰ En lo que respecta a la asistencia social, ámbito en el que se desenvolvía entonces lo que hoy sería una cierta atención sanitaria, desde mediados del siglo XVIII, en la España ilustrada de Carlos III, bajo el impulso de Campomanes, se busca reducir la influencia de la Iglesia católica en la enseñanza y en lo que hoy llamaríamos servicios sociales, sustituyendo su acción por la del Estado. Esta política se concretó, entre otras cosas, en 1767 con la expulsión de los jesuitas de los dominios españoles y ya instaurado en España un incipiente Estado liberal, con la Constitución de 1812, se culminó con las políticas desamortizadoras de mediados del s. XIX. En Francia se dio un proceso similar, aunque más precoz; los jesuitas fueron expulsados cinco años antes que en España y el proceso de reducción de la influencia de la Iglesia se aceleró de manera radical con la Revolución Francesa con la supresión de los cuerpos intermedios. Puede verse sobre este particular la obra de Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Tomo I, Thomson-Civitas, 2004 y en particular, sobre la creación y el desarrollo de los servicios públicos sociales, en las pp. 724 y ss.

abordaban desde una perspectiva limitada y residual. En primer lugar, porque las actuaciones de los poderes públicos estaban, en el conjunto de su actividad, inspiradas por el principio de intervención mínima y, en lo que se refiere al ámbito sanitario, por el dogma decimonónico⁷¹ de la autosuficiencia del individuo para cuidar de su propia salud.⁷² En el Estado liberal, como antes en el Antiguo Régimen, se actuaba ante situaciones de necesidad graves que pudieran tener además una dimensión colectiva y, de manera especial, con relación a ciertas enfermedades infecciosas que causaban alarma social, como la tuberculosis o la lepra. En estos casos, la intervención pública en la sanidad se llevaba a cabo, fundamentalmente, a través de medidas de policía y de la

⁷¹ Dogma que, teniendo un fondo de verdad, seguramente sea heredero de la visión que numerosos autores de siglos anteriores tenían de las instituciones de carácter asistencial en general; son necesarias, pero no deben fomentarse, ya que alimentan la pereza. Así, por ejemplo, MONTESQUIEU, *De l'esprit de lois*, livre XXIII, chapitre XXIX, GF Flammarion, 1979, a propósito *Des hôpitaux*, escribe en la p. 134 que " (...) *l'État est souvent obligé de pourvoir aux besoins des vieillards, des malades ou des orphélins*" y que éste, el Estado, tiene unas obligaciones y "*qui doit à tous les citoyens une subsistance assurée, la nourriture, un vêtement convenable, et un genre de vie qui ne soit point contraire à la santé*". Continúa después argumentando (p.135) que la contingencia, altamente probable, de que "*les ouvriers (ne) soient dans une nécessité momentanée*" por los avatares del comercio hace necesaria la intervención del Estado para evitar el sufrimiento o una revuelta:

"C'est pour lors que l'État a besoin d'apporter un prompt secours, soit pour empêcher le peuple de souffrir, soit pour éviter qu'il ne se révolte: c'est dans ces cas qu'il faut des hôpitaux, ou quelque règlement équivalent, qui puisse prévenir cette misère.

Mais, quand la nation est pauvre, la pauvreté particulière dérive de la misère générale; et elle est, pour ainsi dire, la misère générale. Tous les hôpitaux du monde ne sauraient guérir cette pauvreté particulière: au contraire, l'esprit de paresse qu'ils inspirent augmente la pauvreté générale, et par conséquent la particulière.

Henri VIII voulant réformer l'Eglise d'Angleterre, détruisit les moines, nation paresseuse elle-même, et qui entretenait la paresse; parce que, pratiquant l'hospitalité, une infinité de gens oisifs, gentilshommes et bourgeois, passaient leur vie à courir de couvent en couvent. Il ôta encore les hôpitaux où le bas peuple trouvait sa subsistance, comme les gentilshommes trouvaient la leur dans les monastères. Depuis ce changement, l'esprit de commerce s'établit en Angleterre".

⁷² A este dogma se refiere la Ley General de Sanidad de 1986 en el apartado I de su Exposición de Motivos y añade, justo después, una interesante explicación acerca del porqué empiezan los poderes públicos a abandonar su posición abstencionista en materia de asistencia sanitaria.

"Cuando ese dogma se quiebra a ojos vista en virtud del crecimiento de un sistema de previsión dirigido a los trabajadores, también ese sistema crea sus propias estructuras sanitarias que se establecen al margen de la organización general, y funcionan conforme a políticas e impulsos elaborados con separación, aunque explicados por las nuevas necesidades y avances tanto en el campo de la salud y enfermedad como en los nuevos criterios que se van imponiendo de cobertura social y asistencia sanitaria."

creación de hospitales y hospicios de beneficencia que tenían por misión la de atender y, de paso, -cuando no primordialmente-, apartar de la sociedad a esos enfermos señalados y a los pobres. Como señala el profesor Jean-Pierre Duprat, prevalecía "*une approche plaçant sur le même plan la lutte contre la maladie et celle contre les problèmes sociaux (mendicité)*".⁷³

Así, en la actividad de carácter sanitario del Estado liberal predominaba la perspectiva preventiva que velara por el mantenimiento de la salud de la colectividad,⁷⁴ frente a la asistencial que atendería de manera importante también la salud de los individuos; es decir, primaba un enfoque propio de la policía sanitaria, íntimamente ligada al objetivo de mantener la salubridad y el orden públicos,⁷⁵ en aras de impedir la propagación de enfermedades epidémicas y en detrimento de un enfoque verdaderamente sanitario, tal como se entiende hoy, más cercano al concepto integral de salud pública.⁷⁶ Sirva como muestra de este enfoque dominado por la perspectiva de la policía sanitaria, la cita de la Instrucción para los subdelegados de Fomento, aprobada por R.D. de 30 de noviembre de 1833 y debida a D. Javier de Burgos, donde con relación a la sanidad, se puede leer:⁷⁷

⁷³ "*Un enfoque que sitúa en un mismo plano la lucha contra la enfermedad y la lucha contra los problemas sociales (mendicidad)*", DUPRAT, Jean-Pierre, "L'hôpital et la commune (XIXe et XXe siècles)", en Comité d'Histoire de la Sécurité sociale, *Mélanges P. Guillaume*, 2004, p. 136.

⁷⁴ En esta línea, puede leerse en SANTAMARÍA DE PAREDES, V., *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1888, 2ª ed., p. 372, lo siguiente:

"Como la salud se refiere a la vida del individuo, obra del individuo debe ser su conservación (...) Sin embargo, la higiene puede ser objeto de la Administración considerada en su aspecto social".

⁷⁵ Prueba lo que acaba de afirmarse el hecho de que en España no se creara el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social hasta el R. D. 1553/1977, de 4 de julio y que hasta entonces, las competencias en la materia estaban atribuidas al Ministerio de la Gobernación, después, del Interior y, dentro de él, a la Dirección General de Sanidad.

⁷⁶ Apréciase la distancia con la definición de salud que se incluye entre los principios de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York y firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (*Off. Rec. Wld Hlth Org.; Actes off. Org. mond. Santé*, 2, 100), entró en vigor el 7 de abril de 1948. "*La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.*"

⁷⁷ En este cuerpo hermoso de doctrina en donde abundan preceptos de buena administración y de máximas muy sabias y muy liberales, según se describe en MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo, *Diccionario de la Administración española, peninsular y ultramarina*, Tomo VI, 2

"XXIX. La sanidad escitará la solicitud paternal de la Administración, que desde luego trabajará para obtener los datos propios para que las precauciones destinadas a impedir la propagación de las enfermedades contagiosas surtan su efecto sin perjuicio de otros intereses. Hasta ahora se limitó comúnmente a los contagios importados por vía de mar. Pero las atribuciones de este ramo no deben quedar circunscritas a tan estrecha esfera, y proponiendo al Gobierno lo conveniente para que se mejoren y uniformen las medidas para evitar la introducción y circulación de los contagios exóticos, deben los subdelegados de Fomento extender su vigilancia a las demás enfermedades epidémicas. (...)"

Ya en el siglo XX y, en particular, después de la Segunda Guerra Mundial, con la evolución hacia lo que se conoce como Estado social, los poderes públicos irán asumiendo un protagonismo cada vez mayor en un número creciente de sectores, adoptando un papel beligerante, activo y transformador de la realidad social para procurar que los derechos de contenido económico y social se fueran dotando de un contenido real y efectivo; entre ellos, destaca el relativo al cuidado de la salud de los ciudadanos y personas que se encuentren en su ámbito territorial. Este nuevo papel de los poderes públicos se ha traducido necesariamente en un notable incremento del gasto en sanidad en los países que han adoptado este

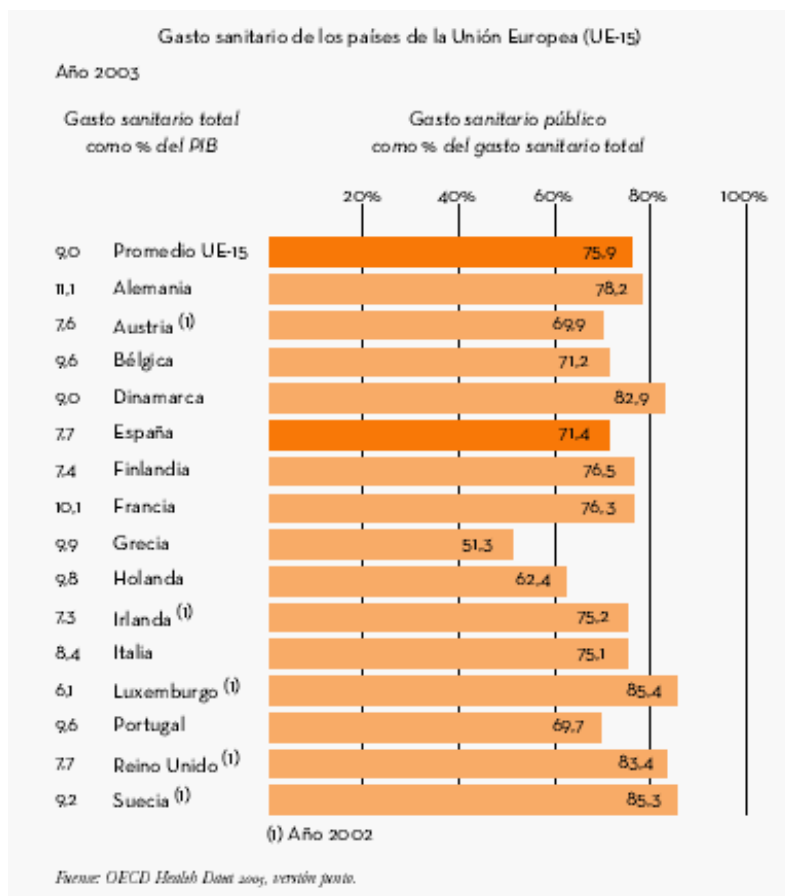
edición, Madrid, 1869, p. 820 y ss., se hace alguna otra mención puntual a cuestiones relacionadas con la sanidad al tratar de los cementerios, de las epizootias y, después, en el capítulo IX.- *Hospicios, hospitales y otros establecimientos de beneficencia*, donde una vez más reaparece (pp. 833 y 834) el criterio imperante en la época con relación a este tipo de establecimientos:

*"En el examen detenido y pronto arreglo de estos establecimientos pueden los subdelegados de Fomento justificar desde luego la elección que de ellos ha hecho S.M. para cuidar de los intereses de sus pueblos. Evidente es que si el labrador robusto, el capitalista opulento, y el especulador activo necesitan del favor y de la protección constante del Gobierno para adelantar sus intereses y mejorar su condición, mucho más lo necesita el pobre jornalero a quien la enfermedad postra en el lecho del dolor; el anciano indigente a quien la edad niega el consuelo y los auxilios del trabajo; el niño recién nacido a quien las preocupaciones o la crueldad de sus padres condenan a chupar los secos pechos de una nodriza mercenaria; el desventurado, en fin, a quien la ley confina en un encierro, mientras se confirman o se desvanecen los indicios que le acusan de haberla infringido. La privación de libertad en éstos, la enfermedad en aquellos, la impotencia senil en unos, la debilidad infantil en otros, **son necesidades que reclaman cada día y a cada paso la mano benéfica de la Administración. Sin embargo, los socorros que por donde quiera dispensa ella á esta y otras clases que los necesitan igualmente, se vuelven alguna vez en daño de los socorridos y la cama del hospital o la cuna de la casa de expósitos suelen ser escalones para la tumba**".*

modelo,⁷⁸ lo que ha llevado a plantearse la cuestión de su sostenibilidad y ligada a ella, la del control y eficiencia del gasto.

En el plano del Derecho, la misión que se deriva de esta orientación del Estado social, se ha plasmado en las Constituciones de los dos países objeto de este estudio. Así, en el artículo primero⁷⁹ de la Constitución española de 1978 se proclama que "*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho (...)*", lo que luego será concretado en numerosas disposiciones del texto constitucional, en particular en su ya citado artículo 43,

⁷⁸ Puede apreciarse en este cuadro la importancia que tiene, sobre el gasto sanitario total, el gasto sanitario público en los Estados miembros de la UE y, en especial, en Francia y Alemania, por no mencionar los países escandinavos o Luxemburgo, todos ellos caracterizados por sus altos niveles de bienestar.



⁷⁹ Así lo proclama el artículo primero de la Constitución de 1978:

"España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político."

sobre el derecho a la protección de la salud y en el resto del ordenamiento jurídico, así como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Además, la Constitución española, quizá porque España se incorporó mucho más tarde al conjunto de Estados democráticos caracterizados por su orientación social, nos ofrece un precepto que resume con elegancia la esencia del Estado social en que se constituye, cuando proclama que los poderes públicos no son meros espectadores de la realidad social, sino que han de actuar para buscar la igualdad y la justicia con respeto a la libertad. Se trata de su artículo 9.-2, que se encuentra en su título preliminar:

"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

De manera análoga, se aprecia sin dificultad el carácter social de la República⁸⁰ Francesa en el art. 1º de la Constitución de 1958 y en el bloque de constitucionalidad francés, -principalmente en el Preámbulo de la Constitución de la IV República, de 1946-, donde se reconoce el derecho a la protección de la salud. Según proclama el art. 1º de la Constitución de 1958:

"La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. (...)"

⁸⁰ En esta misma línea, parece innegable que desde la Revolución, la igualdad es uno de los valores centrales de la República Francesa, calificada formalmente en la Constitución hoy vigente como República social (vid. art. 1º CF 58) y que este valor, principio u objetivo es el que alienta la orientación intervencionista propia de los Estados sociales, justamente con el objetivo de dotar de un mínimo contenido efectivo a los derechos, en aras de corregir o atemperar las desigualdades existentes en la sociedad.

Por otra parte, la orientación social es patente ya en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, en la que la igualdad ocupa una posición central y en la posterior Declaración de derechos de 24 de junio de 1793, en cuyo art. 21 se proclama que:

"los socorros públicos son una deuda sagrada. La sociedad debe sostener a los ciudadanos desvalidos, bien procurándoles trabajo, bien asegurando los medios de subsistencia a aquellos que no estén en condiciones de trabajar."

Esta orientación social y su incidencia en el derecho a la protección de la salud ha sido objeto de atención por parte del *Conseil Constitutionnel*. Así por ejemplo en su decisión CC 89-269, D.C., de 22 janvier 1990,⁸¹ declaró que:

"Les principes posés par le onzième alinéa du Préambule, c'est-à-dire, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs garantis à tous et notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, ont valeur constitutionnel".

Evidentemente, el fenómeno de transformación hacia el Estado social y el correlativo reconocimiento del derecho a la protección de la salud no se ha limitado a estos dos países,⁸² sino que se aprecia también en otros Estados europeos. Así, resulta paradigmático el caso alemán, cuya Ley Fundamental de Bonn, de 1949, es generalmente presentada como modelo y primer ejemplo del Estado social y donde, pese a no reconocerse, de manera explícita, el derecho a la protección de la salud, la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal coinciden inequívocamente en su afirmación.⁸³ En términos parecidos se ha registrado este proceso en Italia⁸⁴ y así, puede

⁸¹ La cita está sacada de ROUSSEAU, Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Monchrestien, Domat droit public, 6ª ed., París, 2001, p.405

⁸² Véase sobre esta cuestión la orientación social que caracteriza la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976, que en términos que servirían luego de referencia al constituyente español, establece que la República portuguesa persigue la construcción de una sociedad justa, libre y solidaria sobre la base de la dignidad de la persona y la voluntad popular, además de fijar entre las tareas fundamentales del Estado (art.9), entre otras:

"d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais;"

⁸³ Véase sobre el particular, las referencias a la jurisprudencia constitucional alemana en PEMÁN GAVÍN, Juan "Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud", *Derecho y Salud*, Vol. 16, Número Extraordinario, noviembre 2008, p. 19 y ss.

⁸⁴ La sentencia de la Corte Costituzionale 185/1998, recaída en virtud de una cuestión de legitimidad constitucional planteada por el Consejo de Estado a propósito del Decreto-Ley de 17 de febrero de 1998, n. 23, sobre disposiciones urgentes en materia de experimentación clínica en el campo oncológico, pone de relieve el carácter fundamental del derecho a la salud, en relación al principio de igualdad. Valga también como ejemplo, aunque dictada en un asunto relativo a las potestades normativas de las Regiones, la Sentenza 438/2008, de la Corte Costituzionale, alude también al derecho fundamental a la protección de la salud, con relación al consentimiento:

apreciarse como la Constitución de 1947, después de manifestar en el art. 3, párrafo 2º,⁸⁵ su orientación social, en su art. 32.1⁸⁶ establece que:

"La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti."

Otros textos constitucionales europeos, como el portugués de 1976, han reconocido de manera expresa el derecho a la protección de la salud, estableciendo algunos principios que, en su gestión económica, han de presidir la organización y el funcionamiento de este servicio público, al que corresponde hacer efectivos los derechos⁸⁷ en que, por mandato constitucional,

"La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione."

⁸⁵ La influencia del art. 3.2 de la Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947 es notoria en el constituyente español:

"È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese."

⁸⁶ Llama la atención que en su párrafo segundo se refiera a los tratamientos obligatorios, referencia explicable quizá por la fecha de la Constitución italiana, 1947, cuando aún estaban muy presentes las atrocidades del nazismo; entre otras, la experimentación en personas detenidas en campos de exterminio, -*rectius* tortura, tanto por su sadismo, como por la falta de interés científico y de consentimiento.

"Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana."

⁸⁷ Como puede verse en el mismo art. 64, párrafos 3 y 4:

"3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:

- a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;*
- b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde;*
- c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos;*
- d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade;*

extraordinariamente prolijo,⁸⁸ se concreta ese derecho a la protección de la salud. Así, el art. 9, establece:

"1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover.

2. O direito à protecção da saúde é realizado:

a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;

b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável."

Conviene traer a la memoria que esta evolución de la beneficencia a la acción social del Estado en favor de los ciudadanos, como titulares de derechos subjetivos públicos a recibir determinadas prestaciones de contenido social y económico, no ha surgido de manera aislada e espontánea en nuestro ordenamiento, sino que ha venido precedida o acompañada de un progresivo reconocimiento del derecho a la protección de la salud en el ámbito internacional y de manera más relevante todavía en el Derecho Comunitario, como se desarrolla en el siguiente apartado..

Sección 1.2.- La progresiva gestación de este derecho a la protección de la salud en la esfera internacional y regional europea

En el plano internacional encontramos varios documentos capitales, entre los que destaca la Declaración Universal de los Derechos Humanos auspiciada por la ONU en 1948,⁸⁹ que corroboran que, al menos formalmente,

e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico;
f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência.

4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada."

⁸⁸ Esta prolijidad se explica si se considera que la Constitución portuguesa cuenta con 296 artículos.

⁸⁹ El artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, proclama que:

la protección de la salud -por medio entre otros factores, de la asistencia médica, que se presenta también como un derecho-, figura entre los derechos humanos básicos a que puede aspirar toda persona; esto, pese a ser desazonante y notoriamente insuficiente por su utopismo, no deja de constituir un avance, aunque moderado, fruto de la evolución de la Humanidad a través de muchos siglos. En una línea confirmatoria y de profundización de este derecho humano básico se sitúa, también en la órbita de la ONU, aunque desde la perspectiva de una de sus agencias especializadas, la ya citada Organización Mundial de la Salud, en cuya Constitución⁹⁰ se insiste en el carácter fundamental del derecho a disfrutar del mayor grado de salud posible, introduciendo en la salud individual una sugestiva dimensión colectiva, al declarar que *la salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad*. Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos

"Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios".

⁹⁰ Se reproduce, por su interés, como muestra del proceso de consolidación del derecho a la salud en la esfera internacional, parte del Preámbulo de la Constitución de la OMS, de 22 de julio de 1946:

"LOS ESTADOS partes en esta Constitución declaran, en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, que los siguientes principios son básicos para la felicidad, las relaciones armoniosas y la seguridad de todos los pueblos:

La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados.

Los resultados alcanzados por cada Estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos.

La desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común.

El desarrollo saludable del niño es de importancia fundamental; la capacidad de vivir en armonía en un mundo que cambia constantemente es indispensable para este desarrollo.

La extensión a todos los pueblos de los beneficios de los conocimientos médicos, psicológicos y afines es esencial para alcanzar el más alto grado de salud.

Una opinión pública bien informada y una cooperación activa por parte del público son de importancia capital para el mejoramiento de la salud del pueblo.

Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.

Económicos, Sociales y Culturales,⁹¹ de 1966, dentro también del sistema de la ONU vino a confirmar este derecho, insistiendo en los compromisos que en la esfera internacional asumen los Estados firmantes para conseguir la efectividad de ese derecho.

Ya en el ámbito europeo y en el seno del Consejo de Europa, destaca también en lo que se refiere al derecho a la protección de la salud, su obra cumbre, el Convenio de Roma o Convenio Europeo de Derechos Humanos,⁹² que instituyó el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo. Es conocida en las jurisdicciones nacionales la autoridad de su jurisprudencia, caracterizada por su interpretación extensiva de los derechos reconocidos en el Convenio.⁹³ Importa también mencionar la Carta Social Europea,⁹⁴ adoptada en Turín en 1961 y revisada el 3 de mayo 1996, que reconoce el derecho a beneficiarse de cuantas medidas procuren un mejor estado de salud. En cualquier caso, resulta destacable la labor del Consejo de Europa en materia de sanidad,⁹⁵ entre otros, en campos como la protección de la salud mental, las toxicomanías, las transfusiones sanguíneas, la protección

⁹¹ En el art. 12 de este Pacto puede leerse que:

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

⁹² Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, entre cuyos Estados signatarios iniciales se encontraba la República Francesa. El Reino de España lo suscribió el 24 de noviembre de 1977 y entró en vigor el 4 de octubre de 1979, fecha del depósito del instrumento de ratificación.

⁹³ Véanse, por todos, sobre la importancia del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH, en España los trabajos del profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, valga la cita por todos ellos de *La Europa de los derechos humanos*, CEPC, 1998 y en Francia los del profesor Joël ANDRIANOSOVINA, publicados en la *RFDA*.

⁹⁴ El art. 11 de la Carta Social Europea, establece que:

"Toda persona tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar".

⁹⁵ MOREAU, Jacques et TRUCHET, Didier, *Droit de la santé publique*, Dalloz, 2000, 5e. édition, pp. 35-37.

de datos de carácter personal⁹⁶ y, de manera muy destacable, en el campo de la bioética.⁹⁷ En este último aspecto, es imprescindible citar por su importancia y por su relación con el objeto de estudio de esta tesis, el conocido como Convenio de Oviedo,⁹⁸ de 4 de abril de 1997 y que entró en vigor en el Reino de España el 1 de enero de 2000 y en Francia, también en las mismas fechas.⁹⁹

En lo que respecta al Derecho Comunitario, no puede negarse la influencia que, de manera global, ha desplegado y despliega el proceso de integración europea en los ordenamientos de Francia y de España, en todos los campos e indirectamente¹⁰⁰ también en el de la sanidad y el derecho a la

96 Destaca en este campo, el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 28 de enero de 1981, así como la Recomendación sobre protección de datos en materia de salud.

97 Véase como muestra protocolo adicional al Convenio de Oviedo de 1997, al que me refiero justo a continuación, por el que se prohíbe la clonación de seres humanos, hecho en París el 12 de enero de 1998. El instrumento de ratificación de España se publicó en el BOE núm. 52, del 1 de marzo de 2001, fecha en la que entró en vigor.

98 Su denominación oficial es "Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina". El instrumento de ratificación del Reino de España se publicó en el BOE núm. 235, de 20 de octubre de 1999.

99 Dicho Convenio presenta como peculiaridad, la de su invocabilidad directa por los ciudadanos, al reconocérsele carácter jurídico vinculante para los países que lo suscriben (art. 23 a 25). Establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina y trata explícitamente sobre la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes: el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas, buscando una armonización de las legislaciones de los diversos países en estas materias.

De manera indirecta, su art. 3º se refiere al derecho a la asistencia sanitaria, cuando a propósito del acceso equitativo a los beneficios de la sanidad, establece que:

" Las Partes, teniendo en cuenta las necesidades de la sanidad y los recursos disponibles, adoptarán las medidas adecuadas con el fin de garantizar, dentro de su ámbito jurisdiccional, un acceso equitativo a una atención sanitaria de calidad apropiada."

Sobre este capital Convenio, véase el trabajo citado de ANDORNO en REIB.

100 Una muestra reveladora de esa influencia indirecta del Derecho Comunitario en la asistencia sanitaria es la Directiva 95/46/CE13 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. DO L 281

protección de la salud. Y digo indirectamente, porque siendo materias que el principio de subsidiariedad y la voluntad de los Estados miembros reservan a la competencia de éstos, las libertades comunitarias inciden también en la asistencia sanitaria y en el derecho a la protección de la salud; por ejemplo, a través de la libre circulación de mercancías en el mercado interior, -y dentro de ellas, los medicamentos y todo tipo de productos y aparatos sanitarios-, con sujeción a un régimen de responsabilidad coincidente en algunos supuestos¹⁰¹ y a través de la libertad de circulación de personas, -ha hecho fortuna ya, como se explica más adelante, el término "libre circulación de pacientes"- y de la

23.11.1995. Véase sobre este asunto PIÑAR MAÑAS, José Luis, "El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 19-20, 2003, pp. 45-90.

¹⁰¹ Me refiero al régimen de la responsabilidad llamada de producto, es decir, por los daños causados por productos defectuosos, que introduce la Directiva 85/374/CEE.

Sirva como muestra del mencionado influjo del Derecho Comunitario en este campo, el arrêt del *Conseil d'État* de 9 de julio de 2003, CE 9 juillet 2003, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ Mme. Marzouk*, AJDA, 2003, p. 1946, note Maryse DEGUERGUE, quien señala que en este caso -fallecimiento imputable al funcionamiento defectuoso de un respirador artificial, sin que se apreciara que el grave estado de salud anterior del paciente pudiera tener relevancia alguna-, el CE ha relegado la *faute du service public* en beneficio de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

Por lo que se refiere a España, puede servirnos como muestra de esa influencia indirecta, la STS, Sala 3ª, Sección 6ª, de 2 de abril de 2004, (Ar. 2004/2446). En su fundamento jurídico tercero y para excluir la antijuridicidad del daño - y por tanto la responsabilidad patrimonial-, en que se concretaron unas transfusiones de hemoderivados contaminados por el VIH y el VHC practicadas en 1983 y 1984, alude expresamente a los riesgos del progreso o de desarrollo contemplados ya en la Directiva 85/374/CEE, de 25 de junio de 1985 y en la nueva redacción del art. 141 de la LPC, tras la modificación introducida por la Ley 4/1999. Adelanto ya, sin perjuicio de que luego vuelva sobre ello, una opinión crítica de esta solución, aparentemente consolidada en la jurisprudencia española. La invocación a esas normas relativas a los riesgos del progreso como causa exoneratoria de la responsabilidad supone una aplicación retroactiva de aquéllas y en consecuencia ilegal, según mi criterio, dado que los hechos dañosos en cuestión se produjeron en los años 1983 y 1984. Sólo podría salvarse tal censura, con la mención que se hace, parece que *obiter dictum*, en el mismo F.J. 4º. Sin embargo, no deja de ser una argumentación bastante discutible.

"(...) aunque también viniera siendo utilizada con anterioridad por la jurisprudencia para definir como no antijurídico el daño cuando se había hecho un correcto uso de la *lex artis*".

libertad de establecimiento, a través de normas de Derecho Comunitario¹⁰² que facilitan el reconocimiento de títulos y diplomas a los profesionales sanitarios.

Volviendo ya más precisamente al asunto objeto de estudio, importa llamar la atención sobre el art. 35¹⁰³ de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,¹⁰⁴ relativo a la protección de la salud, en el que respecto a la prevención y atención sanitaria a que, según proclama, tiene derecho toda persona, se remite a la legislación y a las prácticas de cada Estado miembro, ya que se trata de una competencia de los Estados miembros. En la responsabilidad que tienen en estas materias los Estados miembros se insiste en el art. 152.5¹⁰⁵ del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. En cualquier caso, tanto en el Tratado como en la Carta, -que se refundieron sin cambios significativos en el por el momento¹⁰⁶

¹⁰² Téngase en cuenta la Directiva sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales y su adaptación al ordenamiento español mediante el Real Decreto de 21 de noviembre de 2008.

¹⁰³ El citado artículo 35 establece:

"Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud".

¹⁰⁴ Adoptada el 7 de diciembre de 2000. DOCE núm. 364, de 18 de diciembre. La discusión sobre el alcance jurídico de la Carta iba a quedar superada con la adopción del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, la llamada Constitución Europea, ya que la Carta pasaría a estar integrada en ésta. No obstante, el resultado negativo de los referendos celebrados en Francia y en Holanda, ponen en suspenso la afirmación precedente. Sin embargo, no creo que se trate de una negativa definitiva, sino más bien de una muestra más de los avances, estancamientos y retrocesos que han acompañado desde sus inicios el proceso de integración europea. De hecho, el Tratado de Lisboa ha recogido lo esencial de la llamada Constitución europea y parece, tras arduas negociaciones y el subsiguiente anuncio de la repetición del referendun en Irlanda que su ratificación por todos los Estados miembros y su consecuente entrada en vigor, previsiblemente a finales de 2009, terminará con las dudas acerca del carácter normativo de la Carta de Derechos Fundamentales, ya que se integraría en el Derecho comunitario originario.

¹⁰⁵ *"La acción comunitaria en el ámbito de la salud pública respetará plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica. (...)"*

¹⁰⁶ La canciller Angela Merkel ha impulsado, durante la presidencia alemana del primer semestre de 2007, una iniciativa tendente a recuperar lo esencial del proyecto en cuestión, lo que ha conducido al antes citado Tratado de Lisboa.

malogrado proyecto de Constitución Europea, *rectius*, de tratados constitucionales-, se adopta la llamada perspectiva integrada u horizontal característica del Derecho Comunitario, de manera que "*al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Comunidad, se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana*".¹⁰⁷

Cabe, no obstante, preguntarse si este papel complementario, casi de espectador animador podría decirse, de la Comunidad Europea en materia de atención sanitaria¹⁰⁸ no está llamado a cobrar mayor relieve en el futuro. Por otro lado, tal evolución sería coherente con el conjunto del proceso de integración europea y con la finalidad última que le da sentido: *la mejora constante de las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos europeos*.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Según dispone el artículo 152.1, antiguo 129.1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957. Conviene recordar que el art. 152, único del Título XIII, (antiguo Título X), relativo a Salud Pública, debe su actual redacción a los Tratados de Maastricht (1992) y de Amsterdam (1997). En el texto inicial de los tratados constitutivos, en sintonía con su objetivo principal de establecer un mercado común, no se preveía atribución alguna a la Comunidad que diera una base jurídica para el desarrollo de una política comunitaria en materia de salud pública. Véase sobre este particular, PAREJO ALFONSO, Luciano, "La política comunitario-europea en materia de salud pública: el artículo 129 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en la versión dada al mismo por el Tratado de Amsterdam", en AA. VV., *Derecho de la Sanidad y los medicamentos: seis estudios*, Ministerio de Sanidad y Consumo-Universidad Carlos III, Madrid, 1999, págs. 185 y ss.

¹⁰⁸ Se han adoptado ya iniciativas que, pese a ser de alcance limitado, presentan un notable interés, si bien es cierto que guardan una relación de instrumentalidad respecto a la libertad de circulación de personas y de trabajadores. Tal es el caso del Reglamento 1408/1971, de 14 de junio, sobre medidas en materia de Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Este Reglamento ha sido objeto de varias modificaciones que han ampliado su finalidad y ámbito de aplicación originales, -eliminar los obstáculos a la libre circulación de trabajadores, al principio sólo por cuenta ajena- y, en su redacción actual (art. 22), resulta aplicable a todos los residentes en un Estado miembro, por ejemplo, en lo relativo al derecho a la asistencia sanitaria de urgencia que puedan requerir en otros Estados miembros distintos del de su residencia, siempre que se tenga derecho a la asistencia sanitaria en el Estado de origen.

¹⁰⁹ Tal fin esencial se proclama en el Preámbulo del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 2007 y quizá dé lugar en el futuro a la creación de un Sistema de salud europeo que integre los sistemas de salud de los Estados miembros.

Por ello, el Consejo Económico y Social Europeo, ante las diferencias que se aprecian en el nivel de protección de los pacientes en los Estados miembros, insta en su Dictamen sobre "Los derechos de los pacientes",¹¹⁰ a que intervenga la Comisión Europea para procurar el acceso a los servicios sanitarios de los ciudadanos europeos. En este mismo sentido, se sitúan iniciativas como la tarjeta sanitaria europea¹¹¹ y la movilidad de los pacientes,¹¹² así como la, -a mi modo de ver, criticable¹¹³-, jurisprudencia del

Y a tal fin esencial responde la Comunicación de la Comisión, de 20 de abril de 2004, sobre la movilidad de los pacientes que se cita en la nota 112. Así puede leerse en ella (p.2) que:

"Los pacientes desean disponer de una asistencia sanitaria de calidad lo más cercana y con la mayor rapidez posible. A veces, la mejor manera de lograr esto es mediante la asistencia sanitaria que se ofrece en otro Estado miembro. La Unión Europea ofrece a los ciudadanos la libertad de buscar asistencia sanitaria en otro Estado miembro, como ha confirmado el Tribunal de Justicia. que ha clarificado las condiciones en que pueden reembolsarse los costes de la asistencia sanitaria cuando los pacientes han recibido tratamiento médico en otro Estado miembro. El acceso a la asistencia sanitaria depende de que se disponga de la información adecuada en cuanto a la calidad, disponibilidad e idoneidad de los distintos servicios, y de claridad en cuanto a los procedimientos a seguir. Una vez que los pacientes optan por buscar asistencia sanitaria en otro Estado miembro, es esencial velar por la adecuada protección de su bienestar y su seguridad."

Sirva como ejemplo de lo que acaba de recogerse el que aparece en la p. 7 de la citada Comunicación:

"Las actuales diferencias de técnicas, recursos y resultados ponen claramente de manifiesto que, con los recursos existentes, se pueden mejorar drásticamente los desenlaces clínicos acercando la asistencia sanitaria del conjunto de la Unión al nivel de los mejores. Tomemos el ejemplo del cáncer vesical; aunque las tasas de supervivencia están mejorando en general, hay diferencias sustanciales de supervivencia entre los países de Europa; la supervivencia a los cinco años oscila entre un 78 % en Austria y un 47 % en Polonia y Estonia."

¹¹⁰ DOUE de 15 de enero de 2008, (2008/C 10/18)

¹¹¹ La primera es ya una realidad desde julio de 2004 y al igual que la segunda, fue objeto de tratamiento en el Consejo de Ministros de Sanidad celebrado en Barcelona en junio de 2002. Debe mencionarse también el acuerdo de 2003 entre España y Portugal para adelantar la movilidad de pacientes en la Península Ibérica.

¹¹² Véase sobre el particular la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 20 de abril de 2004, COM (2004) 301 final, titulada, "Seguimiento del proceso de reflexión de alto nivel sobre la movilidad de los pacientes y los progresos de la asistencia sanitaria en la Unión Europea".

¹¹³ En la medida en que equipara, a los efectos de la libre prestación de servicios, la atención sanitaria prestada en el marco de un servicio público a los demás servicios de carácter indudablemente económico y mercantil.

Tribunal de Luxemburgo¹¹⁴, -a partir de la cual se acuñó el término de la *libre circulación de pacientes-*, ya que asimila en parte los servicios públicos de asistencia sanitaria de los Estados miembros, dentro de sus prestaciones en materia de seguridad social, a los demás servicios de contenido económico amparados por la libertad comunitaria de prestación de servicios¹¹⁵--, permiten

¹¹⁴ Me refiero, entre otras, a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001, *B.S.M. Smits, esposa de Geraets, contra Stichting Ziekenfonds VGZ y H.T.M. Peerbooms contra Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, Asunto C-157/99, Recopilación de Jurisprudencia 2001, pág. I-05473.

Esta Sentencia ha dado lugar a destacados estudios doctrinales sobre la cuestión, como el publicado por PEMÁN GAVÍN, Juan, "Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios. Sobre la libre circulación de pacientes en el espacio comunitario europeo (...)", en *RAP*, núm. 160, 2003, pp. 123-166 y, en Francia, la crónica sobre este mismo asunto de DUBOUIS, Louis, "La libre circulation des patients hospitaliers, une liberté sous condition", *RDSS*, núm. 37 (4), 2001, pp. 707-726.

Pemán Gavín pone de manifiesto, acertadamente, el aspecto más criticable de esta jurisprudencia cuando afirma (p.128) que:

"Ya no se trata, (...), de unas situaciones que afecten a la libertad de circulación de los pacientes en sí -claramente amparada por el Derecho Comunitario, según hemos constatado respecto de las situaciones examinadas en primer lugar (A) - (las constituidas por una persona, precisaba antes el profesor Pemán Gavín, que se desplaza a otro país comunitario distinto del de su residencia para recibir, a su costa, la asistencia sanitaria requerida) -- , sino a la financiación pública de dicha circulación en la medida en que se pretende que el correspondiente sistema público de salud se haga cargo del coste de la asistencia sanitaria prestada por establecimientos de otro país comunitario. (...) está(n) en juego, (...) la financiación pública de la asistencia sanitaria prestada en otro país comunitario como consecuencia de un desplazamiento motivado por el deseo de superar las carencias o insuficiencias de los tratamientos accesibles en el país de residencia o para recibir una asistencia de mayor calidad o más rápida que la disponible en dicho país."

Sobre otras sentencias más recientes del Tribunal de Justicia, en las que, en línea con las arriba citadas, confirma que el principio de sometimiento a autorización previa es admisible en determinadas circunstancias y a la luz del principio de proporcionalidad, todo lo cual corresponde controlar al juez nacional, véase JORENS, Yves, "L'Administration française face à la question des soins transfrontalières. (À propos de l'arrêt de la CJCE, 23 octobre 2003, aff. C-56/01, Inizan c/ CPAM des Hauts-de-Seine)", en *RDSS*, núm. 40 (2), 2004, p.311.

¹¹⁵ La reciente Directiva 2006/213, CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, (DUOE de 27 de diciembre de 2006 L 376/36), deja claro el régimen de autorización de reembolso de los costes médicos pagados en otro Estado miembro y asume la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de circulación de pacientes. Así lo declara en el considerando nº 23:

"La presente Directiva no afecta al reembolso de los gastos de servicios sanitarios proporcionados en un Estado miembro distinto de aquel en que resida el beneficiario de los

ya intuir que se pueda producir tal evolución¹¹⁶ y, que ésta tendrá seguramente también alguna incidencia en la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria.¹¹⁷

Como un peldaño más en la línea de lo anterior, se encontraría la propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (*Droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers*), 2008/0142 (COD). Tiene como origen, la antes mencionada jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el derecho de los pacientes a beneficiarse del tratamiento médico dispensado en otro Estado miembro¹¹⁸. Esto es, a pesar de que las decisiones

servicios sanitarios. El Tribunal de Justicia se ha pronunciado al respecto en numerosas ocasiones, y ha reconocido los derechos de los pacientes. Es importante tratar este asunto mediante otro instrumento comunitario para lograr una mayor seguridad y claridad jurídicas en la medida en que esta cuestión no está ya tratada por el Reglamento (CEE) no 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad".

¹¹⁶ En esta línea se sitúa el proyecto de Directiva sobre asistencia sanitaria transfronteriza, al que España ha manifestado su oposición y del que se trata más abajo.

¹¹⁷ Imaginemos una reclamación de responsabilidad por la asistencia prestada por el sistema público de salud de un Estado, por ejemplo Francia, a una persona residente en España que hubiera sido derivada a aquel país por el Sistema Nacional de Salud español para su tratamiento quirúrgico, en virtud de un acuerdo o disposición de la U.E. que amparara la prestación de atención sanitaria transfronteriza o para permitir una atención médica más eficaz o más pronta. Son muchos los interrogantes que plantearía, desde la perspectiva de la responsabilidad, un supuesto así, referidos a la legitimación pasiva de la Administración francesa o al Derecho aplicable, por ejemplo.

De hecho, tal situación puede darse ya, al amparo de lo dispuesto en el artículo 22 del Reglamento 1408/71, que, aunque poco frecuente hasta el momento en la práctica, según señala PEMÁN GAVÍN, Juan, "Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios (...)", op. cit. (vid. nota 114), p. 141,

" (...)aunque con un alcance ciertamente limitado, sobre la configuración del derecho a la asistencia sanitaria como derecho social o de prestaciones en los Estados europeos, dándole una cierta proyección extraterritorial o transfronteriza que puede propiciar en algunos casos el desplazamiento a otro Estado de la Unión para recibir la atención sanitaria que determinados pacientes requieren y que no pueden obtener en el Estado en que residen".

¹¹⁸ En el Asunto C-158/96 Kohll, por ejemplo, el Tribunal sostiene que la libre prestación de servicios abarca la libertad de los destinatarios de los mismos, incluidas las personas que precisan tratamiento médico, de acudir a otro Estado miembro para recibir allí esos servicios.

del Tribunal sobre asuntos planteados son en principio bastante claras, se cree necesario incorporarlas a una Directiva que, en junio de 2009, se encuentra a la espera de una primera lectura por el Consejo de Ministros.¹¹⁹ La Comisión propone con la aprobación de la Directiva, la creación de un marco comunitario para la asistencia sanitaria transfronteriza, estructurada en tres ámbitos principales:

a) Principios comunes a todos los sistemas de salud de la UE, en virtud de los cuales se debe especificar qué autoridades de cada Estado miembro están ocupándose de establecer y realizar el seguimiento de las normas en materia de asistencia sanitaria en toda la UE.

b) Un marco específico para la asistencia sanitaria transfronteriza: en el cual se detalle los derechos de los pacientes a recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro y los límites a estos derechos. Se establece el principio de que los pacientes tienen derecho a obtener el reembolso por un importe máximo equivalente al que se les habría abonado si hubiesen recibido ese tratamiento en su país.

c) La cooperación europea en materia de asistencia sanitaria: se prevé un ámbito amplio de cooperación en ámbitos como la colaboración en las regiones fronterizas, el reconocimiento de las recetas emitidas en otros países, las redes europeas de referencia, la evaluación de las tecnologías sanitarias, la recopilación de datos y la calidad y la seguridad, a fin de permitir que la potencial contribución de tal cooperación se materialice de una manera efectiva y continuada.

En suma, no se puede ignorar el efecto beneficioso que puede tener o mejor dicho, que está teniendo ya, una cooperación sanitaria impulsada por la Unión Europea, al igual que otros supuestos de cooperación transfronteriza que ya están funcionando de manera satisfactoria entre España y Francia, en

119 El Parlamento europeo aprobó esta propuesta de Directiva en primera lectura el 23 de abril de 2009 dentro del procedimiento de codecisión, con 297 votos a favor, 120 en contra y 152 abstenciones. Se prevé que el 30 de noviembre de 2009 haya sido debatida por el Consejo de Ministros. <http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5661632¬iceType=null&language=fr>

concreto entre la zona de Puigcerdà y de Perpignan, en el *département des Pyrénées Orientales*,¹²⁰ cooperación que ha dado lugar a la puesta en marcha de un hospital transfronterizo mixto franco-español.

Y después de estas referencias generales al derecho a la protección de la salud de las personas y al tratamiento que se le ha dado en el ámbito internacional, en el regional europeo y en el comunitario, se impone ocuparse ahora de cómo se aborda este concreto derecho en los ordenamientos español y francés y de cómo incide en la posición y responsabilidades de los poderes públicos al respecto.

Capítulo 2.- La atención y el cuidado de la salud de los ciudadanos y la posición de los poderes públicos en el Ordenamiento español

Se ha tratado más arriba a la evolución hacia el Estado social, que en España se ha concretado en la Constitución de 1978; el análisis que sigue se centrará pues en el estudio del derecho a la protección de la salud que en ella se contiene y en su posterior desarrollo normativo.¹²¹

¹²⁰ En virtud de un acuerdo de 2001, las urgencias médico-quirúrgicas, al igual que los partos de los pacientes de la Cerdaña francesa, son atendidos en el hospital de Puigcerdà. Véase sobre el particular, MONTANÉ, Francis, "De la coopération et complémentarité sanitaires transfrontalières à la libre circulation des malades en Europe", en *Médecine & Droit*, nº 77, 2006, pp. 71 y ss.

¹²¹ Para una mayor profundización en este tema, así como en los antecedentes históricos de los servicios públicos sanitarios y del derecho a la protección de la salud en España, en cuyo estudio detallado pese a su interés no procede detenerse en este trabajo, ya que nos desviaría de su objeto principal y además, ya ha sido tratado por destacados autores a los que me remito, véanse como obras de referencia en la materia MUÑOZ MACHADO, S., *La sanidad pública en España (evolución histórica y situación actual)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975, FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., *El servicio público de la sanidad: El marco*

Sección 2.1.- La protección de la salud como derecho reconocido en la Constitución de 1978

El constituyente español de 1978 recogió las orientaciones relativas a la salud presentes en el Derecho Internacional a las que se ha hecho referencia y proclamó en el art. 43.1 CE que "*Se reconoce el derecho a la protección de la salud*"; íntimamente ligado a él y reflejo directo de la cláusula del Estado social (art.1 CE 78), hallamos en el art. 43.2 CE 78¹²² el siguiente mandato dirigido a los poderes públicos y, de manera especial dentro de ellos, a su brazo ejecutor, a la Administración Pública:

"Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto".

Se desprende pues de la redacción del art. 43 CE 78 que el llamado comunmente, con cierta ambigüedad, derecho a la salud¹²³ se contempla tanto desde una perspectiva individual (párrafo primero), como colectiva (párrafo segundo) y ambas, que son en realidad complementarias y se encuentran íntimamente relacionadas, han de ser objeto de protección y atención públicas y, en consecuencia, exigen una actitud intervencionista y activa por parte de los poderes públicos. Notemos además que, también dentro de los "Principios rectores de la política social y económica", (artículos 39 a 52 CE), se sitúan otras disposiciones¹²⁴ que guardan una relación bastante estrecha con la

constitucional, Cuadernos Civitas, 1984 y PEMÁN GAVÍN, J., *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza-Bolonia, 1989.

¹²² Concluye el art. 43 CE, en su párrafo tercero, también con un mandato relacionado, aunque no de forma tan directa, con la protección de la salud:

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

¹²³ Véase una atinada crítica al empleo de este término en PEMÁN GAVÍN, J., *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza-Bolonia, 1989, pp. 26 a 36.

¹²⁴ Evidentemente, existen numerosas disposiciones en la CE 78 y, en concreto, entre los Principios rectores de la política social y económica que tienen que ver con la salud y con su

protección de la salud en lo que supone de erección de un sistema de prestaciones y servicios ordenados a tal fin. Tal es el caso de las contenidas en el art. 40.2 CE, "(...)los poderes públicos (...) velarán por la seguridad e higiene en el trabajo (...)" y de manera especial, en el art. 41 CE,¹²⁵ ¹²⁶ que impone la existencia de un "sistema público de Seguridad Social".¹²⁷

Conviene destacar que en la Constitución española se trata separadamente lo que es el sistema de seguridad social (art. 41 CE), del

protección y mantenimiento, pero que no se han de traducir necesariamente en el establecimiento de unas prestaciones sanitarias orientadas a tal objetivo. Me refiero sobre todo al art. 45 CE, según el cual "Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo" o al art. 51 CE, que obliga a los poderes públicos a garantizar "la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos". Del mismo modo, lo dispuesto en el art. 39 CE, sobre la protección de la familia y de la infancia, en el art. 49, sobre la protección de los disminuidos, en el art. 50 CE sobre la protección de la tercera edad o en el art. 47 CE sobre el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada; ninguna de estas previsiones constitucionales recién evocadas, puede desligarse totalmente de la protección de la salud, dada la proyección transversal que tiene este derecho.

¹²⁵ Dicho artículo 41 establece que:

"Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes en caso de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres".

¹²⁶ En desarrollo de este mandato constitucional, los poderes públicos quisieron reforzar la acción protectora de la Seguridad Social ampliando las prestaciones a los colectivos no cubiertos y dando una mayor estabilidad económica al sistema de la Seguridad Social. Entre estas medidas, hay que destacar el proceso de separación de la financiación, según el tipo de prestación, para que las prestaciones de carácter contributivo se financiaran con cargo a las cotizaciones sociales, mientras que las de naturaleza no contributiva encontrasen su cobertura financiera a través del sistema impositivo, haciendo así coexistir en el sistema de protección social la lógica del aseguramiento con otra entroncada directamente con el principio de solidaridad. Este proceso va a permitir la progresiva generalización de la asistencia sanitaria. Vid. nota 139.

¹²⁷ Para una cabal comprensión de la relación que, desde su origen, ha existido entre el servicio público de la asistencia sanitaria y el sistema de la Seguridad Social, conviene tener presentes sus antecedentes en España, para lo cual resulta imprescindible consultar la obra del profesor D. Manuel ALONSO OLEA, *Instituciones de la Seguridad Social*, Civitas, 1999.

derecho a la protección de la salud por medio de las prestaciones y servicios necesarios (art.43 CE),¹²⁸ ello pese a los múltiples puntos de conexión existentes entre ellos y pese a que hasta la LGS de 1986 se daba una identidad casi total, en la medida en que la asistencia sanitaria era una de las vertientes en que se descomponía la acción protectora de la Seguridad Social. Parece prescindirse así de la tradicional exigencia de la condición de asegurado o afiliado a la seguridad social, de estar vinculado a una actividad laboral y a las cotizaciones de trabajadores y empleadores, para poderse beneficiar de sus prestaciones, contributivas, de asistencia sanitaria y ésta pasará a extenderse, en la concepción vigente en la actualidad, auspiciada por la Constitución (art.43), al conjunto de los ciudadanos,¹²⁹ ello con independencia de la condición de afiliados o cotizantes a la seguridad social o de familiares de éstos, superando en consecuencia la idea de aseguramiento y contribución propia de los sistemas de seguridad social clásicos.

En cualquier caso, el alcance de las declaraciones y principios relativos a la salud y a su protección en el Estado Social y democrático de Derecho que es España, pasa por el mandato contenido en el art. 9.2 CE¹³⁰, en la medida en

¹²⁸ Son muchos, en la práctica, las cuestiones y problemas de ajuste que plantea esta diferenciación de sistemas y la superposición entre ambos que se produce en su respectiva normativa de desarrollo; entre, por un lado, la asistencia sanitaria prestada, a través del Sistema Nacional de Salud y a la luz del principio de universalidad (ex art. 43 y 149.1.16 CE) y, por otro, las prestaciones de la Seguridad Social (art. 41 y 149.1.17ª CE), ligadas a una determinada situación de riesgo o contingencia cubierta o la cotización y afiliación de los trabajadores. No ha de olvidarse que la asistencia sanitaria universalizada empieza a implantarse a raíz de la Ley General de Sanidad de 1986, partiendo de las prestaciones que ya ofrecía la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria. Véase sobre el particular, PEMÁN GAVÍN, Juan, "Autonomía y unidad en el Sistema Nacional de Salud. Reflexiones a propósito del cierre de las transferencias sanitarias y de la aplicación del nuevo sistema de financiación de la Sanidad", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21, 2002, pp. 53-111 y, en particular sobre esta cuestión, pp. 73-92.

¹²⁹ Como ya señaló oportunamente GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1995, p. 789.

¹³⁰ El art. 9.2 CE es una concreción, quizá la de más hondo calado, del carácter social de España que se proclama en el art. 1º CE y dispone que:

que impone a los poderes públicos y dentro de ellos, de manera especial, a las Administraciones sanitarias, un papel beligerante, una obligación de actuar en la transformación de la realidad social dada a través de la obligación de dar un contenido efectivo y real a los derechos y libertades consagrados en la Constitución y también, claro está, al derecho a la protección de la salud, para que así la libertad y sobre todo la igualdad sean posibles.

Y pasa, en consecuencia, también la determinación de su alcance efectivo por la necesaria configuración legal¹³¹ o desarrollo normativo de estos principios para convertirse en auténticos derechos que puedan hacer valer los ciudadanos con eficacia jurídica, es decir que puedan ser invocados ante los órganos jurisdiccionales para obtener su tutela en caso de desconocimiento¹³² por los sujetos obligados a atenderlos; en este caso, que traduzcan a servicios y actuaciones concretos exigibles por los ciudadanos los grandes principios

"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

¹³¹ Los Principios rectores de la vida social y económica recogidos en la CE sólo serán invocables ante los órganos jurisdiccionales *"de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen"*, según establece el art. 53.3 CE, no sin precisar antes que su reconocimiento, respeto y protección *"informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos"*.

¹³² En los últimos eslabones de esa cadena normativa y siendo quizá el que más directamente afecta a la situación jurídica del ciudadano, encontramos el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, BOE nº 222, de 17 de septiembre de 2006. (Vid. nota 203 y el desarrollo del apartado en que se encuentra esa nota).

La importancia de esta norma reside en que, como se manifiesta en su exposición de motivos, dota de un contenido efectivo el derecho constitucionalmente reconocido a la protección de la salud:

"(...)recogiendo los principios establecidos en la Constitución Española y en las citadas leyes, pretende garantizar la protección de la salud, la equidad y la accesibilidad a una adecuada atención sanitaria, a la que tienen derecho todos los ciudadanos independientemente de su lugar de residencia, haciendo efectivas las prestaciones a través de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, en la que se recogen las técnicas, tecnologías o procedimientos que en estos momentos cubre el citado Sistema.

Esta norma pretende definir las prestaciones que el sistema sanitario público actualmente está ofertando a los ciudadanos y garantizar estas prestaciones comunes. Además, tiene también como objetivo fijar las bases para la actualización de la cartera de servicios."

constitucionales. Este desarrollo normativo, además, viene exigido expresamente en el art. 43.2 CE *in fine* e indirectamente por lo dispuesto en el art. 53.3 CE. Huelga decir que tal desarrollo o configuración legal ha de ajustarse al marco y límites predeterminados en la propia Constitución, los cuales, pese a ser bastante flexibles -justamente por tratarse en este caso de *principios rectores de la política social y económica*-, ciertamente existen y son, al menos en teoría, oponibles a una actividad normativa que pudiera desconocerlos. Así ha tenido ocasión de recordarlo el Tribunal Constitucional, por ejemplo en su sentencia 32/1983,¹³³ en la que pone de manifiesto que en el artículo 43 CE está latente el principio de universalidad en la asistencia sanitaria, principio que más tarde será asumido y desarrollado en la Ley General de Sanidad de 1986.

Sección 2.2.- La configuración legal del derecho a la protección de la salud y en particular los derechos de los pacientes-usuarios del sistema nacional de salud

a) El desarrollo normativo del derecho a la protección de la salud

La configuración legal del derecho a la protección de la salud, su desarrollo legislativo,¹³⁴ necesario para que los ciudadanos puedan invocar su

¹³³ Así puede leerse en la STC 32/1983, de 28 de abril, F. J. 8, que:

" (...) la Constitución en sus artículos 43 y 51 (...) reconoce el derecho a la protección de la salud (...) declara que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública, (...) estos derechos pertenecen a todos los españoles y a todos se les garantiza por el Estado la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio de los mismos".

¹³⁴ Aunque desde una perspectiva distinta a la de la asistencia sanitaria, la relativa a la posibilidad de imponer tratamientos sanitarios obligatorios, ante riesgos para la salud pública, es necesario citar la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública. Esta Ley habilita, de una manera extraordinariamente amplia, a las Administraciones sanitarias para que puedan adoptar medidas "de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de

efectiva aplicación, dentro del amplio margen de actuación que la propia Constitución permite, se encuentra fundamentalmente en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad,¹³⁵ (en adelante LGS), auténtica norma de cabecera, de proyección horizontal,¹³⁶ de todo un sector normativo o subordenamiento sectorial y que trasciende por tanto la mera asistencia sanitaria. Así puede deducirse de la lectura de su art. 1.1, que refleja el enfoque integral del conjunto de actuaciones, públicas y privadas¹³⁷,

una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad." (Art. 2) Véase sobre los tratamientos obligatorios, COBREROS MENDAZONA, Edorta, Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud, Oñati, 1988.

¹³⁵ BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986.

¹³⁶ Esta proyección horizontal supone que las acciones sanitarias a que se refiere esta Ley inciden en numerosos ámbitos y materias distintos de la asistencia o atención médico-sanitaria. Véanse al respecto los artículos 23 a 31, el 19, sobre sanidad ambiental y el 18 LGS, que, con relación a las actuaciones sanitarias que habrán de desarrollar las Administraciones Públicas, cita, entre otras:

"1. Adopción sistemática de acciones para la educación sanitaria (...)

2. La atención primaria integral de la salud, incluyendo, además de las acciones curativas y rehabilitadoras, las que tiendan a la promoción de la salud y a la prevención de la enfermedad del individuo y de la Comunidad.

3. La asistencia sanitaria especializada, que incluye la asistencia domiciliaria, la hospitalización y la rehabilitación.

4. La prestación de los productos terapéuticos precisos.

5. Los programas de atención a grupos de población de mayor riesgo y programas específicos de protección frente a factores de riesgo, así como los programas de prevención de las deficiencias, tanto congénitas como adquiridas.

6. La promoción y la mejora de los sistemas de saneamiento, abastecimiento de aguas, eliminación y tratamiento de residuos líquidos y sólidos; la promoción y mejora de los sistemas de saneamiento y control del aire, con especial atención a la contaminación atmosférica; la vigilancia sanitaria y adecuación a la salud del medio ambiente en todos los ámbitos de la vida, incluyendo la vivienda.

7. Los programas de orientación en el campo de la planificación familiar y la prestación de los servicios correspondientes.

8. La promoción y mejora de la salud mental. (...)

10. El control sanitario y la prevención de los riesgos para la salud derivados de los productos alimentarios, incluyendo la mejora de sus cualidades nutritivas. (...)

13. La difusión de la información epidemiológica general y específica para fomentar el conocimiento detallado de los problemas de salud. (...)."

¹³⁷ Piénsese por ejemplo y dentro de las actividades señaladas con el número 10 en el art. 18 LGS, en todo lo relacionado con el control sanitario de la industria agroalimentaria, desde el Registro General Sanitario de Alimentos hasta los sistemas de autocontrol, en virtud de los cuales, se confía en cierta medida a los mismos operadores privados el velar por la garantía de unos determinados niveles de calidad o de cumplimiento de la normativa sanitaria, o la responsabilidad de establecer y seguir las conocidas como *buenas prácticas* en materia de

susceptibles de incidir en el derecho a la protección de la salud y donde se afirma que el objeto de la LGS es regular, con carácter general, *"todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud"* reconocido en la Constitución.

Justo a continuación, se enuncia el derecho más importante en que se desagrega el derecho a la protección de la salud que reconoce el art. 43 CE: el derecho a acceder a la asistencia sanitaria, es decir, a un conjunto de prestaciones clínico-asistenciales de las que puede beneficiarse la persona cara al restablecimiento de su estado de salud. En esta línea, el art. art. 1.2 LGS establece que son titulares de ese derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria *"todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia"*¹³⁸ en España, sentando así uno de los principios más importantes de esta Ley, el de la universalización¹³⁹ de la

higiene y manipulación de alimentos. Sobre estos temas, es de obligada cita el libro del profesor Manuel REBOLLO PUIG, *Derecho alimentario*, Marcial Pons, 2007.

¹³⁸ Este criterio para determinar la titularidad del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria ha sido confirmado y ampliado, según establece el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, del Sistema Nacional de Salud. Todos los españoles siguen siendo titulares y respecto a los extranjeros, se amplían los supuestos en que se convierten en titulares de este derecho en las mismas condiciones que los españoles, ello por remisión a la LO 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Su art. 12, con carácter general sólo exige como requisito el hallarse inscrito en el padrón municipal, para lo cual basta con acreditar que se mora en un domicilio ubicado en el término municipal que corresponda, para poder beneficiarse de la asistencia sanitaria. Al margen de este requisito, en caso de urgencia, de tratarse de menores de edad o de mujeres embarazadas, se tendrá derecho a la asistencia sanitaria en condiciones de igualdad por la mera circunstancia de hallarse en España. En este sentido, otro aspecto reseñable de esta Ley lo encontramos en su artículo 36.3, que reconoce eficacia, al menos en lo favorable, al contrato de trabajo celebrado con un trabajador que no tenga permiso de trabajo: *"La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero"* y cabe pensar que entre ellos, los relativos a las prestaciones de la seguridad social.

¹³⁹ Esta cobertura universal al conjunto de la población se fue implantando paulatinamente, según preveía la propia LGS (Disposición Transitoria 5ª). Un hito en este proceso lo constituyó

asistencia sanitaria pública¹⁴⁰ a toda la población española en condiciones de igualdad efectiva, (art. 3.2 LGS). Son éstos pilares fundamentales del modelo diseñado por la LGS, que se han consolidado plenamente, hasta el punto de haber sido recientemente confirmados por la Ley 16/2003, del Sistema Nacional de Salud¹⁴¹, (en adelante LSNS), que, entre los principios que la informan, incluye la prestación de los servicios a los usuarios del SNS en condiciones de igualdad efectiva y calidad, así como el aseguramiento universal y público por parte del Estado.

La LGS fue y sigue siendo, desde luego, una Ley renovadora y compleja que contiene normas sustantivas de gran trascendencia, como es por ejemplo la que recoge, por primera vez en España en una norma con rango de Ley, en su art. 10,¹⁴² el catálogo de derechos de la persona frente a las distintas

el RD 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos.

Avanzando en el proceso de universalización, la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, (BOE núm. 169, de 16 de julio), dio nueva redacción al art. 86.2 b) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en adelante (LGSS), para incluir como prestación no contributiva y universal de la Seguridad Social la asistencia sanitaria y, al mismo tiempo, clarificar y separar las fuentes de financiación de la Seguridad Social (art. 1 L. 24/1997).

¹⁴⁰ Puede así afirmarse que el principio de la universalidad de la asistencia sanitaria es una consecuencia, si no una exigencia, del Estado social de Derecho. Véase sobre el particular VAL TENA, Angel Luis, "El derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 109, enero-febrero 2002, pág. 45-77, donde puede leerse que:

"La universalidad es una característica intrínseca del Estado social (art. 1.1. C.E.), sin que se pueda limitar a las personas, por razones de nacionalidad o cualquier otra, cuando se encuentran en situación de necesidad o de riesgo vital. Por tanto en estas situaciones no se admitirá un "plus de restricción" cuando se regulen las condiciones legales de acceso a la protección de la salud para extranjeros".

¹⁴¹ Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, (BOE núm.128, de 29 de mayo), en adelante LSNS. En su artículo 2º encontramos la enumeración de los principios generales que la informan.

¹⁴² Que luego ha sido perfilado y ampliado por dos importantes leyes, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente y por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, del Sistema Nacional de Salud. La primera de ellas derogó los apartados, 5, 6, 8, 9 y 11 del art. 10 LGS e

Administraciones sanitarias, derechos que son también oponibles, casi en su totalidad, a los prestadores privados de servicios sanitarios,¹⁴³ junto a normas que establecían infracciones y sanciones en la materia y a otras relativas a la docencia e investigación. Al lado de éstas, encontramos también disposiciones de carácter organizativo de la mayor relevancia, que de hecho sientan otro de los pilares del modelo de *descentralización integrada* concebido por el Legislador de 1986, --descentralización, que trae causa principalmente de la CE-- y las relativas a la integración de todas las estructuras y servicios públicos descentralizados al servicio de la salud en el Servicio Nacional de Salud¹⁴⁴ (art. 44 y ss. LGS).

No en vano, el legislador español de 1986, tenía ante sí una complicada tarea; por un lado y para cumplir con el mandato constitucional que se contiene en el art. 9.2CE debía dotar de contenido efectivo el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) y, al mismo tiempo, había de dar respuesta a una necesidad constatada de renovación y modernización de las estructuras existentes;¹⁴⁵ además, habría de hacerlo a la luz de una concepción integral de la acción sanitaria pública. Y, por otro lado, debía responder también al reto de

introdujo una nueva regulación en materia de información, consentimiento y sobre el deber de documentación de las actuaciones clínico asistenciales en la historia clínica.

¹⁴³ Según se prevé en el art. 10-15 de la LGS.

¹⁴⁴ En este sentido, puede sostenerse con CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, 1997, p. 117, que se trata de un sistema integrador, ya que, desde el punto de vista organizativo, se pretende (art. 44 LGS) que el SNS integre todas las estructuras públicas e incluso las privadas, (siempre que se ajusten a lo establecido en los artículos 66, 67 y 90 LGS), al servicio de la salud y, desde el punto de vista teleológico, propugna también la integración de todas las funciones y actividades, públicas y privadas, orientadas a la efectividad del derecho a la protección de la salud. Así lo afirma también TORNOS MAS, Joaquín, "Aspectos constitucionales y distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas", *I Congreso Derecho y Salud*, 1993, p. 25.

¹⁴⁵ Necesidad que queda palmariamente expresada en la Exposición de Motivos de la LGS:

"Puede decirse (...) que la necesidad de proceder a una reforma del sistema(...)se ha visto clara por todos cuantos han tenido responsabilidades en(...)la sanidad, desde el día siguiente a la aprobación de la Ley de bases de 1944. Probaría este aserto una indagación sumaria de los archivos de la Administración, donde pueden encontrarse sucesivos intentos de reforma que, sin embargo, no han visto otra luz que la de los despachos de los Ministerios."

asegurar la efectividad de tal derecho en condiciones de igualdad en un Estado complejo,¹⁴⁶ como es el diseñado en el Título VIII de la CE, en el que por aplicación del principio de autonomía (art. 2 CE), las Comunidades Autónomas iban a estar llamadas a ejercer importantes competencias en la materia y en el que, para asegurar "*las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*",¹⁴⁷ las competencias de aquéllas deberían coordinarse y articularse entre sí y con las propias del Estado¹⁴⁸ para formar así un sistema, el Sistema Nacional de Salud, en lo posible, coherente, eficaz y armónico. Y puede sostenerse que, en buena medida, la LGS consiguió dar estas respuestas de manera satisfactoria,¹⁴⁹ pese a ciertas imperfecciones¹⁵⁰ que se fueron poniendo de manifiesto durante los cerca de veinte años de

¹⁴⁶ Esta preocupación constituye también el objeto de la LSNS, de 2003; establecer el marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se garantice la equidad, la calidad y la participación social en el SNS, así como la reducción de las desigualdades en salud. (art. 1 LSNS)

¹⁴⁷ El art. 149.1.1ª CE atribuye al Estado competencia exclusiva para regular las citadas condiciones básicas.

¹⁴⁸ La LGS tiene, según establece su art. 2.1, casi en su totalidad carácter básico, al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.16ª CE, según el cual,

"El Estado tiene competencia exclusiva sobre (...): 16ª Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos".

¹⁴⁹ Así puede afirmarse con PEMÁN GAVÍN, Juan, "Reflexiones en torno a la Ley General de Sanidad: ¿desarrollo o reforma?", *REDA*, núm. 97, 1998, pp. 65-81 y especialmente, por lo que hace a la valoración globalmente positiva de la Ley, p.79 y ss.

Parte del éxito de la LGS se debería, según este autor, a su doble concepción, por un lado, de *ley-programa*, por los mandatos de desarrollo normativo, cuantiosos y de enjundia, que se plasman en sus Disposiciones Finales y Adicionales, así como por los ambiciosos objetivos y metas, casi "utópicos" que fija y, por otro lado, por su concepción como *ley-marco*, en el sentido de que no es normativamente exhaustiva y se limita a fijar una "*regulación de carácter abierto y flexible que deja una amplio margen de libertad para el desarrollo de opciones distintas por los responsables de la política sanitaria (...)*", p. 69, incluidas las Comunidades Autónomas, como se pone de manifiesto, por ejemplo, en el art. 55 LGS.

¹⁵⁰ La escasa operatividad del Consejo Interterritorial de Salud, por citar un ejemplo, fue una de las principales razones que impulsaron la adopción de la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del SNS.

existencia de la Ley y que han justificado algunas modificaciones¹⁵¹ recientes de considerable importancia. En cualquier caso, quizá la prueba más clara del acierto que ha representado el modelo de la LGS¹⁵² y de la aceptación que ha concitado, la encontremos en el hecho de que sus paredes maestras, como la universalización de la asistencia sanitaria y el diseño y puesta en marcha del Sistema Nacional de Salud, han sido confirmadas y afianzadas¹⁵³ por la LSNS de 2003 y por la culminación del proceso de descentralización del sistema sanitario en diciembre de 2001¹⁵⁴, tras lo cual, todas las CC. AA., desde el 1 de enero de 2002, ejercen sus competencias en materia de gestión de la asistencia sanitaria a través de sus correspondientes Servicios de Salud.

¹⁵¹ Entre ellas y, dejando de lado las meramente puntuales efectuadas a través de Leyes de Presupuestos Generales o de las leyes llamadas de *acompañamiento presupuestario*, encontramos por orden cronológico las introducidas por: 1- La ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, (BOE núm. 274, de 15 de noviembre); 2- la Ley 16/2003, LSNS, ya citada; 3- la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, *de ordenación de las profesiones sanitarias*, (BOE núm.280, de 22 de noviembre) y 4- la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, *del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, (BOE núm. 301, de 17 de diciembre). En este capítulo se hará una aproximación parcial a las dos primeras, dejando las demás y en especial, las referidas a cuestiones de organización y funcionamiento del SNS para capítulos posteriores.

¹⁵² Es revelador sin duda de este acierto que la LGS sea una de las raras leyes de ese decenio que, a pesar de su potencial carga de litigiosidad, dado que fijaba las bases de una materia como la sanidad, no fue recurrida ante el TC por las CC. AA. ni por ninguna de las otras instancias legitimadas para ello. Seguramente esta aceptación de la LGS tenga que ver tanto con su calidad técnica como con la fina política que condujo a su adopción, animadas ambas en buena medida por el entonces Ministro de Sanidad, D. Ernest LLUCH, víctima de un atentado terrorista tan cruel e injustificado como absurdo, como lo son, por otra parte, todos.

¹⁵³ Más aún si consideramos que la LGS se aprobó en 1986, por unas Cortes Generales en las que el Partido Socialista Obrero Español tenía mayoría absoluta y en 2003 y 2001, por el contrario, la mayoría parlamentaria, también absoluta, la ostentaba el Partido Popular.

¹⁵⁴ Las diez CC. AA. de la llamada *vía lenta* del art. 143 CE recibieron la transferencia de las funciones y servicios del INSALUD por medio de los RR. DD. 1471 a 1480 /2001, de 27 de diciembre, por los que se aprobaba, en cada uno de ellos, el Acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias existente entre la Administración General del Estado y cada una de estas diez CC. AA.

b) El estatuto del usuario de la sanidad pública: deberes y derechos del paciente en el Sistema Nacional de Salud

Respecto al estatuto del usuario de la sanidad pública, integrado por los concretos derechos y deberes¹⁵⁵ que, como paciente, le son reconocidos en la vigente configuración legal del derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), en su vertiente de asistencia sanitaria, podemos componerlo a partir de lo dispuesto en los artículos 9, 10¹⁵⁶ y 11 de la LGS, en el conjunto de la Ley

¹⁵⁵ El estudio de los derechos y deberes de los pacientes y usuarios de la asistencia sanitaria excede el ámbito de este trabajo y por tanto serán, con carácter general, poco más que esbozados y tratados con algo más de detalle cuando se presenten conectados a la responsabilidad. SÁNCHEZ CARO, Javier, *Derechos y deberes de los pacientes: (Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas)*, Comares, 2003.

¹⁵⁶ Se transcriben a continuación los apartados del art. 10 LGS que siguen en vigor; presentan el interés de ser la primera concreción de principios y derechos constitucionales (dignidad, art. 10 CE, igualdad, art.14 CE), que se hace por medio de una ley, en el ámbito de la sanidad española, reconociendo derechos a los pacientes usuarios:

"Art. 10. Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:

1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical.

2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso.

3. A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público.

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

7. A que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad.

10. A participar, a través de las instituciones comunitarias, en las actividades sanitarias, en los términos establecidos en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen.

12. A utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. En uno u otro caso deberá recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente se establezcan.

41/2002,¹⁵⁷ de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, en adelante Ley de autonomía del paciente y en la LSNS (art. 4). Es preciso añadir a estas leyes que configuran el estatuto básico del usuario de la sanidad pública¹⁵⁸ española, la Ley 44/2003, de ordenación de las profesiones sanitarias, (en adelante LOPS), importante también en lo relativo a los derechos de los pacientes, como se desprende de sus principios generales¹⁵⁹ (art. 4) y de la regulación que contiene de las relaciones entre los

13. *A elegir el médico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regulen el trabajo sanitario en los Centros de Salud.*

14. *A obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado.*

15. *Respetando el peculiar régimen económico de cada servicio sanitario, los derechos contemplados en los apartados 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 11 de este artículo serán ejercidos también con respecto a los servicios sanitarios privados.*

¹⁵⁷ Esta Ley sitúa el principio de autonomía del paciente, derivado del principio de dignidad de la persona, en el centro de una nueva concepción de la relación entre los profesionales sanitarios, -los médicos, principalmente- y los pacientes. Supone la confirmación de un proceso que en España se inició con los derechos que reconoció de manera imperfecta la LGS en 1986, principalmente a la información y al consentimiento y que, superando la concepción paternalista de la relación clínico-asistencial, dominada abrumadoramente por el principio de beneficencia, "*todo por el paciente, pero sin el paciente*", consagra a éste como a un auténtico sujeto de derecho al que corresponde, tras haber sido adecuadamente informado, decidir sobre cuantas actuaciones sanitarias puedan incidir en su salud y en su cuerpo. La importancia de esta Ley ha dado lugar a destacables trabajos doctrinales, de los que, por todos, citaré GONZÁLEZ SALINAS, Pedro, *Autonomía del paciente, información e historia clínica : (estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Thomson-Civitas, 2004.

¹⁵⁸ Las normas que configuran ese estatuto básico disponen que el conjunto de derechos y deberes que conforma el estatuto del usuario paciente del SNS, rige también, salvo alguna especificidad propia de la sanidad pública, las relaciones entre los pacientes y los centros, servicios y profesionales sanitarios privados; sobre todo, en lo que se refiere a la autonomía del paciente y a la información y documentación clínica. Vid. art. 1 de la Ley de autonomía del paciente y art. 10-15 LGS. En el mismo sentido, el art. 1 de la LOPS establece que sus disposiciones son aplicables tanto si la profesión se ejerce en los servicios sanitarios públicos como en el ámbito de la sanidad privada.

¹⁵⁹ La Ley 44/2003, mediante un juego de espejos, reproduce los derechos de los pacientes usuarios de los servicios sanitarios, (públicos y privados), desde la perspectiva del profesional sanitario, -no sólo médico-, sobre los que la LOPS hace recaer toda una relación de deberes profesionales. Por su interés, se reproduce una selección de los principios generales y de los

profesionales sanitarios y las personas que reciben sus atenciones profesionales, (art. 5 LOPS).¹⁶⁰

deberes que fija la LOPS en su artículos 4º. Nótese la referencia que se hace a las normas deontológicas (apartado 7) y a los protocolos y guías de práctica clínica (apartado 7 b).

"Artículo 4. Principios generales. (...)

2. El ejercicio de una profesión sanitaria, por cuenta propia o ajena, requerirá la posesión del correspondiente título oficial que habilite expresamente para ello (...) y se atenderá, en su caso, a lo previsto en ésta, en las demás leyes aplicables y en las normas reguladoras de los colegios profesionales. (...)

5. Los profesionales tendrán como guía de su actuación el servicio a la sociedad, el interés y salud del ciudadano a quien se le presta el servicio, el cumplimiento riguroso de las obligaciones deontológicas, determinadas por las propias profesiones conforme a la legislación vigente, y de los criterios de normo-praxis o, en su caso, los usos generales propios de su profesión. (...)

7. El ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica, sin más limitaciones que las establecidas en esta Ley y por los demás principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y deontológico, y de acuerdo con los siguientes principios:

a) Existirá formalización escrita de su trabajo reflejada en una historia clínica que deberá ser común para cada centro y única para cada paciente atendido en él. (...)

b) Se tenderá a la unificación de los criterios de actuación, que estarán basados en la evidencia científica y en los medios disponibles y soportados en guías y protocolos de práctica clínica y asistencial. Los protocolos deberán ser utilizados de forma orientativa, como guía de decisión para todos los profesionales de un equipo, y serán regularmente actualizados con la participación de aquellos que los deben aplicar.

c) La eficacia organizativa de los servicios, secciones y equipos, o unidades asistenciales equivalentes sea cual sea su denominación, requerirá la existencia escrita de normas de funcionamiento interno y la definición de objetivos y funciones tanto generales como específicas para cada miembro del mismo, así como la cumplimentación por parte de los profesionales de la documentación asistencial, informativa o estadística que determine el centro.

d) La continuidad asistencial de los pacientes, tanto la de aquellos que sean atendidos por distintos profesionales y especialistas dentro del mismo centro como la de quienes lo sean en diferentes niveles, requerirá en cada ámbito asistencial la existencia de procedimientos, protocolos de elaboración conjunta e indicadores para asegurar esta finalidad. (...)"

¹⁶⁰ En este artículo, abundando en derechos y principios ya reconocidos en la LGS y en la Ley 41/2002, se alternan deberes profesionales, con derechos de los pacientes (como los que aparecen en el apartados d) y f) En cuanto a los deberes, en el apartado a) subyace el principio de proporcionalidad y el deber de seguir una formación continua a lo largo de la vida profesional, junto con el de actuar de acuerdo con las normas deontológicas, lo cual plantea la duda de si el incumplimiento de una norma deontológica puede, por efecto de esta remisión que efectúa la LOPS, por sí solo constituir un incumplimiento de la Ley.

"Artículo 5. Principios generales de la relación entre los profesionales sanitarios y las personas atendidas por ellos.

1. La relación entre los profesionales sanitarios y de las personas atendidas por ellos, se rige por los siguientes principios generales:

a) Los profesionales tienen el deber de prestar una atención sanitaria técnica y profesional adecuada a las necesidades de salud de las personas que atienden, de acuerdo con el estado de desarrollo de los conocimientos científicos de cada momento y con los niveles de calidad y seguridad que se establecen en esta Ley y el resto de normas legales y deontológicas aplicables. (...)

Estas leyes y de manera especial, la Ley 41/2002 son manifestación del proceso de afirmación de los derechos de los pacientes que se ha vivido en los últimos años en muchos países¹⁶¹ y en España¹⁶² y que vino precedido, en la esfera europea, del Convenio de Oviedo de 1997. El principio de autonomía, - derivado a su vez del principio de la dignidad¹⁶³ humana¹⁶⁴- y sus distintas

c) Los profesionales tienen el deber de respetar la personalidad, dignidad e intimidad de las personas a su cuidado y deben respetar la participación de los mismos en las tomas de decisiones que les afecten. En todo caso, deben ofrecer una información suficiente y adecuada para que aquéllos puedan ejercer su derecho al consentimiento sobre dichas decisiones.

d) Los pacientes tienen derecho a la libre elección del médico que debe atenderles. Tanto si el ejercicio profesional se desarrolla en el sistema público como en el ámbito privado por cuenta ajena, este derecho se ejercerá de acuerdo con una normativa explícita que debe ser públicamente conocida y accesible. En esta situación el profesional puede ejercer el derecho de renunciar a prestar atenciones sanitarias a dicha persona sólo si ello no conlleva desatención. En el ejercicio en el sistema público o privado, dicha renuncia se ejercerá de acuerdo con procedimientos regulares, establecidos y explícitos, y de ella deberá quedar constancia formal.

e) Los profesionales y los responsables de los centros sanitarios facilitarán a sus pacientes el ejercicio del derecho a conocer el nombre, la titulación y la especialidad de los profesionales sanitarios que les atienden, así como a conocer la categoría y función de éstos, si así estuvieran definidas en su centro o institución.

f) Los pacientes tienen derecho a recibir información de acuerdo con lo establecido en la Ley 41/2002, (...)"

¹⁶¹ Unos meses antes, se adoptó en Francia la Ley de 4 de marzo de 2002, sobre los derechos de los enfermos y de la calidad del système de santé.

¹⁶² En el ámbito interno español, casi todas las Comunidades Autónomas han legislado sobre estas materias, dentro del respeto de las bases fijadas en la Ley 41/2002, bien en sus respectivas leyes de ordenación sanitaria o en leyes específicas relativas a la información y a la documentación clínicas. Valga como muestra, no exhaustiva, la cita de las siguientes: Ley 7/2002, de 12 de diciembre, del País Vasco, sobre voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad, la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de Cataluña, sobre derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente y la documentación clínica; la Ley 3/2001, de 28 de mayo, (modificada por la 3/2005, de 17 de marzo), de Galicia, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes y la Ley 3/2005, de 8 de julio, de Extremadura, sobre información sanitaria y autonomía del paciente.

¹⁶³ Nótese que el principio de la dignidad de la persona tiene un reconocimiento expreso en el capital art. 10 de la Constitución española. Sin embargo, en Francia, fue el *Conseil constitutionnel*, en una decisión de 27 de julio de 1994 (94-343-344 DC), sobre las leyes llamadas *bioéthiques*, el que formuló expresamente el principio de la protección de la dignidad de la persona, reconociéndole valor constitucional, con apoyo en la primera frase del Preámbulo de la Constitución de 1946.

proyecciones, el derecho a ser informado, a decidir, a la intimidad y a la confidencialidad, así como el deber de documentar las actuaciones clínico-asistenciales en una historia clínica, junto con la obligación de conservarla, quedan así confirmados, desde la doble perspectiva del deber del profesional y del derecho del paciente, como el eje en torno al cual ha de girar la relación médico-paciente y como una fuente de derechos subjetivos de los pacientes, reconocidos jurídicamente a través de una norma con rango de Ley. Para el profesional sanitario, estos deberes, de información, consentimiento y documentación, se convierten además en un canon que va a permitir enjuiciar su práctica clínico-asistencial, en la medida en que han quedado integrados en la *lex artis* de la ciencia y técnica médicas. Puede decirse que la Ley ha absorbido toda una serie de reglas y principios que hasta poco tiempo antes se movían en la órbita de la ética y de la deontología, en la que, pese a esta *apropiación* por el legislador, permanecen con esa doble naturaleza deontológica y jurídica que desplegará efectos en su esfera respectiva, en un fenómeno que se ha descrito como "*glissement de l'éthique au droit*".¹⁶⁵

El estudio de estas Leyes presenta el interés de que constituyen el conjunto normativo que rige la actividad sanitaria, tanto en el sector público como en el privado y, en consecuencia, a los efectos de este estudio adquieren un relieve especial en la medida en que su infracción puede ser generadora de responsabilidad patrimonial o, al contrario, su cumplimiento, enervador de la responsabilidad.

Con relación a los derechos, podríamos clasificarlos en tres categorías según tengan un objeto relacionado más directamente con las prestaciones (1)

¹⁶⁴ La relevancia de este principio fundamental no puede difuminarse en el ámbito sanitario y de la bioética por el hecho de que se hayan acuñado adaptaciones sectoriales del mismo, como es el caso del principio de autonomía, como acertadamente subraya ANDORNO, Roberto, "La notion de dignité humaine, est-elle superflue en bioéthique?", en *Revue générale de droit médical*, núm. 16, 2005, p. 95 y ss.

¹⁶⁵ Este desplazamiento de la Ética hacia el Derecho, *glissement de l'éthique au droit*, sirvió de título al informe de la Section du rapport et des études del Conseil d'État, de 1998 y que citan MOREAU, J. y TRUCHET, D., en *Droit de la santé publique*, Dalloz, 5ª ed., 2000, p. 245.

del servicio público de la asistencia sanitaria o más relacionado con la dignidad de la persona y su autonomía (2) o más relacionado con la participación de los ciudadanos-usuarios en el SNS. (3)

1.- Dentro de los encuadrables en la primera categoría, los relacionados con prestaciones, se hallan los recogidos en el art. 10 LGS, en concreto en sus apartados 2, 7, 13 y 14¹⁶⁶, al igual que los relativos al derecho a ser informado, entre otros aspectos, de los servicios y unidades asistenciales disponibles, su calidad y requisitos de acceso, todo lo cual habrá de constar en una guía o carta de los servicios, así como la información necesaria para poder elegir médico¹⁶⁷ y centro (artículos 12 y 13 de la Ley 41/2002), así como el derecho a recibir un informe de alta (art. 20 de la misma Ley). El derecho a elegir médico merece alguna atención, aunque sólo sea por contraste¹⁶⁸ con el carácter

¹⁶⁶ Véase su cita en la nota 156. En concreto, el art. 10, apartado 14 se refiere al derecho, en el SNS, a obtener los medicamentos y los productos sanitarios que se consideren necesarios en el proceso de la asistencia sanitaria de que disfrute una persona. Se trata pues de la prestación farmacéutica que desarrolla después la propia LGS, la LSNS y los reglamentos que en su desarrollo se han dictado, entre los que destaca el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

¹⁶⁷ El art. 13 de la Ley 41/2002 se refiere indirectamente al derecho del paciente o usuario del SNS a elegir libremente el médico y el centro en el que vaya a ser tratado, ya que -quizá por coherencia con el objeto propio de la Ley-, prevé un derecho que tiene carácter instrumental respecto al de elección de médico, el derecho a ser informado para poder elegir, aunque en los términos que reglamentariamente se establezcan. Así, el art. 13 de la Ley 41/2002 establece que:

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

¹⁶⁸ Con relación a la libertad de elección de médico y de centro, puede adelantarse que este derecho está contemplado en la sanidad pública española de manera mucho más restrictiva que en el *systeme de santé* francés, como pone de relieve lo dispuesto en el art. 17 LGS, que delimita de manera estricta las posibilidades de reembolso a los supuestos que normativamente se establezcan y que son la denegación de la asistencia sanitaria o los casos de urgencia vital:

"Las Administraciones Públicas obligadas a atender sanitariamente a los ciudadanos no abonarán a éstos los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de servicios sanitarios distintos de aquellos que les correspondan en virtud de lo dispuesto en

fundamental que este derecho tiene en Francia. Ese derecho ya se había reconocido en la LGS para los usuarios o pacientes del SNS, aunque de manera limitada y sujeta a su desarrollo reglamentario y guardando silencio, seguramente por su obviedad, respecto al derecho a la libre elección de médico en el sector sanitario privado. En este sentido, en el art. 10 LGS se preveía, entre los derechos que todos tienen con respecto a las Administraciones sanitarias, el derecho:¹⁶⁹

"13. A elegir el médico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regulen el trabajo sanitario en los Centros de Salud."

Será en 2003, cuando la LSNS disponga, también para el ámbito de la sanidad pública, que las instituciones asistenciales han de velar por la adecuación de su organización para facilitar la libre elección de facultativo y una segunda opinión en los términos que reglamentariamente se establezcan. También en 2003, la LOPS recoge en su art. 5¹⁷⁰ el derecho a la libre elección de médico, de manera directa y refiriéndose no sólo a los pacientes o usuarios del SNS, sino también a los de los servicios sanitarios privados. Es preciso señalar que este derecho ha sido luego desarrollado para ampliar sus posibilidades de ejercicio, por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias en materia de sanidad.

esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las normas que aprueben las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias."

¹⁶⁹ Derecho que en la misma LGS, en su art. 14, convierte en una facultad que limita además a la *facultad* de elegir en el ámbito de los médicos de atención primaria que presten sus servicios en una misma Área de salud y en las poblaciones de más de 250.000, se ampliaba al conjunto de la ciudad.

¹⁷⁰ Así, el art. 5 de la LOPS, entre los principios generales que rigen las relaciones se reconoce este derecho a elegir del paciente o usuario, declara que:

"d) Los pacientes tienen derecho a la libre elección del médico que debe atenderles. Tanto si el ejercicio profesional se desarrolla en el sistema público como en el ámbito privado por cuenta ajena, este derecho se ejercitará de acuerdo con una normativa explícita que debe ser públicamente conocida y accesible. En esta situación el profesional puede ejercer el derecho".

Dentro de esta categoría de los derechos prestacionales también entrarían, las garantías de las prestaciones¹⁷¹, de las que tratan los artículos 23 a 29 LSNS y los derechos que establece el art. 4 de la LSNS relativos a: a) la obtención de una segunda opinión facultativa,¹⁷² b) a recibir asistencia sanitaria en su Comunidad Autónoma de residencia en un tiempo máximo,¹⁷³ -lo que directamente atañe al fenómeno de las listas de espera - y c) a recibir por parte del servicio de salud de la C. A. en que se encuentre desplazado la asistencia sanitaria que pudiera requerir su estado de salud.¹⁷⁴

2.- En la segunda categoría, la formada por los derechos o principios cuyo objeto y finalidad atiende primordialmente al respeto de la dignidad de la persona y a su autonomía, a la posibilidad de adoptar decisiones, después de haber recibido una información adecuada y adaptada a su destinatario, que pueden afectar a la integridad física, se sitúan los enunciados en el art. 10 LGS, párrafos 1º y 4º.¹⁷⁵ Podemos ubicar también en esta categoría casi todos

¹⁷¹ Como en el Preámbulo de esta LSNS puede leerse, el reconocimiento de un derecho tiene el valor que le concede su garantía.

¹⁷² En los términos previstos en el art. 28.1 LSNS.

¹⁷³ Según lo dispuesto en el art. 25 LSNS, cuyo desarrollo reglamentario se ha concretado, parcialmente, en el R. D. 605/2003, de 23 de mayo, por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre las listas de espera en el Sistema Nacional de Salud. Alguna Comunidad Autónoma, valga como ejemplo el caso de Extremadura, se ha ocupado de regular esta cuestión, en su Ley 1/2005, de 24 de junio, sobre tiempos de respuesta máximos en la atención especializada en el sistema sanitario público de Extremadura, en la que sujeta a determinados límites el tiempo de espera para recibir un tratamiento especializado y que si superan, prevén que el paciente pueda beneficiarse de la atención que requiera su estado de salud, incluso recurriendo a los servicios sanitarios privados.

¹⁷⁴ En las mismas condiciones y con las mismas garantías que las que se observen con los ciudadanos residentes en esa Comunidad Autónoma, siempre que esté incluida en el catálogo de prestaciones. (art. 4, letra c LSNS)

¹⁷⁵ Se reproducen en estos apartados algunos de los más importantes principios y derechos reconocidos en la CE 78, como el respeto a la personalidad y a la dignidad de la persona (art. 10 CE), el principio de igualdad y la proscripción de las discriminaciones injustificadas (art. 14

los derechos que establece la Ley 41/2002¹⁷⁶, que no en vano se titula Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En su art. 2 figuran como principios básicos, que van a irradiar distintos derechos subjetivos, (art. 2.1) la dignidad de la persona, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad, (art. 2.2) la necesidad, con carácter general de requerir el previo consentimiento, después de haber recibido una información adecuada, para acometer cualquier actuación sanitaria que le afecte, (art. 2.3) el derecho a elegir entre las opciones clínicas disponibles, (art. 2.4) así como a negarse a recibir un determinado tratamiento o (art. 2.6) la obligación de todo profesional que intervenga en la actividad asistencial, no sólo a la correcta dispensación de sus técnicas clínico asistenciales, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica como algo que viene exigido por la *lex artis* en aras de una mejor calidad asistencial. En este sentido se puede hablar, incluso de la existencia de un *derecho* del paciente a la historia clínica,¹⁷⁷ que

CE y el derecho a la intimidad (art. 18 CE), todo ello con relación a la asistencia sanitaria y a la investigación.

¹⁷⁶ Téngase presente que el ámbito de aplicación de la Ley 41/2002 engloba tanto la sanidad pública como la privada, según dispone su art. 1, tiene por objeto:

"(...) la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica."

¹⁷⁷ Ese *derecho* a la historia clínica está latente en los artículos 14 a 19 de la Ley 41/2002, de autonomía del paciente, que se ocupan del contenido, custodia y acceso a la historia clínica y se hace patente en el art 15, que establece que:

"1. La historia clínica incorporará la información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente. Todo paciente o usuario tiene derecho a que quede constancia, por escrito o en el soporte técnico más adecuado, de la información obtenida en todos sus procesos asistenciales, realizados por el servicio de salud tanto en el ámbito de atención primaria como de atención especializada."

"2. La historia clínica tendrá como fin principal facilitar la asistencia sanitaria, dejando constancia de todos aquellos datos que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud.(...)"

Por su parte, se insiste en este *derecho a la historia clínica* en la LOPS en cuyo art. 4º, sobre los principios generales que presiden esa Ley, establece en su párrafo 7º que el ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica, sin más limitaciones que las establecidas en esta Ley y por los demás principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y deontológico, y de acuerdo con los siguientes principios:

además es un elemento clave en toda reclamación de responsabilidad.¹⁷⁸ También el derecho a que se respeten las decisiones libre y voluntariamente adoptadas por el paciente.¹⁷⁹ Entre los derechos positivamente reconocidos en esta Ley y que emanan de los principios recién citados, destaca igualmente el derecho a la información asistencial (art. 4)¹⁸⁰, cuyo adecuado cumplimiento corresponde asegurar a un médico responsable de la información e interlocutor principal del paciente, (art. 4.3)¹⁸¹ y que se desdobra para presentarse también en forma negativa, es decir como derecho a no ser informado,¹⁸² que no puede

"a) Existirá formalización escrita de su trabajo reflejada en una historia clínica que deberá ser común para cada centro y única para cada paciente atendido en él.

La historia clínica tenderá a ser soportada en medios electrónicos y a ser compartida entre profesionales, centros y niveles asistenciales."

¹⁷⁸ El deber de documentar las actuaciones clínico-asistenciales en una historia clínica, en contra de su percepción por muchos profesionales sanitarios como una carga extraña impuesta por el Derecho, la forma en que se construye una historia clínica es un indicador inequívoco de la calidad asistencial. Una historia clínica bien hecha es, además, la mejor herramienta de defensa del profesional sanitario frente a una eventual reclamación de responsabilidad.

¹⁷⁹ Art. 2.1 y 2.6 de la Ley 41/2002, de autonomía del paciente.

¹⁸⁰ Que, como regla general, se facilitará verbalmente y dejando constancia en la historia clínica y habrá de ser veraz y comunicada de forma comprensible y adecuada a las necesidades del paciente, de forma que le ayude a tomar las decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad, según se desprende del art. 4.1 y 2, que pone así de relieve el carácter instrumental de este derecho-deber de información asistencial para permitir la toma de decisiones con suficientes elementos de juicio.

La obligación de información y de obtener el consentimiento han sido y son una fuente de litigiosidad importante. Véanse sobre el particular, entre los numerosos que se han publicado, los trabajos de GALÁN CORTÉS, Julio César, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Colex, 1997 y GUERRERO ZAPLANA, José, *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, Lex Nova, 3ª ed., 2003.

¹⁸¹ Que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, como interlocutor principal de éste en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial.

Se plantea el problema de si responde también del respeto de la confidencialidad de la historia clínica, en la medida en que la obligación de informar se comparte con otros facultativos. (art.4.3)

¹⁸² Lo que es una novedad en el ordenamiento español, ya que el art. 10.5 LGS, derogado por la Ley 41/2002, no preveía tal posibilidad, lo cual era fuente de problemas e inseguridad para el personal facultativo sobre el que pesaba la obligación de informar en todo caso y que, llevado al absurdo, podría dar lugar a una especie de *encarnizamiento informativo*.

concebirse además con carácter absoluto, ya que podría ser potencialesmente dañoso para el propio interesado¹⁸³ o para terceros¹⁸⁴ y en consecuencia ha de limitarse.¹⁸⁵ Cabe también que el médico pueda apreciar, de manera debidamente razonada y anotada en la historia clínica, la existencia de un estado de necesidad terapéutica¹⁸⁶ que aconseje que no se informe al paciente si se juzgara que la información podría resultar contraproducente (art. 5.4 L. 41/2002). El derecho a la intimidad, que el artículo 7 conecta con el respeto al carácter confidencial de los datos referentes a la salud y que debe ponerse en relación también con lo dispuesto en la L. O. 15/1999, de Protección de datos de carácter personal (art. 7 LOPD);¹⁸⁷ estos principios y derechos se concretan también en lo que se refiere a la historia clínica, a su contenido, a su utilización, tratamiento y custodia, así como al derecho de acceso a ésta (artículos 14 a 19). Todo lo cual, permite reiterar, que el ordenamiento español reconoce al paciente o usuario un auténtico derecho a la historia clínica.

Y finalmente, dentro del capítulo IV de la Ley 41/2002, relativo al respeto de la autonomía del paciente, se regula lo que se conoce como consentimiento informado,¹⁸⁸ -pleonasma que ha hecho fortuna- y la información que debe

¹⁸³ En la medida en que esa información, que rechaza, puede traducirse en que el paciente pueda seguir un tratamiento

¹⁸⁴ Piénsese por ejemplo en un paciente que se niega a ser informado y se detecta que ha contraído una enfermedad de transmisión sexual o una infección contagiosa. Dado que su conducta puede tener consecuencias lesivas para otras personas, ha de ponerse en conocimiento su estado de salud para que pueda adoptar las medidas precautorias necesarias.

¹⁸⁵ Como se hace en el primer inciso del art. 9.1 de la Ley 41/2002:

"1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. (...)"

¹⁸⁶ Así se denomina en la Ley 41/2002, pese a que en la doctrina se denomina con más frecuencia a este supuesto como privilegio terapéutico.

¹⁸⁷ La profesora Noelia DE MIGUEL ha estudiado la regulación de la historia clínica que efectúa la Ley 41/2002 desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal, en MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia de, "Intimidad e historia clínica en la nueva Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica", en *REDA*, núm. 117, 2003, pp. 9 a 31.

¹⁸⁸ Véase, por todos, el trabajo del profesor D. Manuel ALONSO OLEA, "El consentimiento informado en medicina y cirugía", *RAP*, núm. 155, 2001, pags. 7-26.

precederlo (artículos 8, 9 y 10), entendiéndolo por tal la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud. Su detallada regulación representa un notable avance respecto al derecho anteriormente aplicable (art. 10.5 LGS),¹⁸⁹ cuyas carencias explican parcialmente la considerable litigiosidad a que ha dado lugar en los años pasados el consentimiento, sin dejar de señalar que en su momento, 1986, significó un gran paso adelante en la transición de una medicina tradicionalmente entendida y practicada de forma paternalista, marcada por el predominio del principio de beneficencia, a otra en la que otros principios de la bioética -fundamentalmente el de autonomía- iban a empezar a gobernar las relaciones entre el médico y el paciente y, ello también en la esfera del servicio público de la asistencia sanitaria. En esta misma Capítulo IV, se regula también el derecho a manifestar anticipadamente¹⁹⁰ su voluntad, a través de lo que se conoce como "instrucciones previas".¹⁹¹

¹⁸⁹ El art. 10.5 LGS, hoy derogado por la Ley 41/2002, establecía en el derecho de los pacientes-usuarios a que se les diera "*en términos comprensibles (...) información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso (...)*" a la vez que establecía (art. 10.6 LGS, derogado por la misma norma antes citada), que era con carácter general "*(...) preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención*".

El hecho de exigir unos requisitos tan estrictos, información completa y consentimiento siempre por escrito, produjo un cierto efecto perverso, quizá por el exceso de voluntarismo, sin duda bienintencionado, en que incurrió el legislador de 1986 en su ánimo de superar la inercia de una práctica de la Medicina en la que el paternalismo médico tenía más peso que el principio de autonomía de la persona y su reflejo inmediato en el deber de informar y de recabar el consentimiento. Un efecto perverso en la medida en que el llamado consentimiento informado se convirtió, en la práctica, apartándose de su verdadera razón de ser, en un escudo protector del médico, en lugar de la culminación de un previo proceso de información que condujera a la adopción de una decisión consciente en línea con el principio de autonomía. No obstante, el ya mencionado Convenio de Oviedo, que entró en vigor para España el 1 de enero de 2000, matizó ese deber de los profesionales sanitarios al exigir que la información fuera adecuada y no completa. Más tarde y en esta misma línea, la Ley 41/2002 (artículos 8 a 10), clarificó los supuestos en que el consentimiento debe documentarse por escrito.

¹⁹⁰ Aunque, en sentido estricto, no se trata de una voluntad anticipada, sino de una manifestación actual de voluntad para que despliegue sus efectos en un momento futuro, en el

3.- La tercera categoría de derechos englobaría los relacionados con la participación de los ciudadanos-usuarios en el SNS, dentro de la corriente¹⁹² que tanto en España como en Francia lleva a tratar de difuminar,¹⁹³ la relación jurídico-administrativa clásica entre el particular usuario de un servicio público¹⁹⁴ y la Administración. Estos derechos quedarán aquí sólo apuntados y se tratará de ellos en el gran apartado B), al abordar la cuestión de la participación de los usuarios y de la *démocratie sanitaire*. No obstante, conviene dejar ya constancia de la parquedad con que se han recogido en el ordenamiento jurídico-sanitario español, por contraste con la mencionada *démocratie sanitaire* que pone en pie la Ley francesa de 4 de marzo de 2002. Únicamente el apartado 10 del art. 10 de la LGS hace una muy genérica alusión que no ha tenido desarrollo alguno, dentro del catálogo de "*derechos*

caso de no encontrarse en disposición para manifestar su voluntad en ese momento posterior; se trata de los llamados, también de manera inexacta, aunque expresiva, testamentos vitales.

¹⁹¹ Art. 11 de la Ley 41/2002.

¹⁹² Corriente que podemos encuadrar dentro del conjunto de cambios a que se refiere el clásico trabajo del profesor PAREJO ALFONSO, L., *Crisis y renovación del Derecho Público*, Colección Cuadernos y debates, (nº 30) del Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

¹⁹³ Incluso maquillar o disimular, podría llegar a decirse, ante las dificultades de aceptación por el ciudadano del siglo XXI de la relación jurídico-administrativa clásica, presidida por el principio de la desigualdad dentro de la legalidad.

¹⁹⁴ Véanse sobre el particular el trabajo del profesor DUPRAT, Jean-Pierre, "La notion d'usager. Réflexion sur trois visages d'un partenaire: L'administré, l'usager et le client", en AA. VV., *Les administrations économiques et financières et leurs usagers. Journée d'étude de Bordeaux 21 mars 1996*, Ministère de l'économie et des finances-Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1997, pp. 17-45 y, desde la perspectiva ya específica del servicio público de la asistencia sanitaria, "Démocratie sanitaire et droits du malade", en *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, Dalloz, 2004, p. 145-163.

En España, resultan en mi opinión generalizables las consideraciones que en el ámbito económico, del sector público, formula el profesor José Luis PIÑAR MAÑAS, *Privatización de empresas públicas y Derecho Comunitario*, RAP, nº 133, pp. 17 y ss., cuando prefiere, por considerarlo más próximo al papel que le corresponde al ciudadano en sus relaciones con la Administración y aún siendo criticable, el término *accionista* o dueño, frente al de cliente que parece imponerse en determinados sectores al de administrado.

con respecto a las distintas Administraciones Públicas sanitarias", del derecho a:

"10. A participar, a través de las instituciones comunitarias, en las actividades sanitarias, en los términos establecidos en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen"

La LSNS, pese a haber sido adoptada en 2003, -cuando la antes mencionada corriente difuminadora del principio de autoridad latente en las relaciones jurídico-administrativas hubiera podido creerse más asentada que en 1986-, no hizo grandes concesiones a la participación de los usuarios-pacientes-ciudadanos, por lo que las reivindicaciones de una mayor participación y presencia de las asociaciones de usuarios del SNS habrán de buscar otros cauces. Así, las expectativas que contribuye a generar el capítulo IX de la Ley, titulado "*De la participación social*" se esfuman al leer su artículo 67,¹⁹⁵ que reduce la participación social a un órgano consultivo permanente, el

¹⁹⁵ El art. 167 de la LSNS, dentro del capítulo relativo a la participación social, establece que:

"1. La participación social en el Sistema Nacional de Salud se ejercerá a través de:

- a) El Comité Consultivo.*
- b) El Foro Abierto de Salud.*
- c) El Foro Virtual.*

2. El Comité Consultivo es el órgano, dependiente del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, mediante el cual se hace efectiva, de manera permanente, la participación social en el Sistema Nacional de Salud, y se ejerce la participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales en el Sistema Nacional de Salud.

Sus funciones serán la de informar, asesorar y formular propuestas sobre materias que resulten de especial interés para el funcionamiento del Sistema Nacional de Salud y, en cualquier caso, sobre:

1. Los proyectos normativos que afecten a las prestaciones sanitarias, su financiación y el gasto farmacéutico.

2. Los planes integrales de salud, cuando sean sometidos a su consulta.

3. Las disposiciones o acuerdos del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que afecten directamente a materias relacionadas con los derechos y deberes de los pacientes y usuarios del sistema sanitario.

4. Los proyectos de disposiciones que afecten a principios básicos de la política del personal del Sistema Nacional de Salud.

5. Cuantas otras materias le atribuya el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

El Comité Consultivo recibirá los anteproyectos de ley y los proyectos de disposiciones generales en materia sanitaria elaborados por la Administración General del Estado, así como los informes anuales sobre el estado del Sistema Nacional de Salud, los análisis y estudios que se elaboren sobre las prestaciones a las cuales se refiere el capítulo I de esta ley y se remitan al Consejo Interterritorial; asimismo, por iniciativa propia o del Consejo Interterritorial, formulará propuestas de cuantas medidas estime oportunas acerca de la política sanitaria.

El Comité Consultivo estará presidido por el representante de la Administración General del Estado que designe el Ministro de Sanidad y Consumo. Su funcionamiento se regulará por su reglamento interno. Estará integrado por los siguientes miembros, nombrados en los términos que se establezcan reglamentariamente:

Comité Consultivo, que sirve de cauce de participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales en el SNS. Se prevé también,¹⁹⁶ un órgano de existencia temporal, convocado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, el Foro Abierto de Salud para tratar asuntos específicos y que puede estar abierto a la participación de asociaciones, aunque la LSNS no precisa a qué tipo de asociaciones se refiere.

Y, a propósito de los deberes u obligaciones de los pacientes usuarios del SNS que establecen las distintas normas que inciden en el sector,¹⁹⁷¹⁹⁸ en

-
- a) Seis representantes de la Administración General del Estado.
 - b) Seis representantes de las comunidades autónomas.
 - c) Cuatro representantes de la Administración local.
 - d) Ocho representantes de las organizaciones empresariales.
 - e) Ocho representantes de las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito estatal.

(...)

4. El Foro Virtual se mantendrá a través de la red informática."

¹⁹⁶ De este Foro se ocupa el párrafo 3º del art. 167:

"3. El Foro Abierto de Salud se constituirá, con carácter temporal, a convocatoria del Ministro de Sanidad y Consumo, para el estudio, debate y formulación de propuestas sobre temas específicos que en un determinado momento tengan impacto en el Sistema Nacional de Salud. En él podrán participar las organizaciones, consejos, sociedades o asociaciones que en cada momento se determine según la materia a tratar."

¹⁹⁷ Parece apreciarse un cierto desequilibrio entre los derechos y los deberes que el ordenamiento fija para los pacientes-usuarios; este desequilibrio, quizá revelador del espíritu de una época, se encuentra con frecuencia en las Leyes contemporáneas, salvo en las tributarias, que no suelen ser tan prolijas a la hora de establecer deberes como a la hora de reconocer derechos a los ciudadanos.

¹⁹⁸ En la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información clínica, encontramos, además del contenido en su art. 21, el deber de *"(...) facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria"*, (art. 2.5). Pese a ser enunciado expresamente sólo un deber, no se ha de perder de vista su trascendencia, ya que tiene por objeto datos de carácter personal que, por referirse a la salud, están especialmente protegidos (art. 7.3 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal) Por esta razón, fuera de los casos en que el cumplimiento de este deber se exija en el marco de la asistencia sanitaria prestada al "propietario" o titular de esos datos, de la que éste se beneficiaría directamente, (de hecho, es el primer interesado en que los profesionales que lo van a tratar conozcan esa información veraz), el deber que comentamos supone una intromisión en el derecho a la intimidad y en el derecho a la protección de los datos de carácter

la Ley 41/2002, de autonomía del paciente puede deducirse de su art. 21 la obligación de firmar el alta, en caso de no aceptar el tratamiento prescrito y de no existir o aceptar tratamientos alternativos, ni siquiera paliativos, que se presten en el centro en que esté ingresado. Antes, en su art. 2º-5, entre los principios básicos de la Ley, incluye una referencia a la buena fe del paciente o usuario respecto a la información que proporcione sobre su estado físico o sobre su salud. En el art. 11 LGS¹⁹⁹ se completa la relación de obligaciones de los ciudadanos con las instituciones y organismos del sistema sanitario, que se reconducen a la obligación de hacer un uso adecuado de las prestaciones e instalaciones del sistema y a la de cumplir las prescripciones generales y específicas, de naturaleza sanitaria.²⁰⁰

En suma, hay que constatar que el derecho a la protección de la salud se traduce, partiendo de su declaración en el art.43 CE⁷⁸ y de su configuración legal a través de la LGS, de la LSNS y de la Ley General de la Seguridad Social²⁰¹ (LGSS) y de su correspondiente normativa de desarrollo, en un

personal, que para ser legítima exigirá que ese concepto jurídico indeterminado que son las *razones de interés público* esté suficientemente justificado.

¹⁹⁹ El art. 11 de la LGS establece que:

"Serán obligaciones de los ciudadanos 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.

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

²⁰⁰ La obligación de cumplir las prescripciones sanitarias específicas, es decir, el tratamiento médico prescrito a una persona en particular, puede tener si se incumple, según se verá en otro capítulo, efectos a la hora de apreciar la existencia de responsabilidad. E

²⁰¹ Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo, 1/1994, de 20 de junio. (LGSS)

Dado que, como ya se vio más arriba, el servicio público de la asistencia sanitaria se ha edificado teniendo por fundamento constitucional, sustantivo y competencial, tanto los art. 43 y 149.1.16ª CE, *derecho a la protección de la salud y bases y coordinación de la sanidad nacional*, como los artículos 41 y 149.1.17ª, *régimen público de Seguridad Social* y competencia exclusiva del Estado sobre *régimen económico de la Seguridad Social*, la normativa en materia de Seguridad Social incide también en la asistencia sanitaria.

auténtico derecho subjetivo público,²⁰² de configuración legal que permite exigir que el acceso a la asistencia sanitaria pública y a las prestaciones²⁰³ sanitarias se realice en condiciones de igualdad²⁰⁴ y con observancia de los demás derechos a los que se acaba de hacer mención, quedando en caso contrario el ciudadano a quien perjudique esa denegación ilegal de su derecho a la asistencia sanitaria, legitimado para instar su reconocimiento efectivo ante los órganos jurisdiccionales y, en su caso, de exigir responsabilidad patrimonial por la lesión que hubiera podido producirse. Como señala el profesor García de Enterría²⁰⁵, los derechos públicos subjetivos se caracterizan por la posición

²⁰² Coincidiendo con PALOMAR OLMEDA, Alberto, "El tratamiento constitucional de la salud", en PALOMAR OLMEDA, Alberto, (Coord.), *Manual jurídico de la profesión médica*, Dykinson, 1998, PP. 119-121.

²⁰³ Estas prestaciones se fijaron para el conjunto del Sistema Nacional de Salud, en el R.D. 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

Posteriormente, en desarrollo de lo previsto en los artículos 7.1 y 20 de la LSNS y después de haber sido acordado por el Consejo Interterritorial del SNS, este Real Decreto 63/1995 fue derogado y sustituido por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, BOE núm. 222, de 17 de septiembre de 2006.

²⁰⁴ La aspiración de igualdad es patente en el párrafo 1º del art.1º de la LSNS:

"El objeto de esta ley es establecer el marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se garantice la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud, así como la colaboración activa de éste en la reducción de las desigualdades en salud."

Para, inmediatamente después, en su art. 2º situar el primero entre los principios generales inspiradores de la LSNS:

"La prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad."

²⁰⁵ Véase el clásico trabajo, publicado en 1975, del profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, en su línea característica de ampliar las vías de control sobre el actuar público, "Sobre los derechos públicos subjetivos", publicado en el núm. 6 de *REDA*, en 1975, (pp. 427 y ss) y que luego se incorporó a su Curso de Derecho Administrativo.

Al hilo del estudio de esta cuestión, además de en España, en Italia, Alemania y Francia, formula el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA una reflexión que es muy reveladora del interés que tiene conocer lo que sucede más allá de nuestro entorno inmediato:

activa que, a partir también del Derecho objetivo, puede ocupar el ciudadano, permitiéndole exigir una determinada prestación de la Administración; en este sentido, el conjunto de prestaciones, concretadas en la cartera de servicios que acaba de verse, reúnen indudablemente todos los elementos que permiten afirmar que las normas que las prevén, reconocen derechos no de una manera abstracta, simbólica o cuyo reconocimiento esté sujeto al libre arbitrio de la Administración, sino que son susceptibles de individualización en cada sujeto titular del derecho a la asistencia sanitaria, reconociendo de este modo auténticos derechos subjetivos públicos. Puede concluirse, con Cantero Martínez,²⁰⁶ para resumir la evolución al estatuto jurídico del paciente, como usuario de los servicios sanitario, experimentada en el ordenamiento español en los últimos treinta años, que se ha pasado del relativo vacío normativo que denunciaba Pemán Gavín,²⁰⁷ a un estadio en el que el reconocimiento de derechos efectuado por la LGS, la Ley 41/2002 y la LSNS, exige ahora que se ahonde en el desarrollo de su contenido efectivo y que se continúe avanzando en su mejora, para lo cual la LSNS recurre a nuevas fórmulas de participación, que se abordarán al tratar la *démocratie sanitaire* y a las, tan en boga, técnicas de control de la calidad.

Y después de haber analizado el derecho a la protección de la salud y el papel que en el Ordenamiento español, tanto en la Constitución como en las

"Es curioso, y a la vez sorprendente, que estas tres doctrinas nacionales estén desarrollándose sin ninguna relación entre sí, en círculos cerrados, cuando en realidad están reaccionando frente a un problema idéntico y sus respectivas posiciones y perspectivas se enriquecen notablemente si se ponen en relación entre sí."

²⁰⁶ CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, "La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 80, pág. 52-53. En la actualidad, el desarrollo efectivo del derecho constitucional a la protección de la salud, en su configuración legal vigente, exige:

"avanzar hacia una fase distinta en la que se afiance el contenido de los mismos, la autonomía del paciente y, sobre todo, se garantice su ejercicio en términos de calidad y participación. La introducción de elementos de calidad en las prestaciones sanitarias constituye, en este sentido, un jalón más en la evolución de los derechos sanitarios y, por tanto, del derecho constitucional a la protección de la salud".

²⁰⁷ PEMÁN GAVÍN, Juan, "Hacia un estatuto del enfermo hospitalizado", *RAP*, núm. 103, 1983, p. 90.

distintas normas legales y reglamentarias que configuran tal derecho, se asigna a los poderes públicos, corresponde estudiar y analizar estas mismas cuestiones en el Derecho francés, lo que se hace justo a continuación.

* * * * *

Capítulo 3.- La atención y el cuidado de la salud de las personas y la posición de los poderes públicos en el Ordenamiento francés

Corresponde ahora abordar cómo se ha fraguado el derecho a la protección de la salud en el Derecho francés, a partir de las normas y principios de alcance constitucional (sección 3.1) y, en un segundo momento, de las principales normas que los han desarrollado y han dotado de un contenido efectivo ese derecho y han configurado el estatuto jurídico del paciente-usuario del *systeme de santé* (sección 3.2).

Sección 3.1.- La protección de la salud: un derecho latente en el párrafo 11 del Preámbulo de la Constitución de 1946 y considerado por el Consejo Constitucional francés como un objetivo de valor constitucional

Al iniciar este título, se evocó el carácter social de la República Francesa, como una forma avanzada del Estado de Derecho en la que los derechos y en particular los de índole social y económica son o deben ser, algo más que meras declaraciones vacías de contenido; el que interesa a los efectos de este trabajo, el derecho a la salud, por ser más precisos, el derecho a la protección de la salud, no aparece como tal enunciado en la Constitución francesa de la V República, a diferencia de otros textos constitucionales

contemporáneos.²⁰⁸ Sí aparece, en cambio, en el Preámbulo de la Constitución de 1946,²⁰⁹ dentro de los "*principes particulièrement nécessaires à notre temps*" que, junto con otros textos que no forman parte del cuerpo de la CF 58,²¹⁰ principalmente la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, tiene reconocido rango constitucional.²¹¹

²⁰⁸ En particular, las Constituciones italiana, portuguesa y española, como se ha visto en las notas 85 y 87.

²⁰⁹ Al que se remite, junto a la Declaración de derechos de 1789, el Preámbulo de la CF 58:

"Le peuple français proclame solennellement son attachement au droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004."

Las controversias doctrinales acerca del alcance jurídico del Preámbulo, alimentadas también por la imprecisión de su redacción en algunos extremos, fueron constantes, sobre si participaba o no de la naturaleza normativa de la Constitución; por ejemplo, como señala el profesor R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Dalloz, T. I, p. 44, el término "*attachement*" es más político que jurídico y revelaba quizá la voluntad del constituyente de privar de fuerza jurídica al preámbulo.

Sin embargo, la decisión del Cc de 16 de julio de 1971, *liberté d'association*, destacable por muchas razones y fundamentalmente porque refuerza considerablemente el papel del propio Conseil constitutionnel, puso fin a esas controversias y reconoció el valor constitucional de los preámbulos de las Constituciones de 1958 y de 1946 y, por ende, de la Declaración de derechos de 1789 y de los *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, a los que se refiere el Preámbulo de 1946. Pese a que esta decisión de 1971, *Liberté d'association* no fue la primera que consagró el valor positivo y constitucional del Preámbulo, como señalan los profesores Louis FAVOREU y Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 11ª ed., 2001, p. 249, sí fue la que lo hizo:

"(...) de la manière plus éclatante, et à l'égard d'une loi et non plus d'un traité. Surtout, la décision (...) explicite la référence au Préambule: en en tirant explicitement "les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", le Conseil constitutionnel montre qu'il entend mettre en oeuvre tous les textes auxquels renvoie le Préambule, y compris ceux qui contiennent les formules les plus incertaines, comme semblaient les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République".

²¹⁰ Como se acaba de indicar, la misma decisión del Conseil constitutionnel, de 16 de julio de 1971, sobre la libertad de asociación ha reconocido, en virtud de la remisión efectuada por el Preámbulo de la CF58, valor constitucional a la *Déclaration de droits de l'homme et du citoyen* de 1789.

²¹¹ Valor constitucional que le fue reconocido antes por el *Conseil d'Etat*, CE Sect. 12 février 1960, Soc. Eky, que enjuició la validez de un decreto recurrido por ser contrario al principio de irretroactividad de la ley penal, consagrado en el art. 8 de la Declaración de 1789. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, T. I, 2001, p. 44

Antes de llegar a este reconocimiento expreso, pueden rastrearse en la historia algunas disposiciones que pueden, salvando las distancias y las distintas concepciones de cada época, considerarse precursoras de la preocupación socio-sanitaria del Estado. En esta línea, si, -remontándonos algo en el tiempo-, buscamos en las constituciones francesas algún avance de lo que luego será el derecho a la protección de la salud, encontraremos como en los textos constitucionales de la época revolucionaria²¹² las referencias a la salud respondían a la perspectiva social o colectiva imperante en aquella época.²¹³ Las demás constituciones francesas²¹⁴ comparten con algún matiz esa misma perspectiva, hasta la de 1946, que refleja en su texto un cambio de paradigma,²¹⁵ que deja traslucir una honda preocupación por lo social y en lo que se refiere a la protección de la salud, ésta queda convertida en un nuevo deber del Estado hacia todos los ciudadanos y, de manera especial, a los niños, a las madres y a los viejos trabajadores. Así, en su Preámbulo, dentro de los que enumera como principios particularmente necesarios en nuestro tiempo, puede leerse que:

²¹² La Constitución de 1791 se refiere indirectamente a la cuestión social, previendo en su título I la creación de un establecimiento general para criar a los niños abandonados, aliviar a los enfermos pobres y proporcionar trabajo a los pobres que, siendo válidos, no lo hubieran encontrado.

La Declaración de derechos de 1793 va un paso más allá en la protección social del Estado de lo que lo hizo la Declaración de 1789, cuando proclama:

"Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler".

²¹³ La Constitución termidoriana del Año III es quizá la que más directamente se refiere a la salud de los ciudadanos, en su art. 356:

"La loi surveille particulièrement les professions qui intéressent les mœurs publiques, la sûreté et la santé des citoyens".

La cita está sacada de TRUCHET, Didier y MOREAU, Jacques, *Droit de la santé publique*, Dalloz, 5ª ed., 2000, p. 17.

²¹⁴ La constitución de 4 de noviembre de 1848 tiene también un marcado carácter social, que lleva a que el Estado deba, si es necesario, sustituir a los parientes para ayudar a los ciudadanos necesitados.

²¹⁵ Cambio del que se da cuenta en LECA, Antoine, "Un siècle de droit médical en France (1902-2002): de la lutte contre les épidémies aux droits des patients", en *Revue générale de droit médical*, número spécial, 2004, pp. 65-90.

"La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement.

*Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé (...)*²¹⁶

A partir de este reconocimiento, será preciso detallar qué alcance real tiene esta declaración, inserta en el Preámbulo²¹⁷ - parte típicamente dogmática de las constituciones en la que generalmente tienen cabida declaraciones de carácter programático, no exentas de ciertas dosis de idealismo y de voluntarismo- y además, en el Preámbulo de una Constitución, la de 1946, que fue sustituida por la posterior de la V República, que, recordemos, no contiene disposición alguna relativa a la salud. Sin embargo, en su Preámbulo se remite al Preámbulo de la CF de 1946, - y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789-. Desde estos textos, el *Conseil constitutionnel* (CC) ha acuñado, o más exactamente, descubierto y

²¹⁶ Prosigue el párrafo 11 del Preámbulo, ahondando en su orientación social y después de proclamar que la Nación garantiza la protección de la salud, enumera como derechos también garantizados:

"(...), la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'impossibilité de travailler, a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence."

²¹⁷ El Preámbulo de la Constitución de la IV República Francesa es reflejo de su época, la inmediata posguerra, -no hacía ni un año que se había concluido la Liberación y firmado el armisticio- y del pensamiento del socialismo humanista que, mezcla de socialismo y libertad, se encontraba tan cercano al espíritu de la Resistencia. Muestra destacada de ese ideario, puesto en práctica, es la *Ordonnance* de 4 de octubre 1945, que sentó las bases de la actual *Sécurité sociale* y en cuya exposición de motivos puede leerse que:

"La sécurité sociale est la garantie donnée à chacun qu'en toutes circonstances il disposera des moyens nécessaires pour assurer sa subsistance et celle de sa famille dans des conditions décentes. Trouvant sa justification dans un souci élémentaire de justice sociale, elle répond à la préoccupation de débarrasser les travailleurs de l'incertitude du lendemain, de cette incertitude constante qui crée chez eux un sentiment d'infériorité et qui est la base réelle et profonde de la distinction des classes entre les possédants sûrs d'eux-mêmes et de leur avenir et les travailleurs sur qui pèse, à tout moment, la menace de la misère."

"Envisagée sous cet angle, la sécurité sociale appelle l'aménagement d'une vaste organisation nationale d'entraide obligatoire qui ne peut atteindre sa pleine efficacité que si elle présente un caractère de très grande généralité à la fois quant aux personnes qu'elle englobe et quant aux risques qu'elle couvre. Le but final à atteindre est la réalisation d'un plan qui couvre l'ensemble de la population du pays contre l'ensemble des facteurs d'insécurité ; un tel résultat ne s'obtiendra qu'au prix de longues années d'efforts persévérants, mais ce qu'il est possible de faire aujourd'hui, c'est d'organiser le cadre dans lequel se réalisera progressivement ce plan."

declarado algunos principios de valor constitucional que se imponen, por tanto, al legislador.

Así, el CC, a través de su jurisprudencia²¹⁸ ha declarado el valor constitucional del derecho a la protección de la salud, a partir de lo dispuesto en el párrafo undécimo del Preámbulo de la Constitución de 1946. Especialmente reseñable en este proceso es su decisión de 15 de enero de 1975,²¹⁹ acerca de la Ley sobre interrupción voluntaria del embarazo, en la que afirmó, por vez primera que los principios proclamados en el Preámbulo y, entre ellos, el principio de la protección de la salud formaban parte del Derecho constitucional positivo, como parte integrante del bloque de la constitucionalidad y que, en consecuencia, una Ley puede ser anulada, más correctamente, censurada antes de su promulgación, en caso de desconocer tal principio.²²⁰ La conformidad de varias leyes a este principio ha sido apreciada por el Conseil Constitutionnel en una quincena de ocasiones; por ejemplo, en su decisión 77-20 de 18 de enero de 1978, "*contre-visite médicale*", en la que confirmó, una vez más, la existencia de un derecho a (la protección de) la salud. En este mismo asunto, no se pronunció sobre la libertad de elección de médico por el enfermo, aunque sí lo hizo más tarde, en la DC 89-269, de 22 de enero de 1990. Como se acaba de señalar el *Conseil constitutionnel* ha tenido en cuenta este derecho a la protección de la salud en otras ocasiones.²²¹ Entre ellas, debe mencionarse la DC 343-344, de 27 de julio

²¹⁸ Puede encontrarse un detallado estudio de la jurisprudencia hasta 1997 del *Conseil constitutionnel* sobre el derecho a la salud, en SAINT-JAMES, Virginie, "Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1997 (2), pp. 457-485.

²¹⁹ Louis FAVOREU y Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 11ª ed., 2001, p. 300 y ss. y, en particular en la p. 321.

²²⁰ En su decisión de 27 de junio de 2001, *I.V.G.*, también sobre interrupción voluntaria del embarazo, el *Conseil constitutionnel*, -entre cuyos miembros estaba la Sra. Simone Veil, quien siendo Ministre de Santé presentó en 1971 la ley que dio lugar a la primera decisión sobre la IVG, en 1971-, reafirmó el derecho a la protección de la salud a partir del párrafo undécimo del Preámbulo.

²²¹ Son numerosas las decisiones del Conseil constitutionnel en las que ha considerado el derecho a la protección de la salud proclamado en el Preámbulo, como parte del canon de

de 1994, "*Bioéthique*",²²² por su importancia y porque sitúa la protección de la salud y los derechos de la familia en un mismo nivel que la salvaguardia de la dignidad de la persona y la libertad individual, lo cual no deja de presentar interés, incluso si ya se había consagrado la ausencia de relación jerárquica entre derechos de "*distintas generaciones*".

Resulta posible afirmar que en el Preámbulo de la CF 46 se encuentra, por obra de la jurisprudencia²²³ del Conseil Constitutionnel, el anclaje constitucional del *derecho a la salud*, que, como la realidad de las cosas exige, ha de ser reformulado como derecho a la protección de la salud, dado que en ningún caso se puede sostener que por reconocerse este derecho se hace recaer sobre la colectividad una obligación de resultado al respecto. Valga

constitucionalidad, para apreciar la conformidad de numerosos textos legislativos a la Constitución. Puede consultarse una relación detallada de éstas en TRUCHET, Didier y MOREAU, Jacques, *Droit de la santé publique*, Dalloz, 5ª ed., 2000, pp. 18 a 21.

²²² FAVOREU y PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 11ª ed., 2001, p. 855 y ss. Han sido numerosos los comentaristas de esta decisión; por todos, véase el trabajo del profesor Jean-Pierre DUPRAT, "À la recherche d'une protection constitutionnelle du corps humain: La décision 94-343-344 D.C. du 27 juillet 1994", en *LPA*, 1994, nº 149, pp. 34 a 40.

²²³ Conviene llamar la atención, con la profesora SAINT-JAMES, Virginie, en "Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", *Revue de Droit Public (...)*, 1997 (2), p. 462, sobre la evolución de la jurisprudencia del Cc, que parte de la referencia explícita al párrafo 11º del Preámbulo de 1946 en sus primeras decisiones para dar valor constitucional al derecho a la salud, como uno de los "*principes particulièrement nécessaires à notre temps*", para después despegarse de ese texto escrito como fundamento constitucional del derecho a la protección de la salud. En este sentido, a partir de 1978 y sin abandonar expresamente el planteamiento recién mencionado, sí ha sido de algún modo eludido el referirse directamente a ese principio escrito del párrafo 11 del Preámbulo, para llegar a asimilar el derecho a la salud a un "*principe fondamental à valeur constitutionnel*", (Decisión de 18 de enero de 1978, "*Contre-visite médicale*").

Más adelante, el Cc considerará la protección de la salud como un "*principe de valeur constitutionnel de protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens*", (DC80-117, de 22 de julio de 1980, "*Matières nucléaires*" y en 1991, como objetivos de valor constitucional.

como prueba de lo expuesto, la afirmación contenida en su decisión DC 89-269, D.C., 22 janvier 1990:

"Les principes posés par le onzième alinéa du Préambule, c'est-à-dire, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs garantis à tous et notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, ont valeur constitutionnel".

Y cuál sería el alcance jurídico de este derecho u objetivo de valor constitucional a la protección de la salud, podemos preguntarnos con Christian Byk,²²⁴ para quien se ha de traducir en un *droit créance*, que recaería sobre el Estado, obligado a hacer posible el acceso de los titulares de ese derecho a un sistema de atención sanitaria y a la obtención de prestaciones sociales. Sin embargo, desde una perspectiva constitucional, el legislador dispone de un amplio margen a la hora de poner en práctica las disposiciones constitucionales relativas a la salud, a la hora de configurar ese derecho. Quizá con algún límite oponible a una futura reforma que tuviera un efecto restrictivo, ya que podría resultar de aplicación, por tratarse de un derecho o principio fundamental, la conocida como "*jurisprudence cliquet*", que es como la doctrina denomina una técnica de control que ha desarrollado el *Conseil constitutionnel* para censurar, no los ataques directos a un derecho fundamental, sino a las garantías que tuviera ya reconocidas por la Ley. De hecho, el Cc ya hizo uso de esta técnica, por primera vez con relación a un derecho de contenido social, en su decisión de 16 de enero de 1991.²²⁵

En cualquier caso y ya en el plano de los hechos y de la realidad social, un buen indicador de la importancia que una sociedad concede a la satisfacción de una determinada necesidad, en este caso, la atención del

²²⁴ BYK, Ch., "La place du droit à la santé au regard du droit constitutionnel", en *Gazette du Palais*, núm. 329-331, 25-27 novembre 2001, p. 8.

²²⁵ A esta técnica de la jurisprudencia "*trinquete*", que permitiría bloquear una regresión en la protección que el legislador hubiera conferido a un determinado derecho fundamental, se refiere SAINT-JAMES, Virginie, en "Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", *Revue de Droit Public (...)*, 1997, p. 477 y ss. En este artículo se citan algunas decisiones del Conseil constitutionnel en las que ha empleado esta técnica al derecho a la protección de la salud.

derecho a la protección de la salud, son los recursos públicos a él dedicados,²²⁶ lo que de paso nos permite apreciar en qué medida se ha alcanzado efectivamente ese estadio de desarrollo del Estado de Derecho²²⁷ que es el Estado social en lo que respecta a la protección de la salud. Y este dato sitúa a Francia entre los primeros por volumen de gasto sanitario en los países del área de la OCDE.²²⁸

En suma, de lo expuesto y del examen de los distintos antecedentes históricos se aprecia una tendencia²²⁹ clara, que es además coherente con la orientación social de la V República Francesa: La progresión en el campo de actuación del Estado en la protección de la salud de sus ciudadanos; desde la Revolución a la actualidad, el Estado, que antes sólo debía prestar su amparo a ciertas categorías de sujetos (pobres o enfermos), viene hoy obligado a velar por la salud de las personas que viven en su territorio. Esto exige, por un lado, una conducta negativa - que requiere la abstención de realizar o autorizar²³⁰ cualquier acción que pueda perjudicar la salud pública y la salud de los

²²⁶ Véase el cuadro que figura en la nota 78, que refleja el gasto sanitario total en porcentaje del PIB, en Francia un 10,1% en 2003, del que un 76,3% se corresponde a gasto sanitario público.

²²⁷ Así lo afirma DESWARTES, M. P., "Droit sociaux et État de droit", en *Revue de Droit Public*, 1995, p. 951 y ss.

²²⁸ Véase el informe, relativo a los indicadores de salud, de 2006 de la OCDE.

²²⁹ En este mismo sentido se manifiestan los profesores MOREAU y TRUCHET en *Droit de la santé publique*, Dalloz, 5ª ed., 2000, p. 20.

²³⁰ Obligaciones que pueden nacer de tratados internacionales. Véase en este sentido la STEDH, asunto Önerildiz contra Turquía, de 30 de noviembre de 2004 (demanda nº 48939/99), que trae causa de una explosión de gas, producida en 1993 en un depósito municipal de basuras de Estambul y en la que se aprecia la violación del derecho a la vida - art.2 del CEDH-, porque el respeto a este derecho obliga a los Estados a adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias para obtener una prevención eficaz y que evite que se ponga en peligro este derecho y de manera especial, cuando se trata de actividades peligrosas. Aunque no se refiera específicamente a la protección de la salud, sino a la protección de algo previo, como es el derecho a la vida, la doctrina que contiene esta sentencia resulta trasladable a la protección de la salud.

ciudadanos y por otro, una conducta activa,²³¹ -consistente en la puesta en marcha efectiva de toda una serie de prestaciones encaminadas a salvaguardar la salud de las personas. El derecho a la protección de la salud se descompone así en una pluralidad de derechos (a la información, a ser tratado con respeto a su dignidad, al secreto médico, etc.) y en el derecho a recibir, en Francia en el ámbito de la acción protectora de la *Sécurité sociale*, determinadas prestaciones de salud, (libertad de elección del médico y del centro sanitario, la universalización del seguro de enfermedad, etc.). Estos derechos son definidos por la normativa, legal y reglamentaria, que se va encargar de traducir a términos concretos y tangibles el objetivo de valor constitucional que es la protección de la salud y que, en lo que nos importa a los efectos de este estudio, se hará realidad a través de las prestaciones que se prodigarán en el seno del *systeme de santé*.

²³¹ Conducta activa que, también en este caso, puede derivarse de tratados internacionales; en concreto de la CEDH. Resulta ilustrativa la STEDH, de 2 de noviembre de 2006, *Giacomelli c. Italia*, (Nº de demanda 59909/00), en la línea de su S. de 9 de diciembre de 1994, *López Ostra c. España*, (anunciada, entre nosotros, por la obra precursora del profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO), que, -refiriéndose de pasada y discretamente a la salud-, declara la violación del art. 8 CEDH, entre otras cosas por no haber llevado a cabo una conducta activa, consistente en la realización de los estudios necesarios para armonizar los intereses de la colectividad con los del individuo reconocidos en el art. 8 CEDH. Respecto al deber de observar una conducta activa para procurar el respeto de los derechos que reconoce el convenio, puede leerse en esta sentencia:

"83. Lorsqu'il s'agit pour un Etat de traiter des questions complexes de politique environnementale et économique, le processus décisionnel doit tout d'abord comporter la réalisation des enquêtes et études appropriées, de manière à prévenir et évaluer à l'avance les effets des activités qui peuvent porter atteinte à l'environnement et aux droits des individus, et à permettre ainsi l'établissement d'un juste équilibre entre les divers intérêts concurrents en jeu (...)

86. La Cour constate d'emblée que ni la décision d'autoriser Ecoservizi à exploiter l'usine ni celle d'accorder à l'entreprise le droit de traiter des déchets industriels par détoxification n'ont été précédées d'une étude ou d'une enquête appropriées, menées conformément aux dispositions légales applicables en la matière."

Antes, invocando su jurisprudencia, había recordado que:

"78. L'article 8 peut trouver à s'appliquer dans les affaires d'environnement, que la pollution soit directement causée par l'Etat ou que la responsabilité de ce dernier découle de l'absence de réglementation adéquate de l'activité du secteur privé. (...)"

Sección 3.2.- El régimen jurídico del derecho a la protección de la salud en Francia y en particular los derechos de los pacientes-usuarios del *systeme de santé*

*a) Desarrollo normativo del principio constitucionalmente reconocido del *droit à la santé**

Después de estudiar el derecho a la protección de la salud y el proceso de su reconocimiento en los textos constitucionales franceses y en la jurisprudencia del *Conseil constitutionnel*, debemos hacer alguna referencia ahora a cómo se ha traducido en la práctica ese derecho o dicho de otro modo, será preciso analizar de qué manera se ha desarrollado normativamente ese derecho o principio constitucional, para darle un contenido efectivo, a través de todo un sistema de prestaciones, -entre otras, de asistencia sanitaria/*soins de santé*-, que corresponde asegurar al Estado para así atender adecuadamente y conforme a su orientación social, ese objetivo constitucional que es la protección de la salud.

Pero antes, para poder llevar a cabo un estudio comparado de la *responsabilité hospitalière* y de la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria, es preciso poner en claro, además de los puntos en común ya señalados, aquéllos otros en los que se aprecie alguna diferencia de relieve entre los dos modelos que son objeto de estudio, en particular, en lo que respecta a la configuración normativa del derecho, reconocido en ambos países, a la protección de la salud. Para ello, conviene recordar que, tanto en la esfera internacional como en la interna francesa y española, el derecho a la protección de la salud va de la mano de la existencia de sistemas de seguridad social²³² y llegan incluso a confundirse, al presentarse con frecuencia la asistencia sanitaria, -como manifestación más visible del derecho a la

²³² Véase el Pacto internacional de derechos sociales y económicos, la CE 78, arts. 41 y 43 o la propia Constitución francesa y sobre todo, la forma en que en el ordenamiento francés se ha configurado, dentro de las políticas en materia de salud, el derecho a la asistencia sanitaria.

protección de la salud- una especie dentro del género de la acción protectora de la seguridad social, como principal pilar del sistema de protección social más amplio. Teniendo esto presente, hay pues que señalar algunas diferencias que presenta el modelo francés con la configuración que el legislador español ha hecho del derecho a la protección de la salud, estableciendo unas prestaciones de asistencia sanitaria, dispensadas por un Sistema Nacional de Salud eminentemente público, íntegramente en lo referido a su financiación - fundamentalmente, por la vía de impuestos- y casi totalmente en cuanto a los centros y establecimientos encargados de las prestaciones y, además, sin vinculación necesaria y en todo caso a la Seguridad social.²³³ Y, en este sentido, las principales diferencias respecto al modelo francés son, que en éste, la asistencia sanitaria pública gira sobre todo en torno al principio de aseguramiento, a través de las cotizaciones por *assurance-maladie*. A él se añade el principio de solidaridad, plasmado en la *couverture maladie universelle*. Finalmente, todas estas prestaciones se dispensan por medio de una estructura organizativa compleja como es el *système de santé*, que asocia el sector sanitario privado con el público.

En suma, estas diferencias entre ambos sistemas sanitarios tienen que ver fundamentalmente con dos grupos de cuestiones:²³⁴

1.- Un primer grupo de diferencias está relacionado con la organización de la oferta de la asistencia sanitaria, ¿quién la presta?, ¿la Administración sanitaria directamente? ¿sólo centros y establecimientos públicos? ¿También los privados que se vinculen al sistema a través de un contrato? ¿O bien

²³³ Vid. nota 125 y el desarrollo del epígrafe en el que se encuentra. Nótese que una de las obligaciones que el art. 43 de la CE 78 hace recaer sobre los poderes públicos es la relativa a tutelar la salud pública a través, entre otros medios, de las prestaciones y servicios necesarios, lo que constitucionalmente permite que puedan existir prestaciones que atiendan este derecho a la protección de la salud independientes de las que puedan preverse en el marco de las prestaciones de seguridad social a que se refiere en el art. 41 CE 78.

²³⁴ Véase la cita de Claude EVIN, sobre las notas definitorias del *système de santé*, transcrita en la nota 327.

centros públicos o centros y profesionales privados según el nivel de asistencia de que se trate?

2.- El segundo grupo de cuestiones tiene que ver con la financiación de esa asistencia sanitaria, si la financiación es pública o privada, o mixta, cuestión que aunque supera el ámbito de este trabajo, debe ser ahora al menos señalada.

Las respuestas son parcialmente divergentes en ambos sistemas, como se desarrolla más adelante.²³⁵

Mencionadas estas cuestiones, conviene referirse ahora a las principales disposiciones normativas adoptadas en Francia para determinar la configuración legal y hacer efectivo el derecho a la protección de la salud, reconocido en el Preámbulo de la CF de 1946. Y, seguramente, el primer derecho en que éste se materializa es el de que la persona pueda acceder a la asistencia sanitaria que requiera su estado de salud, independientemente de cual sea su poder adquisitivo. En esto consisten los principios de libre acceso e igualdad en el acceso a la asistencia sanitaria, que se formularon en la IV República dentro de su sistema de protección social,²³⁶ inspirado en la solidaridad y por eso la primera referencia tiene que ver con las normas, que aquí simplemente se citarán, que establecieron los pilares de la *Sécurité sociale* tal como está estructurada hoy, en lo relativo a los *soins de santé*, a la asistencia sanitaria. Destaca entre ellas, la *Ordonnance* de 4 de octubre de 1945,²³⁷ que establece un sistema de cajas, *caisses*, coordinadas y la *Ordonnance* de 19 de octubre de 1945,²³⁸ se ocupa de los riesgos de

²³⁵ En concreto, en la página 161 y siguientes.

²³⁶ Véase la referencia a la exposición de motivos de la *Ordonnance* de 4 de octubre de 1945, que se cita en la nota 217.

²³⁷ *Ordonnance* 45-2250, *du 4 octobre 1945, portant organisation de la Sécurité sociale*, (J.O., du 6 octobre 1945), p. 6280.

²³⁸ Estas medidas perseguían, bajo la influencia del entonces reciente informe de Lord BEVERIDGE, tres objetivos: La unidad de la *Sécurité sociale*, la ampliación de las personas cubiertas y la extensión de los riesgos cubiertos, un sistema de cajas gestionadas como

enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte. Dentro de ellos, la rama que mayor relevancia tiene a los efectos de este estudio es la de la *assurance maladie*.

Establecido así, en el marco de la *Sécurité sociale*, el derecho a acceder a la asistencia sanitaria, la Ley n° 70-1318, de 31 de diciembre de 1970, *portant réforme hospitalière*, reconoce el derecho del enfermo a elegir libremente a su médico y el establecimiento en que quiere ser atendido, a la par que se hace recaer sobre los establecimientos y centros sanitarios que participan en el *service public hospitalier* la misión de acoger a todas las personas que puedan necesitar sus servicios. Estos principios se verán confirmados, veinte años después, calificándolos como fundamentales, por la Ley n° 91-748, de 31 de julio de 1991, *portant réforme hospitalière*.²³⁹ El derecho de la persona a la protección de la salud se sigue después desarrollando a través de distintas normas,²⁴⁰ entre las que hay que citar la Ley n° 99-641, de 27 de julio de 1999,²⁴¹ que crea la *couverture maladie universelle*, que asegura la gratuidad de la asistencia para los más desprotegidos,²⁴² sobre la base de la residencia y no de la cotización, incluyendo la protección complementaria, a partir del 1 de enero de 2000, según se establece en su art. primero:

servicio público que acabara o al menos redujera la pléyade de instituciones de protección social privada, de base mutualista, que hasta entonces existían.

²³⁹ LOI n.º 91-748 du 31 juillet 1991, *portant réforme hospitalière*, JORF n.º 179 du 2 août 1991, cuyo art. 1 reafirma en el *Code de la santé publique* este derecho:

"Art. L. 710-1 Le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire".

²⁴⁰ Por ejemplo, la Ley de 9 de junio de 1999, que busca garantizar el acceso a los cuidados paliativos y que, al mismo tiempo, reconoce el papel de las asociaciones de voluntarios en materia de acompañamiento y consuelo del enfermo y de sus allegados, incitando a los establecimientos sanitarios a que faciliten su intervención.

²⁴¹ Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999, *portant création d'une couverture maladie universelle*, JORF du 28 juillet 1999, que introduce modificaciones en el *Code de la santé publique* y en el *Code de la sécurité sociale*.

²⁴² Por no estar afiliados a la *Sécurité sociale* en virtud de su pertenencia a alguna de las categorías de cotizantes o beneficiarios.

"Il est créé, pour les résidents de la France métropolitaine et des départements d'outre-mer, une couverture maladie universelle (...)"²⁴³

Constituye también un hito que merece ser reseñado en este proceso de configuración legal del principio de valor constitucional que nos ocupa, el reconocimiento del derecho a la protección de la salud como derecho fundamental, que ha de ponerse en práctica por todos los medios disponibles, tal y como se ha plasmado en el *Code de la santé publique*, art. L1110-1:²⁴⁴

"Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en oeuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. (...)"²⁴⁵

En la continuación de este art. L 1110-1 CSP, el derecho fundamental a la protección de la salud se acompaña de otros principios y derechos de la mayor importancia, como es la garantía de la igualdad en el acceso a la atención sanitaria, así como la continuidad de esa atención -nota característica de las actividades de servicio público-, todo ello dentro de la mejor seguridad sanitaria que sea posible. Puede decirse que los principios que contiene este precepto representan la culminación del proceso de afirmación de los derechos de los pacientes y usuarios del *systeme de santé*, plasmada en la Ley de 4 de marzo de 2002, que busca, según expresa la exposición de motivos del proyecto de ley, reequilibrar las relaciones entre los profesionales sanitarios y

²⁴³ Este art. 1º de la Ley nº 99-641, de 27 de julio de 1999, después de proclamar la creación de la cobertura universal de la *assurance maladie*, establece que ésta:

" (...) garantit à tous une prise en charge des soins par un régime d'assurance maladie, et aux personnes dont les revenus sont les plus faibles le droit à une protection assurance complémentaire et à la dispense d'avance de frais tiers payant."

²⁴⁴ En la redacción que la ha dado el art. 3 de la Ley nº 2002-303, de 4 de marzo de 2002, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud, (JORF 5 mars 2002).

²⁴⁵ El art. L 1110-1 CSP continúa así:

"Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et les autorités sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible."

los pacientes, convirtiendo a éstos en *acteurs de santé*,²⁴⁶ con el fin de superar su tradicional consideración como elementos simplemente pasivos del sistema.

Estos principios y derechos, que constituyen la configuración legal básica de la protección de la salud, como objetivo de valor constitucional, nos permitirán abordar el estatuto jurídico del paciente o usuario del *Système de santé*, conformado por los derechos y deberes que se van a estudiar a continuación.

b) Estatuto jurídico del usuario del système de santé y, en especial, del paciente del hôpital public

A diferencia de lo acontecido en España, donde el régimen jurídico del derecho a la protección de la salud ha sido fijado *ex novo* casi exclusivamente por textos normativos,²⁴⁷ ya sean de rango legal o reglamentario, en Francia nos encontramos con que, hasta que el legislador empezó a ocuparse de estas cuestiones, la jurisprudencia vino desempeñando una destacada función en la propia identificación del régimen jurídico aplicable a las relaciones entre los pacientes o usuarios de los servicios y profesionales sanitarios, públicos o privados y consecuentemente de los derechos y obligaciones que incumben a cada parte. Así, la *Cour de cassation*, en el célebre *arrêt* Mercier, de 20 de mayo de 1936, reconoció la naturaleza contractual de la relación jurídica existente entre un médico y su paciente y puso fin a la una asentada jurisprudencia que consagraba la irresponsabilidad del médico en el plano de la responsabilidad contractual.²⁴⁸ Declaró que la responsabilidad de éste podía

²⁴⁶ Según puede leerse en la exposición de motivos del proyecto de ley, citado por THOUVENIN, Dominique, "Les droits des personnes malades ne peuvent être transformées en obligations", en *Revue générale de droit médical*, nº 13, 2004, p. 80.

²⁴⁷ Lo que puede explicarse, seguramente, por un reconocimiento más tardío de este derecho, reconocimiento que, como es sabido, se produjo por obra del legislador fundamentalmente.

²⁴⁸ Como señala MONTADOR, Jean, en *La responsabilité des services publics hospitaliers*, Berger-Levrault, Paris, 1973, a propósito del fundamento de la responsabilidad médica en el ámbito privado (p. 35), hasta un *arrêt* de la *Cour de Cassation* de 18 de junio de 1835, el

fundarse en una relación contractual en virtud de la cual el médico se obliga a "*donner des soins consciencieux, attentifs, (...) et conformes aux données actuelles de la science*", obligación cuyo incumplimiento podría ser constitutivo de culpa y, en consecuencia, generar responsabilidad contractual. Y del mero hecho de reconocer que se trata de un contrato, sinalagmático, implica que las partes ocupan una posición acreedora y deudora recíprocamente, de las que nacen derechos y obligaciones para ambas. A la obligación de medios a que se refiere el *arrêt Mercier*, se añadió después, inicialmente también por vía jurisprudencial, la obligación de informar del médico, Cass. Civ. 29 mai 1951, lo que desde la perspectiva del paciente se convierte en un derecho a ser informado.

Puede verse por tanto, como en la jurisprudencia francesa se fue fraguando un cuerpo de reglas y principios que permitían, como hizo el *arrêt Teyssier*, de 28 de enero de 1942, de la *Cour de cassation*, referirse a los derechos del paciente, que aunque incipientes, le permitieron afirmar el principio relativo a la necesidad de obtener el consentimiento previo del enfermo antes de ser sometido a un reconocimiento o a un tratamiento. En otros países que, como los Estados Unidos, han sido pioneros en el proceso de afirmación del carácter jurídico de la relación médico-paciente, se ha seguido

médico era inmune a toda posible reclamación de orden civil relacionada con su desempeño profesional. Este *arrêt* sienta el principio de la responsabilidad del médico, siempre que medie una falta/faute evidente, una negligencia o una imprudencia, pero todo ello sobre la base de la responsabilidad extracontractual de los artículos 1382 y 1383 del *Code civil*.

Desde esta situación se fue evolucionando hacia el reconocimiento de la responsabilidad médica de naturaleza contractual. Así, el *arrêt* de 20 de mayo de 1936 va a culminar esta evolución insinuada desde el *arrêt* de 3 de marzo de 1928, también de la Sala de lo Civil de la *Cour de Cassation*. Y se va asentando además otro principio crucial, en virtud del cual, el contrato que liga por lo general al médico y al paciente da lugar, salvo excepciones, a una obligación de medios o arrendamiento de servicios y no de resultado o contrato de obra, según la terminología jurídica española. Si bien, se precisa que estos medios que ha de desplegar el médico para cumplir con su parte del contrato y tratar de curar a su paciente, han de concretarse en la dispensación de unos cuidados (*soins*) "*consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science*".

una evolución similar, a partir de decisiones judiciales,²⁴⁹ aunque se puede encontrar también algún destacado precedente doctrinal en materia de información al enfermo.²⁵⁰

En la jurisprudencia del *Conseil d'État* se pueden encontrar también ejemplos de cómo se han ido reconociendo y perfilando por vía jurisprudencial los derechos de los pacientes o usuarios del *service public hospitalier*, pese a que no exista relación contractual entre la persona y el hospital público y el usuario paciente se encuentre en una situación *légale et réglementaire*, es decir, en una situación que se halla configurada normativamente. Sirva de ejemplo el *arrêt CE Ciesla*, de 9 de abril de 1986,²⁵¹ sobre la obligación de información que pesa sobre los médicos que ejercen en el sector *hospitalier* en lo que respecta a las atenciones sanitarias que dispensen y también en lo que se refiere a las consecuencias económicas de determinados actuaciones

²⁴⁹ Y es que, como señala, a propósito fundamentalmente de este fenómeno en los EE. UU., el profesor Diego GRACIA GUILLÉN, en sus *Fundamentos de Bioética*, Triacastela, 2008, p. 154, con relación al proceso que va, progresivamente, del viejo paternalismo hacia otra mentalidad en que se dé al enfermo la consideración de una persona adulta, capaz de decidir, han desempeñado un papel principal las decisiones judiciales:

"No es una exageración afirmar que el derecho de los enfermos a ser informados y a decidir autónomamente sobre su propio cuerpo les ha venido impuesto a los médicos desde los tribunales de justicia; o también, que la autonomía es un principio ajeno a la tradición médica, que ha llegado a la medicina desde la ética jurídica."

²⁵⁰ Diego GRACIA, en el libro citado en la nota anterior, p. 153, cita a Benjamin Rush, eminente médico y firmante de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, quien en su discurso sobre *The Vices and Virtues of Physicians* (1801), consideraba que la información es un deber primario del médico, por lo que pedía a sus colegas:

"el despojo de todo misterio e impostura y vestir el conocimiento médico con un vestido tan simple e inteligible, que pueda resultar obvio ... para las mentes más obtusas."

El enfermo debe decidir, a partir de la información que le dé el médico, aunque, como matiza D. GRACIA citando otros de sus escritos, no tanto porque pensara que existía un principio de autonomía de la persona que así lo exigiera, sino más bien porque pensaba que la veracidad era buena para el paciente y por eso la recomendaba; lo recomendaba, pues, atendiendo al principio de beneficencia y no al de autonomía.

²⁵¹ Como recoge en su tesis doctoral, (ejemplar mecanografiado) CLEMENT, Cyril, *La responsabilité du fait de la mission de soins des établissements publics et privés de santé*, p. 184, tesis defendida en la Université Paris VIII en 1998.

médicas no reembolsables por la *Sécurité sociale*.²⁵² En otro claro ejemplo del papel en ocasiones precursor de la jurisprudencia administrativa, el *Conseil d'État* afirmó también, en su sentencia de 2 de julio de 1993, *Milhaud*,²⁵³ que el principio deontológico del respeto debido a la persona por el médico no desaparece con la muerte del paciente.

No obstante, cabe señalar, siguiendo a Claude ÉVIN,²⁵⁴ que la noción de derechos de los enfermos²⁵⁵ no tuvo un reconocimiento legislativo específico en Francia hasta la ley de reforma del sistema de hospitales públicos de 1991²⁵⁶ (llamada, *loi hospitalière*), en la que ya vimos que, por un lado se afirmaba que la libertad de elección del médico y del establecimiento sanitario en el que se fuera a tratar el paciente, constituían un principio fundamental de la legislación sanitaria y por otro, que el paciente o usuario de los servicios sanitarios tenía derecho a conocer, por medio del médico de su elección, la información que sobre su estado de salud constara en su historia clínica.²⁵⁷

²⁵² *Arrêt* CE 11 de enero de 1991, *Mme. Biancale contre l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris*.

²⁵³ El *arrêt Milhaud* confirmó la legalidad de una sanción a un médico, jefe de servicio de un hospital, impuesta por su organización colegial, *Ordre des médecins*, por haber llevado a cabo experimentos clínicos en sujetos que se encontraban en situación de muerte cerebral. C.E. Ass., 2 juillet 1993, *Milhaud*, *Rec. Leb.* p.194, concl. Kessler; *AJDA* 1993, p. 530, chr. Maugué et Touvet.

²⁵⁴ ÉVIN, Claude, *Les droits des usagers du système de santé*, Berger - Levrault, Paris, 2002, p. 15.

²⁵⁵ Nótese el diferente alcance de los términos enfermo, paciente y usuario.

²⁵⁶ Loi n° 91-748 de 31 de julio de 1991, *portant réforme hospitalière*, (JO de 4-VIII-1991)

²⁵⁷ El artículo L1110-8 del CSP, en la redacción actual que le dio la Ley de 4 de marzo de 2002, establece el carácter fundamental del principio de libre elección del médico y del centro sanitario:

"Le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire".

Con relación al derecho del paciente a acceder a la información que sobre él conste en su historia clínica, se reconoció, en un primer momento, como un derecho *mediatizado*, en la medida en que sólo podía ejercitarse a través de un médico. Hoy, respecto a las personas ingresadas en un centro sanitario, en el art. L 1112-1 CSP vigente, se prevé, con carácter general, que la intermediación del profesional sanitario tenga carácter opcional:

Antes de esta Ley, sólo algunos textos de naturaleza reglamentaria²⁵⁸ se habían ocupado parcialmente de esta cuestión.

Como acaba de verse, los derechos y deberes de los pacientes y usuarios del *systeme de santé* proceden de fuentes diversas, como el *Code de déontologie médicale*²⁵⁹ y que se concentran sobre todo en el *Code civil* y en el

"Les établissements de santé, publics ou privés, sont tenus de communiquer aux personnes recevant ou ayant reçu des soins, sur leur demande, les informations médicales définies à l'article L. 1111-7. Les praticiens qui ont prescrit l'hospitalisation ont accès, sur leur demande, à ces informations. Cette communication est effectuée, au choix de la personne concernée, directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle désigne.

Les établissements de santé proposent un accompagnement médical aux personnes qui le souhaitent lorsqu'elles demandent l'accès aux informations les concernant.(...)"

²⁵⁸ En concreto, la Circular de 5 de diciembre de 1958, relativa a *l'humanisation des hôpitaux*. (JO de 12 de diciembre de 1958) y la posterior de 24 de febrero de 1970, en las que se trataban algunos aspectos muy concretos de la organización de la vida de los pacientes hospitalizados, como las visitas, las horas de acostarse y levantarse, la custodia de los efectos personales de los pacientes y otras cuestiones de orden interno.

²⁵⁹ Aunque en mi opinión, se trata sólo de una fuente indirecta de derechos para los pacientes, dado que su razón de ser tiene que ver, primariamente, con el poder reconocido por el ordenamiento a un colectivo profesional, -agrupado, en este caso, en el *Ordre national des médecins-*, para autorregularse y establecer determinados deberes éticos que se imponen al médico en el ejercicio de su profesión. Sólo indirectamente, a partir del anverso de estos deberes deontológicos puede estimarse que, visto desde el reverso, puedan nacer derechos para los pacientes de unas normas que están llamadas naturalmente a desplegar efectos sólo en la esfera de la profesión médica, ya que sólo los médicos son sus destinatarios y sólo ellos están deontológicamente obligados a actuar de conformidad con ellas, como pone de manifiesto el hecho de que un paciente no esté legitimado para exigir su aplicación ante las instancias disciplinarias correspondientes, la llamada *jurisdiction ordinale*.

No obstante, el hecho de que el *Code de déontologie médicale* sea aprobado por *décret en Conseil d'État*, -el vigente, por decreto nº 95-1000, de 6 de septiembre de 1995-, junto con las referencias que se hacen en el *Code de la santé publique* (art. L. 4126-5 y ss.) inciden en la naturaleza jurídica del código deontológico para extraerlo del ámbito interno de la profesión médica y situarlo en una esfera más próxima a la de las normas jurídicas reglamentarias.

Esta situación contrasta con la naturaleza que en el ordenamiento español tienen los códigos deontológicos, que son adoptados por los colegios oficiales profesionales, en ejercicio del poder de autorregulación que les reconocen sus leyes de creación como corporaciones de Derecho Público y sin que se precise un acto de aprobación -o asunción - por parte de la Administración en virtud del cual pueda conferírsele naturaleza jurídica reglamentaria.

Code de la santé publique, -también, en lo relativo al acceso a las prestaciones de asistencia sanitaria o *soins de santé* en virtud del seguro de enfermedad, en el *Code de la sécurité sociale*-, códigos en los que se han integrado las múltiples normas con rango de ley que se han ido adoptando en esta materia, entre las que destaca la ya citada Ley de 4 de marzo de 2002.²⁶⁰ El conjunto de derechos reconocidos por la Ley de 4 de marzo de 2002, según anunciaba la exposición de motivos del proyecto de ley,²⁶¹ vendría así a poner en orden y en un único texto las reglas preexistentes para hacerlas más fácilmente inteligibles, a la vez que culminaría la transformación de un modelo de relación médico-paciente basado en los deberes de los profesionales sanitarios, como deberes profesionales establecidos en su propio código deontológico, a un modelo en el que esos deberes profesionales se desdoblaron en auténticas prerrogativas nacidas del reconocimiento expreso de determinados derechos subjetivos del paciente.

Estos derechos y deberes²⁶² que configuran el estatuto jurídico del paciente y usuario²⁶³ del *systeme de santé* podrían clasificarse también²⁶⁴ en

²⁶⁰ Esta Ley de 4 de marzo de 2002 supone, como ya se ha indicado, la culminación de un proceso de afirmación de los derechos del paciente, para reconocer una relativa autonomía al "*citoyen malade*", tal y como lo expresa la profesora Claudine ESPER, *Droit hospitalier*, Dalloz, 2005, p. 500.

²⁶¹ Lo pone de relieve la profesora Dominique THOUVENIN, en "Les droits des personnes malades ne peuvent pas être transformés en obligations", en *Revue générale de droit médical*, nº 13, 2004, pp. 82-83.

²⁶² Para su mayor difusión, en el concreto ámbito hospitalario, se adoptó el 6 de mayo de 1995, por la *Direction des hôpitaux*, la *Charte du patient hospitalisé*, que ha sido modificada para adaptarla a los cambios legislativos, - sobre todo a la Ley de 4 de marzo de 2002-, convirtiéndose en la *Charte de la personne hospitalisée*, aprobada por el *Ministère de la santé et des solidarités* en abril de 2006. El art. L. 1112-2 CSP prevé que los establecimientos sanitarios están obligados a entregar a cada paciente, en el momento de su ingreso, un folleto explicativo de los derechos y principios que establecen las condiciones de su estancia en el centro y un modelo tipo de la *charte du patient hospitalisé*.

²⁶³ Estos derechos y principios se van a tratar de una manera global, con independencia de que se trate de un paciente ingresado en un hospital público o en un centro privado, dado que el núcleo esencial de los derechos del paciente o de la persona enferma no cambia de manera esencial con el régimen de hospitalización, público o privado. Esta afirmación no pretende

tres grandes categorías,²⁶⁵ según tengan un objeto relacionado más directamente con las prestaciones (1) del servicio público de la asistencia sanitaria o con la dignidad de la persona y su autonomía (2) o más relacionado con la participación de los ciudadanos-usuarios en el *systeme de santé*. (3)

Dentro de la primera categoría mencionada, (1) la de los derechos que tienen que ver más directamente con las prestaciones dispensadas para atender el derecho a la protección de la salud, hay que citar el relativo al acceso en condiciones de igualdad a la asistencia sanitaria *-droit aux soins-*, asistencia que debe ser además, de calidad²⁶⁶ y adecuada²⁶⁷ al estado de salud de la persona y a la urgencia de las intervenciones que precise, de manera que pueda beneficiarse de acciones terapéuticas de eficacia probada y que sean acordes a las exigencias de seguridad sanitaria, de acuerdo con conocimientos médicos que hayan sido contrastados. Y ha de ser, una asistencia sanitaria también proporcionada;²⁶⁸ el CSP introduce este principio de proporcionalidad entre los riesgos y los beneficios que pueda entrañar todo

ignorar la importancia que la noción de usuario de un servicio público tiene en el Derecho Administrativo, pero la perspectiva desde la que se acomete el análisis de estos derechos está más ligada a la condición de la persona o del enfermo que a la de usuario.

²⁶⁴ Como se hizo al abordar esta cuestión en el Derecho español; véase b) El estatuto del usuario de la sanidad pública: deberes y derechos del paciente en el Sistema Nacional de Salud y, en concreto, en la pág. 72.

²⁶⁵ Categorías que corresponderían a los tres capítulos de la Ley de 4 de marzo de 2002, *Droits de la personne, Droits des usagers y Participation des usagers au fonctionnement du système de santé*.

²⁶⁶ Indirectamente así lo prevé el CSP en su art. L.1112-2, que establece que:

"La qualité de la prise en charge des patients est un objectif essentiel pour tout établissement de santé. (...)"

²⁶⁷ Según prevé el art. L1110-5 CSP.

"Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées."

²⁶⁸ Así lo establece el art. L. 1110-5 CSP:

"Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté"

acto sanitario, independientemente del fin con que se realice, sea éste preventivo, asistencial o de investigación.

Prolongación de este derecho al acceso a la asistencia sanitaria, encontramos el relativo a la libre elección²⁶⁹ de médico²⁷⁰ y centro sanitario,²⁷¹ libertad de elegir que constituye un rasgo distintivo del sistema francés de asistencia sanitaria. Hay que recordar que, de acuerdo con lo previsto en el Preámbulo de la Constitución de 1946 y en su desarrollo normativo, concretado de manera decisiva en la generalización de la seguridad social²⁷² y la universalización de la *assurance maladie*,²⁷³ toda persona residente en Francia goza de ese derecho,²⁷⁴ sin que pueda ser objeto de discriminación alguna.²⁷⁵

²⁶⁹ Derechos que ya han sido objeto de algún comentario en el epígrafe anterior, a) Desarrollo normativo del principio constitucionalmente reconocido del *droit à la santé*, al cual es preciso remitirse ahora, en particular a la p. 98 y ss.

²⁷⁰ Según se prevé en los arts. 1110-1 y 4, toda persona puede elegir su médico con la reserva de que las modalidades de organización del centro sanitario en que se vaya a tratar lo permitan. En todo caso, la elección por la persona del médico y/o del centro sanitario debe conciliarse con las obligaciones que imponga la urgencia, la organización del servicio o la dispensación de la asistencia en cuestión.

²⁷¹ Según se prevé en los arts. 1110-8:

"Le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire.

Les limitations apportées à ce principe par les différents régimes de protection sociale ne peuvent être introduites qu'en considération des capacités techniques des établissements, de leur mode de tarification et des critères de l'autorisation à dispenser des soins remboursables aux assurés sociaux."

²⁷² Principalmente, por obra de la Ley nº 78-2, de 2 de enero de 1978.

²⁷³ Introducida por la Ley 99-641, de 17 de julio de 1999.

²⁷⁴ Desde la perspectiva jurídico penal, el derecho a ser atendido en caso de urgencia es universal, como se puede concluir de la existencia del art. 223-6 del *Code pénal*, relativo al *délit de non assistance à personne en danger*. En el Código Penal español, se tipifica un delito específico de denegación de asistencia sanitaria, como una variante del delito de omisión de socorro en la que el sujeto activo sólo puede ser un profesional sanitario que esté en el desempeño de su profesión.

²⁷⁵ Según prevé el art. L. 1110-3 CSP, ninguna persona puede ser objeto de discriminación, ya sea en razón de su estado de salud, de su minusvalía, de su origen, de su sexo, de su situación familiar, de sus opiniones políticas, de su raza o de sus características genéticas, como establece el art. 16-13 del Code civil.

Esta libertad de elección del médico y del centro sanitario²⁷⁶ en el seno del *systeme de santé* ha de conciliarse con las necesidades ligadas a la urgencia y a la organización del servicio, se presenta como un principio fundamental de la legislación sanitaria²⁷⁷ y tiene un contenido real y considerablemente más amplio que su equivalente en España, dado que el sistema de protección social a través de la *assurance maladie* se hace cargo del reembolso²⁷⁸ de los gastos que haya supuesto la asistencia sanitaria, aunque las condiciones de ese reembolso puedan variar en función del médico o del centro sanitario elegido. Resulta llamativa, en cualquier caso, la amplitud de este derecho de elección en contraste con un sistema en el que la financiación está socializada casi íntegramente.

También dentro de los derechos prestacionales, aunque más cercano quizá al principio de dignidad de la persona, hay que citar el derecho a las prestaciones que requieran el tratamiento del dolor²⁷⁹ y los cuidados paliativos,²⁸⁰ derecho éste que guarda también relación con el principio de proporcionalidad entre riesgos y beneficios al que se acaba de aludir y que proscribía las prácticas conocidas como encarnizamiento terapéutico.²⁸¹

²⁷⁶ Libertad de elección del centro sanitario que para los establecimientos sanitarios públicos y los privados que participan en el *service public hospitalier* se traduce en el deber de disponer de un servicio de admisión permanentemente, para atender las urgencias. Además, están obligados a garantizar el acceso al *service public hospitalier* para recibir una atención sanitaria urgente a las personas que no estén cubiertas por el seguro de enfermedad -o por otro título.

²⁷⁷ Como establece, junto con las limitaciones que le pueden afectar, el art. 1110-8 CSP.

²⁷⁸ Según se expuso más arriba y en particular en la nota y en el epígrafe en que se inserta.

²⁷⁹ Así lo prevé el art. L. 1110-5 del CSP en la redacción dada por la Ley 2005-370, de 22 de abril de 2005:

"Toute personne a le droit de recevoir des soins visant à soulager sa douleur. Celle-ci doit être en toute circonstance prévenue, évaluée, prise en compte et traitée."

²⁸⁰ El art. L. 1110-5 del CSP declara este derecho y lo acompaña en otros artículos de las disposiciones necesarias para ponerlo en práctica:

"Toute personne malade dont l'état le requiert a le droit d'accéder à des soins palliatifs et à un accompagnement."

²⁸¹ En este sentido, el párrafo 2º del art. L. 1110-5 CSP, en la redacción dada por la *Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005*, (JORF de 23 de abril de 2005) establece que los actos sanitarios:

"(...) ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris. Dans ce cas, le médecin

En la segunda gran categoría de derechos, (2) los que están más relacionados con el principio de la dignidad de la persona y de su autonomía, sin que sea posible entrar aquí en su análisis en profundidad, es preciso referirse en primer lugar al art. 16 del *Code civil*²⁸² que proclama, con un alcance general, principios como el de primacía de la persona y la prohibición de todo ataque a su dignidad, así como el derecho de todos al respeto de su cuerpo y su inviolabilidad.²⁸³

"La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie."

Consecuencia inseparable del reconocimiento de la dignidad de la persona, principio que luego se concreta en el CSP con relación específicamente a la persona enferma,²⁸⁴ ha de ser el reconocimiento de su autonomía, de su derecho a poder decidir sobre aquellas intervenciones que incidan en su propio cuerpo, lo que supone una vez más que la persona sujeta a una intervención sanitaria no puede ser tratada como un objeto porque es un sujeto, un sujeto de derecho al que el ordenamiento reconoce la dignidad que le es inherente. Por ello, en el artículo 16-3 del *Code civil* se establece el deber, exigido con carácter general, de obtener el consentimiento previo antes de llevar a cabo cualquier intervención que pueda afectar a la integridad corporal de la persona, intervención que deberá estar además necesariamente justificada por una

sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10."

²⁸² En su redacción actual, debida a la Ley nº 94-653, de 29 de julio de 1994, (JORF de 30 de julio de 1994), conocida como *Loi "bioéthique"*.

²⁸³ Así lo proclama el art. 16-1 CCF:

" Chacun a droit au respect de son corps.

Le corps humain est inviolable.

Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial."

²⁸⁴ Así, el art. L. 1110-2 del CSP, introducido por la Ley de 4 de marzo de 2002, declara que *"la personne malade a droit au respect de sa dignité."*

necesidad médica de la persona o, excepcionalmente, por un interés terapéutico de otra persona:²⁸⁵

"Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.

Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir."

Estos principios generales recogidos en el *Code civil* son luego también objeto de adaptación al ámbito sanitario, público y privado, en el *Code de la santé publique*, en cuyos artículos L.1111-2 y ss., se ocupa del derecho del paciente y usuario a ser informado, previendo toda una variedad de supuestos entre los que destacaremos los más relevantes, mientras que en el L.1111-4 y ss., se ocupa del consentimiento. Ligado íntima e instrumentalmente a ese derecho a decidir si se consiente o no una intervención sanitaria que incida sobre el propio cuerpo, hallamos el deber de informar²⁸⁶ que pesa sobre los profesionales y centros sanitarios, -salvo urgencia o imposibilidad de informar-, con su reverso, el derecho del paciente usuario a ser informado de una manera adecuada y adaptada a sus circunstancias personales sobre su estado de salud; además, el art. L1111-2, precisa algunos extremos sobre los que debe versar la información.²⁸⁷ Al igual que hizo el legislador español en la L.41/2002, se ha previsto en el CSP la obligación de respetar la decisión de la persona que quiera permanecer en la ignorancia de un diagnóstico o pronóstico, salvo

²⁸⁵ Para cubrir la posibilidad de efectuar, con sujeción a determinados límites y controles, transplantes de donante vivo.

²⁸⁶ También existe un derecho a ser informado, según prevé el art. L. 1111-3 CSP, por los centros sanitarios públicos y privados, así como por los profesionales sanitarios privados, sobre los gastos en los que podría incurrir una persona por la atención sanitaria que vaya a recibir y si esos gastos están cubiertos por el seguro de enfermedad, *assurance maladie* o en su caso, sobre las condiciones para su reembolso al paciente.

²⁸⁷ Según se prevé en el CSP, art. L1111-2, la información, que ha de facilitarse en el curso de una entrevista personal, ha de referirse al menos a:

"(...) les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. (...)"

que dicha ignorancia pueda suponer la exposición de terceros a un riesgo de transmisión. Importa destacar, también respecto a la obligación de informar y al derecho a ser informado, la referencia que este mismo artículo hace a las recomendaciones de buenas prácticas²⁸⁸ que corresponde elaborar a la Alta Autoridad de Sanidad, en el proceso de información a los pacientes. Del conjunto de estas disposiciones y de la atribución de la carga de la prueba²⁸⁹ del cumplimiento de las obligaciones legales en materia de información al profesional o al centro sanitario, no puede sino concluirse el destacado papel que el legislador asigna al derecho a la información de los pacientes como un instrumento clave para recobrar, en unas relaciones clínico-asistenciales de nuevo cuño, iluminadas por el principio de autonomía, un clima de confianza en la relación médico-paciente e indirectamente también, para que sobre esa base de confianza pueda convertirse el enfermo-paciente-usuario en un actor del *systeme de santé*.

Una vez que se ha llevado a cabo esa decisiva actividad de información,²⁹⁰ para que el consentimiento pueda ser "informado", *consentement éclairé*, en el art. L.1111-4 se reconoce el derecho a decidir que tiene el paciente, asistido por el profesional sanitario, quien previamente ha debido facilitarle la información relevante de una manera adecuada:

²⁸⁸ Conviene tener en cuenta que gran parte de los problemas, efectos no deseados y errores médicos terminan frecuentemente en un litigio por causas ligadas a la falta o a la mala calidad de la información y de la comunicación entre clínicos y pacientes, por lo que esta disposición legislativa presenta un especial interés.

"(...)Des recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information sont établies par la Haute Autorité de santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé.(...)"

²⁸⁹ Art. L. 1111-2 CSP:

" (...) En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen."

²⁹⁰ Que no puede limitarse a una información puntual para cumplir con lo que exige la Ley, sino que ha de facilitarse en el seno de una relación de comunicación continuada e interactiva, en la que prime la confianza entre el médico y el paciente y se vaya en ese proceso continuado de información graduando su profundidad y detalle en función de las circunstancias.

"Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé. (...)"

Junto a este principio, en el mismo art. 1111-4 CSP, se establece la prohibición general de llevar a cabo cualquier intervención sanitaria sin consentimiento de la persona afectada,²⁹¹²⁹² que es revocable en cualquier momento y el deber del profesional sanitario de respetar la voluntad del paciente cuando éste se niegue, de manera consciente y reiterada a someterse a un tratamiento o decida interrumpir uno ya instaurado,²⁹³ aunque recaer sobre el médico en caso de que la negativa pueda tener consecuencias fatales una obligación de información reforzada sobre las consecuencias de su decisión, hasta tal punto que casi podría hablarse de una obligación de persuasión. Con relación al consentimiento de los menores²⁹⁴ o mayores incapaces este mismo

²⁹¹ " (...) *Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment.*(...)"

²⁹² Existen especialidades en materia de consentimiento referido, entre otros, a la interrupción del embarazo, a la investigación biomédica y para la extracción y donación de órganos. Sí me parece oportuno transcribir, por contraste con la parca regulación de la materia en España, lo que establece el CSP en su art. L.1111-4, con relación a la docencia en el campo de las ciencias de la salud:

"L'examen d'une personne malade dans le cadre d'un enseignement clinique requiert son consentement préalable. Les étudiants qui reçoivent cet enseignement doivent être au préalable informés de la nécessité de respecter les droits des malades énoncés au présent titre."

²⁹³ El art. 1111-4 del Code de la santé publique, después de establecer el deber que tiene el médico de respetar la voluntad de la persona después de haberle informado de las consecuencias de sus decisiones, si éstas pudieran tener consecuencias fatales, hace recaer sobre el médico la obligación de persuasión a la que antes aludía:

"(...) Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en oeuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Il peut faire appel à un autre membre du corps médical. Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier médical. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10.(...)"

Sin embargo, en el art. L. 1111-10 del CSP se dispensa al médico de este deber de persuasión, cuando la persona se encuentra en una fase avanzada o terminal de una enfermedad grave e incurable y decide limitar o poner fin a un tratamiento. El médico deberá respetar esa voluntad, después de haberle informado de las consecuencias de su decisión, dejando constancia de todo ello en su historia clínica, protegiendo la dignidad del paciente

artículo del CSP²⁹⁵, L. 1111-4 prevé²⁹⁶ que sea su representante legal quien lo manifieste, sin perjuicio de que, en función de su grado de madurez o de discernimiento, se les integre lo más posible en el proceso de toma de decisiones. Cuando la persona no se encuentre en condiciones de manifestar su voluntad, adquiere relevancia la figura de la persona de confianza a la que se refiere el art. L. 1111-6 CSP²⁹⁷ y para poder ejercer el derecho a decidir, de acuerdo con el principio de autonomía, en esa misma situación, el art. L.1111-11 CSP²⁹⁸ prevé que toda persona puede redactar un documento que contenga

terminal y velando por su calidad de vida hasta que fallezca, procurándole los cuidados paliativos a los que tiene derecho, según prevé el art. L.1110-10 CSP.

²⁹⁴ Aunque el art. L. 1111-5, prevé la posibilidad de que el menor, sin que la Ley exija condición alguna relativa a su grado de madurez, pese a lo cual considero que habrá de tenerse en cuenta, se oponga a que sus padres o tutores tengan conocimiento de una intervención sanitaria que le afecte:

"(...) le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé. Toutefois, le médecin doit dans un premier temps s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation. Dans le cas où le mineur maintient son opposition, le médecin peut mettre en oeuvre le traitement ou l'intervention. Dans ce cas, le mineur se fait accompagner d'une personne majeure de son choix."

²⁹⁵ En materia de información a menores y a mayores incapaces, el art. L. 1111-2 CSP contiene unas previsiones equivalentes a las relativas al consentimiento.

²⁹⁶ En términos similares a los recogidos en el ordenamiento español en la Ley 41/2002, de autonomía del paciente.

²⁹⁷ El CSP art. L.1111-6 prevé que toda persona mayor de edad puede designar, de manera revocable, una persona de confianza, que puede ser un pariente, alguien próximo o su médico, a quien se consultará cuando la persona no esté en condiciones de manifestar su voluntad o de ser informada cara a la prestación de su consentimiento. Como se puede leer en el párrafo segundo, la designación de la persona de confianza tiene vigencia, como regla general, mientras dure la hospitalización en la que se produjo:

"Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au malade de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le malade n'en dispose autrement."

²⁹⁸ De manera similar a lo previsto en el art. 11 de la Ley 41/2002, de autonomía del paciente, relativo a las llamadas "Instrucciones previas", en las que el otorgante puede designar una persona, -un representante, dice textualmentela Ley española-, de manera similar a lo que acaba de verse con relación a la *personne de confiance*, para que actúe como interlocutor suyo con los profesionales sanitarios que lo atiendan y procure el cumplimiento de sus instrucciones

directrices relativas a las condiciones y límites del esfuerzo terapéutico o conservativo que desea se lleve a cabo cuando se encuentre en fase terminal de su enfermedad.

Es preciso citar también, para terminar este apartado de los derechos que estoy agrupando en la segunda gran categoría de los relacionados con la dignidad de la persona, otros derechos como los relativos al secreto médico y a la protección de datos de carácter personal, respecto al tratamiento y al acceso a la información contenida en la historia clínica. La obligación de respetar el secreto médico,²⁹⁹ que no desaparece al fallecer el paciente,³⁰⁰ constituye un

previas. Así, en el artículo L.1111-11 del CSP, en la redacción dada por la Ley nº 2005-370 de 22 de abril de 2005, se dispone que:

"Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment.

A condition qu'elles aient été établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience de la personne, le médecin en tient compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement la concernant.

Un décret en Conseil d'Etat définit les conditions de validité, de confidentialité et de conservation des directives anticipées."

²⁹⁹ Véase el art. L 1110-4 del CSP, que lo declara expresamente como derecho de toda persona que esté recibiendo algún tipo de atención sanitaria.

"Toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant. (...)

Además, en el párrafo siguiente, extiende este deber de secreto a toda persona que haya podido tener, por su relación profesional o laboral con el profesional o el centro sanitario en que se dispense la atención sanitaria, acceso a la información referida a la persona o dicho de otro modo, a datos de carácter personal referidos a su salud:

"(...)ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel de santé, de tout membre du personnel de ces établissements ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes. Il s'impose à tout professionnel de santé, ainsi qu'à tous les professionnels intervenant dans le système de santé. (...)

La obtención o el intento de obtener la comunicación de esa información en violación de lo dispuesto en el art. L. 1110-4 CSP esta penado con un año de prisión y 15.000 euros de multa.

³⁰⁰ El médico sigue estando obligado a respetar el secreto médico pese al fallecimiento del paciente, como ha tenido ocasión de declararlo la *Cour de Cassation* en su sentencia de 16 de julio de 1997, S.A. *Éditions Plon c/ consorts Mitterrand*, con relación al caso del médico de

principio esencial de la Medicina,³⁰¹ ya que atiende fundamentalmente³⁰² a la necesidad de que exista una relación de confianza entre el médico y el paciente para que aquél pueda dispensarle la mejor atención sanitaria, en función de la información que confidencialmente le proporcione; la importancia del secreto médico y, analizado desde una perspectiva más amplia, la del régimen jurídico de la información médica, justifica que sean numerosas las disposiciones normativas tendentes a su protección, incluso desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal.³⁰³ Relacionadas con lo anterior, encontramos cuestiones importantes y que aquí sólo quedarán evocadas, como el almacenamiento³⁰⁴ de esa información clínica, de las

François Mitterrand que publicó, después de su muerte, un libro en el que revelaba aspectos cubiertos por el secreto médico. El asunto, por otros cauces, llegó hasta el TEDH.

³⁰¹ A él se refería ya el juramento hipocrático y, más recientemente, tanto el Code de déontologie médicale de 1995, como el Código deontológico de 1999, aprobado en España por la Organización Médica Colegial. En la esfera internacional, la Declaración de Ginebra, de la Asociación Médica Mundial (AMM), así como su Código Internacional de Ética Médica, recoge entre los deberes profesionales del médico, el de "*guardar y respetar los secretos confiados a mí, incluso después del fallecimiento del paciente*", Asociación Médica Mundial, *Manual de ética médica*, 2005, p. 18.

³⁰² También al principio de autonomía y al respeto de la vida privada y de la intimidad de la persona.

³⁰³ Así por ejemplo, la Ley nº 78-753, de 17 de julio de 1978, *portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public*, permite al usuario acceder a los datos que a él se refieran y que obren en poder de la Administración, sin que ésta pueda alegar el secreto médico o el derecho a la intimidad, -que atienden esencialmente al interés del propio paciente que quiere acceder a sus datos-, como razón para oponerse a cumplir con esa obligación legal prevista en su art. 6-II, como antes tuvo ocasión de reconocerlo el Conseil d'État en su sentencia CE Sect., 24 oct. 1969, *Équipement c. Gougeon*, que citan MOREAU, J. y TRUCHET, D., en *Droit de la santé publique*, Dalloz, 5ª ed., p. 259.

Por otro lado, es preciso citar la Ley nº 78-17, de 6 de enero de 1978, *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, conocida como Ley "*Informatique et libertés*", que contiene el núcleo principal del Derecho de la protección de datos personales en Francia y crea la *Comission Nationale Informatique et Libertés*.

³⁰⁴ El alojamiento de datos personales de carácter personal relativos a la salud por las personas físicas o jurídicas autorizadas a tal efecto, queda sujeto a una regulación muy estricta, según prevé el art. L 1111-8 CSP.

historias clínicas³⁰⁵ y el acceso a ella por la persona interesada,³⁰⁶ como un derecho reconocido en el CSP en su art. 1111-7,³⁰⁷ acompañado de la obligación de los centros sanitarios de darle cumplimiento cuando el paciente lo solicite.³⁰⁸ El reconocimiento del derecho al acceso directo³⁰⁹ a la historia y a la

³⁰⁵ En la medida en que la asistencia sanitaria prestada a una persona va a ir generando necesariamente información y documentación clínica que los centros sanitarios y los profesionales sanitarios individuales deben conservar.

³⁰⁶ Por la persona interesada o por quien sea autorizado por ésta, aunque con los límites que recoge el art. L161-36-3 del *Code de la Sécurité sociale*, como prevé la *Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 art. 3 I, (JORF du 17 août 2004)*, que reforma el seguro de enfermedad. Justamente, una de las piezas claves de la reforma de la *assurance maladie* introducida por la citada Ley tiene que ver con el establecimiento de un *dossier médical personnel*, que podrá cargarse en una tarjeta inteligente, *-la carte Vitale-* y que servirá como instrumento para asegurar una mejor asistencia sanitaria a la persona, permitiendo orientar su "itinerario asistencial", al facilitar rápidamente el acceso, integral o parcial, a su historia clínica, y por otro lado, el control del uso adecuado de los recursos sanitarios, dado que en ese *dossier médical personnel* quedará constancia de las pruebas y atenciones recibidas por el paciente a los efectos de evitar la repetición innecesaria de pruebas y actos sanitarios. Tal como se afirma en el art. L161-36-1 del *Code de la Sécurité sociale*, en la redacción dada por la Ley de 13 de agosto de 2004, al expresar la razón de ser de esta tarjeta: favorecer la coordinación, *-entre los "soins de ville" y los "soins hospitaliers"*, la calidad y la continuidad de la asistencia sanitaria, como garantías de un buen nivel de salud:

"Afin de favoriser la coordination, la qualité et la continuité des soins, gages d'un bon niveau de santé,"

³⁰⁷ Al igual que en el art. 18.3 de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente, *-que prevé también el derecho del profesional a suprimir de la historia clínica sus anotaciones subjetivas-*, el art. L.1111-7 CSP reconoce este derecho de la persona a acceder a la información que se refiera a su salud, aunque lo sujeta a algún límite, cuando pueda traducirse en un perjuicio para un tercero que no haya participado en la asistencia sanitaria:

"Toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé détenues, à quelque titre que ce soit, par des professionnels et établissements de santé, qui sont formalisées ou ont fait l'objet d'échanges écrits entre professionnels de santé, notamment des résultats d'examen, comptes rendus de consultation, d'intervention, d'exploration ou d'hospitalisation, des protocoles et prescriptions thérapeutiques mis en oeuvre, feuilles de surveillance, correspondances entre professionnels de santé, (...)"

³⁰⁸ Prevista en el art. L1112-1 CSP.

³⁰⁹ Antes sólo podía hacerse por medio de un médico y el art. L.1111-7 CSP sigue recomendando que se acceda a esa información en compañía de otra persona y, en determinados casos excepcionales, de un médico. La información ha de ser facilitada por el centro dentro del plazo de ocho días y no antes de transcurridas 48 horas calificadas como "periodo de reflexión".

información clínicas, introducido por la Ley de 4 de marzo de 2002, ha dado así satisfacción a una reivindicación tradicional de las asociaciones de pacientes.

Por fin, la tercera gran categoría en la que estamos agrupando los derechos de los enfermos y usuarios del système de santé, la de los que tienen que ver con los cauces de su participación (3) en el propio système de santé, quedará aquí poco más que mencionada, ya que estos derechos y principios se tratarán de manera específica en la II parte, sobre la *démocratie sanitaire*. Esta idea de la *démocratie sanitaire* la introduce la L. de 4 de marzo de 2002 con el ánimo de, como señala la profesora M. Deguerque, garantizar al ciudadano enfermo³¹⁰ la libertad, en el sentido de la autonomía, la igualdad de trato y la participación en el sistema.³¹¹ Y entre las distintas formas de participación en el sistema puede resaltarse la participación, aunque indirecta, de los usuarios en los procedimientos disciplinarios ante las corporaciones profesionales,³¹² en la medida en que se prevé su posible intervención en esos procedimientos. Esta misma Ley reconoció un nuevo papel a las asociaciones de enfermos y usuarios, que se concreta, por ejemplo, en propiciar el desarrollo de la actividad de las asociaciones de voluntarios en los centros sanitarios,³¹³ así como en la

³¹⁰ A este mismo término de "*citoyen malade*" acude la profesora Claudine ESPER, con cita del *arrêt Chantal Nobel*, de la *Cour d'appel de Paris*, de 17 de marzo de 1986, que declaró que el enfermo hospitalizado se encontraba en una situación análoga a la situación en que se encuentra en su casa, culminando de algún modo un proceso de reflexión que se desarrolló en los tres decenios siguientes a la Segunda Guerra Mundial, en torno a la modernización y a la humanización del *service public hospitalier*. Sirvió esta sentencia, en opinión de C. ESPER, de anuncio de unos tiempos en los que los profesionales de los hospitales públicos son llamados a atender a los pacientes, a aconsejarles, pero sin reducir el ámbito de sus libertades individuales. ESPER, Claudine, *Droit hospitalier*, Dalloz, 2005, pp. 500 y 501.

³¹¹ DEGUERGUE, Maryse, "Droits des malades et qualité du système de santé", *AJDA*, 2002, p. 509.

³¹² La Ley de 4 de marzo de 2002 creó unas Cámaras disciplinarias de primera instancia, los *conseils régionaux e interrégionaux*. En caso de reclamación de un usuario, el Consejo provincial del Colegio Oficial, *-conseil départemental de l'ordre-* está obligado a poner en marcha una vía de conciliación que, si fracasa, habrá de transmitir a la Cámara disciplinaria de primera instancia, presidida por un juez administrativo. El usuario podrá estar representado y podrá incluso apelar ante la Cámara disciplinaria nacional.

³¹³ Art. L 1112-5 del CSP.

posibilidad de acreditar a determinadas asociaciones de personas enfermas y de usuarios del sistema de salud para que puedan representar³¹⁴ a los usuarios en las instancias oportunas en materia de sanidad y en el reconocimiento de su legitimación procesal³¹⁵ para defender los intereses colectivos de los usuarios del *Systeme de santé*. Junto a lo anterior, conviene mencionar las Comisiones para las relaciones con los usuarios y para la calidad de la atención sanitaria, como órganos de información y diálogo que han de existir en todos los centros sanitarios y que sirven también de cauce de participación de los usuarios.³¹⁶ Entre sus cometidos³¹⁷ se encuentra el de velar por el respeto de los derechos de los usuarios en cada centro sanitario, así como los de contribuir a la mejora de la calidad de la recepción o acogida, -también a los acompañantes del enfermo- y de la atención sanitaria dispensada a los enfermos, facilitarles los trámites que deban llevar a cabo y velar por que las personas enfermas puedan expresar sus quejas ante los responsables del centro sanitario, recibir sus explicaciones y ser informadas del curso que sigan sus peticiones. Finalmente, está prevista también la participación de los usuarios en los procedimientos de definición de la política de sanidad, a través de la *Conférence nationale de*

³¹⁴ El art. L 1114-1 CSP crea la figura de las *associations agréées*. Además, en el art.L 1114-3 CSP se prevén distintas medidas, como los *congés* o permisos de trabajo, para favorecer la situación de los representantes de los usuarios en los Consejos de administración de un establecimiento sanitario público, en un órgano consultivo,- *instance consultative*- regional o nacional o en un *établissement public national*.

³¹⁵ Art. L 1114-2 CSP.

³¹⁶ El *Décret* 2005-213, de 2 de marzo de 2005, incorporado a los artículos R. 1112-79 y ss. del CSP, estableció que estas Comisiones estén integradas por dos representantes de los usuarios, además de dos mediadores, de los cuales uno será médico y el otro no.

³¹⁷ El art. L 1112-3 CSP amplía el papel de las *commissions des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge*, para convertirlas en una herramienta para mejorar la calidad de la atención a los enfermos. En esta línea, esta *commission* ha de ser consultada en la definición de la política del centro sanitario en materia de acogida y atención sanitaria y puede hacer las propuestas que estime convenientes sobre este particular. Ha de ser además informada de las quejas y reclamaciones presentadas por los usuarios del establecimiento sanitario, así como del curso se les dé. Y anualmente, la comisión debe presentar un informe sobre la política del centro en lo que se refiere a los derechos de los usuarios y a la calidad de la atención sanitaria, de la *prise en charge*.

*santé*³¹⁸ y de los *Conseils régionaux de santé*.³¹⁹ En suma, si la *démocratie sanitaire* pasa por la expresión de una nueva relación entre los usuarios del *ystème de santé* y éste, puede parecer que existe un cierto desequilibrio³²⁰ entre derechos subjetivos de los usuarios enfermos y los deberes que sobre ellos recaen; sin embargo, tal desequilibrio no lo es tal³²¹ y se explica y justifica por la propia naturaleza de la mayoría de los derechos que reconoce la Ley, en la medida en que éstos derivan, en última instancia, del principio de dignidad de la persona y de los derechos fundamentales que de él emanan y se traducen necesariamente, para la parte -el profesional sanitario o el propio *ystème de santé*- que se relaciona con la persona titular de esos derechos, en obligaciones concretas, sin que su cumplimiento pueda, con carácter general, sujetarse a que exista, en todo caso, otras obligaciones o "responsabilidades" como contrapartida a cargo del titular del derecho subjetivo que, no olvidemos, es reconocido directamente por la norma jurídica escrita. Al lado de estos

³¹⁸ La *Conférence nationale de santé* emite dictámenes sobre las cuestiones que el Gobierno le someta y elabora un informe anual sobre el respeto de los derechos de los usuarios del *ystème de santé*, a partir de los informes que le remiten los *Conseils régionaux de santé*; además, puede organizar debates públicos sobre cuestiones relacionadas con la salud o con la ética médica. (Artículos L 1411-1-1 à 1-2 CSP).

³¹⁹ El art. L 1411-3 CSP prevé la existencia de uno en cada región, con representación de los usuarios y con la misión de "*contribuer à la définition et à la mise en œuvre des politiques régionales de santé*". Los *Conseils régionaux de santé* evalúan la calidad de las acciones sanitarias, así como el respeto de los derechos de los pacientes y usuarios del *ystème de santé*. Contribuyen, además, a la definición de las prioridades regionales de salud pública y a la organización de la asistencia sanitaria.

³²⁰ Así lo expresa M. DEGUERGUE, en "*Droits des malades et qualité du système de santé*", *AJDA*, 2002, p. 513, reconociendo en cambio el equilibrio favorecido por la Ley de 4 de marzo de 2002, entre el "poder médico" y el "poder de decisión del enfermo".

³²¹ La profesora Dominique THOUVENIN, "*Les droits des personnes malades ne peuvent pas être transformés en obligations*", en *Revue générale de droit médical*, nº 13, 2004, pp. 81-85, así parece entenderlo. Mantiene además que cuando el legislador ha reconocido estos derechos, recurriendo a este concreto concepto jurídico, no ha sido por casualidad, sino que obedecía a una voluntad de construir un nuevo modelo de relación entre el médico y el enfermo. Como señala en la p. 79 del artículo citado, el reconocimiento de estos derechos responde al fin de "*(...) de mettre fin au modèle antérieur appuyé sur les règles déontologiques quant à elles expression du modèle des médecins*".

derechos que inciden sobre la persona en cuanto tal y a su autonomía, podemos encontrar otros derechos, ligados a la persona en calidad de titular del derecho a la protección de la salud, como beneficiaria de las prestaciones sanitarias de la seguridad social, que a diferencia de los primeros, sí pueden ver su ejercicio efectivo conectado a la observancia de determinadas obligaciones.

Sin perjuicio de lo anterior y respecto a los deberes o la responsabilidad de los pacientes o usuarios, por emplear el mismo término que la Ley de 4 de marzo de 2002, encontramos que el art. L.1111-1 del CSP proclama, con un alcance jurídico no muy determinado, que incumben a los usuarios ciertas responsabilidades para asegurar la permanencia y continuidad del propio sistema de salud:

"Les droits reconnus aux usagers s'accompagnent des responsabilités de nature à garantir la pérennité du système de santé et des principes sur lesquels il repose."

Esta referencia a las responsabilidades de los usuarios se introdujo en el Senado, con el ánimo de evitar el riesgo de que una de los fines principales del proyecto de ley presentado por el Gobierno francés, el relativo a la necesidad de reequilibrar la relación médico-paciente, se tradujera en realidad en un desequilibrio en esa relación, lo que podría contribuir a una mayor judicialización. Tal como lo expresa D. Thouvenin, a modo de recordatorio solemne de que la existencia de derechos que benefician a la persona enferma no puede aceptarse si no pesan sobre ella las consecuencias³²² de sus decisiones.³²³ Sin embargo la falta de concreción del alcance jurídico que corresponda a este término responsabilidades, permite pensar que se introdujo

³²² Cabe plantearse la pregunta de si podría existir una obligación de la persona a llevar una vida sana, obligación de cuyo incumplimiento pudieran derivarse consecuencias que se podrían concretar en la limitación al acceso a determinadas prestaciones. Aunque en otro escalón y distintas implicaciones, cabría preguntarse si el personal médico tiene la obligación ética de adoptar para sí los hábitos de vida saludable que ha de recomendar a sus pacientes.

³²³ THOUVENIN, Dominique, "Les droits des personnes malades ne peuvent pas être transformés en obligations", en *Revue générale de droit médical*, nº 13, 2004, p. 93.

entonces más bien como una concesión simbólica efectuada por el legislador al colectivo de los profesionales sanitarios ante la preocupación que, en sectores de ese colectivo, pudo producir la Ley de 4 de marzo de 2002. Posteriormente, con la reforma de agosto de 2004 del seguro médico, *assurance-maladie*, sí puede percibirse una cierta responsabilización del usuario del système de santé en lo que se refiere a las repercusiones económicas³²⁴ que puedan tener sus decisiones, mecanismo de responsabilización que atiende fundamentalmente a la necesidad de controlar el gasto sanitario público y, en consecuencia, a tratar de garantizar la perennidad del sistema de salud. Responsabilización del usuario que, paradójicamente, se impulsa para evitar que éste pueda abusar de su derecho a las prestaciones sanitarias, cuando, en todo caso, los bienes y servicios sanitarios que pueda consumir son prescritos por un profesional sanitario a quien correspondería oponerse, ateniéndose simplemente a los principios y deberes deontológicos que han de presidir su ejercicio profesional, a toda petición de atención sanitaria que juzgara injustificada o abusiva.³²⁵

* * * * *

Después de haber tratado el derecho a la protección de la salud, desde la perspectiva constitucional, tanto en el Derecho francés como en el español y desde la perspectiva de su desarrollo normativo posterior, es preciso abordar el estudio de las distintas estructuras organizativas que se han dispuesto en ambos países para dar cumplimiento a este derecho, lo que se hace en el título siguiente.

³²⁴ Principalmente, el que el porcentaje de reembolso se vea reducido si no acude a determinados médicos especialistas por el conducto del *médecin traitant*.

³²⁵ De manera muy pertinente pese a la aparente obviedad de la afirmación, lo pone de relieve el *Rapport du Haut Conseil pour l'avenir de l'assurance maladie*, 2004, p. 113.

Título II.- LAS FÓRMULAS ORGANIZATIVAS CREADAS PARA MATERIALIZAR EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: UNA CONVERGENCIA FUNCIONAL MATIZADA POR UNA DIVERSIDAD ORGANIZATIVA

La atención efectiva del derecho a la protección de la salud ha dado lugar en ambos países a la creación de toda una serie de estructuras públicas y privadas; se aglutinan en torno al Sistema Nacional de Salud, en España, que responde a una financiación íntegramente pública y a una prestación también, mayoritariamente pública, sin excluir las formas de gestión privada. Mientras, en Francia, estas estructuras organizativas forman el *Système de Santé*, mucho más abierto a la participación del sector privado, si bien su financiación se encuentra en su mayor parte igualmente socializada, pese a que se exija en determinados supuestos una participación variable del usuario en el pago del coste de las prestaciones recibidas.

En cualquier caso, el estatuto jurídico de las personas que recaban los servicios del sistema de salud puede variar en función de quien sea el encargado de prestar efectivamente ese servicio, dada la ya mencionada coexistencia de establecimientos sanitarios públicos y de otras entidades jurídico-privadas ligadas también al sistema de salud, entendido éste en sentido amplio, como "*l'ensemble structuré des acteurs et de procédures qui, dans chaque pays, sont impliqués dans la réponse aux problèmes de santé de la population*"³²⁶ y que presenta, en Francia como en España, una estructura organizativa considerablemente compleja.³²⁷ Esta complejidad deriva, en buena

³²⁶ BERTHOD-WURMSER, Marianne, (coord.), *La santé en Europe*, La Documentation Française, 1994, define el sistema de salud como el conjunto estructurado de los actores y procedimientos que, en cada país, están implicados en dar respuesta a los problemas de salud de la población.

³²⁷ Claude ÉVIN, en *Les droits des usagers du système de santé*, Berger-Levrault, Paris, 2002, (en la p. 11), define el sistema de salud (système de santé)³²⁷ por referencia a dos aspectos:

parte, de la asociación entre los sectores público y privado característica del *systeme de santé* francés y también por el papel que ha de desempeñar el Estado; en primer lugar, como garante de la prestación de este servicio público, reglamentando la organización de la asistencia sanitaria y, en un segundo plano, a través del control y de la supervisión de los seguros sociales obligatorios que financian el propio sistema. Todo esto se trata en el siguiente capítulo relativo a la organización, en Francia, del *systeme de santé* y al SNS en lo que se refiere a España.

Igualmente, hay que tener en cuenta la organización territorial de ambos Estados, dado que tiene importantes consecuencias en los distintos modelos organizativos de las Administraciones y entidades sanitarias objeto de estudio, así como en la ordenación de las prestaciones en que se concreta el servicio público de la asistencia sanitaria. Si bien es cierto que estas diferencias inciden sobre todo en el ámbito de la gestión, es preciso analizar si tales diferencias pudieran tener algún reflejo en el régimen de responsabilidad aplicable.³²⁸

Por ello, es preciso en este Título II bosquejar las líneas maestras de las organizaciones y estructuras a través de las cuales los poderes públicos velan, directa o indirectamente, por la protección de la salud de las personas. Así, la descentralización en Comunidades Autónomas que caracteriza el modelo de organización territorial de la CE de 1978 y el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las CC. AA., tendrán por consecuencia que sean éstas quienes tengan la responsabilidad primaria de gestionar el servicio público de la asistencia sanitaria, a través de sus respectivos servicios de salud y en el marco de la normativa básica fijada por el legislador estatal, (la LGS y la LSNS, principalmente). Los Servicios de salud de las CC. AA. se integran a su vez en el Sistema Nacional de Salud, en el que la Administración General del

"(...) l'organisation de l'offre des soins, aussi bien dans l'espace que concernant la qualité du service offert, mais aussi le financement de la demande de soins sous la forme d'un système de sécurité sociale (...) Notre système de santé est complexe. Financé par des assurances sociales à caractère de service public, il a laissé se développer un mode d'organisation privé, qui se définit même comme libéral, à côté d'établissements publics de santé. C'est ainsi que coexistent, et parfois s'affrontent, deux modes d'exercice financés par les mêmes prélèvements sociaux "

³²⁸ Según se desarrolla en la p. 213 y ss.

Estado ha de desempeñar un papel de coordinación, de perfiles no demasiado nítidos.

Por otra parte, el grado de descentralización de la República Francesa es considerablemente menor, pese a algunas iniciativas descentralizadoras, principalmente de 1982 y 2003, lo que se traduce en que la responsabilidad principal de organizar y prestar el servicio público de la asistencia sanitaria recae sobre las estructuras centrales del Estado, en particular sobre el *Ministère de la Santé Publique* y sobre toda una red de establecimientos y centros hospitalarios de él dependientes, los *établissements publics hospitaliers*, aunque con cierta intervención también, creciente además, de las Regiones. No obstante, en los capítulos siguientes y dado que no constituye el objeto principal de este estudio, no se pretende más que efectuar una aproximación a estos aspectos organizativos, a los efectos de poder situar adecuadamente la problemática relativa a la responsabilidad.

Capítulo 1.- Una pluralidad de Administraciones Públicas sanitarias y el Sistema Nacional de Salud como eje organizativo clave para la efectividad del derecho a la protección de la salud en España

El carácter social del Estado español presente en la Constitución desde el Preámbulo y su Título Preliminar,³²⁹ exige que los poderes públicos asuman un papel activo, que intervengan, partiendo de un estado de cosas para cambiarlo y afectar a la estructura misma de la sociedad,³³⁰ al objeto de promover las condiciones para que, entre otros, el derecho a la protección de la

³²⁹ Principios patentes, en particular en los artículos 1, 2, 9.2 y 53 de la Constitución española. Estas cuestiones se han tratado en el título anterior con mayor detención, por lo que a éste es preciso remitirse ahora.

³³⁰ Como señala el profesor Efrén BORRAJO DACRUZ, al glosar el "Artículo 43. Protección de la salud", en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, (Tomo IV), Edersa, 1996, 165-204.

salud³³¹ pueda tener un contenido real y efectivo. Ello, a través de las prestaciones y servicios que resulten necesarios, que deberán ser articulados por dichos poderes públicos y que, en virtud del principio autonómico y del desarrollo normativo que de él se ha hecho, deberán prestar, de manera principal, las Administraciones de las Comunidades Autónomas³³² de acuerdo con el principio de eficacia y, desde la perspectiva del gasto público, también conforme a criterios de eficiencia.

El principio de autonomía y el proceso descentralizador en que se ha traducido han de ser, por tanto, considerados en primer lugar, para analizar seguidamente qué forma concreta ha adoptado esta descentralización en el ámbito de la protección de la salud y en particular, el servicio público de la asistencia sanitaria. En consecuencia, tras una breve referencia al marco general de la descentralización vivida en España, se tratará primero del Sistema Nacional de Salud, pieza clave del sistema en la concepción de la Ley 14/1986, General de Sanidad y, en segundo lugar, cómo ha sido ésta desarrollada y aplicada por las Comunidades Autónomas, así como el efecto que puede tener la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Y, finalmente, dentro de este capítulo se tratará del recurso a personificaciones jurídico-privadas a las que se encomienda la prestación de este servicio público, por la incidencia que pueda tener en materia de responsabilidad.

Sección 1.1.- La autonomía y la descentralización como principios reconocidos en la Constitución española de 1978

Es un lugar común, no por ello menos cierto, evocar el espíritu de consenso que llevó a la adopción de la Constitución española de 1978, espíritu

³³¹ Véase, en particular, lo dispuesto en el art. 43.2 CE.

³³² Tal es el diseño previsto en la Constitución española, en particular en sus artículos 149.1.16ª y 148.1.21ª y, sobre todo, en la LGS, la principal norma adoptada para establecer las bases y coordinación general de la sanidad.

que se tradujo en la disposición de quienes intervinieron en su negociación y elaboración a hacer concesiones en aras de conseguir un acuerdo aceptable para casi todos. Por ello, algunas cuestiones fueron sólo objeto de un acuerdo de mínimos, quedando su definición y desarrollo concretos para un momento posterior.³³³ Así sucedió con el Título VIII, relativo la organización territorial del Estado, que introdujo los grandes trazos de un proceso descentralizador, presidido por el principio dispositivo, descentralización cuyo desarrollo posterior ha alcanzado unas dimensiones que, probablemente, ni se pudo imaginar por los constituyentes. En cualquier caso, la CE78 sentó las bases para el paso de un Estado fuertemente centralizado a un Estado, en el que en virtud de la autonomía reconocida en su art. 2 y desarrollada en el Título VIII, la descentralización era posible y se hizo realidad en las diecisiete Comunidades Autónomas que integran España.³³⁴

Subsección 1.1.1.- Las Administraciones Públicas sanitarias y el Sistema Nacional de Salud como pieza clave del servicio público de la asistencia sanitaria en España

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), confirmada en sus líneas maestras por la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LSNS), estableció el diseño organizativo básico de las prestaciones y servicios necesarios³³⁵ que, por mandato constitucional, debían implantarse para atender adecuadamente el derecho a la protección de la

³³³ Tan es así que puede sostenerse que el modelo autonómico diseñado por la CE78 sigue abierto y no ha terminado aún de consolidarse; la cuestión de la financiación autonómica sigue estando en la agenda política más de 30 años después de la entrada en vigor de la Constitución.

³³⁴ No es posible tratar aquí este proceso, que excedería con mucho el objeto de este trabajo. Valga por todas las referencias bibliográficas, la obra del profesor Santiago MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Tomo I, 1982 y T. II, 1983.

³³⁵ A cuya existencia obliga el art. 43.2 de la Constitución española, concretando para el ámbito sanitario la orientación social del Estado.

salud. En este marco y tomando como inspiración el modelo del *National Health Service* británico,³³⁶ se diseñó el SNS, como reunión de los servicios de salud de las CC.AA. y de la Administración General del Estado,³³⁷ ocupa un lugar principal, junto con una variedad de Administraciones Públicas con competencias en materia sanitaria.

La LGS³³⁸ respondió a la voluntad de convertir el sistema sanitario público en uno de los pilares del Estado del bienestar al que debe tender el Estado social, -y puede afirmarse que, en gran medida,³³⁹ lo ha conseguido-³⁴⁰

³³⁶ Esta influencia es generalmente señalada por la doctrina y por el equipo que se encargó de elaborar el proyecto que condujo a la adopción de la LGS y del SNS. Entre éstos, valga la cita por todos de Pedro Pablo MANSILLA IZQUIERDO, en *Reforma Sanitaria: Fundamento para un análisis*, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1986. Y en la doctrina, la de los profesores Miriam CUETO PÉREZ, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant Lo Blanch, 1997, p.110 y, antes, Manuel BEATO ESPEJO, "El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad (I) y (II)", *RAP*, números 119 y 120, 1989, pp. 379-418.

³³⁷ Así se establece, principalmente, en los artículos 44 y 45 de la LGS:

Artículo 44.

"1. Todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integrarán el Sistema Nacional de Salud.

2. El Sistema Nacional de Salud es el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en los términos establecidos en la presente Ley.

Artículo 45.

El Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud."

³³⁸ El modelo en el que se inspiró fundamentalmente el legislador español de 1986 fue el del *National Health Service*, del Reino Unido. A la creación del *National Health Service* y de otros sistemas de seguros obligatorios de enfermedad en la Historia, se refiere Diego GRACIA GUILLÉN, en *Fundamentos de Bioética*, Triacastela, 2008, pp. 267 y ss., creado por la *National Health Service Act*, que empezó a aplicarse en 1948 y que supuso la implantación del primer servicio nacional de salud que cubría toda la población. El informe *Social Insurance and Allied Services*, presentado al gobierno británico por Lord Beveridge en noviembre de 1942 representa su más importante antecedente.

³³⁹ Esta apreciación globalmente positiva no puede hacer ignorar que hay cuestiones mal resueltas y que, en ningún caso, la autosatisfacción puede llevar a bajar la guardia. Existen desigualdades territoriales en el acceso, la descoordinación en algunos aspectos, (como el tratamiento de la información clínico-asistencial y la dificultad para poder poner en práctica la historia clínica electrónica por la incompatibilidad de los sistemas informáticos de los servicios

para establecer un sistema caracterizado por su cobertura universal y financiado, fundamentalmente, a través del sistema impositivo, superando así el modelo sanitario anterior, inserto en las prestaciones de la Seguridad Social³⁴¹ y construido principalmente sobre la base de la mutualización, a

de salud autonómicos, etc.), la fragilización a que puede dar lugar la introducción de determinadas formas de gestión privada, que algunas de las previsiones de la LGS aún no se hayan puesto en práctica y sobre todo a la sostenibilidad y suficiencia de la financiación de este servicio público.

En cualquier caso, ni al mismo legislador de 1986 se le escapó la dificultad del reto al que se enfrentaba y la lógica probabilidad de, si no fracaso, sí al menos de no alcanzar plenamente los objetivos anhelados. El párrafo primero del Preámbulo de la LGS deja ya constancia de esa imposibilidad de cubrir las necesidades de salud, tendencialmente crecientes, de la población:

"De todos los empeños que se han esforzado en cumplir los poderes públicos desde la emergencia misma de la Administración contemporánea, tal vez no haya ninguno tan reiteradamente ensayado ni con tanta contumacia frustrado como la reforma de la Sanidad.

Es, en efecto, un dato histórico fácilmente verificable que las respuestas públicas al reto que en cada momento ha supuesto la atención a los problemas de salud de la colectividad han ido siempre a la zaga de la evolución de las necesidades sin conseguir nunca alcanzarlas, de manera que se ha convertido en una constante entre nosotros la inadaptación de las estructuras sanitarias a las necesidades de cada época."

³⁴⁰ Véase sobre el particular, el balance que, transcurrido el primer decenio de vigencia de la LGS, hacía el profesor Juan PEMÁN GAVÍN, en "Reflexiones en torno a la Ley General de Sanidad: ¿desarrollo o reforma?, *REDA*, núm. 97, 1998, pp. 65-81 y especialmente, por lo que hace a la valoración globalmente positiva de esta Ley, p.79 y ss. Parte del éxito de la LGS se debería, según este autor, a su doble concepción, por un lado, de *ley-programa*, por los mandatos de desarrollo normativo, cuantiosos y de enjundia, que se plasman en sus Disposiciones Finales y Adicionales, así como por los ambiciosos objetivos y metas, casi "utópicos" que fija y, por otro lado, por su concepción como *ley-marco*, en el sentido de que no es normativamente exhaustiva y deja un amplio margen de maniobra a los responsables de la política sanitaria de cada Comunidad Autónoma.

³⁴¹ Como más arriba se dijo, el embrión del actual SNS se halla en las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social que existían antes de 1986. De hecho, antes de la implantación del modelo de la LGS la asistencia sanitaria se incardinaba principalmente en las prestaciones de la seguridad social, como puede verse en la principal obra de referencia en la materia, el libro de D. Manuel ALONSO OLEA, *Instituciones de la Seguridad Social*, Civitas, 1999.

Parece por ello oportuno referirse, al menos sucintamente, a los antecedentes del actual SNS; a las estructuras e instituciones cuya integración dio lugar a su nacimiento. Siguiendo a este mismo autor, entre los primeros hitos en la formación de las estructuras de protección social en España se puede citar la Comisión de Reformas Sociales, que en 1883 se encarga de estudiar cómo mejorar el bienestar de la clase obrera. En 1900, la Ley de

través de la afiliación del trabajador y de la cotización correspondiente. Con este objetivo transformador, la LGS sentó algunos grandes principios, que siguen en lo esencial vigentes y han sido remachados después por la LSNS:

a) financiación pública, universalidad y gratuidad de los servicios sanitarios.³⁴²

b) derechos y deberes definidos para los ciudadanos y para los poderes públicos.³⁴³

c) descentralización política³⁴⁴ de la sanidad en las Comunidades Autónomas.³⁴⁵

Accidentes de Trabajo crea el primer seguro social y en 1908, se crea el Instituto Nacional de Previsión, para integrar las cajas que gestionan los seguros sociales que se irían estableciendo. Entre ellos, destacan el Retiro Obrero, en 1919, el Seguro Obligatorio de Maternidad, en 1923, el Seguro de Paro Forzoso, en 1931, el Seguro de Enfermedad, en 1942 y el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, (SOVI) en 1947.

Más tarde, la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, para superar las disfunciones producidas por la proliferación de regímenes especiales de protección mutualista, quiso implantar un modelo unitario e integrado de protección social, con una base financiera de reparto, gestión pública y participación del Estado en la financiación, principios que se plasmaron en la Ley General de la Seguridad Social de 1966.

³⁴² En concreto, en sus artículos 1.2 y 3.2, en lo relativo a la universalización del derecho a la asistencia sanitaria.

³⁴³ Los derechos de los ciudadanos y usuarios ante las Administraciones sanitarias se recogían, principalmente, en el art. 10 LGS, sumamente innovador para su tiempo en la proclamación de un catálogo de derechos entre los que destacaban de manera especial los recogidos en los apartados 5 y 6, sobre la información clínica y el consentimiento. Sobre ellos incidiría después el conocido como Convenio de Oviedo de 1997, sobre Derechos Humanos y Biomedicina y la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de la información y documentación clínicas, que ha establecido una nueva regulación de algunos de los derechos previstos en el art. 10 LGS.

A las obligaciones de los ciudadanos con las instituciones y organismos del sistema sanitario se refiere el art. 11 LGS.

³⁴⁴ El profesor Juan PEMÁN GAVÍN, en "Reflexiones en torno a la Ley General de Sanidad: ¿desarrollo o reforma?, REDA, núm. 97, 1998, p. 69, destaca que la LGS se limita a fijar una "regulación de carácter abierto y flexible que deja una amplio margen de libertad para el desarrollo de opciones distintas por los responsables de la política sanitaria (...)", incluidas las Comunidades Autónomas, como se pone de manifiesto, por ejemplo, en el art. 55 LGS.

³⁴⁵ Véanse los artículos 44 a 77 LGS y, de manera especial, del 49 al 55.

d) prestación de una atención integral de la salud procurando altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados.³⁴⁶

e) integración de las diferentes estructuras y servicios públicos al servicio de la salud en el Sistema Nacional de Salud.³⁴⁷

Así nació el SNS, con el objetivo de ir integrando, de manera paulatina, las distintas estructuras e instituciones sanitarias públicas existentes a la fecha, en ocasiones superpuestas y solapadas, para dar lugar a un conjunto coordinado³⁴⁸ formado por los Servicios de Salud de la Administración General del Estado y por los Servicios de Salud de las CC. AA., que agrupara todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con la ley, "*son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud*".³⁴⁹

Por otra parte, el principio de eficacia³⁵⁰ exige que la organización del SNS sea la más idónea para hacer realidad los principios de universalidad y de equidad y para ello, se articuló en dos niveles: el de atención primaria y un segundo nivel, de atención especializada, al que se accede por indicación de

³⁴⁶ Véase lo dispuesto en el art. 46.

³⁴⁷ Según se dispone en los artículos 44 y 45.

³⁴⁸ La Exposición de Motivos de la LGS hace patente la voluntad de superar la fragmentación de instituciones y sistemas de protección, incluso públicos, preexistentes. En ella puede leerse:

" (...) la integración de servicios que la Ley postula, al consumarse precisamente y de modo principal en el nivel constituido por las Comunidades Autónomas, puede producirse sin ninguna estridencia y superando dificultades que, sin duda, se opondrían al mismo esfuerzo si el efecto integrador se intentara cumplir en el seno de la Administración estatal. En efecto, muchos servicios con responsabilidades sanitarias que operan de forma no integrada en la actualidad en el seno de la Administración estatal han sido ya transferidos, o habrán de serlo en el futuro, a las Comunidades Autónomas. Se produce así una ocasión histórica inmejorable para superar las anteriores deficiencias organizativas, integrando todos los servicios en una organización única. La Ley toma buena nota de esa oportunidad e impone los criterios organizativos básicos de que se ha hecho mención, evitando que las Comunidades Autónomas reproduzcan un modelo que ya se ha probado inconveniente, o que aún introduzca una mayor complejidad, por la vía de la especialidad, en el sistema recibido."

³⁴⁹ Así lo establece el art. 45 LGS.

³⁵⁰ Sobre el principio de eficacia, tan presente en la Constitución española, como animador de la orientación social del Estado y como una de las directrices que ha de seguir la Administración en su actividad, según se deduce de lo dispuesto en la CE, principalmente en sus artículos 9.2 y 103.1.

los facultativos de atención primaria.³⁵¹ Los Centros de Salud³⁵² son la estructura asistencial más importante en el nivel de asistencia primaria, mientras que la especializada se presta en Centros de Especialidades y Hospitales, de manera ambulatoria o en régimen de ingreso. A su vez, esta organización en dos niveles descansa sobre una previa planificación de los recursos asistenciales que se concreta en las las Áreas de Salud,³⁵³ que establece cada Comunidad Autónoma, sobre todo, atendiendo a la proximidad de los servicios a los usuarios para facilitar así el acceso a los recursos sanitarios en condiciones equitativas.

El ya mencionado principio de autonomía, incide de lleno, según se ha adelantado, en la organización del sistema sanitario público, planteando el reto de la anhelada igualdad en el tratamiento de los usuarios. Al amparo de lo dispuesto en la Constitución y en los respectivos Estatutos de Autonomía, todas las Comunidades Autónomas fueron asumiendo progresivamente competencias en materia de sanidad y, a los efectos que importan en este estudio, en la gestión del servicio público de la asistencia sanitaria. En esta línea, dado que la LGS tiene carácter básico,³⁵⁴ las bases por ella fijadas

³⁵¹ Vid. el art. 15 LGS. Se prevé en la LSNS que las prestaciones de atención primaria, además de procurar una atención integral de la salud, también y sobre todo, desde la perspectiva de la prevención, actúen como cauce regulador de flujos a la atención especializada.

³⁵² En el año 2004, el SNS contaba con 2.702 centros de salud, según los datos del Ministerio de Sanidad y Consumo, recogidos en su publicación, *Sistema Nacional de Salud*, Ministerio de Sanidad y Consumo, 2006, pág. 47. En ellos trabajan equipos multidisciplinares integrados por médicos de familia, pediatras, personal de enfermería, además del personal administrativo, pudiendo disponer también de trabajadores sociales, matronas y fisioterapeutas.

³⁵³ Las Áreas de Salud, según se establece en los artículos 56 y ss. LGS, se subdividen a su vez en Zonas Básicas de Salud, que son el marco territorial de la Atención Primaria, donde desarrollan las actividades sanitarias los centros de salud. Cada Área dispone de un hospital general de referencia para la Atención Especializada. En algunos Servicios de Salud autonómicos existen estructuras organizativas intermedias entre el Área de Salud y la Zona Básica.

³⁵⁴ Recordemos que el art. 149.1.16ª CE atribuye al Estado competencia exclusiva para establecer las *bases y coordinación general de la sanidad*, para así poder fijar las condiciones y requisitos mínimos en la materia, persiguiendo una igualación básica de condiciones en el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos. Abarcan también estas bases la fijación de

pueden y deben ser desarrolladas por la correspondiente normativa autonómica, como así ha sucedido - las 17 CCAA tienen sus propias leyes de ordenación sanitaria-,³⁵⁵ pero han de respetar en todo caso esas bases³⁵⁶ fijadas, de manera más o menos precisa, por el legislador estatal; por ejemplo, en lo referido a la universalización, a la gratuidad, al área de salud como distrito o unidad básica de actuación, con su respectivo hospital de referencia, etc.

En este proceso de descentralización, las transferencias de la asistencia sanitaria gestionada por la Administración General del Estado, a través del Instituto Nacional de la Salud se iniciaron en 1981³⁵⁷ y culminaron³⁵⁸ en el año 2002, manteniendo la Administración General del Estado y dentro de ella, el Ministerio de Sanidad y Consumo, sólo la gestión de la sanidad en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, a través de Instituto Nacional de

medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y autonómicas en el ejercicio de sus respectivas competencias.

³⁵⁵ Por ejemplo, la Ley 12/2001, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid y las demás que citaré.

³⁵⁶ Son abundantes las referencias doctrinales sobre lo que es la legislación básica, como técnica para articular la unidad y la autonomía por medio del mínimo común denominador normativo que podría decirse que son las bases. El Tribunal Constitucional ha ido elaborando toda una doctrina al respecto; quizá una de las que mejor podrían sintetizarla es su sentencia 147/1991, en la que puede leerse:

"(...) la definición de las bases en el ámbito de la legislación compartida tiene por objeto crear un marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual las Comunidades Autónomas dispongan de un margen de actuación, (...) excede de lo básico toda aquella ordenación que, por su minuciosidad y detalle, no deja espacio alguno a la competencia autonómica de desarrollo legislativo (...)".

³⁵⁷ Mediante el Real Decreto 1518/1981, de 8 de julio, se transfirió a la Generalidad de Cataluña la asistencia sanitaria gestionada por el INSALUD. Por el R. D. 400/1984, de 22 de febrero, a Andalucía; a la C. A. del País Vasco, mediante el R. D. 1536/1987, de 6 de noviembre; a la Comunidad Valenciana, por el R. D. 1612/1987, de 27 de noviembre; a Galicia, por el R. D. 1679/1990, de 28 de diciembre; a la Comunidad Foral de Navarra, por el R. D. 1680/1990, de 28 de diciembre y a Canarias por el R. D. 446/1994, de 11 de marzo.

³⁵⁸ Véase sobre el particular, PEMÁN GAVÍN, Juan, "Autonomía y unidad en el Sistema Nacional de Salud. Reflexiones a propósito del cierre de las transferencias sanitarias y de la aplicación del nuevo sistema de financiación de la Sanidad", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21, 2002, pp. 53-111.

Gestión Sanitaria. Las diez CC. AA. de la llamada *vía lenta* del art. 143 CE recibieron la transferencia de las funciones y servicios del INSALUD por medio de los RR. DD. 1471 a 1480 del año 2001, de 27 de diciembre, por los que se aprobaba, en cada uno de ellos, el Acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias existente entre la Administración General del Estado y cada una de estas diez CC. AA. Este proceso fue acompañado paralelamente de la adopción de un modelo de financiación de las CC. AA.,³⁵⁹ con vocación de estabilidad y plasmado, sobre todo, en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, *por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía*, que, entre otras medidas, crea el Fondo de Cohesión Sanitaria.³⁶⁰

³⁵⁹ Modelo que ha sido criticado porque, en opinión de sus detractores, no reflejó ni desde su inicio la realidad del gasto sanitario, lo que ha tenido por consecuencia un déficit crónico de partida.

³⁶⁰ La gestión del Fondo de Cohesión Sanitaria se reguló en un primer momento en el R. D. 1247/2002, de 3 de diciembre, que fue derogado por el R. D. 1207/2006 de 20 de octubre. Según se establece en éste, (art. 2), se compensará a las CC. AA., en las cuantías previstas en ese R. D., por la atención prestada por una C.A. a pacientes de otras CC.AA. cuando son derivados de forma programada entre CC. AA., bien sea por convenios entre ellas o para ser atendidos en centros de referencia. Quedan implícitamente excluidos los pacientes atendidos de urgencia en una Comunidad diferente de la suya, al igual que la posibilidad de que un ciudadano escoja la C.A. donde ser atendido. También se financia con este Fondo la asistencia sanitaria prestada a los pacientes de países con los que exista algún tipo de convenio en materia de Seguridad Social, fundamentalmente los de la Unión Europea. El R. D. de 2002 sólo cubría la atención hospitalaria y en régimen de internamiento. En el R.D. de 2006 hay un anexo I, que actualiza las tarifas de los DRG (*Diagnosis Related Groups*) e incluye un segundo anexo con tarifas para procedimientos ambulatorios. Como precisa Lluís BOHIGAS, "Cartera de servicios ofertados y equidad de prestaciones en el Sistema Nacional de Salud", *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, 1 julio 2007, Volumen 5 - Número 3, p. 451 - 458, la dotación económica del Fondo fue de 55 millones de euros en 2002 y fue objeto de críticas por algunas CC.AA., por su insuficiencia y porque no cubría ni la atención farmacéutica ni la atención primaria. En la II Conferencia de Presidentes de CC. AA., en 2005, se acordó aumentarlo hasta 90 millones, sin que este aumento haya cerrado el problema de la financiación de determinadas actuaciones del SNS. De hecho, las CC. AA. de Madrid, Región de Murcia, Illes Balears, Islas Canarias y Castilla y León recurrieron el Real Decreto 1207/2006.

Así, desde enero de 2002, todas las CC.AA. cuentan con su propio Servicio de Salud, organizado sobre las bases contenidas en la LGS y con especificidades organizativas propias, en lo relativo por ejemplo a su forma jurídica.³⁶¹

Sí presentan en común los Servicios de Salud autonómicos la condición esencial de ser la estructura administrativa y de gestión que integra todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias. Ciertamente, la descentralización de la sanidad se ha traducido en un acercamiento de la gestión de la asistencia sanitaria al ciudadano y en un refuerzo de las garantías en cuanto a la equidad, la calidad y la participación, pero no conviene sin embargo olvidar que la diversidad en la gestión de la asistencia sanitaria, consecuencia del principio autonómico, presenta el riesgo de que puedan darse desigualdades³⁶² contrarias a los principios³⁶³ que deben animar el propio SNS.

³⁶¹ Como describe LEÓN ALFONSO, Sandra, "El gobierno de la sanidad. Descentralización sanitaria y estructura organizativa", Anexo I al *Informe sobre el Sistema Nacional de Salud 2006*, Ministerio de Sanidad y Consumo, 2007, pp. 85-147 y en particular, en la pág. 96, la constitución de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas fue resultado de un proceso paulatino en el tiempo, que arrancó en 1983 con la creación del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza y acaba el año 2001 en que se constituye el Servicio Cántabro de Salud. Tres Servicios de Salud, los del País Vasco, Navarra y Madrid son anteriores a la Ley General de Sanidad. Por su parte, el Servicio Andaluz de Salud se constituyó casi simultáneamente a la publicación de la Ley y los restantes lo hacen a continuación (1987 Comunidad Valenciana 1989 Aragón y Galicia, 1990 Murcia y Cataluña, 1991 La Rioja, 1992 Asturias y Baleares, 1993 Castilla y León y 1994 Canarias). Tres Comunidades Autónomas, Castilla-La Mancha, Extremadura y Cantabria, constituyen sus Servicios de Salud una vez producida la modificación estatutaria por la que se les atribuía competencias en materia de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, la primera en el año 2000 y las otras dos en el año 2001.

³⁶² Como tiene declarado el TC en reiteradas sentencias, el art. 14 de la CE78 supone, en resumen, que a supuestos de hecho iguales han de aplicarse unas mismas consecuencias jurídicas y que, por tanto, las diferencias de trato han de estar razonada y razonablemente justificadas so pena de convertirse en discriminación constitucionalmente prohibida. El principio de igualdad no exige, por tanto, que la situación jurídica de los ciudadanos sea exactamente idéntica en todas las CC. AA., sino que, justamente, la propia Constitución admite que se

Al análisis de las técnicas que buscan contrarrestar los posibles efectos perciniciosos que pudiera generar la diversidad se dedicará pues la subsección siguiente.

Subsección 1.1.2.- Las técnicas de coordinación que aseguran una actuación concertada dentro de la diversidad

Las técnicas a que se refiere este epígrafe se diseñaron, en el marco de la Constitución, primero en la LGS y se ha querido mejorarlas después, una vez que ha tomado cuerpo el principio de gestión descentralizada de la sanidad,³⁶⁴ con la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Esta LSNS se adoptó antes de que transcurrieran dos años desde la culminación del proceso de transferencias de la gestión de la asistencia sanitaria a las CC. AA. y con el objetivo principal, según puede leerse en su preámbulo,³⁶⁵ de conseguir que todos los ciudadanos tuvieran los mismos derechos en la asistencia sanitaria, núcleo esencial de su derecho a la

puedan introducir ciertas modulaciones en atención al principio de autonomía, siempre dentro del marco constitucional.

³⁶³ En particular la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, pone el acento en los artículos 1 a 5, en principios como el de equidad, íntimamente unido al principio de igualdad, al objeto de garantizar el acceso a las prestaciones y, así, el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio, haciendo posible la libre circulación de los ciudadanos por todo el territorio nacional sin que se vea afectado el nivel de las prestaciones que pueda recibir.

³⁶⁴ Previsto, según ya se ha visto, en el art. 149.1.16ª de la Constitución, desarrollado en la LGS y puesto en práctica y concluido a 1 de enero de 2002, después de la paulatina asunción por todas las CC.AA. de las competencias de gestión de la asistencia sanitaria, -en un primer momento encuadradas en las prestaciones de la Seguridad Social (art.149.1.17ª)- y la correlativa creación de los servicios de salud de cada Comunidad Autónoma.

³⁶⁵ Tal como se expresa en su Preámbulo, la LSNS persigue:

" (...) abordar sectorialmente el necesario perfeccionamiento de las relaciones, de manera que el Sistema Nacional de Salud mantenga una identidad común y responda a los principios constitucionales de unidad, autonomía y solidaridad en los que se fundamenta dicho Estado autonómico"

protección de su salud, independientemente del lugar del territorio español en que residieran o se encontraran.

Subyace pues, el deseo de suplir determinadas carencias que se habían ido haciendo notar en los algo más de dieciséis años de vigencia de la LGS, años en los que se fue desarrollando e implantando el modelo sanitario pergeñado en esa Ley; en concreto, esas carencias se referían a la competencia de coordinación de la sanidad que corresponde al Estado, en general y al modesto papel que había desempeñado el Consejo Interterritorial del SNS, en particular. Y sobre todo, el deseo de conjurar el riesgo de desigualdades en el acceso a la asistencia sanitaria prestada a través del SNS, configurada tal como está, como servicio público, pese a que parezca rehuirse formalmente tal calificación en los principales textos legales relativos a la asistencia sanitaria y al SNS.³⁶⁶

No obstante, globalmente considerados, los más de dos decenios transcurridos desde el nacimiento a la plena implantación y consolidación del SNS hasta el momento presente, con sus aciertos y con sus claroscuros,³⁶⁷

³⁶⁶ Llama la atención que ni en la LGS ni en la LSNS se aluda al concepto de servicio público, pese a que como se hizo notar más arriba, tanto en Francia como en España, la configuración de la asistencia sanitaria presenta los rasgos característicos de la actividad calificable como de servicio público. En cualquier caso, el que no se mencione en estas leyes la particular técnica del servicio público no impide que esté presente, aunque sea de modo latente. Tampoco se menciona el servicio público en la Ley 44/2003, de ordenación de las profesiones sanitarias -lo que se comprende, dado su objeto- y sí se hace, aunque lacónicamente, en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, (BOE núm. 301, de 17 de diciembre), en cuyo art. 4, al enumerar los principios y criterios que deberán regir la ordenación del personal estatutario de los servicios de salud, incluye en la letra i), la "*Dedicación prioritaria al servicio público y transparencia de los intereses y actividades privadas como garantía de esa preferencia*".

En cualquier caso, la ausencia en este bloque normativo básico relativo a la asistencia sanitaria de una referencia expresa a la técnica del servicio público no deja de ser una anécdota, en la medida en que, al margen de las razones que pudieran explicar tal omisión, el legislador estaría hablando en la "prosa" del servicio público aun sin saberlo.

³⁶⁷ Entre los claroscuros, cabe notar que en las últimas legislaturas, quizá desde que la LSNS dio un mayor relieve al Consejo Interterritorial del SNS, por parte de las principales fuerzas

representan un valioso ejemplo de cooperación y de cohesión³⁶⁸ en el Estado territorialmente complejo cuyas bases sentó la Constitución española de 1978. Ello, pese a la dificultad que entraña gestionar un sistema sanitario descentralizado, por disposición constitucional,³⁶⁹ en el que interactúan distintos centros que superan el ámbito de la gestión y ejecución administrativa para adentrarse en la esfera de las decisiones políticas, como pone de manifiesto el que las Comunidades Autónomas tengan constitucionalmente reconocida la potestad legislativa.³⁷⁰

Un Sistema que la Ley General de Sanidad y la Ley de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud denominan así, Nacional de Salud, sobre cuyo carácter nacional, -en el sentido de único y centralizado y comparándolo con el modelo británico-, expresa abiertamente sus dudas el profesor Muñoz Machado,³⁷¹ en atención a que el SNS, por la distribución de

políticas, alternativamente en el Gobierno y en la oposición, parecen haber tomado el Consejo Interterritorial del SNS como escenario para hacer visibles sus diferencias, más ligadas a la política general que a las cuestiones de estricta política sanitaria, haciéndolo además de manera estentórea, a través de los planteamientos de los Consejeros de Sanidad de los partidos que en cada momento estuvieran en la oposición en el plano nacional.

³⁶⁸ Suscribo la valoración que se contiene en el Preámbulo de la LSNS, en el que puede leerse:

"La experiencia y la práctica de las relaciones entre el Estado y las comunidades autónomas desde 1986, (...), ha sido un elemento dinámico y, en muchos aspectos, un referente para el desarrollo de la cohesión en el Estado autonómico".

³⁶⁹ Me remito aquí al epígrafe en que más arriba se ha tratado el principio de autonomía y su concreción en el ámbito de la sanidad en los artículos 148.1.21ª y 149.1.16ª de la Constitución española.

³⁷⁰ Véase al respecto el art. 152.1 CE, que sitúa la Asamblea Legislativa de cada Comunidad Autónoma en la base de la organización institucional autonómica y el art. 153, apartado a), que encomienda al Tribunal Constitucional el control relativo a la constitucionalidad de las disposiciones normativas con fuerza de ley procedentes de los órganos de las Comunidades Autónomas.

³⁷¹ El profesor Santiago MUÑOZ MACHADO en "La cohesión del Sistema Nacional de Salud", en *XII Congreso de Derecho y Salud "Sistema Nacional de Salud: Cohesión y consolidación"* Cuenca, 29-31 octubre 2003, pp. 15-24 y, en particular, en la pág. 16, afirma que:

"Cuando el legislador de 1986 se planteó cual habría de ser el modelo sanitario para el país, (...) lo hizo del siguiente modo: entonces estaba más de moda que lo que está ahora que los sistemas de salud de los Estados Europeos tenían que aproximarse lo más

competencias prevista en la CE, no cuenta con una estructura centralizada, como es característico de todo sistema nacional de salud llamémoslo clásico y como sí la tiene el *National Health Service* británico, que fue tomado como patrón por el legislador español de 1986.

Las bases como técnica general prevista en la Constitución para conseguir una cierta homogeneidad dentro de la diversidad:

Aunque pueda considerarse algo excesiva la afirmación relativa a que, en realidad, existen en España diecisiete sistemas "nacionales" de salud diferentes,³⁷² no puede dejarse de constatar la dificultad que reviste la coordinación de un sistema de salud que, desde luego, no es unitario.

posible al modelo de Servicio Nacional de Salud que se desarrolló en los años 40 en Inglaterra y ulteriormente en otros países europeos. Todos esos sistemas nacionales de salud estaban contruidos sobre esquemas organizativos centralizados, salvo el italiano que fue el último en llegar a la familia de los servicios nacionales de salud.

El Servicio Nacional de Salud determina que el Estado se compromete mediante una organización propia a ofrecer a los ciudadanos unas prestaciones financiadas unitariamente y de contenidos igualmente uniformes en todo el Estado. Esa es la idea de los servicios nacionales de salud: integración de servicios, igualdad y financiación homogénea. Evidentemente, un servicio nacional de salud de ese porte no cabía en la Constitución Española, por razón del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El único servicio nacional de salud posible era uno que asumiera la integración de centros y la integración de prestaciones, entonces dispersos entre el Estado, la Seguridad Social, las Diputaciones y los Ayuntamientos, en un marco organizativo único, que la Ley de 1986 propicia, pero sometido al control de las Comunidades Autónomas.

(...) Este es el punto de partida constitucional que conduce a que en España en 1986 se llame Sistema Nacional de Salud a algo que no es un sistema nacional de salud y tiene poco de parecido con el original Servicio Nacional de Salud británico que es un servicio de estructura centralizada."

³⁷² Así lo afirma el profesor MUÑOZ MACHADO en el artículo que acaba de citarse, pág., 16:

"Aquí lo que se crean son 17 servicios nacionales de salud unificados o coordinados en el marco de un sistema que, esto sí, se llama Sistema Nacional de Salud, cuya vertebración y cohesión interna es enormemente difícil de establecer porque el Estado no tiene instrumentos suficientes para establecer la cohesión correspondiente."

Justamente para evitar que existan diecisiete sistemas nacionales de salud distintos, uno por cada Comunidad Autónoma, la Constitución prevé que, en las materias de normación compartida entre el Estado y las CC. AA., corresponda al Estado delimitar, a través de la legislación básica, un mínimo común denominador normativo que en el marco de la C.E. vincule y condicione el ejercicio de las competencias que las CC.AA. tengan asumidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

En el concreto terreno de la sanidad, corresponde al Estado la competencia exclusiva sobre "*Bases y coordinación general de la sanidad*".³⁷³ Este binomio formado por la normativa básica, fijada por el Estado³⁷⁴ y la normativa de desarrollo, que corresponde establecer y después ejecutar a cada Comunidad Autónoma, constituye quizá la principal herramienta que permite procurar una adecuada atención del principio de igualdad en el tratamiento que reciban los ciudadanos de los poderes públicos y el de unidad, principios que ocupan una posición -naturalmente- central en la CE. Se persigue, pues, por medio de las bases conseguir una cierta homogeneidad, - que no uniformidad-, dentro de un sistema complejo en el que existen unos centros de decisión política y no meramente administrativa, como son las CC. AA. Así, al establecer

³⁷³ En uso del título competencial que le atribuye el art. 149.1.16ª CE y empleando el término Estado con el alcance que se indica en la nota siguiente.

³⁷⁴ Se emplea aquí el término Estado, por economía del lenguaje y con el mismo sentido que se hace en la Constitución, en concreto en el art. 149 CE, para designar tanto al legislador nacional, a las Cortes Generales, integradas por el Congreso de los Diputados y por el Senado, como a los titulares de la potestad reglamentaria en el ámbito de la Administración General del Estado. Esta precisión tiene sentido en la medida en que pudiera erróneamente percibirse que se estuviera tratando de entes contrapuestos, al hablar de Estado y CC.AA. Nada más lejos del diseño institucional y territorial efectuado en la Constitución, conforme al cual, las CC. AA. son también, lógicamente, parte del Estado y encuentran su razón de ser en la propia CE, en cuyo art. 2 se reconoce la autonomía y la solidaridad, dentro de la unidad indisoluble de la Nación española, al igual que en todo el Título VIII sobre la organización territorial del Estado. Otra prueba de lo que acaba de decirse, la encontramos en el art. 152.1, que atribuye al Presidente de la C.A., "*la suprema representación de la respectiva Comunidad y la ordinaria del Estado en aquella*".

el Estado las bases³⁷⁵ de la sanidad en la LGS, ha optado por diseñar un modelo organizativo basado en la integración de los servicios sanitarios para dotar de contenido real el derecho a la protección de la salud y para procurar una cierta igualdad en las condiciones de vida de los ciudadanos.

Existen, no obstante, otros títulos competenciales que se atribuyen al Estado en este mismo artículo 149 CE, que pueden tener alguna incidencia también, por la vía de la normativa básica, en la configuración del servicio público de la asistencia sanitaria. En particular, los previstos en el apartado 1º, relativo a la "*regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*". Tampoco ha de olvidarse el 149.1.13º, que, en la medida en que el sistema sanitario tiene una considerable importancia económica, resultaría igualmente relevante, ya que atribuye al Estado la competencia para establecer las "*Bases y coordinación de la planificación económica general*"; lo que unido a lo dispuesto en el art. 139 CE, sirve de basamento al capital principio de unidad de mercado, reconocido, entre otras en la STC 64/1990, de 5 de abril.³⁷⁶ Igualmente, el 149.1.18º destaca por su importancia, ya que se refiere a materias, todas ellas relevantes en lo que se refiere a la configuración y a la actividad de las Administraciones públicas que tienen encomendada la gestión de la asistencia sanitaria. Así, las bases del

³⁷⁵ Según se declara en el Preámbulo de la LGS:

"Es básica la generalización de este modelo organizativo y el Estado goza, para implantarlo, de las facultades que le concede el artículo 149.1.16 de la Constitución. La integración efectiva de los servicios sanitarios es básica, no sólo porque sea un principio de reforma en cuya aplicación está en juego la efectividad del derecho a la salud que la Constitución reconoce a los ciudadanos, sino también porque es deseable asegurar una igualdad de las condiciones de vida, imponer la coordinación de las actuaciones públicas, mantener el funcionamiento de los servicios públicos sobre mínimos uniformes y, en fin, lograr una efectiva planificación sanitaria que mejore tanto los servicios como sus prestaciones."

³⁷⁶ Importa tener presente también el art. 149.1.17º CE, relativo a la "*Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas*", que habría tenido una importancia decisiva si el legislador estatal, al diseñar a través de las bases del 149.1.16º, hubiera optado, como le era constitucionalmente lícito hacer, por un modelo de asistencia sanitaria de corte *bismarckiano*, integrándola en las prestaciones de la Seguridad Social. Pero como ya se ha visto, la LGS optó por apartarse de ese modelo.

régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las CC. AA., (...), legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.

Veamos ya, de qué manera se han concretado estos títulos competenciales en el ámbito sanitario.

Las vías y técnicas previstas con carácter básico en el ordenamiento jurídico sanitario para conseguir una cierta homogeneidad: El Consejo Interterritorial del SNS, la cartera de servicios del SNS y los Planes de salud:

Como acaba de verse el Estado tiene competencias fundamentalmente normativas, de programación y de coordinación. Las competencias ejecutivas, de gestión y de administración corresponden a las CC. AA. Por ello, ha sido preciso, configurar algunos órganos que animen la coordinación y algunas técnicas que aseguren una cierta homogeneidad en la asistencia sanitaria prestada por el SNS.

El más importante de los cauces de coordinación, previsto ya en la LGS,³⁷⁷ se articula en torno al Consejo Interterritorial del SNS, que con sus

³⁷⁷ En concreto en el art. 47 LGS, que lo definía como un órgano permanente de comunicación e información de los distintos servicios sanitarios, entre si y con la Administración estatal, artículo que fue derogado por la LSNS. La comparación entre la regulación proteica del CISNS contenida en la LGS y la hoy vigente, -en particular, en el art. 69 LSNS-, que le asigna la misión de "*promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud a través de la garantía efectiva y equitativa de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado*", permite apreciar el empeño del legislador de 2003 de reforzar el CISNS, quizá incurriendo en un cierto exceso de voluntarismo, ya que se le asigna tan alta misión a un órgano que carece de competencias estrictamente ejecutivas y que las que tiene asignadas, parecen quedar en entredicho, aunque sólo sea potencialmente, por el último párrafo del art. 71.1 LSNS, que establece que:

distintos grupos de trabajo y comisiones,³⁷⁸ especializados por materias, es el principal órgano de contacto, intercambio de información y coordinación³⁷⁹ del SNS. Posteriormente, la LSNS reforzó el Consejo Interterritorial como órgano de coordinación, atribuyéndole una nueva composición y funciones. El CISNS,³⁸⁰ según establece el artículo 69 de la LSNS, es:

"el órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios de salud, entre ellos y con la Administración del Estado, que tiene como finalidad promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud a través de la garantía efectiva de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado".

La alta misión que le confía la LSNS, promover la cohesión y garantizar los derechos de los ciudadanos, parece responder más a un deseo del legislador de 2003 que a un objetivo concreto que se quiera llevar a la práctica, ya que no se aprecia una atribución legal de competencias concretas al CISNS

"Las anteriores funciones se ejercerán sin menoscabo de las competencias legislativas de las Cortes Generales y, en su caso, normativas de la Administración General del Estado, así como de las competencias de desarrollo normativo, ejecutivas y organizativas de las comunidades autónomas."

Llama, desde luego, la atención, por innecesaria, la referencia a las competencias legislativas de las Cortes Generales, pero respecto a las últimas, quizá lo que evidencien sea una dejación de los deberes que corresponden al legislador básico que debería, si consideraba que las competencias del art. 71.1 LSNS merecían ese carácter básico, haberlo declarado formalmente.

³⁷⁸ El CISNS, de acuerdo con lo que dispone el art. 74 LSNS, puede crear cuantas comisiones y grupos de trabajo considere necesarios para la preparación, el estudio y desarrollo de las cuestiones sometidas a su conocimiento; entre ellos, destaca la Comisión Delegada, de existencia necesaria y que presidida por el Secretario General de Sanidad, ejercerá las funciones y adoptará las decisiones que el CISNS le delegue y, en todo caso, actuará como órgano de apoyo y discusión previa de cuantos asuntos hayan de ser sometidos al Consejo y como órgano de coordinación técnica y administrativa.

³⁷⁹ La coordinación general de la sanidad, según prevé el art. 73 LGS, que recoge la jurisprudencia constitucional en la materia (principalmente, en las SSTC 32/1983 y 42/1983) debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que faciliten la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las Administraciones sanitarias estatales y autonómicas en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del SNS.

³⁸⁰ Respecto a su composición, presidencia y vicepresidencia, véase el art. 70 LSNS. Su pleno está integrado por el Ministro de Sanidad y Consumo y por los 17 Consejeros competentes en materia de sanidad de las CC.AA.

que le permitan alcanzar tales fines; al menos, a juzgar por las funciones que se le encomiendan en el art. 71 LSNS,³⁸¹ que incluso, introduce la salvedad de que deberá ejercerlas sin menoscabo de las competencias de las CC. AA. Estas atribuciones se orientan, de manera más bien voluntarista, a presentar el CISNS como el principal instrumento de configuración del SNS, ya que según establece la LSNS "conocerá, debatirá y, en su caso, emitirá recomendaciones" sobre unas materias que ordena en torno a cuatro grandes categorías, en atención a que se relacionen, bien con funciones esenciales en la configuración del SNS, con funciones de asesoramiento, planificación y evaluación en el SNS, con funciones de coordinación del SNS y con funciones de cooperación entre el Estado y las CC. AA.

³⁸¹ Destaco entre las funciones que asigna al CISNS el artículo 71 de la LSNS, algunas de las más relevantes a los efectos de este estudio; respecto a las que guardan, en primer lugar, relación con las funciones esenciales en la configuración del SNS, se relacionan las siguientes:

"a) El desarrollo de la cartera de servicios correspondiente al Catálogo de Prestaciones del Sistema Nacional de Salud, así como su actualización.

b) El establecimiento de prestaciones sanitarias complementarias a las prestaciones básicas del Sistema Nacional de Salud por parte de las comunidades autónomas. (...)

d) Los criterios marco que permitan garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud.

e) Las garantías mínimas de seguridad y calidad para la autorización de la apertura y puesta en funcionamiento de los centros, servicios y establecimientos sanitarios. (...)

j) Los criterios, sistemas y medios de relación que permitan la información recíproca en el Sistema Nacional de Salud, así como los criterios de seguridad y accesibilidad del sistema de información.

k) Los criterios para la elaboración y evaluación de las políticas de calidad elaboradas para el conjunto del Sistema Nacional de Salud. (...)

m) La aprobación de los planes integrales a los que se refiere esta ley. (...)

2. En relación con funciones de asesoramiento, planificación y evaluación en SNS: (...)

3. En relación con funciones de coordinación del Sistema Nacional de Salud: (...)

b) Los asuntos en materia de sanidad, asistencia sanitaria, productos farmacéuticos y consumo para conformar, de manera coordinada, la voluntad del Estado en el seno de las Comunidades Europeas en estas materias, así como coordinar la implantación en el Sistema Nacional de Salud de las medidas, decisiones y orientaciones adoptadas en las Comunidades Europeas. (...)

f) Los acuerdos sanitarios internacionales por los que se colabore con otros países y organismos internacionales (...)

4. En relación con funciones de cooperación entre el Estado y las CC. AA:

a) Los acuerdos entre las distintas Administraciones sanitarias para conseguir objetivos de común interés de todos los servicios de salud. (...)"

Puede señalarse que el CISNS se configura de manera similar a los órganos de cooperación³⁸² previstos en el ordenamiento jurídico-administrativo general, si bien su existencia y competencias vienen fijadas por la LGS³⁸³ y, sobre todo, por la LSNS. Coordinar no es dirigir, pero quizá sea algo más que

³⁸² En concreto, las conferencias sectoriales a que se refiere el art. 5 de la Ley 30/1992, como órganos de cooperación o coordinación entre la Administración General del Estado y la Administración de las CC.AA. en aquellas materias en las que exista interrelación competencial. Existen otros ejemplos de órganos de coordinación específicos, como el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, creado en el art. 3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas), con el objetivo de adecuar la coordinación entre la actividad financiera de las Comunidades Autónomas y de la Hacienda del Estado.

Importa sin embargo destacar que el régimen de adopción de acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las CC. AA. permite un mayor margen de maniobra a la labor de coordinación que corresponde a la Administración General del Estado, que adoptarán la misma forma que los acuerdos del CISNS de "recomendaciones" es sensiblemente distinto al previsto para el CISNS, que, como se ha indicado, requiere que exista consenso (art. 14 de su Reglamento). Por el contrario, en el Reglamento (art. 10.3) del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las CC. AA., se reserva un mayor peso específico a la Administración General del Estado, ya que se prevé en lo relativo a la adopción de acuerdos que:

"Para la adopción de recomendaciones los acuerdos se tomarán:
a) *En primera votación, cuando así lo acuerden los dos tercios de los votos de los miembros de derecho que integran el Consejo.*
b) *En segunda votación, por mayoría absoluta de los votos correspondientes al número de miembros de derecho que integran el Consejo. Esta segunda votación se efectuará en el plazo máximo de diez días en relación con la primera.*
Los Ministros de Economía y Hacienda, y de Administraciones Públicas, dispondrán en conjunto, del mismo número de votos que posean las Comunidades y Ciudades Autónomas que formen parte del Consejo, adjudicándose a cada uno de ellos la mitad de los que a éstas correspondan.
Los representantes de las Comunidades y Ciudades Autónomas dispondrán cada uno de ellos de un voto."

³⁸³ El profesor Joaquín TORNOS MAS sostenía en "Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud", en *Derecho y Salud*, Vol. 10, núm. 1, 2002, pp. 1-13 y, sobre este particular en la pág. 10, que el CISNS, en la configuración inicial que de él hizo la LGS, no era una conferencia sectorial, sino que se trataba de

"un órgano de la Administración central en el que se concreta la función de coordinación que pertenece al Estado (...) Consecuentemente, puede ejercer funciones propias de coordinación que no podrán atribuirse a una Conferencia sectorial".

Sin embargo, termina constatando este autor que el CISNS ha actuado como tal.

cooperar y desde luego, sí se trata de algo distinto.³⁸⁴ En cualquier caso, la AGE ha visto reconducida su competencia de coordinación³⁸⁵ a un papel más basado quizá en la persuasión, dado que el régimen de adopción de acuerdos del CISNS,³⁸⁶ por unanimidad y que, además, adoptarán la forma de recomendaciones, parece que obliga a la AGE a convencer, más que a imponer su criterio sobre las líneas en que haya de concretarse la coordinación que, de acuerdo con el art.149.1.16ª CE, le corresponde, no sólo como una habilitación de actuación, sino también como una obligación de ejercicio, aunque implícita, como es propio de las potestades y competencias jurídico-administrativas.

En el marco de las funciones que se le encomiendan en el art. 73 LSNS, el CISNS trata los problemas a los que se enfrenta el SNS, entre los que destaca, cómo no, el relativo a la financiación, que aquí sólo quedará mencionado por exceder el ámbito propio de este trabajo; sigue sin alcanzarse el objetivo de la suficiencia financiera³⁸⁷ recogido en la LSNS, según se puso

³⁸⁴ En el Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición, se define coordinar, en la acepción que nos interesa como "*Concertar medios, esfuerzos, etc., para una acción común*"; cooperar, como "*Obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin*" y dirigir, como "*Gobernar, regir, dar reglas para el manejo de una dependencia, empresa o pretensión*".

³⁸⁵ Por decisión del legislador básico estatal, pese a las dudas que pueda suscitar tal opción, según se ha reflejado en la nota anterior.

³⁸⁶ Previsto en el art. 73 LSNS y confirmado, como no podía ser de otro modo, en el art. 14 del Reglamento de Funcionamiento del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, aprobado en su sesión plenaria de 23 de julio de 2003 y que puede consultarse en www.msc.es

³⁸⁷ El Pleno del CISNS debatió en su sesión de 18 de junio de 2008 sobre la financiación y la cohesión del SNS. El documento, difundido en septiembre de 2008, "Debate y reflexiones del Pleno del Consejo Interterritorial del SNS en relación a los argumentos y criterios que determinan las actuales necesidades financieras y de cohesión del SNS", puede consultarse en www.msc.es Entre sus conclusiones, manifiestan que:

"Los componentes del Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, coinciden unánimemente en considerar que la aplicación del actual sistema de financiación establecido en la Ley 21/2001 de 27 de diciembre no ha logrado la suficiencia financiera de los servicios de salud y que este debiera ser un objetivo esencial a conseguir por el nuevo sistema de financiación que acuerden el Gobierno de España y las Comunidades Autónomas en el Consejo de Política Fiscal y Financiera."

de nuevo en evidencia en la sesión del Pleno del CISNS celebrada en junio de 2008.³⁸⁸

El catálogo de prestaciones y la cartera de servicios:

Otra de las funciones del CISNS,³⁸⁹ tiene que ver con su intervención en la adopción de un instrumento, quizá el de mayor efectividad para asegurar la igualdad y la equidad en el acceso a la asistencia sanitaria del SNS. Me refiero a la cartera de servicios comunes del SNS que cumple precisamente la misión de hacer efectivas las prestaciones que de manera uniforme establece la LSNS.³⁹⁰

La distinción entre el catálogo de prestaciones y la cartera de servicios permite diferenciar lo que es un derecho del ciudadano, el catálogo, de lo que

³⁸⁸ Dicho debate se realizó en el marco de las competencias establecidas en la LSNS, que en su artículo 71.1 ñ atribuye a dicho órgano *“el establecimiento de criterios y mecanismos en orden a garantizar en todo momento la suficiencia financiera del sistema y el carácter equitativo y de superación de las desigualdades que lo definen, sin perjuicio de las competencias del Consejo de Política Fiscal y Financiera.”*

³⁸⁹ Prevista en el art. 71.1a) de la LSNS, que encomienda al CISNS el conocimiento, debate y, en su caso recomendación sobre el desarrollo de la cartera de servicios correspondiente al Catálogo de Prestaciones del SNS, así como su actualización.

³⁹⁰ En su artículo 7.1, la LSNS establece que el catálogo de prestaciones del SNS tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención; que se consideran prestaciones de atención sanitaria del SNS los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, de rehabilitación y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos. Señala, también, las prestaciones que comprenderá el catálogo: salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario.

El artículo 8 de la citada ley contempla que las prestaciones sanitarias del catálogo se harán efectivas mediante la cartera de servicios comunes que, según prevé el art. 20, se acordará en el seno del CISNS y se aprobará mediante real decreto, teniendo en cuenta en su elaboración la eficacia, eficiencia, efectividad, seguridad y utilidad terapéuticas, así como las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo, las necesidades sociales y su impacto económico y organizativo.

es una función organizativa del servicio sanitario, la cartera. Mediante este binomio, se aseguraría a todos un mismo nivel en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, ya que el catálogo de prestaciones es el mismo en toda España y común para todos, al tiempo que se respetaría la autonomía de las CC. AA., que pueden tener carteras de servicios diferentes, más allá de la cartera de servicios comunes del SNS. El catálogo se configura como un derecho del ciudadano, mientras que la cartera es una fórmula de organizar los servicios.³⁹¹

Se trata auténticamente del elemento clave para mantener la coherencia y unidad del sistema: El Real Decreto 1030/2006,³⁹² de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización,³⁹³ está inspirado, como no podía ser de otro modo, por los principios de igualdad, de equidad y de accesibilidad a la atención sanitaria prestada por el SNS, según puede comprobarse, entre otros, en su artículo 2:

³⁹¹ Lluís BOHIGAS, "Cartera de servicios ofertados y equidad de prestaciones en el Sistema Nacional de Salud", *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, 1 julio 2007, Volumen 5 - Número 3, p. 451 - 458. Pone de manifiesto esta distinción, en particular en la pág. 452. Resulta particularmente interesante la referencia a los debates que tuvieron lugar en la elaboración de la LSNS, acerca de la existencia de una única cartera de servicios, debates que condujeron finalmente a la adopción de un modelo más orientado hacia la homogeneidad en los servicios a los que finalmente podrían acceder los usuarios.

"En el debate sobre la elaboración de la Ley de cohesión y calidad se valoró la posibilidad de que cada CA hiciera su propio Decreto de cartera de servicios de acuerdo con el catálogo de la Ley. Esta posibilidad era bastante lógica dentro del modelo de coordinación (...) Sin embargo, al final se prefirió hacer un Decreto único para todo el SNS para fomentar la homogeneidad en la cartera de servicios del SNS.

En el Decreto actual no hay prestaciones excluidas, pero las CCAA pueden ofrecer carteras complementarias a la cartera común. La cartera de servicios del Decreto también es mínima para las Mutualidades de funcionarios."

³⁹² BOE núm. 222, de 16 de septiembre de 2006.

³⁹³ Mediante la Orden SCO/3422/2007, de 21 de noviembre, se desarrolla el procedimiento de actualización de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud. (BOE núm. 285 de 28 de noviembre de 2007). En este procedimiento desempeña un papel principal la Comisión de prestaciones, aseguramiento y financiación, prevista en el art. 9 del R. D. 1030/2006.

"4. Los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a la cartera de servicios comunes reconocida en este real decreto, siempre que exista una indicación clínica y sanitaria para ello, en condiciones de igualdad efectiva, al margen de que se disponga o no de una técnica, tecnología o procedimiento en el ámbito geográfico en el que residan. Los servicios de salud que no puedan ofrecer alguna de las técnicas, tecnologías o procedimientos contemplados en esta cartera en su ámbito geográfico establecerán los mecanismos necesarios de canalización y remisión de los usuarios que lo precisen al centro o servicio donde les pueda ser facilitado, en coordinación con el servicio de salud que lo proporcione.

5. El acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, detalladas en la cartera de servicios comunes que se establece en este real decreto, se garantizará con independencia del lugar del territorio nacional en el que se encuentren en cada momento los usuarios del sistema, atendiendo especialmente a las singularidades de los territorios insulares y de las Ciudades de Ceuta y Melilla."

La cartera de servicios se articula pues como la principal garantía práctica y directamente invocable ante los órganos jurisdiccionales del derecho a la protección de la salud, que debe ser atendido, además, en un Estado descentralizado, de manera homogénea en todo el territorio español, al margen de cuál sea la Administración Pública que tenga la competencia para prestar el servicio.³⁹⁴ De aquí, su carácter básico, conforme a lo dispuesto en el art. 149.1.1ª, 16ª y 17ª CE.

Podría afirmarse que el SNS y su cartera de servicios mínimos, representan un ejemplo de los frutos a que puede dar lugar una colaboración sana y leal entre las distintas instancias político-administrativas, el Estado y las CC.AA., en el ejercicio de las competencias concurrentes que les corresponden sobre una materia como la sanidad. Las CC.AA. hacen concesiones en aras de la unidad, como evidencia el hecho de que exista una cartera de servicios

³⁹⁴ Es importante también lo que se dispone en el art. 3 del R.D. 1030/2006, respecto a las características de la cartera de servicios comunes:

"1. Los servicios contenidos en esta cartera tienen la consideración de básicos y comunes, entendiendo por tales los necesarios para llevar a cabo una atención sanitaria adecuada, integral y continuada a todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud.

2. La cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud debe garantizar la atención integral y la continuidad de la asistencia prestada a los usuarios, independientemente del nivel asistencial en el que se les atiende en cada momento."

comunes mínimos del SNS, que deben por tanto prestar todos los servicios de salud autonómicos y el Estado hace concesiones, como evidencia el hecho que para la aprobación y modificación de dicha cartera de servicios comunes del SNS se requiera el acuerdo de todas las CC. AA.³⁹⁵ Todo ello, porque la perspectiva dominante para enjuiciar la corrección de un sistema de distribución de competencias y de organización de un servicio público no puede ser otra que la de la eficacia y el mejor servicio al ciudadano.³⁹⁶

También hay que destacar que la LSNS prevé, como herramienta importante para alcanzar la cohesión, una serie de garantías de las prestaciones,³⁹⁷ relativas a accesibilidad, movilidad, tiempo para dar la prestación,³⁹⁸ información al usuario, seguridad³⁹⁹ y calidad⁴⁰⁰. En la línea de la

³⁹⁵ Así se establece en el art. 20 de la LSNS y en los artículos 6 a 9 del Real Decreto 1030/2006.

³⁹⁶ Sin perjuicio de los fallos que se dan, de manera difícil, pero no imposible de evitar, en un sistema tan complejo como es el SNS. Un ejemplo de estos fallos nos lo suministra el artículo publicado en El País de 17 de noviembre de 2008, en el que se pone de manifiesto que existen 19 calendarios de vacunación distintos, uno por cada Comunidad Autónoma, a los que se suman los de Ceuta y Melilla y ello a pesar de que existen unos principios y criterios generales acordados en el CISNS. Parece haber fallado la coordinación en este aspecto por parte del Ministerio de Sanidad y Consumo y ha fallado también la política sanitaria en la materia seguida por algunas CC.AA., que se ha atendido a criterios más próximos a la política y a la oportunidad que a la epidemiología.

³⁹⁷ En concreto, en sus artículos 23 a 29 LSNS. La garantía de accesibilidad se expresa en el art. 23, que establece que todos los usuarios del SNS tendrán acceso a las prestaciones sanitarias reconocidas en la LSNS en condiciones de igualdad efectiva.

³⁹⁸ Otra garantía que la LSNS (art. 25) ofrece a los ciudadanos es la que lleva a establecer tiempos máximos para acceder a la asistencia. Se trata de la controvertida cuestión de las listas de espera. Al objeto de homogeneizar las estadísticas sobre los tiempos de espera de los pacientes se aprobó el Real Decreto 605/2003 de 23 de mayo por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre listas de espera en el SNS. Algunas CC. AA., como Castilla-La Mancha y Madrid, han establecido garantías en cuanto al tiempo máximo de espera, que, de superarse, prevén que el paciente pueda recibir la atención necesaria en otro centro.

³⁹⁹ La garantía de seguridad prevista en el art. 27 se concreta, entre otros aspectos, en la autorización de centros y servicios sanitarios. La competencia para autorizar la creación de un nuevo centro sanitario o establecimiento sanitario corresponde a las CCAA. y se decidió hacer

última de estas garantías, la LSNS⁴⁰¹ prevé que se pueda elaborar, en el seno del CISNS, planes de calidad del SNS⁴⁰² que indiquen los objetivos de calidad prioritarios para el periodo de que se trate.⁴⁰³

primero un reglamento que unificara, con carácter básico, la terminología relativa a los centros sanitarios de las diferentes CCAA y que estableciera un procedimiento homogéneo. Éste es el objeto del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre la autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios. En él se crea un registro nacional de centros sanitarios con los centros autorizados por las CCAA.

⁴⁰⁰ De la garantía de calidad y de los servicios de referencia se ocupa el art. 28 LSNS, Ley en cuyo título incluye la calidad. La Ley (art. 59 y ss.) recurre a instrumentos como a) normas de calidad y seguridad, b) indicadores, c) guías de práctica clínica, d) registro de buenas prácticas y e) registro de acontecimientos adversos; para elaborar y mantener todos estos elementos, se crea la Agencia de Calidad del SNS. Se crea también (art. 63LSNS) el Observatorio del SNS con el fin de facilitar un análisis permanente del SNS en materia de organización, provisión de servicios, gestión sanitaria y resultados.

La designación y la acreditación de centros de referencia para todo el SNS se desarrolla en el Real Decreto 1302/2006 de 10 de noviembre, por el que se establecen las bases del procedimiento para la designación y acreditación de los centros y servicios y unidades de referencia del SNS.

⁴⁰¹ Véase lo dispuesto en el art. 61 LSNS.

⁴⁰² Para desarrollar una de las directrices de la II Conferencia de Presidentes, el Ministerio de Sanidad y Consumo elaboró un Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud, para lo que se decidió destinar una partida de 50 millones de euros en el presupuesto de 2006. Fue sometido a consulta al CISNS y aprobado en 2007, con el propósito que se declara en su p. 5 de:

"incrementar la cohesión del Sistema Nacional de Salud y ayudar a garantizar la máxima calidad de la atención sanitaria a todos los ciudadanos, con independencia de su lugar de residencia, al tiempo que ofrecer herramientas útiles a los profesionales y a los responsables de salud de las Comunidades Autónomas en su objetivo de mejorar la calidad."

En <http://www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pncalidad.htm> se puede consultar su contenido íntegro, de cuyo examen se deduce que tiene un alcance que, con frecuencia, excede el plano de la mejora de la calidad para entrar en aspectos que se encuadrarían más bien dentro de fórmulas de coordinación "*blandas*", más basadas en la persuasión de los incentivos.

⁴⁰³ Y que se van concretando después, por sectores concretos de actividad, en distintos documentos como el aprobado el 28 de junio de 2006, en el pleno del Consejo Interterritorial, relativo a la Estrategia en Cardiopatía Isquémica del Sistema Nacional de Salud. La estrategia, que se inserta en el marco del Plan de Calidad para el SNS elaborado por el Ministerio, tiene como principal objetivo promover las mejores prácticas en la prevención y tratamiento de las

La LGS previó otro instrumento de coordinación general sanitaria,⁴⁰⁴ el Plan integrado de salud,⁴⁰⁵ que no ha sido puesto en práctica. También preveía la posibilidad de establecer Planes⁴⁰⁶ de Salud conjuntos entre el Estado y las CC.AA., que deben formularse en el seno del CISNS, si implican a todas ellas. Sin embargo, un instrumento, quizá menos ambicioso, previsto en la LSNS, los Planes integrales de salud⁴⁰⁷ si ha visto la luz. Llamo ahora la atención sobre ellos, por la relevancia que pueden tener a los nada despreciables efectos de apreciar si la Administración incurre en responsabilidad si incumple alguno de

enfermedades cardiovasculares en España, de forma que se proporcione el mayor beneficio a los ciudadanos y un marco de referencia a los profesionales sanitarios, lo que se traducirá en una mayor efectividad, calidad y seguridad en las intervenciones sanitarias.

⁴⁰⁴ En el capítulo IV de la Ley y, en particular, en los artículos 74 a 76.

⁴⁰⁵ Ello, a pesar de la adopción del Real Decreto 938/1989, de 21 de julio, por el que se establecen el procedimiento y los plazos para la formación de los planes integrados de salud. Sí existe, por el contrario, una amplia variedad de planes de salud de las CC. AA., aprobados por éstas para su ámbito territorial propio.

⁴⁰⁶ Critican el ánimo exhaustivo y poco efectivo de este tipo de planes J.R. REPULLO y A. OTERO, "Planes de salud: Sueño, espejismo o némesis", en *Gaceta Sanitaria*, Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria, noviembre 1999, Vol. 13, núm. 6, pp. 474-477.

⁴⁰⁷ Previstos en el art. 64 LSNS, que establece que:

"1. Sin perjuicio de las competencias autonómicas de planificación sanitaria y de organización de los servicios, el Ministerio de Sanidad y Consumo y los órganos competentes de las comunidades autónomas, a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en colaboración con las sociedades científicas, elaborarán planes integrales de salud sobre las patologías más prevalentes, relevantes o que supongan una especial carga sociofamiliar, garantizando una atención sanitaria integral, que comprenda su prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.

2. Los planes integrales de salud:

- a) Establecerán criterios sobre la forma de organizar los servicios para atender las patologías de manera integral y semejante en el conjunto del Sistema Nacional de Salud.
- b) Determinarán los estándares mínimos y los modelos básicos de atención para la prevención, detección precoz, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de grupos de enfermedades.
- c) Especificarán actuaciones de efectividad reconocida, identificarán modelos de atención de estas intervenciones, desarrollarán herramientas de evaluación e indicadores de actividad, indicarán metas y objetivos para evaluar el progreso e identificarán insuficiencias en el conocimiento para orientar las prioridades de investigación.

3. Las comunidades autónomas, una vez establecidos los estándares generales, bases y criterios, organizarán sus servicios de acuerdo con el modelo que más se adapte a sus peculiaridades y necesidades."

los estándares o criterios fijados en este tipo de planes, como el adoptado en 2003, Plan Integral de Cardiopatía Isquémica 2004-2007.⁴⁰⁸

Para cerrar este apartado relativo a los mecanismos y cauces que atienden a que el sistema sanitario español sea un sistema descentralizado, pero no descoordinado, es preciso citar la Alta Inspección,⁴⁰⁹ figura que se fue introduciendo en los Estatutos de Autonomía y que de ahí ha pasado a distintas Leyes, como la LGS y la LSNS, después. Como señala el profesor Muñoz Machado,⁴¹⁰ se trata de una inspección sobre la Administración sanitaria autonómica, no sobre la inspección sanitaria autonómica y es, por otra parte, una función vinculada a la potestad estatal de vigilancia, que existe en todos los sistemas de corte federal. Dado que una parte del desarrollo normativo (a partir de la legislación básica estatal), así como la ejecución y la gestión de la asistencia sanitaria corresponde a las CC. AA., en todos los sistemas territorialmente complejos, como es el caso del español, existe esta función estatal de supervisión,⁴¹¹ para velar por que el gestor desarrolle y aplique la Ley en el sentido que el legislador básico ha señalado.

⁴⁰⁸ Este Plan integral, que puede consultarse en www.msc.es y que ha tenido alguna continuación en la Estrategia en cardiopatía isquémica, antes citada. En el primero, se fijan, entre otros, los siguientes objetivos en la página 66:

- 1. Reducir la demora existente entre el inicio de los síntomas y el contacto con el sistema sanitario.*
- 2. Asistencia in situ con capacidad de desfibrilar en el menor tiempo posible, siendo deseable en los primeros 8 minutos desde la llamada. Transporte rápido al hospital con personal médico entrenado y desfibrilador.*
- 3. Clasificación por gravedad del paciente en los servicios de urgencias hospitalarios, tiempo de obtención del primer electrocardiograma de 12 derivaciones en el hospital y estratificación inicial en 10 minutos.*
- 4. Tiempo de revascularización con fibrinolíticos en menos de 30 minutos (tiempo «puerta-aguja») o 90 minutos (tiempo «llamada-aguja»), o bien angioplastia primaria en menos de 90 minutos (tiempo «puerta-balón») (Van de Werf et al., 2003)."*

⁴⁰⁹ A ella se dedica el Capítulo XI de la LSNS, que comprende los artículos 76 a 79 y deroga, ampliándola, la regulación de esta figura que contenía la LGS en su art. 43.

⁴¹⁰ Santiago MUÑOZ MACHADO en "La cohesión del Sistema Nacional de Salud", en *XII Congreso de Derecho y Salud "Sistema Nacional de Salud: Cohesión y consolidación"* Cuenca, 29-31 octubre 2003, pp. 15-24 y, en particular, en la pág. 20.

⁴¹¹ Véase el art. 76.2 de la LSNS.

Sección 1.2.- La utilización de personificaciones jurídico privadas o la huida del Derecho Administrativo en el ámbito sanitario

El fenómeno privatizador que se inicia primeramente en el Reino Unido a finales de los años setenta⁴¹² del pasado siglo y se extiende después por todo el mundo industrializado occidental, llegó también a la prestación del servicio público de la asistencia sanitaria.⁴¹³ En este concreto sector, la preocupación por la sostenibilidad del sistema llevo al CISNS a encargar a un grupo de expertos la elaboración de un estudio que sería después conocido como el "Informe Abril", presentado en junio de 1991 y que abriría el debate sobre las nuevas formas de gestión de la sanidad,⁴¹⁴ a través de fundaciones públicas sanitarias,⁴¹⁵ fundaciones, empresas públicas y de centros privados concertados, cuando no de la construcción y explotación de centros sanitarios

⁴¹² En parte, como respuesta a la crisis del petróleo de 1973, que puso fin a una época de crecimiento continuado e hizo patente que los recursos públicos tenían un límite. Quizá como una reedición de la ley del péndulo, todo esto condujo a la búsqueda de una especie de cuadratura del círculo, de fórmulas que permitieran, en todos los campos, seguir prestando servicios públicos a menor coste, lo que se pretendió conseguir apelando a la colaboración o traspaso de estos servicios a entidades privadas, de las que se daba por sentado una mayor eficacia y eficiencia en su gestión por oposición a la gestión pública, ineficiente y antieconómica por naturaleza.

Sobre el fenómeno de las privatizaciones, véase el artículo del profesor José Luis PIÑAR MAÑAS, *Privatización de empresas públicas y Derecho Comunitario*, «RAP», 1994, núm. 133, pp. 17 y ss. y, especialmente, la memoria que defendió en su oposición a cátedras.

⁴¹³ No se trata de una cuestión nueva, como pone de manifiesto la polémica que mantuvieron a finales del s. XVIII Adam Smith y la una de las figuras de la medicina más destacadas de la época, William Cullen. El primero, partidario de la necesidad de que el mercado sanitario -y de manera especial en aquel momento histórico, la libertad de ejercicio profesional- se rigiera por las leyes de la oferta y la demanda, sin monopolios de ningún tipo. El segundo, que sostenía que la salud es un bien tan preciado, que en ella no valen las leyes que rigen las actividades mercantiles. Da cuenta de esta polémica y del pensamiento liberal en medicina, el profesor Diego GRACIA GUILLÉN en *Fundamentos de bioética*, Triacastela, 2008, p. 144 y ss.

⁴¹⁴ Debate que conduciría a la adopción del Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Insalud y, posteriormente, de la Ley 15/1997, de nuevas formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud.

⁴¹⁵ Véase sobre el particular PIÑAR MAÑAS, José Luis, "Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia", *Revista General de legislación y jurisprudencia*, nº 1, 2000, pp. 73-100.

en virtud de concesiones de obra pública,⁴¹⁶ lo que ha generado una considerable controversia.⁴¹⁷

En 1990, la Ley de Ordenación Sanitaria de Cataluña introdujo como elemento novedoso que la diferenció notablemente de las leyes de creación de los Servicios de Salud de otras CC. AA.; esta Ley abría la posibilidad de acogerse a una diversidad de fórmulas de gestión directa, indirecta o compartida, que el Servei Català de la Salut podría emplear a los efectos de la gestión y administración de los servicios y prestaciones del sistema sanitario público.⁴¹⁸ La aparición de entidades instrumentales sujetas al Derecho privado fue seguida de forma casi inmediata por otras dos Comunidades Autónomas: En Andalucía, la Ley 4/1992, de 30 de diciembre creó la empresa pública “Hospital Costa del Sol”, fórmula a la que recurre de nuevo en 1994 para los Servicios de Emergencias Sanitarias y en 1993 se constituye en Galicia la “Fundación Hospital de Verín”.

Esta variedad en las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos fue incorporándose, a partir de entonces, a la legislación autonómica. En Cataluña se ha acudido a la fórmula del consorcio incluso en el ámbito de la atención primaria de salud y a la de la empresa pública, Galicia ha mostrado su preferencia por la fórmula de la Fundación en mano pública,⁴¹⁹ Andalucía por la empresa pública y la Comunidad Valenciana fue la primera en utilizar una forma de gestión inusitada hasta entonces en el ámbito de los servicios

⁴¹⁶ Véase sobre esta modalidad de colaboración público-privada, la monografía de VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, *La concesión de obra pública*, Thomson-Civitas, 2003.

⁴¹⁷ Tanto política, como jurídica, como revela la opinión crítica de LAFARGA y TRAVER, J. L. y VILLAR ROJAS, F.J., Conclusiones a la Mesa Redonda “La concesión de la obra pública sanitaria” en XIV Congreso Derecho y Salud, Zaragoza, 23, 24 y 25 de noviembre de 2005.

⁴¹⁸ Sobre la base de esta previsión, se fue constituyendo la Xarxa hospitalaria d'utilització pública, integrada por centros públicos, privados e incluso públicos de gestión privada.

⁴¹⁹ Es preciso citar los trabajos de PIÑAR MAÑAS, José Luis y REAL PÉREZ, Alicia, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Marcial Pons, 2000 y el de Marcos VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública: la reforma de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, 1999.

sanitarios con el Hospital de la Ribera de Alzira, gestionado en régimen de concesión administrativa y posteriormente, también con el Hospital de Denia y sus correspondientes áreas de salud.

Antes de que se completara el proceso de traspaso de competencias a las CC.AA., en el territorio gestionado por el INSALUD, la Ley 15/1997 de habilitación de nuevas formas de gestión⁴²⁰ en el Sistema Nacional de Salud permitió la constitución de dos nuevas fundaciones, la Fundación Hospital Alcorcón en Madrid y la Fundación Hospital Manacor en Baleares. Una vez producida la transferencia, en la Comunidad de Madrid se ha recurrido a otras figuras, como la empresa pública, forma que adopta el nuevo Hospital de Fuenlabrada y, entre 2007 y 2008, se han puesto en funcionamiento en la Comunidad de Madrid ocho nuevos hospitales, bajo distintas formas de colaboración con el sector privado en su gestión.⁴²¹

En cualquier caso, no se puede tratar en este lugar este proceso de privatización, pero sí es imprescindible referirse a las implicaciones que pueda tener en materia de responsabilidad.⁴²² Y a partir de aquí, hay que traer a colación lo dispuesto en la Disposición Adicional Décima segunda⁴²³ de la Ley 30/1992, que establece, sobre la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria que:

"La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa

⁴²⁰ Véase PIÑAR MAÑAS, José Luis, "Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones", REDA, nº 97, 1998, p. 37-63.

⁴²¹ Aquí hay que citar algún documento de la Federación de Asociaciones para la defensa de la sanidad pública, muy crítica en general con la privatización de la sanidad.

⁴²² Desde el punto de vista jurídico-formal; desde el material, los detractores de la privatización de la gestión del servicio público de la asistencia sanitaria, suelen argumentar que la preocupación por la reducción de costes y, en particular, de plantillas, puede traducirse en un mayor producción de accidentes y de reclamaciones.

⁴²³ Añadida por el art. 2.3 de Ley 4/1999, de 13 enero.

prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso."

Esta decisión del legislador de 1999, por la que atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los asuntos en materia de responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria pública, aunque prestada en centros sanitarios privados fue muy criticada e, incluso, fue tachada de ser dudosamente constitucional, entre la doctrina más autorizada.⁴²⁴ Sin embargo, la cada vez mayor utilización de estas formas de gestión, parecen dar la razón al legislador de 1999, dado que la D. A. 12ª, permite sostener una igualdad de trato de los usuarios del SNS, al menos en materia de responsabilidad, independientemente de la titularidad del centro en que reciban la asistencia a que tienen derecho.

No obstante, el recurso a personificaciones de Derecho privado para prestar el servicio público de la asistencia sanitaria, puede tener consecuencias sobre el plano de la responsabilidad. Así lo corrobora la jurisprudencia, que nos ofrece respuestas para todos los gustos, si bien, últimamente parece que se empieza a aplicar lo dispuesto en la D. A. 12ª de la Ley 30/1992, que buscaba, en paralelo a la unificación de foro jurisdiccional ante el orden de lo contencioso-administrativo, la unificación de las reglas sustantivas que resultaran aplicables a la responsabilidad por la prestación del servicio público de asistencia sanitaria, con independencia de que su gestión fuera directa o indirecta.⁴²⁵

⁴²⁴ Véase esta opinión crítica con la Disposición Adicional 12ª de la LPC, en HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio, "Comentarios sobre la reforma en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración" en, PIÑAR MAÑAS, José Luis, (dir.) *La reforma del procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Dykinson, 1999, p.333-410.

⁴²⁵ En este sentido, la D.A. 12ª introduce una excepción a la regla general prevista en materia de contratación pública, hoy en la Ley 30/2007, de contratos del sector público, según la cual el contratista responde, salvo determinadas excepciones previstas en esta misma Ley, de los daños que puedan ocasionarse como consecuencia de la ejecución del contrato.

Tras este recorrido por el sistema sanitario español, con sus peculiaridades ligadas en gran medida a la configuración territorial del Estado y a la participación de entes privados en la prestación del servicio público de la asistencia sanitaria, corresponde hacer lo propio con el sistema sanitario francés, a lo que se dedica el capítulo siguiente.

Capítulo 2.- La progresiva configuración del *Système de santé* como instrumento esencial para materializar el derecho a la protección de la salud en Francia y la necesidad de mantener la integridad del sistema desde la financiación

Una vez que se ha tratado lo relativo al reconocimiento del derecho a la protección de la salud en el ordenamiento francés,⁴²⁶ es preciso seguidamente referirse⁴²⁷ a las distintas fórmulas organizativas que se han establecido para atender ese derecho y dotarle de un contenido real y efectivo en lo relativo a la atención integral de la salud, tanto desde la perspectiva preventiva como desde la perspectiva de las medidas y prestaciones para el restablecimiento del estado de salud en caso de deterioro. Dentro de estas estructuras, ocupa el lugar principal una figura relativamente nueva, de importancia creciente, el *systeme de santé*,⁴²⁸ en el que hallamos personificaciones jurídico-públicas que

⁴²⁶ En concreto en el Capítulo III, del Título I anterior, "La protección de la salud y su reconocimiento como derecho".

⁴²⁷ Esta referencia se efectúa exclusivamente a los efectos de encuadrar mejor el tema central de esta tesis, la responsabilidad.

⁴²⁸ Es preciso señalar que el *systeme de santé* no engloba sólo aquellas estructuras, instituciones y profesionales que actúan bajo la égida de los poderes públicos, directamente o indirectamente por la vía de la financiación, sino que en el ordenamiento francés se emplea también este término para englobar a todas las estructuras e instituciones sanitarias, incluyendo a las que por su forma jurídica y su financiación son íntegramente privadas.

actúan en estrecha colaboración con personificaciones jurídico-privadas y con profesionales liberales, lo cual no es sino consecuencia de la *liberté de commerce et d'industrie* que también opera en el ámbito sanitario y de una opción del legislador francés, que se ha concretado en la configuración de un modelo sanitario de financiación mayoritariamente pública y abierto a la participación de esos sujetos privados.

Consecuencia de lo anterior es que la organización de la oferta de la asistencia sanitaria presente diferencias notables en los sistemas sanitarios⁴²⁹ español y francés; ¿Quién presta esa asistencia sanitaria?, ¿Sólo los centros y establecimientos públicos?, ¿O también los privados que se vinculen al sistema a través de un contrato?, ¿O los centros públicos o privados según el nivel de asistencia de que se trate?

Las respuestas son parcialmente divergentes en ambos sistemas. Así, en España ya se ha visto que el sistema es público en cuanto al aseguramiento y a la provisión de las prestaciones; si bien es cierto que existe la posibilidad de que, fundamentalmente en la hospitalización y en virtud de contratos se vinculen también centros privados al SNS, pero el resto de la asistencia sanitaria se desenvuelve en un ámbito enteramente público.⁴³⁰ Por el contrario y según puede verse en la sección siguiente, en Francia se ha optado por un sistema que combina un modo de organización mixto, dual, que integra o asocia en una misma red, el *systeme de santé*, a los centros privados y a los

⁴²⁹ Véase la cita de Claude EVIN, sobre las notas definitorias del *systeme de santé*, transcrita en la nota 327.

⁴³⁰ Pese a los intentos de abrirse a nuevas formas de gestión, privadas, de la asistencia sanitaria que se han llevado a cabo en los últimos años, el grueso de la gestión del SNS sigue siendo pública. El trabajo del profesor José Luis PIÑAR MAÑAS, "Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia", *Revista General de legislación y jurisprudencia*, núm. 1/2000, pp. 73-100, contiene un crítico estudio de una de las personificaciones interpuestas, la fundación pública sanitaria, a las que se ha recurrido para introducir nuevas formas de gestión en el SNS.

profesionales liberales con establecimientos sanitarios públicos, estando el conjunto bajo el control mediato o inmediato del Estado.⁴³¹

Junto a esta especificidad francesa, encontramos su correlato lógico en la financiación de las prestaciones del sistema, que presenta notables diferencias respecto al modelo español y encontramos también, una constante, una preocupación que está presente en todos los sistemas de protección social contemporáneos de los países avanzados: el reto de la financiación ante unos recursos inevitablemente limitados y la necesidad de adoptar medidas que permitan asegurar la continuidad y la integridad del sistema, lo que se abordará en la Sección 2.2 de este capítulo, sobre *la necesidad de mantener la unidad y la continuidad, incluso la supervivencia del sistema desde la financiación*.

Sección 2.1.- La organización del sistema de salud en Francia: La coexistencia y colaboración del sector sanitario público y del sector sanitario privado, el ejercicio liberal, dentro de un mismo *systeme de santé* bajo la responsabilidad de los poderes públicos (*puissance publique*)

El estudio y análisis del sistema sanitario⁴³² -*systeme de santé*- francés permite apreciar una de sus características más notorias, junto con la complejidad: la dualidad,⁴³³ o dicho de otro modo la coexistencia -y la creciente

⁴³¹ Empleo aquí el término Estado en sentido amplio, para indicar que detrás de esas prestaciones se encuentran los poderes públicos, tanto el Estado en sentido estricto, -mediante la función legislativa y reglamentaria, la función de planificación sanitaria y por la función de tutela y control sobre los establecimientos hospitalarios-, como los organismos de la Seguridad social.

⁴³² Puede encontrarse una información abundante en *Données sur la situation sanitaire et sociale en France en 2004*, DRESS-Collection Études et Statistiques, La Documentation Française, 2005.

⁴³³ En la importancia de este rasgo característico coinciden la generalidad de los autores. Por todos, véase DUPONT, Marc, ESPER, Claudine, PAIRE, Christian, *Droit hospitalier*, Dalloz,

colaboración- entre el sector público sanitario, fundamentalmente el *service public hospitalier*, que depende del Estado y de sus organismos descentralizados, encargado de gestionar el servicio público de la asistencia sanitaria⁴³⁴ y el sector privado, integrado por los profesionales sanitarios y las entidades que, en ejercicio de la libertad de empresa⁴³⁵ desempeñan esta actividad en paralelo a la del servicio público sanitario o, en lo que importa a los efectos de este trabajo, de forma funcional o materialmente integrada en la prestación del servicio público de la asistencia sanitaria, en la medida en que forman parte de esa red, desigualmente tejida,⁴³⁶ que es el *systeme de santé*. Esta dualidad o coexistencia tiene una consecuencia inmediata; la actividad de estos profesionales y entidades privados materialmente involucrados en la prestación de un servicio público, se someterá, en lo que se refiere a la

5eme. édition, 2005 y MÉMETEAU, Gérard, *Cours de droit médical*, Les Études Hospitalières, 2006.

⁴³⁴ Sobre el empleo del término asistencia sanitaria es preciso remitirse a las precisiones terminológicas que se efectuaron en la nota 11. Téngase en cuenta que, en el ordenamiento jurídico español y en particular en la LSNS, la asistencia sanitaria, como servicio público, se descompone en una variedad de prestaciones. Importa recordar ahora la prestación de atención primaria y la prestación de atención especializada; dentro de esta última se incluye la "hospitalización en régimen de internamiento" (art. 13.2 c), lo que se correspondería con el grueso de la actividad que el Derecho francés encuadra en el *service public hospitalier* en sentido estricto.

A efectos comparativos, la dualidad característica del *systeme de santé* supone que toda la atención primaria -a la que se refiere el art. 12 LSNS y buena parte de la especializada art. 13 LSNS-, que en España se presta directamente por entes públicos -o por sujetos privados en virtud de contratos de gestión de servicios públicos-, en Francia se presta por centros privados y por profesionales liberales que ejercen en el sector privado; sus honorarios, predeterminados, son abonados con carácter general por el paciente, siendo después reembolsado por el organismo de la Seguridad social que corresponda.

⁴³⁵ Conforme al Derecho francés, *la liberté d'industrie et de commerce*.

⁴³⁶ Me permito esta licencia porque en el *systeme de santé* se aprecia una diferencia en lo que respecta a lo tupida que es la red en el nivel de la atención hospitalaria, del *service public hospitalier*, que presenta un grado de cohesión sensiblemente mayor que el resto del *systeme de santé*, -es decir, los centros y profesionales liberales que prestan la atención ambulatoria, *les soins de ville*- y que participan también en el servicio público de la asistencia sanitaria.

responsabilidad en que puedan incurrir, no a un régimen de Derecho público, sino de Derecho privado.

Parece claro que la vinculación formal al servicio público de la asistencia sanitaria de estos sujetos privados no existe,⁴³⁷ pero sí puede apreciarse la existencia de una cierta vinculación desde la perspectiva funcional o material.⁴³⁸ Así, nos encontramos con que coexisten agentes públicos y privados en una especie de superestructura, el *systeme de santé* y que la actividad de estos agentes ligada a la asistencia sanitaria se financia por un mismo tipo de recursos, en su inmensa mayoría públicos, cotizaciones sociales e impuestos, al margen de que la gestión sea pública o privada. De este modo, el nivel de hospitalización se desarrolla en un entorno fundamentalmente público, que gira alrededor del *hôpital public*, mientras que en el nivel de la atención sanitaria generalista y especializada,⁴³⁹ los denominados *soins de ville* o *soins ambulatoires*, se desarrollan en una esfera eminentemente privada en lo que se refiere a la oferta de la asistencia sanitaria,⁴⁴⁰ a través del concurso de profesionales liberales, a los que el paciente usuario retribuye a través de *tarifs opposables*, es decir, mediante el pago de una cantidad fija⁴⁴¹ pactada y

⁴³⁷ Dicha vinculación formal al servicio público de la asistencia sanitaria no existe en la medida en que no se da una integración orgánica ni tampoco a través de un contrato de gestión de servicios públicos.

⁴³⁸ Lo que en el Derecho francés se expresaría con la fórmula de la *participation aux missions de service public*.

⁴³⁹ Lo que en el SNS sería la totalidad de la atención primaria y buena parte de la atención especializada. Vid. nota 434.

⁴⁴⁰ A la oferta *des soins de santé*.

⁴⁴¹ Cantidad determinada por un Convenio entre la organización de la *Assurance-maladie* y los representantes de los profesionales sanitarios, -según se explica en la nota siguiente-, que éstos no pueden superar por la realización de un determinado acto médico o sanitarios y que luego le será reembolsada al paciente o usuario, con cargo a la cobertura obligatoria del seguro de *assurance maladie*, por la *Caisse d'assurance maladie* que le corresponda, en un porcentaje variable según su situación y el tipo de afección que haya requerido la asistencia.

En 2002, según los datos que ofrece el Ministerio de Sanidad francés, http://www.sante.gouv.fr/assurance_maladie/ se reembolsan con cargo al seguro de enfermedad obligatorio, una media del 80% de los gastos en que se incurra en el nivel de los *soins de ville* o *soins ambulatoires* y una media del 95% en el nivel *hospitalisation* o

establecida en un Convenio "médico nacional", -o en más de uno-, la *Convention médicale nationale*⁴⁴² o en acuerdos-marco, concluidos entre los organismos de la *Sécurité sociale* y los sindicatos médicos o las organizaciones más representativas de otras profesiones sanitarias. Esta financiación mediatamente pública o al menos sujeta a una intervención pública, permitiría afirmar la existencia de esa vinculación material al servicio público de la

établissements. El paciente usuario asegurado puede, voluntariamente, contratar con un seguro complementario con una mutua para que le reembolse el porcentaje del gasto que, en su caso, no esté cubierto por el seguro obligatorio. En determinados supuestos, como por ejemplo las patologías crónicas o las que exijan tratamientos muy costosos, la *assurance maladie* cubre el 100%.

⁴⁴² Estos acuerdos-marco o convenciones vienen firmándose según se prevé en el artículo L. 162.5 CSP, desde 1971 entre las *Caisses nationales d'assurance maladie* y los sindicatos que representan a los médicos y otros profesionales sanitarios que ejercen en el sector privado. La *Convention médicale nationale* actualmente en vigor se firmó el 12 de enero de 2005, (publicada en el JORF de 11 febrero de 2005), entre la *Union nationale des caisses d'assurance maladie (UNCAM)* y tres sindicatos médicos representativos (la *Confédération des syndicats médicaux français*, el *Syndicat des médecins libéraux* y la *Alliance intersyndicale des médecins indépendants de France*). Esta *Convention médicale nationale* organiza las relaciones entre los médicos que ejercen como profesionales liberales y el organismo de la Seguridad social que gestiona las prestaciones sanitarias, la *Assurance Maladie*. Este Convenio, único para los médicos generalistas y especialistas, en aplicación de las reformas del seguro de enfermedad introducidas por la Ley 2004-810, de 13 de agosto de 2004, instaura un recorrido de atención sanitaria coordinada, (*parcours de soins coordonnés*), en el que la figura del *médecin traitant* desempeña una misión decisiva e implica a los médicos en los esfuerzos de la *Assurance Maladie* por controlar el gasto sanitario.

El Convenio puede ir siendo actualizado o modificado parcialmente, a través de *avenants* o anexos, lo que se ha hecho en veintitrés ocasiones hasta el 29 de marzo de 2007, con la aprobación, al igual claro está que el Convenio, mediante *arrêté inter ministériel* (lo equivalente a una orden ministerial), de 2 de mayo de 2007, publicado en el JORF de 3 de mayo de 2007.

La naturaleza jurídica de estos convenios, que tras su aprobación por *arrêté interministeriel* y su publicación oficial en el JORF obligan, según prevé el *Code de la sécurité sociale*, a todos los profesionales sanitarios parece ser próxima a la de los convenios colectivos en el Derecho del trabajo. El *Conseil d'État*, sin embargo, los ha considerado *actes réglementaires négociés*, entre otras, en su sentencia del Pleno, *CE, Ass., 17 déc. 1993, Groupement national des établissements de gérontologie et de retraites privés*, como señalan MOREAU y TRUCHET, *Droit de la santé publique*, Dalloz, 5ª ed., 2000, p. 242-243.

asistencia sanitaria de las entidades y profesionales privados que cubren los primeros escalones de la atención sanitaria, los escalones propios de la actividad de lo que se conoce como *medecine de ville* y de la atención prestada en régimen ambulatorio.⁴⁴³

Esta complejidad organizativa del *Système de santé* tiene que ver sin duda con que la prestación de la asistencia sanitaria en Francia descansa sobre dos grandes principios⁴⁴⁴ que condicionan en buena medida la organización: la libertad individual y el de la igualdad en el acceso a la asistencia sanitaria. Este principio de libertad se traduce en que el usuario pueda elegir su médico,⁴⁴⁵ incluso especialista⁴⁴⁶ y pueda directamente acceder a él. Se trata, por otra parte, de un principio característico del ejercicio liberal de la medicina y despliega su mayor influencia en la asistencia sanitaria prestada en régimen ambulatorio,⁴⁴⁷ articulándose esta participación de los profesionales liberales en el sistema de salud, principalmente desde el punto de vista financiero, a través de convenios con las Cajas nacionales de la seguridad social.⁴⁴⁸

Por lo que respecta al escalón más elevado de la asistencia sanitaria, el relativo a la hospitalización, el sector sanitario público está integrado por

⁴⁴³ Escalones que en el sistema sanitario español, como ya se ha visto, se atienden también con financiación pública y además, se gestionan directamente por las Administraciones públicas sanitarias casi en su totalidad.

⁴⁴⁴ Como pone de manifiesto Claude EVIN, op. cit. en la nota 254, en particular en la p.17.

⁴⁴⁵ El art. 162-2 del *Code de la Sécurité sociale* lo recoge expresamente:

"Dans l'intérêt des assurés sociaux et de la santé publique, le respect de la liberté d'exercice et de l'indépendance professionnelle et morale des médecins est assuré conformément aux principes déontologiques fondamentaux que sont le libre choix du médecin par le malade, la liberté de prescription du médecin, le secret professionnel, le paiement direct des honoraires par le malade,(...)".

⁴⁴⁶ El acceso al médico especialista ha sido objeto de alguna limitación, justificada en consideraciones de orden económico, por medio de la ley de 13 de agosto de 2004.

⁴⁴⁷ En el nivel de los "*soins ambulatoires*", aunque puede darse también en el seno de los hospitales públicos sujetos al régimen de *clinique ouverte*.

⁴⁴⁸ Se trata de las *Caissees nationales de la sécurité sociale*, que son establecimientos públicos, según se ha visto en la nota 442.

établissements publics de santé,⁴⁴⁹ -los hospitales, centros hospitalarios universitarios y otros- y por los establecimientos privados que participan en el servicio público, teniendo todos ellos encomendadas las misiones de servicio público que les son propias.⁴⁵⁰ Ello no obsta a que en la prestación de ciertos servicios de asistencia sanitaria estos centros públicos coexisten y en ocasiones compiten con centros privados, en virtud de las fórmulas contractuales de financiación que se vienen impulsando y que se han manifestado fundamentalmente en la creación de las Agencias regionales de hospitalización.⁴⁵¹

En suma, como pone de manifiesto M. Claude Evin, el que muchos de los actores del sistema de salud sean personas jurídico-privadas no es obstáculo para que se muevan en un marco jurídico presidido por el Derecho Público, ya que su actividad, de cuya buena marcha son responsables en última instancia los poderes públicos,⁴⁵² se lleva a cabo para atender una

⁴⁴⁹ Que son centros sanitarios de titularidad pública, dotados de personalidad jurídica propia.

⁴⁵⁰ El paisaje hospitalario francés es variopinto, diversidad que se explica fundamentalmente por razones históricas y condiciona, además, la oferta de servicios, como puede leerse en *Données sur la situation sanitaire et sociale en France en 2002*, La Documentation Française, 2003, en concreto en la p. 173:

"Il fait cohabiter des établissements de trois types de statuts juridiques combinant des modes d'organisation et de gestion, de financement et de régulation, de participation aux missions de service public très différents. Les statuts des personnels travaillant dans ces établissements sont également variés"

Así, en el año 2000 en Francia existían un total de 3076 establecimientos o entidades jurídicas sanitarias con capacidad de hospitalización a tiempo completo o para llevar a cabo fórmulas alternativas de hospitalización a domicilio, con un total de 475.726 camas. Dentro de esta cifra total, el sector público aportaba 1010 entidades jurídicas, con 311006 camas, frente a los 2066 establecimientos o centros sanitarios privados con capacidad para 164720 camas, (pp. 174-5).

⁴⁵¹ De las *Agences Régionales d'Hospitalisation*, denominadas *Agences Régionales de Santé*, se trata en la Subsección 2.1.2.- Una regionalización progresiva en la organización del *service public hospitalier*.

⁴⁵² Como señala M. Claude EVIN, en *Les droits des usagers*, op. cit. en nota 254, pág. 13, acerca de esta responsabilidad de los poderes públicos y sobre la forma en que ha ido cambiando la relación asistencial terapéutica, antaño limitada al paciente y al médico, hasta llegar a hoy, en que esta relación se traduce en el encuentro entre un usuario y un sistema (*de*

misión de servicio público y gracias a una financiación pública,⁴⁵³ ligada principalmente al sistema de seguro obligatorio en que consiste la seguridad social y que persigue garantizar la efectividad del segundo de los principios antes mencionados; el de la igualdad en el acceso a la asistencia sanitaria.⁴⁵⁴ Principio que, de acuerdo con su propia naturaleza principal, en la práctica, expresa más una tendencia u orientación, una línea directriz e informadora de las reglas y decisiones jurídicas que vayan adoptando en el seno de una concreta política sanitaria, que un objetivo que se haya alcanzado.

Sin embargo, como ya se mencionó más arriba, en atención a la naturaleza jurídica del ente encargado de prestar la atención sanitaria en el marco del sistema de salud, variará la situación jurídica de las personas que se beneficien de tales prestaciones. De este modo, el paciente atendido en un hospital público entablará una relación jurídica con éste y, en consecuencia, con el sistema de salud, gobernada íntegramente por el Derecho público y le será de aplicación con carácter general el estatuto propio de los usuarios del

soins) de salud, en el que se incluye necesariamente su gestión económica "tant il est vain d'affirmer le droit à la protection de la santé, en ignorant le droit à la protection sociale. (...) les rapports entre les individus et la santé (...) n'est plus aujourd'hui seulement une affaire individuelle. Face à ces évolutions, la puissance publique est de plus en plus interpellée, que ce soit sur les questions économiques que pose l'évolution du système, pour garantir la qualité du service rendu, pour dire l'éthique face à des dérives toujours possibles ou pour réparer l'échec."

⁴⁵³ Lo que no impide constatar que el *parcours de soins* del paciente, es decir el *itinerario* que el paciente sigue cuando el paciente acude al sistema sanitario no está del todo definido, en parte por la falta de un cauce adecuado y eficaz que permita conectar la atención sanitaria recibida en régimen ambulatorio, *les soins de ville*, con la recibida en el escalón hospitalario. Se ha querido potenciar, en la última reforma introducida por las leyes de agosto de 2004, la figura del médico de familia, como regulador del sistema, pero sigue presentando puntos flacos que revelan la complejidad de gestionar como un sistema una estructura tan heterogénea como es el *système de santé*.

⁴⁵⁴ "Si juridiquement ce principe trouve sa traduction dans les textes, on peut regretter qu'il ne soit pas toujours ainsi dans la réalité pour des raisons qui sont notamment liées à l'évolution des coûts de santé" afirma EVIN, Claude, *Les droits des usagers*, op. cit. en nota 254, p. 18, quien señala también la importancia de la *Contribution sociale généralisée*, que grava las rentas de cualquier naturaleza y no sólo las del trabajo personal, para financiar, entre otros, el seguro de enfermedad y así coadyuvar a la realización del ideal de la solidaridad de la igualdad.

servicio público, con sometimiento en caso de litigio a la jurisdicción administrativa. Por el contrario, la relación jurídica que se establece entre el paciente y su contraparte, en el caso de las actuaciones sanitarias practicadas en el ámbito de la *médecine de ville* o en los tratamientos ambulatorios, con el médico ejerciente en el sector privado que libremente se elija e incluso la actividad realizada en un hospital público, pero en el marco del ejercicio liberal de la Medicina (en el régimen antes denominado de *clinique ouverte*⁴⁵⁵) será una relación contractual gobernada por el Derecho privado y de cuyos eventuales litigios conocerá la jurisdicción civil.

En cualquier caso, no es difícil percibir que el modelo del *systeme de santé* no está plenamente conseguido, que no goza de buena salud⁴⁵⁶ y que está por ello sujeto a continuas adaptaciones y revisiones motivadas, por un lado por la necesidad acuciante de controlar el gasto para asegurar la permanencia del propio sistema. Y por otro lado, por la necesidad de articular,

⁴⁵⁵ La figura de la *clinique ouverte* fue reemplazada, por obra de la *ordonnance* n° 96-346 du 24 avril 1994, por las estructuras médicas contempladas en los artículos L. 714-36 y R. 714-29 CSP. Está previsto que, bajo ciertas condiciones bastante restrictivas y previa autorización del Director de la Agencia Regional de Hospitalización, se pueda autorizar que un paciente sea tratado en un hospital público, -que no sea un *Centre Hospitalier Régional*-, por un profesional liberal. En este supuesto, se dará una dualidad de regímenes jurídicos en materia de responsabilidad; regirá el Derecho público en lo relativo a los medios y al personal paramédico, así como a las cuestiones ligadas a la vertiente hostelera de todo ingreso hospitalario, mientras que se regirá por el Derecho privado la prestación clínico-asistencial en que se concrete el contrato libremente convenido entre el paciente y el médico o comadrona que ejercen como profesionales liberales.

⁴⁵⁶ "*Está enfermo*", se dice en el editorial del diario *Le Monde* del 21 de octubre de 2008, donde se destaca la falta de personal médico en algunas áreas o los problemas que, desde el punto de vista de la igualdad y la equidad, entraña el copago en las prestaciones por parte de los pacientes. Problemas a los que habrá de dar respuesta el proyecto de ley *portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires*.

"*Longtemps célébré comme l'un des meilleurs au monde, le système de santé français est malade. Le rapport Larcher, remis au gouvernement au printemps, comme celui de la mission d'information de l'Assemblée nationale, rendu public il y a quelques jours, ont établi des diagnostics convergents : les inégalités d'accès aux soins se creusent entre régions bien dotées ou sous-dotées en médecins ; la multiplication des dépassements d'honoraires médicaux non pris en charge par l'assurance-maladie creuse également les inégalités entre patients.*"

de manera eficaz y eficiente, las competencias y campos de actuación propios de los distintos organismos y actores que forman el sistema para terminar así con una excesiva separación entre la *médecine de ville*, en el ámbito de la atención prestada en régimen ambulatorio y la atención dispensada por el *service public hospitalier*.⁴⁵⁷ Reformas que quizá pretendan que el *système de santé* funcione verdaderamente como un sistema⁴⁵⁸ y no como una yuxtaposición de estructuras sanitarias no siempre bien entrelazadas, en detrimento del principio de equidad en el acceso a la atención sanitaria. Prueba de lo que acaba de indicarse es el proyecto de ley de reforma de los hospitales y relativo a los pacientes, a la salud y a los territorios, presentado a la Asamblea Nacional el 22 de octubre de 2008, *projet de loi portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires*, que aspira a simplificar la dirección *-le pilotage-* del *système de santé*, simplificándolo, a hacer más eficaces las políticas sanitarias y a reforzar la eficiencia del sistema para, así, asegurar su viabilidad.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ Se ponen de manifiesto, entre otras cuestiones, estas imperfecciones en el informe (*Rapport d'information*), *en conclusion des travaux de la mission sur les agences régionales de santé*, de la Comisión *des affaires culturelles, familiales et sociales*, N° 697 *Assemblée nationale*, (13eme. législature), presentado el 6 de febrero de 2008, por el Diputado M. Yves BUR. En la pág. 9 puede leerse:

"La plupart des acteurs du système de santé partagent le même constat : du fait de son organisation « en tuyaux d'orgue », marquée par des cloisonnements entre des secteurs pourtant interdépendants – la prévention, la médecine de ville, l'hôpital, le secteur médico-social –, notre système de santé présente un manque d'efficacité préoccupant pour l'état de santé des Français. En effet, il ne permet plus d'offrir aux patients la meilleure prise en charge au meilleur coût, car son organisation est éclatée et les responsabilités mal réparties entre l'État et l'assurance maladie."

⁴⁵⁸ En el mismo artículo de *Le monde*, recién citado, se alude a una falta de intervención pública decidida para conformar un auténtico sistema, quizá por la dificultad que entraña conjugarlo con la libertad de establecimiento (*liberté d'installation*), principio básico en el ejercicio liberal de la Medicina.

"Dans un pays où médecins hospitaliers et libéraux s'ignorent encore souvent superbement, la coordination exigée de tous les acteurs constitue une petite révolution : depuis un siècle, en dehors du secteur hospitalier, la puissance publique n'était quasiment jamais intervenue dans le système de santé pour l'organiser. Au grand dam des patients, qui réclament aujourd'hui, et à juste titre, plus d'équité dans l'accès aux soins."

⁴⁵⁹ Estos son los principales objetivos que se señalan en el informe presentado a la Asamblea Nacional por el diputado M. Yves BUR, informe que se cita en la nota 457. Vid. pág. 125 y ss.

Algunas de estas cuestiones serán tratadas en las siguientes subsecciones, relativas a las Administraciones Públicas competentes en la materia objeto de estudio, a la tendencia hacia una cierta regionalización y al papel que corresponde a los hospitales públicos.

Subsección 2.1.1.- Las Administraciones Públicas que, bajo distintas formas, intervienen en el ámbito de la asistencia sanitaria y su creciente proliferación pese al carácter centralizado de la República francesa

La organización sanitaria francesa presenta una cierta tendencia hacia la complejidad.⁴⁶⁰ Está formada por la Administración central, por organismos públicos de ámbito nacional, por los servicios desconcentrados del Estado y, aunque en menor medida, por los servicios y autoridades de los entes locales, *les collectivités locales*. Ello sin olvidar a los organismos de la Seguridad social, que participan también en la definición y en la gestión de la asistencia sanitaria.⁴⁶¹ Parece necesario, para encuadrar el tema de la responsabilidad, referirse al menos sucintamente a los eslabones más destacados de esta organización sanitaria.

⁴⁶⁰ Complejidad calificada de extraordinaria por el *Haut comité de la Santé publique*, que en el informe *La santé des Français*, habla incluso de balcanización de la organización sanitaria francesa. Vid. ESPER, Claudine, *Droit hospitalier*, Dalloz, 2005, pág. 12. En esta obra puede encontrarse un profundo análisis de las Administraciones sanitarias francesas y del papel que desempeñan, vid. sobre el particular las páginas 12 a 78.

⁴⁶¹ Pese a su importancia y al interés que presentan, no resulta posible estudiarlas en profundidad ahora, por lo que me remito a lo tratado más arriba con relación al sistema del seguro obligatorio de enfermedad, *assurance maladie*, que se gestiona a través de cajas que gozan de personalidad jurídica propia, como "*organismes de droit privé chargés de la gestion d'une service public*". Por su parte, estas cajas se agrupan en la CNAMTS (*Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés*), que está configurada como un organismo público.

En ella ocupa un lugar principal el Ministerio de Sanidad, *chargé de la santé publique*,⁴⁶² aparece bajo distintas denominaciones, asociado en ocasiones con otras áreas de contenido social,⁴⁶³ desde 1920,⁴⁶⁴ aunque no será hasta 1930 cuando se denomine por vez primera *ministère de la Santé publique*. Cuenta en la actualidad con una serie de órganos centrales, de carácter directivo, entre los que destacan a los efectos de este estudio, la *Direction général de la santé* y la *Direction de l'hospitalisation et de l'organisation des soins*⁴⁶⁵ y otros que comparte con diferentes departamentos ministeriales.⁴⁶⁶ La acción de este Ministerio en la ejecución de la política de salud pública⁴⁶⁷ se lleva a cabo después en la demarcación regional y departamental a través de los correspondientes órganos periféricos.⁴⁶⁸

⁴⁶² En 2008 el área de sanidad se encuentra integrada en el *Ministère de la santé, de la jeunesse, des sports et de la vie associative*, según se dispone en el *Décret n°2007-1002 du 31 mai 2007* (JORF 1er juin 2007).

⁴⁶³ Como trabajo, familia, asuntos sociales, integración, Seguridad social, acción humanitaria, ayuda y acción social, según recogen los profesores Jacques MOREAU y Didier TRUCHET, *Droit de la santé publique*, 5^{ème} ed., Dalloz, pp. 44-45.

⁴⁶⁴ En 1920, después de la Primera Guerra Mundial e impulsado por la epidemia de gripe española de 1918, se crea el ministerio de *l'Hygiène, de l'Assistance et de la Prévoyance sociale*.

⁴⁶⁵ *Décret n°2007-840 du 11 mai 2007 relatif à l'organisation de l'administration centrale du Ministère chargé de la santé et modifiant le code de la santé publique*. Entre las misiones que se encomiendan a la *Direction générale de la santé*, destaca la de contribuir a la calidad y a la seguridad del *systeme de santé*, así como al acceso a este sistema en condiciones de igualdad.

⁴⁶⁶ Merece destacarse la doble dependencia, compartida con el Ministro de Trabajo, Relaciones sociales y de la Solidaridad, sobre el IGAS (*Inspection générale des affaires sociales*) y la Dirección de la Seguridad social, órgano que añade una tercera dependencia, del *Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction Publique*.

⁴⁶⁷ En atención a objetivos plurianuales asumidos por el Gobierno ante el Parlamento, según se establece en el art. L. 1411-1 y 2 CSP, que prevé también que mediante Ley se definan cada cinco años los objetivos de salud pública.

⁴⁶⁸ En materia de hospitalización, hasta la *ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996*, que creó las *Agences régionales d'hospitalisation*, la Administración del Estado actuaba directamente a través de los prefectos.

Destaca, sobre todo en comparación con el sistema español, el más que modesto papel que desempeñan en la asistencia sanitaria las *collectivités locales*; es decir, las autoridades regionales⁴⁶⁹ y departamentales⁴⁷⁰ descentralizadas, más precisamente el *Conseil régional* y el *Conseil général* de cada departamento, con sus respectivos presidentes. Sin embargo, los municipios tienen una mayor relevancia en sus relaciones con los hospitales públicos; debido a que la mayoría de los hospitales tienen carácter municipal o intermunicipal, actúa como presidente nato de su consejo de administración, integrado también por otros concejales, el alcalde. Este papel reservado al alcalde, aunque coherente en apariencia con la tan nombrada descentralización, puede dificultar el desarrollo de una política hospitalaria más amplia⁴⁷¹ y ha sido objeto de críticas doctrinales.⁴⁷²

⁴⁶⁹ La Ley de 9 de agosto de 2004 autorizó a las Regiones a que pudieran, en el seno del *Conseil régional* definir objetivos regionales en materia de salud, así como las acciones para ponerlos en práctica, dando cuenta de todo ello al Prefecto de la Región. (Art. L. 1424.1 CSP)

⁴⁷⁰ Los Departamentos tienen competencias sobre todo en materia de acción y ayuda social y en el plano sanitario, en lo relativo a las acciones de protección maternal e infantil (art. L. 2111-1 CSP). Antes de la Ley de 9 de agosto de 2004 los Departamentos eran competentes en materia de vacunación obligatoria, de lucha contra ciertas enfermedades infecciosas y de detección precoz del cáncer. La citada ley dio nueva redacción al art. L. 1411-6 CSP, para incluir estas acciones sanitarias en los programas nacionales de salud y situarlas en la esfera de las competencias del Estado.

⁴⁷¹ De hecho, en el *Rapport de la Commission de concertation sur les missions de l'hôpital*, presidida por M. Gérard LARCHER, se propone que el *Conseil de surveillance*, órgano que sustituiría al Consejo de administración, sea elegido entre varias categorías o colegios de personas, entre las que se encontrarían los alcaldes y concejales y, por otro lado, personalidades destacadas y representantes de los usuarios. "*Il est proposé de faire élire son président parmi les membres des collèges des élus et des personnalités qualifiées*", puede leerse en la pág. 32.

Esta propuesta ha sido integrada en el proyecto de ley presentado a la Asamblea Nacional el 22 de octubre de 2008, *portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires*. En su Título primero, relativo a la modernización de los establecimientos sanitarios, art. 5 (pág. 49) se proyecta modificar el CSP (art. L. 6143-5 et L. 6143-6) para que el Director del Consejo de vigilancia se elija entre los miembros de dos de los tres colegios -de cuatro miembros cada uno como máximo- que lo integran; uno, según se ha visto ya, formado por alcaldes y concejales y otro, el formado por:

Por lo demás, existe una multiplicidad de organismos⁴⁷³ que tienen encargadas funciones relativas a la calidad⁴⁷⁴ y a la seguridad,⁴⁷⁵⁴⁷⁶ junto con otros de carácter consultivo,⁴⁷⁷ que sirven también de cauce de participación de los principales sujetos que intervienen en el sector sanitario. Su estudio y análisis no puede hacerse aquí, pero sí es conveniente al menos dejar mencionada su existencia antes de abordar el siguiente apartado, que trata de

"Au plus quatre personnalités qualifiées nommées par le directeur général de l'agence régionale de santé, dont au plus deux représentants des usagers."

⁴⁷² La profesora Claudine ESPER, en *Droit hospitalier*, Dalloz, 2005, pág. 44, subraya que esta presidencia del consejo de administración que corresponde al alcalde y que fue confirmada por la *ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996*, no es meramente honorífica, ya que si bien atiende a que haya una representación de los usuarios en el consejo,

"(...) il lui est parfois reproché d'assurer un poids excessif à la défense des intérêts locaux, au détriment de l'intérêt général".

⁴⁷³ No se mencionan aquí las *Agences régionales de l'hospitalisation* porque se tratará de ellas en el siguiente apartado.

⁴⁷⁴ La *Haute Autorité de santé*, creada por la Ley n° 2004-810 de 13 de agosto de 2004, se inscribe en la línea de las, tan en boga, políticas de calidad, evaluación y acreditación. Se le encarga, en su condición de autoridad pública independiente de carácter científico, (art. L. 161-37 del *Code de la Sécurité sociale*), la evaluación científica de las prácticas médicas y de los procesos diagnósticos y terapéuticos, la definición de protocolos y guías de práctica clínica y de buenas prácticas en el ámbito de la salud.

Sobre la calidad en el medio hospitalario, las ventajas que puede representar la implantación de políticas de calidad en los hospitales y la incompreensión, que empieza por el lenguaje mismo, por el choque de sus terminología respectivas, entre el personal sanitario y los expertos en calidad, véase el atinado artículo de LEPAPE, Alain, "Qualité des soins, gestion de risques et infections nosocomiales", en *Esprit*, Janvier 2007, pp. 88 a 97.

⁴⁷⁵ Como el *Institut de veille sanitaire*, (art. L. 1413-2 CSP), encargado de lanzar las alertas sanitarias, la *Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé*, competente en materia de ensayos clínicos y de autorización de los productos sanitarios, o la *Agence de la biomédecine*, creada por la Ley de 6 de agosto de 2004.

⁴⁷⁶ Algunas de las cuales han servido para ofrecer cauces procedimentales al principio de precaución, que tan alto rango ha alcanzado en el ordenamiento francés.

⁴⁷⁷ Se mencionan aquí sólo los que más relevancia tienen a los efectos de este trabajo, como la *Conférence nationale de santé*, (art. L. 1411-3 CSP) y el *Haut conseil de la santé publique*, (art. L. 1411-4 CSP). En el ámbito estrictamente hospitalario, el *Conseil supérieur des hôpitaux*, (art. R. 6141-1 y ss. CSP) y el *Conseil de l'hospitalisation*, (art. L. 162-21-2 del *Code de la Sécurité sociale*), para las cuestiones ligadas a la financiación.

la concreción de un principio que cobra cada día mayor fuerza en casi todos los ámbitos: el de la aproximación de los centros de decisión y gestión de las políticas públicas a los ciudadanos que son sus destinatarios.⁴⁷⁸

Subsección 2.1.2.- La regionalización progresiva en la organización del système de santé: De la desconcentración a la descentralización funcional

La regionalización del *système de santé* ha de analizarse desde una perspectiva más amplia, la de la descentralización. Sin perjuicio de que no se pueda tratar aquí en profundidad, ya que nos apartaría demasiado del objeto de estudio, conviene hacer al menos alguna referencia a la descentralización a modo de encuadre a la regionalización sanitaria. Es casi un lugar común doctrinal presentar la República Francesa como un modelo de Estado unitario,⁴⁷⁹ cuya Administración responde también al modelo de Administración centralizada.⁴⁸⁰ Es preciso señalar, no obstante, que la Constitución francesa

⁴⁷⁸ Aunque se trata de un ordenamiento jurídico distinto y *sui generis*, tanto por su origen como por su estructura y principios característicos, el Derecho Comunitario nos brinda en este sentido un ejemplo que encierra en si mismo una paradoja que merece alguna reflexión. Por un lado, el principio de subsidiariedad respondería a la tendencia mencionada al acercamiento de los centros de decisión al ciudadano, la cual no está exenta de justificación.

Sin embargo, la distancia también puede resultar sana y benéfica en muchos casos, como se ha puesto en evidencia en España con relación a determinadas políticas seguidas en materia de urbanismo y medio ambiente, por no citar otros casos, en materia de competencia y sectores estratégicos como la energía. Piénsese en la política urbanística llevada a cabo en España y, en particular, en la Comunidad Valenciana en los últimos decenios y en los esfuerzos desplegados en 2005 y 2006 por una importante empresa energética alemana para hacerse con el control de otra española y la respuesta que se ha obtenido de la lejana Bruselas.

⁴⁷⁹ GICQUEL, Jean, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Monchrestien, 19 ed., 2003, p. 63 y ss.

⁴⁸⁰ Que hunde sus raíces en el modelo de Administración napoleónico, caracterizado entre otros aspectos por la decisión, de inspiración cartesiana, de dividir el territorio en Departamentos, para asegurar así la presencia cercana, a través principalmente de la figura del

de 1958, desde la reforma introducida en el año 2003,⁴⁸¹ sienta en su artículo primero⁴⁸² que su organización es descentralizada y en el art. 72,⁴⁸³ establece

prefecto, de un gobierno lejano. Véase sobre el particular el libro del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolution Française et administration contemporaine*, Económica, 1993, que refleja el impacto que tuvo este modelo en el de otros países y entre ellos, de manera especial, en España.

⁴⁸¹ Puede consultarse sobre el particular LUCHAIRE, François et Yves, *Décentralisation et Constitution*, Economica, 2003.

⁴⁸² En el art. 1 se establece que:

*"La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. **Son organisation est décentralisée.**"*

Este último inciso relativo a la organización descentralizada se introdujo mediante la Ley constitucional nº 2003-276, de 28 de marzo de 2003, (JORF de 29 de marzo), que reformó la Constitución para reforzar la autonomía de las *collectivités territoriales* e introdujo, entre otras medidas, la posibilidad de celebrar referendos locales (art. 72-1) y el principio de tendencia al equilibrio entre los ingresos y los gastos en que deban incurrir las *collectivités territoriales* en ejercicio de sus competencias (art. 72-2 CF).

⁴⁸³ Este artículo 72 establece, en lo que interesa destacar ahora, que:

"Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, (...)

Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon. Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences.

Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences.

Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune.

Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'Etat, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois."

Destaca en este precepto constitucional la tendencia (*vocation*) a asignar, mediante Ley, a estos entes territoriales las competencias que puedan ejercerse de manera más efectiva en el escalón territorial que les corresponda, así como su relativa autonomía, (*elles s'administrent librement*), para lo cual se les confiere la potestad reglamentaria.

el principio de *libre administration des collectivités territoriales*, los entes territoriales que son, fundamentalmente los municipios, los departamentos y las regiones. Ya en la década de los años 80⁴⁸⁴ del siglo XX comenzaron a abrirse paso algunas iniciativas que vinieron a matizar algunos aspectos del mencionado centralismo⁴⁸⁵ francés. En este sentido, la Ley de 2 de marzo de 1982,⁴⁸⁶ *relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions* representa el hito que marca el inicio del proceso descentralizador.⁴⁸⁷

Sin embargo, esta libertad de administración se ve sujeta, -en aras del principio de unidad e indivisibilidad tan presente también en la CF 58-, al control administrativo por parte del representante del Estado (entiéndase, de la Administración central), es decir, del prefecto, a quien los entes territoriales deben remitir necesariamente sus acuerdos para que ganen ejecutoriedad. Puede también preverse en la Ley que, cuando deban coordinarse las competencias de las distintas entidades territoriales que actúan sobre un mismo espacio físico, sobre un mismo territorio, una de ellas, normalmente la región o el departamento, se encargue de organizar esa acción común.

No es posible tratarlo aquí en profundidad, pero quede señalada al menos, la posibilidad prevista en el párrafo antepenúltimo del art. 72, que permite que, de acuerdo con la Ley, pueda, de manera experimental, con relación a un objeto y durante un tiempo precisos, dejarse de aplicar las normas que rigen el ejercicio de las competencias de los entes territoriales.

⁴⁸⁴ Son de notar algunas iniciativas anteriores tendentes a introducir una cierta autonomía en la esfera de las *collectivités territoriales*, los entes locales. Por ejemplo, la Ley *départementale du 10 août 1871*, que previó la elección mediante sufragio universal del *Conseil général*, órgano deliberativo de cada Departamento, aunque el Prefecto siga siendo su única autoridad ejecutiva. Posteriormente, la Ley municipal de 5 de abril de 1884 reconoce la autonomía del municipio, le reconoce la competencia general e introduce la elección del alcalde por el conseil municipal, a su vez elegido por sufragio universal directo. Todo ello, con las salvedades precisas para el caso peculiar de París; vid. PIÑAR MAÑAS, José Luis y DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, Alberto, "El estatuto jurídico de la ciudad de París", en TRONCOSO REIGADA, Antonio, (Dir.) *Comentarios a la Ley de capitalidad de Madrid*, Thomson-Civitas, 2007.

⁴⁸⁵ Principalmente, las leyes que introdujeron esta descentralización fueron la de 2 de marzo de 1982, *relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, las de 7 de enero y 27 de julio de 1983 y la de 6 de febrero de 1992, que redistribuyeron las competencias entre el Estado y las colectividades locales, hasta la más reciente Ley nº 2004-809, de 13 de agosto de 2004.

⁴⁸⁶ De su impacto en el ordenamiento francés trata el trabajo dirigido por el profesor Franck MODERNE, (Dir.), *La nouvelle décentralisation*, Sirey, 1983.

⁴⁸⁷ Entre otras medidas introducidas por esta ley, se sustituyó el sistema de tutela, que implicaba un control administrativo directo *a priori* -y que se extendía a aspectos ligados a la

En el campo específico de la asistencia sanitaria, esta orientación hacia la descentralización no se ha hecho patente, lo que no obsta a constatar que sí se ha producido una cierta⁴⁸⁸ regionalización⁴⁸⁹ de determinados aspectos de la política sanitaria.⁴⁹⁰ Y por lo anterior, ha de entenderse que no se ha transferido a una entidad territorial distinta del Estado, - la región⁴⁹¹ -, la competencia para establecer una determinada política en la materia o para ejecutarla, todo ello dentro de un marco normativo general establecido por el Estado.⁴⁹² Al contrario, la definición y la ejecución de la política en materia de asistencia

oportunidad- sobre los entes territoriales por parte del representante del Estado, por un control jurisdiccional, sobre la legalidad y *a posteriori*.

⁴⁸⁸ Véase sobre estas vacilaciones en la definición regional de la política sanitaria, el trabajo de MARTIN-PAPINEAU, Nathalie, "Entre confirmation et réorientation: la régionalisation de la santé en France", publicado en la *RDSS*, nº 2005, pp.253-264.

⁴⁸⁹ Regionalización que empieza a darse con la *loi hospitalière* de 1970, que instaura la *carte sanitaire*, el mapa sanitario, primer instrumento de planificación de las estructuras de asistencia sanitaria, basado en una división del territorio francés en sectores y en regiones. Se crean también las *commissions régionales de l'hospitalisation*, los *comités régionaux d'équipement sanitaire* y las *commissions régionales d'agrément* para las clínicas privadas.

Más adelante, la Ley de 31 de julio de 1991, *portant réforme hospitalière*, crea los *schémas régionaux d'organisation sanitaires* (SROS), definidos en el seno de los comités regionales *d'organisation sanitaire et sociale*, al objeto de permitir un reparto óptimo de las instalaciones y estructuras sanitarias.

⁴⁹⁰ El informe del COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, titulado *Pour une régionalisation du système de santé en 2025. Offre, régulation et acteurs: Essai de prospective*, La Documentation Française, 2005, contiene un detallado estudio de la evolución regionalizadora que puede seguir en los próximos años el *Système de santé*.

⁴⁹¹ De hecho, como pone de manifiesto la profesora C. ESPER, en *Droit hospitalier*, Dalloz, 2005, pp. 40-41, la Ley de 9 de agosto de 2004 vino a atribuir por vez primera competencias en materia de sanidad a las regiones, como entidades territoriales descentralizadas. Y se trata, además, de una competencia de uso facultativo, en la medida en que el art. L. 1424-1 CSP permite que el *Conseil régional* pueda definir objetivos sanitarios particulares de la región y adoptar, en consecuencia, las acciones correspondientes, informando de todo ello al prefecto de la región.

⁴⁹² Como se ha visto sucede en el ordenamiento español, en virtud de lo dispuesto en los artículos 148.1.21 y 149.1.16 CE.

sanitaria sigue siendo una competencia del Estado,⁴⁹³ sin perjuicio de que, cada vez más, se tenga en cuenta la región como el espacio en el que se va a desarrollar esa competencia, eso sí, bajo la perspectiva dominante de que las regiones, en el ámbito de la política sanitaria, son una división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado.⁴⁹⁴ En realidad, nos hallaríamos por tanto más bien ante una desconcentración, que ha llegado hasta fórmulas de descentralización funcional, lo que se ha traducido en un cierto reforzamiento del escalón regional, a través principalmente de la creación y potenciación de las *Agences régionales de l'hospitalisation* y, en otro plano, mediante las *Conférences régionales de santé*.⁴⁹⁵

Las Agencias Regionales de Hospitalización,⁴⁹⁶ red denominadas Agencias Regionales de Salud,⁴⁹⁷ se crearon mediante la *ordonnance* de 24 de abril de 1996,⁴⁹⁸ sus Directores son nombrados por decreto del *Conseil des*

⁴⁹³ La asistencia sanitaria sigue siendo competencia del Estado, que la pone en práctica en colaboración con las entidades que gestionan el seguro médico obligatorio, *assurance maladie*. De hecho, la Ley de 9 de agosto de 2004, relativa a la política de salud pública, retribuyó al Estado algunas competencias que habían sido transferidas a los departamentos en la primera descentralización, en concreto, en materia de prevención de enfermedades infecciosas y crónicas.

⁴⁹⁴ Se toma prestada aquí, para las regiones francesas, lo que el art. 141 CE establece para la provincia como demarcación territorial para el ejercicio de las competencias que corresponden al Estado.

⁴⁹⁵ La Ley de 9 de agosto de 2004 confirmó la opción del Legislativo de configurar la región como el escalón territorial de referencia para la definición y ejecución de las políticas de salud pública; para ello, entre otras medidas, creó la *Conférence régionale de santé* de cada región, cuya consulta se precisa para la elaboración del *plan régional de santé* (art. L. 1411-13 CSP).

⁴⁹⁶ Son personas jurídico-públicas que se organizan como *Groupements d'Intérêt Public*. La reforma introducida por la ley de 21 de julio de 2009 las ha rebautizado como *Agences Régionales de Santé*. Su *Commission exécutive* es de composición paritaria, de representantes del Estado, elegidos por el ministro de *Santé Publique* y de representantes de los organismos de la Seguridad social, en concreto del seguro de enfermedad obligatorio, gestionado por las *caisses d'assurance maladie*. En caso de empate, el voto del director tiene efectos dirimentes.

⁴⁹⁷ Por disposición de la Loi du 21 juillet 2009.

⁴⁹⁸ La *Ordonnance* es una figura normativa, prevista en el art. 38 CF, próxima al Decreto-Ley regulado en el art. 86 CE, en la medida en que, con sujeción a ciertas condiciones, ambas son

Ministres y tienen por misión⁴⁹⁹ la de analizar y coordinar la oferta hospitalaria pública y privada,⁵⁰⁰ controlar su funcionamiento y determinar sus recursos.⁵⁰¹

Como se ha señalado, desde los años noventa del pasado siglo, la región ha venido cobrando un cierto relieve, no tanto como actor o sujeto, sino como la demarcación adecuada para el diseño y planificación por el Estado⁵⁰² del *systeme de santé* en ese ámbito territorial. Esto se inscribe en la tendencia general ya mencionada, que si bien no puede ser calificada en sentido estricto como descentralizadora,⁵⁰³ sí busca decididamente acercar la política en materia de salud pública a los ciudadanos. Sin embargo, podemos afirmar con N. Martin-Papineau⁵⁰⁴ que las reformas legislativas que se han registrado en 2002 y en 2004 no han conseguido reducir la complejidad institucional, ni tampoco clarificar suficientemente el panorama de la esbozada regionalización de la sanidad francesa y responden más a la necesidad de introducir

normas con rango de ley en cuya adopción corresponde al gobierno un papel destacado. La citada *ordonnance* nº 96-346, de 24 de abril, entre otras medidas, creó las AHR y les atribuyó las competencias que en materia de hospitalización ostentaban hasta entonces los prefectos.

⁴⁹⁹ La amplitud de las competencias que en el CSP se asignan a los directores de las ARH, competencias que en su mayoría correspondían antes a los prefectos, ha llevado a la doctrina a asimilar a los directores de las ARH a una suerte de prefectos sanitarios. C. ESPER, en *Droit hospitalier*, Dalloz, 2005, p. 56. En esta obra puede encontrarse un detallado estudio sobre las ARH, pp. 55 y ss.

⁵⁰⁰ Aparece aquí, de nuevo, uno de los puntos débiles en la organización del *systeme de santé*: La desconexión entre el nivel hospitalario y el ambulatorio -la *médecine de ville*-, que se pone de manifiesto una vez más porque la ARH se ocupa fundamentalmente de la atención hospitalaria.

⁵⁰¹ Art. L. 6115-1 CSP.

⁵⁰² Bien directamente por medio de sus representantes, los prefectos o a través de una personificación interpuesta, las ARH.

⁵⁰³ Parece más apropiado hablar de descentralización funcional o incluso de desconcentración, en la medida en que la capacidad de decisión propia de las regiones, como entidades territoriales, en la definición y puesta en práctica de la política en materia de salud pública sigue siendo más que modesta. Puede sostenerse que las ARH actúan las políticas definidas para el *systeme de santé* en el ámbito regional en régimen de descentralización funcional.

⁵⁰⁴ MARTIN-PAPINEAU, Nathalie, "Entre confirmation et réorientation: la régionalisation de la santé en France", *RDSS*, nº 2/2005, pp. 253-263 y en particular en la 254.

modificaciones puntuales que a una voluntad de llevar adelante una reforma global del sistema sanitario. E incluso permiten a esta autora sostener que lo que está realmente produciéndose es un movimiento recentralizador que, so pretexto de controlar el gasto, potencia el papel del Estado en un marco de actuación que se presenta como regional. En suma, que si se puede hablar de regionalización del *systeme de santé* es, no porque las regiones, como entidades descentralizadas desempeñen algún papel decisorio en la materia, sino más bien porque se pretende organizarlo y planificarlo teniendo como referencia esta demarcación territorial.

Al objeto de clarificar el panorama sanitario, en lo relativo a la conducción de la política sanitaria, entendida en sentido global, en el ámbito regional y también, entre otros objetivos, para tratar de mejorar la articulación entre el nivel de la atención ambulatoria y hospitalaria, la Ministra del ramo presentó a la Asamblea Nacional, el 22 de octubre de 2008, un proyecto de ley *portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires*.⁵⁰⁵ En él se prevé la creación de las *Agences régionales de santé* (ARS), que se convertirían en la clave de bóveda⁵⁰⁶ de la definición y ejecución de las

⁵⁰⁵ Este proyecto de ley se ha convertido en la LOI n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, que ha sido publicada en el Journal Officiel de la République Française del 22 de julio 2009, cuando ya estaba depositado este trabajo. Es preciso notar, que en lo que interesa a los efectos de este estudio, la versión final de la ley no se aparta sustancialmente de la redacción del proyecto de ley, por lo cual los comentarios que respecto a él se formulaban resultan plenamente trasladables a la Ley n° 2009-879, de 21 de julio.

⁵⁰⁶ En la exposición de motivos del art. 26 del citado proyecto de ley, que prevé la creación de las ARS, se expresan los objetivos perseguidos con esta medida. :

"(...) renforcer résolument le pilotage territorial de notre système de santé et le rendre plus efficace ; il définit les outils d'action des agences et précise les conditions de leur coordination nationale. Les ARS seront la « clé de voûte » qui permettra la mise en œuvre des dispositions figurant dans les trois premiers titres de la loi.

Le présent titre repose sur trois orientations fondamentales :

- renforcer l'ancrage territorial des politiques de santé : l'agence régionale de santé permettra, dans le cadre des orientations fixées au niveau national, de mieux adapter les politiques de santé aux besoins et aux spécificités de chaque territoire ;

- simplifier notre système de santé et réunir, au niveau régional, les forces de l'Etat et de l'assurance maladie : les ARS regroupent en une seule entité sept organismes actuellement chargés des politiques de santé dans les régions et les départements, auxquels elles vont se substituer :

- agences régionales de l'hospitalisation (ARH) ;*

políticas sanitarias en las regiones, con la misión principal de coordinar en este territorio el conjunto de todas las políticas de salud,⁵⁰⁷ entre las que se cuentan las relativas al *hôpital* y a la *médecine de ville*, que son las que más interesan a los efectos de este estudio y también las relativas a la salud pública y a la prevención.

Sólo el tiempo dirá si esta, por el momento, última reforma proyectada conseguirá adaptar a los tiempos la oferta de asistencia sanitaria, en su organización y en su funcionamiento, merced a la relativa simplificación en la gestión que se pretende con la creación de las ARS. Si las ARS conseguirán, con un uso adecuado de sus competencias, que aún corresponden a los servicios periféricos del Estado y a la *assurance maladie*, que el *systeme de santé* funcione como un auténtico sistema, sostenible en lo económico y que

- *services déconcentrés actuels de l'État (les pôles «santé» et «médico-social» des directions régionales et départementales des affaires sanitaires et sociales, DRASS et DDASS) ;*

- *unions régionales des caisses d'assurance maladie (URCAM) ;*

- *groupements régionaux de santé publique (GRSP) ;*

- *missions régionales de santé (MRS) ;*

- *partie « sanitaire » des caisses régionales d'assurance maladie (CRAM) par ailleurs recentrées sur leurs missions relatives aux accidents du travail et maladies professionnelles et à la vieillesse ;*

- *mettre en place de nouveaux outils pour améliorer l'efficacité de notre système de santé: les ARS vont renforcer la capacité d'action collective de notre système de santé:*

- *en couvrant l'ensemble du champ de la santé, les ARS surmontent les cloisonnements sectoriels et garantissent une conduite plus cohérente et plus efficace des politiques de santé sur un territoire ;*

- *elles disposeront de leviers d'action plus performants, par exemple en matière de répartition de l'offre de soins sur le territoire ou d'approfondissement de la démarche contractuelle avec les différents offreurs de soins ;*

- *elles seront compétentes en matière de gestion du risque au niveau régional.*

Le chapitre 1er du nouveau titre III est consacré aux missions et aux compétences des agences. Les ARS auront pour mission (article L. 1431-1 du code de la santé publique) de définir et mettre en œuvre la politique régionale de santé, dans le respect des objectifs nationaux, afin de répondre aux besoins de santé de la population et de veiller à la gestion efficiente du système de santé. Pour remplir ces missions, le périmètre d'action des ARS couvrira l'ensemble du champ de la santé."

⁵⁰⁷ En la línea de lo recogido en el informe (*Rapport d'information*), en conclusion des travaux de la mission sur les agences régionales de santé, de la Comisión des affaires culturelles, familiales et sociales, N° 697 Assemblée nationale, (13eme. législature), presentado el 6 de febrero de 2008, por el Diputado M. Yves BUR.

Igualmente, el *Rapport sur la création des Agences régionales de santé*, presentado por M. Philippe RITTER en enero de 2008 a la Ministra de la *santé, de la jeunesse et des sports*.

ofrezca un acceso a la asistencia sanitaria⁵⁰⁸ en condiciones de equidad en todo el territorio francés, así como un adecuado flujo entre la asistencia hospitalaria y la ambulatoria.⁵⁰⁹ Puede pensarse, sin embargo, que probablemente no sea la última reforma, por la magnitud de los retos a que hay que dar respuesta y, también, porque la tendencia iniciada hacia la territorialización de las políticas sanitarias, hacia la aproximación al ciudadano de los centros de decisión y de gestión de esas políticas, por la dinámica que generan este tipo de procesos, llevará sin duda a una mayor implicación de las regiones,⁵¹⁰ como entes territoriales descentralizados y no sólo como demarcación territorial de la actividad del Estado, en la definición y ejecución de esas políticas.

En todo caso, ni la regionalización hoy vigente ni la prevista en el proyecto de ley *portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires*, parecen tener consecuencias en el régimen jurídico aplicable hoy a la responsabilidad a que pueda dar lugar el funcionamiento del *systeme de santé* en su conjunto, que atiende a una de sus rasgos más característicos: La ya mencionada dualidad. Dualidad en la gestión y en la responsabilidad

⁵⁰⁸ Y a la educación y a la prevención sanitarias que exige, en el siglo XXI, la concepción integral de la atención de la salud que es hoy comunmente aceptada.

⁵⁰⁹ Se trata de objetivos cuya consecución no puede sensatamente esperarse que vaya a conseguirse por la mera creación de las ARS. Se requieren otras muchas medidas, como las relativas a la coordinación, en el plano nacional, entre las distintas ARS y las demás autoridades sanitarias. Medidas que habrán de referirse también, si se quiere poner coto a las desigualdades en el acceso a la asistencia sanitaria en régimen ambulatorio, en la *médecine de ville*, prestada como es sabido por entidades privadas y por profesionales liberales, a la necesidad de planificar el *systeme de santé*, modulando la *liberté d'installation*, esencial en el sector sanitario privado, si concurren razones objetivas que exijan tal modulación, de manera razonable y proporcionada, según exige la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. A algunas de estas medidas trata de darse una respuesta en el proyecto de ley *portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires*, cuya tramitación parlamentaria se inicia en el momento de escribir estas líneas.

⁵¹⁰ Es una de las posibles evoluciones que se consideran en el informe del COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, titulado *Pour une régionalisation du système de santé en 2025. Offre, régulation et acteurs: Essai de prospective*, La Documentation Française, 2005, más precisamente en la p. 95.

subsiguiente, privada en el escalón de la atención ambulatoria, que se registrá fundamentalmente por el Derecho Privado y pública y sujeta al Derecho Público, a la *responsabilité hospitalière* en que pueda incurrirse a resultas del funcionamiento del *service public hospitalier*, estructurado fundamentalmente en torno a los hospitales públicos, de los que se trata en la subsección siguiente.

Subsección 2.1.3.- El hôpital public se mantiene como eje del servicio público de la asistencia sanitaria, dentro de un entorno más amplio

Que los hospitales públicos -y los privados que actúan en la esfera del *service public hospitalier*- plantean una problemática específica⁵¹¹ y que ocupan un lugar central en el *systeme de santé* es simplemente una constatación⁵¹² que se corrobora fácilmente al examinar algunas cifras.^{513 514} Y

⁵¹¹ La relevancia que iban a cobrar las cuestiones ligadas a la hospitalización fue anticipada por el profesor Franck MODERNE, en "Mutation d'un système", *RDSS*, nº37-38, número spécial Hospitalisation publique et privée. Problèmes et perspectives, 1974, p. 7-17

"Que les problèmes de l'hospitalisation figurent parmi les plus importants que nous auront à affronter dans le domaine de la santé publique au cours des prochaines années est surabondamment attesté par la multiplication contemporaine des études, des rapports, des articles de presse ou des déclarations syndicales (...)"

⁵¹² Son numerosas las referencias legislativas y doctrinales que así lo reconocen. Por todos, véase DUPONT, Marc, ESPER, Claudine, PAIRE, Christian, *Droit hospitalier*, Dalloz, 5eme. édition, 2005, en concreto en su p. 7:

"L'hôpital, et plus particulièrement l'hôpital public, peut être considéré (...) comme le pivot du système de santé français. Organisés en personne morales de droit public ou privé, les établissements hospitaliers concentrent en effet autour de leurs activités (...) de ressources matérielles et humaines considérables".

⁵¹³ Según datos de la OCDE, en 2005 el gasto sanitario total representó un porcentaje del PIB que se elevaba al 11,1% en Francia, frente al 8,2 de España. En EE. UU. se elevó hasta el 15,3% y en Alemania al 10,7%. (Eco-Santé OCDE 2007).

En la obra recién citada, p. 2, se deja constancia de la magnitud de los recursos que gestiona el sistema sanitario, que, en 2004, en Francia ascendió a 147.600 millones de euros,

este eje del sistema sanitario francés que son los hospitales públicos, se completa con la *médecine de ville*,⁵¹⁵ encargada de prestar la asistencia ambulatoria, con los problemas de coordinación entre ambos niveles a los que ya se ha hecho referencia y que ponen en entredicho que el *systeme de santé* en la práctica actúe, verdaderamente como tal sistema.⁵¹⁶ No obstante, conviene recordar algo que ya se ha señalado;⁵¹⁷ que el *service public hospitalier* representa una parte, sin duda la más representativa, de las

de los que algo más de un tercio, que representa un 4% del PIB, corresponde a los establecimientos sanitarios que prestan el servicio público hospitalario.

"(...)147,6 milliards d'euros soit près de 2373 euros para habitant), la consommation de soins hospitaliers s'élevait à 64,3 milliard d'euros, soit environ 1033 euros par habitant. Les hôpitaux publics et privés sous dotation globale représentaient 33,8% de cette consommation médicale totale et les autres hôpitaux privés 9,7% (hors honoraires médicaux). Pour l'essentiel, le financement de cette dépense qui représente à présent près du 4% du produit intérieur brut est pris en charge par l'Assurance maladie."

⁵¹⁴ Puede encontrarse una amplia información estadística en L'HOSPITALISATION ET L'ORGANISATION DES SOINS EN FRANCE, Rapport du Ministère de la Santé et des Solidarités, octubre 2006. En particular, en lo que se refiere al número total de centros y establecimientos hospitalarios, 4.203, que disponen de 462.149 camas para 62 millones de habitantes, distribuidos en 1.315 *établissements publics de santé* (303.420 camas), 1.446 establecimientos privados sin fines lucrativos (64.917 camas), 1.442 establecimientos privados con fines lucrativos (93 812 lits). Consultado el 8 de noviembre de 2008 en http://www.sante.gouv.fr/html/dossiers/chiffrescles_dhos/rapport_2006.pdf

⁵¹⁵ Los *soins ambulatoires*, dispensados según se ha visto más arriba por entidades y profesionales privados, en virtud de convenios con los organismos de la Seguridad social que gestionan el seguro obligatorio de enfermedad, las *caisses d'assurance maladie*.

⁵¹⁶ En este sentido, el informe del Haut conseil pour l'avenir de l'Assurance maladie, Rapport, Ministère de la Santé, de la Famille et des Personnes handicapées, 2004, p.23, pone de manifiesto la falta de coordinación de los medios de que dispone el *systeme de santé*.

No obstante, como señalan DUPONT, Marc, ESPER, Claudine, PAIRE, Christian, *Droit hospitalier*, Dalloz, 5eme. édition, 2005, p. 76, al referirse a este elemento distintivo del *systeme de santé*, a la separación entre los sectores hospitalario y ambulatorio, las reformas introducidas por las leyes de agosto de 2004 han supuesto alguna mejora, con el reforzamiento de la figura del *médecin traitant* y la historia clínica compartida, *le dossier médical partagé*. Estas medidas revelan, al menos, que se ha tomado conciencia de la importancia del problema:

" (...)Certes, des efforts sont actuellement menés pour articuler le parcours des soins autour d'un médecin traitant pour généraliser un dossier médical partagé entre les institutions et professionnels et le soutien à la création de réseaux de santé est important, mais ils témoignent d'abord d'une volonté de compenser une insuffisance de collaboration spontanée qui nuit à une prise en charge coordonnée des malades."

⁵¹⁷ Desde la misma introducción; en concreto, a partir de la pág. 21.

prestaciones que, en el modelo español del servicio público de la asistencia sanitaria, integra la prestación de atención especializada, dentro del espectro más amplio de las prestaciones del Servicio Nacional de Salud.⁵¹⁸

Por otro lado, afirmar que el *hôpital public* se encuentra en el centro del debate político y jurídico es, igualmente, una simple constatación. Los retos a los que se enfrenta el hospital público, que es uno de los puntales del Estado del bienestar en Francia, han generado toda una sucesión de estudios, informes y reformas legislativas.⁵¹⁹ Entre estos retos se encuentra la necesidad de adaptar unas estructuras rígidas, -que emplean en Francia en torno a un millón de personas-, la necesidad de controlar el gasto y la necesidad de ofrecer una asistencia adecuada a las exigencias de la población, -cada vez más longeva-, en suma, la adaptación a los nuevos tiempos y circunstancias. También en lo que se refiere a la misión del hospital público, que se adentra -y seguirá adentrándose cada vez más- en la esfera de lo social o sociosanitario, en razón de los cambios experimentados en las estructuras sociales y familiares.

⁵¹⁸ Si se comparan ambos sistemas, podría considerarse que el *service public hospitalier* y la atención especializada (en el SNS) se articulan como círculos concéntricos, a partir de los cuales se conforman el *Système de Santé* y el Sistema Nacional de Salud, respectivamente. Con la salvedad importante de que el *Système de Santé*, sobre ese centro que es el *service public hospitalier*, se integra por profesionales liberales y centros sanitarios privados, aunque financiados públicamente, mientras que el Sistema Nacional de Salud, sobre ese centro de la atención especializada, se completa con la red de atención primaria, bajo responsabilidad y financiación íntegramente públicas y gestión pública directa en la gran mayoría de los casos.

⁵¹⁹ Cito ahora, a título de ejemplo, sólo algunos de ellos; desde la *ordonnance* n° 96-346, 22 de octubre de 2008 al proyecto de ley *portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires*, presentado a la Asamblea Nacional el 22 de octubre de 2008, pasando por la *loi hospitalière* de 1991. Este proyecto de ley, se ha convertido en la *loi* n° 2009-879 de 21 de julio de 2009, *portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, que ha sido publicada en el *Journal Officiel* del 22 de julio 2009.

Entre los estudios e informes, es preciso citar el presentado al Presidente de la República, el 10 de abril de 2008, por la Comisión de concertación *sur les missions de l'hôpital*, presidida por M. Gérard Larcher.

Desde el punto de vista de la organización administrativa, los hospitales públicos operan como *établissements publics* desde 1941,^{520 521} es decir, como entidades dotadas de personalidad jurídica propia,⁵²² distinta de la de la Administración, aunque instrumental, en la medida en que depende de ésta. En cualquier caso, la naturaleza jurídico-pública, tanto del ente matriz como del gestor del *service public hospitalier*, determina el régimen de responsabilidad aplicable, regido por el Derecho público y que ha llevado a que tanto la doctrina y como la jurisprudencia, según se ve más adelante, reconoce la existencia de la *responsabilité hospitalière*, como una variante específica dentro de la responsabilidad administrativa.

En los últimos veinte años, el funcionamiento y estructura de los hospitales públicos se ha ido transformando, como resultado de reformas sucesivas, desde la conocida como loi hospitalière de 1991, a la reforma de

⁵²⁰ La Ley de 21 de diciembre de 1941, *relative aux hôpitaux et hospices publics*, -desarrollada por el *décret* de 17 de abril de 1943-, es el hito que marca el nacimiento del hôpital public moderno, no sólo por las reformas relativas a su organización, entre las que destaca la creación de un auténtico órgano ejecutivo, el director del hospital, sino también, porque desde entonces se abre a enfermos de pago. Antes, estaba reservado a los indigentes, a los que se ofrecía y a los locos, desde una óptica dominada más por el orden público que por la atención clínico-asistencial.

⁵²¹ Junto a la recién citada Ley de 1941, hay que destacar por su enorme impacto sobre la misión del hôpital public y sobre el sistema sanitario francés en general, la *ordonnance* n° 58-1373, de 30 de diciembre de 1958, relativa a la creación de los *Centres hospitaliers et universitaires* (CHU) y a la reforma de las enseñanzas de Medicina, conocida como reforma Debré. Esta *ordonnance* "profesionaliza" la enseñanza universitaria de la Medicina; diseña un modelo de Medicina hospitalo-universitaria centrada en el hôpital public, en el que su personal médico desempeñaría sus funciones clínico-docentes en régimen de dedicación exclusiva, a tiempo completo. Antes de esta reforma, los médicos docentes repartían su tiempo entre la Facultad, el hospital y su consulta particular, *le cabinet médical « de ville »*, que representaba su principal fuente de ingresos.

⁵²² A diferencia de lo que, como regla general, sucede en España, donde la mayor parte de los centros y establecimientos sanitarios públicos no tienen personalidad jurídica distinta de la del ente encargado de gestionar la asistencia sanitaria.

1995 y la posterior de 2005,⁵²³ hasta la Ley n° 2009-879 de 21 de julio de 2009, *portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*. Si bien no es posible tratarlas ahora con detalle,⁵²⁴ conviene dejarlas al menos señaladas, al igual que la relativa a su sistema de financiación introducida en 2004 por la reforma de la *assurance maladie*. En cualquier caso, si se analizan estas reformas y la evolución del sector hospitalario⁵²⁵ es posible apreciar que, desde mediados del siglo veinte, se ha pasado progresivamente de una atomización de hospitales municipales a un sistema hospitalario estructurado en torno a algunos conglomerados, principalmente, los *centres hospitaliers régionaux*, desde 1959 asociados a la Universidad en la formación del personal médico. Para llegar, entre otros, a este resultado, desde la Ley de 21 de diciembre de 1941, que abrió los hospitales a todas las clases sociales,⁵²⁶ se han sucedido las reformas, marcadas por la búsqueda de la calidad y de la eficacia, tanto como por la necesidad de controlar el gasto,⁵²⁷ asegurar su

⁵²³ Sobre esta reforma, que busca fomentar una nueva "gobernanza" de los hospitales públicos a través de reformas organizativas como la creación de un consejo ejecutivo y la posibilidad de crear polos de actividad, todo ello unido al reforzamiento del control sobre los aspectos financieros, véase el artículo de la profesora ESPER, Claudine, "La nouvelle gouvernance hospitalière: réel dynamisme ou évolution imposée? À propos des ordonnances des 2 mai et 1er. septembre 2005", *RDSS*, n° 5/2005, sept-oct., pp. 766-778.

⁵²⁴ Para seguir esta evolución, me remito a la obra ya citada de ESPER, C. et al., *Droit hospitalier*, Dalloz, 5eme. édition, 2005,o. Desde una perspectiva más divulgativa, también en KERVASDOUE, Jean de, *L'hôpital*, Que sais-je?, n° 795, Presses Universitaires de France, 2004.

⁵²⁵ Cabe también remitirse al clarificador artículo del profesor CLÉMENT, Jean-Marie, "Le saga des réformes hospitalières", en *Revue générale de droit médical*, número 30, mars 2009, p. 159-174. En él se extrae la línea directriz de cada una de las numerosas reformas que han tenido por objeto el *hôpital public* y la atención sanitaria que en él se dispensa.

⁵²⁶ Lo que supuso el inicio de una importante transformación. Hasta entonces, el hospital público se dedicaba fundamentalmente a atender a las personas sin recursos; quienes contaban con algún tipo de seguro social eran atendidos en clínicas privadas.

⁵²⁷ Gasto que experimenta un constante incremento debido a factores de diversa índole. Desde la creciente tecnificación de la medicina moderna, que requiere un aparataje costoso, hasta el aumento de la esperanza de vida y el consiguiente aumento de la demanda de prestaciones sanitarias, pasando por medidas tendentes a la humanización de la asistencia hospitalaria,

financiación y atender las reivindicaciones del personal sanitario y, de manera más reciente, también las de los pacientes. Todo ello, necesariamente, ha dado lugar a una proliferación de modificaciones legislativas⁵²⁸.

El más reciente -seguramente no el último- eslabón de esa cadena, lo hallamos en la ley de julio de 2009, "Hôpital, Patient, Territoire, Santé", que continúa el proceso de racionalización de la oferta de asistencia sanitaria por territorios de salud mediante la creación de las *communautés hospitalières de territoire*, en las que tienen que agruparse los hospitales, rompiendo con el carácter voluntario de la agrupación en *syndicats hospitaliers de région*⁵²⁹ que introdujo, con escaso éxito, la Ley de 31 de diciembre de 1970.

En suma, todas estas reformas legislativas, además de plantear el reto de la coherencia entre ellas, son el síntoma de una crisis⁵³⁰ y de una evolución que persigue poder ofrecer unos *soins de santé*, -una asistencia sanitaria, en la terminología española-, de calidad, pero en la que palpita, sobre todo, una cuestión de fondo: La relativa al difícil equilibrio entre los recursos económicos disponibles y el coste de la asistencia sanitaria, es decir, el problema de la sostenibilidad y de la financiación del sistema.⁵³¹ Sin embargo, cabe afirmar, con J.-M. Clément, que la economía de los hospitales no se puede reducir a una serie de procesos y de ecuaciones y que el bienestar de los pacientes no

como puede ser la progresiva conversión de salas que albergaban una treintena de personas en habitaciones individuales o dobles.

⁵²⁸ De "fiebre reformadora" habla CLÉMENT, Jean-Marie, en "Le saga des réformes hospitalières", que acabo de citar, en concreto en la p. 160.

⁵²⁹ De escasa implantación en la práctica (se crearon en torno a veinte) y cuyo objeto era gestionar en común, mediante la creación de una personificación jurídica instrumental, determinados servicios tanto logísticos -lavandería, cocinas, informática, etc.- como asistenciales. Vid. CLÉMENT, Jean-Marie, "Le saga des réformes hospitalières", p. 165-167.

⁵³⁰ Véase ÉVIN, Claude, "L'hôpital en crise?", *Sève-Les tribunes de la santé*, nº 22 - printemps 2009, pp. 75-81.

⁵³¹ En el plano económico, el gasto sanitario se distribuye, aproximadamente, en partes iguales entre los gastos de hospitalización y los de la asistencia ambulatoria, dentro de una tendencia al crecimiento continuado del gasto sanitario total. L'HOSPITALISATION ET L'ORGANISATION DES SOINS EN FRANCE, Rapport du Ministère de la Santé et des Solidarités, octubre 2006.

depende tanto de la calidad de las instalaciones como, sobre todo, de la buena disposición y del humanismo del personal que los atiende.⁵³²

Sección 2.2 La necesidad de mantener la unidad y la continuidad o supervivencia del sistema desde la financiación

El sistema sanitario francés⁵³³ figura entre los mejores situados en las clasificaciones comparativas que efectúa la Organización Mundial de la Salud. Indudablemente, el coste que supone mantener un nivel de calidad y de prestaciones así es muy considerable, a lo que se une la creciente tecnificación de la asistencia sanitaria -con el coste a ella asociado-, las posibles ineficiencias del sistema⁵³⁴ y una tendencia, al menos potencial, hacia lo que podría llamarse consumismo sanitario.⁵³⁵ Por estos factores, desde la crisis del petróleo de 1973, que puso fin a una etapa de desarrollo del sector hospitalario francés sin excesivas limitaciones presupuestarias, se van probando, una tras otra, medidas que permitan controlar el gasto sanitario y, de ese modo, poder asegurar la continuidad del *service public hospitalier*.

Se trata pues de uno de los retos, quizá el más importante, a los que se enfrenta el sistema francés de protección social y, dentro de él, del *service public hospitalier*, es el relativo a su financiación. La financiación de la asistencia sanitaria, si es pública, privada, o mixta, es una cuestión que, si bien excede el ámbito de este trabajo y no se puede entrar aquí en su estudio detallado, ha de ser al menos recordada. A diferencia de lo que sucede en España, donde la financiación es pública, por vía impositiva y de las

⁵³² "La qualité hospitalière n'est pas la qualité du produit industriel, elle tient dans l'humanisme des soignants que complète leur formation et non l'inverse", sostiene Jean-Marie CLÉMENT en "Le saga des réformes hospitalières", p. 174.

⁵³³ Según el Informe de 2002 de la OMS, "La santé dans le Monde".

⁵³⁴ En cierta medida, por la falta de una articulación fluida entre el hôpital public y la médecine de ville.

⁵³⁵ Véase sobre el particular, la nota 31.

correspondientes partidas presupuestarias, en Francia, el sistema de financiación es más complejo y se basa en las cotizaciones a seguros sociales obligatorios.⁵³⁶ Estos seguros son gestionados por entidades de naturaleza mixta, ahora coordinadas por la *Union nationale des caisses d'assurance maladie* (UNCAM), que desarrollan una actividad que tiene la consideración de servicio público,⁵³⁷ a través de la *contribution sociale généralisée*⁵³⁸ y, en menor medida, también por los impuestos.⁵³⁹ También, por la vía de la previsión de cada persona, en el sentido de que es libre de abonar directamente una parte del coste que genere la atención sanitaria que se le preste o puede contratar con una mutua el suplemento de cobertura no amparado por el seguro obligatorio de enfermedad, la *assurance maladie*, dentro del esquema general de la *Sécurité sociale*.⁵⁴⁰

Han sido numerosos los intentos de reformar el sistema de los seguros de enfermedad, que al objeto señalado de controlar el gasto. Entre ellos,

⁵³⁶ El tantas veces citado seguro de enfermedad o *assurance maladie*.

⁵³⁷ Las *Caisses d'assurance maladie*, de las que existe una por Departamento y Región y que se agrupan en la *Union Nationale de Caisses d'assurance maladie*, UNCAM.

⁵³⁸ La *contribution sociale généralisée* (CSG) es un impuesto creado por la *Loi de finances*, -ley de presupuestos-, de 28 de diciembre de 1990, para financiar el seguro de enfermedad que cubre la asistencia sanitaria, (*assurance maladie*), las prestaciones familiares y el Fondo de solidaridad para la vejez, -*Fonds de solidarité vieillesse*- (FSV). Grava en origen casi todas las rentas, a un tipo comprendido entre el 3,8% y el 9,5%. A través de la CSG se ingresaron 70.500 millones de euros en 2005, lo que representó el 76,9 %, también en 2005, de los impuestos y tasas afectados a la protección social.

⁵³⁹ Según los datos que, referidos a 2003, se ofrecen en el portal oficial del Ministerio de Sanidad francés, http://www.sante.gouv.fr/assurance_maladie/ la *Assurance-maladie* se financia así: Un 47,1%, a través de cotizaciones sobre los salarios, a cargo de los trabajadores y de los empleadores; un 34,1%, a través de la CSG; un 6,6%, a través de transferencias del Estado; un 2,7% a través de cotizaciones sociales salariales, un 1,9% a través de tasas afectadas y un 7,6%, a través de otras fuentes diversas no especificadas.

⁵⁴⁰ Para un estudio de fondo sobre el sistema de Seguridad social en Francia, así como del proceso de construcción de su sistema de protección social, véase el libro del profesor Jean-Pierre LABORDE, *Droit de la sécurité sociale*, PUF, colección Thémis Droit public, 2005.

destaca la reforma de *l'assurance maladie* de agosto de 2004 y la introducción de la T2A o *trafification à la activité*.⁵⁴¹

Esta reforma ha sido fruto del consenso de los principales actores implicados.⁵⁴² En parte, por el fracaso de los sistemas anteriores de financiación basados en el principio de la asignación de una dotación global para los centros sanitarios.⁵⁴³ En un primer momento, este sistema permitió controlar el gasto hospitalario, pero pronto se manifestaron algunos efectos perversos, como la penalización que de hecho suponía para los centros sanitarios más activos.⁵⁴⁴ El objetivo principal de la reforma, que requiere la colaboración de los gestores y del personal médico, es el de incitar al desarrollo de instrumentos de gestión con el fin de promover la eficiencia económico-médica y para favorecer también la reestructuración y reorganización de los establecimientos sanitarios.

En suma, la tarificación por actividad acoge un sistema de financiación mixta, fundado principalmente en la actividad; asocia, por un lado, una dotación

⁵⁴¹ Introducida por la Loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004 (JORF du 19 décembre 2003, p. 21641-21670).

⁵⁴² De esta concertación se da cuenta en la pág. 11 del Rapport d'information, enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 12 juillet 2006, déposé par la Commission des Affaires Culturelles, familiales et sociales en conclusion des travaux de la mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale, sur la tarification à l'activité dans les établissements de santé, et présenté par M. Jean-Marie ROLLAND. Puede consultarse en www.assembleenationale.fr

⁵⁴³ Según puede leerse en la p.17 del recién citado informe, los sistemas de financiación anteriores se basaban en:

"(...)d'une part sur la dotation globale pour les établissements publics et participant au service public hospitalier (fondé sur un financement des structures) et d'autre part sur le prix de journée et les forfaits liés aux actes réalisés pour les établissements privés, a été remplacé, en application de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2004, par un mode d'allocation de ressources lié à la nature et au volume des activités réalisées et valorisés sur la base de tarifs nationaux de prestations. L'ancien mode de régulation sous forme d'autorisation limitative de dépenses a lui aussi été remplacé par une régulation de recettes versées par l'assurance maladie."

⁵⁴⁴ Por estas razones, la reforma que introdujo la tarificación por actividad se propuso alcanzar cuatro objetivos: *"une plus grande médicalisation du financement; -une responsabilisation des acteurs et une incitation à s'adapter; -une équité de traitement entre les secteurs public et privé; -le développement des outils de pilotage médico-économique dans les établissements"*.

para asegurar el conjunto del servicio público y, por otro, un dispositivo de tarificación medicalizada para la actividad de soins, de atención sanitaria. Este último, toma en cuenta la naturaleza y el volumen de la actividad para así financiar la movilización de los recursos que tal atención requiere.

En paralelo a la progresiva implantación de la tarificación por actividad, se trabaja también para conseguir otros dos objetivos con vistas a alcanzarlos en 2012: La convergencia de tarifas en el seno de los sectores público y privado y, luego, entre ambos,⁵⁴⁵ de manera que en 2012, una misma actividad sea remunerada de manera uniforme sobre la base de una misma referencia tarifaria.^{546 547}

Como conclusión somera de este apartado, puede decirse que la reforma parece ser un paso más, en este caso, desde la perspectiva de la financiación y para conseguir su continuidad, hacia la consolidación del système de santé - y del hôpital public, dentro de él-, como el conjunto de

⁵⁴⁵ La LFSS para 2005 introdujo el principio de la convergencia de tarifas del sector público y del privado.

⁵⁴⁶ Así se explica en el Rapport du Sénat n° 298 (2005-2006), "La tarification à l'activité à l'hôpital: La réforme au milieu du gué", de Alain VASSELLE. P. 28. "*Avec la T2A, les établissements publics et privés ont abandonné leurs modalités de financements antérieures (...) au profit d'un dispositif tarifaire qui doit devenir commun et qui repose sur l'établissement d'un lien entre l'activité des établissements et leurs dotations budgétaires.*

Outre qu'elle médicalise le financement des établissements, cette nouvelle tarification se fixe pour objectif d'aboutir à une équité de traitement entre les établissements publics et privés. (...) il s'agit, d'une part, de dynamiser la gestion du service hospitalier grâce à un aiguillon tarifaire, d'autre part, de rendre plus faciles, grâce à un financement commun, les rapprochement entre le différents secteurs."

⁵⁴⁷ Por otro lado, en la Communication de la Cour de comptes à la Commission des Affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale, la Mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la Sécurité sociale, con ocasión de la Enquête sur la mise en oeuvre de la réforme du financement des établissements de santé publics et privés, de mayo de 2006, en el capítulo II de la Parte I, se desarrollan los objetivos y la economía general de la reforma francesa, llamada de la T2A, -pp. 21 y 22-, la cual se sitúa en un conjunto de reformas estructurales, el plan quinquenal "Hôpital 2007 -un pacte de modernité avec l'hospitalisation", que fue presentado por el ministro Mattéi el 20 de noviembre de 2002.

estructuras públicas y privadas y que va a tener la misión de dar contenido concreto al objetivo de valor constitucional de protección de la salud. De todos modos, cuando se trata de la financiación y al control del gasto del sector hospitalario público, no puede olvidarse que, cada vez más, el hôpital public desempeña funciones sociosanitarias, además de las estrictamente sanitarias. Y si suponen un gasto comparativamente mayor a la Sécurité sociale que el que generan los centros privados con ánimo de lucro, no se debe necesariamente a que éstos sean más eficientes en su gestión, sino a que el hôpital public tiene encomendadas unas misiones específicas,⁵⁴⁸ que pueden ser tan gravosas desde el punto de vista económico inmediato, como rentables desde el punto de vista social y humano. Y, por tanto, siendo crucial el enfoque económico para analizar estas cuestiones, no debe ser el que prevalezca en todo caso.⁵⁴⁹

Capítulo 3.- La evolución del servicio público de la asistencia sanitaria hacia una mayor participación ciudadana

La Administración y los servicios públicos, así como la forma en que los ciudadanos del siglo XXI se relacionan con ellos, están cambiando -o deberán hacerlo- para adaptarse a los nuevos tiempos, a una realidad social distinta. Esta evolución ha sido estudiada, entre otros, por el profesor Luciano Parejo, quien en un conocido trabajo⁵⁵⁰ aludía a este fenómeno en España, a la

⁵⁴⁸ A diferencia de las *cliniques privées*, el hôpital está obligado, por imperativo de la continuidad del servicio público, a mantener permanentemente operativo un servicio de urgencias, durante las 24 horas de todos los días del año. No puede seleccionar ni a los enfermos, ni las patologías, independientemente de lo costoso que resulte su tratamiento; está obligado a admitir a todos en condiciones de igualdad.

⁵⁴⁹ Es cierto que el hôpital public es un actor económico de primera magnitud en Francia, -es probablemente el primer empleador en Île de France-, pero no es una empresa, en el sentido económico del término, por lo que resultan trasladables sin más los criterios de administración y gestión propiamente mercantiles.

⁵⁵⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Crisis y renovación del Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, 1.991.

dificultad que se aprecia para mantener algunos dogmas del Derecho Público clásico, como el de la decisión unilateral que se impone bajo la forma de acto administrativo y, en particular, a la necesidad de favorecer e integrar la participación de los ciudadanos en el proceso de adopción de decisiones por la Administración. Este fenómeno conduce a que la Administración haya de buscar su legitimación, no sólo en los textos normativos que, -desde la propia Constitución⁵⁵¹ se la reconocen-, desde el punto de vista jurídico, sino que también tenga que buscar esa legitimación en su propia actuación, desde el punto de vista social y político, en la eficacia y en la eficiencia de los servicios que presta a los ciudadanos, cada vez más conscientes y reivindicativos de sus derechos.

En términos parecidos se pronuncian otros autores, como Jacques Chevallier,⁵⁵² a propósito de la *gouvernance*, que se traduce en un planteamiento nuevo en la forma de gobernar y de adoptar las decisiones y que trasciende la unilateralidad, incluso en el proceso de elaboración de normas reglamentarias.

⁵⁵¹ Es necesario aquí recordar las reflexiones del profesor Georges VEDEL sobre las bases constitucionales del Derecho Administrativo y que tanta repercusión han tenido en Francia y en España. Vid., en particular, VEDEL, G., "Les bases constitutionnelles du droit administratif", EDCE, 1954, pp. 21-21 y, un análisis distinto, en EISENMANN, C., "La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif", RDP, 1972, pp. 1345 - 1441.

⁵⁵² CHEVALLIER, Jacques, *L'État postmoderne*, LGDJ, 2003. Aplicable, extensivamente, a la *démocratie sanitaire*, afirma en la p. 211, a propósito de la *gouvernance* que:

"1º. La crise de gouvernabilité conduit à promouvoir de nouvelles méthodes de décision et d'action, se substituant aux procédés classiques de gouvernement et adaptées au contexte de post-modernité: prenant acte de la complexité des problèmes à résoudre et de l'existence de pouvoirs multiples, il s'agit de privilégier des formules souples de coopération, visant à associer les différents acteurs concernés à la prise des décisions; l'action collective tend ainsi à devenir le produit de négociations mettant aux prises un ensemble diversifié d'acteurs, publics et privés, qui vont se trouver impliqués d'une manière ou d'une autre dans son élaboration. Rangées sous le vocable de gouvernance, (...) ces méthodes impliquent un style nouveau de gouvernement (...): elles signifient que l'État accepte de négocier sur un pied d'égalité et qu'il privilégie la voie consensuelle; le modèle traditionnel fondé sur l'unilatéralité et la contrainte, fait place à un modèle pluraliste et interactif".

Una reflexión general como esta puede encontrar casi tantas variantes y adaptaciones como sectores de actividad administrativa existen. En lo que interesa a los efectos de este trabajo, se concreta, como se desarrolla a continuación, por un lado en el fomento de la participación de los usuarios del servicio público de la asistencia sanitaria, -agrupados en asociaciones-, en el diseño y ejecución de ese servicio, lo que ha llevado a que en el Derecho francés se haya acuñado el término *démocratie sanitaire*, desde una perspectiva comunitaria. Pero esta perspectiva comunitaria requiere, como presupuesto, que antes los derechos y libertades de las personas como pacientes hayan tenido su debido reconocimiento, según se aborda en los apartados siguientes, de manera que el paciente abandone su posición más próxima a la de objeto de la atención sanitaria y asuma su papel de sujeto de derecho, también el ámbito del sector sanitario público.

Sección 3.1.- La evolución del servicio público de la asistencia sanitaria hacia una mayor participación ciudadana como reafirmación del Estado Social y de Derecho

La tendencia general a que se aludía al inicio de este capítulo y que lleva a replantearse la forma en que actúan las Administraciones, conduce a un cierto deslizamiento hacia la búsqueda de formas de concertación con los destinatarios de la actividad administrativa, con el ánimo quizá de suavizar de algún modo la aspereza de la decisión unilateral en que el acto administrativo consiste⁵⁵³ y, en general, la unilateralidad que caracteriza la actividad típicamente administrativa. Sin duda estas adaptaciones están relacionadas con el desarrollo y progresivo asentamiento del Estado Social y de Derecho, en la medida en que los pilares sobre los que se sustenta son el reconocimiento efectivo de los derechos individuales y en el papel que

⁵⁵³ También con el fin de integrar en el proceso de adopción de las decisiones administrativas, unilaterales y reglamentarias, a sus destinatarios para que, de este modo, tengan un mejor conocimiento de éstas y puedan así mejor cumplirlas.

corresponde a los poderes públicos para dotar de un contenido real, aunque sea limitado, con frecuencia, inevitablemente limitado, a esos derechos individuales y especialmente a los de índole socioeconómica.

Entre estos derechos de naturaleza socioeconómica sobresale el relativo a la protección de la salud,⁵⁵⁴ que se atiende mediante un conjunto de organizaciones y un sistema de prestaciones que en España se reconduce al Sistema Nacional de Salud y en Francia, fundamentalmente, a las prestaciones de la *assurance-maladie* que, insertas en el sistema de Seguridad Social, se traducen en *les soins de santé prodigués* en el marco del *Système de santé*.

Así las cosas, la progresiva instauración del Estado social y de Derecho propicia que los ciudadanos, conscientes de sus derechos, quieran y luchen para que éstos tengan un reconocimiento efectivo en todos los campos de la vida social y sin excluir un sector de actividad administrativa -el propio de la asistencia sanitaria en España y del *service public hospitalier*, en Francia-, en el que se da la particularidad de que la persona que se relaciona con este sector puede hallarse en una situación de fragilidad, como consecuencia del deterioro de su estado de salud. Todo esto está, además, relacionado con la base sobre la que se superpone la condición de paciente o usuario de los sistemas públicos de salud y que no es otra que el concepto de persona, dotada de dignidad y de una serie de derechos fundamentales que le son inherentes y que no pueden desaparecer por la contingencia de una enfermedad. Este proceso de afirmación del Estado social y de Derecho se ha concretado en el plano de las relaciones clínico asistenciales, -que no olvidemos, representa el meollo de la actividad pública orientada a la protección de la salud-, en el principio de autonomía del paciente,⁵⁵⁵ que no es

⁵⁵⁴ Del que ya se ha tratado con cierto detalle en el Título I.- LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SU RECONOCIMIENTO COMO DERECHO, pp. 46 y ss.

⁵⁵⁵ Este principio de autonomía del paciente ha tenido un reconocimiento decisivo en la esfera internacional europea en el conocido como Convenio de Oviedo, dado que se trata de un instrumento jurídicamente vinculante en los Estados que lo hayan suscrito y ratificado, como es el caso del Reino de España y de la República Francesa. Se trata del Convenio del Consejo de

sino una adaptación al sector sanitario⁵⁵⁶ del principio de dignidad y de libertad de la persona.

Nos hallaríamos pues ante una dos dimensiones de una misma realidad, que están en buena medida entrelazadas: por un lado, el reconocimiento del paciente, enfermo o usuario como persona, dotada de dignidad y de los derechos inviolables que le son inherentes y, por tanto, sujeto activo en sus relaciones con los profesionales y el sistema sanitario y, por otro lado, la posibilidad de que estos sujetos activos se integren en determinados cauces de participación en la definición, desarrollo y evaluación de las políticas relativas al *systeme de soins*.

Subsección 3.1.1.- La toma en consideración de los derechos y libertades de las personas: el principio de autonomía, el consentimiento y el derecho a la información.

Es preciso enmarcar esta toma en consideración de los derechos de los pacientes en el proceso histórico de afirmación de los derechos humanos, para poder constatar cómo, progresivamente y con un apreciable retraso se va a ir trasladando este mismo proceso a las relaciones médico-paciente, tradicionalmente presididas por un marcado paternalismo médico.⁵⁵⁷ En el

Europa, de 4 de abril de 1997, para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina.

En el Derecho francés este principio de autonomía ha tenido acogida, tanto en el Code civil, desde las leyes llamadas *bioéthiques*, de 1994 y en el Code de santé publique, fundamentalmente, a través de las modificaciones que en él introdujo la Ley de 4 de marzo de 2002.

En España, este principio deontológico o ético ha sido convertido en norma jurídica, principalmente, por la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente.

⁵⁵⁶ Tanto público como privado.

⁵⁵⁷ Paternalismo en las relaciones entre el médico -y por extensión, del conjunto del sistema sanitario- y el paciente que podría encontrar un cierto paralelismo, *mutatis mutandi*, con el despotismo ilustrado y la máxima a él asociada: Todo por el paciente, pero sin el paciente.

ámbito del Derecho y de los sistemas sanitarios este proceso se ha ido, poco a poco, traduciendo en el reconocimiento del enfermo, del paciente, como un sujeto de derechos⁵⁵⁸ y no como un simple objeto sobre el que hacer efectivo el principio de beneficencia como exigencia deontológica, casi absoluta y, en todo caso, dominante en extremo, de la profesión médica.⁵⁵⁹ Así, la autonomía, el consentimiento y la información⁵⁶⁰ van a dar lugar a toda una gama de derechos de los pacientes,⁵⁶¹ -que son a su vez obligaciones de los profesionales- se van a ir convirtiendo progresivamente en ejes de toda la actividad sanitaria. Como pone de relieve, sobre este proceso de nacimiento y desarrollo de los derechos de los enfermos,⁵⁶² el profesor Diego Gracia Guillén:

"la tradición hipocrática había expresado siempre la moral médica en forma de obligaciones o de virtudes. Ahora se empezaba a utilizar un lenguaje nuevo, el de los derechos, mucho más propio de una ética basada en el principio de autonomía. (...) cabe decir que el lenguaje de la virtud ha

⁵⁵⁸ A los derechos del paciente se han dedicado algunos apartados más arriba y a ellos hay que remitirse ahora para encontrar un desarrollo más detallado. En concreto, para el Derecho francés al epígrafe b) Estatuto jurídico del usuario del système de santé y, en especial, del paciente del hôpital public, que se sitúa en Sección 3.2.- El régimen jurídico del derecho a la protección de la salud en Francia y en particular los derechos de los pacientes-usuarios del système de santé. (PP. 108 y ss.)

En lo que hace al Derecho español, véase el epígrafe b) El estatuto del usuario de la sanidad pública: deberes y derechos del paciente en el Sistema Nacional de Salud, inserto en la Sección 2.2.- La configuración legal del derecho a la protección de la salud y en particular los derechos de los pacientes-usuarios del sistema nacional de salud, pp. 81 y ss.

⁵⁵⁹ Vid. sobre el aludido proceso de reconocimiento de los derechos de los pacientes como persona MATHIEU, Bertrand, "Les droits des personnes malades", en *Les Petites Affiches*, nº 122, 19 juin 2002, p. 10 y ss. y, también, desde una perspectiva más amplia, MATHIEU, Bertrand, "La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel", en *Les cahiers du Conseil contitutionnel*, nº 6, p. 59 y ss.

⁵⁶⁰ Estos principios se concretan en auténticos derechos subjetivos individuales, de los que ya se trató con cierto detalle en las pp. 77 y ss. en lo que respecta a España y en las pp. 109 y ss. en lo relativo a Francia, apartados a los que para evitar repeticiones hay ahora que referirse.

⁵⁶¹ El número especial de 2004 de la *Revue générale de droit médical* dedicó, titulado *droits des malades* da cuenta de la importancia que ha cobrado este fenómeno.

⁵⁶² Resulta del mayor interés sobre estas cuestiones, entre otras muchas, su libro, ya citado, *Fundamentos de Bioética*; aborda este fenómeno en particular en las pp. 173-182 y la cita lo es de la p.177.

sido el principio de la ética médica beneficentista y el de los derechos lo es de la ética médica basada en el principio de autonomía".

El ejercicio de la medicina y, por extensión, el conjunto de los sistemas sanitarios funcionaban sin tener en cuenta el derecho del paciente a ser informado; simplemente, porque tal derecho no se podía siquiera imaginar. El médico dosifica la información, ya que ésta no sirve de nada al paciente, porque quien decide por él es el propio médico, ya que sabe lo que es mejor para el paciente. Resulta curioso en este sentido, al tiempo que revelador, lo que, no ya sobre el consentimiento informado sino sobre la mera información, se preveía en las Normas Deontológicas publicadas el 8 de septiembre de 1945, como apéndice al Reglamento de la Organización Médica Colegial, en concreto su punto 14, el único de ese documento relativo a la información:⁵⁶³

"Obligación del médico de advertir cuando llega el peligro de muerte. Ante esta obligación, el médico observará las circunstancias morales y de entereza de carácter del enfermo y de sus familiares y ante el que crea conveniente participará la gravedad en que se encuentra el paciente, para que puedan obtenerse los auxilios espirituales y religiosos indispensables a toda conciencia católica. Con ello, avalorará su reputación y servirá de advertencia a los familiares para que preparen las disposiciones finales del enfermo en gravedad de muerte. "

Así las cosas, el progresivo reconocimiento del principio de autonomía, - de la libertad del paciente para decidir-, va a provocar una auténtica revolución en el sector sanitario; un cambio de paradigma, en virtud del cual, se impone que el enfermo deje de ser tratado como un incapaz, como un menor de edad que no puede ni conocer la realidad sobre su estado de salud ni puede decidir. Toda esta corriente hacia el reconocimiento de auténticos derechos subjetivos del paciente comienza con una reflexión en el campo de la ética y la deontología profesional y va a cristalizarse, en una suerte de *glissement de l'éthique au droit*,⁵⁶⁴ un deslizamiento desde la Ética hacia el Derecho apreciable en distintas normas jurídicas que se han adoptado en ambos países.

⁵⁶³ Se toma la cita de las pp. 96 y 97 de la obra ya referida de GRACIA GUILLÉN, *Fundamentos de Bioética*.

⁵⁶⁴ Expresión empleada en el Rapport public du Conseil d'État, de 1998, dedicado al derecho sanitario, bajo el título *Réflexions sur le droit de la santé*, pp. 225 y ss.

Baste ahora la cita de las dos, quizá, más representativas: En España, la ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de la documentación e información clínica y, en Francia, la ley de 4 de marzo de 2002,⁵⁶⁵ sobre derechos y deberes de los pacientes y de calidad del système de santé, así como las leyes de 1994 y 1998, conocidas como *lois bioéthiques*.

Pero es preciso recordar, como se acaba de señalar, que este proceso de *glissement de l'éthique au droit* en el ámbito sanitario empezó a desarrollarse a partir de un previo resurgimiento de la ética. Tras la Segunda Guerra Mundial y fundamentalmente como reacción a las atrocidades cometidas bajo el régimen nazi, algunas de ellas por médicos y que consistieron, en lo que interesa al objeto de esta tesis, en la experimentación⁵⁶⁶ con personas que estaban presas en campos de exterminio. Con ocasión del proceso de Nüremberg, en 1946, el Tribunal Internacional encargado de juzgar esos crímenes contra la Humanidad elaboró una lista de diez principios básicos de obligada observancia para que la experimentación con seres humanos se acomodara a las exigencias morales, éticas y jurídicas; se trata del conocido como Código de Nüremberg.⁵⁶⁷ El primero de estos principios reza así:

⁵⁶⁵ Si bien es cierto que esta ley francesa vino a sistematizar derechos del paciente que ya existían en el ordenamiento, más que a reconocer otros nuevos.

⁵⁶⁶ Experimentos sin finalidad científica alguna y consistentes más bien en torturas de una crueldad espantosamente humana, que si bien no es del caso ahora relatarlas, no podemos permitirnos el lujo de olvidarlas.

⁵⁶⁷ Sobre la prueba de los crímenes de guerra y contra la Humanidad cometidos, el Tribunal de Nüremberg declara en el preámbulo de este Código:

"(...) Desde el comienzo de la Segunda Guerra Mundial se realizaron, en Alemania y en los países ocupados, experimentos médicos criminales en gran escala sobre ciudadanos no alemanes, tanto prisioneros de guerra como civiles, incluidos judíos y personas "asociales". Tales experimentos no fueron acciones aisladas o casuales de médicos o científicos que trabajaran aislados o por su propia responsabilidad, sino que fueron el resultado de una normativa y planeamiento coordinados al más alto nivel del gobierno, del ejército y del partido nazi, practicado como parte del esfuerzo de guerra total. Fueron ordenados, aprobados, permitidos o sancionados por personas que ocupaban cargos de autoridad, las cuales estaban obligadas, de acuerdo con los principios de la ley, a conocer esos hechos y a tomar las medidas necesarias para impedirlos y ponerles fin (...)"

La cita esta tomada del libro que se reseña en la nota siguiente, pp. 165-166.

"1. El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial.

Esto quiere decir que la persona afectada deberá tener capacidad legal para consentir; deberá estar en situación tal que pueda ejercer plena libertad de elección, sin impedimento alguno de fuerza, fraude, engaño, intimidación, promesa o cualquier otra forma de coacción o amenaza; y deberá tener información y conocimiento suficientes de los elementos del correspondiente experimento, de modo que pueda entender lo que decide (...)"

El proceso que nos ocupa de deslizamiento de la ética hacia el derecho se acelera en los años 80 y 90 del pasado siglo. Y se ha ido traduciendo en una suerte de absorción de la ética y de la deontología profesional por el Derecho, lo que no deja de plantear dificultades, particularmente en materia de responsabilidad en la medida en que esta superposición de esferas, -la ética, la deontológica y la jurídica- puede generar confusión por las interacciones que se dan entre estas distintas esferas normativas,⁵⁶⁸ debido a que obedecen a razones de ser distintas y a finalidades también distintas.⁵⁶⁹ Cabría preguntarse hasta qué punto esta absorción de la ética por el derecho, ese *glissement au droit*, no tiene por consecuencia un vaciamiento del contenido de las obligaciones de naturaleza ética o deontológica.

En cualquier caso, uno de los puntos culminantes en este proceso de reconocimiento progresivo de derechos, derivados del principio de autonomía, en el ámbito clínico-asistencial, - como emanación de su equivalente en el campo jurídico, que serían la libertad y la dignidad-, lo encontramos en la afloración del derecho al consentimiento informado.⁵⁷⁰ Todo este proceso de

⁵⁶⁸ Véase sobre estas cuestiones, en el ámbito de la investigación biomédica, la obra colectiva dirigida por el profesor Jean-Pierre DUPRAT, *Jeux des normes dans la recherche biomédicale*, Presses Universitaires de la Sorbonne, 2002.

⁵⁶⁹ Diferencias a las que ha de añadirse otra principal; en Francia, la aprobación por decreto del *Code de déontologie médicale* confiere a éste una naturaleza reglamentaria de la que carece su equivalente español, que se aprueba y difunde exclusivamente por los colegios profesionales correspondientes o por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos.

⁵⁷⁰ Por todos, valga la cita aquí de los trabajos de J. César GALÁN CORTÉS, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, COLEX, 1997 y el del profesor D. Manuel

afirmación de los derechos de los pacientes se gesta, fundamentalmente, en EE. UU. donde aparecen los primeros códigos de derechos de los enfermos, como la *Patient's bill of rights*, adoptada por la Asociación Americana de Hospitales en 1973.⁵⁷¹ Como antecedente remoto, puede citarse a Benjamin Rush, médico y uno de los firmantes de la Declaración de Independencia, que situaba ya entonces la información entre las obligaciones primarias del médico y que trasladó las máximas de la democracia política al ámbito médico:

*"El pueblo manda aquí en medicina tanto como en política."*⁵⁷²

Y también, aunque de aparición más reciente,⁵⁷³ el derecho a la protección de datos⁵⁷⁴ de carácter personal,⁵⁷⁵ que reserva una especial protección a los

ALONSO OLEA, "El consentimiento informado en medicina y cirugía", en *RAP*, núm. 155, 2001, pp. 7-26.

⁵⁷¹ Según puede verse en la obra ya citada de GRACIA GUILLÉN, *Fundamentos de Bioética*, p. 174. Para una versión actualizada de esta carta de derechos de los pacientes puede consultarse President's Advisory Commission on Consumer Protection and Quality in the Health Care Industry. Patients' Rights and Responsibilities. Disponible en http://www.hcqualitycommission.gov/final/append_a.html. Accessed October 24, 2008.

⁵⁷² La cita la tomo de D. GRACIA GUILLÉN, *Fundamentos de Bioética*, p. 153, donde puede leerse:

"Benjamin Rush, (...), convirtió el autonomismo y la democracia no sólo en máxima política, sino en consigna médica (...) En su discurso sobre The Vices and Virtues of Physicians (1801), Rush consideraba que la información es un deber primario del médico. Por eso pedía a sus colegas "el despojo de todo misterio e impostura y vestir el conocimiento médico con un vestido tan simple e inteligible, que pueda resultar obvio ... para las mentes más obtusas."

Para Rush, el enfermo es quien debe decidir, pero sobre la base de la información suministrada por el médico."

Aunque, como matiza el profesor D. Gracia citando otros de sus escritos, no tanto porque B. Rush pensara que existía un principio de autonomía que así lo exigiera, sino más bien porque pensaba que la veracidad era buena para el paciente y por eso la recomendaba; lo recomendaba, pues, atendiendo al principio de beneficencia y no al de autonomía.

⁵⁷³ El consentimiento informado tiene también un reconocimiento reciente en el Derecho; en España, se introdujo por vez primera en una norma con rango de ley y de manera general, en la Ley 14/1986, General de Sanidad, en concreto en su art. 10.

⁵⁷⁴ Presentado por algunos como un derecho a la autodeterminación informativa.

⁵⁷⁵ Como derecho fundamental, reconocido en el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y según declaró, en España, la STC 202/2000 y desarrolla el profesor

datos relativos a la salud⁵⁷⁶ y que sirve para proteger el derecho a la intimidad,⁵⁷⁷ pero no sólo y que, desde luego, desempeña una función instrumental destacada en lo que se refiere al secreto médico y a la necesaria confidencialidad de la información clínica.

Esta evolución⁵⁷⁸ hacia el principio de autonomía propició en Francia que la jurisprudencia fuera reconociendo el principio del consentimiento a los tratamientos médicos, a partir del respeto a la persona. Y, de este modo, la jurisprudencia vino a preparar el terreno a los legisladores francés y también español que dieron acogida al principio según el cual, con carácter general, no se puede practicar una intervención sanitaria en una persona que incida en su cuerpo, sin contar con su previo consentimiento; consentimiento que, además, ha de venir precedido de una información adecuada.⁵⁷⁹ Los textos legales que

José Luis PIÑAR MAÑAS en "El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 19-20, 2003, pp. 45-90.

⁵⁷⁶ Ello en atención no sólo al derecho a la intimidad que puede verse afectado, sino por las casi inimaginables posibilidades que ofrece y ofrecerá la técnica en el diagnóstico de probabilidad de padecer determinadas patologías y los riesgos de un uso discriminatorio de esa información. Todo esto tiene que ver con la investigación biomédica y con la medicina llamada predictiva, que pese a ser del mayor interés, sólo pueden ser evocadas en este trabajo.

Recuérdese en este sentido la prohibición de discriminación basada en la herencia genética de las personas, que se introdujo en el art. 16-13 del Code civil por la Ley nº 2004-800, de 6 de agosto de 2004:

"Nul ne peut faire l'objet de discriminations en raison de ses caractéristiques génétiques."

⁵⁷⁷ Le droit à la vie privée que se reconoce en el art. 9 del Code civil, que establece que:

"Chacun a droit au respect de sa vie privée."

Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé."

⁵⁷⁸ Que puede seguirse en ambos países, por todos, en DORSNER-DOLIVET, Annick, "Le consentement au traitement médical: une liberté fondamentale en demi-teinte", *RFDA*, 3/2003, pp. 528-535 y en GONZÁLEZ SALINAS, Pedro, (coord.), *Autonomía del Paciente, Información e Historia Clínica*, 1ª ed. Thomson, Madrid, 2004.

⁵⁷⁹ A menos que el titular de ese derecho a la información renuncie a recibir esa información y dicha renuncia no suponga un riesgo para terceros o para la salud pública.

establecen, de manera general, este capital principio⁵⁸⁰ del *consentement libre et éclairé*⁵⁸¹ son, en Francia, el art. 16-3 del Code civil,^{582 583} que dispone que:

*"Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui."*⁵⁸⁴

Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir"

Y en España, el art. 8⁵⁸⁵ de la Ley 41/2002⁵⁸⁶, aunque existen, en ambos países, otras muchas disposiciones sectoriales en materia de consentimiento

⁵⁸⁰ Que constituye, además una obligación deontológica del personal médico, en virtud de lo dispuesto en el art. 36 del Code de déontologie médicale.

⁵⁸¹ Es decir, precedido de una *information loyale*.

⁵⁸² En la redacción que le dieron las llamadas leyes *bioéthiques*, la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps et modifiée par l'article 70 de la loi 99-641 du 27 juillet 1998.

⁵⁸³ En la misma línea, según la redacción que la ley de 4 de marzo de 2002, conocida como loi Kouchner, dió al art. L. 1111-4 del Code de Santé publique, el enfermo se convierte en un sujeto activo:

"puisqu'il prend avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et préconisations qu'il lui fournit, toute décision concernant sa santé."

⁵⁸⁴ Este último inciso se introdujo mediante la nº 2004-800, de 6 de agosto de 2004.

⁵⁸⁵ Los restantes apartados del art. 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de la información y de la documentación clínica, detallan este principio general y establecen que:

"2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento."

⁵⁸⁶ Pueden citarse como antecedentes normativos de este precepto, el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social de 1972, que señalaba que los enfermos tenían derecho a autorizar las intervenciones que supusieran riesgo notorio previsible y a ser informados de su estado de gravedad.

en sectores específicos.⁵⁸⁷ En este artículo se establece, como principio general, que:

"1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso."

Se puede entonces concluir que el reconocimiento del derecho a que no se practique una intervención sanitaria sin contar con el previo consentimiento de la persona, es decir, al consentimiento informado, se ha ido abriendo paso gradualmente a través de decisiones judiciales⁵⁸⁸ que, progresivamente, han impulsado la evolución desde el clásico paternalismo médico hacia otra concepción de las relaciones clínico-asistenciales, presidida por el principio de autonomía. Tal principio exige que se considere al enfermo como una persona adulta, capaz de decidir por sí. Inevitablemente, este cambio de paradigma va a tener un reflejo en materia de responsabilidad, según se trata más adelante, si se considera todo el haz de derechos y deberes en que se concreta el principio de autonomía⁵⁸⁹ y cuya infracción podrá ser constitutiva de un

También, el R.D. 2082/1978, de 25 de agosto, declarado nulo posteriormente en 1982 por omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado y cuyo su anexo relaciona una serie de garantías para los usuarios de los centros hospitalarios, al objeto de establecer una suerte de carta de derechos del paciente.

Y finalmente, el art. 10, en especial, sus apartados 5 y 6 de la Ley general de Sanidad, primera norma con rango de ley que estableció, de manera general en el campo sanitario, la obligación de informar a la persona sobre el proceso asistencial de que fuera objeto y de obtener su consentimiento previo.

⁵⁸⁷ Como los ensayos clínicos, la extracción y donación de órganos, la interrupción voluntaria del embarazo o la investigación biomédica, los cuales sólo pueden quedar ahora aquí mencionados.

⁵⁸⁸ Destaca la importancia de las decisiones judiciales en el avance de este proceso Diego GRACIA GUILLÉN, en su libro ya citado, *Fundamentos de Bioética*, p. 154:

"No es una exageración afirmar que el derecho de los enfermos a ser informados y a decidir autónomamente sobre su propio cuerpo les ha venido impuesto a los médicos desde los tribunales de justicia; o también, que la autonomía es un principio ajeno a la tradición médica, que ha llegado a la medicina desde la ética jurídica."

⁵⁸⁹ Así lo pone en evidencia, entre muchos otros, ALBERT, Nathalie, "Obligation d'information médicale et responsabilité", *RFDA*, mars-avril 2003, pp. 353 y ss.

funcionamiento anormal -en el derecho público español- o de *une faute* -en el derecho público francés-, susceptible de comprometer, indirecta o directamente, la responsabilidad de la Administración sanitaria o la *responsabilité hospitalière*.

Importa hacer notar que el proceso de afirmación del principio de autonomía es, sobre todo, un proceso abierto, que está y estará en continua evolución⁵⁹⁰ y que implica un cambio radical en la forma de entender las relaciones entre los profesionales y establecimientos sanitarios con los pacientes, usuarios, en definitiva, con las personas que a ellos recurren. Y este cambio choca, necesariamente, con una de las fuerzas más poderosas que gobiernan la Humanidad y la vida de las personas: la fuerza de la inercia. De este choque nacen resistencias y anticuerpos, que conducen a que se pervierta el auténtico sentido del consentimiento y de la información y a que, por no pocos profesionales sanitarios, se entienda que la razón de ser del consentimiento obedece más a su propia protección frente a eventuales denuncias o reclamaciones, que al ejercicio de la autonomía del paciente.⁵⁹¹ Las intervenciones del legislador que, como las antes citadas, tienen una vocación de transformar, de manera además sustancial, la realidad social en la que

⁵⁹⁰ Así lo entiende también el Diego GRACIA, en su obra recién citada, p. 173:

"(...) la evolución ética y jurídica de la medicina no puede desconectarse de su evolución científica y lógica. (...) Por eso la cuestión del consentimiento informado del paciente, lejos de hallarse completamente terminada, sigue abierta hacia adelante. (...) Sólo cuando los hábitos mentales y lógicos de los médicos (y de los pacientes) cambien, el ideal del consentimiento informado será completamente alcanzable. (...) sólo entonces se habrá conseguido una medicina más humana, en la que los pacientes sean tratados y acepten ser sujetos adultos, libres y responsables y no niños temerosos que acuden al médico llevados por un irracional deseo de protección y salvación."

⁵⁹¹ A ello se refiere CASADO, María, "Los Derechos Humanos como marco para el Bioderecho y la Bioética", p.113-135, en ROMEO CASABONA, Carlos María, (Coord.), *Derecho biomédico y bioética*, Comares, 1998, en concreto en las pp. 129 y 130:

"La atribución generalizada de derechos no está aún suficientemente implantada y ya aparecen perversiones del sistema. Un ejemplo: la obtención del consentimiento informado de los pacientes, (...), constituye una política propiciada por la Administración sanitaria. Pero puesto que el principio de autonomía - que impregna los demás aspectos de la vida de los individuos en las sociedades modernas - se resiste a ser aceptado en el terreno de la medicina, se constata una inversión absoluta del esquema: de ser el médico el obligado a informar y obtener el consentimiento del enfermo, pasa a ser el paciente el obligado a "firmarle" al médico, o a la institución los "papeles" del consentimiento, si es que quiere que se le opere. Del derecho a recibir información y a decidir respecto a las alternativas que considera más adecuadas para sí mismo se pasa así al deber de firmar el consentimiento informado".

inciden producen este tipo de efectos⁵⁹² y por tanto, se requiere tiempo para que ese cambio pase de la norma escrita a la práctica de los sujetos a los que se dirige, en este caso, a los profesionales sanitarios.

En resumen, puede apreciarse que el principio de autonomía del paciente y, una de sus principales concreciones como es el consentimiento informado han pasado a ocupar en los ordenamientos español y francés un lugar destacado, en coherencia con ese proceso general de afirmación de los derechos humanos y sus adaptaciones al concreto ámbito sanitario. Conviene además tener presente dos factores que, desde la perspectiva internacional, contribuyen de manera innegable a que los ordenamientos de ambos países converjan, en lo esencial, en estas materias: Me refiero al Convenio de Oviedo⁵⁹³ y a la Carta de Derechos Fundamentales⁵⁹⁴ de la Unión Europea, dado que en ambos se reconoce el principio de autonomía de la persona como paciente o en sus relaciones con la biomedicina, así como la regla general del

⁵⁹² Me refiero, por ejemplo, a la extendida práctica en el sector sanitario, al menos español, de identificar el consentimiento informado con el hecho de firmar un papel, un documento por lo general estandarizado e inespecífico, cuando el consentimiento, en realidad no es más que un punto dentro de un proceso continuado e interactivo de información entre la persona y el profesional sanitario. Resulta, pues, sumamente paradójico que el fin que persiguió el legislador español al introducir en la LGS la obligación de informar y de recabar el consentimiento, que no es otro que el

⁵⁹³ El citado Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina, adoptado en el seno del Consejo de Europa y que es Derecho vigente en ambos países, dispone en su Capítulo II, relativo al consentimiento, que:

"Artículo 5. Regla general.

Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento.

Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias.

En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento."

⁵⁹⁴ En concreto, su artículo 3 dispone, sobre el derecho a la integridad de la persona que:

" 1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica.

2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:

- el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley,

- la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas,

- la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro,

- la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos."

consentimiento, que ha de ser libre, precedido de una información adecuada y previo a la práctica de cualquier actuación que afecte a su cuerpo.

Este apartado se ha centrado en el reconocimiento del principio de autonomía del paciente y de los derechos que de ella emanan; sin embargo, no puede dejarse de mencionar el proceso que, en paralelo y como realización de la orientación social de ambos ordenamientos político-constitucionales, se ha producido al objeto de dotar al derecho a la protección de la salud de un contenido real y concreto,⁵⁹⁵ al alcance del conjunto de la población, a través de la efectiva implantación de políticas públicas y de prestaciones orientadas a tal fin. Dentro de estas medidas, recordaré sólo dos, quizá las más significativas: La universalización del derecho a la asistencia sanitaria en España, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley 14/1986, General de Sanidad y, en Francia, con la creación de la *couverture maladie universelle*, por medio de la ley 657, de 27 de julio de 1998.

Y después de haber tratado, desde una perspectiva fundamentalmente individual, el fenómeno de la progresiva aparición de los derechos y libertades de las personas, enfermas o usuarias de los servicios sanitarios, a la luz del principio de autonomía y en el marco de lo que puede considerarse una consolidación del Estado social y de Derecho, procede tratar ahora de este mismo proceso, pero analizado desde una perspectiva más comunitaria, colectiva. Se trata de lo que el legislador francés de 2002 denominó *démocratie sanitaire*.

Subsección 3.1.2.- La llamada democracia sanitaria:

Democracia sanitaria: El término mismo plantea dudas sobre su adecuación y sobre si es suficientemente expresivo de lo que el legislador

⁵⁹⁵ De las vías por las cuales en los sistemas español y francés se han atendido estos fines ya se dio cuenta más arriba, adonde ahora me remito; en particular en Título II.- LAS FÓRMULAS ORGANIZATIVAS CREADAS PARA MATERIALIZAR EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: UNA CONVERGENCIA FUNCIONAL MATIZADA POR UNA DIVERSIDAD ORGANIZATIVA.

francés de 2002 quiso aportar con dicha referencia, que, por lo demás, representa una especificidad francesa, que en el ordenamiento español, por el momento, no encuentra equivalencia. La mayoría de los autores,⁵⁹⁶ si no todos, se aproximan a este tema interrogándose sobre el alcance y significado de la *démocratie sanitaire*, en parte porque no se da una definición en la ley de 4 de marzo de 2002. Por otro lado, como pone de relieve el profesor L. Dubouis,⁵⁹⁷ parece difícil oponerse a una iniciativa en el ámbito sanitario, que pese a su vaguedad, se asocia a una idea sumamente positiva como es la de la democracia.⁵⁹⁸

⁵⁹⁶ El profesor Jean-Pierre DUPRAT da noticia, también, de las reticencias de los propios legisladores acerca de la oportunidad del término, que, por cierto, figuraba en la ley de 4 de marzo de 2002, pero no se incorporó como tal después al Code de santé publique. Vid. DUPRAT, Jean-Pierre, "Démocratie sanitaire et droits du malade", en *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, Dalloz, 2004, p. 145-163. Durante los debates parlamentarios, quien sería después Ministre chargé de la santé, M. Jean-François Mattéi, calificó la *démocratie sanitaire* como una "fiction".

En parecidos términos, LE GALL, Guy, "Démocratie sanitaire: point de vue du médecin", en *Revue générale de droit médical, le sens des mots, numéro spécial*, 2008, p. 168 et 170 y ALFANDERI, Éli, "La démocratie sanitaire - Aspect juridique et médical", en *RGDM*, 2004, numéro spécial sur les droits des patients, pp. 37 y ss. Sobre el objetivo de restablecer la confianza de los pacientes en el sistema sanitario, como uno de los principales de la ley de 4 de marzo de 2002 y, por tanto, también de la *démocratie sanitaire*, vid. ÉVIN, Claude, "Les nouvelles responsabilités médicales depuis la loi du 4 mars 2002", *LGDM*, nº 10, 2003, p. 9.

⁵⁹⁷ DUBOUIS, Louis, "Démocratie sanitaire et droits du malade", en *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, Dalloz, 2004, p. 127 y ss., se pregunta (p. 128):

"Qui ne souscrirait à cette orientation de notre droit de la santé? On conçoit mal les raisons qui conduiraient à refuser qu'après le politique, l'économique, le social, les principes et mécanismes démocratiques pénètrent le domaine de la santé. Les principes fondamentaux de notre société ne sauraient voir se fermer devant eux la porte des hôpitaux, cliniques ou cabinets médicaux et la régulation du système de santé échapper à leur emprise."

⁵⁹⁸ Podría pensarse, incluso, que nos pudieramos hallar ante otro ejemplo de utilización de términos que, por su carga sociológica positiva, se asocian a determinadas medidas de carácter político con el objeto de que tengan una mejor acogida en la opinión pública. Quizá el ejemplo más claro de lo que se acaba de decir sea el relativo al uso de los términos sostenibilidad y sostenible.

Ante la falta de una definición normativa de la *démocratie sanitaire*, puede aportar quizá algo de luz la definición que la *Fédération hospitalière de France* ofrece de la democracia sanitaria,⁵⁹⁹ como:

"la possibilité offerte au patient de se transformer en acteur, d'où la nécessité absolue d'information, de consentement, de codécision, de participation active du malade a son traitement. C'est également l'émergence et la reconnaissance institutionnelle de droits collectifs des usagers du système de santé par le biais associatif. C'est aussi la réécriture (...) des règles afférentes à la responsabilité médicale et hospitalière".

Se mezclan en esta definición,⁶⁰⁰ tanto los aspectos individuales, ya vistos al tratar los derechos y libertades del paciente como persona, con los aspectos colectivos, relativos a la participación de los usuarios e, incluso, otros que tienen que ver con la confirmación del principio de responsabilidad *pour faute* y con el mecanismo de indemnización de determinadas categorías de daños que introduce la Ley de 4 de marzo de 2002. Estos últimos aspectos, entiendo que están más ligados a conceptos clave como son el el Estado de Derecho y con la orientación social del Estado y que, por tanto, parece más oportuno que se traten al margen del difuso concepto que es la *démocratie sanitaire*. Respecto a los primeros, los referidos a la dimensión individual y colectiva, considero que, si se pretende calibrar el alcance real de la democracia sanitaria, conviene que se examinen separadamente. Ello sin ignorar, como señala el profesor Doubouis,⁶⁰¹ que *"comme dans la démocratie politique, participation à la décision et droits fondamentaux constituent deux catégories de prérogatives indissociables, complémentaires"* y que los primeros son presupuesto necesario de los segundos y éstos, los ligados a la participación en la toma de decisiones tienen por objetivo el respeto de los derechos individuales.

⁵⁹⁹ En "Les droits du patient dans la loi du 4 mars 2002", que se incluye en su *Guide méthodologique*; la definición la cita DUPUY, Olivier, *La gestion des informations relatives au patient. Dossier médical et dossier médical personnel*, Les Études Hospitalières, 2005, p.60.

⁶⁰⁰ Como en la mayor parte de los estudios doctrinales referidos a la Ley de 4 de marzo de 2002; v. gr. PÉDROT, Philippe, "Libres propos sur la démocrtaie sanitaire", *LPA*, 19 juin 2002, nº 122, p. 5.

⁶⁰¹ En su artículo citado en la página anterior y, en concreto, en su p. 129.

Por su parte, Dominique Thouvenin sostiene que la voluntad de los promotores de la reforma es que la *démocratie sanitaire* actúe como un motor de impulso para la creación de reglas jurídicas que permitan al enfermo "d'intervenir directement sur la définition et la mise en oeuvre des droits et des prestations dont il est bénéficiaire".⁶⁰² Según lo expresa, en términos coincidentes, Anne-Marie Brocas,⁶⁰³ coordinadora de los "États généraux de la santé", las razones que llevaron a la reivindicación de esta concreción particular de la democracia y de las normas jurídicas que permitan su expresión son las siguientes: la constatación de que los enfermos, pese a ser los principales interesados, dependían de las modalidades tradicionales de representación,⁶⁰⁴ quedando desprovistos de medios que permitieran la expresión y la toma en consideración de sus expectativas respecto al *système de santé*. Por otro lado, el reconocimiento de derechos tenía como objetivo específico el convertir a la persona enferma en un sujeto agente, de manera que su participación directa pudiera utilizarse también como un instrumento para mejorar la calidad del servicio prestado por el *système de santé*.

En cualquier caso y a pesar de que nos hallemos en un entorno sociopolítico y jurídico que parece privilegiar más los derechos que las obligaciones, no deja de llamar la atención que, según pone en evidencia el profesor J.-P. Duprat, existe un cierto desfase entre derechos y obligaciones en la Ley de 4 de marzo de 2002, "car, l'idée de démocratie sanitaire renvoie à une citoyenneté qui ne peut que susciter la définition d'obligations, à côté de la précision des droits".⁶⁰⁵ Este desfase revela que la citada ley, que acuña el

⁶⁰² THOUVENIN, Dominique, "Les droits des personnes malades ne peuvent pas être transformés en obligations", en *Revue générale de droit médical*, nº 13, 2004, p. 85.

⁶⁰³ BROCAS, A.-M., "Présentation du numéro sur La Démocratie sanitaire", *Revue française des affaires sociales*, núm. 2, avril-juin 2000, pp. 9-14.

⁶⁰⁴ La parlamentaria y la que corresponde a los agentes sociales.

⁶⁰⁵ Y continúa afirmando:

"Cette dimension contribue à limiter l'exercice de ces derniers, comme ceci d'ailleurs transparaît dans l'intitulé du Chapitre II - "Droits et responsabilités des usagers", ce qui va de pair avec l'évocation de la participation au fonctionnement du système de santé (chapitre III)"

término de la democracia sanitaria, no tuvo suficientemente en cuenta las condiciones económicas y de financiación que en el ámbito del système de santé condicionan su evolución.⁶⁰⁶ No obstante, pese a que la Ley de 4 de marzo de 2002 avanza en el objetivo de promover el papel del paciente para erigirlo en un verdadero sujeto, dotado de derechos, también -y esta es la dimensión nueva que aporta la reforma de 2002-, le asigna obligaciones que se le imponen para asegurar la permanencia de un sistema de salud cuyo coste aumenta sin parar.

Al tiempo que reafirma y sistematiza la autonomía del paciente, la Ley de 4 de marzo de 2002 persigue proteger también el conjunto del sistema de salud, en cuyo marco se sitúan los pacientes cuya participación se busca a través del reforzamiento de su derecho a la información. Es este conjunto el que conforma la noción, poco habitual según se ha dicho ya, de democracia sanitaria. Se trata de hacer de los pacientes sujetos y actores responsables del sistema sanitario, para que no incurran en un comportamiento consumista de atención sanitaria que ponga en peligro la pervivencia del sistema. Así, los derechos recogidos en el Code de la santé publique y que son desarrollo de los que figuran en el Code civil, tienen una doble finalidad: la de asegurar la protección de las personas, desde una perspectiva individualista tradicional y la de hacer recaer también obligaciones a su cargo, ante el coste creciente de la protección social y de la limitación de los recursos disponibles, de todo lo cual da cuenta la expresión de usuarios del sistema de salud que se plasma en la ley de 2002. Los pacientes son pues corresponsables⁶⁰⁷ de la permanencia o continuidad del sistema de salud:

Vid. DUPRAT, J.-P., "Démocratie sanitaire et droits des malades", in *Mélanges Sonnenberger*, Beck, Munich, 2004, p. 845 à 863.

⁶⁰⁶ Según señala este mismo autor en DUPRAT, Jean-Pierre, "Démocratie sanitaire et droits du malade", en *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, Dalloz, 2004, p. 145-163.

⁶⁰⁷ Según se establece en el art. L. 1111-1 del CSP.

"Les droits reconnus aux usagers s'accompagnent des responsabilités de nature à garantir la pérennité du système de santé et des principes sur lesquels ils reposent".

El paciente se encontraría así implicado en una lógica de asociación con el *système de santé*, destinada a superar el estadio de la protección individual de los derechos y a adentrarse en una dimensión colectiva, la cual le obliga,⁶⁰⁸ - como afirma el profesor J.-P. Duprat,⁶⁰⁹ con quien coincide en este aspecto D. Tabuteau⁶¹⁰-, a hacer un buen uso de los recursos disponibles de que dispone la Sécurité sociale para poner los medios que permitan atender el derecho a la protección de la salud, so pena de comprometer la viabilidad del

⁶⁰⁸ No sólo se le obliga a hacer un buen uso de los recursos sanitarios, sino también, "a hacer ellos mismos esfuerzos para controlar y mejorar su propia salud" (JO 11 août 2004, p. 14318), según puede leerse entre los objetivos que, más como deseo del legislador que como auténtico mandato, figuran en el anexo de la ley de 9 de agosto de 2004, relativa a la política de salud pública.

En esta línea, ya se ha planteado en algunos sistemas sanitarios la posibilidad de limitar o encarecer el acceso a determinadas prestaciones a personas que no cuiden su salud, lo cual no deja de ser algo paradójico desde el punto de vista clínico-asistencial y que se explica, únicamente, por la escasez de los recursos y el coste de la atención sanitaria, es decir, por un criterio económico y no sanitario.

⁶⁰⁹ DUPRAT, Jean-Pierre, "Les progrès technologiques en biomédecine et le renforcement des droits de la personne", Ponencia presentada en los XI Cursos de Enero de la Universidad San Pablo - CEU, enero de 2005, ejemplar mecanografiado.

"Un élément important du contrat social sur lequel repose la société française contemporaine est mentionné dans le Préambule de la Constitution de 1946, s'agissant du droit à la protection de la santé. Mais celui-ci ne peut être mis en œuvre qu'au regard des ressources disponibles pour la Sécurité sociale, sauf à établir un double système dont l'un serait régi par la liberté des honoraires, en donnant lieu seulement à un remboursement forfaitaire éloigné du coût réel de la prestation et supporté alors par les individus dotés de revenus suffisants. C'est pour prévenir une telle évolution que la mention de la démocratie sanitaire apparaît dans le texte de 2002, dont l'une des expressions majeures est le droit à l'accès aux soins, mais assorti de contreparties."

⁶¹⁰ TABUTEAU, Didier, "Santé et devoirs sociaux", RDSS, núm. 1/2009, pp. 42-62, en este artículo, pone de manifiesto cómo las últimas reformas relativas a los principios de organización del *système de santé* y de l'assurance maladie, buscan una "necesaria" responsabilización de los individuos con el objetivo último de establecer un nuevo equilibrio entre derechos y deberes en materia de salud. Deber de cotización, deber de moderación, de sumisión en interés de la colectividad, deber de sujeción al médico y tras las reformas recientes, orientadas a la afirmación de responsabilidades, el deber de decisión, el desarrollo de un deber de economía y "d'observance."

propio sistema sanitario, al menos en lo relativo al régimen actual de copago por el usuario. Y en esa lógica de asociación del paciente con el *systeme de soins*, la ley de 4 de marzo de 2002 promueve que los centros sanitarios refuercen y faciliten la intervención de asociaciones de usuarios, que desinteresadamente presten apoyo y acompañamiento a los enfermos, para el desarrollo de otras actividades e incluso para representar a los usuarios en el consejo de administración del hospital.⁶¹¹ Finalmente, la ley de 9 de agosto de 2004 prevé igualmente la representación de los usuarios del sistema de salud y de los enfermos en la Conferencia regional de salud⁶¹² que interviene a su vez en la elaboración del plan regional de salud pública y en otras instancias como las *Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation*, en adelante, CRCI.⁶¹³

Existen, no obstante, no pocas cuestiones pendientes de concretar sobre la *démocratie sanitaire*, como podría ser la relativa a su encuadre en la democracia política o representativa⁶¹⁴ o las dificultades de su concreción en la

⁶¹¹ Desde la ordonnance n° 96-346, du 24 avril 1996.

⁶¹² La Ley 2009-879, de 21 de julio de 2009, *hôpital, patients, territoire*, añade la autonomía a estos órganos de participación y consultivo, que después del periodo transitorio previsto en la propia ley pasarán a denominarse *Conférences régionales de santé et de l'autonomie*.

⁶¹³ Según se prevé en el Art. L1142-6 CSP desde la reforma introducida por la Ley de 4 de marzo de 2002:

"Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales sont présidées par un magistrat de l'ordre administratif ou un magistrat de l'ordre judiciaire, en activité ou honoraire. Elles comprennent notamment des représentants des personnes malades et des usagers du système de santé, des professionnels de santé et des responsables d'établissements et services de santé, ainsi que des membres représentant l'office institué à l'article L. 1142-22 et les entreprises d'assurance."

⁶¹⁴ El informe del COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, titulado *Pour une régionalisation du système de santé en 2025. Offre, régulation et acteurs: Essai de prospective*, La Documentation Française, 2005, contiene, un detallado estudio de la evolución regionalizadora que puede seguir en los próximos años el *Systeme de santé* y esta reflexión, más matizada, sobre la *démocratie sanitaire*, p. 118:

*"6. Conforter la légitimité du politique en santé :
Partiellement à contre courant d'une orientation favorable à l'émergence d'une démocratie sanitaire spécifique, le groupe pense préférable que la démocratie politique s'empare de la santé. Les relations actuelles entre politique et santé sont largement empreintes de méconnaissance, de défiance et surtout d'irresponsabilité. Démocratiser, au sens politique, la santé, ne peut passer exclusivement par une délégation expresse aux*

práctica; por ejemplo, la relativa a si pueden los usuarios participar realmente en la definición de los objetivos de las políticas sanitarias si no se da una cierta "profesionalización"⁶¹⁵ de esos usuarios.⁶¹⁶ Tampoco aparecen claras cuáles son las obligaciones de los usuarios, como ciudadanos partícipes de esa democracia sanitaria.

En suma, la *démocratie sanitaire* parece presentarse más como un medio que como un fin; un medio para involucrar a los usuarios en el control del gasto, con lo cual, el empleo del término democracia no parece aportar otra cosa que un revestimiento estético de un conjunto de medidas orientadas, fundamentalmente, al control del gasto con el fin de asegurar así la continuidad del sistema de prestaciones.

Sección 3.2 ¿*Démocratie sanitaire* o sistema sanitario de un Estado social y democrático de Derecho?⁶¹⁷

usagers et à leurs représentants, nonobstant leur rôle majeur et indispensable de contre-pouvoir."

⁶¹⁵ En este sentido, el art. L. 1114-3 CSP recoge una importante medida de apoyo, en el sentido de que los trabajadores por cuenta ajena, que formen parte de una asociación de usuarios acreditada por la Administración, pueden acogerse a reducciones de jornada remuneradas cuando se integren en alguno de los cauces de participación previstos en el CSP.

⁶¹⁶ Si bien existe el riesgo de que estos usuarios, profesionales de la representación de las asociaciones de usuarios terminen atendiendo más a sus propios intereses que a los de sus representados. Claro que ese es un riesgo siempre presente en toda representación y que sólo puede conjurarse a través de los medios de control propios de toda organización democrática. Preventivos, al elegir a esos representantes y estableciendo métodos de trabajo presididos por el principio de transparencia. Y reactivos, por medio de las acciones de control y, en su caso, remoción, de los cargos directivos que prevean los estatutos de las asociaciones en que se integren los usuarios, enfermos o sus familiares.

⁶¹⁷ Aunque la expresión Estado social y democrático de Derecho se toma prestada del art. 1 CE, según se argumentó al inicio de este trabajo, resulta trasladable al sistema político-constitucional de la V República Francesa.

Conviene recordar, siguiendo al profesor Piñar Mañas,⁶¹⁸ que la idea hoy vigente de democracia se halla unida, de manera cada vez más estrecha, a la noción de transparencia, porque la transparencia es un instrumento clave para controlar, -preventivamente, aunque no sólo-, el poder público⁶¹⁹ y las organizaciones y personas por medio de las que actúa. Y ese control del poder público es consustancial a una sociedad democrática, en la medida en que de la eficacia de ese control depende en buena medida el que los ciudadanos puedan disfrutar de sus derechos. Nos hallaríamos, pues, ante principios de alcance constitucional: la responsabilidad de los poderes públicos a que se refiere el art. 9.3 CE y que, en el ordenamiento francés, se expresa desde 1.789 con otras palabras, pero con un mismo fin, en el art. 15 de la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen.⁶²⁰ Principios de los que deriva un deber, el que obliga a los agentes públicos a dar cuentas⁶²¹ de lo actuado en la gestión de un interés del que no son los dueños⁶²² y el correlativo derecho de los

⁶¹⁸ PIÑAR MAÑAS, José Luis, *Protección de datos, privacidad y transparencia*, publicado por la Fundación Alternativas en junio de 2009.

⁶¹⁹ Cabría preguntarse en este punto si no sería más oportuno hablar sólo del control del poder, del poder a secas, que del control de los poderes públicos; si no convendría mejor no adjetivar el poder para que, de este modo, se propiciara también el control, por la vía de la transparencia, de los poderes privados. A mi modo de ver, la respuesta ha de llevar a extender las exigencias del principio de transparencia, aunque no con la misma intensidad, también a aquellos poderes privados cuya actuación sea susceptible de producir efectos relevantes en el conjunto de la sociedad. En tal sentido, cabe señalar, por ejemplo, la conveniencia de adoptar medidas coherentes con la transparencia en el sector financiero, para fomentar la confianza en los mercados de los inversores o en el sector de los medios de comunicación, para que se pueda saber quién y qué intereses económicos o de otro tipo están detrás de los medios de comunicación. Ya se han adoptado algunas, pero es lícito preguntarse si son suficientes.

⁶²⁰ Según el cual:

"*La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration.*"

⁶²¹ Lo que se expresa mediante el término *accountability* en lengua inglesa y que se encuentra muy presente en los sistemas anglo-americanos, como demuestra la existencia en EE.UU. de la *Government Accountability Office*, www.gao.gov.

⁶²² Sobre el carácter servicial de la organización pública que es la Administración, véase, por todos, el *Curso de Derecho Administrativo*, de los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FÉRNANDEZ RODRÍGUEZ, T.R., ya citado.

Resulta, también, particularmente ilustrativa sobre este particular la cita del art. 103 CE:

ciudadanos a exigir que se les dé cuentas, derecho para el que la transparencia es a la vez un fin y un instrumento. Las obligaciones que, para la Administración, se siguen del principio de transparencia exigen, en primer término, que su actuación sea conocida y que, a partir de ese conocimiento, el ciudadano pueda pedir cuentas sobre lo actuado.

Al margen de las reflexión de alcance general que acaba de exponerse, es preciso constatar que, en ambos países y más aún en Francia, se ha registrado un notable avance en lo relativo al acceso a la información en el sector sanitario.⁶²³ Tal evolución representa un paso hacia la transparencia y refuerza las vías de control sobre los servicios públicos, vías de control que, en las sociedades democráticas avanzadas, se ejercen también a través del escrutinio público, que resulta imposible si no hay una cierta transparencia. Además, la transparencia en el sector sanitario favorece algo tan decisivo en este sector como es la confianza. Confianza, por un lado en el conjunto del sistema sanitario, en la medida que los ciudadanos saben que no se les ocultará la información relevante en materia de salud pública y confianza, por otro lado, en las relaciones del paciente-usuario con los profesionales que lo atiendan y con el *système de santé*, por la misma razón recién expresada, aunque referida a la concreta situación individual del paciente.

"La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales (...)"

⁶²³ En otros ámbitos -y sin que por ello se adjetive el sustantivo democracia para designar las aplicaciones que pueda tener en un concreto sector-, se observa una marcada tendencia hacia la transparencia y la participación de los ciudadanos. Destaca en este sentido la Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre el acceso del público a la información ambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE, del Consejo, y de la Directiva 2003/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación pública y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE.

También se procura la información y participación del público en la preparación de los grandes proyectos de infraestructuras, en el ámbito urbanístico, en el de la farmacovigilancia o en el general de la seguridad de los productos, a través de las redes de alerta creadas a tal efecto, incluso a escala de la Unión Europea.

Como se ha adelantado en el párrafo anterior, la mejora sustancial en el acceso a la información puede apreciarse tanto desde una perspectiva colectiva o comunitaria, ligada a la salud pública,⁶²⁴ como desde una perspectiva individual, ligada a la salud de la persona.⁶²⁵ De la dimensión comunitaria en el acceso a la información relativa a la salud,⁶²⁶ como una concreción del principio de transparencia, se ocupa, entre otros preceptos del ordenamiento español, el art. 6 de la Ley 41/2002, sobre el derecho a la información epidemiológica:

"Los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley."

De forma más pormenorizada y desde la perspectiva del acceso a la información del paciente individualmente considerado, importa destacar el deber de información o declaración de daños que se establece en el art. L1142-

⁶²⁴ Al objeto de medir la evolución positiva en este aspecto, puede compararse la manera en que se gestionó y difundió la información durante la conocida como crisis de las "vacas locas" y como se está haciendo con relación a la llamada gripe A, asuntos ciertamente distintos pero unidos por su repercusión en la salud pública.

⁶²⁵ Según se prevé, en el Derecho español, principalmente en el art. 18 de la Ley 41/2002. Encontramos su equivalente en el Derecho francés en el art. L.1111-7 CSP, que reconoce este derecho de la persona a acceder a la información que se refiera a su salud, aunque sujeto a algún límite, cuando pueda traducirse en un perjuicio para un tercero que no haya participado en la asistencia sanitaria:

"Toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé détenues, à quelque titre que ce soit, par des professionnels et établissements de santé, qui sont formalisées ou ont fait l'objet d'échanges écrits entre professionnels de santé, notamment des résultats d'examen, comptes rendus de consultation, d'intervention, d'exploration ou d'hospitalisation, des protocoles et prescriptions thérapeutiques mis en oeuvre, feuilles de surveillance, correspondances entre professionnels de santé, (...)"

⁶²⁶ En Francia, la creación del *Institut de veille sanitaire*, por la Ley de 1 de julio de 1998, *relative au renforcement de la veille sanitaire et au contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme*, responde a esta misma finalidad. Posteriormente, la Ley de 9 de agosto de 2004, *relative à la politique de santé publique*, amplió su campo de acción a la vigilancia y alerta en todos los sectores de la salud pública.

4 CSP.⁶²⁷ Dicho deber está íntimamente conectado, también, con el principio de transparencia,⁶²⁸ con la seguridad sanitaria,⁶²⁹ con la prevención⁶³⁰ y, sobre todo, con el sistema de reparación de determinadas categorías de daños que instaure, con fundamento en la *solidarité nationale*, la propia Ley de 4 de marzo de 2002, según la cual:

"Toute personne victime ou s'estimant victime d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins ou ses ayants droit, si la personne est décédée, ou, le cas échéant, son représentant légal, doit être informée par le professionnel, l'établissement de santé, les services de santé ou l'organisme concerné sur les circonstances et les causes de ce dommage.

Cette information lui est délivrée au plus tard dans les quinze jours suivant la découverte du dommage ou sa demande expresse, lors d'un entretien au cours duquel la personne peut se faire assister par un médecin ou une autre personne de son choix."

En este artículo, se establece el deber de informar al sujeto que ha sufrido un daño -o a sus causahabientes- de las circunstancias y causas que

⁶²⁷ Incluido en la *Section 2: Procédure de règlement amiable en cas d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes ou d'infections nosocomiales*, dentro del Capítulo II.- *Risques sanitaires résultant du fonctionnement du système de santé*.

⁶²⁸ Cabe también relacionar la transparencia y el acceso a la información relativa al propio paciente. No está tan lejano el tiempo en que el secreto médico se llegaba a oponer para no permitir el acceso de una persona a su propia historia clínica. Vid. C. Cass. Civ. 1ère., 28 oct. 1970, *Bull. civ.*, nº 220, p. 237, *J.C.P.* 1973.II.17362, note. R. Savatier y C.E., Sect. 11 févr. 1972, *Crochette, Rec. Leb.*, p. 138, D., 1972, J., p. 427, note M. Le Roy, *JCP* 1973.II.1763, note R. Savatier; *RDP* 1972, p. 958; *AJDA* 1973, p. 106, *Dr. Soc.* 1972, p. 404, concl. Guillaume.

Esta situación se encuentra felizmente superada; así lo confirma, en Francia, lo dispuesto en el art. L-1117 CSP, citado en la nota 625 y en España, lo dispuesto en el art. 18 de la Ley 41/2002, básica reguladora del paciente, en cuyo primer párrafo se establece como regla general que:

"1. El paciente tiene el derecho de acceso, con las reservas señaladas en el apartado 3 de este artículo, a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella. (...)"

⁶²⁹ Vid. JACOTOT, David, "Le renforcement de la sécurité sanitaire", *LPA*, 19 juin 2002, nº 122, p. 37 y ss.

⁶³⁰ Vid. TRUCHET, Didier, "La Loi du 4 mars 2002 et la prévention: une double lecture", *LPA*, 19 juin 2002, nº 122, p. 43.

condujeron a la producción del daño. Y tal deber recae tanto sobre los profesionales como sobre los centros sanitarios. Indudablemente, este precepto tiene una relevancia destacadísima en materia de responsabilidad, en la medida en que puede entenderse que conduce a una especie de autoinculpación.⁶³¹ Para empezar, porque si bien es cierto que podría pensarse que, por situarse este artículo en la sección 2ª del Capítulo II, obligaría a declarar sólo los daños cuya reparación confía el legislador de 2002 a la solidaridad nacional y, en consecuencia, esa autoinculpación no tendría mayores repercusiones, cabe también sostener una interpretación sistemática, según la cual habría de informarse al paciente de todo tipo de daños. Primeramente, porque donde la ley no precisa, sino que se refiere a daños en general, no parece necesario que sea necesario interpretar que existe esa limitación a una categoría concreta de daños. En segundo lugar, porque la citada sección 2ª se inserta en el Capítulo II, que se titula "Riesgos sanitarios resultantes del funcionamiento del sistema de salud". Y, en tercer lugar, porque parece arbitrario que se obligara a declarar un determinado tipo de daños y, en consecuencia, se pudiera ocultar otros, sobre todo si se considera que el espíritu que animó la reforma introducida por la Ley de 4 de marzo de 2002 era el de mejorar los derechos de los pacientes y, especialmente, la mejora de la calidad del *systeme de santé*.

De este modo, declarados todos los daños según ordena la ley y dado que la recién citada ley reforzó el papel de la *faute*, de la culpa, como fundamento y base del sistema de responsabilidad-, "sólo" restaría analizar si en la producción del daño medió culpa, en cuyo caso deberá indemnizar el profesional y/o centro sanitario con su aseguradora o, en caso contrario, será la solidaridad nacional quien asuma la reparación.⁶³² Desde este planteamiento, tan sencillo de exponer en el plano teórico como difícil de aplicar en el práctico, conviene adelantar que esta declaración obligatoria de daños prevista en el art.

⁶³¹ No con las implicaciones jurídico-penales asociadas al término (auto)inculpación, sino como el reconocimiento por un sujeto de su intervención en la producción de un daño del que, si se prueba la concurrencia de *faute* o culpa, habrá de responder.

⁶³² Siempre, claro está, que se reúnan los demás requisitos exigidos.

L. 1142-4 CSP puede servir como instrumento para poder conocer mejor los riesgos que se dan en el sistema sanitario francés, al objeto de, en un segundo momento, poder impulsar las acciones pertinentes para la gestión de esos riesgos y su prevención. Cabe también preguntarse por el verdadero alcance de la obligación de que se está tratando, la de informar sobre los daños y que recaen sobre los profesionales y centros sanitarios. ¿Qué sucede si no se informa? ¿Sería constitutiva de *faute* -de culpa- susceptible de engendrar responsabilidad? No lo parece, o al menos, no parece que la sola inobservancia de la obligación de informar sobre esos daños a las víctimas pueda hacer nacer la responsabilidad del que no informa; ésta nacerá sólo si se considera probada la culpa, pero la ausencia de declaración del daño podría interpretarse como un indicio para establecer una presunción de culpa, por la mala fe que puede revelar la ocultación de algo que conforme a la ley debió ser comunicado. ¿Podría ser quizá una falta disciplinaria? Lo será sólo si está previsto en el *Code de déontologie médicale*, que no es el caso.

Por tanto, el alcance de este deber de información sólo puede medirse en su considerable utilidad, a la que antes se aludía, como herramienta para poder conocer, gestionar y prevenir mejor los riesgos⁶³³ del *systeme de santé*, lo cual incide de lleno en su calidad⁶³⁴ y no puede olvidarse que la mejora de la calidad del sistema sanitario es uno de los objetivos principales de las últimas reformas legislativas y, en especial, de la Loi 2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

⁶³³ En la línea de lo que afirma PONTIER, Jean-Marie, "La puissance publique et la prévention des risques", en *AJDA*, núm. 33, 2003, p. 1761:

"La démocratie sanitaire, pour "surprenante à première vue" (Maryse Deguegue, Droits du malade et qualité du système de santé, AJDA, 2002, p. 508 et ss.) qu'elle puisse paraître, permet de comprendre comment, dans un domaine aussi important que celui de la santé, la démocratie entend intégrer et gérer certains risques. La loi du 4 mars 2002, qui consacre ce nouveau concept de démocratie sanitaire, est d'abord relative aux droits des malades: c'est la personne atteinte dans sa santé qui est l'objectif déterminant de la politique suivie. Par ailleurs, si la réparation de dommages subis par les malades est très naturellement l'une de préoccupations essentielles de la loi, elle n'est pas séparable de l'objectif de prévention, lui aussi pris en compte par celle-ci."

⁶³⁴ Y a mayor calidad, que no es un fin en si mismo sino un instrumento para conseguir una mayor seguridad para el paciente, que debe ser el fin último de todo sistema sanitario.

En línea también con el principio de transparencia, hay que señalar que en el art. L. 1413-14⁶³⁵ CSP se obliga también a que:

"Tout professionnel ou établissement de santé ayant constaté une infection nosocomiale ou tout autre événement indésirable grave lié à des soins réalisés lors d'investigations, de traitements ou d'actions de prévention doit en faire la déclaration à l'autorité administrative compétente."

En cualquier caso y al margen de la valoración positiva que, a mi juicio, merece el impulso que las últimas intervenciones del legislador francés han imprimido en la democracia participativa,⁶³⁶ por medio de una mayor participación⁶³⁷ e implicación de los usuarios⁶³⁸ -más bien, de las asociaciones de usuarios- en la definición de los objetivos y en el seguimiento de las políticas sanitarias que les afecten, el empleo del término *démocratie sanitaire* no parece que aporte gran cosa,⁶³⁹ si no es la de su carga simbólica para reforzar la condición del paciente, no sólo como persona, sino como ciudadano.^{640 641}

⁶³⁵ En la redacción dada por la Ley de 9 de agosto de 2004.

Relacionado con este deber de declaración de los efectos adversos graves que recae sobre los profesionales y que, con frecuencia, son difícilmente deslindables de los causados por *faute* o culpa, encontramos lo que prevé el art. L. 1413-13 sobre la obligación de poner en conocimiento de los interesados la existencia de los riesgos que les puedan afectar:

"En cas de risques pour la santé publique ou pour la santé d'une personne dus à une anomalie survenue lors d'investigations, de traitements ou d'actions de prévention, l'autorité administrative peut mettre en demeure les professionnels, organismes ou établissements qui ont effectué ces investigations, traitements ou actions de prévention de procéder à l'information des personnes concernées s'il apparaît que cette information n'a pas été délivrée conformément à l'article L. 1111-2."

⁶³⁶ En la línea de la loi du 27 février 2002, relative à la démocratie de proximité.

⁶³⁷ De los cauces que articulan, bajo la forma de derechos de participación, la intervención de las asociaciones de usuarios, la se trató más arriba, por lo que conviene remitirse a las pp. 130 y ss.

⁶³⁸ Fenómeno este de integrar a los usuarios y ciudadanos en los procesos de adopción de decisiones, de planes estratégicos o de normas, que se encuadraría en la tendencia a que se aludía al principio de este capítulo.

⁶³⁹ Además de que podría plantearse la pregunta de por qué no se aplica al sustantivo *démocratie* tantos adjetivos como sectores de actividad administrativa puedan existir.

⁶⁴⁰ PITCHO, Benjamin, "La notion de malade, patient, citoyen", en *RGDM*, numéro spécial sur les droits des malades, 2004, p. 49.

⁶⁴¹ Su empleo quizá podría justificarse por la situación de fragilidad en que, como consecuencia del deterioro de su estado de salud, puede encontrarse el ciudadano, persona, enfermo en sus

Más bien, podría decirse que nos encontraríamos ante un fenómeno de propagación del principio democrático en la gestión de los asuntos públicos y, en particular, en el sector de la salud, principio que se traduce, entre otros aspectos en una mayor transparencia en el acceso a la información y en el desarrollo de modalidades de participación que integren a los ciudadanos y usuarios en la definición y ejecución de aspectos determinados de las políticas sanitarias.

Y después de tratar en este primer gran epígrafe I) de la primera parte, el derecho a la protección de la salud y su concreción a través de sistemas públicos estructurados de manera distinta, se abordará en el siguiente gran apartado II) el estudio de cómo y en qué medida estas diferencias en la organización y estructura de ambos sistemas sanitarios pueden condicionar el régimen jurídico aplicable en materia de responsabilidad.

* * *

relaciones con los profesionales sanitarios y con el conjunto del sistema de salud, lo que le podría colocar en una posición de sometimiento de facto a tales estructuras y profesionales que integran el système de santé.

II) UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CUYO RÉGIMEN JURÍDICO ESTÁ CONECTADO CON LA DIVERSIDAD ORGANIZATIVA

Según ya se ha adelantado, la distinta manera en que los legisladores de ambos países han configurado la organización del servicio público de la asistencia sanitaria, -el *systeme de santé* encargado de dispensar les *soins de santé* en que se concreta su actividad-, o si se prefiere, la diversidad de técnicas que se han creado para hacer realidad el objetivo constitucionalmente marcado de protección de la salud,⁶⁴² tiene consecuencias en el régimen de responsabilidad aplicable.

La dualidad es uno de los rasgos más característicos del sistema sanitario francés;⁶⁴³ se asienta en la coexistencia y colaboración entre, por un lado, el sector público sanitario, que integra el núcleo del *service public hospitalier*,⁶⁴⁴ -que depende del Estado y de sus organismos descentralizados-, y al que se encomienda la gestión de parte del servicio público de la asistencia sanitaria⁶⁴⁵ y, por otro lado, el sector privado, formado por los profesionales

⁶⁴² Según se desarrolló en el Título I anterior y, en concreto, en la Sección 2.1.- La protección de la salud como derecho reconocido en la Constitución de 1978 (p. 69) y en Sección 3.1.- La protección de la salud: un derecho latente en el párrafo 11 del Preámbulo de la Constitución de 1946 y considerado por el Consejo Constitucional francés como un objetivo de valor constitucional, p. 99 y ss.

⁶⁴³ Es preciso remitirse a lo escrito en el Capítulo 2.- La progresiva configuración del *Systeme de santé* como instrumento esencial para materializar el derecho a la protección de la salud en Francia y la necesidad de mantener la integridad del sistema desde la financiación p. 172.

⁶⁴⁴ También participan en el *service public hospitalier* centros sanitarios privados.

⁶⁴⁵ Se dice "*parte del servicio público de la asistencia sanitaria*" porque se toma como referencia el conjunto de las prestaciones que cubre, en España, el SNS en su cometido de prestar este servicio público. Pese a que ya se haya tratado más arriba, interesa insistir en una diferencia, extraordinariamente significativa, que tiene que ver con el ámbito de actividad que cubre el *service public hospitalier* y el servicio público de la asistencia sanitaria.

sanitarios liberales y los centros sanitarios privados. Tanto los profesionales como los centros sanitarios privados desempeñan una actividad, en ejercicio de la libertad de empresa, que, de forma funcional o material se inserta en la prestación del servicio público de la asistencia sanitaria, *soins de santé*, en la medida en que forman parte del *systeme de santé* tanto por la vía de la reglamentación de la actividad como, sobre todo, por la vía de la financiación. La mencionada dualidad o coexistencia tiene una consecuencia inmediata: la actividad de estos profesionales y entidades privados materialmente involucrados en la prestación de un servicio público,⁶⁴⁶ se someterá, en lo relativo a la responsabilidad en que puedan incurrir, no a un régimen de Derecho público, sino de Derecho privado y, consecuentemente, a la jurisdicción ordinaria, es decir, al *juge judiciaire*. Por el contrario, la naturaleza jurídico-pública del *hôpital public* determina que sea de aplicación, como se verá, el régimen jurídico propio de la *responsabilité hospitalière*, como una modulación dentro del derecho de la *responsabilité administrative*. Al margen

La atención sanitaria del SNS (artículos 7 a 19 LSNS), -es decir, las prestaciones que ofrece el servicio público de la asistencia sanitaria- cubren un espectro de actividad sensiblemente más amplio que el cubierto por las prestaciones que se articulan en torno al *service public hospitalier*. Téngase en cuenta que, en el ordenamiento jurídico español y en particular en la LSNS, la asistencia sanitaria, como servicio público, se descompone en una variedad de prestaciones. Entre ellas, la prestación de atención primaria y la prestación de atención especializada; dentro de esta última se incluye la "*hospitalización en régimen de internamiento*" (art. 13.2 c), lo que se correspondería con el grueso de la actividad que el Derecho francés encuadra en el *service public hospitalier* en sentido estricto.

A efectos comparativos, la dualidad característica del *systeme de santé* supone que toda la atención primaria -a la que se refiere el art. 12 LSNS y buena parte de la especializada art. 13 LSNS-, que en España se presta directamente por entes públicos -o por sujetos privados en virtud de modalidades contractuales de gestión de servicios públicos-, en Francia se presta por centros privados y por profesionales liberales que ejercen en el sector privado; sus honorarios, fijados en *conventions*, son abonados con carácter general por el paciente, siendo éste después reembolsado por el organismo de la Seguridad social que corresponda.

Sobre el término asistencia sanitaria, conviene igualmente recordar las precisiones terminológicas que se efectuaron en la nota 11.

⁶⁴⁶ Es decir, todo el sector de la *médecine de ville*, -que se correspondería con la atención primaria y parte de la especializada en el sistema español- y la atención sanitaria dispensada en los centros sanitarios asociados al servicio público.

de este estudio y sin perjuicio de que se haga alguna referencia al respecto, quedan pues los profesionales y centros privados que se integran en el système de santé por la vía de la financiación y cuya responsabilidad se enjuicia a la luz de las reglas propias del Derecho privado (*responsabilité médicale*).

Por el contrario, el sistema sanitario español se caracteriza por la, notablemente mayor, participación pública, no sólo en la financiación, -que lo es totalmente-, sino también en la gestión -que es mayoritariamente una gestión directa-. Así, no dándose la dualidad propia del sistema francés, -o apreciándose en una mucho menor medida-, el régimen de la responsabilidad a que pudiera dar lugar la prestación del servicio público de la asistencia sanitaria debería venir determinado por el Derecho público. No obstante, la participación mediante contrato de entidades privadas en el SNS y otras razones que se verán, dieron lugar a serias dificultades en la determinación de la jurisdicción competente para conocer de las pretensiones indemnizatorias deducidas a partir de la actuación de los servicios sanitarios. Por ello, el legislador español fue introduciendo toda una sucesión de reformas orientadas a la unificación del régimen jurídico y del foro jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial y -dentro de ella, la que pueda derivarse de la prestación del servicio público que nos ocupa. Esta decidida opción del legislador español lo ha sido en favor de un régimen jurídico público en materia de responsabilidad y en favor del orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo, al margen de la naturaleza pública o privada del ente que preste materialmente la asistencia sanitaria.

Título preliminar.- UN ENFOQUE JURÍDICO DISTINTO EN AMBOS PAÍSES EN LO RELATIVO A LA ORGANIZACIÓN SANITARIA Y AL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD

Ya quedó dicho, desde la introducción misma, que una de las dificultades más notables que plantea el estudio comparado de dos ordenamientos jurídicos estriba en que, pese a que presenten coincidencias sustanciales, sus instituciones jurídicas no pueden transplantarse, sin más, al otro ordenamiento. La idea misma de ordenamiento lo impediría.⁶⁴⁷ Así, es sabido que los ordenamientos francés y español, en particular en lo relativo al Derecho Administrativo, presentan una coincidencia sustancial en el origen, en la medida en que el Derecho Administrativo francés ha influido -e influye- de manera muy destacada en el español,⁶⁴⁸ como en el de otros países.

Sin embargo, se aprecian también, lógicamente, diferencias notables. En la línea de lo que se acaba de señalar, puede tomarse como ejemplo la diferente evolución que puede seguir una misma institución, la responsabilidad de la Administración, en dos ordenamientos distintos, aunque próximos. Así, vemos como en Francia se admite como principio su existencia, diferenciada de la responsabilidad de derecho común, en fecha tan temprana como 1873, a través del célebre *arrêt Blanco*⁶⁴⁹ del Tribunal de Conflictos⁶⁵⁰ y como, con

⁶⁴⁷ Aunque, quizá con el tiempo y por la influencia del Derecho de la Unión Europea y del Derecho europeo de los derechos humanos, se llegue a una aproximación entre los ordenamientos europeos y, en concreto entre los de ambos lados de los Pirineos, que atempere esta dificultad. Aunque desde una perspectiva distinta, la relativa a la interacción que se produce entre estos ordenamientos supranacionales y el ordenamiento interno, hay que tener presente el trabajo del profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La interconexión de ordenamientos y el sistema de fuentes del Derecho*, Civitas, 2004.

⁶⁴⁸ Baste como prueba del fundamento de esta afirmación la lectura del libro del profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Civitas, 4ª ed., 2005.

⁶⁴⁹ TC 8 février 1873, *Blanco*, Rec. p. 61 (1^{er} suppl.), Concl. David, D. 1873.3.17, concl. , S. 1873.3.153. Incluso antes de esa fecha, como señala CHAPUS, R., *Droit administratif général*,

carácter general, su régimen jurídico se va a fijar jurisprudencialmente; ello sin perjuicio de que por vía legislativa se instauren ciertos regímenes de responsabilidad específicos para sectores de actividad determinados.

En España, por el contrario, la falta de reconocimiento legislativo o jurisprudencial del principio de responsabilidad de los poderes públicos⁶⁵¹ en

Vol. II, op. cit., p. 1228, el Consejo de Estado (CE 6 décembre 1855, *Rotschild*, Rec. p.707, D. 1859.3.34, S. 1856.2.508) ya había admitido, aunque indirectamente este principio.

⁶⁵⁰ De hecho, no ha de olvidarse que el arrê Blanco es una decisión del *Tribunal de Conflits*, dictada en un conflicto jurisdiccional para decidir si debía ser la jurisdicción administrativa o la ordinaria (*judiciaire*) la competente para decidir sobre el fondo de la pretensión indemnizatoria. El arrê Blanco tenía, pues, por objeto la resolución de un conflicto jurisdiccional, más que el reconocimiento del principio de la responsabilidad administrativa, que podría considerarse ya latente dado que hubo una primera demanda ante la jurisdicción ordinaria. Una vez que se resolvió este conflicto, el *Conseil d'État* declaró la responsabilidad administrativa y otorgó una renta vitalicia a la víctima; CE 8 mai 1874, *Blanco*, Rec. p. 416.

⁶⁵¹ Sí podrían encontrarse casos en la Historia de España en que los poderes públicos, en las distintas formas de que se han revestido en cada época, decidían establecer algún tipo de compensación que paliara las consecuencias dañosas que pudieran derivarse de alguna determinada iniciativa o actuación por ellos impulsada. Sin embargo, no podría hablarse de responsabilidad en estos casos, sino de decisiones adoptadas libremente en el ejercicio del poder del propio soberano.

Un ejemplo de lo que se acaba de decir, nos lo proporciona el profesor Joseph PEREZ, en *Histoire de l'Espagne*, Fayard, 1996, p. 139, a propósito de una intervención en la España medieval, tendente a compensar, más que a "indemnizar" a los perjudicados por la aplicación de una política auspiciada desde los *poderes públicos* (el soberano reinante, de consuno con la Iglesia Católica) y orientada a la conversión al cristianismo de los judíos. Ante las numerosas conversiones a que movió la predicación de S. Vicente Ferrer en Palencia, su obispo y señor se vio privado de una sustanciosa fuente de ingresos ya que los judíos pagaban muchos más impuestos que los cristianos. Por este motivo, el rey Juan II le otorgó ciertas compensaciones financieras en razón de la merma en sus ingresos que supuso la conversión de una parte considerable de sus vasallos.

Podría sostenerse, introduciendo las salvedades y matizaciones necesarias -que no son pocas-, que se trataría de un antecedente remoto, -quizá incluso demasiado para ser considerado como tal-, de lo que hoy podría constituir un supuesto de "responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos" y que puede derivar de una decisión lícita del poder soberano, que en nuestros días lo es y con las limitaciones que conocemos el Parlamento y en la Baja Edad Media lo era, también con alguna limitación, el monarca. En

general, unido a la interpretación dada por los tribunales a las escasas normas existentes en esta materia⁶⁵², llevaron a una situación que en la práctica se traducía en la absoluta irresponsabilidad⁶⁵³ de la Administración hasta que, mediante una intervención legislativa⁶⁵⁴ se plasmó una determinada construcción doctrinal⁶⁵⁵ en la LEF de 1954, en cuyo artículo 121 se reconoció con carácter general la responsabilidad, después llamada patrimonial, de la Administración. El dogma de la irresponsabilidad de los poderes públicos, al que se refería Léon Duguit,⁶⁵⁶ empezaba pues a resquebrajarse también en España.

cualquier caso, lo que sí permite destacar este ejemplo es cómo, desde tiempos lejanos, por el poder se ha percibido la conveniencia, - la necesidad, incluso, para evitar revueltas-, de acordar alguna compensación económica, no fundada en criterios jurídicos sino graciabiles, para paliar las consecuencias de sus decisiones en las condiciones de vida de la población.

⁶⁵² Fundamentalmente el art. 1903.3 del Código Civil.

⁶⁵³ Irresponsabilidad que había sido tradicionalmente regla en todos los países y que Edouard LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 2ª ed., 1896, T. II, p. 183, consideraba ser la consecuencia lógica y natural de la soberanía, imponerse sin compensación.

⁶⁵⁴ El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, principal impulsor de esta innovación legislativa, la calificó de "*oportunist*", porque se aprovechó la aprobación de la LEF para introducirla, dado lo insatisfactorio del Derecho vigente en la materia a principio de los años cincuenta del siglo pasado.

De la escasa importancia que en España se otorgaba, en el ordenamiento y en la doctrina, a la responsabilidad administrativa, da buena cuenta la consulta de un manual de uso en aquella época; solo dos páginas y media, pp. 941-943, sobre un total de 971, se dedicaban a la reforma que en materia de responsabilidad introdujo la LEF de 1954. ROYO-VILLANOVA, Antonio, *Elementos de Derecho Administrativo*, 2 tomos, 24ª ed., Ed. Santarén, 1958.

⁶⁵⁵ Debida principalmente al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA; véase su obra *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, IEF, 1956.

⁶⁵⁶ DUGUIT, Léon, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État. Conférences faites à l'École des Hautes Études Sociales*, Félix Alcan éditeur, Paris, 1908. En la p. 85, el Maître de Bordeaux ofrece una interesante explicación de la multiseular irresponsabilidad del Estado soberano:

*"Pénétrés de la vieille conception régalienn*e, nos juristes, il n'y a pas longtemps encore, affirmaient comme un dogme intangible l'irresponsabilité de l'Etat puissance publique. Dans leur pensée l'État est une personne d'essence supra-terrestre; il peut se tromper; il peut commettre des fautes, mais il est irresponsable. La puissance publique ne peut être soumise à la grande loi de la responsabilité; elle est au-dessus de cette loi qui n'est point faite pour elle".

Además, el estudio comparativo de la responsabilidad de los poderes y Administraciones públicas, la responsabilidad administrativa o la responsabilidad patrimonial de la Administración, permite apreciar su distinta evolución,⁶⁵⁷ así como el distinto enfoque y fundamento jurídico al que obedecen. Como se desarrolla más abajo, el sistema de *responsabilité administrative* vigente en Francia reposa eminentemente sobre la culpa, es por tanto de corte subjetivo, ya que ésta se erige, con carácter general, en su fundamento primero. Por el contrario, el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración en el Derecho español se construye desde la perspectiva del sujeto dañado, sobre el concepto técnico de lesión, para cuya existencia no es requisito necesario la concurrencia de culpa, lo cual no quiere decir, sin embargo, que ésta carezca de relevancia.

Se analiza, en los epígrafes siguientes, la manera en que se aborda en ambos ordenamientos una determinada problemática que es sustancialmente idéntica; la relativa a la necesidad de dar respuesta a los daños que pueda generar la Administración a los particulares, -pacientes usuarios-, en un sector de actividad en el que, además, el riesgo está muy presente, es consustancial

⁶⁵⁷ Una referencia comparativa a ambos sistemas puede encontrarse en MARTÍN REBOLLO, Luis, *El desarrollo de la Constitución Española de 1978*, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Libros Pórtico, Zaragoza 1982, quien sostiene que:

“ (...) , con todo, la brecha abierta a nivel legislativo, rompiendo además abierta y bruscamente y no por evolución jurisprudencial, como ha sucedido en otros países como por ejemplo en Francia, ha sido positiva y útil ”.

Sobre esta misma cuestión, HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio, "La responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas", *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, afirma que:

“El paso entonces dado, sobre todo en el ámbito del Derecho Administrativo, nos situó a la vanguardia de los sistemas de responsabilidad, y lo hizo, además, no en base a una gradual y constante evolución jurisprudencial (así se ha construido la responsabilidad de las Administraciones Públicas en Francia, Italia o Gran Bretaña, y así se ha hecho, por ejemplo, en Argentina y en muchos otros lugares) sino como consecuencia de un cambio legislativo radical y extraordinariamente novedoso (nos referimos, por supuesto, a la Ley de Expropiación Forzosa y a la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado).”

podría decirse a la propia actividad. Este sector de actividad lo conforman la asistencia sanitaria ofrecida por el Sistema Nacional de Salud y los *soins de santé* ofrecidos en el *hôpital public*. Todo ello hay que analizarlo, además, partiendo de las diferencias organizativas que, ya se ha visto, existen en ambos sistemas sanitarios dado que van a determinar el régimen jurídico aplicable a su actividad, también en materia de responsabilidad, según se trata en los títulos siguientes.

Título I.- UN SYSTÈME DE SANTÉ QUE INTEGRA LOS SECTORES PÚBLICO Y PRIVADO Y EN EL QUE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE SU RESPONSABILIDAD VARÍA EN CONSECUENCIA

Como ya se ha avanzado, la distinta naturaleza jurídica, pública o privada, de los prestadores de atención sanitaria que forman el *systeme de santé* va a ser determinante del derecho que resulte de aplicación, así como de la jurisdicción competente para enjuiciar las pretensiones indemnizatorias que se planteen con relación a la actividad de dichos prestadores de servicios sanitarios. Así, el régimen jurídico aplicable en materia de responsabilidad variará en función de que se trate de una reclamación derivada de la actividad del *service public hospitalier* - y, por ser más preciso, de los hospitales públicos que lo integran-,⁶⁵⁸ o de alguno de los sujetos jurídico-privados que, por la vía de la financiación de las prestaciones de *assurance maladie* de la *Sécurité*

⁶⁵⁸ Dado que los centros sanitarios privados pueden ser admitidos a la ejecución del *service public hospitalier*, de acuerdo con lo previsto en el art. L. 6161-5 CSP, lo que, según acaba de expresarse, tiene su reflejo también en materia de responsabilidad.

social, se articulan en esa peculiar red de profesionales y centros sanitarios que es el *systeme de santé*.⁶⁵⁹

Si se trata del primer caso y es la responsabilidad del *hôpital public* la que está en cuestión, nos hallaremos ante una responsabilidad de Derecho público, administrativa, la *responsabilité hospitalière* y se decidirá ante el juez administrativo. Si, por el contrario, se trata de una reclamación que traiga causa del funcionamiento de alguno de los sujetos jurídico-privados que conforman el *systeme de santé*, principalmente, por la vía de la financiación, nos hallaremos ante una responsabilidad regida por el Derecho privado, la *responsabilité médicale*, de la que conocerá la jurisdicción *judiciaire*.

Esta bifurcación en cuanto al derecho sustantivo y a la jurisdicción competente, responde a la dualidad que preside la organización del servicio público de la asistencia sanitaria en Francia, característica que se ve, de algún modo, atemperada porque en ambos sistemas de responsabilidad, *hospitalière* -pública- y *médicale* -privada-, la culpa, - la *faute*- constituye la pieza principal sobre la que se edifican, según ha venido a confirmarlo la ley de 4 de marzo de 2002. La dualidad característica de la organización del sistema sanitario francés permanece, con las consecuencias recién expresadas. Sin embargo, conviene dejar señalado desde este momento, que esta ley ha aproximado el régimen jurídico de la actividad sanitaria pública y privada, dado que ha adoptado medidas tan relevantes como la unificación del plazo de

⁶⁵⁹ Conviene recordar con DUPONT, Marc, ESPER, Claudine, PAIRE, Christian, *Droit hospitalier*, Dalloz, 5eme. édition, 2005, la importancia que tiene la mencionada dualidad en el sistema sanitario francés: (pp. 78)

"L'hôpital, et plus particulièrement l'hôpital public, peut être considéré (...) comme le pivot du système de santé français. Organisés en personne morales de droit public ou privé, les établissements hospitaliers concentrent en effet autour de leurs activités (...) de ressources matérielles et humaines considérables. (...) Pourtant, l'organisation hospitalière ne constitue qu'une partie, certes essentielle, d'un ensemble plus vaste comprenant tous les services de santé et notamment l'important secteur des soins dits "ambulatoires", dispensés "en ville" sous forme individuelle ou collective. De fait, le système de soins français repose aujourd'hui sur deux pôles complémentaires, de taille comparable."

prescripción⁶⁶⁰ de las acciones de responsabilidad y el establecimiento de los mecanismos de reparación de determinados daños, a título de la solidaridad nacional, independientemente de que tales daños se hayan producido en el sector sanitario público o privado.⁶⁶¹

* * * *

Capítulo 1.- EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE COMO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE A LAS PERSONIFICACIONES DE DERECHO PÚBLICO QUE INTEGRAN EL SYSTÈME DE SANTÉ

El hôpital public es un ente dotado de personalidad jurídico-pública,⁶⁶² según se establece en el art. L 6141-1 CSP, modificado por la loi nº 2009-879, de 21 de julio:

"Les établissements publics de santé sont des personnes morales de droit public dotées de l'autonomie administrative et financière. Ils sont soumis au contrôle de l'Etat dans les conditions prévues par le présent titre. Leur objet principal n'est ni industriel ni commercial."

⁶⁶⁰ Así se establece en el Art. L 1142-28 CSP, al que se añadió el último inciso mediante la loi nº 2008-561, du 17 juin 2008:

"Les actions tendant à mettre en cause la responsabilité des professionnels de santé ou des établissements de santé publics ou privés à l'occasion d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins se prescrivent par dix ans à compter de la consolidation du dommage."

Ces actions ne sont pas soumises au délai mentionné à l'article 2232 du code civil."
⁶⁶¹ Según se desarrolla en la parte II de esta tesis y, en concreto, en el Título I.- LA BÚSQUEDA DE LA REPARACIÓN Y EL CARÁCTER SOCIAL DEL ESTADO. LA TENSIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD Y SOLIDARIDAD.

⁶⁶² Así se prevé en el art. L 6141-1 CSP, en cuyo párrafo siguiente, encontramos algunas referencias a su ámbito territorial y modos de creación :

"Le ressort des centres hospitaliers peut être communal, intercommunal, départemental, régional, interrégional ou national. Ils sont créés par décret lorsque leur ressort est national, interrégional ou régional et par arrêté du directeur général de l'agence régionale de santé dans les autres cas."

Les établissements publics de santé sont dotés d'un conseil de surveillance et dirigés par un directeur assisté d'un directoire."

Y, como consecuencia de esta personalidad jurídico pública,⁶⁶³ según se ha anunciado ya, le resultan de aplicación, entre otros, los principios generales de la responsabilidad administrativa. Sin perjuicio de que, para el estudio en profundidad de la génesis y evolución de la responsabilidad administrativa, resulta obligado remitirse a otros trabajos previos en la materia,⁶⁶⁴ en las siguientes líneas se van a destacar algunos de los rasgos más significativos y que más relación guardan con esta tesis.

Sección 1.0.- Breve referencia al advenimiento del principio de la *responsabilité de la puissance publique*, así como a sus fuentes

Subsección 1.0.1.- De la inmunidad a la responsabilidad administrativa

Como pone de manifiesto el profesor R. Chapus, al referirse al *avènement de la responsabilité de la puissance publique*,⁶⁶⁵ hasta finales del siglo XIX, la regla era la de expresada por Laferrière,⁶⁶⁶ es decir, la irresponsabilidad de los poderes públicos. Fuera de los supuestos de responsabilidad expresamente previstos en el clausulado de un contrato, se requería para que la Administración debiera reparar que una ley especial lo previera expresamente.⁶⁶⁷

⁶⁶³ En el principio de sumisión del hôpital public al Derecho público, aunque con las adaptaciones necesarias a las peculiaridades de su gestión, se insiste en el art. L 6141-7 CSP:

"Les établissements publics de santé sont soumis à un régime administratif, budgétaire, financier et comptable particulier, défini par le présent titre et précisé par voie réglementaire.

Les dispositions du code des marchés publics relatives à la passation des marchés sont adaptées, par voie réglementaire, aux conditions particulières de leur gestion."

⁶⁶⁴ Entre ellos pueden destacarse las obras de los profesores CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privé. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, LGDJ, 1954, DEGUERGUE, Maryse, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, 1994 y GUETTIER, Christophe, *La responsabilité administrative*, LGDJ, 1996.

⁶⁶⁵ CHAPUS, R., *Droit administratif général*, T. 2, op. cit., p. 1227.

⁶⁶⁶ Citada en la nota 643.

⁶⁶⁷ Como la loi du 28 pluviôse an VIII, art. 4, para los daños causados por obras públicas.

Así como en el Derecho Privado el principio general de responsabilidad cubre todo el ámbito de la actividad, privada, y se encontraba claramente admitido en el art. 1382⁶⁶⁸ del Code civil, según el cual "*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*", en el Derecho Público regía el mencionado principio de irresponsabilidad, que garantizó durante el s. XIX un ámbito de inmunidad al poder público. En palabras del profesor R. Chapus, "*selon que par le jeu des règles de compétence le jugement d'affaires analogues était remis (...) à la juridiction administrative ou à la juridiction judiciaire, l'action était rejetée ou jugée au fond.*"⁶⁶⁹

Así puede resumirse la situación durante el siglo XIX, hasta que el Conseil d'État fue descartando este principio tradicional de irresponsabilidad para abrir paso a otro, según el cual cabía admitir la responsabilidad de la puissance publique, eso sí, sin que dicha responsabilidad pudiera ser ni general ni absoluta y debiendo articularse, además, sobre bases distintas a las propias del régimen jurídico-privado de responsabilidad extracontractual que, para las relaciones entre particulares, se diseña en el Code civil. Me refiero, claro está, al célebre arrêt Blanco,⁶⁷⁰ de 8 de febrero de 1873, del Tribunal de conflits.

⁶⁶⁸ Este principio general de responsabilidad extracontractual se concreta en la responsabilidad civil por hecho propio, a la que se refiere este artículo 1382 y en las previsiones del art. 1384 del Code civil, relativas a la responsabilidad por hecho ajeno - en la terminología del Código civil, por los actos u omisiones *de aquellas personas de quienes se debe responder*- o a la responsabilidad derivada de las cosas.

⁶⁶⁹ CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privé. Les influences (...)*, citado en la nota 659, p. 194.

⁶⁷⁰ Citado en las notas 45, 644 y 645, al igual que el arrêt CE 6 décembre 1855, *Rotschild*, del Conseil d'État que, de algún modo, vino a anunciar la doctrina favorable a la admisión del principio de *responsabilité de la puissance publique* sentada posteriormente por el arrêt Blanco del TCo.

A partir de este momento, aunque rodeado de numerosas cautelas⁶⁷¹ y, sobre todo, desde principios del siglo XX, quedó establecido el principio en virtud del cual "*les collectivités publiques répondent, sans qu'il y ait à considérer la nature des faits dommageables,*⁶⁷² *de tous les dommages causés para la marche de leurs services administratifs*".⁶⁷³ Progresivamente, el CE fue poniendo en práctica el citado principio, reduciendo cada vez más las parcelas en las que el poder público había permanecido inmune frente a las pretensiones indemnizatorias planteadas por los sujetos dañados por su actuación. Además, al haber quedado firmemente establecido el carácter autónomo⁶⁷⁴ de la responsabilidad de la puissance publique, el juez administrativo pudo ir creando, en ausencia de textos legales específicos, los principios y reglas que hoy existen en materia de responsabilidad administrativa.

Subsección 1.0.2.- Las fuentes del derecho de la responsabilité de la puissance publique

El Derecho Administrativo francés, se ha dicho ya, tiene un origen fundamentalmente jurisprudencial, si cabe aún más acentuado en lo relativo a

⁶⁷¹ Derivadas sin duda del temor a que la posibilidad de exigir responsabilidad podía suponer un freno al buen funcionamiento de los servicios públicos y una carga excesiva para la hacienda pública.

⁶⁷² Es decir, no sólo si el hecho dañoso traía causa de en un "acte de gestion", sino también, si en el origen del daño se hallaba un "acte d'autorité", lo cual resultó mucho más difícil de aceptar por el Conseil d'État; una de las primeras ocasiones en que lo hizo, condenando al Estado a reparar los perjuicios causados por determinadas decisiones prefecturales, fue CE 27 février 1903 Sieur et Dme Zimmermann et Dlle Olivier, Rec. p. 178, S.1905.III.17 note M. Hauriou.

⁶⁷³ CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privé. (...)*, citado en la nota 659, p. 199.

⁶⁷⁴ Así se desprende del TC 8 février 1873, *Blanco*, a partir de lo dispuesto en la Loi des 16-24 août 1790, *sur l'organisation judiciaire*, así como en la Loi du 16 fructidor an III, según las cuales, la actuación de la Administración, cuando se manifiesta como *puissance publique*, no debe ser juzgada por los tribunales ordinarios, *judiciaires*.

la responsabilidad administrativa. Ello no quiere decir, sin embargo, que no se hayan producido intervenciones del legislador en este campo, pero puede afirmarse con el profesor R. Chapus⁶⁷⁵ que, por contraste con el ordenamiento español, "*aucune n'a eu pour objet de définir le régime général de la responsabilité (...)*" de la puissance publique, razón por la cual, el *Conseil d'État* ha sido el que, animado por las conclusiones de los *commissaires du gouvernement*, ha ido definiendo los principios que conforman ese régimen general de la responsabilidad de los poderes públicos. Y, además, conviene notar que su jurisprudencia en este campo se ha caracterizado por una notable liberalidad; ésta se manifiesta, por ejemplo, en un reconocimiento amplio de los supuestos de responsabilidad llamada *sans faute*, que presentan la ventaja de ser más favorables para el perjudicado, dado que no tiene que probar la culpa, la *faute*, de la Administración e, incluso, para la propia Administración, en la medida en que le permite esquivar un reproche directo, basado en la culpa, a la actuación causante del daño.

No obstante, es preciso tener en cuenta que el art. 34 de la Constitución francesa establece, entre otras cuestiones, que "*La loi détermine les principes fondamentaux: (...) du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales (...)*" y que, tal como lo ha interpretado el Conseil constitutionnel,⁶⁷⁶ puede considerarse que dentro de las obligaciones civiles entrarían también las relativas a la responsabilidad administrativa, ya que se trata de una especie de responsabilidad civil. Por ello, este campo permanece dentro de la esfera de actuación del legislador -y parcialmente vedado a la potestad reglamentaria-. También pertenece al ámbito propio de la ley, de acuerdo con lo dispuesto en el mismo art. 34 CF, el relativo al reparto de competencias entre los órdenes jurisdiccionales⁶⁷⁷ y está en su mano, incluso,

⁶⁷⁵ CHAPUS, R., *Droit administratif général*, T. 2, op. cit., p. 1.229.

⁶⁷⁶ Decisión nº 80-116 L du 24 octobre 1980, sobre el Code général des impôts, y, en concreto, porque se pronuncia sobre una disposición de esta ley cuyo objeto era la responsabilidad administrativa en el ámbito fiscal para incluirla dentro del domaine de la loi, de acuerdo con lo previsto en la CF (art. 34), *Recueil*, p. 68 - Journal officiel du 25 octobre 1980, p. 2491.

⁶⁷⁷ Dentro de los límites marcados por el Conseil constitutionnel, que encuadran el ámbito de la ley en esta materia y atribuyen, como principio, la competencia para conocer de las decisiones

la posibilidad de crear regímenes legislativos especiales de responsabilidad administrativa, cuyo enjuiciamiento se encomiende a la juridiction judiciaire, apartándose así de la tónica general. En esta línea y, a título de ejemplo, se sitúan las leyes de 20 de diciembre de 1988 y de 23 de enero de 1990, cuyos artículos 38 y 46 atribuyen al juge judiciaire el conocimiento de las demandas de responsabilidad por los perjuicios causados con ocasión de la investigación biomédica desarrollada en instituciones públicas.⁶⁷⁸

Las principales evoluciones en el campo de la responsabilidad de la puissance publique se producen, en nuestros días, por obra del legislador,⁶⁷⁹

administrativas que entrañan el ejercicio de la puissance publique a la jurisdicción administrativa. Véase, en particular, su Decisión n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 y, especialmente el considerando 15:

Considérant que les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle ; que, néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ;

⁶⁷⁸ En parecidos términos, puede encontrarse la loi du 5 avril 1937, relativa a la responsabilidad civil de los *membres de l'enseignement public*, de cuyos actos dañosos responde el Estado, ante los tribunales civiles, pudiendo después ejercitar la acción de regreso -action récursoire- de conformidad con el derecho común.

⁶⁷⁹ Sin embargo, subsiste la problemática ligada a la responsabilidad *du fait des lois*, respecto a la cual el juez administrativo se ha mostrado, desde el arrêt La Fleurette, bastante prudente hasta ahora. Sobre este particular, hay que destacar el Arrêt de l'Assemblée, du 8 février 2007, *Gardedieu, Lebon 78*, concl. L. Derepas; *AJDA* 2007. 585, chron. F. Lenica et J. Boucher, que permite plantearse la cuestión de si esta responsabilidad puede seguir considerándose *sans faute*, en el que se declaró que

"la responsabilité de l'État du fait des lois est susceptible d'être engagée (...) en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France."

pero conviene recordar con la profesora M. Deguerge,⁶⁸⁰ que la doctrina y la jurisprudencia han ido mostrando la senda al legislador y en ocasiones han llegado a provocar su intervención, sobre todo la jurisprudencia, bien sea por inhibición o por su acción.⁶⁸¹ En este sentido, puede apreciarse cómo las reflexiones doctrinales y las evoluciones doctrinales, ciertamente numerosas, acerca del *aléa thérapeutique* o *aléa médicale* fueron preparando el camino al legislador para que, tras varios intentos fallidos, adoptara las medidas que sobre los *accidents médicaux* recoge la ley de 4 de marzo de 2002.

1.0.2.1 Referencia a los requisitos o conditions de la responsabilité

Es preciso aludir en este apartado, común a la responsabilité administrative pour faute y a la responsabilité sans faute, a los requisitos comunes para que pueda nacer ambos tipos de responsabilidad, es decir, a las *conditions d'engagement de la responsabilité*.⁶⁸² Me refiero al daño y a la relación de causalidad; sin daño no hay responsabilidad posible y éste ha de ser consecuencia directa de una acción u omisión⁶⁸³ que se considere dañosa. Además, hay que señalar que tanto en la responsabilité pour faute como en la

⁶⁸⁰ DEGUERGUE, Maryse, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, 1994.

⁶⁸¹ Piénsese, como ejemplo de este último supuesto, el *affaire Perruche* y la reacción *anti-Perruche* del legislador, plasmada en la L. de 4 mars 2002.

⁶⁸² Véase, por todos, CHAPUS, R., *Droit administratif général*, T. I, op cit., pag. 1235, a quien se sigue fundamentalmente en este epígrafe.

⁶⁸³ Si esta acción u omisión ha de ser necesariamente *fautive* o no, dependerá del régimen de responsabilidad ante el que nos hallemos. Evidentemente sí, si se trata de la responsabilidad administrativa de derecho común, que es una responsabilidad *pour faute*. Carecerá de relevancia que el hecho dañoso sea culpable, sin embargo, si nos hallamos ante alguno de los supuestos en que rige la responsabilidad sans faute.

responsabilité sans faute, rige, al igual que en el Derecho español, el principio de reparación integral del daño.⁶⁸⁴

Por lo que respecta al *préjudice*,⁶⁸⁵ que puede revestir cualquier naturaleza,⁶⁸⁶ -sea moral,⁶⁸⁷ material o personal- y que puede ser, bien directo o bien reflejo, *par ricochet*,⁶⁸⁸ se requiere que presente unos requisitos característicos para que reúna la condición de presupuesto de la responsabilidad administrativa; por lo demás, coinciden en lo esencial con los exigidos en el ordenamiento español.

El perjuicio ha de ser cierto,⁶⁸⁹ lo cual no quiere decir que tenga que ser actual; se admite como presupuesto de la responsabilidad administrativa que el daño sea futuro, pero de producción segura.⁶⁹⁰ El requisito de la certeza del daño sí excluye, en cambio, aquellos perjuicios que sean simplemente

⁶⁸⁴ Vid. POIROT-MAZÈRES, Isabelle, "La notion de préjudice en droit administratif français", *RDP*, nº 2 1997, pp. 519-566 y CORMIER, Christine, *Le préjudice en droit administratif français*, LGDJ, 2002.

⁶⁸⁵ Entendido como el daño, *dommage*, considerado a través de la persona de la víctima.

⁶⁸⁶ Tras una prolongada renuencia del Conseil d'État, la indemnizabilidad del daño moral está, desde el arrêt Letisserand, admitida, -cuestión distinta y difícil, es la de su cuantificación-, al igual que la de los daños corporales y materiales.

⁶⁸⁷ Como puede ser el perjuicio estético, el dolor moral propiamente dicho, ligado a la pérdida de un ser querido o *les troubles dans les conditions d'existence*. Mediante esta expresión se cubre un amplio espectro de situaciones, en la medida en que alude a los sentimientos que producen en la víctima determinadas contrariedades o cambios en sus hábitos o modo de vida como consecuencia del hecho dañoso.

⁶⁸⁸ Son reparables, tanto los perjuicios que sufre la víctima del hecho dañoso, inmediatamente en su persona o patrimonio, como los perjuicios que derivados de éstos puedan afectar a otras personas ligadas a las víctimas inmediatas por vínculos de diversa naturaleza. Sería el caso de la persona que, por la muerte o incapacidad de la víctima inmediata, deja de percibir la ayuda material que de ésta recibía.

⁶⁸⁹ Conviene insistir en que la realidad del daño no es consecuencia inmediata y automática de la comisión de una *faute* o de una acción ilegal.

⁶⁹⁰ Esta circunstancia podrá plantear, quizá, dificultades en lo que se refiere a la evaluación y cuantificación del daño, pero no impide que, como principio, pueda declararse la obligación de indemnizar a cargo de la Administración.

posibles, eventuales, en el sentido de que pudieran producirse o no en el futuro. La jurisprudencia del Conseil d'État considera también que la pérdida de oportunidad, *perte de chance*,⁶⁹¹ representa un perjuicio cierto, siempre que se trate de una *chance sérieuse*. De este modo, si, -a consecuencia de una decisión administrativa o de una ausencia de decisión, o de un retraso en ésta,- resultará indemnizable la *perte d'une chance sérieuse* de superar un examen o un proceso selectivo para acceder a un empleo público o de resultar adjudicatario de un contrato,⁶⁹² por no mencionar más que algún supuesto.⁶⁹³

El otro requisito común a cualquier forma de responsabilidad es el relativo a la relación de causalidad. La responsabilidad de la persona a la que se dirige la pretensión indemnizatoria sólo puede nacer si la acción o la omisión que se le imputa ha sido causa del daño. A partir de aquí y, siguiendo criterios análogos a los empleados en la jurisprudencia española, el juge administratif se inclina generalmente, entre las teorías que existen para la apreciación del nexo causal, por la teoría de la causalidad adecuada, en detrimento de la teoría de la equivalencia de las condiciones, lo cual supone, que en esa operación de valoración jurídica, no todo hecho puede considerarse causa, en el sentido jurídico, por el simple de que si no se hubiera dado el hecho el daño no se habría producido.

Es preciso también referirse a la posibilidad de que en el proceso de producción de un daño intervengan causas ajenas a la conducta del sujeto que

⁶⁹¹ Véase, por todos, SALLET, Frédérique, *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique*, LGDJ, 1998, en la que distingue entre las dos funciones que desempeña esta técnica:

Una explicativa, en el sentido de que puede suplir la imposibilidad de probar cursos causales hipotéticos, permitiendo que se indemnice en supuestos en que se considere que la posibilidad de que se hubiera dado una relación de causalidad alternativa es suficientemente plausible y, la otra, que es la que interesa en este apartado,

Delimitadora, en el sentido de que esta técnica puede actuar como instrumento para medir el *quantum* indemnizatorio, dando así certeza al perjuicio.

⁶⁹² CE 19 avril 1985, *Commune de Vitrolles*, RDP 1985, p. 1701.

⁶⁹³ De las aplicaciones de esta doctrina en el campo de la responsabilité hospitalière se trata más adelante.

se estima responsable y que pueden incidir en la declaración de responsabilidad de éste. Así por ejemplo, la conducta de la propia víctima, que si ha incurrido en culpa determinará que ha contribuido, de manera jurídicamente relevante, a la producción del daño. También la intervención de un tercero, sea un sujeto privado o jurídico-público y la fuerza mayor, como acontecimiento exterior a la esfera de actuación controlada por el causante del daño, imprevisible, en cuanto a su producción e irresistible, en cuanto a sus efectos. Y el caso fortuito,⁶⁹⁴ que se distingue de la *force majeure* porque no es ajeno a esa esfera de actuación propia del sujeto al que se imputa el daño y no rompe la relación de causalidad, aunque si excluye por lo general la *faute* y, en consecuencia, la responsabilidad cuando resulte de aplicación el derecho común de la *responsabilité administrative*, basado como es sabido en la noción de *faute*, culpa. La situación de la víctima también ha de ser considerada, ya que incluso si se dan las condiciones o requisitos exigidos para que nazca, a cargo de la Administración, la obligación de reparar, dicha obligación puede verse neutralizada por la situación de la víctima, a la que se podría oponer las excepciones de *illégitimité*,⁶⁹⁵ de *precarité* o de *risque accepté*.⁶⁹⁶ Esta última excepción implica que se rechace el derecho de una persona a ser indemnizada por los daños previsibles derivados de un riesgo al que, de una manera consciente, ha decidido exponerse.

Por otra parte y para terminar ya este apartado, conviene referirse a la cuestión de la influencia que puede desempeñar en el *droit de la responsabilité*

⁶⁹⁴ Respecto a la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito resulta obligado citar a M. HAURIUO, en su nota sobre el arrêt CE 10 mai 1912, *Ambrosini*, S. 1912.3.161, sentencia en la que, desacertadamente, el Consejo de Estado había calificado como de fuerza mayor la explosión de un buque de guerra en la bahía de Toulon, cuando en realidad la explosión se produjo por causas desconocidas, pero interiores al barco.

⁶⁹⁵ En razón de una ocupación sin título del dominio público, el ocupante irregular no será indemnizado de los daños que pueda sufrir a consecuencia de las medidas adoptadas, incluso irregularmente, por la Administración con vistas a la recuperación del bien de dominio público indebidamente ocupado.

⁶⁹⁶ Vid. MARIANI-BENIGNI, Isabelle, "L'exception de risque accepté" dans le contentieux administratif de la responsabilité", *RDP*, nº 3, 1997, pp. 841-878.

de la *puissance publique* y en sus fuentes, por un lado y desde la perspectiva del derecho nacional, el Derecho Constitucional⁶⁹⁷ y, por otro, el Derecho de la Unión Europea⁶⁹⁸ y el ordenamiento europeo relativo a los derechos humanos,⁶⁹⁹ cuestiones que no pueden ser ahora tratadas, pero que, al menos, han de quedar mencionadas.

⁶⁹⁷ Sobre este particular, resulta ilustrativa la cita de la Décision n° 85-198 DC du 13 décembre 1985, del Conseil Constitutionnel, comentada por FAVOREU Louis, RDP, 1986, p. 395 y relativa a la Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle, que introdujo el conocido como "*amendement Eiffel*", al que se refiere el considerando que se transcribe:

"16. Considérant que l'alinéa 4 de l'article 3-II, conçu en termes restrictifs, limite impérativement l'indemnité au seul "préjudice résultant des travaux d'installation, de pose ou d'entretien des moyens de diffusion par voie hertzienne ou des équipements nécessaires à leur fonctionnement" ; que cette rédaction écarte la réparation de tous préjudices autres que ceux strictement précisés; que cependant le principe d'égalité devant les charges publiques ne saurait permettre d'exclure du droit à réparation un élément quelconque de préjudice indemnisable résultant des travaux ou de l'ouvrage public; qu'en outre, en faisant partir le délai de prescription, non du jour de la naissance du préjudice mais "du jour où les travaux ont pris fin", la dernière phrase de cette disposition interdit la réparation de préjudices pouvant se révéler tardivement et méconnaît ainsi le principe d'égalité devant les charges publiques;"

⁶⁹⁸ Véanse, a título de ejemplo, DUBOUIS, L., "La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté", *RFDA*, 1996 y ss. También, el arrêl del *Conseil d'État* de 9 de julio de 2003, CE 9 juillet 2003, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ Mme. Marzouk*, *AJDA*, 2003, p. 1946, note Maryse DEGUERGUE. En este caso -en el que la muerte de un paciente se imputó al funcionamiento defectuoso de un respirador artificial, sin que se apreciara que su grave estado de salud anterior pudiera tener relevancia alguna-, el CE parece haber relegado la *faute du service public* en beneficio de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

⁶⁹⁹ Piénsese en los casos tratados en CEDH, 26 avril 1994, *Vallée c/ France*, CEDH 6 octobre 2005, *Draon c/ France* y *Maurice c/ France* y el del Conseil d'État, 24 février 2006, M. et Mme. Levenez - n° 250704, note Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, "Le dispositif anti-Perruche: aller-retour Paris-Strasbourg", *AJDA*, n° 23/2006, pp. 1272. Esta STEDH ha sido también comentada en *REDA* por Alfonso LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, "Malformaciones, errores médicos y responsabilidad del Estado (sobre las sentencias del TEDH Draon y Maurice de 6 de octubre de 2005", n° 131, 2006, p. 551-569.

Sección 1.1.- La culpa - *faute* - como fundamento general de la *responsabilité administrative*

El régimen *de droit commun* de la responsabilidad de las personas jurídico-públicas, que según se ha visto tiene un origen fundamentalmente jurisprudencial, se encuentra asentado desde hace decenios sobre una construcción binaria, en la que "*deux dichotomies apparaissent comme exhaustives. L'une, de premier rang, oppose la responsabilité pour faute, dont le "poids" demeure essentiel, à la responsabilité sans faute. L'autre, de second rang, distingue, au sein de la responsabilité sans faute, la responsabilité pour risque et la responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques*".⁷⁰⁰

Desde una perspectiva más amplia, que excede lo estrictamente jurídico, puede notarse que la culpa hunde sus raíces en la esfera de la moral, de la ética, nace en el Derecho privado y se adapta a su lógica, pero también está presente en el Derecho público francés de la responsabilidad, aunque ciertamente con peculiaridades⁷⁰¹ y justifica el nacimiento de responsabilidad tanto para personas jurídico-privadas, como jurídico-públicas. Esta relación entre ética y responsabilidad, como señala el profesor J.-A. Mazères,⁷⁰²

⁷⁰⁰ De este modo lo resume MELLERAY, Fabrice, "Les arrêts GIE AXA Courtage et Gardedieu remettent-ils en cause les cadres traditionnels de la responsabilité des personnes publiques?", en *TERRES DU DROIT. MÉLANGES EN L'HONNEUR DE YVES JÉGOUZO*, Dalloz, 2009, pp. 489-500.

⁷⁰¹ Debidas sin duda, a su distinto proceso de formación. La responsabilidad civil, de droit privé, se va formando poco a poco y a partir de supuestos concretos desde el Derecho Romano, de los cuales se van a ir extrayendo los principios y reglas; sin embargo, la responsabilidad administrative pasa de ser negada, por la tradicional irresponsabilidad de los poderes públicos, a admitirse como principio, para luego ir produciendo toda la casuística propia del derecho de daños. A esta diferencia original y que condiciona buena parte del régimen jurídico de la responsabilidad, se refiere GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, ya citada.

⁷⁰² MAZÈRES, Jean-Arnaud, "Recherche sur les fondements méta-éthiques de la responsabilité", en *VERS DE NOUVELLES NORMES EN DROIT DE LA RESPONSABILITÉ PUBLIQUE?*, actes du colloque organisé sous la présidence de M. Ch. Poncelet par l'université

encuentra su eco en un binomio formado por dos nociones relacionadas, aunque distintas: la responsabilidad y la culpabilidad. Desplegarían sus efectos una, principalmente, en el plano intersubjetivo,⁷⁰³ - la responsabilidad- y la otra en un plano que excede lo intersubjetivo, para adentrarse en lo colectivo -la culpabilidad⁷⁰⁴-. Sin embargo, ambas nociones encuentran un punto de conexión en la "*faute*", justamente por ese enraizamiento con la moral y la ética. Y como afirma Y. Flour⁷⁰⁵, la *faute* -la culpa-, articularía armónicamente las tres funciones que los autores del Code Civil quisieron asignar a la responsabilidad civil: reparar el daño e, indirectamente, castigar al culpable y prevenir, a través de la disuasión de los comportamientos dañosos. Así, en la indemnización, la sanción y la prevención, se conciliarían el Derecho, la Moral y la Política.

En cualquier caso, la culpa, la *faute*, sigue siendo el criterio de imputación dominante en el panorama de la responsabilidad administrativa; resulta llamativa los distintos origen y evolución que ha seguido la responsabilidad civil (fundada en origen, casi exclusivamente, sobre la culpa y en la que se han ido abriendo paso fórmulas de responsabilidad sin culpa) y la responsabilidad administrativa, en la que inicialmente se trató de buscar otros fundamentos distintos de la culpa, ya que resultaba más difícil aceptar que la

Paris 13 avec le concours du ministère de l'éducation nationale le 11 et 12 mai 2001, édition du Sénat, pp. 321-347 y sobre estas cuestiones, en especial, en las pp. 324-325.

⁷⁰³ Cuando se causa un daño a otro, debe responderse reparando el daño a quien lo haya sufrido. La relación intersubjetiva se reconduciría pues a la reparación.

⁷⁰⁴ En la medida en que la culpabilidad pone al individuo en relación con un sistema objetivo de normas morales y/o jurídicas que ha sido infringido por su comportamiento, culpable, y que representa un vínculo fundamental por el que se constituye y perpetúa una determinada colectividad. Mientras que la responsabilidad supone la reparación, la culpabilidad se corresponde con el castigo y, en su caso, el perdón.

⁷⁰⁵ FLOUR, Yvonne, "Faute et responsabilité civile: déclin ou renaissance?", *Droits*, núm. 5, 1987, citada en el artículo la profesora Lochak, Danièle, "Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation", en CHEVALLIER, Jacques, (dir.), *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, pp. 275-316.

culpa pudiera también justificar la obligación de reparar a cargo de la Administración, por la misma dificultad en aceptar que la Administración pudiera cometer una *faute* fundamentos que coexisten con la culpa.

Es conocido que la responsabilidad de la *puissance publique* es una responsabilidad *pour faute*,⁷⁰⁶ es decir por culpa, lo cual supone que, para que nazca la obligación de reparar a cargo de la Administración se requiere que concurra algún tipo de culpa en la ejecución del servicio público; la culpa es, por tanto, el fundamento de la responsabilidad administrativa en la mayor parte de supuestos. Además, la *faute* ha de ser constitutiva de lo que se conoce como una *faute de service*,⁷⁰⁷ lo que determinará que sólo nazca la responsabilidad de la Administración⁷⁰⁸ y no una *faute personnel* que resulte separable del ejercicio de sus funciones.⁷⁰⁹

Como señala el profesor Chapus, de manera ciertamente lacónica, la justificación de esta responsabilidad de corte subjetivo caería por su propio peso: " (...) *rien n'est plus normal qu'on soit responsable des conséquences de ses propres fautes ou des fautes commises par les personnes dont on doit répondre*"⁷¹⁰

⁷⁰⁶ Y en sentido estricto, siendo la Administración una persona jurídica, se trata de una responsabilidad *du fait d'autrui*, como la prevista en el ámbito jurídico privado en el art. 1384 del Code civil, en términos similares a los recogidos en el art. 1903 del Código civil español.

⁷⁰⁷ Arrêt *Pelletier* TCo, du 30 juillet 1873 (1er suppl., p. 117, concl. David).

⁷⁰⁸ Permaneciendo personalmente irresponsable el agente público autor de la *faute de service* causante del daño.

⁷⁰⁹ En cuyo caso, el agente público autor de la *faute personnelle* que esté en el origen del daño causado, verá su responsabilidad personal comprometida.

⁷¹⁰ CHAPUS, R., *Droit administratif...* T. I, op cit. pag. 1293, a quien se sigue fundamentalmente en este epígrafe.

Subsección 1.1.1.- Culpa probada y presunciones de culpa

La enunciación del principio según el cual la *responsabilité administrative* es una *responsabilité pour faute* nos sitúa ante la necesidad de definir⁷¹¹ qué se ha de entender por *faute*,⁷¹² por culpa. Las posiciones doctrinales al respecto han sido y son muy variadas y han llegado incluso a negar que sea posible dar una definición⁷¹³ de la *faute* suficientemente comprensiva. En cualquier caso, es común en la doctrina referirse a la definición clásica debida a Marcel Planiol, según la cual la *faute* es "*un manquement à une obligation préexistante*". Se incurre en culpa pues, cuando no se ha observado la conducta debida, ya sea activa u omisiva y, en consecuencia, tal conducta se hace merecedora de un reproche. No es preciso insistir en que el concepto formal de *faute* que acaba de enunciarse requiere después, la apreciación *in concreto* del conjunto de circunstancias que rodeen la acción u omisión que se considere *fautive*, - culpable- lo que necesariamente obliga a un análisis de los hechos,

⁷¹¹ A la noción de *faute* se dedican las pp. 350 a 369 de CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privé. (...)*, citado en la nota 659.

⁷¹² Al igual que sucede en el ordenamiento español, los términos *faute* e *illégalité*, no son plenamente equivalentes; si bien toda ilegalidad constituye una *faute*, en el extenso ámbito de la actividad material de la Administración del siglo XXI será muy frecuente que una *faute* no sea constitutiva de una ilegalidad.

Igualmente, puede matizarse en ambos ordenamientos, que el hecho de que se cometa una concreta ilegalidad no determina que, necesariamente y en todo caso, la Administración autora de tal infracción esté, en virtud de esa sola conducta ilegal, obligada a reparar. Lógicamente, habrán de concurrir los restantes requisitos, *les conditions du droit à réparation*.

⁷¹³ En Francia, al igual que en España, los principales estudios sobre la culpa, la *faute*, proceden de la doctrina civilista. Resulta, sin embargo, llamativa la posición de estos dos autores, reacios a dar una definición de la *faute*: A. Légal, en *De la négligence et de l'imprudence comme source de la responsabilité délictuelle*, th. Paris, 1922, p. 7, dice "*Le mot faute est une de ces expressions qui n'ont rien de proprement juridique, qui sont empruntés à la langue de tous les jours et font appel à l'imagination, à l'intuition.*" Para G. Ripert, *Examen doctrinal*, Rev. crit. 1912, p. 196, "*On ne peut même pas essayer de donner une définition de la faute*". Ambos citados en CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privé. (...)*, ya citado en la nota 659, p. 352.

necesariamente casuístico, para determinar si dicha *faute* se ha producido. Lo anterior, es consecuencia de la carga de la prueba que pesa sobre el perjudicado respecto a la existencia de *faute*, sin perjuicio de que, como es sabido, existan diversas doctrinas jurisprudenciales que conducen a una presunción de *faute*⁷¹⁴ y, en la medida en que esta presunción lo es *iuris tantum*, a una inversión de la carga de la prueba.

Entre las presunciones de *faute* establecidas por el *juge administratif* encontramos la que opera con relación a los accidentes que pueden sufrir los usuarios de obras públicas⁷¹⁵. También en el ámbito sanitario y con relación al contencioso sobre la organización y el funcionamiento del servicio sanitario, en una doctrina jurisprudencial iniciada en 1958, ante los graves daños derivados de una vacunación obligatoria⁷¹⁶ y que, como se verá, el juez administrativo ha recurrido en ocasiones a esta presunción a fin de salvar el rigor que suponía la exigencia de una *faute lourde* si lo que estaba en cuestión era un acto médico. Así, cuando la atención sanitaria dispensada en un establecimiento sanitario público tiene consecuencias dañosas *anormales*, -en la terminología española, de gravedad -, e inesperadas, en virtud de esta doctrina jurisprudencial se consideraba que tales consecuencias sólo pueden explicarse por "*une faute commise dans l'organisation ou le fonctionnement du service*". Naturalmente, esta presunción de *faute* no operará si se prueba que no ha habido *faute* y, por tanto, la demanda de reparación del perjudicado no será atendida.⁷¹⁷

⁷¹⁴ MOREAU Jacques, "Les présomptions de faute en Droit Administratif de la responsabilité. Comètes ou nébuleuses?". In *Liber amicorum Jean Waline* LGDJ 2002, p. 684.

⁷¹⁵ En estos casos la jurisprudencia presume un "*défaut d'entretien normal*" de la obra pública, como puede ser el caso de un viandante que cae en una zanja abierta sobre la acera o el hecho de que se pueda abrir la puerta de un ascensor sin que el ascensor se encuentre en esa planta; CE 24 janvier 1990, *Université des Sciences et Technologique de Lille I*, RDP 1991, p. 1445.

⁷¹⁶ CE Ass. 7 de mars 1958, *Dejouse*, rec. p. 153 AJDA 1958, 2 p. 220, chron. J. Fournier et M. CoMbarnouse, concl. contr. B. Jouvin, ya que propuso en sus conclusiones la institución de una *responsabilité sans faute*.

⁷¹⁷ CE Ass. 25 janvier 1974. *Centre hospitalier Sainte-Marthe-d'Avignon*, p. 64 AJ 1974, p. 202, chorn. M. France et M. Boyon, D. 1975 p. 86, note J.P. Duprat, JCP 1975, n° 18012, note M. Debène, RDSS 1975, p. 213, note F. Moderne.

Por otra parte, la jurisprudencia administrativa ha venido exigiendo, en determinados campos concretos, la concurrencia de una *faute lourde*, lo que ha sido generalmente percibido como una protección no siempre justificada en favor de la Administración. Sin embargo, la tendencia apreciada en los últimos años, lleva hacia su progresiva desaparición o atemperación,⁷¹⁸ según se trata más adelante.

*Subsección 1.1.2.- La gravedad de la culpa como requisito en vías de extinción o la tendencia al progresivo abandono de la *faute lourde* como presupuesto de la responsabilité administrative*

La *faute lourde* o culpa grave es uno de los requisitos para que nazca la responsabilité administrative en determinados sectores de actividad de la Administración, lo cual plantea el delicado problema de distinguir⁷¹⁹ la *faute simple*, *légère* y la *faute lourde*, en el que ahora no se puede entrar. Estos sectores se han caracterizado por la particular dificultad de la actividad administrativa propia de tal sector o porque entrañaban el ejercicio de la autoridad. Tradicionalmente, la jurisprudencia exigía la culpa grave en el ámbito de la Administración tributaria, de la actividad de policía, tanto de seguridad, como general administrativa y servicios de extinción de incendios, entre otros. También, en el plano de la responsabilité hospitalière, la *faute lourde* se

⁷¹⁸ TOUBLANC, Alix, "De la prétendue disparition de la *faute lourde* en matière de responsabilité médicale", *AJDA* 22, 2004, p. 1173.

⁷¹⁹ La terminología empleada en la jurisprudencia administrativa es, además, variada. *Faute manifeste et d'une particulière gravité, faute lourde, grave, faute d'une particulière ou exceptionnelle gravité, faute inexcusable.*

exigía⁷²⁰ para que naciera la obligación de reparar cuando el acto causante del daño era un acto médico.⁷²¹

Respecto a la *faute lourde*, pudo concebirse en sus orígenes como un elemento que permitió el reconocimiento de la responsabilidad administrativa, ya que se partía del principio imperante de la irresponsabilidad;⁷²² sin embargo, en la actualidad, se percibe más bien como una protección de la Administración, lo que explica su progresiva superación. En este sentido, puede afirmarse con la profesora D. Lochak que:

"Et si la notion de "faute manifeste et d'une particulière gravité", invoquée dans les domaines où l'irresponsabilité de l'État était le principe, à été imaginée à l'origine dans un souci d'équité pour faire céder ce principe au profit de la victime, l'exigence d'une faute lourde, qui subsiste pour les activités réputées difficiles comme le maintien de l'ordre, ou la surveillance des détenus ou des malades mentaux, ou dans les domaines de compétence "régaliennne" comme les services fiscaux, apparaît bien aujourd'hui comme une protection de l'administration et une contrainte supplémentaire imposée aux victimes".

Así las cosas, este declive de la *faute lourde* se insertaría en un proceso del que siguen dándose manifestaciones en ámbitos dispares y que respondería a un triple objetivo.⁷²³ A saber: El objetivo de reducir o eliminar ámbitos de inmunidad en la actividad administrativa. El de ampliar la protección de los

⁷²⁰ Hasta que el arrêt del CE, *Époux V.*, de 10 de abril de 1992, puso fin a tal requisito, transformando la *faute lourde* por otro tipo de *faute*, específico par el sector de la responsabilité hospitalière, a la par que indeterminado en cuanto a sus contornos, la *faute médicale de nature à engager la responsabilité de l'hôpital public*.

⁷²¹ Si se trataba de un *acte de soins* o de la organización y funcionamiento del servicio, regía la exigencia de una simple *faute*, pudiéndose aplicar en este último caso las técnicas de presunción de *faute*.

⁷²² M. Waline, en el prefacio a la tesis del profesor R. Chapus, sostiene algo distinto; la exigencia de *faute lourde* buscaba, admitiendo el principio de la responsabilidad, evitar que los jueces declararan la responsabilidad de la Administración por falta levísima, como lo permite la norma en el Derecho privado.

⁷²³ LOCHAK, Danièle, "Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation", en CHEVALLIER, Jacques, (dir.), *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, pp. 275-316.

perjudicados. Y, finalmente, el de terminar con las disparidades de tratamiento difícilmente justificables, es decir, con las respuestas divergentes dadas por la jurisdicción civil y administrativa a situaciones y hechos similares, si no idénticos y que se hacen especialmente patentes en el ámbito de la responsabilité hospitalière.

Puede encuadrarse esta evolución de la responsabilidad administrativa en una tendencia más amplia, que pone de manifiesto el profesor M. Waline, hacia una "« *objectivisation* » de plus en plus marquée de la responsabilité publique, évolution remarquablement symétrique de celle constatée en droit civil"⁷²⁴ y que se manifestaría, entre otras formas, en el proceso de abandono de la exigencia de una culpa grave como requisito para el nacimiento de la responsabilidad de la Administración:

*"En effet, depuis une vingtaine d'années, on assiste à une évolution du droit positif qui marque un très net déclin de la faute lourde. Celle-ci est d'autant plus remarquable qu'elle n'épargne que bien peu de domaines où l'on exigeait jusqu'alors une faute lourde. Ce déclin continu de la faute lourde postule à terme, selon nous, sa disparition complète."*⁷²⁵

Así por ejemplo, en el ámbito de los servicios fiscales, en el que tradicionalmente se exigía la faute lourde, más quizá por tratarse de un *service public régalién*, es decir, de un servicio público que es manifestación directa de la soberanía como es la recaudación de impuestos, que por la dificultad real que entrañaba su funcionamiento, se empezó a admitir la responsabilidad por culpa simple, desde el arrêt Bourgeois de 1990,⁷²⁶ ya que a partir de entonces

⁷²⁴ WALINE, Jean. "L'évolution de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques ». *Etudes et documents CE Rapport Public 1994*, n° 46. p. 460.

⁷²⁵ WALINE, Jean. "L'évolution de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques ». *Etudes et documents CE Rapport Public 1994*, n° 46. p. 465.

⁷²⁶ CE, sect., 27 juillet 1990, Yvon Bourgeois, *RFDA*, 1990, p. 899, concl. N. Chahid-Nourai y en *AJDA*, 1991, p. 53 y ss., note L. Richer. El Conseil d'État consideró que los errores cometidos en lo relativo al montante de los salarios imponibles por el servicio encargado de establecer y recaudar el IRPF de un contribuyente:

"(...) ont été commises lors de l'exécution d'opérations qui, si elles se rattachent aux procédures d'établissement et de recouvrement de l'impôt, ne comportent pas de difficultés particulières tenant à l'appréciation de la situation des contribuables; qu'elles sont constitutives d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État".

la exigencia de culpa grave se iba a reservar a las actividades que presentaran "*difficultés particulières tenant à l'appréciation de la situation des contribuables*".

Sin embargo, es preciso relativizar el efecto real que pueda tener la desaparición de la exigencia de la *faute lourde*, ya que puede tratarse de un simple cambio en la terminología que emplea el juez. Éste no buscaría entonces una culpa grave, sino otras formas de culpa⁷²⁷ indeterminadas en abstracto y determinadas en cada caso concreto en función de las circunstancias, lo que permitiría al juez conservar un margen de apreciación sobre la tolerabilidad o excusabilidad de ciertas conductas *fautives* en las que *la faute*, por su carácter leve, no se juzgaría con entidad suficiente como para hacer nacer la obligación de reparar. De este modo, el juez administrativo se reservaría, aunque subrepticamente, el arbitrio de rechazar las demandas fundadas en culpa levísima, sin duda como reconocimiento a la dificultad que presenta la actividad en ciertos sectores.

Sección 1.2.- El desarrollo de la responsabilidad sin culpa, *responsabilité sans faute*, como excepción al régimen general en materia de responsabilidad administrativa

En el ámbito del derecho de la responsabilidad administrativa en Francia, se aprecian al lado de la responsabilidad por *faute*, supuestos o categorías de supuestos en los que la culpa no representa el fundamento de la responsabilidad. Como la mayor parte del derecho de la *responsabilité de la puissance publique* en Francia, estos regímenes particulares se han creado por vía jurisprudencial. Existen, también, algunos supuestos especiales de

Por lo tanto, sólo en los supuestos en que el servicio comporte una dificultad considerable seguirá siendo exigible la culpa grave para que pueda declararse la responsabilidad de la Administración tributaria.

⁷²⁷ Así lo intuye, con toda razón, el profesor WALINE, en la p. 458 de su estudio citado en la nota anterior:

"le changement est peut-être plus apparent que réel : le Conseil d'Etat reste libre à l'avenir d'estimer s'il y a ou non « faute de nature à engager la responsabilité »."

responsabilidad al margen de la noción de culpa, como son los introducidos por la Ley de 3 de septiembre de 1969 relativa a las vacunaciones obligatorias. En parecidos términos, la Ley de 15 de abril de 1957 estableció un sistema de responsabilidad objetiva para los daños que pudieran ocasionarse por el uso de vehículos pertenecientes a la Administración.⁷²⁸

En cualquier caso, después de recorrer en el apartado anterior, el régimen común de la *responsabilité administrative* en Francia, que es una responsabilidad basada en la culpa, de corte subjetivo, hay que recordar que, al lado y como complemento necesario y atemperador de este régimen general, encontramos diversas modalidades de *responsabilité sans faute*. En éstas, el perjudicado no tiene que probar la culpa en el hecho dañoso, del mismo modo que resulta irrelevante que el demandado acredite que no ha incurrido en culpa alguna en la causación del daño. Es una responsabilidad *de plein droit*, que nace en razón del daño causado, del perjuicio sufrido por la víctima. Esta *responsabilité sans faute* tiene, pues, un carácter objetivo e importa precisar desde este momento que dicho carácter objetivo no tiene el mismo alcance que, según se sostiene en esta tesis, es característico de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el Derecho español.

En los supuestos de responsabilidad sin culpa⁷²⁹ subyace la noción de equidad y es ésta la que permite explicar la exigencia de un daño especial y anormal, según sostiene D. Lochak siguiendo a P. Amselek,⁷³⁰ quien ve en el

⁷²⁸ Esta Ley además unificó ante la jurisdicción ordinaria, *judiciaire*, el contencioso en esta materia, independientemente del hecho de que pudieran estar implicados medios materiales pertenecientes a las Administraciones públicas.

⁷²⁹ Como afirma la profesora Danièle LOCHAK, en "Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation", en CHEVALLIER, Jacques, (dir.), *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, p. 284:

"le juge admet la responsabilité sans faute lorsqu'il lui paraît inéquitable de laisser un administré supporter sans indemnisation les conséquences dommageables d'une activité de l'Administration".

⁷³⁰ AMSELEK, P., "La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative", *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Ed. Cujas, 1975, PP. 233-262, citado en la anterior.

daño anormal el fundamento común de todas las hipótesis de responsabilidad sin culpa. El daño se repara, no porque se haya provocado por un comportamiento culpable, sino porque la situación dañosa de la víctima aparece como anormal, excede de lo que la víctima debe soportar. En estos supuestos, para esta autora, el riesgo o el principio de igualdad ante las cargas públicas es, no el fundamento, sino la justificación teórica de la admisión de una responsabilidad de la Administración por daño anormal.

Así, en materia de *responsabilité sans faute* se distinguen dos grandes tipos: la responsabilidad *pour risque* y la responsabilidad por ruptura *de l'égalité devant les charges publiques*.⁷³¹

La responsabilité pour risque:

Interesa, primeramente, referirse a la responsabilidad por riesgo; ésta se dará cuando el daño resulta de la realización de un riesgo y cuando el juez administrativo o el legislador, por razones diversas, han considerado justo o equitativo que la existencia del riesgo de que se produzca un daño motive la institución de este régimen de responsabilidad sin culpa. La responsabilidad *pour risque* representa así una socialización de la reparación de los perjuicios, que, en nombre de la solidaridad hace recaer la obligación de indemnizar a las víctimas sobre la colectividad, por tratarse de lo que se presenta, comúnmente, como un "*risque social*". Dentro de esta categoría general de la *responsabilité pour risque*, encontramos las siguientes variantes:

A. La responsabilité sans faute en raison d'un risque spécial de dommage:

La existencia de un *risque spécial de dommage*, apreciada por la jurisprudencia, supone que la realización de ese riesgo haga nacer la responsabilidad sans faute; nos hallaríamos ante tres categorías de supuestos, agrupados en torno a:

⁷³¹ Se sigue, fundamentalmente, en este apartado a CHAPUS, R., *Droit administratif général* (...), T. 1, pp. 1329 y ss.

1) las cosas peligrosas, como puede ser el caso de los explosivos,⁷³² las armas⁷³³ y artefactos peligrosos, las obras públicas peligrosas y los hemoderivados;⁷³⁴

2) los métodos peligrosos como por ejemplo el risque spécial de dommage que para los terceros entrañan los métodos de reeducación de jóvenes delincuentes, en virtud de los cuales estos se encuentran en régimen abierto;⁷³⁵ igualmente, en el supuesto de los enfermos mentales ingresados en hospitales psiquiátricos.

3) las situaciones peligrosas: en estos casos la responsabilidad sin culpa beneficia a las personas que, en razón de las obligaciones que se les imponen, se les ha colocado en una situación peligrosa.⁷³⁶

B. La responsabilidad sans faute en beneficio de los collaborateurs des services publics:

Esta subespecie de la responsabilidad sans faute se reconoció por vez primera en el arrêt Cames de 21 de junio de 1895, con relación a un daño sufrido por un agente público.⁷³⁷ Este régimen de responsabilidad cubría inicialmente a aquellos colaboradores en los servicios públicos que no se beneficiaran de la protección del sistema de pensiones de la función pública ni de la protección propia de los accidentes de trabajo. Dado que la acción protectora en materia social se ha extendido considerablemente desde 1895, la principal aplicación de la doctrina Cames se refiere a las personas que, externas a la Administración, participan de modo ocasional y altruista, aunque a

⁷³² Por ejemplo, el clásico arrêt conocido como el del Fort de la Double Couronne, CE 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, RDP 1919, p. 239, concl. Corneille, S 1919.3.25, note M. Hauriou.

⁷³³ CE Ass 24 juillet 1949, Lecomte.

⁷³⁴ En la actualidad, la obligación de indemnizar en los supuestos previstos en la ley, por contaminación del VIH y del VHC corresponde al ONIAM.

⁷³⁵ CE Sect. 3 février 1956, Thouzellier, p. 49, AJ 1956,2, p. 96, chorn. F. Gazier D. 1956, p. 597, note J.-M. Auby, DA 1956 p. 51, note F.-P. Bénéot, JCP 1956, n° 9608, note D. Lévy, RDP 1956, p. 854, note M. Waline.

⁷³⁶ CE Sect 19 octobre 1962, *Perruche*,

⁷³⁷ Arrêt Cames du 21 juin 1895 (p. 509, concl. Romieu, D 1896.3.65, concl., S 1897.3.33,concl., note M. Hauriou).

solicitud de un agente público, en la ejecución del servicio público. En este sentido, si el colaborador sufre un daño a resultas de su participación en el servicio público, el ente público *beneficiario* de esa participación deberá indemnizarle.⁷³⁸

C. La responsabilité sans faute en beneficio de los terceros victimes d'accidents des travaux publics.

La sentencia del CE⁷³⁹ recaída en el asunto de la presa de Malpasset, dentro de la serie de decisiones que siguieron a una catástrofe ocasionada por la rotura de esa presa, aplica este régimen de responsabilidad para reconocer la obligación de la Administración titular de la instalación, el departamento del Var, de indemnizar a la ciudad de Fréjus por los daños que, como tercero ajeno a esa obra pública, había sufrido en sus bienes a resultas de la rotura de la presa, pese a que el CE apreció que no había habido deficiencias ni en el proyecto, ni en la construcción ni en el mantenimiento de la presa. Se trataba de un caso foruito, cuyas resultas dañosas deben ser reparadas a los terceros al margen de la *faute*.

Sin embargo, en la medida en que la ciudad también ostentaba la condición de usuaria en lo relativo a la red de abastecimiento de agua, que se nutría de la presa, no pudo obtener indemnización por los daños sufridos en dicha red que derivaba de la propia presa. Y ello, porque se acreditó que la rotura se debió a un caso fortuito y no a la culpa, desvirtuando así la presunción de *défaut d'entretien normal*, antes mencionada, debiendo pues la ciudad, por su condición de usuaria, soportar el daño.

D. La responsabilité del Estado du fait des attroupements et rassemblements.⁷⁴⁰

⁷³⁸ La jurisprudencia recoge supuestos variados, que van desde la consideración como colaboradores con el servicio público de los habitantes de un municipio a los que el alcalde solicita que colaboren en una fiesta local, hasta los donantes de sangre.

⁷³⁹ V. gr., CE 22 octubre 1971, *Ville de Fréjus*, Rec. p. 630, RDP, 1972, note M. Waline.

⁷⁴⁰ El Conseil d'État ha incluido en esta categoría de responsabilidad sin culpa, los daños causados por los disturbios que vienen produciéndose, con más frecuencia de la deseable, en

Después de enunciar los supuestos de responsabilité pour risque, debe evocarse a continuación la otra gran categoría de la responsabilité sans faute, que es la responsabilidad por la ruptura de *l'égalité devant les charges publiques*,⁷⁴¹ en virtud de un principio general del derecho, aplicable incluso en ausencia de una previsión específica de derecho positivo.⁷⁴²

La responsabilidad por la ruptura de *l'égalité devant les charges publiques*

El principio d'égalité devant les charges publiques tiene una ascendencia constitucional, derivada de la Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen⁷⁴³ y del preámbulo de la CF58.⁷⁴⁴ Este principio se explica y justifica por la idea de que un individuo no debe soportar las consecuencias anormales -en atención a su gravedad- y especiales, -en el sentido de que no se encuadren en las cargas o inconvenientes usuales de la vida ordinaria en sociedad-, que se les puedan irrogar como consecuencia de una actuación lícita de la Administración.

ciertos distritos periféricos de las grandes ciudades francesas. CE Sect. 29 décembre 2000, *Assurances générales de France*, AJDA 2001, p. 164.

⁷⁴¹ Véase DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., Paris, 1969.

⁷⁴² Según tiene establecido la jurisprudencia del Conseil d'État; v. gr. CE Ass. 19 février 1960, *Fédération des syndicats de défense des irrigants*, Rec. p. 129.

⁷⁴³ El profesor R. Chapus, (*Responsabilité publique et responsabilité privé...*, ya citado, pp. 342-343), partiendo de una concepción más restrictiva de este principio, pero también más próxima seguramente a sus orígenes históricos, niega que guarde relación con el art. 13 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, cuyo objeto exclusivo sería el de condenar las desigualdades fiscales del Antiguo Régimen:

"Art. 13. -Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable: elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés."

⁷⁴⁴ Así lo tiene declarado el Conseil constitutionnel, invocando el principio general de igualdad ante la ley y el art. 13 de la Déclaration des Droits de l'homme, en su decisión de 10 de enero de 2001, *Droit communautaire dans le domaine des transports*, LPA février 2001, n° 34, note J.-E. Schoettl. También en su Décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007 (Journal officiel du 22 août 2007, p. 13959), desde la perspectiva de la igualdad ante las obligaciones tributarias.

En este sentido, si han sufrido un daño por una actuación que, con arreglo a Derecho y persiguiendo un fin de interés general ha llevado a cabo la puissance publique, será la caja común del Estado la que deba reparar ese daño para restablecer así la igualdad rota.

Nos hallamos, pues, ante supuestos en los que, a diferencia de lo que sucede en la responsabilidad por culpa, los daños no presentan el elemento de accidentalidad ni resultan de un riesgo al que estarían expuestos los terceros. Por el contrario, en estos casos los daños son consecuencia necesaria, previsible e, incluso, querida de ciertas medidas y decisiones.

A. La responsabilité pour dommages permanents de travaux publics.⁷⁴⁵

Se trata de daños de carácter no accidental, sino que son consecuencia inevitable de los trabajos de ejecución de obras públicas o del funcionamiento de éstas. Así, los inconvenientes derivados de la vecindad a una obra pública serán indemnizados, a condición de que el daño sea anormal -en el sentido de que tenga una entidad relevante- y especial, -en el sentido de que ha de ser un daño individualizado y no una carga general que recaiga por igual sobre la población.

B. La responsabilité du fait des décisions administratives régulières.

De aplicación en los supuestos en que, sin incurrir por ello en ilegalidad alguna, la Administración decide no intervenir y dejar así de ejecutar

⁷⁴⁵ Es comúnmente citado el arrêt CE Sect. 24 juillet 1931, *Commune de Vic-Fezensac*, en el que se rechaza la indemnizabilidad de los "daños" en los que falta la nota de la anormalidad; de hecho, en este caso, nos hallaríamos ante una simple molestia que se compensaría por el hecho mismo de la vecindad a la obra pública, entendido en el sentido amplio de instalación pública. Así, puede leerse en este arrêt:

« Considérant que les inconvénients résultant dans l'espèce, pour le sieur Cazes, de la chute, sur la toiture de sa maison, des feuilles de platanes de la place de Vic-Fezensac, n'ont pas excédé les sujétions normales résultant du voisinage de la voie publique, lesquelles d'ailleurs sont compensées par les avantages résultant dudit voisinage ».

forzosamente una decisión, cuando se den circunstancias que así lo aconsejen, para evitar las alteraciones graves del orden público a que esa ejecución podría dar lugar.⁷⁴⁶ La causa de la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas puede tener su origen también en un reglamento.

C. La responsabilité du fait des lois⁷⁴⁷ et des conventions internationales.

El Conseil d'Etat declaró tempranamente el principio de la responsabilidad derivada de las leyes, si bien luego lo ha administrado con suma moderación,⁷⁴⁸ -al conectarlo, lógicamente, con la exigencia del requisito de la especialidad del daño-.⁷⁴⁹ Recientemente, el CE parece haber flexibilizado su doctrina⁷⁵⁰ sobre este tema y se muestra más receptivo a la aplicación de esta modalidad de responsabilidad sans faute.⁷⁵¹ En particular, con relación a las *validations législatives*, a la hora de apreciar su conformidad

⁷⁴⁶ CE 30 novembre 1923, *Couitéas*. Rec. p. 789.

⁷⁴⁷ Sobre la responsabilidad del Estado legislador, véanse los trabajos de los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La responsabilidad del Estado legislador en el Derecho español*, Civitas, 2ª ed., 2007, BROUELLE, Camille, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, LGDJ, 2003, ALONSO GARCÍA, C., *La responsabilidad del Estado legislador*, Marcial Pons, 2000, MODERNE, F., "La responsabilité du fait des lois et des conventions internationales", in BARNÉS, Javier, (coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía expropiatoria en el derecho europeo comparado*, Tecnos, 1995, p. 304. Más recientemente, P. BON, "L'arrêt *La Fleurette* aujourd'hui", in *Mélanges en l'honneur de J. Morand-Devillier*, Montchrestien, 2007, p. 185 y ss. y B. PACTEAU, "La responsabilité publique du fait des lois. La sortie du tunnel", in *Mélanges en l'honneur de J. Morand-Devillier*, Montchrestien, 2007, p. 487 y ss.

⁷⁴⁸ CE, 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, Rec., p. 25.

⁷⁴⁹ Y, en términos similares para los daños resultantes de un tratado internacional, CE, 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, req. n° 50515 : Rec., p. 257.

⁷⁵⁰ CE Sect 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre*, por los daños causados en ciertos cultivos por una especie protegida, cormoranes, por más señas.

⁷⁵¹ CE Ass 9 février 2007, *Gardedieu*, en el que ha aplicado esta responsabilidad sin culpa, por una ley considerada incompatible con la CEDH (art. 6.1), en la medida en que la ley introducía una convalidación legislativa, sin que estuviera "*justifiée par un impérieux motif d'intérêt général*", algo que el Conseil Constitutionnel exige para aceptar la conformidad a la Constitución de este tipo de leyes excepcionales.

a la CEDH⁷⁵² y de reparar los perjuicios que puedan seguirse "*de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France.*"⁷⁵³

Sección 1.3 Fundamento y funciones de la responsabilité administrative

Interrogarse sobre cuál puede ser el fundamento y las funciones de la responsabilité nos sitúa ante la difícil, si no imposible tarea de encontrar alguna idea o principio matriz que pueda explicar y justificar las razones por las que se debe reparar un daño, en lugar de dejarlo recaer sobre la persona que lo ha sufrido, según se seguiría de la naturaleza de las cosas. Y que, además, sirva o sirvan como explicación a las distintas modalidades de responsabilité administrative que acaban de evocarse. Sin duda, de existir tal fundamento universal, habrá que buscarlo más allá del Derecho o, por lo menos, no sólo en el Derecho. Conocer cuál pueda ser el fundamento de la responsabilidad, ¿presenta algún interés además de "*la satisfaction qu'on pourrait dire d'ordre affective*"?⁷⁵⁴ ¿O basta con conocer su concreto régimen jurídico? Esta cuestión y la relativa a las funciones que corresponden a la responsabilidad, es decir, los fines a que atiende, han ocupado a destacados juristas,⁷⁵⁵ en

⁷⁵² En concreto, a lo previsto en su artículo 6.1 y en el 1 del Primer Protocolo adicional. Véase, recientemente sobre este tema de las validaciones legislativas, CEDH, 21 juin 2007, SCM Scanner de l'Ouest lyonnais c/ France, n° 12106/03.

⁷⁵³ El que se podría calificar *considérant de principe*, del arrêt CE Assemblée, 8 février 2007, Gardedieu, n° 279522, Rec., p. 78, parcialmente transcrito evita referirse a la noción de faute, pero se aproxima bastante al constatar que una ley puede haberse adoptado "*en méconnaissance des engagements internationaux de la France*".

⁷⁵⁴ M. CHAPUS sostiene que carece de relevancia, ya que lo que importa "*essentiellement dans un régime de responsabilité est bien plus la nature juridique de la responsabilité qu'il institue que la justification de cette responsabilité*", en *Responsabilité publique et responsabilité privé*, op. cit., p. 343.

⁷⁵⁵ El estudio de la profesora Danièle LOCHAK, "Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation", en CHEVALLIER, Jacques, (dir.), *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993,

distintas épocas y no parece que se haya llegado a una solución pacífica.⁷⁵⁶ Sin pretender dar una respuesta concluyente a esta difícil cuestión del fundamento último de la responsabilidad, es lícito pensar que, a pesar de que es principalmente teórica y se halla muy próxima a la Moral y a la Filosofía, no carece de interés e importancia práctica. En primer lugar, porque permitirá darle alguna coherencia al conjunto del sistema de responsabilité de la puissance publique; y, en segundo lugar, porque puede actuar como una valiosa guía de interpretación en la aplicación de las reglas en que ese fundamento general, si es que existe, vaya concretándose, en un campo que está indisolublemente unido a la variedad casi infinita de supuestos dañosos en los que puede intentarse una acción de responsabilidad.

Y este interés se incrementa, ante la constatación, -por otra parte, bastante extendida-, que efectúa la profesora Lochak⁷⁵⁷ de la tendencia hacia la ampliación de los supuestos en que se activa el mecanismo de la responsabilidad, en un fenómeno que F. Ewald ha descrito diciendo que "*la responsabilité devient une fonction de l'indemnisation*";⁷⁵⁸ a partir del objetivo de indemnizar a las víctimas, se idean los regímenes de imputación adecuados a tal fin. Se invertiría así el proceso clásico de determinación de la responsabilidad y, ello, en paralelo al desarrollo del mecanismo del seguro, "à

pp. 275-316 ha tenido un eco considerable en la doctrina y, en buena medida, se seguirá en este apartado, al igual que el estudio, ya clásico, debido a EISENMANN, Charles, "Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques", en *JCP La Semaine juridique*, 1949, I, números 742 y 751. También estudian en profundidad la cuestión del fundamento de la responsabilidad, los profesores DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., Paris, 1969 y CHAPUS, R., en *Responsabilité publique et responsabilité privé*, op. cit.

⁷⁵⁶ Danièle LOCHAK, "Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité (...)", recién citada, p. 280 y ss.; la responsabilidad de la *puissance publique* se encuentra à la recherche d'un fondement.

⁷⁵⁷ Danièle LOCHAK, "Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité (...)", recién citada, p. 278.

⁷⁵⁸ EWALD, F., "Responsabilité - solidarité - sécurité. La crise de la responsabilité en France à la fin du XXè siècle", *Risques. Les cahiers de l'assurance*, núm. 10, 1992, tomado de la anterior.

la fois cause et effet du développement de la responsabilité civile". Ambos, seguro y la creciente exigencia de reparación se retroalimentan, ya que ésta no habría sido soportable sin la válvula de escape del seguro y éste, a su vez, puede desnaturalizar la responsabilidad civil, al tiempo que favorece su expansión, ya que el responsable asegurado, salvo excepciones, no soporta las consecuencias patrimoniales del daño. A un fenómeno muy relacionado con el que evoca F. Ewald se refería ya B. Starck⁷⁵⁹ más de cuatro decenios antes,

"La faute n'est plus constaté, elle est construite. Ce n'est pas la responsabilité qui sort de la faute, mais la faute, tel un Deus ex machina, qui sort de la responsabilité. On ne saurait dès lors s'étonner qu'elle ait perdu toute substance et toute unité".

Siguiendo al profesor Charles Eisenmann,⁷⁶⁰ puede distinguirse entre el fundamento y las funciones de la responsabilidad extracontractual, pública y privada. El fundamento, ya sea de la responsabilidad de un sujeto en un caso determinado, ya sea de la regla que establece la responsabilidad, es la razón que las justifica. Se trataría por tanto de su justificación y no de su explicación causal. A partir de aquí, cabe distinguir entre el fundamento mediato y el inmediato. El primero de ellos *"sólo puede ser un principio, una máxima, una norma "metajurídicos", por ejemplo moral, de justicia: así, se considera que la moral, la justicia postulan como regla general que se deben reparar les fautes (la culpa), es decir, las consecuencias perjudiciales que hayan tenido para otros"*. A su lado y en íntima relación, encontramos el fundamento inmediato en

⁷⁵⁹ STARCK, Boris, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, Paris, 1947, p. 9.

⁷⁶⁰ Se sigue en este apartado el hilo de este trabajo del profesor Eisenmann por dos motivos: Primero, porque se trata de uno de los estudios más profundos acerca del fundamento de la responsabilidad administrativa en el Derecho francés y, en segundo lugar, por el impacto que ha tenido en la doctrina, por ejemplo en los posteriores trabajos que se citan unas notas más arriba de los profesores Chapus, Delvolvé, Lochak y, en España, Muñoz Machado. EISENMANN, Charles, "Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes (collectivités) publiques", en *JCP La Semaine juridique*, 1949, I, números 742 y 751, sin numeración en las páginas. En la segunda entrega de estas reflexiones (núm. 751), se interroga acerca de los dos elementos primordiales de todo sistema de responsabilidad, cuales son sus fundamentos y sus funciones.

aquél de entre los requisitos exigidos que se refiere a la designación del sujeto responsable, el que justifica que recaiga sobre ese sujeto la obligación de reparar, por ejemplo, su condición de autor de la *faute* o culpa que ha causado el daño.⁷⁶¹

El segundo elemento esencial y, si cabe más importante, al menos en lo que se refiere a su aplicación práctica, tiene que ver con las funciones jurídicas de la responsabilidad civil. Es decir, ¿con qué fines y objetivos impone el legislador una obligación de reparar a unos determinados sujetos? La responsabilidad se contempla aquí como un instrumento o medio en manos del legislador⁷⁶² para atender una determinada política jurídica o legislativa.

Conviene tener presente que C. Eisenmann se plantea todas estas cuestiones sobre el fundamento y funciones de la responsabilidad extracontractual, para apreciar si la *responsabilité administrative* presenta rasgos propios y originales que la distinguan de la *responsabilité civile extracontractuelle*. Así, respecto al fundamento de la responsabilidad civil en Derecho Privado, sostiene que "*le droit privé connaît deux fondements de la responsabilité: la faute et le profit (ou avantage ou bénéfice), deux sortes de responsabilité -la responsabilité pour faute et la responsabilité pour profit*".⁷⁶³ En

⁷⁶¹ Expresado en otros términos, este fundamento inmediato actuaría como criterio de imputación.

⁷⁶² No alude a la circunstancia de que buena parte del derecho de la responsabilidad administrativa, en Francia de origen jurisprudencial ¿sería de aplicación esta reflexión al juez al igual que al legislador? Desde luego, no en los mismos términos; pese al papel como fuente de Derecho de la jurisprudencia del juez administrativo, no puede en ningún caso ocupar la posición que corresponde al legislador, como representante de la soberanía.

⁷⁶³ Eisenmann critica la enseñanza clásica respecto a los dos fundamentos de la responsabilidad, el relativo a la culpa y el relativo al riesgo. En la responsabilidad por culpa instaurada en el art. 1382 CC, la culpa sí aparecería como fundamento inmediato, -porque ha cometido una falta que ha ocasionado un daño, el sujeto causante habrá de responder- y como fundamento mediato, la máxima o principio según el cual se ha de reparar a los terceros a los que se cause un daño cuando medie culpa. Sin embargo en la responsabilidad por riesgo no parece exacto que la idea de riesgo sea verdaderamente su fundamento. Si se imagina cual pueda ser su fundamento inmediato, para Eisenmann, sería el hecho de que el sujeto causa el

Derecho Público, existe un amplio acuerdo según el cual la responsabilidad por culpa constituye el derecho común, la regla, mientras que la responsabilidad por riesgo es una excepción, reservada a un número limitado de hipótesis. M. Waline, por el contrario, sostiene que la responsabilidad de las colectividades públicas no puede ser una responsabilidad por culpa y que únicamente puede nacer de una obligación de garantía. Si las colectividades públicas, como las personas jurídico privadas, reparan los daños imputables a la actividad de sus agentes, "es siempre y únicamente a título de garantes; garantizan a los ciudadanos frente a esos daños".⁷⁶⁴ Si bien esta responsabilidad no está sujeta a un régimen común y uniforme; los requisitos de la obligación de garantía del Estado varían: tan pronto se exige la culpa de un agente público, como puede bastar que el daño se deba a un hecho, incluso no culpable, de un agente público o a una cosa utilizada por un servicio administrativo.⁷⁶⁵ Por ello, el único fundamento que para M. Waline tiene la responsabilidad de las colectividades públicas es su obligación de garantía con relación a los administrados.⁷⁶⁶

daño, es autor del daño y por esta razón se le tiene por responsable. El fundamento mediato, la justificación más lejana y "más alta", se encontraría en el beneficio o ventaja; en un principio de correlación entre las ventajas de una actividad (o de un estado) y las cargas que puedan eventualmente acarrear.

"Le dommage a pour cause, ou au moins pour une de ses causes, une activité qui, normalement, doit tourner au profit principal d'une personne, ou une chose dont elle tire avantage par les droits qu'elle a sur elle; on estime juste que cette personne supporte la charge qu'éventuellement cette activité ou cette chose peuvent entraîner, du fait qu'il résulte un dommage pour un tiers."

Este sería el fundamento de la responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo que puedan sufrir sus empleados.

⁷⁶⁴ Manuel élémentaire de droit administratif, 4^a ed., 1946, pp. 496 y ss.

⁷⁶⁵ Para Waline, la confusión en la doctrina deriva a su vez de la confusión entre el fundamento y los requisitos o *conditions* de la responsabilidad. En su concepción pues, rechaza que la responsabilidad pública, según la doctrina mayoritaria entonces, tenga el doble fundamento de la culpa y del riesgo, ya que, al considerar imposible que la Administración actúe por sí sola, nunca podrá por tanto incurrir en culpa por un hecho personal suyo; su responsabilidad será siempre por hecho de otro, de un agente público de la Administración de cuyos actos ésta ha de responder como ha de responder el *commettant* de los de su *préposé* (ex. art. 1384.3 CCF).

⁷⁶⁶ Eisenmann pone de relieve cómo en la doctrina hay quien ha querido reservar el término responsabilidad a las obligaciones de reparación que se imponen a una persona porque ha cometido un hecho culpable que ha causado un daño y designar las demás obligaciones de reparación que no derivan de la culpa con el término de garantía. En su opinión esta distinción

Rechazando que esta obligación de garantía pueda ser el fundamento mediato de la responsabilidad administrativa, C. Eisenmann, señala dos fundamentos: El más importante, el principio de correlación entre ventajas y cargas, presente en los casos de responsabilidad por culpa y que tendría la misma esencia que los supuestos de responsabilidad de *maîtres* et de *commettants* en Derecho privado.⁷⁶⁷ El Estado debe reparar los daños causados por culpa de alguno de sus agentes, en razón del vínculo que les une a aquél, como en la esfera privada el empleador, padre, principal o mandante responde de los daños que pueda causar su empleado, hijo, factor, mandatario, comisionista o dependiente.⁷⁶⁸ En suma, las colectividades públicas han de reparar los daños derivados de las actividades ejercidas por los agentes públicos porque actúan en su interés y es justo que aquél, en cuyo interés principal actúa otra persona, soporte las consecuencias onerosas resultantes de la culpa en que pueda incurrir esa persona.⁷⁶⁹ Sólo habría un caso en el que la responsabilidad administrativa, señala Eisenmann, no se reconduce a la obligación de soportar los riesgos de las actividades de las que, en principio, se benefician. Es aquél en el que se deben reparar unos daños infligidos como consecuencia de una operación regular, legal o correcta, correspondiente a la satisfacción de un interés público.⁷⁷⁰ Y, según este autor, el principio expresado

no supone más que un cambio terminológico que no resuelve el problema de cuál sea el fundamento de la obligación de indemnizar en estos supuestos.

⁷⁶⁷ Hay que notar que el hecho de que la responsabilidad extracontractual pueda tener un mismo fundamento en Derecho público y privado, no supone que las reglas que la gobiernen hayan de ser idénticas.

⁷⁶⁸ Se trataría de la responsabilité du fait d'autrui, prevista en el art. 1384 del Code civil. En términos similares, la recoge el Código Civil español en el art. 1903.

⁷⁶⁹ Y lo mismo sería predicable de los daños causados du fait des choses.

⁷⁷⁰ Sin embargo, no se entiende bien por qué Eisenmann excluye estos supuestos, dado que una interpretación del interés público coherente con la hecha antes por él en el trabajo que se está siguiendo fundamentalmente en este apartado, permitiría seguir aplicando el mismo criterio. En mi opinión, el principio de correlación entre beneficios y cargas también podría ser el fundamento de la responsabilidad en los supuestos que cita, extraídos de la jurisprudencia: los daños permanentes de obras públicas (terraplén construido para permitir el paso del ferrocarril que intercepta el viento que permitía antes el funcionamiento de un molino de viento

en el apotegma "*Ubi emolumentum, ibi et onus debet*" no serviría aquí como fundamento mediato porque no se trata de simples accidentes; el daño es inherente a una actuación administrativa de la que son consecuencia necesaria y, además, está autorizada por el Derecho. Es regular, conforme a Derecho y la Administración tiene el poder⁷⁷¹ jurídico de causar ese daño. ¿Por qué razón, entonces, si está legalmente habilitada a llevar a cabo la actuación administrativa dañosa, debe la colectividad al mismo tiempo reparar las consecuencias onerosas que puedan seguirse para algún particular individualmente considerado?

Pues bien, la justificación última, el fundamento mediato de la obligación de reparar⁷⁷² ha de buscarse aquí en el principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, que ordena un igual reparto de las cargas públicas entre los integrantes de una colectividad. La indemnización evitará así que la igualdad se rompa o, mejor dicho, restañaría la ruptura de la igualdad, compensando una carga desigual y restableciendo el equilibrio roto ante las cargas públicas. Sin embargo,⁷⁷³ el principio de igualdad ante las cargas

próximo) o la negativa de la autoridad administrativa de asegurar la ejecución de una sentencia judicial ante el riesgo probable de perturbación grave del orden público que tal ejecución podría ocasionar.

⁷⁷¹ Incluso el deber, podría añadirse en ciertos casos.

⁷⁷² Obligación que existe en el Derecho francés de la responsabilité administrative, principalmente, por obra de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

⁷⁷³ Y se apoya en dos razones. Una primera, porque resulta falso pensar que la responsabilidad pública pueda bastar para asegurar el igual reparto de las cargas públicas. Y una segunda, porque considera abusivo el que todo daño ocasionado por la actividad de agentes públicos pueda tener la condición de carga pública, ya que supondría desviar esta noción de su auténtico sentido.

Puede objetarse que, siendo ambas razones ciertas en el fondo, derivan en parte de la escasa amplitud que Eisenmann, ciñéndose estrictamente a su aplicación jurisprudencial, reconoce a este principio como fundamento de la responsabilidad pública, la cual, podría considerarse, al menos en el Derecho español, más difícilmente en el francés, un instrumento más al servicio de tal principio. Pero el propio autor ofrece una respuesta a esta objeción:

"Mais peut-être objectera-t-on que c'est là une limitation arbitraire de la notion, qu'il n'y a aucune raison valable de ne pas l'élargir d'avantage: pourquoi ne pas accepter de dire que tout dommage se rattachant aux activités publiques soit une charge publique? Y a-t-il entre les diverses cas évoqués plus qu'une différence touchant la plus ou moins grande

públicas sólo explicaría el fundamento de un reducido número de supuestos y no proporciona, siguiendo de nuevo a Eisenmann, el fundamento general de la responsabilidad pública.^{774 775}

Por todo ello, concluye que el grado de originalidad de la responsabilidad administrativa, con relación a la responsabilidad privada es escaso. Ni la noción de culpa difiere esencialmente, ni la culpa anónima, *faute du service*, es exclusiva de la responsabilidad administrativa, ni su fundamento es totalmente distinto, salvo en lo referido al principio de igualdad ante las cargas públicas y con el alcance limitado que acaba de verse. En suma, que la pretendida autonomía del derecho de la responsabilidad pública, construida o supuesta por la doctrina a partir del *arrêt Blanco*, no lo sería tal en lo referido a su fundamento ni a sus funciones.

nécessité du dommage, le degré d'étroitesse de sa corrélation avec l'activité publique? Cela autorise-t-il à établir entre eux de différences très profondes? Admettons que la réplique pourrait avoir une certaine valeur. Suffirait-elle à sauver la valeur générale du principe d'égalité devant les charges publiques comme fondement de la responsabilité de l'État? Une condition y serait évidemment indispensable: à savoir, que cette responsabilité s'étendît à tous les dommages connexes à l'activité publique sans distinction".

⁷⁷⁴ El profesor Pierre DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, op. cit., pp.416-420, se pronuncia, incluso lamentándolo, en la misma línea de reconocer un alcance limitado al principio de igualdad ante las cargas públicas, ya que sólo en determinados supuestos, los ligados a los daños por actividad lícita *régulière* y los que se producen *du fait des travaux publics* puede considerarse fundamento de la responsabilidad administrativa:

"Le principe d'égalité devant les charges publiques ne peut servir d'explication générale à toute la responsabilité, tant publique que privée. (...) On aurait aimé faire du principe le centre d'une construction doctrinale bien ordonnée et bien équilibrée. Mais peu importe la beauté des théories si elles ne correspondent pas aux réalités positives: il est plus juste de se conformer à celles-ci et d'en rendre compte par des explications qui, plus adaptées, gagnent en rigueur ce qu'elles perdent en harmonie et par là même, se révèlent plus fécondes".

Sin embargo, (p. 420) también reconoce al principio de igualdad ante las cargas públicas un papel que, aparentemente, se correspondería con el propio del fundamento último de una institución como la responsabilidad:

"(...) il a servi à la faire progresser: C'est sur ce terrain qu'il a provoqué les solutions le plus novatrices; il a permis de résoudre des difficultés que les principes ordinaires de la responsabilité ne permettraient pas de régler, d'instaurer des mécanismes d'indemnisation en des matières où ils ont été longtemps exclus."

⁷⁷⁵ De forma más restrictiva aún se manifiesta el profesor CHAPUS, quien, en *Responsabilité publique et responsabilité privée*, ya citado, p. 346, afirma que este principio es:

"(...) radicalement étranger à toute responsabilité: d'une part, il est étranger aux véritables hypothèses de responsabilité, d'autre part les hypothèses dans lesquelles il fonde le droit à indemnité sont étrangères à la notion de responsabilité".

Respecto a éstas últimas, las funciones sociales que desempeña la responsabilité administrative, la profesora D. Lochak⁷⁷⁶ afirma, que:

"La responsabilité remplit d'abord une fonction sanctionnatrice, en ce qu'elle oblige l'administration à réparer les fautes qu'elle a commises et l'incite à ne pas en commettre d'identiques à l'avenir. Elle remplit ensuite une fonction d'assurance, que l'on retrouve sous trois formes: l'administration assure les administrés contre les fautes personnelles commises par ses agents en l'absence de faute de service, elle assure ses collaborateurs contre les accidents qui peuvent leur arriver en cours de service, elle garantit enfin les administrés contre les risques résultant de ses activités dangereuses. La responsabilité apparaît en troisième lieu comme l'équivalent du prix à payer en contrepartie d'actes accomplis légalement mais qui causent à ses destinataires ou à des tiers un préjudice grave et spécial."⁷⁷⁷

Así, además de la función de garantía, como seguro y de la función como "precio"⁷⁷⁸ a pagar por los daños causados por una actuación administrativa lícita, la responsabilidad administrativa, como responsabilidad-sanción ligada a la *faute*, cumpliría primeramente y al igual que para los particulares,⁷⁷⁹ la

⁷⁷⁶ Danièle LOCHAK, "Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité (...)", recién citada, p. 286. Sigue, en lo esencial, los argumentos y conclusiones a que llega C. Eisenmann.

⁷⁷⁷ Distintas de la función que asigna al Estado para indemnizar, al margen de la responsabilidad y con fundamento en la solidaridad nacional, los daños que generen los risques sociaux, sigue la cita:

" (...) Enfin, au-delà de ces trois hypothèses, il est des cas où l'indemnisation n'est plus justifiée par la responsabilité propre de l'administration, mais par la fonction de l'État comme garant des risques sociaux, qu'ils soient engendrés par l'activité des particuliers ou des collectivités publiques, sur le fondement de la solidarité nationale".

⁷⁷⁸ La idea de precio no parece demasiado adecuada, ya que parece aludir a la existencia de un intercambio de prestaciones propio de un contrato, cuando realmente estaríamos ante algo distinto: Una potestad pública, cuyo ejercicio lícito -y, en ocasiones, obligado por el propio ordenamiento- causa un perjuicio a un determinado sujeto.

⁷⁷⁹ Aunque parece objetable que la responsabilité administrative desempeñe esta función sancionadora exactamente en los mismos términos y con el mismo alcance que la responsabilité civile extra-contractuelle. Los particulares responden con su propio patrimonio, - aunque la técnica del aseguramiento atenúe este principio-, mientras que la Administración, en caso de responsabilité pour faute responderá con su patrimonio también - que es el de todos-, pero será poco probable que el autor del hecho dañoso y *fautif*, -funcionario, agente, autoridad, etc-, se vea afectado patrimonialmente, dada la escasa utilización de la *action récursoire*. Con lo cual, la función delimitadora y preventiva asociada a la sancionadora puede perder eficacia.

función sancionadora recién expresada, según mantiene Mme. Lochak.⁷⁸⁰ También, una función moralizadora, ya que supone un enjuiciamiento de su actividad y señala como culpables algunos de sus actos. La *faute* conserva, por tanto, un valor simbólico que no se debe ignorar, así como una capacidad de clarificación en la medida en que muestra a la Administración los límites dentro de los que puede actuar.

Independientemente del interés de la construcción doctrinal que se ha estado analizando y sin perjuicio de que la *responsabilité administrative* cumpla también las funciones que le asignan los autores que acabo de citar, la función dominante y principal que el ordenamiento asigna a la responsabilidad administrativa no puede ser otra que la reparadora.⁷⁸¹ Y reparadora de qué daños, cabría preguntarse; a título de responsabilidad, de todos aquellos daños que genere la actividad administrativa en interés de la colectividad y que, en concreción de los distintos fundamentos inmediatos, resulten imputables a la Administración.

En este sentido, el fundamento mediato⁷⁸² de la *responsabilité administrative* puede ser, como señalaba M. Eisenmann el principio de correlación entre beneficios y cargas, entendido en sentido amplio; pero, a diferencia de lo que sostiene este autor, podría servir como fundamento de todas las modalidades de *responsabilité administrative* de las que se trató más arriba;⁷⁸³ la *responsabilité pour faute*, *pour risque* y *pour rupture de l'égalité*

⁷⁸⁰ Danièle LOCHAK, "Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité (...)", recién citada, p. 287.

⁷⁸¹ Y la función reparadora oscurece y deja, necesariamente, en segundo plano las otras funciones, a que se refieren los profesores Eisenmann y Lochak.

⁷⁸² Como justificación última del por qué de indemnizar, empleando esta distinción de Eisenmann entre fundamento mediato e inmediato.

⁷⁸³ Y no sólo para las que la jurisprudencia y la doctrina agrupan bajo el principio de responsabilidad por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas. Sección 1.1.- La culpa - *faute* - como fundamento general de la *responsabilité administrative* y en Sección 1.2.- El desarrollo de la responsabilidad sin culpa, *responsabilité sans faute*, como excepción al régimen general en materia de responsabilidad administrativa

devant les charges publiques. Ello si se acepta, como aquí se propone, que el principio relativo al equilibrio en la correlación de ventajas o beneficios y cargas,⁷⁸⁴ -que tiene que ver también con el del riesgo creado-, se corresponde con la misma idea que late bajo el principio d'égalité devant les charges publiques,⁷⁸⁵ eso sí, con una diferencia relativa a su distinto enfoque y a la distinta perspectiva de análisis que se adopta.

Así, el principio de igualdad ante las cargas públicas pone el acento en el riesgo social, como señala el maestro de Burdeos;⁷⁸⁶ con un enfoque concentrado, principalmente, en el daño acaecido y en el sujeto que lo sufre y, desde esta perspectiva dominante se convertiría en el fundamento último de la obligación de reparar con cargo a la Administración. En aquellos sistemas que, como el español de responsabilidad patrimonial, la culpa no actúa como fundamento último, sino como título de imputación, este principio serviría para explicar el por qué debe responder la Administración.

Por el contrario, el enfoque propio del principio de correlación entre beneficios y cargas sitúa la perspectiva dominante de análisis en la acción u omisión dañosa y, por ello, parece adaptarse mejor a un derecho de la responsabilidad administrativa que, desde sus orígenes, se ha construido sobre

⁷⁸⁴ Según lo expresa el aforismo latino "*ubi est emolumentum, ibi est onus esse debet*".

⁷⁸⁵ Y, según la interpretación que se postula aquí, en el ordenamiento francés lo llegaría a englobar, para no sacrificar, por una excesiva dilución, las construcciones de derecho jurisprudencial en torno a este principio, atendiendo a la preocupación que expresaba el profesor P. Delvolvé y que se ha citado en la nota 774.

⁷⁸⁶ Cita d la 3ª edición de su *Traité de droit constitutionnel*, 1930, Tomo III, p. 469, en el que afirma que sólo puede edificarse la responsabilidad del Estado sobre la idea de una

"(...) assurance sociale, supportée par la caisse collective, au profit de ceux qui subissent un préjudice provenant du fonctionnement des services publics, lequel a lieu en faveur de tous. Cette conception se rattache elle-même à une idée qui a profondément pénétré la conscience juridique des peuples modernes, celle de l'égalité de tous devant les charges publiques. L'activité de l'État s'exerce dans l'intérêt de la collectivité toute entière; les charges qu'il entraîne ne doivent peser plus lourdement sur les uns que sur les autres. Si donc il résulte de l'intervention étatique un préjudice spécial pour quelques-uns, la collectivité doit le réparer, soit qu'il y ait une faute, soit qu'il n'y ait pas. L'État est en quelque sorte assureur de ce qu'on appelle souvent le risque social, c'est à dire le risque provenant de l'activité sociale, se traduisant dans l'intervention de l'État. Si l'État est responsable, ce n'est point parce qu'il aurait commis lui-même une faute par l'organe de ses agents; c'est encore et uniquement parce qu'il assure les administrés contre tout risque social".

la noción de culpa. En cualquier caso, aceptar esta propuesta interpretativa obliga a matizar, primeramente, el concepto de beneficio o ventaja, que no puede ser otro que el interés general, l'intérêt public, no el interés propio de la Administración que, en sentido estricto, no lo tiene. En este sentido, habría que entender por ventaja o beneficio, la posibilidad misma de que la Administración actúe para alcanzar los fines que el ordenamiento le encomienda, se concrete o no en una ventaja o beneficio efectivo para la colectividad. La existencia misma de una organización que, como la Administración, tiene como fin último el servicio del interés general representa en sí una ventaja, un beneficio para la colectividad, para el conjunto de la población en cuyo ámbito territorial desenvuelve su giro o tráfico la Administración.

A partir de este beneficio o ventaja, la Administración en su actuación, sea omisiva o activa, puede, bajo distintas formas, generar perjuicios, bien porque se realicen dañosamente los riesgos creados por la Administración en beneficio de la colectividad, bien porque la Administración cause un daño, de manera *fautive*. El daño así causado representará también una carga ya que, considerado abstractamente, no existe título alguno que, con carácter general, haga recaer en el administrado las consecuencias perjudiciales de una *faute* de la Administración. También, cuando se trate de un supuesto de *responsabilité du fait des lois*,⁷⁸⁷ ya que si la ley en cuestión para alcanzar el interés general, ha de imponer sobre una persona, o grupo de personas, una carga especialmente intensa, deberá compensarla.

Pues bien, lo que se acaba de expresar acerca del fundamento mediato de la responsabilidad administrativa, requiere después el complemento de lo que Eisenmann llama fundamento inmediato y ahí, entrarían en juego como títulos de imputación, sujetos a su correspondiente régimen jurídico, las distintas modalidades de *responsabilité de la puissance publique* que conocemos: La

⁷⁸⁷ Incluso, dadas las transformaciones que en la dogmática de la Ley está introduciendo, tanto el Derecho de la Unión Europea, como el Derecho europeo de los derechos humanos, podría llegar a admitirse, si se continúa en la línea del *arrêt Gardedieu*, que la *responsabilité du fait des lois* pudiera concebirse como una especie de *responsabilité por faute*,

faute, primero y quizá, más importante, le risque y la rupture de l'égalité devant les charges publiques, bajo cuya superficie fluiría el principio que, de acuerdo con lo expuesto, se propone como fundamento último de la responsabilité de la puissance publique, el principio de corrélation entre avantages et charges.

*

* *

Capítulo 2.- REFERENCIA A LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE Y DE LOS ÉTABLISSEMENTS PRIVÉS Y A SU PROGRESIVA CONVERGENCIA CON LA RESPONSABILITÉ HOPITALIÈRE

Como se ha visto, el système de santé, como conjunto organizado de medios y profesionales sanitarios que prestan atención sanitaria, -soins de santé-, se caracteriza por su dualidad. Tal dualidad tiene que ver con la intervención del sector privado en la atención sanitaria en Francia, que tiene un peso específico considerable en el conjunto del système de santé, según ya se ha visto. Al lado, pues, del service public hospitalier y más precisamente, de las estructuras públicas que forman su núcleo duro, -es decir, les hôpitaux publics- de titularidad y gestión públicas, hallamos todo un elenco de profesionales y establecimientos sanitarios privados que se integran en el système de santé por la vía, fundamentalmente, de la financiación pública ligada a las prestaciones del seguro de enfermedad, l'assurance maladie, que ofrece la Sécurité sociale, en los términos ya descritos. Todos estos sujetos jurídico-privados, pese a la mencionada integración del système de santé, incluso los que participan en le service public hospitalier en virtud de vínculos de naturaleza contractual, ven sometida la responsabilidad en la que puedan incurrir al Derecho privado y, en particular, al derecho de la responsabilité médicale, cuyo enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria, al juge judiciaire. Incluso,

hay enclaves sujetos al Derecho privado⁷⁸⁸ en los propios hospitales públicos, que pueden admitir como pacientes sujetos al régimen de Derecho público, propio del usuario en lo relativo a las prestaciones de carácter hostelero y paramédicas, y al Derecho privado en lo relativo a la atención médica que le preste, como profesionales liberales, un equipo o un profesional médico; se trata de lo que se conoce como *clinique ouverte*.⁷⁸⁹

No obstante, pese a las diferencias en el derecho sustantivo aplicable y en el foro jurisdiccional competente para conocer de las demandas en materia de *responsabilité hospitalière* y de *responsabilité médicale*, puede apreciarse una coincidencia sustancial entre ambas. En estas dos esferas rige el principio de la responsabilidad *pour faute*,⁷⁹⁰ siendo en consecuencia sistemas de responsabilidad de base subjetiva. Junto a esta coincidencia, se puede apreciar una diferencia, también esencial, que es la relativa al carácter contractual de la relación jurídica que se entabla entre el paciente y el profesional y/o centro sanitario privado y, en consecuencia, de la *responsabilité médicale*.

Referencia a los orígenes y evolución de la *responsabilité médicale* hacia el reconocimiento de su naturaleza contractual:

También podría establecerse un cierto paralelismo en lo que se refiere a sus orígenes, ya que se parte, tanto en la *responsabilité hospitalière*, como en la *responsabilité médicale*, desde una posición de casi total inmunidad a toda reclamación o exigencia de responsabilidad.⁷⁹¹ Ello, porque el profesional médico estaba sujeto, casi exclusivamente, a responsabilidad moral en el ejercicio de esa suerte de sacerdocio que es -o era, más bien- la profesión de

⁷⁸⁸ Y a su juez de derecho común en materia de *responsabilité médicale*, que es el *juge judiciaire*. C.E. 4 juin 1965, *Hôpital de Pon-à-Mousson c. Mathieux*, Rec. 351 ; D. 1965.746, note Piquemal ; J.C.P. 1966.II.14666, nota Rainaud ; A.JU. 1965.420, concl. Galmot

⁷⁸⁹ Modalidad de hospitalización de la cual se ha tratado ya, por lo que hay que remitirse a la nota 455 y a las demás consideraciones que se integran en ese apartado.

⁷⁹⁰ Principio este que fue confirmado, para todo el ámbito de la actividad sanitaria, pública y privada, por la Ley de 4 de marzo de 2002.

⁷⁹¹ Con excepción de las derivadas de actos intencionales dolosos que revelaran una voluntad de causar daño deliberadamente.

médico. En este sentido, la Académie Nationale de Médecine, en un dictamen que le fue solicitado en el marco de un proceso, (l'affaire Foucault/c.Hélie,1825/1832) sostuvo "*l'irresponsabilité civile et plus encore pénale du praticien, fondée sur sa motivation fondamentalement généreuse et altruiste et sur sa compétence considérée comme établie du fait de ses études.*"⁷⁹²

Desde tal punto de partida, la responsabilidad médica fue reconociéndose, pero sobre la base de la responsabilidad extracontractual, *délictuelle*.⁷⁹³ Esto fue así hasta el arrêt Mercier-Nicolas,⁷⁹⁴ que situó por vez primera el fundamento de la responsabilidad médica en el marco de las obligaciones contractuales⁷⁹⁵

"Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement de donner des soins attentifs, consciencieux et, sous réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science; la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle".

En el informe de la Académie Nationale de Médecine que acaba de citarse⁷⁹⁶ se expresa una velada reserva a este cambio en el régimen jurídico

⁷⁹² ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, *De la sanction à la prévention. Pour une prévention des événements indésirables liés aux soins*, Rapport adopté dans sa séance du mardi 4 avril 2006, p.3, aunque la información sobre este asunto se toma de SUREAU, C., *Fallait-il tuer l'enfant Foucault ?*, Stock 2001.

⁷⁹³ Con fundamento en los arts. 1382-1383 del Code Civil.

⁷⁹⁴ Arrêt Mercier, Cass. Civ. 1, 20 mai 1936, D.1936, 1, 88 concl. Matter, rapp. Jossierand ; S. 1937, 1, 321 note Breton ; J.C.P. 1936, 1079.

⁷⁹⁵ De este modo, pudo considerar que la acción no había prescrito, ya que al desplazar la base jurídica de la pretensión indemnizatoria de la responsabilidad extracontractual a la contractual, el plazo de prescripción de la acción pasaba de tres a treinta años.

⁷⁹⁶ En concreto, en su página 4, donde puede leerse:

"Quoi que l'on pense des raisons d'un tel glissement conceptuel qui a orienté depuis cette époque presque toutes les décisions jurisprudentielles, et parmi lesquelles on ne peut qu'apprécier la légitimité d'un désir d'indemnisation devant des situations médicales et humaines dramatiques, on doit reconnaître que certains effets pervers sont apparus de ce fait. On regrettera par exemple l'invocation excessive du concept de « faute virtuelle, ou présumée », ou de « sécurité de résultat », l'assimilation de l'action médicale à un acte de prestation, voire de louage de service, en un mot le développement d'une certaine forme de

de la responsabilité médicale, aunque más que al cambio en sí, parece referirse a la aplicación, a veces quizá excesiva, de algunas derivaciones del principio según el cual, la responsabilité médicale es una responsabilidad contractual. Pese a estas reticencias, el reconocimiento de la existencia de una relación contractual y, en consecuencia, la aplicación del régimen jurídico propio de la responsabilidad contractual parece inevitable. Cuestión distinta es que, posteriormente, se haya podido incurrir en algún exceso en su interpretación y aplicación. Lo que no sería, en ningún caso, sostenible es el mantenimiento, con carácter general, de las relaciones jurídicas nacidas entre médico y paciente en el sector privado en la esfera de la responsabilidad extracontractual, porque el elemento contractual, indudablemente, existe.

Existe y da lugar, en el caso del paciente atendido en un centro sanitario privado, a que existan dos contratos: Uno, de hospitalisation,⁷⁹⁷ que liga al enfermo con el establecimiento sanitario y otro, celebrado entre el enfermo y el médico que lo trata, debido a que la independencia profesional del médico exige que, en el ejercicio de su profesión, éste no esté sometido a una relación de subordinación respecto al establecimiento sanitario privado.

El contrato que une al médico con el paciente genera una obligación de medios y no de resultado, al igual que sucede en España. Lo cual supone, como se deduce del considerando del arrêt Mercier antes transcrito, que, con carácter general, el médico no está obligado a alcanzar un determinado resultado u objetivo, que en este ámbito sería la curación del enfermo, sino a *donner des soins attentifs, consciencieux et, sous réserve faite de*

« consumérisme médical » ; il apparaît finalement que cet arrêt a contribué au développement de l'inflation procédurière en matière médicale, qui atteint son apogée dans les années 1997 à 2000."

⁷⁹⁷ Sólo puede aquí mencionarse y señalar que de él nacen distintos tipos de obligaciones. Una obligación *de sécurité*, en lo relativo a las prestaciones de naturaleza hostelera. Las relativas a la organización administrativa y de gestión del centro; por ejemplo, ha de proporcionar un personal sanitario paramédico suficientemente cualificado, el equipamiento necesario y ha de poner a disposición el médico material y productos sanitarios en buen estado y dentro de éstos últimos se incluyen los hemoderivados, con toda la problemática ligada a la sangre contaminada.

circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science. Dicho en otros términos, a emplear las técnicas y recursos que se consideren conformes a las *règles del'art*, a la *lex artis* para establecer un diagnóstico y un tratamiento ante la situación clínica que presente un paciente.⁷⁹⁸

A pesar del papel que como requisito desempeña la culpa, la faute, en la responsabilité médicale, es preciso señalar que por vía jurisprudencial se han ido introduciendo distintas teorías y criterios que permiten atemperar la exigencia de culpa en todo caso,⁷⁹⁹ lo que va a llevar a un acercamiento entre la jurisprudencia civil y administrativa. Me refiero, fundamentalmente, a la teoría de la pérdida de oportunidad (perte de chance) y a las distintas modalidades de presunción de culpa, de faute; en ambas jurisdicciones, siguiendo una tendencia hacia la ampliación de los supuestos en que las víctimas puedan recibir una indemnización.

También resulta imaginable una convergencia en ambos sectores en lo relativo a la percepción por parte del sector médico, sobre todo entre los que ejercen en el sector privado de forma liberal, de ser objeto de una especie de persecución, fenómeno este del que dan cuenta casi todos los autores.⁸⁰⁰ Sin

⁷⁹⁸ No es posible desarrollar ahora un estudio sobre las consecuencias jurídicas que se siguen de tal distinción, por lo cual es preciso remitirse a PENNEAU, Jean, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, 1996.

⁷⁹⁹ Así lo reconoce DUBOUIS, Louis, "La distinction droit public-droit privé à l'épreuve de l'évolution de la responsabilité médicale » in *Liber amicorum Jean Waline*, 2002, p.195-196.

"Tout au contraire, ainsi que le soulignait Jean Waline, droit privé et droit public tendent de façon convergente vers le même objectif, assurer aussi largement que possible l'indemnisation des victimes.

Mais le mouvement vient de s'accélérer ainsi qu'en témoigne, par exemple, la position identique que la Cour de cassation et le Conseil d'État adopterent concernant la fourniture de produits sanguins ou l'alignement de la jurisprudence administrative sur la jurisprudence judiciaire relative à l'information du patient."

⁸⁰⁰ Por todos, valga la cita de lo que, en 1973, Jean PENNEAU escribía en *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, LGDJ, 1973, acerca de la necesidad de buscar puntos de encuentro entre dos humanismos, el de la Medicina y el del Derecho; algo que puede leerse, con escasas variantes desde entonces, en la mayoría de los trabajos que se han publicado:

"Cette recherche paraît d'autant plus nécessaire que la responsabilité médicale traverse une période de crise. Les médecins sont de plus en plus souvent l'objet d'actions en

embargo, resulta difícil, si no imposible, saber si esta percepción es sólo eso o sólo fundamentalmente, o si, por el contrario está realmente sustentada en hechos suficientemente representativos, dado que no existen datos estadísticos fiables al respecto, ni en España ni en Francia, lo que no parece ser exclusivo de estos dos países.

La convergencia entre la responsabilité médicale y la responsabilité hospitalière es patente,⁸⁰¹ sin duda por la tendencia en ambas jurisdicciones a reforzar la situación jurídica del paciente, mediante el recurso a distintas técnicas para suavizar la exigencia de los requisitos para la declaración de responsabilidad, como las présomptions de faute. A resultas del arrêt Époux V, la aproximación entre ambas jurisdicciones se ha visto también facilitada, al menos formalmente, al no exigirse ya por el juez administrativo una faute lourde. En 2002, refiriéndose a la situación previa a la entrada en vigor de la L. de 4 de marzo de 2002, el profesor Dubouis apreciaba esta convergencia entre la responsabilidad sanitaria pública y privada, *hospitalière* y *médicale*. Según escribió entonces:⁸⁰²

"L'évolution de la responsabilité médicale est très largement convergente en droit privé et en droit public. Elle a conduit dans les deux cas à un système de responsabilité qui reste en principe fondé sur la faute mais que le recours aux techniques classiques d'assouplissement des conditions de mise en jeu de la responsabilité a profondément transformé."

Lo que lleva a poder concluir que, desde el último tercio del siglo XX se ha pasado de una responsabilité condicionada a unos requisitos cuya concurrencia se apreciaba de manera estricta y que podían variar según se aplicara el Derecho público o el privado, a un sistema en el que se tiende hacia

justice. Ils considèrent que leur conduite y est jugée avec une sévérité extrême. De plus, ces actions sont trop fréquemment portées devant les juridictions répressives, non pour des raisons tenant à la gravité de la faute, mais le plus souvent pour des raisons de convenance civile, les plaideurs trouvant une plus grande facilité à mener leur action conjointement à celle du Ministère public. L'identité de fautes civile et pénale, et des conditions des deux responsabilités, le leur permet."

⁸⁰¹ A esta conclusión llega en su tesis, a la que hay que remitirse en este punto, CLEMENT, Cyril, *La responsabilité du fait de la mission de soins des établissements publics et privés de santé*, p. 184, tesis defendida en la Université Paris VIII, 1998.

⁸⁰² DUBOUIS, Louis, "La distinction droit public-droit privé à l'épreuve de l'évolution de la responsabilité médicale » in *Liber amicorum Jean Waline*, 2002, p.196.

una ampliación de los supuestos indemnizables, sin apenas diferencias entre la responsabilité de l'hôpital public y la aplicable a los médicos que ejercen como profesionales liberales y a los centros sanitarios privados. Esta convergencia se ha visto, además, confirmada por la Ley de 4 de marzo de 2002, cuyo enfoque se dirige a la actividad sanitaria en sí, más que a la personalidad jurídica pública o privada de los sujetos que intervienen en ese campo de actividad.

*

* *

Título II.- UN SISTEMA NACIONAL DE SALUD, CUYA ACTIVIDAD ESTÁ SUJETA A UN MISMO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El servicio público de la asistencia sanitaria en España se organiza, según se ha visto, en torno a un eje fundamental que es el Sistema Nacional de Salud, diseñado en la Ley General de Sanidad sobre los principios de descentralización, -en lo organizativo-, universalidad y gratuidad en la asistencia sanitaria⁸⁰³. Es importante recordar, a la hora de abordar este título, el enorme peso que en el Sistema Nacional de Salud tiene el sector sanitario público. A diferencia del système de santé francés, el SNS está integrado por los servicios de salud de cada Comunidad Autónoma y éstos tienen personalidad jurídico-pública. Si bien es cierto que también se integran, por la vía contractual, entidades jurídico-privadas en la prestación del servicio público de la asistencia sanitaria, estas pueden ver su responsabilidad sometida también al Derecho público, tanto por una interpretación extensiva de lo dispuesto en el artículo 106.2 de la Constitución, como por su desarrollo legislativo (artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992), en el cual se prevé

⁸⁰³ Véase el título segundo del apartado a) de la parte I, bajo el epígrafe "Las fórmulas organizativas creadas para materializar el derecho a la protección de la salud".

expresamente que dicha responsabilidad se ajuste a las reglas del Derecho público⁸⁰⁴.

Capítulo 1.- EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL COMO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE A LOS ENTES DE DERECHO PÚBLICO QUE INTEGRAN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Se decía en la introducción de esta tesis que la responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra en un proceso de reexaminación. Pero no sólo la institución de la *responsabilité administrative* y de la responsabilidad patrimonial están siendo sometidas a revisión. En el ámbito jurídico privado, son también numerosos los trabajos publicados en los últimos años que han puesto de manifiesto que existe una cierta desorientación y, consiguientemente, la necesidad de redefinir las dimensiones y el alcance del Derecho de la responsabilidad civil, del Derecho de daños. Así por ejemplo, el profesor L. Díez-Picazo⁸⁰⁵ llama la atención sobre la indefinición⁸⁰⁶ en que se

⁸⁰⁴ Es lo que prevé la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992. Véanse los comentarios críticos a esta disposición del profesor Juan Antonio Hernández Corchete en "Comentarios sobre la reforma en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración" en, PIÑAR MAÑAS, José Luis, (dir.) *La reforma del procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Dykinson, 1999, en particular en las páginas 390 a 393.

⁸⁰⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Civitas, 1999, p. 19.

⁸⁰⁶ Cita como ejemplo de la indefinición reinante en la materia, refiriéndose principalmente a la jurisprudencia civil (p. 235), las deformaciones del concepto de culpa y la desorientación existente en este punto, que requiere separar culpa y error, extraer del concepto de culpa las inadvertencias y los descuidos debidos a la relajación de la atención que ni la persona más diligente puede evitar en un momento dado y sobre todo, la necesidad de perfilar con toda claridad los deberes de diligencia cuya violación conduce a la imposición de la condena, (lo que coincide con la importancia de los estándares de que habla L. Martín Rebollo), ya que, de otro modo, la llamada función de prevención general de la responsabilidad civil pierde todo sentido.

encuentra el Derecho de daños, lo que se traduce en una jurisprudencia vacilante, que parece seguir "criterios de justicia intuitiva, que resultan difícilmente formalizables en argumentos de técnica jurídica"⁸⁰⁷, dado que

"convergen (...) las tendencias doctrinales y jurisprudenciales que han empujado en las última décadas su evolución hacia una muy significativa ampliación y, al mismo tiempo, factores que aconsejan someterlo a una cierta dosis de restricción. El deseo de favorecer al máximo las indemnizaciones, con la idea subyacente de que, de este modo, se realizaba una labor de socialización y las consiguientes tensiones entre culpa y riesgo como criterios de imputación de la responsabilidad, son otros tantos datos que han significado una cierta crisis del sistema legislativo. A ello hay que añadir los principios implícitos (...) en leyes especiales (...)"

Sobre la base de las cuestiones señaladas en esta cita, se puede afirmar que el diagnóstico que L. Díez-Picazo refiere, principalmente, a la responsabilidad civil extracontractual resulta extensible a la responsabilidad patrimonial, ya que se encuentran en la jurisprudencia contencioso-administrativa esos mismos elementos que permiten hablar de cierta desorientación, aún más visible según se trata más adelante, con relación a la pieza clave del sistema de responsabilidad patrimonial que no es otra que la de la lesión, como daño antijurídico.

Sección 1.1.- Antecedentes históricos

Son pocas quizá las cosas que ayuden a entender mejor el presente que el conocimiento del pasado y, de manera especial en el Derecho; por ello, parece indicado hacer alguna referencia a los orígenes y evolución de la

También, como muestras de la desorientación aludida, alude a la relativización del principio del resarcimiento integral en función de la gravedad de la culpa en presencia, lo que de algún modo introduciría criterios punitivos en unas normas que tienen una finalidad indemnizatoria; igualmente, en la erosión en la apreciación de la causalidad y la presunción de nexos causales.

⁸⁰⁷ Afirma en la página 37 de su monografía recién citada.

responsabilidad patrimonial de la Administración en el Derecho español.⁸⁰⁸ El principio de la responsabilidad del Estado es un principio moderno,⁸⁰⁹ que no ha sido reconocido sino recientemente, más reciente aún, al menos en su reconocimiento efectivo, en España que en Francia. En cuanto a sus fuentes originales, como ya se ha dicho, presenta una marcada diferencia: frente al origen y creación jurisprudencial del Derecho de la *responsabilité de la puissance publique*, el Derecho de la responsabilidad administrativa español es creado por el legislador.⁸¹⁰

Así las cosas, no sorprende que durante el siglo XIX en España, inicialmente al menos, que estuviera si no excluída, sí muy limitada⁸¹¹ la

⁸⁰⁸ Para una referencia más detallada sobre los antecedentes de la responsabilidad patrimonial hay que remitirse, entre otros a los trabajos de ROYO(-VILLANOVA) FERNÁNDEZ-CAVADA, Segismundo, "La responsabilidad de la Administración", en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 31, Madrid, 1932, pp.615-661 y núm. 62, Madrid, 1933, pp. 71-117, LEGUINA VILLA, Jesús, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, ed. Tecnos, Madrid, 1970. 2ª edición, ampliada, Tecnos, Madrid, 1983 y MARTÍN REBOLLO, Luis, *La responsabilidad patrimonial en la jurisprudencia*, Ed. Civitas , 1977.

⁸⁰⁹ ROYO(-VILLANOVA) FERNÁNDEZ-CAVADA, Segismundo, "La responsabilidad de la Administración", en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 31, Madrid, 1932, p.615.

" (...) La tradicional irresponsabilidad, defendida por los regalistas, tenía un firme apoyo en el concepto antiguo de Estado soberano. Los daños que el Estado causara a los particulares debían sufrirse como un caso fortuito o una fuerza mayor. Pero en el siglo XIX la noción del Estado se transforma (...) extiende su actividad e interviene en todas las manifestaciones de la vida social. Entonces nace la responsabilidad del Estado, pues la creación de nuevos servicios públicos trae consigo un aumento de las relaciones del Estado con los particulares y, por consiguiente, crecen las posibilidades de que el Estado les cause daño. De ahí que se haya dicho que la responsabilidad del Poder público es hija del triunfo de las doctrinas intervencionistas".

⁸¹⁰ El proceso de afirmación de la responsabilidad administrativa, inverso al experimentado en el Derecho Privado, puede explicar muchas cuestiones, como sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. IEP. 1956. p. 167-168.

"El Derecho público, en efecto, hubo de seguir en esto el método inverso al que se caracterizó como propio de la jurisprudencia romana: la teoría de la responsabilidad se inició en él de plano, por la admisión pura y simple del principio, siendo entonces el problema la mayor o menor extensión particular del mismo, su aplicación a los casos concretos. Ahora bien, la transformación social ha concluído por traer al Derecho civil una preocupación análoga al hacerse insuficiente el viaje cuadro casuístico y al alumbrarse la necesidad de extender la responsabilidad civil fuera de lo que parecerían justificar los clásicos principios."

⁸¹¹ Resulta curiosa la Ley de 9 de abril de 1842, más que de responsabilidad, de recompensa a los leales partidarios de la causa, por los daños producidos con motivo de la guerra carlista, que cita ROYO(-VILLANOVA) FERNÁNDEZ-CAVADA, Segismundo, "La responsabilidad de la

posibilidad de instar la responsabilidad de la Administración en el caso de actos de soberanía, pero sí por los actos de gestión.⁸¹²

Paradójicamente, existía por un lado una protección de la propiedad a través de la expropiación forzosa, prevista en la Constitución de 1876 (art.10) y en la Ley de 10 de enero de 1879 y por otro, una desprotección frente a otros daños causados por la Administración. Sin embargo, destaca el profesor F. Garrido Falla⁸¹³ que esta situación no ha de entenderse como una negación absoluta de la posibilidad de reclamar una indemnización a la Administración. Existía la vía prevista en el art. 24 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1 de julio de 1911, que establecía:

"Ninguna reclamación contra el Estado a título de daños y perjuicios o a título de equidad será admitida gubernativamente pasado un año desde el hecho en que se funde el reclamante, quedando a éste únicamente, durante otro año, el recurso que corresponda ante los tribunales ordinarios competentes, a que hubiere lugar en su caso, como si hubiera sido denegada por el Gobierno"

Administración", en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 62, Madrid, 1933, p.89, cuyo art. 1º establecía:

"Se reconoce como una obligación de la nación el indemnizar los daños materiales que en las propiedades de los españoles que se han mantenido fieles a la causa de la patria, del trono de Isabel II y de la libertad, han hecho los facciosos desde primero de octubre de 1833 hasta fin de agosto de 1840, y los que durante dicha época se han ocasionado a los mismos, así en el ataque como en la defensa de las plazas, pueblos o edificios de propiedad de los pueblos o de particulares".

⁸¹² Se sigue en este punto, principalmente, el relato de la génesis y evolución de la responsabilidad patrimonial que trazó D. Fernando GARRIDO FALLA, en su *Tratado de Derecho Administrativo. Parte general: Conclusión*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2002, p. 297-354. Los actos de gestión a que se refiere son, en concreto, los producidos por las obras públicas o la contratación. La competencia en materia de resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por la ejecución de las obras públicas, fue atribuida por la Ley de 2 de abril de 1845 a los Consejos Provinciales, órganos de una incipiente "jurisdicción" contencioso-administrativa. Posteriormente, el art. 121, párrafo 3º, de la Ley de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877, atribuyó el conocimiento de los daños causados por las obras públicas concedidas a los Tribunales civiles, sometiéndolos en consecuencia, a un régimen de Derecho privado. Solución reiterada por el art. 4, párrafo 2º, de la Ley de Santamaría de Paredes de 1888.

⁸¹³ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo. Parte general: Conclusión*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 309 y ss.

El Código Civil de 1888 trató la responsabilidad del Estado, pero hubo de afrontar algún obstáculo de principio, como el que la persona jurídica pública pudiera asumir directamente las consecuencias de la actividad de sus órganos y agentes. Así el art. 1902 CC, como base legal de la responsabilidad civil extracontractual dispone: *"Quien por culpa o negligencia causa un daño a otro, está obligado a reparar el daño causado"*. El CC prevé otros supuestos de responsabilidad entre sujetos privados, sea por culpa in vigilando o de responsabilidad objetiva (1905, 1908); sin embargo, al referirse al Estado, el art. 1903.5, éste respondía por "culpa in vigilando" o "in eligendo" cuando actuara a través de un "agente especial", pero no cuando el daño fuera causado por el funcionario al que estuviera normalmente atribuida la actividad realizada. En este último supuesto, lógicamente el más habitual, sólo cabía demandar al funcionario ante el orden civil, al amparo de la llamada Ley Maura, de 5 de abril de 1904, que exigía que previamente y por escrito se requiriera al funcionario en cuestión, apercibiéndole de la responsabilidad personal en que podría incurrir. Sin esta intimación, la acción no sería viable. Todo esto se traducía, en la práctica, en una negación de la responsabilidad patrimonial del Estado, dado que el Estado, como persona jurídica, no puede delinquir, ni actuar culpable o negligentemente.

La Constitución de la II República representa un avance hacia la responsabilidad, aunque subsidiaria del Estado y demás Corporaciones públicas. Su art. 41.3 establecía:

"Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de terceros, el Estado o la Corporación a quien sirvan serán subsidiariamente⁸¹⁴ responsables de los daños y perjuicios consiguientes, conforme determine la Ley".

⁸¹⁴ Respecto a la Constitución de 1931, ROYO(-VILLANOVA) FERNÁNDEZ-CAVADA, Segismundo, "La responsabilidad de la Administración", en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 62, p. 101, critica la fórmula adoptada finalmente en el art. 41, ya que:

"(...) contenía en su primitiva redacción la afirmación pura y simple de la responsabilidad del Estado. La Comisión, al ocuparse de la corrección de estilo añadió la palabra subsidiariamente, anexión que implica no ya una mera rectificación de forma, sino una trascendental reforma en la sustancia del precepto. En efecto, en la mayoría de los casos el funcionario será insolvente y el particular perjudicado habrá de recurrir entonces contra el Estado responsable subsidiario, lo que ocasionará gastos y dilaciones al administrado. "

Esa ley nunca se dictó, salvo, como reseña García-Alvarez⁸¹⁵, lo que estableció la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935, en su art. 209.⁸¹⁶ En 1955, el Texto articulado de la Ley de Régimen Local⁸¹⁷, aprobada en 1950, establecía en su art. 405, que las Entidades Locales responderán directa o subsidiariamente por los daños que causen a los particulares la actuación de sus órganos de gobierno o funcionarios.⁸¹⁸

Pero como señala el profesor Garrido Falla,⁸¹⁹ "*la auténtica quiebra de las antiguas ideas*" se da con el art. 121 LEF de 1954, que se introdujo de forma circunstancial,⁸²⁰ "*oportunistamente*", según el profesor García de Enterría. La limitación impuesta por el art. 121 al referirse a los bienes y derechos expropiables, es decir, de contenido patrimonial, trató de neutralizarse en el REF de 1957 y posteriormente en el art. 40 LRJAE de 1957, que rezaba "toda lesión que sufran en sus bienes y derechos".

⁸¹⁵ GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo, "La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos", en BERMEJO VERA, José, (director), *Derecho Administrativo. Parte especial*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 1175.

⁸¹⁶ "*Las entidades municipales responderán civilmente de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroque la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios en la esfera de sus atribuciones respectivas, directa o subsidiariamente, según los casos*".

⁸¹⁷ Que traía causa de la Base 62 de la Ley de 17 de julio de 1945, relativa a las bases "a que ha de ajustarse el articulado de la Orgánica de Régimen Local".

⁸¹⁸ para precisar a continuación (art. 406) que será subsidiaria cuando haya habido culpa o negligencia grave de la autoridad o funcionario causante del daño, con la dificultad que para el perjudicado entrañaba el apreciar si mediaba o no tal circunstancia.

⁸¹⁹ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo. Parte general: Conclusión*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2002, p. 316.

⁸²⁰ Según lo explica en la p.317.

"Aprovechando la ocasión de que una Comisión de Juristas, en el seno del entonces Instituto de Estudios Políticos, había recibido el encargo de redactar una nueva Ley de Expropiación Forzosa; excediéndose por tanto, del ámbito formal del encargo, pasó a hablar de responsabilidad cuando sólo había por qué hablar de indemnización. (...) fue el argumento práctico de que había que llenar la clamorosa laguna existente en nuestro Derecho positivo el que decidió a la Comisión a introducir las nuevas y progresivas bases sobre la ordenación legal de la materia" .

Y el último gran hito, nos lleva hasta la propia Constitución española⁸²¹ de 1978, en cuyo art. 106.2 se establece que:

“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Sección 1.2.- El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración

El carácter objetivo es invariablemente presentado por la doctrina⁸²² española y por la jurisprudencia⁸²³ como uno de los rasgos esenciales del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Sin embargo, la objetividad, -su alcance e interpretación-, no parece ser siempre entendida del mismo modo.⁸²⁴

⁸²¹ Sin embargo, esta no es la única referencia a la responsabilidad del Estado que se recoge en la Constitución. En el artículo 9.3 se proclama que la Constitución, entre otros, garantiza la "*responsabilidad de los poderes públicos*", por tanto poder ejecutivo, poder judicial y poder legislativo. También, en el artículo 121 CE78, se ocupa de los daños causados por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. No existe un precepto en la Constitución que concrete la responsabilidad del poder legislativo. Pero en el resto de los supuestos (errores judiciales y como consecuencia del funcionamiento de la Administración) los ciudadanos tendrán derecho a una indemnización en caso de que hayan sufrido un daño y siempre que se den los presupuestos establecidos por la Ley. Toda esta regulación constitucional vino a reforzar la relevancia de la responsabilidad de la Administración, con las consiguientes ventajas y garantías que ello suponía para los ciudadanos, ya que, por disposición constitucional, se garantizaba un cierto nivel de protección patrimonial en sus relaciones con la Administración.

⁸²² Por todos, aquí véase el *Curso de Derecho Administrativo*, de los profesores García de Enterría y Fernández Rodríguez, Thomson-Civitas.

⁸²³ Baste citar, entre las crecientemente numerosas sentencias, la tan comentada STS, 3ª de 14 de junio de 1991 (caso de los aneurismas gigantes) (Ar. 5115); STS, 3ª de 27 de noviembre de 2000 (Ar. 9409); o la STS, 3ª de 30 de octubre de 2000 (Ar. 9116)

⁸²⁴ No obstante, parece la interpretación más correcta la que encontramos en LEGUINA VILLA, Jesús, "El fundamento de la responsabilidad de la Administración", en REDA, núm. 70, pág. 123, según la cual,

Subsección 1.2.1.- Sobre el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración

Acerca de la justificación última de por qué se debe indemnizar, resultan concluyentes los argumentos que recientemente ha expuesto el profesor Leguina Villa, argumentos que, por otra parte, siguen la senda de los desarrollados por el Maestro García de Enterría en su obra, precursora, *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*, donde señala⁸²⁵ como fundamento⁸²⁶ último de la responsabilidad de la Administración, la garantía del patrimonio de los administrados⁸²⁷:

*"el punto focal de la atención normativa se ha desplazado decididamente desde el tipo o modalidad de acción administrativa dañosa hacia el daño o lesión que en concreto haya sufrido la víctima, de tal manera que la ilicitud o ilegitimidad del daño, el *damnum non iure datur* generador del deber de reparación, no se mide ni se valora ya en una conducta administrativa reprochable que habría que sancionar, sino en el patrimonio privado quebrantado que es preciso restaurar. Al situarse en esta perspectiva, el Derecho español reconoce así a todos los ciudadanos, y aun a todos los residentes y transeúntes extranjeros un derecho a la propia integridad patrimonial frente a cualesquiera acciones u omisiones administrativas que vulneren dicha integridad, sea cual sea el modo en que se produzca tal vulneración".*

⁸²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva Ley de Expropiación (...)*, op. cit., p. 165.

⁸²⁶ Lo que se correspondería con el fundamento mediato al que se refería el profesor C. EISENMANN en "*Sur le degré d'originalité (...)*", ya citado en la nota 755.

⁸²⁷ En una línea similar a la que , para el Derecho privado, proponía Boris STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, Paris, 1947, p. 69, quien sostiene que todo el sistema de responsabilidad civil ha venido fraguándose desde el Derecho romano hasta configurar un auténtico derecho de garantía a la integridad corporal y del patrimonio de las personas, que obliga a situar la perspectiva de análisis en la persona de la víctima.

"Les questions morales écartées, le problème se réduit à savoir si l'ordre social doit assurer la sécurité corporelle et matérielle avant la liberté d'action ou inversement. Il ne dépend pas de nous, ni d'aucune théorie, de forcer ce choix. La garantie de la sécurité aquilienne s'est constamment imposée (...) les continuelles transformations de la technique du droit de la responsabilité avaient comme objectif unique la garantie de plus en plus parfaite de la sécurité corporelle et matérielle des hommes vivant en société. Ceux qui contemplant cette évolution du seul point de vue de l'auteur du dommage sont frappés par les incessantes modifications des raisons juridiques de sa condamnation à réparer".

Y después, en la p. 70,

"C'est dans la personne de la victime que se trouve la raison permanente, le principe de cette responsabilité. Pour que ce principe acquière la valeur technique d'une

"El fondo común que unifica sistemáticamente las instituciones aparentemente disímiles de la expropiación forzosa y de la responsabilidad civil de la Administración es, pues, para el legislador la referencia común a la lesión patrimonial de un administrado producida por actuación administrativa, si bien diferenciada entre sí por la forma de producción de la lesión, que es el rasgo específico que aporta cada una.

La Ley se configura, en consecuencia, fundamentalmente como una norma de garantía integral al patrimonio privado frente a la acción de la Administración, bien revista esta acción la forma de un despojo directo y querido (negocio expropiatorio) bien la del funcionamiento de los servicios públicos, en cuanto es capaz de ocasionar una "secuela incidental de daños residuales", en la feliz expresión del preámbulo. Es este contenido esencial de la garantía al patrimonio de los administrados, que se extiende, en principio, a la totalidad de supuestos imaginables, lo que presta a la Ley de 16 de diciembre de 1954 toda su extraordinaria importancia y su gran significación en el sistema del Derecho."

En esta misma línea y según afirma el profesor Leguina Villa,⁸²⁸ el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración se hallaría en *"la exigencia constitucional de dejar indemnes a los particulares frente a las lesiones patrimoniales⁸²⁹ injustificadas que aquélla les cause"*. Como fundamento mediato o último que es, se trata de un principio abstracto y general que podría explicar la razón por la cual deben indemnizarse ciertos daños⁸³⁰ y que, justamente por ese carácter abstracto y general requiere después que se concrete a través de fundamentos inmediatos, que serían los concretos títulos de imputación.

Muy próximo a esta idea, hallamos el principio de igualdad ante las cargas públicas. Al igual que la idea de la garantía del patrimonio, puede actuar como la idea fuerza que constituya el fundamento último de la responsabilidad

règle de droit positif, il suffira de reconnaître que l'homme possède un droit subjectif précis à sa sécurité, droit protégé en lui même et pour lui même et dont la violation non autorisée par la loi réalise une injustice, donnant une "raison suffisante" à la condamnation du défendeur". Esta idea se correspondería, de algún modo, con la idea de la antijuridicidad del daño o de la obligación jurídica de soportarlo que se constituye en la pieza técnica clave del sistema de responsabilidad patrimonial ideado por el Maestro García de Enterría.

828 LEGUINA VILLA, Jesús, "Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración", REDA, núm. 136, 2007, pág. 677.

⁸²⁹ Y no sólo patrimoniales.

⁸³⁰ En lugar de dejarlos donde se produjeron, lo que no deja de ser la regla general salvo que se organicen los sistemas de imputación

patrimonial de la Administración. A su vez, el principio de igualdad ante las cargas públicas se halla directamente emparentado con uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, la igualdad. Y si bien requiere una interpretación extensiva del concepto de carga,⁸³¹ éste -al igual que la noción de patrimonio- sigue refiriéndonos principalmente al sujeto que soporta su peso, a la persona a la que, por vivir en una determinada comunidad, se le impone soportarla hasta un cierto punto. ¿Hasta qué punto?, es lógico preguntarse: hasta el punto de que por su intensidad sobre una persona o grupo de personas les singularice respecto al conjunto de la población, que soporta las cargas generales que supone la vida en sociedad, dentro de las que se incluyen las que puedan derivarse de la existencia misma de una estructura organizada, como la Administración, que actúa por mandato constitucional al servicio del interés general. Pues bien, por estas razones, el principio de igualdad ante las cargas públicas parece más apropiado como fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración y es el que mejor permite explicar esa pieza clave del sistema que es la nota de la antijuridicidad que, analizada desde la perspectiva del sujeto perjudicado, convierte, de no pesar sobre él el deber de soportarlo, el daño en lesión resarcible.

Así, partiendo de los razonamientos anteriores, cabría presentar el principio de igualdad ante las cargas públicas como fundamento justificativo, en último término, de la obligación que recae sobre la Administración de reparar los daños por el funcionamiento de los servicios públicos, los cuales actúan el

⁸³¹ En la línea de lo que se desarrolla con relación a la responsabilidad administrativa en las pp. 281 y ss. de este trabajo y partiendo de la realidad de que la Administración en su actuación, sea omisiva o activa, puede -e incluso debe, en ciertos supuestos-, bajo distintas formas, causar daños, bien porque se realicen dañosamente los riesgos creados lícitamente por la Administración en beneficio de la colectividad, bien porque la Administración cause un daño, de manera culpable, por su funcionamiento anormal. El daño así causado representará también una carga, -pública en atención a su origen más o menos próximo-, ya que, considerado abstractamente, no existe título alguno que haga recaer con carácter general en el administrado las consecuencias perjudiciales de un funcionamiento anormal, culpable, de la Administración.

servicio del interés general que constitucionalmente se asigna a la Administración. Entendido así este principio garantizaría al particular frente al peso, excesivo o injustificado, que tal funcionamiento de los servicios públicos suspusiera para él, hasta el punto de singularizarlo respecto a la generalidad de los demás integrantes de la colectividad, bien porque su intensidad llegara a ser tal que quebrara el principio de igualdad, bien porque ese actuar de los servicios públicos no se hubiera ajustado a los patrones que le vienen dados por el ordenamiento. De este modo, se aunarían consideraciones ligadas al principio de igualdad y al Estado social con otras ligadas al principio de legalidad y al Estado de Derecho, todo ello al objeto de garantizar los derechos del particular.

Subsección 1.2.1.- La responsabilidad objetiva: Sus rasgos esenciales

La exigencia de alcance constitucional que acaba de verse y que actúa como fundamento, ha llevado al legislador a adoptar en la Ley 30/1992 una configuración legal de lo dispuesto en los artículos 106.2 y 149.1.18ª CE⁷⁸ marcada por un perfil objetivo. En desarrollo de estos preceptos constitucionales se adoptó la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.⁸³² Esta Ley, en sus artículos 139 a 146 establece el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración.⁸³³ El artículo 139.1 de la Ley 30/1992 se refiere al funcionamiento, normal o anormal,⁸³⁴ de los servicios públicos, detallando lo establecido en el art. 106.2 CE, donde, según se ha visto, no se distingue entre funcionamiento normal o anormal; cabe sostener,

⁸³² La Ley 30/1992, como es sabido, derogó, entre otras, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en la que se contenía el grueso de la normativa legal en materia de responsabilidad patrimonial. Sin embargo, la regulación sustantiva de la responsabilidad patrimonial no se vio alterada de manera significativa.

⁸³³ En sus aspectos procedimentales, es desarrollada en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

⁸³⁴ Empleando así los mismos términos que el art. 121 LEP.

pues, que esta opción en favor del carácter objetivo del sistema de responsabilidad patrimonial lo es del legislador y no del constituyente.

La objetividad de esta institución coloca al sujeto dañado en el centro de análisis, en la perspectiva dominante desde la que se ha de enjuiciar si procede o no reparar el daño, en función de si ese sujeto tiene o no el deber jurídico de soportarlo, en suma, para examinar si el daño es antijurídico. Este es uno de sus principales rasgos distintivos: a diferencia de lo que sucede en los sistemas de responsabilidad extracontractual clásicos, en los que enfoque se concentra en la actuación del sujeto causante del daño, para apreciar si incurrió en culpa o negligencia. En cualquier caso, no es posible separar ambos enfoques, dado que no puede haber daño sin sujeto que lo sufra ni sin hecho que lo cause, mediando o no culpa. Por ello, hay que insistir en que el hecho de que el enfoque dominante se centre en el sujeto dañado, no quiere decir que la otra perspectiva carezca de relevancia.⁸³⁵ Así, el que el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración sea objetivo "*no excluye que el carácter antijurídico del daño pueda inferirse de factores subjetivos de culpabilidad o del incumplimiento objetivo de normas o deberes*"⁸³⁶. Y a la inversa, la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal no nace sólo por los daños que pueda causar el comportamiento ilícito, sea doloso o culposo, de los agentes públicos. Como señala este mismo autor,⁸³⁷ se trata de una

⁸³⁵ El profesor LEGUINA VILLA, afirma certeramente en "Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración", *REDA*, núm. 136, 2007, pág. 678, que:

"(...) calificar el sistema como objetivo (...) no significa en modo alguno que la culpa -sea subjetiva de los agentes o sea objetivada en el funcionamiento de los servicios públicos- haya desaparecido del campo de la responsabilidad extracontractual de la Administración. Tampoco quiere decir que al valorar el daño sufrido por el perjudicado en cada caso concreto sea indiferente que la actuación administrativa haya sido lícita o ilícita (...)"

Tampoco significa este carácter objetivo que los títulos de imputación de la responsabilidad, el funcionamiento normal y anormal, sean intercambiables y utilizables indistintamente ante cualquier daño.

⁸³⁶ Por todas, véase la STS (3ª) de 17 de mayo de 2004, de la que fue ponente González Navarro.

⁸³⁷ En la STS, 3ª, de 28 de marzo de 2000, reitera la doctrina según la cual:

"(...) el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración determina que la anormalidad en el servicio no debe estar necesariamente conectada a la existencia de una infracción subjetiva de los deberes de los funcionarios, sino que

"*anormalidad objetivada*", que se puede dar aun en la imposibilidad de efectuar el más mínimo reproche a los agentes públicos que hayan podido tener alguna intervención en la producción del daño⁸³⁸ o cuando éstos no aparezcan identificados.

Y coronando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, encontramos el segundo gran criterio de imputación: la responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos. Un funcionamiento perfectamente lícito, impuesto en ocasiones por el propio ordenamiento, que da lugar a un daño ilícito, no en su causación según ya se ha dicho, sino en el sentido de que el sujeto dañado no tiene el deber jurídico de soportarlo, a la lesión como daño antijurídico. Se trata, principalmente, de las medidas administrativas que suponen un sacrificio especial y que tienen un alcance *quasi* expropiatorio y de los daños fortuitos o accidentales que se puedan producirse por el funcionamiento de los servicios públicos, siempre que el sujeto dañado no se haya colocado en una situación que le obligue a soportar el daño, por ejemplo, mediante una asunción del riesgo por su parte, expresa o implícita.

Hay que recordar los presupuestos y rasgos característicos sobre los que se edifica el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración hoy vigente.⁸³⁹ Es un sistema de responsabilidad administrativa que, a la vista del régimen jurídico contenido en los artículos 139 a 146 de la Ley 30/1992, se caracteriza por ser:

1.- Unitario (149.1.18ª CE), lo que tiene su importancia como garantía en un Estado territorialmente complejo; significa que "*el sistema de*

basta con demostrar que objetivamente existió una deficiencia, aun cuando fuera aislada (...)"

⁸³⁸ Por ejemplo, si el daño se debe a un caso fortuito, dentro de una actividad desarrollada en servicio del interés general.

⁸³⁹ Se sigue aquí en lo esencial el agudo análisis del profesor Luis MARTÍN REBOLLO, "Ayer y hoy de la Responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones", Revista de Administración Pública, núm. 150, septiembre-diciembre 1999, pp. 317-371.

*responsabilidad que encabeza el artículo 106.2 de la Norma Fundamental es, pues, general y único para todas las Administraciones Públicas*⁸⁴⁰.

2.-General,⁸⁴¹ en el sentido de que aborda el conjunto de toda la actividad administrativa, también, la del servicio público de la asistencia sanitaria. La referencia a los servicios públicos ha sido interpretada doctrinal y jurisprudencialmente de la manera más amplia, para englobar todo el giro o tráfico de la Administración.

3.- De responsabilidad directa de la Administración y no subsidiaria, lo cual representa una doble garantía: para el ciudadano, porque se asegura la solvencia del sujeto obligado a indemnizar; y para la Administración y también para el personal a su servicio y las personas que desempeñan funciones públicas, porque les protege de las reclamaciones que puedan seguirse de resultas del ejercicio de las funciones que tengan encomendadas. Ello, además, contribuirá a que la Administración pueda actuar con mayor eficacia, al no encontrarse los agentes y funcionarios públicos coartados en la toma de las decisiones que correspondan por miedo a una demanda dirigida contra ellos y su patrimonio personal. Sin embargo, la acción de regreso, como pieza teóricamente perfecta para dar coherencia al sistema actuando como contrapeso, falla por su extraña puesta en práctica.⁸⁴²

4.- Objetivo, en el que la idea de culpa no es determinante, aunque tampoco irrelevante, según ya se ha dicho y se verá al tratar del concepto técnico de lesión y de la causalidad.⁸⁴³

5.- Presidido por el principio de reparación integral, de todo tipo de daños.

6.- y por el de unidad jurisdiccional, con excepción de los supuestos en que se incurra en responsabilidad criminal, en cuyo caso, la responsabilidad

⁸⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍQUEZ, T.-R., *Curso de...*, op. cit., pág. 377.

⁸⁴¹ MARTÍN REBOLLO, L., "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial (..)", op. cit., p. 344.

⁸⁴² Y ello, a pesar de la reforma que introdujo la Ley 4/1999 sobre este particular, al objeto de convertir una facultad, "*podrá exigir*", por lo que parece un imperativo, "*deberá exigir*", aunque no se sabe si se cumple.

⁸⁴³

civil derivada de delito recaería sobre la Administración con carácter subsidiario.⁸⁴⁴

En cualquier caso, la pieza clave⁸⁴⁵ para entender el sistema y sobre la cual se edifica, es la de lesión, (concretada en el art. 141.1 L. 30/92) como aquel daño "*que el particular no tenga el deber de soportar de acuerdo con la ley*". Es decir, que no todo daño, -que habrá de ser además efectivo, evaluable e individualizado-, es una lesión⁸⁴⁶ en el sentido del art. 139⁸⁴⁷ de la L. 30/92. Sólo se convertirá en lesión y generará la correspondiente obligación de indemnizar, aquel daño que el particular no esté obligado jurídicamente a soportar y que sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal de los servicios públicos, sin que medie fuerza mayor.

Como se ha señalado, el rasgo más característico del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración en el Derecho español es su carácter objetivo. Tal carácter deriva de su configuración legal, en la cual la culpa no es el presupuesto necesario para el nacimiento de la obligación de reparar. La culpa, *rectius*, el funcionamiento anormal desempeña un papel muy

⁸⁴⁴ De acuerdo con lo dispuesto en el Código Penal, (art. 121) que, además es jurisprudencialmente interpretado de forma criticablemente extensiva, en el sentido de que permite al juez penal declarar esta responsabilidad civil subsidiaria derivada del delito, también en caso de falta, en contra del tenor literal del citado artículo que sólo menciona "*delitos dolosos o culposos*".

⁸⁴⁵ También es crucial la apreciación del nexo causal. La jurisprudencia española, tanto civil como contencioso-administrativa, según acaba de verse, suele examinar la existencia de la relación de causalidad a la luz de la teoría de la causalidad adecuada, coincidiendo por tanto con el criterio seguido generalmente por el *juge administratif*.

⁸⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, CIVITAS, 2002. 8ª ed. p. 379. Así, el daño será una lesión:

"Siempre que no concurra un título jurídico que determine o imponga como rigurosamente inexcusable, efectivamente querido o, al menos, eventualmente aceptado el perjuicio contemplado."

⁸⁴⁷ El artículo 139 de la L. 30/1992, establece, reproduciendo casi literalmente el dispuesto en la Constitución española, art. 106.2:

Art.139.1 "*Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.*"

destacado en el sistema, pero como se ha dicho, no es imprescindible que concurra para que la Administración haya de indemnizar un daño. Por contraste con lo que sucede en los sistemas de responsabilidad basados en la culpa, en los que el punto dominante de análisis es la conducta del sujeto causante del daño, en el sistema de responsabilidad patrimonial este punto de análisis se desplaza al sujeto dañado. Desde esta perspectiva, se analiza la antijuridicidad del daño, de manera que este daño, como simple detrimento⁸⁴⁸ en el patrimonio o en algún bien de otra naturaleza, sólo se convierte en lesión indemnizable si no existe el deber jurídico de soportar el daño.⁸⁴⁹ Así, respecto a los presupuestos⁸⁵⁰ de la responsabilidad patrimonial, los profesores García de Enterría y Fernández Rodríguez concluyen que:

"En resolución: el concepto técnico de lesión resarcible, a efectos de responsabilidad, requiere, pues, un perjuicio patrimonialmente evaluable, ausencia de causas de justificación, no en su comisión, sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado, y, finalmente, posibilidad de imputación del mismo a tercera persona (en este caso a la Administración)"

Además, la carga de la prueba acerca de la causa de fuerza mayor excluyente de responsabilidad y del título en virtud del cual se aprecie el deber de soportar el daño ha de recaer, en coherencia con el fundamento del sistema, sobre la Administración:

"(...) dado el principio de protección y garantía del patrimonio de la víctima del que parte la cláusula general de responsabilidad, es la Administración quien debe probar la concurrencia de las causas justificativas del perjuicio que motiva la reclamación de resarcimiento, diferencia ésta bien notable que distingue nuestro sistema de los que,

⁸⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa. IEP. 1956. p. 176. Sobre la distinción entre las nociones de perjuicio y de lesión:

"El concepto de perjuicio es puramente económico, material; el de lesión es ya un concepto jurídico. Lesión sería el perjuicio antijurídico. Obsérvese que no decimos perjuicio causado antijurídicamente (criterio subjetivo), sino perjuicio antijurídico en sí mismo (criterio objetivo), perjuicio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud. La nota de la antijuridicidad se desplaza desde la conducta subjetiva del agente, donde lo situaba la doctrina tradicional, al dato objetivo del patrimonio causado."

⁸⁴⁹ Tal como se prevé en el artículo 141 de la Ley 30/1992.

⁸⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, CIVITAS, 2002. 8ª ed. p. 381,

*partiendo de la responsabilidad por culpa, aceptan singularmente la adición de supuestos específicos de resarcimiento ajenos a ésta, como excepción y complemento de la misma, ya que el carácter excepcional con que dichos supuestos están concebidos aboca a una interpretación estricta de su alcance.*⁸⁵¹

Subsección 1.2.2.- ¿Es verdaderamente el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración un sistema de responsabilidad objetiva?

Hemos visto como el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, comúnmente presentado como un sistema de carácter objetivo, lo es, pero sólo porque la culpa no es el fundamento de la obligación de reparar; como sabemos pueden darse supuestos de responsabilidad, sin que concurra culpa alguna. Sin embargo, no puede extraerse de este carácter objetivo la consecuencia de que a todo daño causado con ocasión de la actividad administrativa deba otorgársele una reparación. Los sistemas de responsabilidad en los que la producción del daño determina la indemnización automática de este son los que, en sentido estricto pueden considerarse sistemas de responsabilidad objetiva, en el Derecho angloamericano conocidos como sistemas de *strict liability*.

En el ordenamiento español existen distintas leyes referidas a sectores concretos, que establecen que la obligación de indemnizar nace por la simple causación del daño. Por lo general se tratan de sectores de actividad en los que está muy presente la noción de riesgo y justamente por esta razón se adopta esta posición protectora de las personas que puedan resultar dañadas como consecuencia de la realización de esos riesgos.

⁸⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, CIVITAS, 2002. 8ª. Ed. p. 381

Encontramos por ejemplo, la Ley 25/1964 de 29 de abril, sobre energía nuclear, cuyo artículo 45 establece el principio de responsabilidad objetiva, pudiéndose exonerar al explotador de la actividad, si prueba que la persona que sufrió los daños nucleares los produjo o contribuyó a ellos por culpa o negligencia:

*"El explotador de una instalación nuclear o de cualquier otra instalación que produzca o trabaje con materiales radiactivos o que cuente con dispositivos que puedan producir radiaciones ionizantes, será responsable de los daños nucleares. Esta responsabilidad será objetiva y estará limitada en su cuantía hasta el límite de cobertura que se señala en la presente Ley."*⁸⁵²

Esta Ley exime al Estado de concertar seguro que garantice la cobertura de los riesgos nucleares de sus propias instalaciones, remitiendo la forma de indemnización general de las Administraciones Públicas previstas, hoy, en la Ley 30/1992.

Otro ejemplo de un régimen de responsabilidad objetiva establecida por el legislador lo encontramos en la Ley de Navegación Aérea de 1960; quizá la más típicamente objetiva, en la medida en que el hecho de tercero (un controlador, por ejemplo) o la fuerza mayor no exoneran como tampoco exonera la mayor diligencia del causante del daño. Por otro lado, la navegación aérea puede generar daños catastróficos que si hubieran de dar lugar a su reparación integral según las reglas generales de la RC, harían inviable el transporte aéreo. Por eso, los Convenios internacionales y en su línea la Ley de 1960, limitan (art. 117) el alcance de la responsabilidad, (distinguiendo los daños a los viajeros, a las cosas- equipajes o mercancías- y a terceros en la

852 Para el profesor Lorenzo MARTIN-RETORTILLO ésta asunción de la obligación de indemnizar no puede calificarse como un régimen de seguro; *"es quizás una prestación general a la comunidad por vía de una socialización del riesgo. Es la comunidad la que asume a su costa esta carga por las razones de interés general ya aludidas. (...) estamos, por lo menos, ante un precio social de la industria atómica."* En su libro *Energía nuclear y Derecho. Problemas jurídico-administrativos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963. p 205.

superficie), pero compensan esta limitación con un sistema de responsabilidad objetiva (art. 120).⁸⁵³

Podrían citarse otros muchos ejemplos de modelos en los que el legislador ha decidido anudar a la producción de un determinado hecho una consecuencia jurídica de carácter indemnizatorio, como es el caso de la Ley sobre Responsabilidad civil y seguro en la circulación y uso de vehículos de motor, con su Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.⁸⁵⁴ También el Estatuto de los Trabajadores, cuyo texto refundido se aprobó por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, prevé un supuesto similar en su art. 57.1:

"Cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de sesenta días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de la percepción económica a que se refiere el párrafo b) del apartado 1 del artículo 56 satisfecha al trabajador, correspondiente al tiempo que exceda de dichos sesenta días."

A diferencia de los ejemplos que acaban de citarse, el sistema de responsabilidad patrimonial no determina que a la producción de un daño deba seguirse, necesariamente y en todo caso, una indemnización, ya que ha de analizarse la nota esencial de la antijuridicidad de ese daño. En opinión del profesor Díez-Picazo⁸⁵⁵ tras la reforma de 1999, el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración sería objetivo, con ciertos matices:

⁸⁵³ Como se establece expresamente en el art. 120 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación aérea:

"La razón de indemnizar tiene su base objetiva en el accidente o daño y procederá, hasta los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, en cualquier supuesto, incluso en el de accidente fortuito y aun cuando el transportista, operador o sus empleados, justifiquen que obraron con la debida diligencia."

⁸⁵⁴ Si bien es cierto, que el mecanismo de reparación de estos daños descansa sobre la técnica del seguro obligatorio, al igual que en los otros ejemplos recién citados.

⁸⁵⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, CIVITAS, 1999, P. 62

"Nos encontramos, a partir de este momento con una responsabilidad que en líneas de principio continúa siendo objetiva, aunque se permiten causas de exoneración en atención a factores determinantes de exclusiones de culpabilidad, de modo que el sistema se sitúa en una zona de un cierto eclecticismo".

Capítulo 2.- UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ÚNICO APLICABLE TAMBIÉN A LOS ACTORES PRIVADOS QUE SE ASOCIAN AL SERVICIO NACIONAL DE SALUD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE LA ASISTENCIA SANITARIA

A diferencia de lo que sucede en el ordenamiento francés en el que la dualidad organizativa del *systeme de santé* se traduce en una dualidad de regímenes jurídicos y en una dualidad jurisdiccional, el legislador español ha querido unificar tanto el régimen jurídico como la jurisdicción a que están sometidos todos los centros y establecimientos sanitarios de titularidad pública o privada que participan en el Sistema Nacional de Salud. En cualquier caso, la participación de entidades privadas en la prestación del servicio público de la asistencia sanitaria es, comparativamente, muy inferior a la que se da en el modelo francés.

En primer lugar, entiendo que hay que rechazar la posición doctrinal⁸⁵⁶ y jurisprudencial⁸⁵⁷ que, partiendo de que las actividades que constituyen un servicio público son de titularidad pública, sostiene que los daños que un sujeto privado ocasione con motivo de su prestación indirecta deben imputarse a la Administración pública titular del servicio público. Cabe oponer a esta posición

⁸⁵⁶ Esta posición doctrinal, aun minoritaria, tiene importantes defensores. Un desarrollo doctrinal muy interesante se encuentra en BELADÍEZ ROJO, M., *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos 1997, págs 78 a 91.

⁸⁵⁷ Un exponente importante es la STS de 9 de mayo de 1989, que recoge la tesis de GONZÁLEZ NAVARRO, que fue el ponente en aquel asunto.

doctrinal la, a mi juicio, definitiva y concluyente circunstancia de que el sujeto privado, que presta indirectamente el servicio público, no se integra en la organización de la Administración pública⁸⁵⁸ concedente sino que tiene su propia organización, de suerte que si la estructura con éxito obtendrá beneficios mientras que si no lo hace registrará pérdidas. Esta nota del riesgo y ventura, imprescindible en todo mecanismo de prestación indirecta de un servicio público, determina la existencia de un margen de decisión propia del sujeto privado concertado, que justifica correlativamente la responsabilidad por las decisiones que se adopten dentro de ese ámbito.

Sentado en estos términos que los establecimientos privados que prestan el servicio público sanitario en virtud de concierto o de cualquier otro mecanismo concesional deben responder por los daños que ocasionan a los usuarios del servicio, es el momento de reflexionar acerca de cuál es el régimen de su responsabilidad extracontractual, tanto desde una perspectiva sustantiva como en relación a la tramitación que han de seguir las reclamaciones de los dañados.

Sección 2.1.- Régimen sustantivo de la responsabilidad extracontractual de los establecimientos privados que prestan el servicio público sanitario en la esfera del Sistema Nacional de Salud, en virtud de concierto u otra modalidad de convención

Desde una perspectiva sustantiva, salvo que haya una norma especial que desplace la regla general, la responsabilidad extracontractual de los establecimientos sanitarios concertados, en tanto que son sujetos privados, debería regirse por el sistema de responsabilidad subjetiva que el art. 1902 CC

⁸⁵⁸ La tesis tradicional y aun mayoritaria, según la que los concesionarios y contratistas públicos, por no estar integrados en la organización administrativa, no imputan los daños que ocasionen con motivo de la realización material de la actividad concedida está desarrollada con detalle, y con referencia a citas jurisprudenciales que acreditan su acogida preferente, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNANDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, 5ª ed., Vol II, Civitas 1998, págs. 387 a 389,

prevé al disponer que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Esta solución nos conduce a una situación difícil de aceptar. En efecto, no parece lógico sostener que, de los daños producidos con motivo de la prestación del servicio público sanitario, el sujeto que los haya ocasionado responda unas veces, cuando la Administración pública lo desempeñe materialmente, conforme a un sistema objetivo mientras que en otras, cuando el servicio sea prestado indirectamente por un establecimiento privado concertado, lo haga sólo si se acredita que hubo culpa o negligencia. Esta paradoja aparece con mayor intensidad si se observa la diferencia desde la posición del dañado, esto es, resulta incomprensible para el usuario del servicio público sanitario que el daño en los primeros casos sea indemnizable sólo con que se acredite su antijuridicidad mientras que en los segundos se necesite, además, que su producción sea culpable.

Tal solución, que hemos dicho considerar ilógica, tendría además el inconveniente de colocar en manos de la Administración pública encargada de prestar el servicio público sanitario, mediante la sencilla opción por la externalización del mismo, la posibilidad de reducir la extensión con que responde el causante del daño y mermar, correlativamente, la garantía del usuario del servicio público sanitario.

Todas estas razones aconsejan que la responsabilidad extracontractual de los establecimientos sanitarios concertados, a pesar de ser sujetos privados, se rija, al igual que la responsabilidad extracontractual de los entes públicos que prestén directamente el servicio público sanitario, por un sistema de signo objetivo, esto es, que la obligación de reparar a cargo del causante del daño y el correlativo derecho del usuario a ser indemnizado surja aunque no concurriese culpa o negligencia de aquél. O, dicho de otro modo, que se enjuicie si se dan los presupuestos para que nazca la obligación de reparar a la luz de las reglas y principios de la responsabilidad patrimonial, aunque el sujeto materialmente causante del daño sea un sujeto privado que presta la asistencia

sanitaria en virtud de un concierto con una entidad de las que se integran en el SNS.

El legislador español apreció esta conveniencia y, aprovechando la profunda reforma de la ley 30/1992 operada por la Ley 4/1999, que también afectó notablemente a los preceptos que definen el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, añadió a aquella ley una disposición adicional duodécima que dispone la equivalencia de régimen jurídico en materia de responsabilidad extracontractual, sea quien sea el sujeto que preste el servicio público sanitario, diciendo al efecto lo siguiente:

“La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso”

Partiendo de lo anterior, en estos casos cabe preguntarse si la obligación de indemnizar ha de asignarse, en primer término, al sujeto causante del daño antijurídico, es decir, al sujeto privado concertado o vinculado al SNS mediante algún otro tipo de instrumento contractual,⁸⁵⁹ o si, por el contrario, ha de ser la Administración o la entidad jurídico-pública titular de la competencia en materia de gestión de la asistencia sanitaria quien responda en primer término. Parecería lógico sostener que sea el ente privado concertado quien deba responder en primer término, especialmente, si se considera que dio lugar a la producción de ese daño antijurídico.

Sin embargo, puede resultar más protector para el sujeto dañado y, sobre todo, más próximo a los fines establecidos en el bloque normativo que

⁸⁵⁹ Como pueden ser los convenios singulares a que se refiere la Ley 14/1986, General de Sanidad.

estructura las prestaciones del SNS⁸⁶⁰ y al tenor literal de la D. A. 12^a de la L. 30/1992, recién citada, que el particular pueda ejercitar su acción de responsabilidad frente a la Administración,⁸⁶¹ que sea ésta quien deba indemnizar, sin perjuicio de que luego repita⁸⁶² frente al ente privado cuya actuación determinó la obligación de reparar. Lo que en ningún caso resultaría admisible es que, si es la Administración quien indemniza, ésta no repercuta el coste total⁸⁶³ sobre el centro o establecimiento sanitario privado vinculado al SNS, ya que equivaldría a otorgar a estos centros una especie de patente de corso que les permitiría gozar de una total inmunidad, aunque de facto, por el mero hecho de estar vinculados, mediante contrato, a la gestión del servicio público de la asistencia sanitaria.

Sección 2.2 Unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad extracontractual por daños causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria

Por otro lado, en el sistema español de atribución de competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales, cuyo diseño básico se encuentra, -en desarrollo de lo previsto en la Constitución española-, en la LOPJ,^{864 865} las

⁸⁶⁰ Me refiero, fundamentalmente a la LGS, a la Ley 16/2003, de Cohesión y calidad del SNS y al Real Decreto 1030/2006, por el que se establece la cartera de servicios mínimos comunes del SNS.

⁸⁶¹ Opcionalmente y, de manera incluso aconsejable, también frente al centro privado vinculado al SNS.

⁸⁶² En los términos que habrán debido preverse en el clausulado del propio contrato que vincule al centro privado al SNS.

⁸⁶³ De manera que se incluya tanto la indemnización en sí, como los gastos de gestión y administración de la reclamación.

⁸⁶⁴ El art. 122.1 CE, cuyo primer inciso dice que “La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales”, ha sido interpretado (STC 224/1993, 1 de julio) como que reserva a la LOPJ el diseño básico de la atribución de competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales.

relaciones jurídicas *inter privatos*, no resultando comprendidas en ninguna de las cláusulas generales que delimitan el ámbito de las otras jurisdicciones, son competencia de la jurisdicción civil en virtud de la *vis atractiva* que a su favor consagra el art. 9.2 LOPJ. Los daños sufridos por un particular como consecuencia de la actividad sanitaria pública desempeñada por un establecimiento privado concertado da lugar a un supuesto de responsabilidad extracontractual que vincula a dos sujetos privados; de ahí que, si se quiere obtener la unidad de jurisdicción en materia de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria pública, se hace necesaria una regla expresa que atribuya el conocimiento de los conflictos que eventualmente puedan surgir a la jurisdicción contencioso-administrativa, que es la competente cuando el daño resulta de la prestación directa de dicho servicio público.

El objetivo de la unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas ha justificado varias reformas legales en los últimos años, desde la primera en el año 1998 hasta la última, introducida a finales de 2003. Examinaremos a continuación cuál es su influencia en el contexto que aquí nos interesa.

Sin embargo, esta misma sentencia (Fundamento jurídico 3.) STC 224/1993 concluye que este diseño básico no tiene que ser necesariamente exhaustivo, porque a tenor del art. 122.1 C.E. no está reservada a la LOPJ la definición concreta y detallada del ámbito de cada una de las jurisdicciones y, en consecuencia:

«cabe que el legislador ordinario concrete las materias específicas objeto del conocimiento de tales órdenes, produciéndose, de este modo, una colaboración entre ambas formas normativas -Ley Orgánica y Ley Ordinaria- que no obsta a la reserva establecida en el art. 122.1 C.E. y que, por tanto, resulta constitucionalmente lícita».

⁸⁶⁵ En la línea de lo que se recoge en la nota anterior, el ATC 292/1997, de 22 de julio de 1997, acordó inadmitir una cuestión de inconstitucionalidad planteada con relación al art. 142.6 L. 30/1992 por su disconformidad con lo dispuesto en los arts. 122, 24 y 9 CE.

Parece así aceptar que, una vez que ese diseño básico se hubiera efectuado mediante ley orgánica, el legislador ordinario pueda perfilar ese diseño básico sin que le esté constitucionalmente vedado.

La Ley Orgánica 6/1998, con el claro objetivo de dar cobertura de ley orgánica al art. 2 e) de la LJCA⁸⁶⁶, introdujo un nuevo párrafo en el art. 9.4 LOPJ⁸⁶⁷. Esta modificación, como resulta de su propio tenor, reconduce a la jurisdicción contencioso-administrativa los litigios en que se exija la responsabilidad extracontractual de un sujeto privado cuando éste haya concurrido con una Administración pública a causar el daño. Se trata, en definitiva, de evitar el riesgo de incoherencia que surgiría de la ruptura de la continencia de la causa. No quedaron, por tanto, comprendidos en esta regla especial, rigiéndose en consecuencia por la regla general, los casos en que la responsabilidad extracontractual por el resultado dañoso derivado de la asistencia pública sanitaria se exige por completo del establecimiento privado que la presta en virtud de un concierto.

Ante esta situación y en el marco de una decidida y reiterativa opción del legislador a favor de someter los litigios resultantes de los daños ocasionados con motivo de la prestación, directa⁸⁶⁸ o indirecta, del servicio público sanitario

866 El art. 2 e) LJCA establece que:

“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.”

867 La LO 6/1998 añadió al art. 9.4 LOPJ el inciso destacado en negrita:

“Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho.

Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional.”

⁸⁶⁸ En aquel momento el peligro de dispersión jurisdiccional de la materia responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas era importante, muy especialmente en relación a los daños derivados de la prestación directa del servicio público de asistencia sanitaria. En efecto, a pesar de que la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, de un

a la jurisdicción contencioso-administrativa, la Ley 4/1999, de 13 de enero, añadió, según ya se expresó antes, una disposición adicional⁸⁶⁹ a la Ley 30/1992 que expresamente establecía que la responsabilidad patrimonial [...] de los centros sanitarios concertados con [las entidades públicas sanitarias], por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria [...] seguirán la tramitación administrativa prevista en esa misma Ley 30/1992, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.

Este precepto entraña, sin dejar espacio para que haya dudas al respecto, que toda reclamación de responsabilidad extracontractual que se pretenda dirigir contra un establecimiento sanitario concertado deba ser encauzada, primero, por la vía administrativa de recurso y, después, a través de los procedimientos legalmente previstos ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Queda claro igualmente que este será el régimen que han de seguir las reclamaciones, no sólo cuando el establecimiento concertado concorra con una entidad pública a producir el daño, sino incluso cuando él sea su único causante.

modo reiterado, a partir del ATS 7 de julio de 1994, acordó que los daños derivados de la actividad sanitaria de las Administraciones públicas eran un supuesto de responsabilidad extracontractual regido por normas de Derecho administrativo y, en consecuencia, competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sostenía de manera constante – STS 17 de abril de 1995, 10 de julio de 1995, 9 de febrero de 1996, 18 de septiembre de 1997, entre otras – que “exigir las consecuencias de la prestación social deficiente ... no puede fundarse en la existencia de una culpa extracontractual, sino en el desarrollo mismo de la acción protectora de la Seguridad Social” y, en consecuencia, que el conocimiento de esos asuntos correspondía a la jurisdicción social. Acabar con esta situación confusa fue uno de los objetivos de la adición, en virtud de la Ley 4/1999, de la disposición adicional duodécima a la Ley 30/1992.

⁸⁶⁹ Disposición adicional cuyo contenido no era del todo nuevo, ya que, con una técnica normativa más que dudosa, se había introducido una disposición primera en el R. D. 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de los procedimientos administrativos en materia de responsabilidad patrimonial.

Siendo esto de la manera que acaba de exponerse, hemos de concluir que el régimen regulado en esta Disposición Adicional Duodécima va más allá del que estaba previsto en aquel momento en el art. 9.4 LOPJ, pues éste solo sometía a los sujetos privados a la jurisdicción contencioso-administrativa en los supuestos de concurrencia con un sujeto público en la causación del daño, mientras que aquélla sujeta a la jurisdicción contencioso administrativa al establecimiento sanitario concertado, aun en el caso de que sea el único causante del daño.

Posteriormente, la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, modificó de nuevo el art. 9.4 LOPJ, ampliando, en aras de afianzar la tan ansiada por el legislador unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial, los supuestos en que los sujetos privados, por excepción a la regla general, quedan sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, dado que ninguno de estos supuestos⁸⁷⁰ da cobertura al caso de los establecimientos sanitarios que en solitario producen daños por o con ocasión de la prestación indirecta del servicio público sanitario, debemos mantener la conclusión ya expuesta:

a) la exigencia de responsabilidad extracontractual a los establecimientos sanitarios concertados, por los daños que causen con motivo de la asistencia sanitaria pública, seguirá, por mandato de la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/1992, la tramitación administrativa prevista en dicha Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso;

b) este mandato, al someter a la jurisdicción contencioso-administrativa la responsabilidad extracontractual de un sujeto privado sin concurrencia con sujeto público alguno, exceptúa el diseño básico del reparto competencial entre

⁸⁷⁰ La Ley 19/2003 incorporó al art. 9.4 LOPJ dos supuestos más con la siguiente redacción

“Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas.”

órdenes jurisdiccionales que, por mor del art. 122.1 CE, realiza la Ley Orgánica del Poder Judicial, concretamente en su art. 9.

Parte II.- LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE Y DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL HÔPITAL PUBLIC Y EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD. DOS SISTEMAS DIFERENCIADOS QUE SE APROXIMAN POR EL PAPEL REAL QUE DESEMPEÑA LA CULPA Y POR LA CRECIENTEMENTE TENUE FRONTERA ENTRE LA RESPONSABILIDAD Y LA SOLIDARIDAD

Cada sociedad y su ordenamiento jurídico, el conjunto de normas y principios que organizan la convivencia, son el fruto de una evolución de siglos que viene marcada por las circunstancias en que se haya desarrollado tal evolución. No resulta por tanto extraño que, pese a los múltiples puntos de coincidencia entre los derechos francés y español,⁸⁷¹ rastreables desde sus más remotos orígenes⁸⁷² y que en los últimos decenios se han hecho cada vez

⁸⁷¹ Quizá el más destacable de esos puntos de coincidencia tenga que ver con los antecedentes remotos de ambos ordenamientos y, en concreto, con el Derecho Romano, como pone de manifiesto, con carácter general para Europa, la obra de CANNATA, Carlo Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, ed. Tecnos, 1996.

⁸⁷² LE BRAS, "Les origines canoniques du droit administratif", en *L'évolution du droit public. Études en l'honneur d'Achile Mestre*, Sirey, 1956, p. 395-412. Empieza su contribución con esta afirmación incontestable, p.395:

"Aucun groupe social ne subsiste sans une administration dont le nom bien souvent se dissimule. Tous les grands peuples de l'Antiquité ont connu un système de fonctions et de services publics qui a permis l'établissement des empires. Rome et Byzance, nourris de leurs leçons transmirent à l'Occident une riche expérience. (...)"

Y en lo que ahora más interesa, presenta la organización administrativa de la Iglesia Católica, inspirada a su vez en la preexistente del Imperio Romano, como un antecedente de la Administración de los Estados, aún por formarse. Destaca (pág. 412) cómo determinados conceptos o principios de uso corriente en el vocabulario canónico medieval y estructuradores del sistema organizativo y jurídico de la Iglesia, como *auctoritas Ecclesiae, utilitas publica* o

más numerosos por el influjo del Derecho de la Unión Europea y del Derecho europeo de los derechos humanos, no resulta extraño, decía, que pese a las coincidencias, ambos ordenamientos conserven su propia sustantividad y que respondan sus instituciones jurídicas, en múltiples aspectos, a principios y reglas distintos.

La misma institución del contencioso-administrativo⁸⁷³, su aparición en Francia y su posterior y parcial recepción en España, constituyen un bello ejemplo de cómo una institución, partiendo de un punto de origen común, puede evolucionar por vías diferentes y de cómo la situación de un país como la España de los siglos XIX y XX, -marcada por guerras civiles, un escaso desarrollo económico y por una más que accidentada vida política-, puede condicionar el desarrollo y evolución de su Derecho.⁸⁷⁴ Lo que no es óbice para

privilegium, parecían anunciar ya ideas o conceptos propios del Derecho Público que se desarrollaría mucho después.

⁸⁷³ Véanse NIETO GARCÍA, Alejandro, "Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España", *RAP*, nº 50, 1966, p. 27.

⁸⁷⁴ Una muestra de la distinta evolución de ambos Derechos que, puede sospecharse, trae causa del distinto grado de desarrollo o madurez, en lo económico y en lo político, de las sociedades francesa y española del siglo XIX y de la mayor parte del XX, lo que sin duda condiciona el tipo de necesidades y problemas a los que estas dos sociedades había de dar respuesta, la encontramos en materia de responsabilidad de la Administración. Así, en España, antes de la Ley de Expropiación Forzosa y de la legislación local de 1955, puede afirmarse con GARCÍA DE ENTERRÍA y otros autores, que primaba la impunidad o irresponsabilidad de la Administración por los daños a que pudiera dar lugar su actuación, mientras que en Francia, el principio de la responsabilidad de la *puissance publique* había sido reconocido como tal y con carácter general, desde el célebre *arrêt Blanco* de 1873. En este mismo año, España vivía su primera experiencia republicana, -que duró escasamente un año, con cuatro presidentes-, marcada por la revuelta de los cantones, después del breve reinado de Amadeo de Saboya y de la revolución de 1868 que obligó a Isabel II a exiliarse en Francia, todo ello precedido del controvertido ominoso reinado de su padre, Fernando VII, el *Deseado*, hasta 1833 y acompañado de las guerras carlistas que se libraron hasta 1876. Ya en el siglo XX, la guerra civil del 36 y sus prolongadas secuelas, supusieron un traumático paso atrás en todos los ámbitos, el del Derecho incluido. Si bien es cierto que Francia también atravesó difíciles pruebas en este mismo periodo, desde la guerra de 1870 a la Gran Guerra de 1914 y a la Segunda Guerra Mundial, su nivel de desarrollo general permitió que en el ámbito jurídico se

constatar que esta distinta evolución, no altera en nada la similitud en el sustrato y finalidad que se perseguía en ambos países con la implantación del contencioso-administrativo; la de instaurar algún mecanismo que, aun de manera imperfecta, hiciera posible el control de la Administración⁸⁷⁵ y la garantía de los derechos de los particulares con el objetivo, tan difícil de conseguir, de articular lo más armónicamente posible el interés general y los intereses particulares de los ciudadanos.

I) LA RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ASISTENCIA SANITARIA Y LA CULPA COMO FACTOR REAL DE CONVERGENCIA

Un estudio comparado de los sistemas de responsabilidad civil extracontractual de la Administración, de la *puissance publique* en ambos ordenamientos y de las adaptaciones que en ellos se introducen en su aplicación al servicio público de la asistencia sanitaria, al *hôpital public*, permite apreciar que la culpa, la *faute*, por distintos títulos, está llamada a desempeñar un papel trascendental. En la *responsabilité hospitalière*, como principal título de imputación del daño. En la responsabilidad patrimonial, pese a su carácter

trataran cuestiones que en España apenas se intuían, como la responsabilidad administrativa. (Vid. Colmeiro y Santamaría de Paredes)

⁸⁷⁵ O quizá con una finalidad opuesta, para sustraerlo del control de la jurisdicción ordinaria y garantizar así un control menos intenso de la Administración... En cualquier caso, el fin inicial importa menos que el resultado a que se ha llegado que es el del sometimiento a control de la Administración, con imperfecciones, graves en ocasiones, -sobre todo en España por la tardanza con que se administra la justicia.

objetivo, como factor determinante en la mayoría de los casos, de la antijuridicidad del daño y, en consecuencia, del nacimiento de la obligación de indemnizar. En este sentido podemos concluir que la culpa o el funcionamiento anormal actúa en la práctica como factor real de convergencia entre ambos sistemas, pese al proclamado carácter objetivo del sistema de responsabilidad administrativa vigente en el ordenamiento español.

Título preliminar.- LA IMPORTANCIA Y REALIDAD DEL CONTENIDOS DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y EN ESPECIAL, POR ASISTENCIA SANITARIA: LA MEDICINA DEFENSIVA

Resulta casi un lugar común en cualquier país avanzado el referirse al aumento, cuando no aluvión, en el número de reclamaciones y demandas planteadas para exigir responsabilidad por asistencia sanitaria. Suele presentarse, además, esta supuesta avalancha como un factor que induce a prácticas poco acordes con la Ética, como es la llamada medicina defensiva. En el plano económico, este fenómeno, o lo que al menos se percibe como tal, parece estar expulsando del mercado asegurador de la responsabilidad civil sanitaria a distintas empresas del sector⁸⁷⁶. No obstante, hay que lamentar que

⁸⁷⁶ La decisión de retirarse de determinados segmentos del mercado la adoptan las compañías aseguradoras en función de sus cálculos actuariales y resulta difícil, ante la ausencia de datos fiables. Una de las principales aseguradoras, la MACSF anunció que a finales de 2006 dejaría de asegurar a los médicos especialistas en obstetricia y ginecología, en buena medida, a resultas de la jurisprudencia sentada en el *affaire Perruche*. Como justificación de esta decisión empresarial daba que, están en la diferencia entre el importe de las primas fijadas para 2006, en 14.000 euros para estos especialistas y el importe que deberían tener para alcanzar el nivel de equilibrio, que estimaba en 27.000 euros.

Este anuncio de la MASCF, entre otras razones, provocó una cierta alarma en el sector sanitario, ante lo cual el ministro de la Santé encomendó a la Inspection Générale des Affaires Sanitaires la realización de un estudio sobre la cuestión, que dio lugar a su *Rapport RM 2007-027P, de février 2007, "L'assurance en responsabilité médicale"*. En este informe se pone de

no existan datos estadísticos fidedignos ni oficiales relativos al volumen real que en términos indemnizatorios puede suponer la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria ni la responsabilité hospitalière⁸⁷⁷. Ni las estadísticas que recoge anualmente el Conseil d'Etat en su rapport anual, relativo a su actividad contenciosa, ni las estadísticas que facilita el Consejo General del Poder Judicial ofrecen datos acerca del número de procesos resueltos cada año que tengan por objeto una reclamación de responsabilidad por asistencia sanitaria.⁸⁷⁸

Tanto en Francia⁸⁷⁹ como en España, los datos que se manejan con relación a la litigiosidad en el ámbito sanitario son parciales, en el sentido de que no cubren la totalidad del sector de la actividad sanitaria y proceden en su mayoría de las entidades aseguradoras. No obstante, basta casi con preguntar a cualquier profesional sanitario de un lado y otro de los Pirineos sobre su opinión acerca de las demandas de responsabilidad dirigidas contra ellos, para que se nos dé traslado de una percepción, bastante generalizada, relativa al enorme aumento de la litigiosidad en el sector. Unida indisolublemente a esta sensación, sobre cuyo fundamento real, - se insiste-, no existen datos objetivos, nos hallamos con la referencia inevitable a la llamada medicina defensiva, que se presenta comúnmente como una secuela del incremento de la litigiosidad.

relieve la falta de información estadística fiable (pp. 8 y 9, especialmente) en materia de siniestralidad sanitaria.

⁸⁷⁷ La falta de estadísticas al respecto no es un problema exclusivamente francés o español, sino que se trata de una carencia presente en casi todos los países. Así lo expresa MASON, J. K., y McCALL SMITH, R.A., *Law and Medical Ethics*, Butterworths, 1999, p. 203.

⁸⁷⁸ Véase el Informe del Consejo General del Poder Judicial, "La justicia dato a dato 2007", que recoge una amplia variedad e información estadística entre la que no figura referencia alguna al número de asuntos en materia de responsabilidad (patrimonial por asistencia sanitaria).

⁸⁷⁹ Es de esperar que la creación en agosto de 2004 del Observatoire des risques médicaux, contribuya en Francia a poner coto a esta clamorosa ausencia de información fiable. En España no se ha adoptado aún medida alguna equivalente.

Para entender este fenómeno así conocido, es preciso referirse a los Estados Unidos, donde se acuña el término en una serie de estudios de economía de la salud que han venido siendo reiteradamente citados desde su publicación en 1978.⁸⁸⁰ Sin embargo, recientemente,⁸⁸¹ se han publicado algunos trabajos que ponen en duda la existencia real de estas prácticas encuadrables dentro del concepto de medicina defensiva; si seguimos en Estados Unidos, una de las causas a las que se achaca la crisis del sistema de responsabilidad civil médica y al propio sistema sanitario, es el incremento de costes que supone para la atención sanitaria este tipo de prácticas. Sin embargo, los estudios a los que me refería antes atribuyen esta crisis, más bien, a problemas ligados a una mala gestión empresarial por parte de las empresas del sector asegurador.

Sobre la práctica defensiva de la medicina, no son pocos los que, como Mason,⁸⁸² ponen en duda que tengan la relevancia que generalmente se le otorga como una consecuencia inicua del, al menos percibido como tal, incremento de la litigiosidad. Señala que hay profesionales que consideran que no se trata sino de un lugar común,⁸⁸³ otros la consideran un fenómeno excepcional y que, en todo caso, es unánime la calificación de la medicina defensiva como una medicina mala⁸⁸⁴. De todos modos, las valoraciones que en abstracto y sin un cuidadoso estudio del contexto puedan hacerse sobre la

⁸⁸⁰ Tancredi LR, and Barondess JA. "The problem of defensive medicine." *Science (New York, N.Y.)* 200, no. 4344 (May 26, 1978): 879-882. *MEDLINE with Full Text, EBSCOhost* (accessed August 5, 2009).

⁸⁸¹ KYSAR, Douglas A., McGARITY, Thomas O., SOKOL, Karen, "Mythes et réalités des erreurs médicales: pourquoi la crise des assurances n'est pas une crise de la judiciarisation", *Sève- Les tribunes de la santé*, n° 19 - été 2008, pp. 59-81 y *Medical Malpractice Myths and Realities: Why an Insurance Crisis is not a Lawsuit Crisis*. *Loyola of Los Angeles Law Review* (39, 2 785, 2006).

⁸⁸² Cuestión que trata en la p. 203 y ss.

⁸⁸³ Cita a M.A. JONES y A.E. MORRIS, "Defensive Medicine: Myths and Facts", (1989), 5 *J Medical Defence Union* 40-3.

⁸⁸⁴ Sin embargo, señala en la p. 208, el temor a enfrentarse a una demanda puede llevar también a que los profesionales sanitarios extremen el cuidado en la ponderación de los riesgos de un cierto tratamiento o en potenciar la comunicación con sus pacientes.

medicina defensiva resultan más perturbadoras que esclarecedoras. Así trata de ponerlo de manifiesto con el ejemplo de las cesáreas,⁸⁸⁵ cuyo aumento ha sido comúnmente achacado al ánimo de los médicos por protegerse frente a una eventual demanda dejando al lado otros factores que han de considerarse.

No obstante, este fenómeno de la medicina defensiva exige una respuesta cuidadosa para evitar que la mitología y los lugares comunes nublen el análisis racional, ya que lo que algunos consideran prácticas defensivas pueden ser simplemente mejoras en la práctica médico-asistencial. Y esa respuesta pasa por un mejor conocimiento de los profesionales sanitarios de lo que el Derecho les exige, ya que la medicina defensiva es, con frecuencia, el resultado de la ignorancia del Derecho, no del Derecho en sí. Claro que este

⁸⁸⁵ Mason pone el ejemplo de las cesáreas (Caesarean section) cuya práctica ha aumentado considerablemente; sin embargo, pese a que un 47% de los obstetras británicos achacaban este aumento a la mayor litigiosidad (C. FRANCOMBE et al., *Caesarean Birth in Britain*, Middlesex University Press, 1993, p. 126), esta relación causa-efecto no puede ser aceptada sin más. (R. DINGWALL, "Negligence Litigation Research and the Practice of Midwifery", en J. ALEXANDER et al., *Midwifery Practice: A Research-based Approach*, Basingstoke: Macmillan, 1993, 172). Si bien es cierto que en EE.UU. o en el Reino Unido ha aumentado el número de cesáreas a la vez que la litigiosidad, en países como Holanda o Noruega en los que las demandas de responsabilidad sanitaria son relativamente escasas. En Nueva Zelanda, donde existe un sistema de responsabilidad objetiva y automática, a mediados de los años 80 el ratio de nacimientos por cesárea era similar al inglés. En el mismo periodo, en Portugal las demandas de responsabilidad sanitaria apenas se producían y, sin embargo, la tasa de nacimientos por cesárea era la más elevada de Europa. Cabe pensar pues que otros factores, además del relativo a la litigiosidad pueden contribuir a explicar el aumento de cesáreas: Cambio en las indicaciones clínicas, la mejora de las técnicas de anestesia que se han traducido en una reducción del riesgo. En EE. UU., por las peculiaridades de su sistema sanitario, puede resultar más lucrativo para el médico practicar cesáreas que asistir un parto, etc. Además, las mujeres a las que se les ha practicado una cesárea tienen una alta probabilidad de que en embarazos posteriores el nacimiento se haya de producir también mediante cesárea.

Insistiendo sin embargo, en el ámbito de los EE.UU., en la motivación defensiva como explicación del aumento de las cesáreas, véase DUHAG, L., KOESTRER, R. y WAIDMANN, J., "The impact of malpractice fear on cesarean section", *Journal of Health and Economics*, nº 18, 1999, pp. 491-522, citado en DRUCKER, Jacques y FAESSEL-KAHN, Marianne, "Justice et santé. L'exemple américain", en Sève, hiver 2004, p. 36.

aserto sólo se puede sostener si, según se ha venido exponiendo, existe un mínimo de seguridad jurídica acerca del Derecho aplicable al conjunto de situaciones que se presentan en las relaciones médico asistenciales que se dan en el seno de nuestros respectivos sistemas de salud, lo que en el caso español quizá no pueda afirmarse que suceda en la actualidad.

Volviendo a esa percepción tan extendida en medios sanitarios, relativa a lo que se siente como un aluvión de procesos contra profesionales sanitarios, sin duda hay una razón que puede, en parte, explicarla. Es sin duda el hecho de que tales reclamaciones antes eran inimaginables. Esta idea la refleja claramente el Doctor Marañón⁸⁸⁶ en el prólogo al libro de E. Benzo Cano:

"Que existe una responsabilidad en el médico, nadie puede dudarlo, nadie lo ha dudado nunca; y esta responsabilidad no puede dejar de exigirse". Sin embargo, sostiene después que casi nunca puede exigirse a un médico responsabilidad por insuficiencia técnica porque⁸⁸⁷ la Medicina es una ciencia inexacta, ya que " aun cuando llegue el día en que conozcamos las causas de todas las enfermedades (...) y aun cuando lleguemos a saber el medio específico de combatir cada una de estas causas, existirá siempre el factor reaccional del individuo enfermo, infinitamente variable e imposible de acomodar a previas normas; y ese factor, convierte todo tratamiento, ahora y siempre, aun el más rigurosamente exacto, en un azar, cuyo margen de posibilidades de error se puede, a fuerza de estudio y de perspicacia, disminuir, pero nunca eliminar. (...) La Medicina es, como profesión, excelsa; pero como ciencia, humildísima. Y hay que aceptar esta insuficiencia y esta humildad en gracia a aquella excelsitud. Pedir cuentas al médico de su fracaso con un criterio científico, como se le pide a un ingeniero que ha calculado mal la resistencia de un puente, es disparate fundamental y es principio totalmente inaceptable".

Parece lógico pensar que cuando se pasa de una situación en la que era, simplemente, impensable el que se pudiera demandar a un médico, a otra en la que esto sucede, quizá con más frecuencia de lo que sería deseable, parece lógico que se produzca una reacción de alarma en el sector afectado. De la percepción por el sector médico de ser objeto de una especie de

⁸⁸⁶ MARAÑÓN, Gregorio, "Prólogo" a BENZO CANO, Eduardo, *La responsabilidad profesional del médico*, Escelicer, 1944. p. 12

⁸⁸⁷ Refiriéndose así, de algún modo, al *alea médico*.

persecución vienen dando cuenta numerosos autores,⁸⁸⁸ incluso desde hace decenios. Sin embargo, pasa el tiempo y en los sectores sanitarios se sigue haciendo referencia a esta avalancha, lo que permite pensar que quizá no lo sea tanto. Además, si ponemos en relación el número de actos médicos, ingresos hospitalarios y actuaciones varias que se llevan a cabo diariamente por millares, tanto en los hôpitaux publics como en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, con el número de demandas en materia de responsabilidad sanitaria, cuya dimensión exacta por otra parte desconocemos, según ya se ha dicho, podemos extraer una conclusión provisional: no parece que exista justificación objetiva que permita hablar de la existencia de una explosión o avalancha de demandas de responsabilidad sanitaria. Desde luego que se ha producido un aumento en el número de demandas de responsabilidad sanitaria, sobre todo si se considera que se partía de un nivel de litigiosidad mínimo, por no decir inexistente; sin embargo, cabe preguntarse si este aumento es algo específico del sector sanitario o si se trata de un fenómeno generalizado en el conjunto de la sociedad de nuestros días,⁸⁸⁹ en la que los ciudadanos son cada

⁸⁸⁸ Por todos, valga la cita de lo que, en 1973, Jean PENNEAU escribía en *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, LGDJ, 1973, acerca de la necesidad de buscar puntos de encuentro entre dos humanismos, el de la Medicina y el del Derecho; algo que puede leerse, con escasas variantes, en la mayoría de los trabajos que desde entonces se han publicado:

"Cette recherche paraît d'autant plus nécessaire que la responsabilité médicale traverse une période de crise. Les médecins sont de plus en plus souvent l'objet d'actions en justice. Ils considèrent que leur conduite y est jugée avec une sévérité extrême. De plus, ces actions sont trop fréquemment portées devant les juridictions répressives, non pour des raisons tenant à la gravité de la faute, mais le plus souvent pour des raisons de convenance civile, les plaideurs trouvant une plus grande facilité à mener leur action conjointement à celle du Ministère public. L'identité de fautes civile et pénale, et des conditions des deux responsabilités, le leur permet."

⁸⁸⁹ Resulta curioso y revelador comparar el número de asuntos ingresados en las Salas de lo Contencioso del Supremo en 1953, que pueden verse en CASTÁN TOBEÑAS, José, "La formulación judicial del derecho y el arbitrio de equidad", en *Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales el 15 de septiembre de 1953*, Instituto Editorial Reus, 1953. Incluye unos cuadros estadísticos al final (PP. 167-169) Sala 3ª, total de asuntos despachados en el año judicial anterior (1952-53), Recursos, total 244, de los que 72 fueron confirmaciones de resoluciones, 64, revocaciones totales; 9 revocaciones parciales; 7, nulidades; 23, incompetencia de jurisdicción; 57, caducados y desistidos, y 12 diversos. Apelaciones, total 49, de las que 17 fueron de confirmación de autos y sentencias; 5 revocaciones totales, ninguna parcial; 1, incompetencia de jurisdicción; 8, no debió admitirse el recurso; 17, desiertas y desistidas y 1, diversas. Total, entre recursos y apelaciones 293. Sala 4ª, total de asuntos 342.

vez más conscientes de sus derechos y están más dispuestos a actuar, incluso judicialmente, en su defensa.

Además, como señalan algunos autores,⁸⁹⁰ la explicación de que se incurra en estas prácticas calificables como de defensivas no se encuentra sólo en el aumento de la judicialización de la asistencia sanitaria, de la litigiosidad:

"Plus que le phénomène de la judiciarisation, qui doit être relativisée, c'est un contexte global de médiatisation, d'évolutions jurisprudentielles, de consumérisme et de crispation des relations médecin-malade qui explique l'adoption de pratiques défensives".

En cualquier caso interesa destacar que algunas de las prácticas que se califican de medicina defensiva, en realidad no lo son, sino que vienen impuestas por el deber de prudencia que debe presidir el ejercicio de la medicina. Lo que queda fuera de toda duda es que la "medicina defensiva" es, como se decía una mala medicina; como las prácticas de un profesional más preocupado por evitar toda posible reclamación de responsabilidad que por el bien del paciente, que ordena la práctica de pruebas innecesarias con ese solo fin autoprotector. Pues bien, es como digo una mala medicina y contraria, de todo punto, a las más elementales reglas deontológicas que han de seguirse en

⁸⁹⁰ DESPLATS, Pierre-Édouard, FAVROLT, Nathalie, GERBAUD, Laurent, FAICT, Thierry, "L'influence de la judiciarisation sur les pratiques médicales. Quand Esculape craint Thémis", *Revue générale de droit médical*, nº 28, 2008, pp. 125-144 y en concreto, en la p. 140. Este estudio se basa en una tesis doctoral sobre los cambios que, en su práctica profesional, hayan podido introducir los médicos generalistas de una región de Francia, como consecuencia de la judicialización de la medicina. Pone en evidencia (pp. 127-128) la falta de información fiable, de datos estadísticos objetivos, relacionados con el aumento de la litigiosidad y llega a la conclusión de que parece tratarse más bien de una percepción generalizada que de una realidad contrastada.

Algunos de estos cambios representan, pese a que persigan un fin autodefensivo, una mejora en las prácticas de los médicos. Otros, por el contrario, pueden encuadrarse en lo que se conoce como medicina defensiva y producen un incremento del gasto y tienen por consecuencia que los pacientes deban afrontar mayores riesgos (pruebas invasivas, escáneres). Pero, realmente, si responden a un fin únicamente defensivo, tampoco es seguro que produzcan ese efecto y, por el contrario, existen casos de sanciones disciplinarias por l'Ordre des Medecins por prescribir estos actos que no están médicamente justificados.

el ejercicio de la profesión, sobre todo si las pruebas diagnósticas ordenadas con fines exclusivamente defensivos exponen al paciente a riesgos innecesarios.

Lo que es innegable es que, exista o no -como lo creo- un aumento desmesurado de la litigiosidad en materia sanitaria, la creencia en su existencia está presente y debe combatirse. Y la única manera efectiva de hacerlo es proporcionando al personal sanitario, idealmente durante su formación universitaria, unas bases de conocimientos jurídicos que les permitan, primeramente, desarrollar su trabajo con mayor tranquilidad y, en segundo lugar, disipar determinadas ideas, como la del acoso judicial, que carecen de una base mínimamente objetiva.

Capítulo 2.- EL ASEGURAMIENTO PRIVADO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS SANITARIAS

Según se ha expuesto en las líneas que anteceden, el volumen del contencioso de la responsabilidad administrativa general en España y las consecuentes sentencias condenatorias, ha llevado a los gestores de las Administraciones Públicas a fijarse en las técnicas de aseguramiento privado; ello, con la intención de paliar el impacto que sobre las finanzas públicas tienen las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial. Me refiero, lógicamente, al contrato de seguro,⁸⁹¹ regulado por la Ley de Contrato de Seguro, cuyo texto

⁸⁹¹ Sirvan para demostrar el interés de la cuestión las referencias que, a título de ejemplo, se relacionan a continuación: MONTORO CHINER, María Jesús y HILL PRADOS, Concepción, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*. Atelier, Barcelona, 2002; HUERGO LORA, Alejandro, *El seguro de Responsabilidad Civil de las Administraciones públicas: la acción directa contra la compañía aseguradora*, Marcial Pons, Madrid, 2002; de este mismo autor "El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas y la doctrina de la vis atractiva" *REDA* 122, abril-junio 2004, GAMERO CASADO, Eduardo, "Los

refundido ha sido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 7 de marzo.⁸⁹²

Hay que recordar que una de las notas características de la responsabilidad patrimonial es la relativa a su carácter directo; es decir, la indemnización de las lesiones a que pueda dar lugar el funcionamiento del servicio público de la asistencia sanitaria, es asumida directamente por la Administración, no por la persona física causante del hecho dañoso. Además, las Administraciones públicas en España se rigen por el principio casi consuetudinario, en el sentido que no viene impuesto por el derecho positivo, del autoseguro, haciendo frente a las posibles indemnizaciones con cargo a sus presupuestos. No obstante, el recurso a la contratación de seguros de responsabilidad civil es cada vez más frecuente, lo que indudablemente tiene también un coste, en la medida en que la entidad aseguradora, lógica y legítimamente ha de percibir un cierto margen de beneficio.

En Francia, la Ley de 4 de marzo de 2002, introdujo en el art. L1142-2 CSP, con carácter general, la obligación de que tanto los establecimientos y centros sanitarios como los profesionales liberales suscriban un seguro⁸⁹³ de responsabilidad civil:

"Les professionnels de santé exerçant à titre libéral, les établissements de santé, services de santé et organismes mentionnés à l'article L. 1142-1, et toute autre personne morale, autre que l'Etat, exerçant des activités de prévention, de diagnostic ou de soins ainsi que les producteurs, exploitants et fournisseurs de produits de santé, à l'état de produits finis, mentionnés à l'article L. 5311-1 (...), utilisés à l'occasion de ces activités, sont tenus de souscrire une assurance destinée à les garantir pour leur responsabilité civile ou administrative susceptible d'être engagée

contratos de seguro de responsabilidad administrativa extracontractual de las Administraciones públicas", REDA 103, junio-septiembre 1999.

⁸⁹² BOE del 5 de noviembre de 2004.

⁸⁹³ En España ha estudiado esta cuestión, proponiendo la adopción de medidas similares, con las pertinentes adaptaciones, para España LÓPEZ DE LA OSA, Alfonso; "El seguro médico obligatorio en responsabilidad sanitaria: referencia especial al caso francés y a su sistema alternativo en la resolución de conflictos creados por accidentes médicos" REDA nº 121, 2004, p. 67-80.

en raison de dommages subis par des tiers et résultant d'atteintes à la personne, survenant dans le cadre de l'ensemble de cette activité."

Se permite no obstante que, mediante decreto, el Gobierno pueda autorizar a aquellas entidades de Derecho público que cuenten con recursos suficientes para acogerse a este régimen de autoseguro.⁸⁹⁴

Posteriormente, ante las reacciones del sector asegurador frente a algunas de las disposiciones de la Ley de 4 de marzo de 2002, en concreto por los efectos que podían tener en lo relativo a la indemnización de las infecciones nosocomiales,⁸⁹⁵ se adoptó la Loi du 30 décembre 2002, conocida como *Loi About*, con el fin de estabilizar el mercado del seguro de responsabilidad civil médica. Para ello, trasladó a la solidaridad nacional la carga de indemnizar por los daños derivados de infecciones nosocomiales que superaran un determinado umbral de gravedad. También amplió esta ley la indemnización, con cargo a la solidaridad nacional, de los daños provocados en circunstancias excepcionales e introdujo algunas disposiciones relativas a los contratos de seguro y al derecho transitorio.⁸⁹⁶

Volviendo a la técnica del aseguramiento privado de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones sanitarias, si bien es cierto que son numerosos quienes señalan las ventajas⁸⁹⁷ de esta técnica, basándose para

⁸⁹⁴ En la actualidad, sólo se ha hecho uso de esta posibilidad para la Assistance Publique-Hôpitaux de Paris.

⁸⁹⁵ En concreto por la presunción de responsabilidad de los centros y establecimientos sanitarios, salvo prueba de *cause étrangère*, lo que obligaría a hacer frente a indemnizaciones importantes con cargo a los seguros de estos centros y profesionales sanitarios.

⁸⁹⁶ Por ejemplo, para aclarar qué aseguradora debe sufragar, en su caso, la indemnización que proceda; si la aseguradora del centro sanitario en el momento en que se produce el hecho litigioso o, por el contrario, la que lo es en el momento en que se produce la reclamación. Este último criterio es el retenido por la citada ley.

⁸⁹⁷ La cuestión no es pacífica en la doctrina, ya que son numerosos los autores que, reconociendo las ventajas que puede ofrecer en cuanto a la gestión, quizá más ágil, de los procedimientos, oponen que el hacer intervenir a un tercero, la compañía aseguradora, que legítimamente actúa en pos de un beneficio económico, tendrá por consecuencia el mayor coste para la Administración de la responsabilidad patrimonial a que su actividad pueda dar

ello en datos actuariales así como en reflexiones sobre el balance coste-beneficios, también lo es que la contratación de seguros por la Administración ha incidido directamente en la competencia jurisdiccional, debilitando el principio, perseguido con denuedo por el legislador, de unidad de fuero de los litigios en materia de responsabilidad patrimonial ante el orden Contencioso-Administrativo.

Aunque no es el propósito principal de este trabajo tratar los conflictos jurisdiccionales entre los distintos órdenes de la jurisdicción⁸⁹⁸ y los intentos por instaurar la mencionada unidad de fuero en la materia, parece indicado evocar cual ha sido la situación de esta cuestión y su evolución reciente en España, situación en la que el aseguramiento privado de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones sanitarias ha tenido un efecto destacable.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, quiso, según opinión de muchos, establecer en su redacción inicial la unidad jurisdiccional⁸⁹⁹ en materia de responsabilidad patrimonial, residenciándola en el orden contencioso-administrativo.⁹⁰⁰ Sin embargo, los pronunciamientos de

lugar, ya que al importe de las indemnizaciones que correspondan, habrá de sumarse el beneficio industrial que necesariamente habrá de obtener la aseguradora.

⁸⁹⁸ La cuestión conocida en la doctrina española como *peregrinaje jurisdiccional* o jurisdicción a la carta, será tratada con mayor detalle y referida específicamente a la asistencia sanitaria en la parte II, capítulo 1, letra B.1, *Responsabilidad administrativa de derecho común*.

⁸⁹⁹ Véase González Pérez, Jesús en "Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo", Civitas, 1998, quien señalaba que tal unidad jurisdiccional quedaba resuelta en esta redacción original,

⁹⁰⁰ Las dificultades e inconvenientes para determinar la jurisdicción competente para conocer de las pretensiones de indemnización frente al Estado han sido una preocupación constante en la práctica y en la doctrina española. Así, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús en "Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Jurisdicción Competente", REDA, número 11, Octubre-diciembre 1976 al realizar una crítica a la sentencia de la Sala 1º de 15 de octubre de 1976 mediante la cual el Tribunal Supremo reconoció la competencia de la jurisdicción ordinaria, *rectius* civil, para conocer de una pretensión de indemnización frente al Estado, derivada de actuación de sus órganos sujeta al Derecho Administrativo, refería que:

los órganos jurisdiccionales de lo civil y de lo social, además de la responsabilidad civil subsidiaria derivada de delito y apreciada por los jueces y tribunales penales, fueron bastante abundantes en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas entre la entrada en vigor de la Ley 30/1992 y la aprobación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio.⁹⁰¹ Esta situación perniciosa de indefinición acerca de cuál había de ser el orden jurisdiccional competente, originada por una normativa sin duda insuficientemente clara y por la interpretación expansiva y en beneficio de su competencia de las normas reguladoras de esta materia por parte de las Salas de lo Civil y de lo Social del Tribunal Supremo, llevó al legislador a modificar la redacción del artículo 2 e) de la Ley de la Jurisdicción⁹⁰² en los siguientes términos:

“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten con: (...)

e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social”.

De la redacción de tal artículo parecía ya evidente la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las pretensiones que se dedujeran en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que fuese la naturaleza o el

“La dualidad o pluralidad de jurisdicciones para conocer las pretensiones deducidas frente a la Administración pública constituye, sin ningún género de dudas, una de las quiebras del sistema de garantías del administrado. Las dificultades para determinar la jurisdicción competente en los supuestos límites conduce, las más de las veces, a lo que se ha denominado el peregrinaje por las jurisdicciones”.

⁹⁰¹ Véase por ejemplo, STS, 3ª, sección sexta, de 8 de marzo de 2009, (Ar. 2943). STS, 3ª, sección sexta, de 12 de septiembre de 2008 (Ar. 7533).

⁹⁰² La Exposición de Motivos, más correctamente preámbulo, de la Ley en relación a este tema proclamaba lo siguiente:

“Los principios de su peculiar régimen jurídico (de la Administración Pública), que tiene cobertura constitucional, son de naturaleza pública y hoy en día la Ley impone que en todo caso la responsabilidad se exija a través de un mismo tipo de procedimiento administrativo. Por eso parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal”.

tipo de relación de la que derivase; expresamente se vedaba la posibilidad de deducir una pretensión indemnizatoria ante los órdenes jurisdiccionales civil o penal y ello, aun en el caso de que un sujeto privado hubiera concurrido a la producción del daño,⁹⁰³ extrayendo a ese sujeto privado de su fuero natural para llevarlo al propio de la Administración, al contencioso-administrativo. Sin embargo, esta aparente claridad, *evidencia* o inequívoca atribución de competencia del texto legal no fue ni tan evidente ni tan inequívoca y pronto cuestionada por el Tribunal Supremo⁹⁰⁴, lo que volvió a poner de manifiesto que esta espinosa cuestión no estaba cerrada y que quizá se hacía necesaria una modificación legislativa, otra más, de la materia en cuestión, para tratar de

⁹⁰³ Con esta misma fecha se llevó a cabo una modificación introducida por medio de la Ley Orgánica 6/1998, en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Según este artículo, el orden contencioso-administrativo conocerá también de

“las pretensiones que se deduzcan en relación con a responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de la que derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional”.

⁹⁰⁴ En concreto, por el Auto 33/2001, de 27 de diciembre de 2001, de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo. El caso que se planteaba era el de una demanda contra la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (RENFE) y contra la aseguradora MAPFRE, por daños y perjuicios sufridos en el vestíbulo de la estación de Barcelona-Sants. El Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona, declaró su falta de jurisdicción, por ser competente a su juicio, la jurisdicción contencioso-administrativa. Remitidas las actuaciones al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 4, éste declara su falta de jurisdicción. Al estar ante un conflicto de competencia negativo, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se elevaron las actuaciones a la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo. El Auto 33/2001 de 27 de diciembre de 2001, en el Conflicto de competencia 41/2001, resolvió que:

“Sin desconocer la polémica doctrinal que este singular y especialísimo supuesto ha originado, al no estar contemplada, de forma expresa, la presencia de las Compañías aseguradoras en el proceso contencioso-administrativo, dada su especial naturaleza, cuando se exige la responsabilidad patrimonial de una Administración Pública, lo razonable, mientras la Ley no recoja, como ha hecho con los sujetos concurrentes a la producción del daño, una llamada expresa al proceso contencioso, mantener, en este supuesto, la tradicional y ya clásica “vis atractiva” de la Jurisdicción Civil, reconocida en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando establece: “Los Juzgados y Tribunales del orden civil conocerán, además de las materias que le sean propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional. De lo contrario, se obligaría al perjudicado a establecer dos procesos distintos, ante dos jurisdicciones diferentes, la civil para la compañía aseguradora, y la contencioso administrativa para la Administración. Tal alternativa, al margen de los problemas de economía procesal, riesgo de resoluciones no del todo acordes en ambos órdenes jurisdiccionales, provocaría una merma de las garantías del ciudadano y, en último término, un debilitamiento de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.”

cerrar toda posible vía de escape al principio de unidad de fuero en materia de responsabilidad de la Administración.⁹⁰⁵ Esta modificación puntual y motivada por un caso concreto se lleva a cabo mediante la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial que da una nueva redacción al artículo 9.4⁹⁰⁶ de la Ley Orgánica del Poder Judicial e introduce una serie de modificaciones en la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.⁹⁰⁷

De este breve excurso acerca de los fallidos intentos de acabar con la *jurisdicción a la carta* y la consiguiente reacción normativa frente a la accidentada implantación del principio de unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial, se puede destacar la insistente, por no decir machacona voluntad del legislador en residenciar en el orden contencioso-administrativo los litigios que se puedan suscitar en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, ello con independencia de los sujetos privados que intervengan en el conflicto, incluyendo las aseguradoras.

⁹⁰⁵ Véase a SORIANO GARCÍA, José Eugenio, "Asunto Biet Bernal: un pequeño arrêt Blanco en nuestra justicia. ¿Vuelta a la responsabilidad de la Administración a la Jurisdicción Civil?, en *REDA*, 115, julio-septiembre 2002.

⁹⁰⁶ La nueva redacción del art. 9.4 de la LOPJ, tras el añadido del último inciso relativo a las aseguradoras de las Administraciones Públicas, queda así:

"(...) Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas."

⁹⁰⁷ En cuanto a los asuntos de los que va a conocer el orden contencioso administrativo, el artículo 2 e) queda como sigue:

"La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aún cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad."

Además se introduce en el apartado primero del artículo 21 LJ el inciso c), relativo a quiénes pueden ser parte demandada, para añadir:

"Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren".

Sin embargo, en fechas recientes parece avivarse nuevamente la polémica en cuanto a la competencia del orden contencioso-administrativo en los casos que el ciudadano opte por no ejercer la acción conjunta en los términos de los artículos 139 y siguientes de la LPC contra la Administración y la compañía aseguradora, sino exclusivamente contra ésta última al reconocer el artículo 76⁹⁰⁸ de la Ley 50/1980, de 8 de octubre del Contrato de seguro, un derecho propio del perjudicado frente a la entidad aseguradora para exigirle la obligación de indemnizar nacida a cargo del asegurado. Desde esta óptica, quienes abogan por la competencia de la jurisdicción civil cuando se ejercita la acción indemnizatoria únicamente contra la aseguradora de la Administración, consideran que mediante el proceso de reclamación no se busca la condena de la Administración, sino una declaración que no es propiamente judicial sino sólo un presupuesto⁹⁰⁹ de la eventual condena a la compañía aseguradora. Luego, esta declaración tiene un alcance meramente prejudicial⁹¹⁰ porque no vincula a la Administración, ni prejuzga el resultado de las acciones que en su caso se ejercitaran en los términos de la Ley 30/1992.

908 “El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.”

⁹⁰⁹ Véase a este respecto a HUERGO LORGA, A, en *El seguro de Responsabilidad Civil de las Administraciones públicas*, ya citado, p. 167.

⁹¹⁰ Al ser prejudicial la competencia se la atribuiría al orden civil con base en lo dispuesto por el artículo 42 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil:

“A los solos efectos prejudiciales, los tribunales civiles podrán conocer de asuntos que estén atribuidos a los tribunales de los órdenes contencioso-administrativo y social.”

Título I.- DERECHO DE LA *RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE* Y DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ASISTENCIA SANITARIA

En este título se analizan, después de haber estudiado desde la perspectiva general ambos sistemas de responsabilidad administrativa, las peculiaridades que pueden apreciarse en su aplicación a la actividad del *service public hospitalier*, -del *hôpital public*, más precisamente- y de la asistencia sanitaria. Se terminará planteando la cuestión de la conveniencia o no de introducir modulaciones en el régimen general de responsabilidad en atención a la especialidad de la materia, así como la relativa a la posible unificación jurisdiccional del contencioso de la responsabilidad por asistencia sanitaria o *responsabilité hospitalière*.

Capítulo 1.- RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE DERECHO COMÚN

Conviene aquí evocar, de manera sucinta, las vicisitudes que han ido dándose desde los primeros momentos en que se empezó a exigir responsabilidad a la Administración por las prestaciones médico-sanitarias⁹¹¹

⁹¹¹ Se trata de un proceso que, en España, ha estado presente bajo distintas formas desde que se introdujo el principio de la responsabilidad patrimonial en la LEF de 1954, como puso de relieve, entre otros, el profesor L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, en "Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción", *RAP*, Nº 42, 1963 , pags. 169-216.

"La responsabilidad patrimonial de la Administración es algo reciente en nuestro Derecho. Se señalarán todos los antecedentes que se quieran, se indicarán todas las posibilidades que estaban abiertas, pero el hecho cierto es que su admisión de hecho, real y generalizada, es algo muy reciente, que si empieza con la LRL para los entes menores, se consagra de forma general a partir de la LEF. (...) Uno de los problemas planteados al generalizarse el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración es el de la competencia jurisdiccional.

que dispensaba, en ocasiones invocando normas jurídico-privadas, hasta llegar a la situación actual, en la que los asuntos relacionados con la responsabilidad por la atención médica dentro de la actividad sanitaria se incluyen, casi pacíficamente, en el ámbito de la responsabilidad administrativa y su enjuiciamiento se atribuye a la jurisdicción u orden jurisdiccional que tiene encomendada la misión de controlar la actuación de las Administraciones Públicas, la *juridiction administrative* en Francia y el orden jurisdiccional de lo Contencioso-administrativo en España.

Sección 1.1.- La larga marcha hasta el reconocimiento de su carácter administrativo

Aunque con varios decenios de diferencia, en ambos países se ha experimentado un fenómeno similar en lo que se refiere a los conflictos de competencia. En Francia, la *juridiction judiciaire* y la administrativa se disputaron la competencia para conocer de las demandas de responsabilidad derivadas de la atención sanitaria prestada en los hospitales públicos, hasta que el Tribunal de conflits resolvió en favor de la competencia del juez administrativo. En España, estos conflictos de competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales se plantearon más tarde, pero a tres bandas. Tres de los cuatro órdenes jurisdiccionales se juzgaban competentes para conocer de las demandas de responsabilidad por asistencia sanitaria, además del orden penal, que lo es siempre y con carácter preferente si de lo que se trata es de enjuiciar un delito o una falta.

La Ley de lo Contencioso había resuelto claramente el problema, que ha vuelto a quedar abierto, sin embargo, con la LRJ. Pues bien, yo quiero insistir en que se trata de un problema que debe ser resuelto de forma tajante, definitiva y clara. Insisto de esta manera por el temor de que pueda repetirse la situación de inseguridad, de incertidumbre, de desconfianza, que se ha producido en otros sectores, y concretamente en el sector de la contratación administrativa."

Subsección 1.1.1.- Antecedentes y evolución de la responsabilité hospitalière en el Derecho francés

El antecedente inmediato de la *responsabilité hospitalière* debemos situarlo en la primera mitad del siglo XIX, época en que en la jurisprudencia civil empieza a abrirse paso el principio, con restricciones, de que la actuación profesional de un médico puede generar responsabilidad civil. Como señala Jean Montador⁹¹², a propósito del fundamento de la responsabilidad médica en el ámbito privado, hasta el *arrêt* de la *Cour de Cassation* de 18 de junio de 1835, el médico era inmune a toda posible reclamación de orden civil relacionada con su desempeño profesional.⁹¹³ Este *arrêt* sienta el principio de la responsabilidad del médico, siempre que medie una culpa (*faute*) evidente, una negligencia o una imprudencia, pero todo ello, sobre la base de la responsabilidad extracontractual de los artículos 1382 y 1383 del Código Civil. Desde esta situación se va evolucionando hacia el reconocimiento de la responsabilidad de los médicos, como una responsabilidad de naturaleza contractual. Así, el *arrêt* de 20 de mayo de 1936 va a culminar esta evolución ya insinuada desde el *arrêt* de 3 de marzo de 1928, también de la Sala de lo Civil de la *Cour de Cassation*. Y se va a ir asentando además otro principio crucial,⁹¹⁴ en virtud del cual, el contrato que liga al médico y al paciente da lugar, salvo excepciones, a una obligación de medios o arrendamiento de servicios y no de resultado o contrato de obra, según la terminología jurídica española. Si bien, se precisa que estos medios que ha de desplegar el médico para cumplir con su parte del contrato y tratar de curar a su paciente, han de concretarse en la dispensación de unos cuidados (*soins*)

"consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science, réserve faite de circonstances exceptionnelles (...)"

⁹¹² MONTADOR, Jean, *La responsabilité des services publics hospitaliers*, éditions Berger-Levrault, Paris, 1973, p. 35.

⁹¹³ Esta situación de inmunidad era aún mayor si se trataba de un médico que actuara en alguna institución pública.

⁹¹⁴ Se trata del *arrêt* Mercier de 13 de julio de 1936.

En coherencia con lo anterior y por tratarse de una obligación de medios, la víctima habrá de probar no sólo la inejecución, por parte del médico,⁹¹⁵ de las obligaciones nacidas del contrato, sino también su carácter culpable (*fautif*), para cuya apreciación habrá de mediar una *faute caractérisée*, definida por la Cour de Cassation⁹¹⁶, por referencia a la *lex artis* y al estado de la ciencia:

"En dehors de la négligence ou de l'imprudence que tout homme peut commettre, le médecin ne répond des suites fâcheuses de ses soins que si, eu égard à l'état de la science, ou aux règles consacrées de la pratique de son art, l'imprudence, l'inattention ou la négligence qui lui sont imputées révèlent une méconnaissance certaine de ses devoirs"

Por el contrario, en el sistema sanitario público, una vez que se ha llegado a admitir comúnmente que no existe relación contractual entre el paciente usuario y el hospital y el médico, se plantea otra cuestión; la de saber si en el ámbito hospitalario público será aplicable el sistema de responsabilidad por culpa (*faute*) o el de responsabilidad sin culpa⁹¹⁷. A esta pregunta se ha de responder, de acuerdo con la jurisprudencia constante del Consejo de Estado, que se precisa, con carácter general, la concurrencia de una culpa de servicio, principio este que ha sido confirmado, según ya se ha visto, por la Ley de 4 de marzo de 2002. Dicho de otro modo, el sistema de responsabilidad fundado en la culpa o falta constituye el derecho común de la *responsabilité hospitalière*. Al lado de este régimen general, en ámbitos determinados y excepcionales, se han ido reconociendo por la jurisprudencia del *Conseil d'État*, distintos supuestos de responsabilidad sin culpa.

⁹¹⁵ Sin embargo, en una buena parte de los casos, el paciente no es atendido directamente por el médico, sino que los cuidados que éste prescribe son administrados por personal sanitario no facultativo en un establecimiento sanitario privado, una clínica u hospital privado, que ha de contar con unas instalaciones, un personal y una organización adecuados. Y si alguno de estos elementos falla, habrá de responder el establecimiento sanitario privado y no el médico, sin perjuicio de que pueda darse una situación de responsabilidad concurrente con el médico si éste observa una conducta caracterizada por la culpa grave.

⁹¹⁶ Cass. civ., 18 octobre 1937, DH, 1937, 549.

⁹¹⁷ Véase en este sentido el apartado relativo a *La responsabilité des services publics hospitaliers*, en MONTADOR, J., *La responsabilité...*, op.cit., p. 39.

Y una vez establecido este principio de responsabilidad pour *faute*, se planteaba la cuestión de qué tipo de *faute*, podía comprometer la responsabilidad del hôpital public, lo que lleva a la necesidad de distinguir entre la *faute de service* y la *faute personnelle*,⁹¹⁸ y a apreciar con J. Montador cómo las distintas modalidades de culpa susceptibles de generar responsabilidad administrativa han ido, desde el siglo XIX, convergiendo y particularmente en el ámbito hospitalario, en dos, la *faute simple* o culpa simple, no cualificada y la *faute lourde* o grave, o dicho de otro modo, una conducta caracterizada por una culpa cualificada. Así, en ciertos ámbitos de la actividad administrativa, en atención a la particular dificultad que comporte la actividad generadora del daño, no basta que medie la culpa o falta simple para que nazca la obligación de reparar a cargo de la Administración, sino que se requerirá una culpa cualificada, grave, la *faute lourde*. En el ámbito hospitalario en concreto y hasta 1992⁹¹⁹, la jurisprudencia administrativa venía exigiendo que mediara esta *faute lourde* cuando el hecho generador del daño era un acto médico⁹²⁰. Lo que necesariamente obligaba a plantearse la necesidad de precisar determinados extremos de suma relevancia en el Derecho francés de la *responsabilité hospitalière*: Cuándo nos encontramos ante una conducta caracterizada por una *faute lourde*, cuándo ante un acto médico y cuándo ante otro tipo de actos, ejecutados también en la esfera del servicio público sanitario, *-les actes de soins* o actos de atención sanitaria de menor entidad, en aplicación de los tratamientos prescritos y que no exigen que sean ejecutados directamente o bajo la supervisión directa del personal médico- y con relación a los cuales,

⁹¹⁸ Es aquella que es separable del servicio, con toda la caústica que ello supone; baste citar por el momento a LAFERRIÈRE, Edouard, quien en sus clásicas conclusions sur l'arrêt Laumonier-Carriol, TC, 5 mai 1877, Rec. Lebon, p. 437, citado por MONTADOR en la p. 43, se refiere a la *faute personnelle* como aquella que revela "al hombre con sus flaquezas, sus pasiones, sus imprudencias". Véase un trabajo más reciente sobre esta materia, aunque no referido a la actividad sanitaria, a propósito del arrêt C.E. de 12 de abril de 2002, *M. Papon*, *Revue de Droit Public*, 2002, p. 1514, nota Michel DEGOFTE.

⁹¹⁹ Véase el arrêt *Epoux V*, del Consejo de Estado, de 10 de abril de 1992, en el que de la exigencia de una *faute lourde* se pasa a exigir una *faute médicale*.

⁹²⁰ Principio fijado por dos arrêts del Consejo de Estado, de 8 de noviembre de 1935, *dame Loiseau et dame Philipponeau*, Rec. Lebon, p. 1019; DP, 1936, 3, 15, note Heilbronner; S., 1936, 3, 127.

bastaría que mediara una *faute simple* para que la responsabilidad hospitalière se pudiera declarar.

Respecto al criterio delimitador del acto médico, el arrê^t Rouzet⁹²¹ de 1959, ante unas circunstancias de hecho extremas⁹²², dio pie a que el Conseil d'État, a través de las conclusiones del Comisario del Gobierno, M. Fournier⁹²³, fijara el criterio de la naturaleza del acto y no el relativo a la cualificación de su autor, como el decisivo para distinguir el acto médico del *acte de soins*⁹²⁴. Ello, a partir de la clasificación de los actos profesionales de naturaleza sanitaria que, en función de su dificultad y de la correlativa exigencia de intervención

⁹²¹ CE, 26 juin 1959, Rouzet, Rec. Lebon, p. 405; D. 1960, 112, note Robert..

⁹²² Se trataba en este caso de la atención dispensada a un lactante de un mes, que presentaba una toxicosis grave y deshidratación, en los servicios de urgencias de un hospital infantil. El interno de servicio emite un diagnóstico correcto y ejecuta el tratamiento indicado, una perfusión intravenosa de suero fisiológico glucosado y bicarbonatado, aunque con tan mala fortuna que practica la inyección en una arteria en lugar de en la vena. El niño sana de la toxicosis, pero, a resultas de una gangrena derivada del citado error, ha de amputársele parte del brazo.

⁹²³ En estas conclusiones, según recoge MONTADOR, J., *La responsabilité...*, op. cit., p.52, M. FOURNIER señalaba que:

"Votre jurisprudence considère comme médicaux tous les actes, qu'ils soient intellectuels ou matériels, dont l'accomplissement présente des difficultés sérieuses et requiert des connaissances spéciales acquises au prix d'études prolongées. N'est pas médical, en revanche, l'acte de pratique courante qui peut sans inconvénient être confié à un auxiliaire de moindre qualification"

El Conseil d'État aceptará este razonamiento, extraído de su jurisprudencia, aunque se aparta en lo demás de las Conclusiones del Comisario del Gobierno. En éstas se sostenía que las circunstancias de especial dificultad del caso, que se tratara de una asistencia sanitaria prestada en los servicios de urgencias y sobre un lactante de un mes, convertían el *acte de soins* que es normalmente una perfusión intravenosa en un acto médico y en consecuencia, sólo podría engendrar responsabilidad la existencia de una falta grave. El Conseil d'État neutralizará esas circunstancias cualificadas de especial dificultad con otras; se trataba de una atención sanitaria en urgencias y sobre un bebé, cierto, pero ésta tenía lugar en un hospital infantil con personal especializado en ese tipo de pacientes, por lo que la perfusión podría haber sido efectuada por personal que no fuera médico. En consecuencia, la falta o culpa simple en que se incurrió al confundir en este caso la arteria con la vena bastó para generar la responsabilidad de la Administración.

⁹²⁴ El *acte de soins* no es sino un acto de aplicación material del tratamiento prescrito por el médico, según afirma MONTADOR, J., op. cit. p. 70

directa del personal médico, se establece en un *arrêté* del Ministro de *Santé publique* de 31 de diciembre de 1947 y teniendo, además, presentes las circunstancias de hecho de cada caso.

La segunda cuestión antes evocada, sobre la exigencia de una *faute lourde* como presupuesto de la responsabilidad administrativa cuando el hecho dañoso se imputaba a un acto médico,⁹²⁵ la jurisprudencia administrativa venía declarando que, por ejemplo, el error de diagnóstico no supone que necesariamente se esté en presencia de culpa grave. Sólo cuando derive un examen médico insuficiente y defectuoso⁹²⁶,

"sin utilizar los métodos científicos más apropiados, como así obliga el art. 29 del Código de Deontología".

De acuerdo con esta misma jurisprudencia, el error en el tratamiento aplicado no genera automáticamente la responsabilidad administrativa; ésta queda supeditada a la concurrencia de culpa grave.⁹²⁷ Hay otros casos en los que, por el contrario, la culpa es de tal gravedad que se convierte en inexcusable e inadmisibles y, en consecuencia, el acto generador del daño puede separarse del servicio para convertirse en una falta personal⁹²⁸, de la

⁹²⁵ Es preciso recordar aquí en la *arrêt* Colombe, del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 1931.

⁹²⁶ C.E., 19 de octubre de 1963, dame Leroux, Rec. Lebon, p. 485, según recoge MONTADOR, op.cit., p.57.

⁹²⁷ MONTADOR, J., op. cit, p. 58 ofrece distintos ejemplos que ponen de relieve el casuismo que en esta materia reina en la jurisprudencia del CE.

⁹²⁸ Sobre la falta personal, véase WECKEL, Philippe. "L'évolution de la notion de *faute personnelle*, en *Revue de Droit Public*, 1990, p.1525, citado en C.E. de 12 de abril de 2002, M. Papon, *Revue de Droit Public*, 2002, p. 1514, nota Michel DEGOFTE.

Para WECKEL, la relación entre el agente causante del daño y el servicio ha de concretarse en vínculos de tres órdenes: a) Uno temporal o circunstancial, (el agente ha de tener unas horas de dedicación al servicio), b) otro instrumental, (el servicio proporciona al agente unos medios para que pueda cumplir con las funciones propias del servicio ya sean armas u otro tipo de instrumentos ya sean instrumentos jurídicos, como las prerrogativas) y c) otro teleológico (el agente fue incorporado a la función pública para perseguir una misión que sirva el interés general).

que habrá de responder personalmente su autor ante la jurisdicción civil. Cuando esta falta personal no está desprovista de todo vínculo con el servicio, el perjudicado puede dirigirse directamente contra el autor del daño ante la jurisdicción civil o contra la Administración⁹²⁹, ante la jurisdicción administrativa, la cual, de resultar condenada a indemnizar podrá ejercitar una acción de regreso ante esa misma jurisdicción⁹³⁰.

Respecto a los actos sanitarios que, sin tener la consideración de actos médicos, se ejecutan en el ámbito del servicio público hospitalario, la jurisprudencia del CE desde 1935 venía admitiendo que una culpa o falta simple bastaba para que naciera la responsabilidad administrativa. Según la fórmula usual, ante perjuicios imputables a una falta cometida en la organización o en el funcionamiento del servicio, una simple falta será susceptible de generar la responsabilidad de la Administración. No obstante, hay que notar que incluso mientras tuvo plena vigencia esta distinción entre actos médicos y actos "no médicos", de soins y de la correlativa exigencia de culpa grave o leve para que naciera el deber de reparar, el Conseil d'État,

Si el agente comete la falta cuando está de servicio, con los instrumentos puestos a su disposición por la Administración y para los fines previstos en el ordenamiento, nos encontraremos ante una falta de servicio pura y simple y por tanto, el agente no incurrirá en responsabilidad personal y si un perjudicado entablara acciones civiles contra él y la Administración no instara un conflicto de competencias, el art. 11 del Estatuto de los funcionarios públicos de 13 de julio de 1983 prevé que "*Lorsqu'un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui*".

Si por el contrario no concurre ninguno de los vínculos antes mencionados, nos hallaremos ante una falta personal que en nada atañe a la responsabilidad administrativa. Al margen de estos dos supuestos claros, WECKER sostiene que si se dan dos de los citados vínculos, se tratará de una falta personal, separable del servicio sí, pero que no está desprovista de toda relación con éste y, en consecuencia, el perjudicado podrá exigir la responsabilidad de la Administración, sin perjuicio de que ésta luego repita frente al agente causante del daño.

⁹²⁹ C.E., 18 de nov. de 1949, Dlle. Mimeur, Rec. Lebon, p. 492.

⁹³⁰ C.E., 28 de julio 1951, Laruelle.

movido por el afán de ampliar los supuestos indemnizables, fue reduciendo progresivamente el ámbito de aplicación de la exigencia de culpa grave a través de una interpretación restrictiva del concepto de acto médico.⁹³¹

Interesa detenerse en el estudio de la responsabilidad sin culpa⁹³² en el ámbito de la responsabilité hospitalière, que regiría en determinados supuestos, muy limitados⁹³³, como excepción al sistema de droit commun fundado en la culpa. Sobre todo, para considerar las consecuencias de orden práctico que tiene para la víctima el que se trate de responsabilidad por culpa o de responsabilidad sin culpa. En este último supuesto, la víctima sólo habrá de probar la existencia de relación de causalidad; por el contrario, cuando estemos ante una reclamación sometida a un régimen de responsabilidad por culpa, habrá de probar también ésta. Y además, la fuerza mayor y la culpa de la víctima actuarán en todo caso como causas de exoneración de responsabilidad, mientras que el caso fortuito, como accidente del que no se puede determinar la causa y la intervención de terceros, sólo tendrán efectos exoneratorios en los sistemas de responsabilidad por culpa.

En cualquier caso, aunque la responsabilité hospitalière, desde el arrêt Époux V., puede declararse con carácter general por faute simple, la jurisprudencia, según se ve más adelante, sigue teniendo presente la distinción entre actes de soins y actes médicaux, para, sin expresarlo formalmente, modular la exigencia de culpa con relación a estos últimos.

⁹³¹MONTADOR, *La responsabilité...*, op. cit., p. 71

⁹³² Que, en su trabajo recién citado, J. Montador desarrolla en las pp. 107 y ss.

⁹³³ Estos serían, según la jurisprudencia del CE, el relativo a los daños sufridos por un donante de sangre, a quien se equipara a un colaborador voluntario del servicio público, el de las salidas de prueba de enfermos mentales en tratamiento en establecimientos psiquiátricos y el de los daños sufridos por un feto por la situación de riesgo a la que el servicio público expone a la gestante. Al lado de estos regímenes de responsabilidad sin culpa, de origen jurisprudencial, se encuentran otros como el aplicable a los funcionarios y agentes públicos y a los daños derivados de las vacunaciones obligatorias, reconocidos ambos por sendas leyes, después de que antes los admitiera la jurisprudencia .

Subsección 1.1.2.- Antecedentes y evolución de la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria en el Derecho español

En comparación con la responsabilité hospitalière, la responsabilidad tiene un recorrido considerablemente más limitado. En realidad, como ya se ha visto en la primera parte, el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración se estableció, no por vía jurisprudencial, sino mediante una intervención directa del legislador. Intervención que se produce en una fecha relativamente reciente⁹³⁴ y que, como ponía de relieve el profesor García de Enterría⁹³⁵ tardó en ir penetrando en los operadores del Derecho hasta que

⁹³⁴ Si se compara con la admisión en el Derecho francés, como principio, del relativo al reconocimiento de la responsabilité de la puissance publique.

⁹³⁵ En el prólogo a la monografía del profesor Jesús LEGUINA VILLA, *La responsabilidad civil de la Administración Pública. Su formulación en el Derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español*, Tecnos, 1970, pone de relieve, sin emplear el término patrimonial para referirse a la responsabilidad de la Administración, cómo el Derecho positivo español vigente en 1970, pese a no ofrecer dificultades interpretativas ,

"(...) las condenas de reparación que contra la Administración del Estado (y aun contra la local) han salido de los Tribunales pueden contarse apenas con los dedos de la mano, cuando en todos los Derechos es algo de aplicación cotidiana y ordinaria, como cotidianos y ordinarios son los daños que produce el inmenso y delicado actuar de la Administración contemporánea"

Esta constatación le lleva a afirmar, después de citar a M. Hauriou,

"Que la Administración haga, pero que indemnice", decía Hauriou, explicando uno de los mecanismos esenciales del "régimen administrativo". Entre nosotros, la Administración hace, pero no paga, con lo cual, el "régimen administrativo", esto es, el Estado de Derecho en su aplicación a las exigencias de funcionamiento de la Administración, ha quedado a medio camino.

Lo cual es grave, no sólo por la injusticia sustancial que supone la presencia de daños perfectamente imputables a un sujeto y que quedan sin reparación, a cargo de las víctimas, sino también en el terreno político y social, porque deja de funcionar uno de los fines más obvios de todo el mecanismo de la responsabilidad civil, como de toda responsabilidad, el fin preventivo de que los daños no se produzcan mediante la saludable intimidación a los posibles causantes de los mismos- aquí, el efecto intimidatorio sobre la Administración y sobre los hombres que la animan-".

Y termina su prólogo con una muy interesante reflexión acerca de la "*patológica situación*" que supone la separación entre la teoría o ciencia jurídica y la aplicación real del Derecho, separación que, referida a 1970

empezó a aplicarse y aún más si cabe, en el ámbito de la responsabilidad derivada del funcionamiento del servicio público de la asistencia sanitaria.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tratará ahora de analizar alguna de las cuestiones que se han visto, para la responsabilité hospitalière, en el apartado anterior, como la relativa a la culpa, a la faute y el acomodo que pueda tener esta noción en un sistema que como el español es de base objetiva, que no por riesgo en sentido estricto, como se tendrá ocasión de sostener.⁹³⁶

Parece innegable que, en todo caso, el perjudicado ha de probar la producción de un daño, individualizado y la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño -salvo en supuestos concretos previstos expresamente por la norma⁹³⁷. Deberá también ser objeto de prueba, o quizá más que de prueba, de argumentación probatoria al tratarse de una cuestión más jurídica que fáctica, uno de los presupuestos de la responsabilidad, quizá el más importante, en la medida en que sobre él soporta todo el sistema vigente. Me refiero a la antijuridicidad, que convertirá el daño en lesión resarcible y hará nacer por tanto la obligación de indemnizar. Y en un ámbito

"puede explicar lo que ocurre con nuestro derecho de daños, situación patológica aquí quizá extremada por el hecho de que la ciencia jurídica en este tema ha ganado del todo al legislador y, sin embargo, las formas positivadas por éste siguen sin aplicarse".

⁹³⁶ Véase el título segundo, capítulo I, del gran Apartado B de la Parte I en la que concluimos que el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración no es de responsabilidad objetiva en sentido estricto. Este sistema tiene una finalidad esencialmente reparadora, que garantiza la integridad en sentido amplio -físico, moral y patrimonial- a los ciudadanos frente a la actuación de la Administración, pero que esta garantía no se pone en marcha automáticamente por el mero hecho de que la Administración - lato sensu- cause un daño, sino que está sujeta a la concurrencia de los demás presupuestos exigidos para que nazca la responsabilidad.

⁹³⁷ Aunque no se trata propiamente de un supuesto de responsabilidad patrimonial, interesa mencionar el campo de los ensayos clínicos. Se presume respecto a los daños que puedan manifestarse en un determinado periodo de tiempo en una persona que se haya prestado a participar en un ensayo clínico. Vid. el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos., que trae causa de la Ley 25/1990, del Medicamento, hoy derogada por la Ley de 2006 de uso racional y garantías del medicamento.

de la actividad material como el de la asistencia sanitaria, nos hallamos pues con que la culpa, la infracción de la *lex artis ad hoc*, en la atención sanitaria permitirá calificar el funcionamiento del servicio público como anormal y, de ahí se sigue que, como regla general, no se tiene el deber jurídico de soportar un daño causado por un funcionamiento anormal. En consecuencia, el daño causado mediando culpa se convertirá en lesión resarcible en la medida en que el perjudicado no está obligado a soportarlo.

¿Quién ha de probar que el daño en cuestión es antijurídico? Según las reglas generales sobre la carga de la prueba del derogado art. 1214 del CC y el hoy vigente 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quien alegue dicha antijuridicidad, es decir quien alegue que no tiene el deber jurídico de soportar un daño determinado de acuerdo con la Ley. Cabría, siguiendo este razonamiento, plantearse la siguiente pregunta ¿Se trataría de una *probatio diabolica* que versaría sobre hechos negativos? Analicémoslo.

En la medida en que la obligación de soportar un daño puede tener distintos orígenes, será preciso contemplar distintas hipótesis.

1) Cuando la obligación de soportar esté directa y expresamente prevista en una norma, de rango suficiente, como es el caso del artículo 141 de la Ley 30/1992, bastará con el contraste del supuesto de hecho con la norma y en la medida en que encaje en ésta, no estaremos ante una lesión en el sentido técnico-jurídico del término y, en consecuencia, la responsabilidad no nacerá.

2) La obligación de soportar un daño puede nacer igualmente de la previa conducta del perjudicado. Sea porque conociendo un determinado riesgo decide libremente aceptarlo, a través por ejemplo del llamado consentimiento informado previo a una intervención sanitaria, sea porque con su conducta se ha colocado en una situación de peligro o riesgo cierto, por ejemplo, participando en una manifestación no autorizada que degenera en alteración del orden público o por mantenernos en el campo del servicio público de la asistencia sanitaria, si el sujeto dañado, mediante su conducta personal, contraria a lo que se aconseja comunmente como hábitos de vida saludable o

lo que, con un criterio médico individualizadamente se le recomienda, ignora de manera total esos consejos, consumiendo sustancias contraindicadas o realizando prácticas desaconsejadas, dado su estado de salud.⁹³⁸ También cabe plantearse esta cuestión en los casos en los que una persona, por su situación o estado de salud previo, experimenta una evolución morbosa con resultado fatal.

Conviene, además, destacar que hasta principios de los años 80 del pasado siglo no se encuentran apenas sentencias recaídas en virtud de reclamaciones de responsabilidad por la asistencia sanitaria y las primeras, lo son del orden de los Social, que entonces se consideraba competente al conectar estas demandas con las prestaciones de la Seguridad Social. Tiene mucho que ver sin duda esta ausencia de jurisprudencia contencioso administrativa en la materia, con dos motivos: El primero, que es el que en 1970 denunciaba don Eduardo García de Enterría en el prólogo⁹³⁹ a la Responsabilidad de las Administraciones Públicas, del profesor Jesús Leguina; y el segundo, con un contexto social muy diferente al que se podía apreciar apenas quince o veinte años más tarde y en el que los ciudadanos, más conscientes de sus derechos, están más dispuestos a defenderlos incluso judicialmente.

⁹³⁸ De hecho, la cuestión empieza a plantearse en algunos países en los que se ha considerado por el momento, como simple propuesta -o aviso a navegantes-, la posibilidad de establecer una participación en el pago del coste que suponga la atención sanitaria de determinadas patologías derivadas del consumo del tabaco.

⁹³⁹ Ya citado en la nota 935.

Capítulo 2.- EL FUNDAMENTO, LAS FUNCIONES Y RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE Y DE LA RESPONSABILIDAD POR ASISTENCIA SANITARIA

Sección 2.1. Rasgos característicos de la responsabilité hospitalière.

Según ya hemos visto la jurisprudencia y la doctrina tienen reconocido el carácter jurídico-público de la responsabilité hospitalière y, en consecuencia la sumisión del contencioso en esta materia al juez administrativo. Como rama que se sitúa dentro de la teoría general de la *responsabilité administrative*, participa del mismo fundamento inmediato básico, que es la *faute*. Por tanto, la persona que se considere dañada por la actividad del hôpital public deberá demandar a éste ante el Tribunal Administratif, salvo en caso de *faute personnelle détachable*. No obstante, como rige el privilegio de la decisión previa, deberá plantear antes la petición de indemnización al hôpital y deberá hacerlo dentro del plazo de prescripción de diez años a contar desde la consolidación del daño.⁹⁴⁰

La culpa grave, *faute lourde*, venía siendo exigida por la jurisprudencia como requisito para declarar la responsabilidad del hôpital public derivada de un acto médico; por el contrario, cuando la responsabilité del hôpital public trajera causa bien de un acto de soins o de una deficiente organización del servicio, bastaba una *faute simple*. Esta distinción planteaba la dificultad de trazar una línea clara que separara el acte médical y el acte de soins, siendo el criterio distintivo no tanto el de la cualificación de la persona como el de la naturaleza del acto. En 1992, según ya se ha dicho, el Conseil d'État abandona el requisito de la *faute médicale lourde*, exigiendo solo una *faute médicale simple*; de este modo se produce una equiparación en cuanto a los requisitos de fondo de la responsabilidad en la jurisprudencia civil y administrativa.

⁹⁴⁰ La Ley de 4 de marzo de 2002 modificó el plazo de prescripción, estableciéndolo para toda la actividad sanitaria, pública y privada en diez años, frente a la prescripción quadriennale y los treinta años del plazo según el Code Civil (art. L.1142-28 CSP)

Además, la Ley de 4 de marzo de 2002 ha reafirmado el principio de responsabilidad por culpa, cortando los intentos de la jurisprudencia por reconocer determinados supuestos de responsabilidad pour risque,⁹⁴¹ el art. L. 1142-1 CSP así lo establece. Estos supuestos de responsabilidad pour risque que la jurisprudencia había admitido en el ámbito de la responsabilité hospitalière, quedan asumidos por el dispositivo de indemnización, que fundado en la solidaridad nacional, prevé esta misma ley. Sin embargo, siguen existiendo algunos regímenes particulares de responsabilidad, en materia de donaciones de sangre (art. L. 1222-9), vacunas obligatorias (art. L. 3111-9), sobre los efectos personales de los enfermos hospitalizados (art. L. 1113-1 y siguientes), fondos de indemnización para las víctimas de transfusiones sanguíneas (art. L. 3122-1 y siguientes), todos ellos previstos en el Code de la Santé Publique, con lo que el legislador ha terminado asumiendo distintos supuestos de responsabilidad sin culpa de previa creación jurisprudencial.

Además el artículo 1 de la Ley de 4 de marzo de 2002 adopta lo que se ha conocido como el dispositivo "anti-perruche", estableciendo el principio de que el nacimiento no puede ser nunca un perjuicio. Desde su entrada en vigor, la responsabilidad de un profesional o de un centro sanitario, en los casos de nacimiento de un niño con una deficiencia grave no detectada durante el embarazo como consecuencia de una *faute caractérisée*, los padres sólo podrán pretender una indemnización por el daño que en ellos pueda producirse.

Esta misma Ley introdujo también un régimen muy favorable en materia de infecciones nosocomiales (art. L. 1142-1 CSP).⁹⁴² Se presume la responsabilidad salvo prueba de una causa extraña, como puede ser la culpa

⁹⁴¹ En particular, el reconocido en el arrêt *Bianchi*, du 9 avril 1993 (CE, 9 avril 1993, B., n°69336)

⁹⁴² Según establece en el párrafo 2º de ese artículo:

"Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère."

de la víctima, la intervención de un tercero o la fuerza mayor. Si los daños derivados de una infección nosocomial superan un determinado umbral⁹⁴³ la ley establece, según ya se ha visto, que serán indemnizados a título de la solidaridad nacional.

También se prevén regímenes específicos de responsabilidad en materia de investigación biomédica.⁹⁴⁴ Como en el resto de la responsabilité administrative, la faute ha de ser probada. La prueba la debe aportar el paciente, de acuerdo con las reglas generales de carga de la prueba. La víctima deberá también probar el nexo causal entre la faute y el daño acaecido. Antes de la entrada de la Ley 4 de marzo de 2002 (art. L. 1142-1 CSP), no era raro que el juge administratif dedujera la existencia de la faute a partir de los hechos e indicios que obraran en autos.⁹⁴⁵ Este razonamiento se aplicaba a hipótesis en las que un acto sanitario que en principio no se esperaba presentara complicaciones producía sin embargo daños graves, sin relación con el motivo que justificó el ingreso⁹⁴⁶; en estos casos, se operaba una inversión en la carga de la prueba, de manera que el hôpital public debía probar que no había incurrido en culpa.

2.2. Breve referencia a los fundamentos y funciones de la responsabilité hospitalière y de la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria

⁹⁴³ Una tasa de incapacité permanente partielle superior al 25 por ciento o el fallecimiento de la víctima. (Art. 1142-1-1 CSP)

⁹⁴⁴ El promotor de la investigación está sujeto a lo dispuesto en los artículo L. 1121-10 CSP,

"Le promoteur assume l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche biomédicale pour la personne qui s'y prête et celle de ses ayants droit, sauf preuve à sa charge que le dommage n'est pas imputable à sa faute ou à celle de tout intervenant sans que puisse être opposé le fait d'un tiers ou le retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenti à se prêter à la recherche."

⁹⁴⁵ Como en el caso CE, Dejous, 9 déc. 1988, Rec. CE, p. 431.

⁹⁴⁶ Se trataría de la doctrina presente en la jurisprudencia española conocida como el daño desproporcionado o res ipsa loquitur.

Los fundamentos de la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria y de la responsabilité hospitalière no difieren de los que ya se han visto con relación a la responsabilité administrative y la responsabilidad patrimonial, de las que en realidad no son más que adaptaciones concretas al sector de actividad sanitario.

La función primordial que ambas cumplen es la reparadora y en un segundo plano, otra de prevención general en el sentido de que parece lógico pensar que si se condena a un sujeto a indemnizar por haber incurrido en determinadas actuaciones culposas, fautives, este sujeto tratará de evitar ese tipo de conductas; a menos, claro, que pueda integrar la indemnización como un coste corriente más de producción. Esto que puede ser cierto en la forma de proceder de los sujetos privados, puede que no lo sea tanto o, al menos, no de forma automática en los sistemas sanitarios públicos.

Si se quiere, pues, defender que la responsabilidad en el ámbito sanitario, cumple, además de su principal función reparadora, otras como la preventiva o depuradora de las conductas dañosas, tanto en la *responsabilité hospitalière* como en la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria nos hallamos con un importante escollo: El relativo a la dificultad de poner en práctica *l'action récursoire*,⁹⁴⁷ la acción de regreso, que no es más que una figura decorativa en el ordenamiento español.

Hay autores que ponen en duda que la responsabilidad administrativa puede desempeñar otras funciones distinta de la reparadora, como el profesor Alejandro Nieto. Otros, como Fernando Pantaleón⁹⁴⁸ que entienden que la responsabilidad civil y, como subespecie dentro de ella, la responsabilidad

⁹⁴⁷ VALLAR, Christian y ZEPI, Sandrine, note sous CE 3 novembre 2003, (requête n° 224300), M. X c/ Province Nord de la Nouvelle Calédonie , RDSS, 2004 n° 4, p. 905-913.

⁹⁴⁸ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)", en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, (Coord.), Ed. Dykinson, 2000, p. 339-465.

patrimonial, debe atender exclusivamente a su función reparadora y que el derecho de la responsabilidad extracontractual:

" (...) en la generalidad de los ordenamientos jurídicos sólo puede comprenderse bien sobre la base de que no se trata de un polivalente instrumento de Ingeniería Social, sino de una institución elemental del Derecho Civil con la muy humilde finalidad de realizar la justicia conmutativa entre dañante y perjudicado: ya dejado el daño a cargo del segundo, ya poniéndolo a cargo del primero mediante la obligación de indemnizar. Esto es lo que quiere decir que su función normativa es indemnizatoria; de ninguna manera, que sólo cumpla su función cuando el perjudicado es indemnizado.

Tal como la responsabilidad extracontractual está regulada en el Derecho español, y en muchos como él, no ha sido diseñada para prevenir actividades antisociales o económicamente ineficientes; y por eso, si previene, sólo lo hará atinadamente por casualidad. Tampoco ha sido diseñada para realizar la justicia en la distribución de la renta, y por eso, la redistribuye a menudo muy injustamente.

La primacía de la culpa como criterio de imputación de dicha responsabilidad tiene excelente sentido; también, e incluso especialmente para la responsabilidad de las Administraciones públicas. La Sala Tercera del Tribunal Supremo debería dejar de repartir dinero público sobre una base tan arbitraria como la de que el daño tenga, o no, relación causal con el funcionamiento de un servicio público; y su Sala Primera debería dejar de hacer caridad con el bolsillo ajeno. Pero la sombra del "buen juez" Magnaud es alargada."

En cualquier caso, no debe desdeñarse esta potencialidad de la responsabilidad administrativa y hospitalière para contribuir, indirectamente, a evitar la producción de daños, dado que las Administraciones y los hôpitaux publics que sean obligados a reparar un daño por haber cometido une faute, por haber incurrido en culpa, por haber funcionado anormalmente, deben tratar de evitar que se reproduzca una actuación similar, adoptando medidas organizativas que puedan servir a este fin preventivo y actuando de manera que, en los casos de culpa o negligencia graves, también se persiga este mismo fin mediante el ejercicio de la acción de regreso.

Aceptando que la función reparadora sea la dominante, tanto en la responsabilité hospitalière como en la patrimonial por asistencia sanitaria, sin embargo, es preciso tener en cuenta que muchas veces el daño se produce por una confluencia de pequeñas deficiencias, sobre todo cuando la atención

sanitaria se presta en un establecimiento sanitario, en régimen de hospitalización, en un entorno altamente tecnificado y en el que intervienen equipos de profesionales no siempre integrados por las mismas personas. Éstas deficiencias, si se consideran aisladamente, no parecen presentar apenas relevancia, pero combinadas con otros factores pueden resultar extraordinariamente dañosas. Se trata de deficiencias que tienen que ver más con defectos no detectados, latentes, del propio sistema en cuyo seno se presta la atención sanitaria, que con la actuación de las concretas personas que intervienen. Y aquí es donde la función preventiva -y la reparadora- de la responsabilidad extracontractual que se está estudiando, revela su inadecuación frente a este tipo de supuestos, por lo que resulta necesario idear otros mecanismos que permitan conocer, gestionar y prevenir esas deficiencias. Ello por exigencia del interés general, de l'intérêt public y de la eficacia a la que deben tender los entes públicos que tienen encomendada la atención sanitaria, que en este concreto campo de actividad se ha de traducir, entre otras cuestiones, en que se

Capítulo 3.- LA ESPECIALIDAD DE LA MATERIA, ¿ACONSEJA LA INTRODUCCIÓN DE MODULACIONES EN EL RÉGIMEN GENERAL?

Sección 3.1.- La cuestión de la unificación jurisdiccional del contencioso de la responsabilidad por asistencia sanitaria / responsabilité hospitalière

En el Derecho español de la responsabilidad patrimonial se ha vivido durante muchos años un proceso que se ha conocido comunmente en la doctrina y en la jurisprudencia como "peregrinaje jurisdiccional". Este peregrinaje jurisdiccional se traducía en una casi total libertad de elección del orden jurisdiccional ante el cual someter una reclamación por responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria; cabía hasta fechas relativamente recientes optar, entre el orden jurisdiccional civil, de lo contencioso administrativo, o de lo

social a la hora de deducir una demanda.⁹⁴⁹ A esta amplia gama de posibilidades se añadía y se añade aún, la posibilidad de exigir esta responsabilidad ante el orden jurisdiccional penal. En suma, únicamente el orden jurisdiccional de lo militar quedaba fuera, que se sepa, de esta posibilidad de elección. Son muy abundantes los trabajos doctrinales sobre esta materia, seguramente, en consonancia con su considerable importancia práctica.⁹⁵⁰

En cualquier caso, superada la situación antes descrita por obra de sucesivas reformas legislativas, no parece que existan razones que justifiquen una unificación jurisdiccional ante el orden de lo civil, pese a que algunas voces autorizadas así lo reclamen.⁹⁵¹ La especificidad propia de la actividad prestacional en que la asistencia sanitaria consiste, aconsejan, en mi opinión, que sea la jurisdicción administrativa la que siga siendo competente en materia de responsabilidad patrimonial.⁹⁵²

En Francia se vivió también un largo conflicto jurisdiccional, que terminó siendo decidido por el Tribunal de conflits, en favor de la competencia de la jurisdiction administrative de las demandas de responsabilité hospitalière, por considerar que estaban estrechamente ligadas al servicio público. Así, sobre la cuestión de saber qué jurisdicción era la competente para conocer de la culpa, de las *fautes* cometidas por los médicos y cirujanos de los hospitales públicos en el ejercicio de su profesión, ya que la nota de la independencia en el

⁹⁴⁹ Se ha hecho ya alguna referencia a esta cuestión, por lo que es preciso remitirse al apartado donde se trata, Capítulo 2.- EL ASEGURAMIENTO PRIVADO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS SANITARIAS.

⁹⁵⁰ Véase por todos sobre la jurisdicción competente para conocer de las cuestiones sobre responsabilidad por daños derivados de la asistencia sanitaria el trabajo del profesor Fernando Pantaleón Prieto *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*. CUADERNOS CIVITAS 1995. págs. 15-51.

⁹⁵¹ En particular, el profesor PANTALEÓN PRIETO, en el trabajo recién citado.

⁹⁵² Lo que, desde luego, si es más que deseable es la mejora en la Administración de justicia en general y en el orden de lo contencioso-administrativo en particular, dado que el retraso estructural que presenta es en sí mismo una denegación de justicia.

desempeño de su profesión es consustancial al ejercicio de la medicina en Francia y, además, -y en esto sí que se trata del mismo argumento defendido por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo-, la similitud de esta actividad, ya fuera desarrollada en un centro sanitario público o privado, llevaron a la Cour de Cassation a considerarse competente⁹⁵³

"(...) mais le Tribunal des Conflits considère cet élément comme secondaire par rapport au caractère administratif du service public hospitalier lui-même et consacre le principe de la compétence administrative chaque fois que le faute commise m'a pas le caractère d'une faute personnelle au sens de l'arrêt Pelletier (T.C. 25 mars 1957, Chilloux et Isaad Silimane, Rec. 816 ; S. 1957.196, concl. Chardeau, D. 1957.395, concl Chardeau ; J.C.P. 1957.II.10004, note Savatier ; Rev. Adm. 1957.247 note Liet-Veaux ; A.A. 1957, chr. Forunier et Braibant) ; malgré les réticences de certains tribunaux de l'ordre judiciaire, la Cour de Cassation s'est ralliée à son tour à cette solution (Ass. Plén. 18 juin 1963, D. 1963.601. concl. Lindon ; S. 1963.281, concl. Lindon ; J.C.P. 1963.II.13454, note Pépy). Le Conseil d'Etat a souligné le lien entre l'activité des services publics, la compétence administrative et la responsabilité de l'hôpital, en excluant du champ d'application de cette jurisprudence les fautes commises par les médecins dans les « cliniques ouvertes » des hôpitaux publics (C.E. 4 juin 1965, Hôpital de Pon-à-Mousson c. Mathieux, Rec. 351 ; D. 1965.746, note Piquemal ; J.C.P. 1966.II.14666, nota Rainaud ; A.JU. 1965.420, concl. Galmot)."

Por otro lado, se aprecia un cierto paralelismo en ambos países en el sentido de que son numerosas, más en Francia que en España, las voces que piden que se modifique la legislación vigente relativa al reparto de materias entre los distintos órdenes jurisdiccionales para hacer posible la unificación jurisdiccional, en beneficio de la jurisdicción *judiciaire* y de la civil en España. El argumento de fondo es que no existe justificación a que una misma actividad, la sanitaria, que técnicamente responde a unos mismos cánones, se enjuicie ante jueces de lo civil, *judiciaires* en Francia, o de lo contencioso-administrativo, según que el hecho dañoso se haya desarrollado en un establecimiento sanitario público o privado.

⁹⁵³ M. LONG, P WEIL et G. BRAIBANT, « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative », 5^e ed. Ed. Sirey, 1969, p. 216, que citan el arrêt Civ. 15 janv. 1957. J.C.P. 1957.II.9827, note Savatier.

La unificación jurisdiccional resultaría, desde el punto de vista constitucional, posible en ambos países. Hay de hecho algún precedente.⁹⁵⁴ La Ley de 4 de marzo de 2002 ha evitado, sin embargo, hacerlo. La cuestión que hay que plantearse es si, siendo como es posible, es aconsejable o se puede esperar alguna mejora de una eventual unificación jurisdiccional, lo cual no aparece claramente, más bien lo contrario.

El profesor M. Waline⁹⁵⁵ constataba en los años 50 del pasado siglo la existencia de un proceso de aproximación entre la jurisprudencia civil y la administrativa, que le hacía incluso preguntarse si el arrêt Blanco no se convertirá pronto en un vestigio histórico. Afirma en este sentido que, si bien es cierto que la lógica del arrêt Blanco no se justifica ya en las razones que históricamente la inspiraron, es decir, en *"la crainte que le juge judiciaire, habitué à sanctionner par la responsabilité la plus légère faute (et levissima culpa venit, ne tienne pas un compte suffisant des nécessités des services publics"*, en lo que ahora nos interesa, resaltaba que la jurisprudencia administrativa ha tenido la audacia de ir creando supuestos de responsabilidad sin culpa, al margen de una previsión legal específica. Y por ello, consideraciones ligadas a la equidad y a la protección de las víctimas, aconsejarían, según Waline que no se renuncie a la dualidad jurisdiccional en materia de responsabilidad.

Aunque es cierto que la intervención de textos legales, la ley de 4 de marzo de 2002, en concreto, puede haber limitado esa potencialidad creadora a la jurisprudencia administrativa a la que se refería el autor recién citado, no es menos cierto que hay razones que aconsejarían el mantenimiento de la

⁹⁵⁴ En Francia, en el contencioso de la responsabilidad por los daños derivados de la recherche biomédicale, aunque ésta investigación se lleve a cabo en un establecimiento sanitario público. El ejemplo de la responsabilidad por los daños derivados del uso de vehículos a motor, nos permite encontrar un precedente común en ambos países.

⁹⁵⁵ WALINE, Marcel, "Péface", en CHAPUS, René, Responsabilité publique et responsabilité privé. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire, LGDJ, 1954, pp. 7 -13.

dualidad jurisdiccional y de derecho sustantivo, tanto en Francia como en España. Y, entre otras, la siguiente: A los efectos de poner en funcionamiento un dispositivo que permita conocer, gestionar y prevenir los riesgos latentes del sistema, que dan lugar a esos accidentes en la cadena de la asistencia sanitaria, parece más adecuado el régimen jurídico de la responsabilidad pública en este sector, en los dos países, que el de la responsabilidad civil médica. Ello porque favorecen los sistemas de declaración de los errores, disfunciones, acontecimientos adversos e incidentes de todo tipo, cuyo conocimiento es requisito necesario para que se pueda establecer una política de gestión y prevención de riesgos eficaz. Y la declaración de estos elementos se ve facilitada por el hecho de que la responsabilidad pública esté organizada como una responsabilidad directa de la Administración, en la que el sujeto causante del daño, -en este caso el personal sanitario estatutario-, no responde con cargo a su propio patrimonio personal, sino que sólo lo hará cuando en caso de culpa o negligencia -lo que es, afortunadamente, infrecuente- grave se ejercite frente a él la acción de regreso, -supuesto aún más infrecuente .

Esto que acaba de mencionarse, acerca del carácter directo, tanto de la responsabilidad como de la responsabilidad por asistencia sanitaria, puede ser un punto de partida idóneo para poner en marcha los mecanismos internos que permitan que el personal de los servicios sanitarios facilite la mayor información posible sobre los accidentes e incidentes que se producen en la atención sanitaria; sin temor a represalias que puedan favorecer la ocultación y con el fin de poder tener conocimiento de los riesgos para así poderlos prevenir mejor. Visto desde esta perspectiva, el régimen jurídico de la responsabilidad objeto de este estudio, permitiría reforzar su función preventiva, junto a la reparadora, según se desarrolla más adelante.

Título II.- PERSISTENCIA DE DIVERGENCIAS EN EL TRATAMIENTO DE LA CULPA Y DEL RIESGO EN LA CONSECUCCIÓN DE UN MISMO OBJETIVO

Capítulo 1.- ¿HACIA UNA APROXIMACIÓN REAL DE REGÍMENES?

La evolución que en Francia y en España ha experimentado en los últimos años el instituto de la responsabilidad administrativa, en concreto en el ámbito de la asistencia sanitaria, la *responsabilité hospitalière*, está jalonada por algunos hitos que permiten afirmar que esta evolución ha conducido a una cierta convergencia en muchos aspectos. Como se verá, se han ido progresivamente matizando e incluso difuminando algunos de los rasgos más característicos de uno y otro sistema que representaban a su vez sus principales elementos diferenciales. Tal ha sido el caso, según se expondrá a continuación, del requisito de la culpa grave que se exigía en Derecho francés para que se pudiera declarar la responsabilidad de un hospital público derivada de un acto médico.

Sección 1.1.- El requisito de la culpa en la *responsabilité hospitalière*, ¿hacia una progresiva moderación en su exigencia o hacia una simplificación del régimen jurídico aplicable para así reforzar el principio de la responsabilidad por culpa?

Como es sabido, el art. L1142-1 del CSP, confirma el principio general según el cual, en el ámbito sanitario, la responsabilidad sólo puede declararse en caso de culpa:

I. - Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences

dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute.

Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère.

Este principio, acompañado del dispositivo de indemnización de ciertos daños graves, a título de la solidarité nationale, permite afirmar que, en realidad, lo que ha pretendido el legislador es simplificar el régimen jurídico de la responsabilité pour faute, para reforzarlo frente a las líneas jurisprudenciales que tendían a reconocer supuestos de responsabilité pour risque,⁹⁵⁶ seguramente por consideraciones ligadas a la equidad que la sociedad espera del juez. El hecho, además, de que esos daños graves sean indemnizados al margen de la responsabilité, permite pensar que los requisitos para que nazca la obligación de reparar a título de responsabilité hospitalière dejarán de estar sometidos a las presiones que, por razones de equidad, recaían sobre ellos con el riesgo de que de estirarlos tanto, terminaran siendo irreconocibles; como pone de manifiesto E. Évin:

"La philosophie des dispositions relatives à la réparation des conséquences des actes sanitaires répond à un souci de pragmatisme. Le législateur a voulu faciliter l'accès des victimes à l'exercice de leurs droits en matière d'indemnisation des risques sanitaires et, sans nier la responsabilité des professionnels de santé, éviter que la pression que s'exerce sur eux les conduise, dans leur démarches thérapeutiques à une attitude défensive. Y sommes nous parvenus ? Je pense qu'il y a encore, au regard de ces objectifs, des améliorations à apporter."⁹⁵⁷

Así vemos como la ausencia de mecanismos de indemnización como los introducidos por la L. de 4 de marzo de 2002, conducía a la búsqueda de construcciones doctrinales y judiciales innovadoras que pudieran dar cobertura a supuestos graves. Por ejemplo, se sugería que se hiciera un espacio a la responsabilité pour risque en los supuestos de infecciones contraídas con

⁹⁵⁶ La jurisprudencia sentada en los arrêts Bianchi y Gomez, principalmente.

⁹⁵⁷ ÉVIN, Claude. "La philosophie des dispositions relatives à la réparation des conséquences des risques sanitaires (Titre IV de la loi), in *Indemnisation des accidents médicaux : loi Kouchner, 3 ans après*. Petites affiches n° 129, 29 juin 2006..

ocasión de un ingreso hospitalario,⁹⁵⁸ solución a la que años después se aproxima, en cierta manera, la Ley de 4 de marzo de 2002, con relación a las infecciones nosocomiales.

Pero a pesar de las técnicas que se han conocido para moderar la exigencia de una *faute prouvée* para declarar la responsabilidad del hôpital public, el principio de base según el cual sólo puede incurrir en responsabilidad en caso de culpa permanece y ha sido reforzado por la Ley recién citada.

Subsección 1.1.1.- El abandono de la faute lourde como requisito para el reconocimiento de la responsabilité hospitalière

El proceso generalizado y paulatino de abandono de la culpa grave (*faute lourde*), del que se ha dado cuenta más arriba, como uno de los requisitos de la responsabilidad administrativa cuando ésta traía causa de una actividad particularmente compleja, encuentra una de sus manifestaciones quizá más destacadas en el ámbito de la *responsabilité hospitalière* y en concreto, en la sentencia del *Conseil d'État* de 10 de abril de 1992, *Époux V.*⁹⁵⁹ Hasta esa fecha y desde 1935,⁹⁶⁰ se había venido exigiendo una culpa grave para que naciera la responsabilidad de la Administración hospitalaria cuando el

⁹⁵⁸ DUPRAT, Jean-Pierre. "DUPRAT, Jean-Pierre, note sous CE 25 janvier 1974 SH Sainte Marthe d'Avignon, Dalloz Sirey 1975, jurisprudence, p. 86-89,

"Néanmoins, eu égard aux négligences de l'hôpital, en l'espèce, et aux caractéristiques générales de la contamination, dans le contexte nouveau de lutte contre l'infection et de la définition plus rigoureuse des normes à appliquer, on peut souhaiter l'avènement d'une responsabilité pour risque, aussi légitimement que certains l'ont fait à propos de l'acte médical (L. Dubouis, Mélanges M. Waline, p. 404 et s.)."

⁹⁵⁹ CE, Ass., 10 avril 1992, *Époux V.*, concl. H. Legal, AJ 1992, p. 355, D 1993, SC, p. 146, obs. P. Bon et P. Terneyre. Los hechos de los que esta sentencia trae causa pueden resumirse así: Una cesárea con anestesia epidural practicada a la Sra. V, durante la cual, se producen varias caídas bruscas de la tensión arterial y una parada cardíaca. A resultas de estas complicaciones, Mme. V. quedó afectada por graves secuelas.

⁹⁶⁰ La *faute lourde*, como requisito para que pudiera reconocerse la responsabilidad de los hospitales públicos derivada de un acto médico, venía siendo exigida desde los *arrêts* CE 8 novembre 1935, *Vve. Loiseau et Dme. Philipponeau*.

hecho dañoso era un acto médico. Cuando, por el contrario, el daño traía causa de un *acte de soins*, como una intervención distinta del *acte médical*,⁹⁶¹ -ambos de naturaleza sanitaria, aunque aquél de menor entidad o complejidad-, o de la organización y del funcionamiento del servicio público hospitalario, en estos tres supuestos, una simple culpa bastaba para generar la responsabilidad del hospital público. Esta exigencia de culpa grave establecía una diferencia destacable respecto a lo que sucedía en el ámbito sanitario privado, en el que la simple culpa bastaba para generar la responsabilidad del médico que ejercía por su cuenta o de la clínica y consagraba así un tratamiento jurídico diferente de hechos o situaciones sustancialmente iguales que resultaba, a los ojos de muchos, de justificación difícil.

No obstante, la propia jurisdicción administrativa, al igual que instituyó la *faute lourde* o culpa grave como requisito para que naciera la responsabilidad en esta parcela de la actividad administrativa, con anterioridad a 1992 fue concibiendo de manera progresiva algunos remedios para atemperar los efectos contrarios a la equidad que pudieran derivarse de la exigencia de tal requisito. En primer lugar, rebajando la entidad de la culpa (por no decir cantidad) necesaria para ser calificada de grave; como afirma el profesor Chapus,⁹⁶² el reconocimiento de la culpa grave no tenía en el ámbito de la

⁹⁶¹ La actividad médica o el acto médico (*acte médical*) como tal concepto fue delimitado por el *Conseil d'État* sobre la base de una clasificación recogida en un *arrêté* (orden ministerial) del Ministro de la *Santé Publique et de la Population* de 31 de diciembre de 1947, (y más recientemente, por otro de 6 de enero de 1962), como aquél que sólo puede ejecutarse por un médico o por un cirujano, (diagnóstico, prescripción del tratamiento e intervenciones quirúrgicas, fundamentalmente) o por un auxiliar médico, siempre bajo la responsabilidad y supervisión directa de un médico, de manera que éste pueda controlar su ejecución e intervenir en todo momento. CE Sect. 26 juin 1959, Rouzet.

Esta distinción tan relevante para apreciar la existencia de responsabilidad, en función de que mediara una falta simple o leve o por el contrario, una falta o culpa grave, ha perdido parte de su interés práctico tras el *arrêt Époux V.*, de 1992, ya que se exigirá a partir de entonces únicamente una "*faute médicale*" y no una culpa de una particular o especial gravedad como es la *faute lourde*, para que nazca la responsabilidad de la Administración, más en concreto del *hôpital public*.

⁹⁶² CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Vol. II, 15ª ed., ya citado, p. 1306.

responsabilité hospitalière el carácter excepcional que se podía apreciar en otros sectores de actividad administrativa en los que se exigía también la culpa grave. Pero sobre todo, a través de la interpretación restrictiva del concepto de acto médico cuyo régimen jurídico en materia de responsabilidad, según se ha dicho, estaba presidido por la exigencia de culpa grave que además debía probarse explícitamente; en consecuencia, si se apreciaba por el juez que no se trataba de un acto médico, sino de un acto de *soins* o de atención sanitaria menos cualificado y que por tanto no requería la intervención de un médico o incluso de un defecto en el funcionamiento o en la organización del servicio hospitalario, bastaría entonces una mera culpa para que se pudiera reconocer la responsabilidad del hospital público, incluso por la vía de las presunciones.

Así por ejemplo, desde el *arrêt* del *Conseil d'État* Dlle. Doukakis de 1968,⁹⁶³ cuando se producía un daño por un acto médico ejecutado por una persona no habilitada para ello, se presumía a partir de ese hecho que se había cometido una falta en el funcionamiento del servicio y, como hemos visto, el sujeto dañado podía ser indemnizado, dado que la *faute* o culpa simple bastaba para generar responsabilidad cuando estaba en causa la organización del servicio.

En los últimos decenios se ha venido desarrollando una evolución en materia de responsabilidad, tendente a la superación de la exigencia de la culpa grave en determinados sectores, introduciéndose categorías intermedias, de perfiles difusos, como culpa suficientemente caracterizada, cuando no se ha sustituido directamente la culpa grave por la culpa leve (*faute simple*). La *responsabilité hospitalière* también ha experimentado esta evolución, en concreto a partir del *arrêt* CE *Epoux V.*, de 10 de abril de 1992, lo cual se inscribe dentro de una tendencia general hacia el reforzamiento de la posición del ciudadano en sus relaciones con los poderes y los servicios públicos. Como lo pone de manifiesto el profesor Doubuis:

"En trois décennies, on est passé d'une responsabilité soumise à des régimes de conditions strictes, différentes selon qu'ils relevaient du droit

⁹⁶³ CE 4 octobre 1968, Dlle Doukakis.

*privé ou du droit public, à un système des très large indemnisation quasi identique qu'ils s'agisse de la responsabilité de l'hôpital public ou de celle qu'encourent les médecins libéraux et les établissements de soins privés. Il y a à cela quelques raisons particulières.*⁹⁶⁴

En cualquier caso, cabe mantenerse atento a este cambio jurisprudencial, como a ello invita M. Waline, ya que:

*" (...) le changement est peut-être plus apparent que réel : le Conseil d'Etat reste libre à l'avenir d'estimer s'il y a ou non « faute de nature à engager la responsabilité ».*⁹⁶⁵

Y de hecho, las reservas del profesor Waline a las que se acaba de hacer alusión no han resultado infundadas, según demuestra A. Toublanc,⁹⁶⁶ quien afirma que *" (...) les critères de la faute n'ont pas changé depuis l'arrêt Epoux V., mais que, de plus, ils tendent à être des critères de faute lourde. Le revirement du 10 avril 1992 a sans doute amené le juge à assouplir dans certains cas sa jurisprudence mais, en réalité, il s'agit davantage de la disparition de certaines incohérences que d'une application stricte de l'exigence de faute simple. La faute recherchée semble bien, quelle que soit sa qualification officielle, être une faute lourde ou à tout le moins –si l'on veut prendre acte des changements intervenus en matière d'erreurs de diagnostic – une faute relevant d'une « catégorie intermédiaire entre la faute simple et l'ancienne faute lourde ».*

Y prosigue, señalando que, a pesar de que después del arrêt Époux V. se dejara de exigir una falta grave para que naciera la responsabilidad hospitalière derivada de un acto médico, la distinción entre actos médicos y la organización y funcionamiento del servicio hubiera debido perder vigencia,⁹⁶⁷ no ha sido así:

⁹⁶⁴ DUBOUIS, Louis, "La distinction droit public-droit privé à l'épreuve de l'évolution de la responsabilité médicale » in *Liber amicorum Jean Waline*, 2002, p.196.

⁹⁶⁵ WALINE, Jean. "L'évolution de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques ». *Etudes et documents CE Rapport Public 1994*, n° 46. p. 468.

⁹⁶⁶ TOUBLANC, Alix «De la prétendue disparition de la faute lourde en matière de responsabilité médicale » *AJDA*. N° 22, 2004 , pag. 1178.

⁹⁶⁷ TOUBLANC, Alix «De la prétendue disparition de la faute lourde en matière de responsabilité médicale » *AJDA*. N° 22, 2004 , pag. 1178

"Le juge continue d'ailleurs toujours à rechercher dans un premier temps si les conséquences dommageables sont imputables à un acte médical ou à l'organisation et au fonctionnement du service. Le maintien de la distinction –pourtant a priori inutile puisque les deux catégories reposent désormais sur la faute simple (alors qu'avant les jurisprudences Dame Veuve Peytel, Lebon p. 795) – démontre bien que la faute médicale est spécifique et exige un certain degré de gravité à la différence de la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service. Le maintien implicite du critère de gravité de la faute a de surcroît reçu une consécration législative en matière de diagnostic prénatal avec la faute caractérisée exigée par la loi du 4 mars 2002."

Subsección 1.1.2.- La presunción de culpa y la inversión de la carga de la prueba como técnicas de moderación del requisito de la culpa

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 4 de marzo de 2002, que, según se ha visto, reafirma de manera clara y terminante el principio de responsabilidad pour faute (art. L. 1142-1-I), el juez administrativo había articulado distintas teorías jurisprudenciales en virtud de las cuales reconocía la responsabilidad del hôpital public en ciertas hipótesis en las que el paciente no llegaba a probar la culpa, como exige el principio general, de responsabilité pour faute, pour faute, además, prouvée. De este modo, en ausencia de una prueba formalmente establecida de un requisito esencial de la responsabilité hospitalière como es la faute, el juez se permitía presumir^{968 969} su existencia a partir de los hechos que sí le constaran probados en el asunto.

Este razonamiento se aplicaba a hipótesis en las que un acto sanitario sin mayor complicación aparente, daba lugar sin embargo a consecuencias muy graves y que no guardaran relación alguna con el motivo inicial que

⁹⁶⁸ Sobre el particular, vid. LLORENS-FRAYSSÉ, Françoise, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, LGDJ, 1985.

⁹⁶⁹ F. MODERNE, "La place de la présomption de faute dans le droit de la responsabilité hospitalière (note sous Conseil d'Etat", *Assemblée*, 25 janvier 1974, Centre hospitalier Sainte-Marthe d'Avignon), *RDSS*, 1975, págs. 213-220.

justificó la hospitalización.⁹⁷⁰ Un razonamiento similar llevaba al juez administrativo a presumir la relación de causalidad entre una *faute* y un daño, atribuyendo a esa *faute* una *perte de chance de guérison*. La apreciación de la presunción de culpa por el juez producía una inversión en la carga de la prueba, lo que suponía para el hôpital public que debía probar que no había incurrido en culpa, lo cual favorece decisivamente la posición del demandante.

Al haber asumido la indemnización de este tipo de daños derivados de accidentes médicos la solidaridad nacional, la posibilidad de que el juez recurra a esta presunción de culpa parece limitada, desde la entrada en vigor de la Ley de 4 de marzo de 2002. Algo parecido sucedía en materia de infecciones nosocomiales; la jurisprudencia tenía establecida una obligación de garantía en materia de asepsia en los hospitales públicos; la misma ley que se acaba de citar establece un régimen muy favorable en materia de infecciones nosocomiales (art. L. 1142-1 CSP). Si hay una *faute* en el origen de la infección, la responsabilidad será automática salvo prueba de una causa extraña, como puede ser la culpa de la víctima, la intervención de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito; esta *cause étrangère*. Si los daños derivados de una infección nosocomial superan un determinado umbral⁹⁷¹ la ley establece que serán indemnizados a título de la solidaridad nacional.

Puede observarse que la técnica de la presunción de culpa, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba, representó un paso más en una línea de atemperación de la exigencia de la prueba de la culpa, inspirada en consideraciones de equidad. Así, se fue sorteando de manera indirecta el requisito de la *faute lourde*, mediante el recurso, con relativa frecuencia, a las presunciones de culpa en el funcionamiento u organización del servicio respecto a actos cada vez más próximos al acto médico.

⁹⁷⁰ CE Ass *Dejous*, 9 déc, 1988, *Rec. CE*, p. 431

⁹⁷¹ Una tasa de incapacité permanente partielle superior al 25 por ciento o el fallecimiento de la víctima.

De esta manera, se fue produciendo también una cierta convergencia pese a los distintos puntos de partida de los sistemas de responsabilidad médica civil y administrativa, si atendemos al grado de protección de que, gracias a estas válvulas de atemperación, gozaban los pacientes o, dicho de otro modo, si atendemos a la reparabilidad de los daños que pudieran sufrir aquéllos en un establecimiento sanitario privado o público.

Sección 1.2.- La objetividad de la responsabilidad patrimonial de la Administración y su moderación por el papel real que desempeña la culpa

Uno de los rasgos característicos del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración es el relativo a su generalidad; es decir, el régimen jurídico contenido en los art. 139 y siguientes de la Ley 30/1992 rige la responsabilidad a que pueda nacer en cualquier sector de la actividad administrativa, también en el sanitario. Es sabido que este régimen jurídico se erige sobre la noción de lesión resarcible; esta no es otra cosa que el daño antijurídico, que resulte del funcionamiento del servicio público de la asistencia sanitaria. Se sigue de aquí, según establece el artículo 141 de la Ley 30/1992 que será antijurídico todo daño que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar. En esto reside la objetividad del sistema.

Pero como ya se ha dicho, el alcance de esta objetividad no llega a convertir la responsabilidad patrimonial en una responsabilidad que nazca automáticamente de la producción de un daño; en otras palabras, no se trata de un sistema de aseguramiento universal frente a todo tipo de daños en cuya producción haya podido tener algún tipo de intervención una Administración, en el ámbito que nos ocupa, sanitaria. Por ello, si se efectúa un análisis de la jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria, nos encontraremos con que la gran mayoría de las sentencias, independientemente del órgano jurisdiccional de que procedan, incluyen una

especie de cláusula de estilo. Esta cláusula consiste en afirmar, primeramente, el carácter objetivo propio del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, configurado como uno de los más avanzados, para seguidamente examinar las circunstancias del caso y enjuiciar si la actuación a la que se imputa el daño se ha desarrollado correctamente o no. Nos encontramos así con que en la jurisprudencia, sistemáticamente para declarar la responsabilidad patrimonial se busca algún elemento de anormalidad en el funcionamiento del servicio público. Dicho de otro modo, se analiza fundamentalmente si la actuación productora del daño ha sido o no correcta, culpable, -es decir, *fautive*- lo cual se aprecia por referencia a un canon de normalidad en el funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria que es la *lex artis*.

En consecuencia, observamos que si bien la culpa no es directamente determinante del nacimiento de la obligación de indemnizar, sí desempeña, indirectamente, un papel fundamental, ya que puede afirmarse que no existe el deber jurídico de soportar un daño que se haya causado mediando culpa y si no existe, como principio, este deber jurídico de soportar el daño, nos encontraremos ante un daño antijurídico, es decir, ante una lesión que deberá ser indemnizada por la Administración.

Importa señalar que son muy escasas las sentencias en las que se haya reconocido la responsabilidad de la Administración sanitaria por un funcionamiento normal de este servicio público, es decir, por una atención sanitaria prestada sin que concurra culpa alguna en la causación del daño. De hecho estas escasas sentencias son las que han provocado una importante polémica doctrinal acerca de la justificación y viabilidad de un sistema de responsabilidad administrativa que permitiera ese tipo de decisiones. En particular, hay que citar entre estas, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1991, dictada en el asunto conocido como el de los aneurismas

gigantes.⁹⁷² En este asunto, pese a que del resultado de la práctica de la prueba se dedujo que la asistencia sanitaria recibida por una paciente había sido irreprochable, el Tribunal Supremo acordó indemnizar a una paciente, fundándose en que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial determinaba que los daños sufridos con ocasión de la asistencia sanitaria debían ser reparados.⁹⁷³

Como conclusión a este capítulo sobre la convergencia o aproximación real de los respectivos regímenes jurídicos de la responsabilidad que se están estudiando, puede apreciarse un factor de convergencia entre ambos que es la *faute*, la culpa. Y ello, según se ha dicho, porque el carácter objetivo del sistema de responsabilidad no quiere decir que lo sea en sentido estricto o absoluto. En el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, la culpa no es requisito imprescindible para que nazca la obligación de reparar, cierto, pero sí incide en la mayoría de las ocasiones en el elemento de la antijuridicidad, en la medida en que nadie tiene, con carácter general, el deber jurídico de soportar el daño que otro le cause mediando culpa.

Además, se aprecia otra coincidencia; la relativa a la influencia que ha tenido la teoría de la *perte de chance* en la doctrina y jurisprudencia españolas, como técnica para dar respuesta a situaciones de difícil si no imposible probanza⁹⁷⁴ y para calcular el quantum indemnizatorio en ese tipo de

⁹⁷² Valga como destacado ejemplo de la polémica doctrinal a que se hacía referencia, el trabajo del profesor Fernando PANTALEÓN PRIETO, titulado *Responsabilidad Médica y Responsabilidad de la Administración*, CIVITAS, 1995.

⁹⁷³ Otra muestra de la polémica doctrinal mencionada y de las posiciones críticas con el sistema de responsabilidad patrimonial, la encontramos en MIR PUIGPELAT, Oriol, en sus dos monografías ya citadas..

⁹⁷⁴ Explica muy bien el fondo de esta problemática MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de Daños Público y Privado*, Thomson-Civitas, 2007, p. 41-42.

"Se está superando la idea de que demostrar la causalidad es algo sencillo. Se está tomando conciencia de que el juzgador no accede directamente a los hechos; de que llega a ellos a través de una percepción que, inevitablemente contaminada por la subjetividad, la imperfección del conocimiento empírico, las limitaciones inherentes al proceso y las dificultades del asunto enjuiciado, sólo puede expresarse en términos de probabilidad. (...)"
Sigue señalando cómo en algunos sectores, entre ellos el sanitario,

situaciones. Y finalmente, una diferencia importantísima, aunque excede del ámbito de la responsabilidad para entrar en el de la indemnización de ciertos daños, según prevé la Ley de 4 de marzo de 2002; esta diferencia tiene que ver con que, por la combinación de los supuestos indemnizables con cargo a la responsabilité hospitalière y los que lo son a título de la solidarité nationale, la protección de que gozan los usuarios del hôpital public es considerablemente superior a la de los usuarios del SNS.

Capítulo 2.- EL RIESGO COMO ELEMENTO POTENCIALMENTE GENERADOR DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

El riesgo está presente en toda actividad humana y por extensión a las organizaciones que, con distintos fines, se crean en la vida social. Las Administraciones públicas reciben del ordenamiento el mandato de perseguir una amplia variedad de fines que se reconducen a la noción de interés general,

"suele resultar difícil o imposible demostrar la alta probabilidad de que, sin el hecho ilícito, la víctima habría dejado de sufrir el daño. Las técnicas de facilitación (probatoria) alivian esta tarea para asegurar protección resarcitoria a la víctima, pese a su incapacidad para demostrar que la conducta del agente se presenta como "condicio sine qua non" del daño producido. Se trata, en definitiva, de nuevas teorías causales que introducen criterios normativos, no ya con el fin de negar relevancia resarcitoria a causas físicas probadas, sino, a la inversa, para condenar al agente, pese a que su actuación no se presenta como condición necesaria del resultado dañoso. Puede apreciarse así, como el debate causal está desplazándose de la teoría de la causalidad jurídica, donde se han estudiado las pautas de restricción, a la teoría de la causalidad física, pues en este ámbito quieren encontrarse criterios de facilitación que permitan afirmar responsabilidades sin la seguridad de que el hecho ilícito fue condición necesaria del menoscabo. Se percibe, en definitiva, un cambio de actitud ante el problema causal. Si antes dominaba el "espíritu de limitación", empieza ahora un "espíritu de ampliación", con nuevos planteamientos cuya razón de ser es evitar que la víctima quede sin reparación por la dificultad que a veces entraña la prueba de la relación de causalidad".

"Se empieza a captar que la teoría de la condicio sine qua non, lejos de incrementar exageradamente el círculo de responsables, puede suprimirlo totalmente. (...) en algunos sectores, le exigencia de que el hecho ilícito sea condición necesaria del menoscabo, (...) se convierte en una barrera infranqueable, pues a menudo, la víctima está materialmente incapacitada para demostrar que, sin aquél, habría dejado de padecer el menoscabo. Así pues, no puede si quiera entrarse a razonar en términos de adecuación causal o imputación objetiva porque el problema es averiguar si hay una causa material susceptible de ser seleccionada. La dificultad estriba en demostrar que el enfermo habría sanado, si el negligente médico le hubiera diagnosticado la enfermedad a tiempo; que el paciente habría rechazado la intervención quirúrgica, si el cirujano le hubiera informado adecuadamente del riesgo que acabó desencadenándose; que el infectado de hepatitis no habría sufrido el contagio, si el sanitario no le hubiera practicado la transfusión (...) "

d'intérêt public, de contornos difíciles de delimitación. Lo que es indudable es que la actuación de la Administración crea riesgos y consiste también en gestionar riesgos susceptibles de afectar a la generalidad de la población de una manera hasta hace poco desconocida, en razón de una tecnificación creciente que a sus ventajas, añade elementos nuevos de riesgo. El principio de precaución aparece en escena, justamente, para tratar de responder al desafío que este nuevo tipo de riesgos presenta.

Indudablemente, pues, el riesgo va a actuar como elemento generador de responsabilidad y ello al margen de los supuestos en los que tradicionalmente se venía aceptando la responsabilidad pour risque en el Derecho francés, como una de las modalidades de la responsabilité sans faute.

Para algunos autores, la nueva dimensión que cobran los riesgos en la sociedad contemporánea afecta incluso al papel que corresponde al Estado. Nos encontramos no ya ante el Estado policía, ni ante el Estado Social, sino ante el Estado de precaución, como⁹⁷⁵

"(...) une forme inédite de rapport "savoir-pouvoir, qu'il décrit la naissance d'une nouvelle figure politique, dont le programme devrait être cherché du côté du développement durable (...) L'État de précaution naît dans des circonstances où se conjoignent quatre changements majeurs dans les risques: (...) dans leur nature et leur perception (...) dans l'échelle d'espace et de temps (...) dans le rapport au savoir, qui semble moins nous protéger que nous exposer, qui fait naître les risques, les produit sans pouvoir bien les mesurer. Changement, enfin, dans la philosophie de la responsabilité, qui connaît de moins en moins l'exception de force majeur et nous rend responsables de tout "

⁹⁷⁵ EWALD, François, "L'État de précaution", en Responsabilité et socialisation du risque, Rapport public du Conseil d'État, 2005, p 359-367.

No se trata de una forma política terminada, sino que está en construcción, es balbuceante, incierta e inestable. Su lenta construcción, afirma F. Ewald, conduce a modificar la Constitución en sus principios fundamentales, a reorganizar el Estado en sus funciones de policía, a imaginar nuevas prácticas de la democracia, distintas de la democracia representativa. (Pág. 359 a 361)

"L'État de précaution est la forme politique qui naît d'un art de gouverner centré, organisé, programmé autour de la gestion des risques. (...) n'est pas le complément des anciens formes de l'État. Il a plutôt vocation à les intégrer, les reprendre, les reformuler dans son nouveau concepte".

Sobre los efectos que puede tener sobre la responsabilidad, el principio de precaución en la medida en que supone un aumento de los poderes de apreciación de la Administración, con los límites que conocemos, ha de suponer también un aumento correlativo de las posibilidades de control por parte del juez, en particular a través del control de proporcionalidad, so pena de erosionar una garantía fundamental del Estado de Derecho.⁹⁷⁶

Sección 2.1.- El tratamiento del riesgo en los Derechos español y francés

Según acaba de decirse, en las sociedades contemporáneas el riesgo y la gestión de los riesgos se han convertido en los últimos decenios en una cuestión de la mayor trascendencia política y social. De ahí que la manera en que los poderes públicos y, de manera especial, la Administración, gestionan esos riesgos podrá determinar que nazca la obligación de indemnizar o que se decida, por la presión política y mediática, reparar una serie de daños consecutivos a unos riesgos que la Administración no haya sabido o podido evitar. Téngase en cuenta desde ahora, que los riesgos de los que se está hablando aquí puede -y probablemente sea lo más frecuente- que no hayan sido creados por la Administración, sino que tienen orígenes muy diversos desde causas naturales a hechos de terceros, en ocasiones autorizados por la Administración.

⁹⁷⁶ Así lo plantea F. EWALD en su trabajo recién citado p.366-367. De este modo, si bien la invocación de un deber de prevención, incluso de precaución, no es nueva en el ordenamiento francés -ni en el español-, nos encontramos ante lo que Ewald califica de situación jurídica inédita, aunque, en realidad, quizá no lo sea tanto:

"(...) les libertés individuelles, le droit de propriété sont susceptibles d'être gravement affectées, mais le Parlement qui est le protecteur naturel, est disqualifié. (...) La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 confère à la liberté une sorte de privilège: on lui donne le bénéfice de l'incertitude, on ne prend pas en compte les dommages incertains qui pourront se révéler dans cinquante ou cent ans. De fait, ils seront reportés sur les générations futures. Le principe de précaution cherche à inverser cette logique: on ne veut plus privilégier la liberté, qui apparaît plus comme une menace que comme un bienfait. On veut faire porter le poids de l'incertitude non plus sur celui qui en subira peut-être les conséquences dans très longtemps, mais sur celui qui prétend aujourd'hui exercer cette liberté".

La llamada sociedad del riesgo,⁹⁷⁷ en la que los riesgos son insusceptibles de ser totalmente eliminados y derivan de múltiples actividades, privadas más que públicas, pero esenciales para el desarrollo de la sociedad, de la actividad económica y en las que la incertidumbre a la que se ha de hacer frente, respecto a la eventual producción de daños, es más que considerable. Se hace patente en la actualidad, cómo las funciones de la responsabilidad de las que hablaba el profesor Charles Eisenman en su célebre trabajo de 1949, se difuminan cada vez más, a excepción de la resarcitoria ¿o debería decirse indemnizatoria?⁹⁷⁸, dado que:⁹⁷⁹

"(...) à force que l'État se voit imposer d'assumer des risques dans la production desquels il n'a eu aucune part, ou dans la production desquels il n'a eu qu'une part très réduite, les mécanismes mêmes de l'imputation de la responsabilité sont mis en péril: ils risquent d'être de moins en moins pris au sérieux à force d'être débordés par des systèmes d'indemnisation automatique (...)

Lo anterior puede enlazarse de manera directa con la proliferación de fondos de indemnización, sostenidos íntegra o mayoritariamente con cargo al erario público, que, bien por evitarse futuras reclamaciones -con todos los costes indirectos que ello supone- o bien, por iniciativas inspiradas en el principio de solidaridad social, terminan asumiendo la reparación de determinadas categorías de daños; sobre todo, los que se producen o pueden producirse en masa.

En cualquier caso, los riesgos que aquí más nos interesan son no tanto los colectivos que acaban de evocarse, sino los que afectan de manera individualizada al paciente y que pueden actuar como elemento generador de responsabilidad en el hôpital public y en la asistencia sanitaria. De manera

⁹⁷⁷ Se sigue aquí, en lo esencial, el trabajo de AUBY, Jean-Bernard, "Le droit administratif dans la société du risque. Quelques réflexions", en *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public du Conseil d'État, 2005, p 351-357.

⁹⁷⁸ Ya que se sigue avanzando hacia una cobertura más amplia de todo tipo de daños, como lo refleja la Ley de 4 de marzo de 2002 y el dispositivo que instaura para la indemnización de ciertos daños al margen de toda idea de culpa.

⁹⁷⁹ Cita tomada del trabajo referido en la nota anterior, en la p. 356.

especial el riesgo consustancial a toda actividad sanitaria, conocido como aléa médica o aléa thérapeutique y los llamados riesgos de desarrollo o del progreso.

Subsección 2.1.1.- La toma en consideración de los riesgos del progreso, con especial referencia a la nueva redacción del art. 141.1 L. 30/1992.

La consideración de los riesgos de desarrollo o del progreso, noción de la que se había tratado hasta ahora exclusivamente en el marco de la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, se abre paso con fuerza para abandonar sus orígenes mencionados y adentrarse en el ámbito propio del Derecho Público. Ello se debe quizá al principio de la evolución a la que se refería M. Ewald más arriba y que es susceptible de afectar al papel y a la forma en que se organiza el Estado. Una muestra de lo que acaba de expresarse, la encontramos en el art. 141.1 de la L. 30/92, norma de carácter administrativo por excelencia. Conviene recordar su redacción actual, tras la modificación introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que añadió el último inciso de este párrafo primero.

Art. 141.1 "Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos."

El precepto que nos ocupa se introdujo, fundamentalmente, con el ánimo de poner coto a la serie, bastante extensa, de sentencias condenatorias a indemnizar los daños causados por el empleo de hemoderivados contaminados con el VIH y el VHC en transfusiones. Como es sabido, hasta 1985 y 1989, respectivamente, no se pudieron detectar ese tipo de contaminación, hasta entonces desconocida. Nos hallamos pues ante lo que se conoce como riesgos

de desarrollo o riesgos del progreso.⁹⁸⁰ Tanto en la exposición de motivos de la Ley como en el previo dictamen del Consejo de Estado, se presentaba esta modificación como un supuesto de fuerza mayor. Sin embargo, tal enfoque parece incorrecto⁹⁸¹ e incluso de dudosa constitucionalidad.⁹⁸²

Sí cabe, sin embargo considerar que lo que está haciendo el legislador al añadir este inciso es precisar, en uso del poder de configuración que se le reconoce en el art. 106.2CE, un tipo de daños sobre los cuales recae el deber jurídico de soportarlos, es decir, daños que si se producen, por no ser antijurídicos no se convierten en lesión y, en consecuencia la víctima no ve nacer en su favor un derecho a ser indemnizado.

Entre los trabajos que, en el Derecho Público, se han ocupado de esta cuestión destacan los del profesor Esteve Pardo,⁹⁸³ quien pone de manifiesto como en las sociedades modernas y paralelamente al desarrollo tecnológico, se ha experimentado un cambio en el origen de los daños que pueden afectarlas.⁹⁸⁴

⁹⁸⁰ Por cierto, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de *responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, hoy derogada y refundida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, proporciona un criterio más restrictivo en su art. 6.1e), el de su puesta en el mercado, para determinar el momento crítico con relación al cual se ha de apreciar la ignorancia invencible de la potencialidad dañosa del producto para que tenga efectos exoneratorios.

⁹⁸¹ Así lo juzga JORDANO FRAGA, J., en *RAP*, 149, 1999, por entender que convierte el sistema de responsabilidad patrimonial en un sistema basado en la culpa y, en consecuencia, difícilmente admisible desde el punto de vista constitucional.

⁹⁸² Así lo entiende también HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio, "Comentarios sobre la reforma en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración" en, PIÑAR MAÑAS, José Luis, (dir.) *La reforma del procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Dykinson, 1999, en particular en las páginas 355 a 368.

⁹⁸³ Entre otros, ESTEVE PARDO, José, "La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos", en *RAP*, núm. 161, 2003 y *Técnica, riesgo y Derecho*, 2001, Ariel.

⁹⁸⁴ Como pone de relieve este autor en la p. 55,

En resumen, la fórmula introducida por el legislador español de 1999 en el 141.1 LPC, que desplaza el sistema de responsabilidad y en su lugar anima a que sean dispositivos asistenciales los que asuman estas situaciones dañosas es plenamente constitucional a mi parecer. El control del *potencial dañoso afflictivo, de origen natural*, es decir, *las limitaciones y los peligros propios de la naturaleza*⁹⁸⁵ que justificaría que con carácter general la Administración deba responder por los daños del progreso, no se da en la realidad y tampoco en el ámbito sanitario, en el que los riesgos propios de la naturaleza humana, del cuerpo humano, siguen ahí y por mucho que lleguen a controlarse o reducirse, en la más optimista de las imaginaciones, siempre quedará un núcleo irreductible de riesgo, ligado a la inherente caducidad del cuerpo, sobre el que el actuar humano no tendrá autoridad. Y es que si volvemos a fijarnos en el ámbito sanitario y dentro de él, en los daños causados por transfusiones de hemoderivados infectados por el VIH o por el VHC antes de su aislamiento, encontramos que la utilización de transfusiones fue y es un avance enorme de la ciencia y técnica médicas, que gracias a ellas se ha salvado una infinidad de vidas y se ha mejorado la calidad de vida de multitud de personas. Además, aunque el riesgo era oculto y desconocido, el producto en cuestión causó daños, pero fue aplicado para reducir otro riesgo o peligro preexistente, en beneficio del transfundido -y, además, sin ánimo de lucro-, con lo cual puede sostenerse el deber de soportarlo que pesaría sobre él.

"Históricamente, ese potencial dañoso afflictivo, tenía un origen natural: las limitaciones y los peligros propios de la naturaleza".

Que, en buena medida han sido superados y eliminados por el progreso industrial y tecnológico, a costa de los riesgos de este progreso.

"Así es como hemos pasado de una sociedad expuesta mayoritariamente, exclusivamente en un principio, a los peligros y limitaciones naturales a otra que se caracteriza por su destacada y hasta preferente exposición a los riesgos de la tecnología que ella misma ha generado. Es lo que se ha dado en llamar la sociedad del riesgo".

⁹⁸⁵ La expresión la tomo prestada del trabajo del profesor J. Esteve Pardo recién citado.

Sección 2.2.- El riesgo en la asistencia sanitaria; la cuestión del *aléa* *médical*

El riesgo es consustancial e inseparable a la vida y, en ciertas de sus facetas y sectores de actividad se hace particularmente intenso, intensidad que está conectada con la gravedad de las consecuencias dañosas a que pueda dar su realización. Una de los sectores donde el riesgo está particularmente presente es el de la actividad sanitaria; todo acto sanitario entraña riesgo. Sucede además, que su realización puede tener consecuencias fatales en la persona y sin que ese daño pueda ser cambiado de lugar, es decir, imputado a un sujeto distinto de la víctima si, como puede suceder y sucede, la realización del riesgo no ha tenido otra causa que la imprevisibilidad de las reacciones del cuerpo humano ante un tratamiento sanitario. Hay enfermos, no enfermedades, se suele decir.

Por un lado, desde el punto de vista humano, la realización dañosa del alea da lugar a situaciones dramáticas en las que la persona que lo sufre puede ver afectadas severamente sus condiciones de existencia. Por esta razón, es comprensible que busque un patrimonio al que dirigirse para que repare, de algún modo, su situación desdichada y para ello, se fuerzan y estiran los requisitos de la responsabilidad con los problemas que ello plantea y que se vienen mencionando desde la misma introducción. Por otro, en un Estado con una clara orientación social como son Francia y España, deben existir medidas de ayuda a las personas que, por las causas que sean, se encuentren en una situación de necesidad. A todo esto ha tratado de dar respuesta la L

Es ésta sin duda una de las razones que explican el que, para dar algún tipo de amparo a esas situaciones desdichadas y graves, los jueces, ya fueran administrativos o civiles, interpretaran las reglas de la responsabilidad de forma más o menos libre y generosa, llegando a arbitrar dispositivos jurisprudenciales

que mejoraran la suerte de las víctimas.⁹⁸⁶ Cabe preguntarse ahora si, después de esta Ley, las reglas de la responsabilidad *hospitalière* o civil médica en Francia se han visto descargadas de parte de la tensión a que venían siendo sometidas entre la necesaria seguridad jurídica y la siempre deseable protección de las víctimas.

Subsección 2.2.1.- Su tratamiento en el Derecho francés, especialmente tras la L. de 4 de marzo de 2002

La indemnización del *alea* médico⁹⁸⁷ o más precisamente, de los daños derivados de accidentes médicos no culpables, prevista en Francia desde la ley de 4 de marzo de 2002 relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud, ha venido a dar respuesta a una cuestión sumamente delicada y que había sido ya objeto de numerosas iniciativas legislativas⁹⁸⁸

⁹⁸⁶ Tal sería el caso por ejemplo del *arrêt Bianchi* o de las presunciones de culpa, de utilización frecuente en la jurisprudencia o de la creación jurisprudencial de determinados supuestos de responsabilidad sin culpa, que ya se han visto y que mostraron el camino que después seguiría el legislador. A modo de ejemplo de este proceso de búsqueda de la equidad por el juez administrativo, al que sigue después el legislador (en 1964 y 1975) véase MODERNE, F., "Bref propos sur une loi d'équité: la responsabilité généralisée de l'État à raison des accidents causés par les vaccinations obligatoires", *D.*, 1975, *chron.*, p.161.

"On ne peut donc considérer que les victimes d'accidents post-vaccinaux se sont volontairement exposées à ce risque. Pas d'avantage ne saurait-on avancer l'argument selon lequel les assujétis à l'obligation vaccinale, bénéficiaires du service, devraient en contrepartie supporter les dommages imputables aux vaccinations obligatoires: dans ses conclusions sur l'Arrêt d'Assemblée du 7 mars 1958, Dejous, (Rev. dr. publ.1958. 1087), le commissaire du Gouvernement Jouvin exposait à juste titre que "la vaccination est bien plus un bienfait général qu'un avantage individuel" et que "l'utilisateur de ce service n'a pas le caractère d'un bénéficiaire pur et simple."

⁹⁸⁷ Obsérvese que la propia Ley de 4 de marzo de 2002 no emplea el término *aléa médical*, sin duda porque no es pacífica en la doctrina su definición.

⁹⁸⁸ La más próxima en el tiempo, y que proponía fórmulas muy similares a las finalmente adoptadas en la Ley de 4 de marzo de 2002, es la proposición de ley relativa a la indemnización del *alea* médico y a la responsabilidad médica, presentada por el M. Claude Huriet al Senado y adoptada por éste el 26 de abril de 2001. Puede consultarse en www.senat.fr en el nº 277, de la *Session ordinaire 2000-2001, annexe au procès-verbal de la*

fallidas; esta cuestión no es otra que la situación en que quedaban las personas en las que se realizaba dañosamente el riesgo inherente a toda actuación sanitaria, cuando ésta se hubiera practicado correctamente y cuando el daño sufrido por el paciente no guardara relación con el estado inicial del paciente o con su evolución previsible⁹⁸⁹.

Antes de esta ley,⁹⁹⁰ sólo en el ámbito de la responsabilidad administrativa se había reconocido -y con las restrictivas condiciones definidas en el *arrêt* CE Bianchi de 9 de abril de 1993-, la indemnizabilidad de los daños derivados del alea médico. Fuera de esos casos, tanto en la jurisprudencia civil como en la administrativa, únicamente podían generar responsabilidad los accidentes médicos en los que hubiera mediado algún tipo de culpa. Como nos recuerda la profesora M. Deguergue,⁹⁹¹ la Cour de cassation⁹⁹² se negó a seguir los pasos del Conseil d'État en su tendencia a reconocer la indemnización de las consecuencias dañosas de un riesgo médico, del *alea*, en ausencia de culpa.

El título IV de la citada Ley, dedicado a la "reparación de las consecuencias de los riesgos sanitarios" va a amparar a las víctimas de ciertos

séance du 19 avril 2001. Sin embargo, como sus predecesoras, de las que se da cuenta en este anexo (pp.15-18), no llegó a prosperar.

⁹⁸⁹ Estos son los rasgos definitorios más importantes del *aléa médical*, según la proposición de ley de M. Huriet. "*transcribir aquí la definición dada*"

⁹⁹⁰ De especial interés resultan las consideraciones de M. Claude HURIET, entonces Presidente del Consejo de administración de la ONIAM, quien hace una primera y cualificada valoración del innovador dispositivo que estamos tratando en "Premier bilan du dispositif de règlement amiable des accidents médicaux institué par la loi du 4 mars 2002", *Les cahiers hospitaliers*, octubre 2004, pp. 4-8.

⁹⁹¹ DEGUERGUE, Maryse, note sous CE 27 octobre 2000 Centre hospitalier de Seclin. p. 309.

⁹⁹² Cass. 1re civ. 8 novembre 2000, *Gazette du Palais*, 17-19 décembre 2000, p. 48, note Jacques Bonneau. La Cour de cassation no se permitió reconocer esta modalidad de responsabilité pour risque, entre otros motivos porque está sujeta al al Code civil, a diferencia del juez administrativo, quien, en ausencia de textos legales específicos, goza de mayor margen de creatividad. En este *arrêt* se declara que:

« *la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient* ».

accidentes médicos,⁹⁹³ siempre que los daños sufridos superen un determinado umbral de gravedad y ello, con cargo a la solidaridad nacional, a través del ONIAM⁹⁹⁴. Resulta algo forzado, hasta el punto de resultar difícilmente compartible, el argumento⁹⁹⁵ según el cual la creación del dispositivo de indemnización de la ley francesa de 4 de marzo de 2002, basado en la solidaridad, buscaría restablecer el equilibrio ante la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas.

La indemnización del riesgo médico, *aléa*, puede hacerse, bien por el procedimiento de arreglo amistoso previsto en la misma Ley, bien en el marco de un proceso jurisdiccional en el que el órgano jurisdiccional competente considere que el accidente dañoso tenga su origen en un alea, en cuyo caso, traerá al proceso al ONIAM quien deberá indemnizar a la víctima.

⁹⁹³ En concreto, el art. L. 1142-1 CSP, después de haber sentado en el párrafo anterior que la regla general en materia de responsabilidad sanitaria, pública y privada, es la de la responsabilidad por culpa, establece en su apartado II que los daños resultantes de accidentes médicos en los que no medie culpa se indemnizarán con cargo a la solidaridad nacional:

"II. - Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique, de la durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire.

Ouvre droit à réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à un pourcentage d'un barème spécifique fixé par décret ; ce pourcentage, au plus égal à 25 %, est déterminé par ledit décret."

⁹⁹⁴ Office national d'indemnisation des accidents médicaux.

⁹⁹⁵ Según MARTIN, Dominique, "Le dispositif français d'ndemnisation des victimes d'accidents médicaux, par la voie du règlement amiable", en SCHAMPS, Geneviève, (Dir.) *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: Le droit médical en mouvement*, Bruylant (Bruselas) - LGDJ (Paris), 2008, p. 478, este dispositivo de solidaridad

"vise à la réparation de catastrophes individuelles que sont les accidents médicaux, qui en raison de leur caractère exceptionnel, constituent une rupture d'égalité devant les charges publiques".

El dispositivo de arreglo o solución amistosa instaurado por la Ley de 4 de marzo de 2002.

Según declara la propia Ley, su objetivo es el de mejorar la reparación de los daños ligados a una actividad de prevención, de diagnóstico o de asistencia sanitaria, al permitir que las víctimas -o sus causahabientes- de accidentes médicos, de afecciones yatrogénicas o de infecciones nosocomiales, obtengan, en el marco de un procedimiento amistoso, la reparación íntegra de los daños sufridos, se hayan producido éstos mediando culpa o no.

En cualquier caso, la Ley de 4 de marzo de 2002 da respuesta a dos de las aspiraciones más reiteradas de las asociaciones de pacientes; por un lado, la relativa a la indemnización del álea médico, -de los accidentes que se producen en el marco de la atención sanitaria- y, por otro, la referida a la creación de un mecanismo de resolución amistosa que pudiera servir de alternativa a la judicialización de los conflictos. El estudio del modelo adoptado por esta ley permite constatar que presenta las indudables ventajas de la gratuidad y de la celeridad respecto a los procedimientos jurisdiccionales.

La organización administrativa, centralizada y desconcentrada a la vez, de este dispositivo indemnizatorio se apoya en tres elementos: La CNAM - Commission nationale des accidents médicaux-, las CRCI - Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux- y la ONIAM - Office national d'indemnisation des accidents médicaux-.

a) La CNAM, bajo la dependencia de los ministros de la Santé y de la Justice, se encarga de elaborar un censo de peritos expertos en el campo de los accidentes médicos, de formarlos y de evaluarlos. De hecho, uno de los puntos fuertes de la reforma introducida por la L. de 4 de marzo de 2002 es la formación de una lista nacional de peritos, *experts*, cualificados en cuestiones relacionadas con los accidentes médicos y de evaluación del daño. Además, la iniciación del procedimiento ante la CRCI determina que, de oficio y sin coste para el solicitante, se realizará un informe pericial para evaluar la situación.

Tiene por tanto gran trascendencia esta medida, dado que en los asuntos de responsabilidad sanitaria los informes periciales suelen tener un peso determinante.

b) Las Comisiones Regionales de Conciliación y de Indemnización de los accidentes médicos (CRCI), que emiten, después de la intervención del correspondiente peritaje, un dictamen sobre la indemnizabilidad o no del daño, -según los criterios predeterminados por la Ley, relativos a su gravedad o a su vinculación con una determinada actividad o producto-, el alcance de los daños sufridos y el régimen de indemnización aplicable. Las CRCI son las ventanillas únicas a las que pueden dirigirse los perjudicados en cada ámbito territorial,⁹⁹⁶ incluso de manera simultánea y en paralelo a un procedimiento jurisdiccional. Lo primero que hace la CRCI cuando recibe una solicitud es examinar su competencia.⁹⁹⁷ Si se considera competente, ordena la práctica de un informe pericial al objeto de establecer la existencia del accidente médico, la existencia en su caso de un responsable -en virtud de la culpa que pueda apreciarse- y la evaluación del daño. A la vista del informe pericial y dentro de los seis meses siguientes a la presentación de una solicitud completa, el pleno de la CRCI se pronuncia sobre la solicitud de la víctima, ya para desestimarla ya para emitir un dictamen favorable a la solicitud de indemnización. En este último caso, el dictamen se notifica tanto a la víctima como a la entidad que deberá abonar la indemnización, que será el asegurador del profesional o centro sanitario si se ha incurrido en culpa o la ONIAM si se trata de la realización de un álea o caso fortuito, de un accidente en sentido estricto. La entidad obligada al pago debe

⁹⁹⁶ En principio, cada una de las 22 regiones de Francia podría contar con una CRCI, pero al objeto de mejorar su funcionamiento, tanto en términos económicos como de especialización, se han reagrupado en siete polos.

⁹⁹⁷ Sólo se declarará competente si el accidente se produjo después del 5 de septiembre de 2001 y si se alcanza el umbral de gravedad fijado por decreto, en la actualidad una incapacidad permanente partielle superior al 24% o por una incapacidad laboral transitoria de más de seis meses.

hacer una oferta⁹⁹⁸ de indemnización a la víctima dentro de los cuatro meses siguientes a la comunicación del dictamen y si es aceptada por la víctima -si no la aceptara, podría instar la acción judicial que procediera- se le ha de abonar en el plazo de un mes. Se plantean también dudas acerca de la naturaleza jurídica, efectos y la consiguiente impugnabilidad de los avis de las CRCI,⁹⁹⁹ sobre si la ONIAM está obligada a seguirlos o puede apartarse de ellos, como ha hecho en escasas ocasiones.

Si la aseguradora no presentara la oferta recién mencionada, la víctima puede instar la acción de responsabilidad ante el juez que corresponda o pedir a la ONIAM que le presente una oferta en lugar de la aseguradora y si la acepta, la ONIAM quedará subrogada en la posición de la víctima para reclamar¹⁰⁰⁰ frente al responsable y su asegurador ante el orden jurisdiccional competente.

Se observa una ligera tendencia ascendente en el número de solicitudes de indemnización presentadas ante las CRCI. Desde su efectiva puesta en marcha, que se produjo en 2003, hasta el 31 de diciembre de 2008 se ha presentado un total de 17.391 de solicitudes.¹⁰⁰¹

⁹⁹⁸ Que suele ser aceptada por la víctima; según los datos que recoge el Rapport d'activité du deuxième semestre 2008, p. 18, "*Le taux de refus exprès des victimes, bien qu'en légère hausse, reste bas : il est de l'ordre de 5% sur l'ensemble de l'année 2008.*"

⁹⁹⁹ JOURDAIN, Patrice. "De quelques difficultés d'application de la loi", (se refiere a la Ley de 4 de marzo de 2002) *LPA*, 29 juin 2006, n° 129. p. 22.

"À cet égard, le cadre amiable de la procédure, qui est mis en avant pour justifier le refus d'offre, n'exclut pas l'obligation pour l'ONIAM de suivre les avis des commissions. Lorsqu'elles statuent en formation de règlement amiable, les CRCI ont une mission d'appréciation du droit à réparation et de désignation du débiteur qui excède largement la mission de conciliation ; de sorte que leurs « avis » -que l'on ne saurait réduire à de simples avis consultatifs- s'apparentent en réalité à de véritables décisions qui font grief en ce qu'elles privent la victime d'une voie d'indemnisation amiable, rapide et gratuite en l'obligeant à saisir le juge. Cela implique le caractère contraignant de tels « avis ».

¹⁰⁰⁰ Sería interesante saber si se exige esta responsabilidad sistemáticamente o si se trata más bien de una declaración que en la práctica no tenga efectividad.

¹⁰⁰¹ Según los datos que pueden consultarse en www.oniam.fr y en concreto en sus memorias de actividad semestrales. En el Rapport d'activité du deuxième semestre 2008, p. 5, se detallan por años las cifras siguientes: 1907 solicitudes presentadas en 2003, 3553 en 2004, 2728 en 2005, 2736 en 2006, 3446 en 2007 y 3561 en 2008, lo que suma un total de 17 931.

c) La ONIAM es un *établissement public administratif* al que compete, entre otros cometidos, el de surtir a las CRCI de los medios necesarios para su funcionamiento e indemniza a las víctimas de los accidentes médicos, siempre que no medie culpa y, si el asegurador no indemniza a la víctima, la ONIAM lo hace en su lugar, repitiendo después frente al asegurador. También es la encargada de indemnizar a los afectados por la hormona del crecimiento,¹⁰⁰² a las víctimas del VIH¹⁰⁰³ y del VHC¹⁰⁰⁴ de origen transfusional, de las vacunaciones obligatorias y a las que pudieran resultar de la adopción de medidas sanitarias de urgencia en caso de amenazas sanitarias graves. De la ONIAM depende el *Observatoire des risques médicaux*, que se encarga de recopilar y analizar la información relativa a la siniestralidad médica y que contribuirá sin duda a reducir la escasez de datos estadísticos en este campo.

La L. de 4 de marzo de 2002 no ha resuelto, lógicamente, todas las cuestiones, como señala la profesora A. Dorsner-Dolivet,¹⁰⁰⁵ pero merece una

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Cumul
Dossiers	1907	3553	2728	2736	3446	3561	17 931
Moyenne mensuelle*		296	227	228	287	297	

¹⁰⁰² Por disposición de la loi sur la responsabilité civile médicale du 30 décembre 2002.

¹⁰⁰³ De manera efectiva, desde el 1 de enero de 2006, al igual que la indemnización de los accidentes producidos por las vacunas obligatorias.

¹⁰⁰⁴ La loi du 17 décembre 2008 ha encomendado a la ONIAM la administración de un nuevo dispositivo de resolución amistosa de las reclamaciones derivadas de la contaminación transfusional del virus de la hepatitis C, cualquiera que sea la fecha en que tuviera lugar la contaminación, una vez que se adopte el desarrollo reglamentario de la citada Ley. (En julio de 2009 aún no se había producido).

¹⁰⁰⁵ DORSNER-DOLIVET, Annick. "L'indemnisation des dommages médicaux après la loi Kouchner" *RGDM n° 9, 2003, p. 62*, "(...) Après des années d'hésitation, l'aléa thérapeutique est enfin indemnisé et à la suite d'une procédure simple et rapide. Les médecins devraient également se satisfaire de ce dispositif qui affirme que leur responsabilité ne peut, en principe, être engagée que sur le fondement d'une faute prouvée. Certes, ce dispositif fait place à des hypothèses de responsabilité sans faute, mais elles son clairement déterminées et la procédure de règlement amiable, en aboutissant à la désignation directe de l'assureur comme débiteur de la réparation, ne nécessite pas la mise en cause du médecin. En dépit de ces avancées, le

valoración positiva; por un lado, por consideraciones ligadas al Estado de Derecho, porque ha clarificado el régimen general de la responsabilidad sanitaria en el ordenamiento francés y por otro, por consideraciones más próximas al Estado social, porque ha establecido un dispositivo que, con limitaciones, permite atender a determinadas categorías de personas en situación de necesidad.

No obstante, hubiera sido deseable que la citada ley hubiera dedicado más atención a los aspectos ligados a la prevención y a la seguridad sanitaria.¹⁰⁰⁶

ystème comporte une importante lacune. Il laisse de côté un nombre considérable de victimes, puisque toutes celles dont le dommage ne dépasse pas le seuil de gravité ne pourront bénéficier de la procédure accélérée de règlement et, en dehors de l'intervention d'une conciliation, peu probable, devront saisir le juge pour obtenir réparation. Quelques mois après sa naissance, sous la pression des compagnies d'assurance et des médecins, il es d'ailleurs question de modifier la loi du 4 mars 2002 sur d'autres points, Mais c'est un phénomène dont les juristes sont maintenant coutumiers."

¹⁰⁰⁶ Principio este que, como pone de relieve el profesor DUPRAT, Jean-Pierre, "La réception par le droit des principes de nature étique », *Revue politique et parlementaire*, nº 1050, 2009, p.193 y ss., tiene unas raíces de origen ético:

"Pour les individus, ce principe, conduit à une meilleure prise en compte de la préservation de leur état de santé à l'occasion des activités biomédicales. Ainsi la sécurité sanitaire est devenue un principe juridique qui n'est que la transposition du principe éthique de non-malfaisance, mais également du principe d'équité, voire de justice."

II) LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN EL ESTADO SOCIAL O LA PERTURBADORA DIFUMINACIÓN DE LA FRONTERA ENTRE RESPONSABILIDAD Y SOLIDARIDAD

En ocasiones es difícil distinguir donde empieza la responsabilidad, la obligación de reparar un daño por haber lesionado algún bien jurídico de otro sujeto y donde empiezan las distintas variantes de compensación o indemnización de determinados daños en virtud de decisiones más o menos libremente adoptadas por los poderes públicos. Un ejemplo de lo que acaba de decirse nos lo ofrecen los distintos fondos de indemnización¹⁰⁰⁷ que han ido apareciendo a uno y otro lado de los Pirineos. Ello quizá se deba a un fenómeno que está cada vez más presente; la socialización de los riesgos, por otra parte, coherente con la dinámica de los Estados que tienen una marcada orientación social, como es el caso de Francia y de España.

Así, como se afirma en el *Rapport public* de 2005 del Conseil d'État, la *socialisation du risque*¹⁰⁰⁸ se da cuando

"l'indemnisation des conséquences dommageables d'un risque est sans lien avec la responsabilité, ou lorsque le financement de cette indemnisation est, soit a priori soit a posteriori, déconnecté de cotisations ou de prélèvements individuels, ou encore lorsque la puissance publique est impliqué dans cette indemnisation, même en l'absence de responsabilité directe dans un dommage"

¹⁰⁰⁷ Por ejemplo, los creados para indemnizar u ofrecer ayudas sociales a las víctimas del terrorismo o de actos violentos, a los afectados por transfusiones de sangre y hemoderivados contaminados, por la hormona del crecimiento, por la asbestosis, etc.

¹⁰⁰⁸ *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport 2005 du Conseil d'État, p.205

El legislador, el juez y los sujetos privados parecen sostener esta tendencia hacia una cada vez mayor socialización del riesgo, porque como se señala en el citado *rapport*

"cette évolution participe à l'idée qu'il y a des risques sociaux dont il serait injuste de laisser porter la charge par les seules victimes sans la partager, dès lors qu'il était hors de leurs moyens de se prémunir contre eux".

Esta afirmación, relativa a la apreciación como injusta de una determinada situación y por tanto como acreedora potencial de la solidaridad que socializa la reparación de ciertos daños, alude a la idea matriz que late bajo cualquier planteamiento que tenga que ver con la responsabilidad extracontractual; la idea de justicia y la de equidad, a ella directamente conectada. Ambas se erigen en auténticos motores de la evolución del ordenamiento jurídico en general y del derecho de la responsabilidad, de manera aún más acusada si cabe. Así, la calificación de una determinada conducta o situación como justa o como injusta y la introducción de consideraciones ligadas a la equidad, es tributaria de la percepción que de esas conductas y situaciones tenga el grupo predominante en el seno de un conjunto social y en función de una serie de valores o referencias que, a su vez, van también evolucionando. Todo lo cual, determina que el umbral de la aceptabilidad individual y social del riesgo o del daño va cambiando pues con el tiempo y, en los últimos decenios, además de manera notoriamente acelerada, como aceleradamente están cambiando las sociedades tenidas por desarrolladas, como pueden ser la francesa o la española. Avanzamos, parece, hacia una cada vez mayor socialización del riesgo y llegaremos, quizá, siguiendo la trayectoria que intuía B. Starck¹⁰⁰⁹ a un

1009 STARCK, Boris, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, Paris, 1947.

En la p. 71 afirma que la teoría de la garantía, en la que queda a cargo de la víctima el caso fortuito, no es el término de una evolución sino una etapa hasta la fase siguiente, la del seguro. Los dos próximos retos, la garantía frente al caso fortuito y frente a la insolvencia del autor de los daños -ya se busca a través del aseguramiento obligatorio y de los fondos de garantía.

Algo parecido a lo que, desde otra óptica, sostenía Léon Duguit.

punto en que la persona no deba asumir y soportar individualmente situación adversa alguna, con todo lo bueno y lo malo que esto lleve aparejado.

Como se afirma en el Rapport del Conseil d'État de 2005, quizá la mayor dificultad que presenta el estudio de la responsabilidad estribe en que generalmente se aborda un problema social con instrumentos de análisis y categorías propias del Derecho.¹⁰¹⁰

* * *

Título I.- LA BÚSQUEDA DE LA REPARACIÓN Y EL CARÁCTER SOCIAL DEL ESTADO. LA TENSION ENTRE RESPONSABILIDAD Y SOLIDARIDAD

Por las razones antes mencionadas, nos hallamos con frecuencia ante situaciones en las que la sociedad, más bien los individuos, por una escasa tolerancia hacia el infortunio, hacia las realizaciones dañosas del riesgo siempre presente, cuando sufren un daño, éste no se acepta fácilmente y se tiende a buscar un responsable. Alguien que pueda reparar ese daño que hoy no se acepta. Se busca, como digo un responsable y esa búsqueda termina adoptando en ocasiones la forma de un proceso judicial y se traslada esa presión a los órganos jurisdiccionales.

Lo hemos visto en el campo de la responsabilité hospitalière; con el arrêt Bianchi. El juez administrativo, que, en ausencia de textos legales directamente

¹⁰¹⁰ Aunque refiriéndose al proceso de formación de la ley francesa de 9 de abril de 1898, que estableció el principio de la responsabilidad sin culpa y casi automática del empleador por los accidentes laborales de sus empleados, puede leerse una afirmación coincidente en el Rapport de 2005. P. 215.

aplicables,¹⁰¹¹ tiene un poder de creación jurídica bastante amplio en el ordenamiento francés, en uso de esa facultad, estableció un nuevo supuesto de responsabilité sans faute, por riesgo, aunque sujeto a unos requisitos muy estrictos. Seguramente, fueron razones ligadas a la equidad las que movieron al juez administrativo a crear esta modalidad de responsabilité pour risque, ante los graves e inesperados daños sufridos por el demandante. Salvando las distancias, que son muchas; la STS que, en el triste asunto del envenenamiento masivo por aceite de colza desnaturalizado, condenó a un funcionario por la comisión de una falta y declaró al Estado responsable civil subsidiario del pago de la responsabilidad civil derivada de la infracción penal, que era extraordinariamente cuantiosa. Seguramente, fueron también razones ligadas a la equidad las que llevaron al Tribunal Supremo a dictar esta sentencia, ante la situación dramática de los miles de afectados.

Se aprecia así cómo la solidaridad y la responsabilidad se hallan con frecuencia en tensión y la línea divisoria entre ellas no siempre es clara. Conviene por ello recordar, la acertada afirmación que puede leerse con relación a estas cuestiones en el Rapport public del CE de 2005¹⁰¹²

"Le juge ne peut se substituer à l'action du législateur. Dans le cadre des affaires contentieuses sur l'aléa thérapeutique, il est allé là encore aussi loin que possible, à la limite de la rupture de l'égalité devant les charges publiques, avec l'admission de la réparation de l'aléa médical dans de cas exceptionnels, et de la solidarité nationale, en faveur du patient usager. Mais c'est au législateur qu'il revient d'imposer une orientation générale et de définir le cadre et les objectifs de la solidarité, ce qu'il a fait par la loi du 4 mars 2002".

¹⁰¹¹ Como pasaba en la responsabilité hospitalière hasta la Ley de 4 de marzo de 2002.

¹⁰¹² *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport 2005 du Conseil d'État, p.228.

Capítulo único.- RESPONSABILIDAD Y SOLIDARIDAD: LA DETERMINACIÓN DE LA LÍNEA DIVISORIA ENTRE UNA Y OTRA CATEGORÍA Y LA COMPLEMENTARIEDAD ENTRE AMBAS

Me parece que aporta un punto de vista interesante, la referencia del profesor Gracia Guillén a la responsabilidad y a sus distintas especies,¹⁰¹³ sobre lo que denomina "responsabilidad"¹⁰¹⁴ consecuente o jurídica", que desde el siglo XIX se generaliza, que:

"Uno es responsable de lo que ha hecho, lo cual significa que debe cargar con las sanciones o penas que conlleve el incumplimiento de las normas. Responsabilidad es, pues, la obligación de reparar o sufrir la pena. Se es responsable de las "consecuencias". Por eso decidí denominarla "responsabilidad consecuente o jurídica. Hay otro sentido del término responsabilidad que no es consecuente sino antecedente, ni tampoco jurídico, sino moral. El derecho no tiene por objeto primario juzgar las

¹⁰¹³ GRACIA GUILLÉN, Diego, Fundamentos de bioética, Triacastela, 3ª ed., 2008, pág. 4.

¹⁰¹⁴ A propósito de la responsabilidad profesional, p.51, este mismo autor señala que en Grecia algunas profesiones se constituyeron siguiendo el modelo del sacerdocio, sujetas a una responsabilidad profesional más religiosa que jurídica:

"Quizá debe recordarse que el verbo "responder" (...) proceden del verbo latino spondeo, cuyo primer sentido es el de adquirir un compromiso solemne de carácter religioso. (como los esponsales en los que el padre prometía a su hija en matrimonio) (...) De spondeo deriva respondeo, que significa responder, pero en el sentido preciso de "cumplir un compromiso solemnemente asumido".

Es importante no perder de vista este significado originariamente religioso y moral del término responsabilidad. En este sentido, parece que podría hablarse de dos tipos de responsabilidad, una "fuerte" o moral y otra "débil" o jurídica.

"(...) lo mismo que hay dos tipos de responsabilidad, la fuerte y la débil, hay dos tipos de profesiones, las fuertes y las débiles, que tradicionalmente se han llamado "profesiones", las primeras y "ocupaciones" u "oficios", las segundas. (...) las ocupaciones u oficios han estado siempre sometidas a responsabilidad jurídica, en tanto que las profesiones propiamente dichas han gozado de impunidad jurídica, precisamente por hallarse sometidas a la responsabilidad fuerte o moral. En consecuencia, puede afirmarse que históricamente ambas responsabilidades, la moral y la jurídica, no sólo no han ido parejas, sino que más bien han sido antagónicas: el disfrute de la responsabilidad fuerte eximía de responsabilidad jurídica y al revés. (...) A las profesiones auténticamente tales se les suponía máxima responsabilidad moral y, por ello, también elevada impunidad jurídica. Por impunidad jurídica no entiendo impunidad "de jure", por tanto, ausencia de reglas o normas jurídicas que permitan juzgar o procesar a los profesionales. Si se analiza la historia de la medicina, se ve que estas normas no han sido escasas; pero que de facto la impunidad ha sido prácticamente total."

intenciones recónditas de los actos sino la acción externa y sus consecuencias. En eso se diferencia de la ética, como ya se encargó de puntualizar Kant. Y es que la ética ve la responsabilidad de frente, no por detrás; (...)"

Sección única.- La Ley de 4 de marzo de 2002, ¿un paso más hacia la aproximación de los dos sistemas? La posible proyección de las respuestas de la ley de 4 de marzo de 2002 en el Derecho español

No se puede considerar que la Ley de 4 de marzo de 2002 represente un paso más en la aproximación de ambos sistemas de responsabilidad sanitaria, o sí. Pero para afirmar que sí, deberíamos hacer abstracción del importantísimo dispositivo de indemnización que esta ley crea, que en sentido estricto no es un sistema de responsabilidad, para las categorías de daños que hemos visto, con cargo a la solidaridad nacional. Porque este tipo de supuestos, los accidentes médicos graves, es decir la realización dañosa del riesgo médico, las infecciones nosocomiales y las afecciones yatrogénicas, no determinan el nacimiento de la obligación de reparar con cargo a la Administración sanitaria. Aunque es cierto que, en la jurisdicción contencioso-administrativa también se ha recurrido¹⁰¹⁵ a la teoría del daño desproporcionado, en virtud de la cual el órgano jurisdiccional invierte la carga de la prueba.

Hecha esta abstracción, entonces sí se puede considerar que, paradójicamente, al confirmar la Ley de 4 de marzo de 2002 el principio de responsabilidad por culpa, se ha producido una cierta aproximación entre el régimen jurídico de la responsabilité hospitalière y el de la

¹⁰¹⁵ Aunque con mucha menos frecuencia que la Sala de lo Civil del TS, que emplea corrientemente la teoría de la *res ipsa loquitur*.

responsabilidad por asistencia sanitaria. Y ello, en razón del ya mencionado papel real que desempeña la culpa como factor de convergencia, a pesar de que el sistema español es de corte objetivo.

Ahora bien, el modelo diseñado en esta Ley es sumamente sugestivo, en la medida en que permite atender situaciones de daños graves, en las que no hay un sujeto responsable del daño al que incumba la obligación de reparar. El dispositivo de indemnización previsto en la Ley de 4 de marzo de 2002 supone además que toda persona que, reuniendo las condiciones establecidas de gravedad y anormalidad del daño será indemnizada, bien con cargo a la solidaridad nacional, bien con cargo al asegurador del centro o profesional sanitario, en caso de faute. Con lo cual, la dificultad de prueba, que con frecuencia es extraordinaria en los asuntos de responsabilidad sanitaria, queda de algún modo neutralizada, al menos desde el punto de vista de la reparación que recibe la víctima, en uno u otro caso. El elemento de lotería¹⁰¹⁶ al que algunos se han referido, con relación a la prueba de la culpa en los casos de responsabilidad, quedaría así diluído.

Este sistema sólo parece ofrecer ventajas¹⁰¹⁷ y por tanto, sería aconsejable estudiar la implantación¹⁰¹⁸ de un sistema parecido en

¹⁰¹⁶ Royal Commission of inquiry into compensation for personal injury (Chairman: Mr. Justice Woodhouse), *Compensation for Personal Injury in New Zealand: Report of the Royal Commission of Inquiry*, Wellington, 1967. En él puede leerse, "the negligence action is a form of lottery" OLIPHANT, Ken, "Accident compensation in New Zealand: An overview", en SCHAMPS, Geneviève, (Dir.) *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: Le droit médical en mouvement*, Bruylant (Bruselas) - LGDJ (París), 2008, p. 454

¹⁰¹⁷ En la doctrina francesa, la valoración mayoritaria es positiva; vid. RADE CHRISTOPHE, « La réforme de la responsabilité médicale après la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », *Chroniques, Responsabilité civile et assurances*, éditions du juris-classeur, mayo de 2002.

España, con alguna modulación. No obstante, se plantean algunas dudas.

¿Qué justificaría que a las personas que sufran los daños graves que estamos viendo se les indemnizara y a otras personas que, por causas diversas, se encontraran en situaciones similares no se les indemnizara? ¿No sería más acorde con el carácter social presente en la Constitución española que se tratara de ofrecer ese apoyo a toda persona que se encontrara en esa situación de necesidad? Indudablemente sí, pero eso nos enfrenta a la difícil cuestión de los recursos, siempre limitados, de que se dispone.

Por ello, el modelo de indemnización por los accidentes médicos definido en la Ley francesa de 4 de marzo de 2002, siendo muy positivo, no resultaría trasladable a España. Por razones de prudencia en la gestión del dinero público y, sobre todo, porque resultaría más ventajoso para el conjunto de la población que esas medidas de apoyo se

"Au-delà d'une réforme importante de la responsabilité médicale, la loi du 4 mars 2002 pourrait bien préfigurer la responsabilité civile du troisième millénaire. En maintenant le principe d'une responsabilité individuelle pour faute, associée à une obligation d'assurance, et en créant un organisme public chargé, au nom de la solidarité, d'indemniser les dommages qui échappent au domaine de la responsabilité individuelle, la loi du 4 mars ouvre la voie à une refonte globale d'un droit de la responsabilité défiguré par plus d'un siècle d'avancées jurisprudentielles nécessaires mais qui ont fait disparaître toute cohérence à l'ensemble. L'heure de la réforme a sonné."

¹⁰¹⁸ En Bélgica, la Loi du 15 mai 2007 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé, Moniteur belge, 6 juillet 2007, pp. 37.151 y ss. excluye la aplicación del derecho común de la responsabilidad civil en el ámbito de la asistencia sanitaria. Establece en su lugar un sistema de indemnización objetivo, aunque con limitaciones al principio de reparación integral, de las consecuencias dañosas de una prestación de asistencia sanitaria, de la ausencia de dicha prestación e incluso de una infección nosocomial, siempre que esas consecuencias dañosas sean imprevisibles, teniendo en cuenta el estado del paciente y los conocimientos científicos en el momento de la prestación o en el momento en que ésta hubiera debido producirse. DELVAUX, Paul-Henry, "Quelques observations critiques sur la réforme", en SCHAMPS, Geneviève, (Dir.) *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: Le droit médical en mouvement*, Bruylant (Bruselas) - LGDJ (París), 2008, pp. 511-522.

encuazaran a través de la Seguridad Social, de las medidas de apoyo a las personas en situación de dependencia u otras que, desde luego, excluyeran el principio de reparación integral que preside el dispositivo previsto en la citada ley. A todo ello se podría unir una política orientada al fomento de la contratación¹⁰¹⁹ de pólizas de seguros que cubrieran este tipo de riesgos, pólizas que incluso se podrían ofrecer a los pacientes en el momento de formalizar el ingreso en el establecimiento sanitario.

* * *

Título II.- MODALIDADES DE ACTUACIÓN QUE BUSCAN PROPORCIONAR UNA MAYOR PROTECCIÓN A LA PERSONA. EL LÍMITE DE LOS RECURSOS DISPONIBLES Y LA SOLIDARIDAD NACIONAL EN ACCIÓN COMO CONSECUENCIA DEL ESTADO SOCIAL

Parece oportuno empezar este título, citando al profesor Gracia Guillén,¹⁰²⁰ para insistir en que la responsabilidad tiene sus límites o, al menos, debe tenerlos:

"La medicina ha de tomar continuamente decisiones de acuerdo con la llamada "teoría de la decisión racional" que nos enseña cómo decidir en situaciones de "incertidumbre", por tanto sin llegar a la certeza. Estas decisiones están basadas siempre en el cálculo de probabilidades. La decisión racional es, obviamente, la más probable. A nadie puede exigírsele más. Los tribunales tampoco pueden exigir más al médico."

Estos límites, si bien no permanecen inamovibles en la historia, se encuentran a la defensiva frente a la tendencia general que se observa en las

¹⁰¹⁹ Acompañadas de los programas de ayudas necesarios para permitir que las personas con recursos económicos escasos pudieran acogerse, también a esta fórmula de aseguramiento.

¹⁰²⁰ GRACIA GUILLÉN, Diego, Fundamentos de bioética, Triacastela, 3ª ed., 2008, p. 172:

sociedades opulentas hacia la ampliación de la responsabilidad o, mejor dicho, hacia la exigencia por parte del individuo moderno de una reparación para todo daño que pueda sufrir.

En cualquier caso, dentro del necesario reforzamiento de esos límites, es preciso insistir en la importancia en no asimilar todo error a la culpa.¹⁰²¹ Como afirmaba el profesor A. Tunc:¹⁰²²

"On peut définir l'accident comme un événement fâcheux qui survient contre la volonté de l'homme. L'accident peut être purement fortuit. Le plus souvent, pourtant, il résulte d'un erreur. Mais l'erreur est inhérente à l'activité humaine: elle ne répond donc pas à la définition de la faute qui, seule, devrait entraîner responsabilité. (...) lorsque l'erreur est permanente de la part de tous et que c'est une fâcheuse conjonction de circonstances qui la rend nocive, le dommage qui en résulte mérite bien d'être appelé "accidentel".

En esta línea, además de recordar que errar es consustancialmente humano y, por tanto, no todo error será, automáticamente, constitutivo de culpa, conviene aludir al doble enfoque con se puede examinar el error, siguiendo a J. Reason,¹⁰²³ lo cual tiene importancia en lo que se refiere al análisis de los errores del sistema. Porque ahí, en el sistema se añade a los errores propiamente humanos, aquellos que esconde o genera el propio sistema como ha puesto de relieve el estudio realizado en 1999 en EE.UU. y

¹⁰²¹ Véase sobre esta crucial distinción, PENNEAU, Jean, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, LGDJ, 1973.

¹⁰²² TUNC, André, "Préface", en PENNEAU, Jean, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, LGDJ, 1973. Da por sentado que:

"Il est maintenant admis que l'indemnisation des victimes d'accidents doit être détachée de la responsabilité civile. (...) La responsabilité civile tend à reporter la charge d'un dommage de la victime qui l'a supporté sur un responsable. Le dommage accidentel ne doit ni être subi sans recours pour la victime, ni reporté sur une autre personne: le plus possible, il doit être pris en charge par une collectivité afin d'être, en quelque sorte, dilué. (...)"

¹⁰²³ REASON, James, "Education and debate. Human error: models and management" *BMJ* 2000;320(7237):768 (18 March)

"Two approaches to the problem of human fallibility exist: the person and the system approaches The person approach focuses on the errors of individuals, blaming them for forgetfulness, inattention, or moral weakness The system approach concentrates on the conditions under which individuals work and tries to build defences to avert errors or mitigate their effects."

titulado *To err is human*,¹⁰²⁴ según el cual morirían miles de personas al año por este tipo de errores¹⁰²⁵

"When extrapolated to the over 33.6 million admissions to U.S. hospitals in 1997, the results of the study in Colorado and Utah imply that at least 44,000 Americans die each year as a result of medical errors. The results of the New York Study suggest the number may be as high as 98,000. Even when using the lower estimate, deaths due to medical errors exceed the number attributable to the 8th-leading cause of death. More people die in a given year as a result of medical errors than from motor vehicle accidents (43,458), breast cancer (42,297), or AIDS (16,516)."

Parece pues claro que hay que dedicar atención a esta cuestión de los errores en el sistema sanitario, individuales y propiciados por el propio sistema.

* * *

Capítulo 1.- LA RESPONSABILIDAD, ¿BASTA PARA OTORGAR UNA PROTECCIÓN SATISFACTORIA DE LA PERSONA EN EL ÁMBITO HOSPITALIÈRE/SANITARIO? LA RESPONSABILIDAD Y SUS LÍMITES

La responsabilidad es, indudablemente, una pieza esencial dentro del sistema de garantías que para la persona se prevén o se establecen en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, cuando se pone en funcionamiento esta institución jurídica es porque antes, necesariamente se ha producido un daño.

¹⁰²⁴ Linda T. Kohn, Janet M. Corrigan, and Molla S. Donaldson, Editors; *To Err Is Human: Building a Safer Health System*; Committee on Quality of Health Care in America, Institute of Medicine, 2000, páginas 26 y 27.

¹⁰²⁵ Errores que además, en el planteamiento dominante hoy -y que, justamente, se pretende cambiar con iniciativas como este informe-, tienden a provocar actuaciones defensivas y de ocultación: (P. 47)

"The common initial reaction when an error occurs is to find and blame someone. However, even apparently single events or errors are due most often to the convergence of multiple contributing factors. Blaming an individual does not change these factors and the same error is likely to recur. Preventing errors and improving safety for patients require a systems approach in order to modify the conditions that contribute to errors. People working in health care are among the most educated and dedicated workforce in any industry. The problem is not bad people; the problem is that the system needs to be made safer."

Por tanto, la responsabilidad no basta para proteger satisfactoriamente a la persona en el ámbito sanitario, o al menos, no basta para evitar que la persona que es atendida en el hôpital public o en el SNS sufra un daño.

En el ámbito de estudio de esta tesis, además, este daño incide en bienes del mayor valor para la persona como son su integridad física y su propia vida. Por esta razón, por el extraordinario valor de estos bienes, es preciso completar el mecanismo de garantía que es la responsabilidad, que actúa necesariamente a posteriori, con algún tipo de mecanismo que, actuando a priori, permita evitar que algunos de esos daños se produzcan. En este sentido, la función reparadora que, primeramente, cumple la responsabilidad debe acompañarse con un adecuado sistema que permita conocer, gestionar y prevenir los riesgos, que en este ámbito de actividad están singularmente presentes. Según se vio más arriba, la responsabilidad cumple también una función preventiva y depuradora en el sentido de que muestra una forma de actuar correcta, por la vía indirecta de excluir la obligación de indemnizar si se ha seguido esa vía señalada. Pero esta función preventiva está algo descuidada u oculta por la reparadora. Sobre todo en las grandes estructuras sanitarias, apenas llega el eco de una posible condena a indemnizar.

Pues bien, desde una concepción ideal de las cosas, la mejor protección que se puede brindar al paciente es esa protección preventiva a la que se está aludiendo y no la resarcitoria, por eso es necesario potenciarla, sobre todo, tratando de anticiparse a la producción del daño. Porque además, en el ámbito sanitario la culpa, la faute, o más precisamente, la forma tan amplia en que se interpreta este concepto por la jurisprudencia no resulta siempre adaptada a la realidad del entorno sanitario moderno. Este tiende cada vez más a una mayor especialización y tecnificación, el elemento personal, que sigue siendo imprescindible y esencial, se ve con frecuencia superado por el elemento de la organización del sistema; lo que supone que la correcta atención sanitaria dispensada en los centros y establecimientos sanitarios depende casi tanto si no más de cómo esté organizado el sistema que de la actuación individual de un concreto profesional sanitario.

Se aprecia además una cierta paradoja. La medicina es hoy mucho más eficaz que lo era hace veinte, treinta años; gracias a ello, se vive más tiempo y en mejores condiciones, pero esa eficacia también comporta riesgos, dado que también se practican intervenciones más invasivas y, en general, está más tecnificada y más estructurada como un sistema organizado como una cadena de prestaciones personales y materiales. Prestaciones que dispensan equipos de personas que van rotando. Apenas queda nada de la relación personal, de respeto al médico de cabecera que, personalmente, atendía a su paciente y controlaba todos los procesos.

Otra de las notas más características de la asistencia sanitaria y de los daños que con ocasión de su prestación pueden darse, tiene que ver con la peculiar naturaleza de los bienes sobre los que incide esta actividad administrativa. Estos bienes no son otros que la propia vida y la integridad física de la persona, su salud y en directa relación con lo anterior su propia calidad de vida. Ello hace que este campo de actividad sea extraordinariamente sensible y que, con frecuencia, la naturaleza de los daños a que puede dar lugar, tiene que ver más con el daño moral que con el estrictamente material. Estas consideraciones aconsejan sin duda que se introduzca alguna modificación normativa relativa a la valoración de los daños, dada la extraordinaria dificultad que en este sector plantea esta cuestión; los baremos orientativos o el *référéntiel* que maneja la ONIAM pueden cumplir satisfactoriamente esa función.

Igualmente y relacionado con todo lo anterior, dado que lo que verdaderamente conviene, tanto al interés individual del paciente como al interés general al que se refiere el artículo 103 de la Constitución y que está también patente en el Derecho público francés, es que se reduzca al máximo la probabilidad de que se produzcan daños a los pacientes y usuarios del sistema sanitario, sería conveniente introducir mecanismos y técnicas jurídicos para analizar y reducir, en lo posible, los riesgos. Lo anterior se afirma ante la evidencia de que gran parte de los daños, en su mayoría evitables, que se producen en el ámbito sanitario responden, más que a conductas culposas individuales o a un funcionamiento anormal preciso y concreto, a una

agregación de deficiencias que, individualmente consideradas, son apenas perceptibles y que sumadas pueden dar lugar a la producción de un accidente o incidente dañoso, a un acontecimiento adverso, *ou événement indésirable*. Se trata de los riesgos que podríamos llamar sistémicos, o imputables más al sistema en sí, que en el ámbito sanitario es, en ocasiones, de extrema complejidad.

En la línea de lo recién expuesto, se ha abierto en distintos países un proceso de reflexión acerca de la necesidad de establecer instrumentos adecuados para la gestión y, sobre todo la prevención de esos eventos dañosos. En este sentido hay que destacar el informe de la ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE,¹⁰²⁶ *De la sanction à la prévention. Pour une prévention des événements indésirables liés aux soins*, que presenta el mayor interés respecto a la necesidad de potenciar la prevención de los événements indésirables que pueden darse, con graves consecuencias, en todo sistema productivo o de actividad. Este informe propone, nada menos, que es necesario "*un changement de comportement des soignants dans leur responsabilité personnelle et collective*."

Unido a ello, se aprecia otra línea de reflexión, fundamentalmente en EE.UU., que incide, además de la conveniencia de formar a los profesionales sanitarios en la cultura de la gestión de riesgos y sin descuidar el lado más humano de las relaciones médico-paciente, que lleven a aquél a dar las explicaciones que sean precisas, incluso a disculparse y manifestar su pesar ante una situación dañosa o desfavorable que el paciente sufre directamente en su persona.¹⁰²⁷ En esta línea se sitúa la iniciativa que los entonces

¹⁰²⁶ ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, *De la sanction à la prévention. Pour une prévention des événements indésirables liés aux soins*, Rapport adopté dans sa séance du mardi 4 avril 2006.

¹⁰²⁷ WOJCIESZAK, Doug, BANJA, John and HOUK, Carole, "The Sorry Works! Coalition: Making the Case for Full Disclosure", in Joint Commission Journal on Quality and Patient Safety , Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organizations (USA), June 2006 Volume 32 Number 6, pp. 344-350, promovido por distintas asociaciones del ámbito sanitario en los Estados Unidos de Norteamérica, donde casualmente mayor desarrollo, cuando no hipertrofia

senadores H. Clinton y B. Obama presentaron al Senado el 28 de septiembre de 2005; un proyecto de Ley, The National Medical Errors Disclosure and Compensation (MEDiC) Bill (S. 1784),¹⁰²⁸ con la intención de desbloquear algunas propuestas anteriores de reforma del sistema de responsabilidad médica y de hacer hincapié en la necesidad de incrementar la seguridad de los pacientes. De hecho, uno de los principales problemas que se plantean en lo que se conoce en EE.UU. como "medical liability crisis" tiene que ver con la cuantía, cada vez más elevada, de las primas que tienen que abonar los médicos para cubrir sus riesgos de responsabilidad civil profesional.¹⁰²⁹ En un sistema como el estadounidense, en el que predomina la asistencia sanitaria privada, este coste se termina trasladando al usuario final, lo que se traduce en un encarecimiento de la asistencia sanitaria.

En conclusión, lo anterior se orienta a tratar de conseguir un mayor nivel de seguridad del paciente, quizá a la imagen, de seguimiento, estudio y prevención de los accidentes e incidentes en el ámbito aeronáutico. Si bien es cierto que, en materia de responsabilidad por accidentes de aviación nos hallamos ante un auténtico sistema de responsabilidad objetiva,¹⁰³⁰ lo cual

ha alcanzado la responsabilidad civil general y médica en particular. Lo cual no deja de ser significativo.

¹⁰²⁸ Véase el artículo explicativo en una de las publicaciones más prestigiosas del sector, RHODAM CLINTON, H., and OBAMA, B., "Making Patient Safety the Centerpiece of Medical Liability Reform", *The New England Journal of Medicine* 354; 21, no. 9531 (May 25, 2006): 2205-2208. MEDLINE with Full Text, EBSCOhost (accessed August 4, 2009).

¹⁰²⁹ En el Estado de Florida, en 2001, para un especialista en ginecología y obstetricia, el importe anual de la prima de responsabilidad civil profesional (malpractice liability) ascendía a una cantidad de entre 63.000 y 203.000 dólares, según los datos que recoge el Medical Liability Monitor. Trends in 2001 rates for physicians' medical professional liability insurance. Chicago: Medical Liability Monitor, 2001 y que se citan en KESSLER DP, SUMMERTON N, AND GRAHAM JR. "Effects of the medical liability system in Australia, the UK, and the USA.", *The Lancet* 368, no. 9531 (July 15, 2006): pp. 240-246, en particular en la p. 240. MEDLINE with Full Text, EBSCOhost (accessed August 5, 2009).

¹⁰³⁰ De acuerdo con el Convenio de Chicago de 1972, así lo recoge la Ley de Navegación Aérea de 1964, que desliga la indemnización de la concurrencia de culpa o negligencia, si bien establece unos topes indemnizatorios.

facilita que las personas implicadas den toda la información relativa a los accidentes o incidentes, cosa que no sucede de igual manera en el ámbito sanitario¹⁰³¹

* * * *

Capítulo 2.- LA SOLIDARIDAD NACIONAL COMO MANIFESTACIÓN DEL CARÁCTER SOCIAL DEL ESTADO

Se ha visto ya como la Ley de 4 de marzo de 2002, fundándose en este principio de solidaridad nacional ha establecido un dispositivo indemnizatorio de ciertas categorías de daños al margen de toda idea de culpa; sólo por el acaecimiento de un accidente, grave, con ocasión de la atención sanitaria recibida, independientemente del carácter público o privado del establecimiento o profesional sanitario actuante. No se trata de un caso aislado, pero sí es especialmente significativo, aunque se inserta en un proceso más amplio que permitía afirmar al profesor J. Waline¹⁰³² que

"De plus en plus joue le principe de solidarité nationale proclamé par les auteurs du Préambule de la Constitution de 1946. L'objectif es bien pour reprendre la formule de M. Truchet « à tout dommage, réparation ». A cette tâche sont attelés tout à la fois le juge et le législateur. Reste à savoir quelles limites il convient d'assigner à ce phénomène. Cela suppose, à titre de préalable, que l'on ait bien pris conscience de l'évolution à laquelle nous assistons."

¹⁰³¹ Desde luego no en el ámbito privado, ni en Francia ni en España y de manera más próxima, podría darse en el campo de la responsabilité hospitalière y, aún más, en el de la responsabilidad patrimonial de la Administración, dado que ésta responde directamente del daño.

¹⁰³² WALINE, Jean. "L'évolution de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques ». *Etudes et documents CE Rapport Public 1994*, nº 46. p. 468-469.

Es preciso considerar que la prestación del servicio público de la atención sanitaria, quizá más que otras actividades públicas, puede ocasionar, incidentalmente y sin que incurran en culpa alguna los agentes públicos intervinientes, daños de envergadura, trascendentales que, condicionando intensamente la vida del afectado, despiertan la sensibilidad de cualquiera. En efecto, en este ramo de actividad administrativa siempre está presente un alea médico que puede concretarse, sin que haya conducta culposa, en gravísimos daños.

De otro lado, es una realidad constante que los jueces, movidos por la envergadura de la afectación y habilitados por una regulación jurídica de la cuestión no suficientemente clara o que, visto de otro modo, les reconoce un poder de apreciación muy amplio. tienden, con una frecuencia que es preocupante, a estimar demandas de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en casos en que la conducta de los agentes públicos fue plenamente diligente.

La cuestión es si este repetido comportamiento judicial encuentra apoyo en la institución de la responsabilidad patrimonial y de la responsabilité hospitalière y en caso de que no lo tenga, si hay en nuestro ordenamiento jurídico algún mecanismo que permita encauzar eficazmente esta predisposición a atender de alguna manera la situación de necesidad en que queda el individuo afectado por la concreción dañosa del alea médico.

Es evidente, refiriéndonos a la primera cuestión, que la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, al igual que la responsabilité hospitalière, son modalidades de responsabilidad extracontractual y responden, por tanto, al principio de indemnidad, de suerte que sólo entra en juego cuando quien reclama ha sufrido un daño en sentido jurídico, esto es, una lesión que reúna los requisitos previstos en la ley, entre ellos, como venimos sosteniendo, la concurrencia de una conducta culposa de parte de los agentes públicos que intervinieron en la producción del daño. En otras palabras, ni la responsabilité hospitalière ni el instituto de la responsabilidad patrimonial ofrecen cabida a aquellos resultados dañosos que,

por muy importantes que sean y por mucho que mediaticen la vida de la persona afectada, sólo constituyen una lesión en sentido coloquial, y no desde una perspectiva jurídica, en la medida que no han sido causados por una conducta culpable que permita imputar el daño a un sujeto distinto del que lo ha sufrido. En fin, esta inadecuación de la figura jurídica de la responsabilidad extracontractual para atender a estas situaciones de necesidad es lo que han venido expresando la jurisprudencia y la más autorizada doctrina cuando dicen que la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no equivale al aseguramiento social de todo tipo de daños que pudiera sufrir un individuo.

Llegado a este punto y una vez constatada la tendencia de jueces y tribunales a apreciar, - aun faltando de un modo claro la culpa o el mero funcionamiento irregular del servicio o interpretando de manera excesivamente amplia la concurrencia de estos elementos-, la existencia de un daño en sentido jurídico en aquellas situaciones que son más impactantes, hemos de concluir que resultaría muy conveniente que el legislador, a quien le compete velar activamente por la coherencia y equilibrio del ordenamiento jurídico y decidir el destino de los fondos públicos recaudados a través del sistema tributario, clarifique las reglas y principios de la responsabilidad en aras de reafirmar la culpabilidad o la anormalidad del funcionamiento de la Administración como principal criterio de imputación de la obligación de responder, desterrando en lo posible el margen de discrecionalidad o arbitrio del aplicador del Derecho.

De otro lado, la contraposición entre el principio de indemnidad y el de solidaridad, que es una de las delimitaciones conceptuales básicas cuando se trata del instituto de la responsabilidad contractual, nos abre el camino de la segunda cuestión, esto es, la de verificar si nuestro ordenamiento jurídico puede ofrecer, si se sintiera la necesidad de hacerlo, cobertura, aun cuando fuese parcial, en los supuestos en que el alea médico se concrete, a pesar de la conducta diligente de los agentes públicos y el funcionamiento normal del servicio, en un resultado extraordinariamente perjudicial para el individuo afectado.

El principio de solidaridad, que tiene su apoyo último en el carácter social del Estado de Derecho en que España se constituye según el art. 1.1 de su Constitución de 1978 y en el mandato que del art. 9.2 emana para los poderes públicos de remover los obstáculos que impidan el objetivo de la igualdad material, da pie a que la Administración sanitaria prevea *ayudas* – nombre técnico que se da puede dar a las manifestaciones del principio de solidaridad por contraposición a las indemnizaciones – para los casos en que una persona sufra, como consecuencia del funcionamiento normal del servicio público, daños que, no siendo indemnizables por no reunir los requisitos legales para tener esa consideración jurídica, le sitúen en una posición de extraordinaria necesidad. La orientación social de la República Francesa está también muy presente, según se vio antes, en el preámbulo de la Constitución y se ha concretado ya en el ámbito sanitario en la apelación a la solidaridad nacional que efectúa el legislador de 2002 para establecer un dispositivo de indemnización de determinadas categorías de daños. Daños que presentan una nota común relativa a su gravedad y a la ausencia de faute en su origen, debiéndose éste más bien a un accidente, a la realización dañosa del riesgo, del aléa médica que está inevitablemente presente en la actividad médica y sanitaria.

Estas ayudas, además de responder al principio de solidaridad constitucionalmente arraigado, funcionarían también a modo de válvulas de escape del sistema de responsabilidad patrimonial, descomprimiendo la presión que se autoimponen los jueces y tribunales ante estos caso de gran dramatismo, evitando así un entorno social y jurídico proclive a reconocer indemnizaciones cuantiosas en supuestos en los que no se dan los supuestos requeridos por la ley.

A mi juicio, el régimen jurídico de estas ayudas debería integrar, como mínimo, dos notas:

a) dado que no es una reparación en sentido estricto, la cuantía de la ayuda no tiene que corresponderse, necesariamente, al daño sufrido, pudiendo ser, por tanto inferior al mismo;

b) las ayudas han de ser reguladas en sus elementos esenciales por una ley formal, pues ha de ser el legislador quien aprecie, como representante del titular de la soberanía, que corresponde beneficiar una cierta situación con la solidaridad nacional.¹⁰³³

En España hay ejemplos puntuales que apuntan hacia este mecanismo. Sin lugar a dudas el artículo 141.1 *in fine* de la ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, es el caso más paradigmático. Dice concretamente que “sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, *todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.*”

Junto a él, pero ya fuera del ámbito sanitario, cabe citar las ayudas que podríamos llamar sociales, que con relación a los daños producidos por situaciones de sequía o de pérdida de cosecha por temporales se van adoptando, de una manera relativamente frecuente y a remolque de los acontecimientos, aunque como soluciones de carácter provisional. Falta, no obstante, una generalización del mismo que pudiera extenderse al ámbito de los accidentes graves del sistema de asistencia sanitaria.

En fin, la Ley francesa de 4 de marzo de 2002 merece, desde los dos puntos de vista que hemos abordado en este epígrafe, una valoración muy positiva. En ella se confirma el principio de la culpa, faute, como principal fundamento de la responsabilidad sanitaria, tanto en el sector privado como en el público. En paralelo, esta Ley articula un dispositivo de indemnización,

¹⁰³³ Vid. respecto de las ayudas previstas en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, como una manifestación del principio de solidaridad, HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., *La reforma del procedimiento administrativo (...)*, op. cit., pp.364-365.

fundado en la solidaridad nacional, para cierto tipo de daños producidos, sin culpa, que se producen con ocasión de la atención médico-sanitaria, independientemente de que ésta se dispense en el hôpital public o en un centro sanitario privado. Y en este sentido, representa un modelo que habrá de ser tenido en cuenta por el legislador español.

Y, volviendo ya para terminar, a la vía enunciada en el último inciso del art. 141.1 LPC y que nos desplaza de una lógica inspirada en los principios de la responsabilidad a otra presidida por la solidaridad colectiva y la asistencia social. Como dice el artículo citado, "(...) *todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*"¹⁰³⁴, lo que, ciertamente no es más que un brindis al sol, un deseo informe y superfluo,¹⁰³⁵ pero que en un Estado social como es España no puede limitarse a eso. Tiene razón Esteve Pardo al señalar algunas limitaciones¹⁰³⁶ de esta solución y que se deja en el campo de la política algo que debería ser regido por el Derecho, pero siendo todo esto muy cierto, lo que interesa analizar es si una opción legislativa así es aceptable o deseable en un Estado social y democrático de Derecho, si puede responder a una ponderación razonable de los distintos intereses en presencia. Y en mi opinión

¹⁰³⁴ Así se ha hecho por ejemplo con la Ley 14/2002, de 5 de junio, por la que se establecen ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público, y otras normas tributarias y el Real Decreto-ley 9/1993, de 28 de mayo, por el que se conceden ayudas a los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) como consecuencia de actuaciones realizadas en el sistema sanitario público.

¹⁰³⁵ En la medida en que en sí no obliga a nada y quizá se haya adoptado simplemente para apaciguar conciencias.

¹⁰³⁶ Cabe el riesgo, como señala J. ESTEVE PARDO en RAP 161, de que sólo se active lo previsto en el art. 141.1 último inciso en aquellos casos en que haya gran cantidad de afectados o pocos, pero muy "ruidosos", tendrán capacidad de movilizar las voluntades políticas - y de los medios de comunicación, si es que funcionan por separado- necesarias para instaurar estos regímenes de asistencia específicos, si bien, tampoco conviene olvidar que siempre quedan las prestaciones generales de la Seguridad Social, contributivas o no, aunque son con frecuencia demasiado modestas.

la respuesta no sólo ha de ser positiva, sino que es recomendable y ello, fundamentalmente, por dos razones, una ligada a las funciones y fundamento de la responsabilidad administrativa (b) y otra, de carácter utilitarista respecto al uso y destino dado al presupuesto público (a):

a) La primera de estas razones tiene que ver, como se anunciaba, con un mejor control de la asignación de los recursos públicos a los fines que ha de perseguir la Administración, con el destino que se da al dinero de los ciudadanos que contribuyen al erario público a través del sistema impositivo. Seguramente pueda mejor y más eficazmente efectuarse esta asignación de los fondos públicos, a través de un instrumento único y omnicompreensivo, como son los presupuestos generales del Estado o de las CC. AA., que traduce ciertamente planteamientos y acuerdos de carácter político¹⁰³⁷, que desde esa perspectiva de conjunto que encierran, son la herramienta idónea para hacer efectivo lo que la cláusula social del Estado (art. 1 CE) exige; el uso del dinero público de la manera que mayor rentabilidad social se obtenga, a través de políticas equilibradas de redistribución de la renta y de la corrección de las desigualdades existentes en todos los campos, también en el sanitario¹⁰³⁸. Y es que además, la repentina aparición de, por hipótesis, de una oleada masiva de reclamaciones de perjudicados por la realización dañosa de un riesgo de desarrollo, derivado de algún hecho o circunstancia encuadrable en el funcionamiento de los servicios públicos, podría causar serios problemas a la Hacienda Pública y, en consecuencia, al conjunto del Estado, al absorber recursos necesarios para otros fines, como la protección de la salud, sin que se tuviera otro fundamento que justificara esas hipotéticas y masivas indemnizaciones que la muy loable y necesaria solidaridad, ya que hablamos, recuérdese, de daños causados por riesgos de desarrollo puestos en

¹⁰³⁷ No debe perderse de vista que el Derecho es fruto de la Política y también un instrumento de ésta.

¹⁰³⁸ Así por ejemplo, la LSNS prevé como uno de los objetivos del Fondo de Cohesión Sanitaria y que se alimenta de los Presupuestos Generales del Estado, la corrección de las desigualdades en el ámbito sanitario. Con carácter general, el art. XX CE dispone la creación de un Fondo de Compensación Interterritorial, de finalidad análoga, aunque de espectro más amplio.

circulación por una Administración pública, con respecto a los cuales no hay culpa o negligencia alguna¹⁰³⁹ y conviene tener en cuenta además, que la actividad ignoradamente dañosa se ejecutó, seguramente, para beneficiar individualmente al perjudicado ante una situación de peligro en que se encontraba¹⁰⁴⁰.

Pero justamente, el reflejo de esa solidaridad de la que se hablaba unas líneas más arriba, será más coherente con la idea matriz del Estado social si los poderes públicos pueden disponer de los recursos públicos, sin que esa disponibilidad pudiera verse frustrada por esa hipotética avalancha de condenas,¹⁰⁴¹ para corregir desigualdades y para tratar de dar un contenido efectivo a los derechos de los ciudadanos; en suma para llevar a cabo políticas, como las que se integran en el ámbito de la Seguridad Social y de las prestaciones asistenciales a que se refiere el art. 141.1 LPC, más acordes con la justicia distributiva¹⁰⁴² que con la justicia conmutativa latente en la responsabilidad. En suma, que no se les protegería a través del instituto de la responsabilidad, sino a través de los mecanismos asistenciales propios de la Seguridad Social.

b) Y la segunda de las razones arriba esbozadas, por las que parece recomendable separar, -como hace el art. 141.1 LPC en el ámbito público general y de algún modo, aunque no respecto a los riesgos de desarrollo, la

¹⁰³⁹ A lo sumo por no haber llevado a cabo en su momento, la Administración, las medidas de control y cautela que el principio de precaución pudiera exigir, pero en este supuesto, dejaríamos de hablar de responsabilidad derivada de la realización dañosa de riesgos de desarrollo para hablar de responsabilidad por funcionamiento anormal, con todas las dificultades que ello entraña al tratar del principio de precaución.

¹⁰⁴⁰ Tal fue el caso, por ejemplo, con las transfusiones de hemoderivados contaminados por el VIH o el VHC antes de que pudieran ser detectados tales virus.

¹⁰⁴¹ Como observó hace años el profesor Lorenzo Martín-Retortillo, el juez es la única autoridad pública que puede ordenar pagos no contemplados en los presupuestos.

¹⁰⁴² Como también sugiere el profesor Luis Martín Rebollo en sus trabajos citados en la nota siguiente.

Ley francesa de 4 de marzo de 2002¹⁰⁴³ respecto a la *responsabilité médicale privée* y la *responsabilité hospitalière*-, por la que conviene, decía, separar los mecanismos de asistencia, de ayudas sociales, de los propios de la responsabilidad, ya que tiene que ver con la coherencia con la función preventiva general o didáctica de la responsabilidad. Matizable, según ya se ha dicho, con carácter general por la poca aplicación práctica de la acción de regreso.

Y es que, como señala el profesor Martín Rebollo,¹⁰⁴⁴

"la responsabilidad está en directa relación con los mecanismos de asistencia y seguridad social, de modo que cuanto más amplios sean estos últimos, menos juego se le exige a la responsabilidad, pudiendo, como aquélla, tener en los límites del Estado social su propia limitación económica y legal"

¹⁰⁴³ Como ya se ha mencionado, esta Ley, muy innovadora en la medida en que se aplica al conjunto de la actividad sanitaria, tanto pública como privada y confirma el principio general de responsabilidad por culpa y al mismo tiempo, prevé un mecanismo de reparación alternativo, a través de un fondo creado al efecto, para determinados daños en cuya producción no haya mediado culpa o negligencia alguna. Citar alguna referencia

¹⁰⁴⁴ MARTÍN REBOLLO, Luis, "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: Un balance y tres perspectivas", Revista de Administración Pública, nº 150, septiembre-diciembre 1999, p. 357.

Conclusiones

1.- Sobre la *quasi* intercambiabilidad, a juzgar por su aplicación y efectos prácticos, del fundamento de la *responsabilité hospitalière* y de la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria.

Tiende a pensarse que un sistema de responsabilidad de corte subjetivo, fundamentado en la culpa o *faute*, - como es el caso de la *responsabilité hospitalière* y la *responsabilité médicale* y de la responsabilidad civil médica en España-, sería, *prima facie*, menos protector. Por el contrario, suele considerarse que un sistema de corte objetivo, -como el vigente en España de responsabilidad patrimonial de la Administración-, fundamentado en un principio de garantía patrimonial, en el riesgo o en el principio de igualdad ante las cargas públicas, sería más protector y garantista. Sin embargo, es posible afirmar que el carácter objetivo o subjetivo del sistema de responsabilidad de la Administración y de la sanitaria, en particular, no determina necesariamente el nivel de protección de los usuarios del sistema sanitario frente a los daños derivados de su funcionamiento.

El estudio comparado de ambos ordenamientos y de su jurisprudencia corrobora esta afirmación. En primer lugar, en España el análisis de la jurisprudencia civil permite constatar que la responsabilidad civil médica, - según ya se ha notado, de base subjetiva y en teoría más restrictiva-, resulta en la práctica más protectora y receptiva a la indemnización en supuestos en los que en la jurisprudencia contencioso-administrativa el daño queda a cargo del perjudicado, ello a pesar de la aparente mayor amplitud derivada del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial. Y a una conclusión similar se llega si se extiende esta comparación al Derecho francés y se examina la obligación de indemnizar determinadas categorías de daños en aplicación de las normas que rigen la *responsabilité hospitalière*, -nótese de nuevo, de perfil subjetivo-, daños que no quedarían cubiertos en España pese a la conocida objetividad del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Puede afirmarse pues que, en ambos ordenamientos, un usuario de la sanidad pública cuenta con un nivel de protección similar, incluso más elevado

en Francia, sobre todo después de la Ley de 4 de marzo de 2002. Dicho de otro modo, el elenco de supuestos que pueden ser objeto de resarcimiento es coincidente y aun más amplio en el Derecho francés, tras la citada Ley. E importa resaltar que a esta aproximación relativa se ha llegado desde puntos de partida y fundamentos jurídicos opuestos. Esta aproximación se explicaría por la presión ejercida sobre ambos sistemas por una realidad social, - caracterizada por un elevado nivel de bienestar-, que se asemeja en los dos países entre otros aspectos, en 1) el tipo de actividad, encaminada a la protección y al restablecimiento del estado de salud de los pacientes; 2) las siempre crecientes expectativas de los pacientes-usuarios ante los avances continuos de la ciencia y de la técnica médicas, con la consiguiente frustración y litigiosidad potencial cuando tales expectativas no se alcanzan y 3) semejanza, por último, en la naturaleza de los daños a que puede dar lugar la asistencia sanitaria y que afectan fundamentalmente a la vida y a la integridad de las personas, es decir, a bienes de naturaleza no patrimonial, de valor incalculable y *precio* difícil de determinar.

Lo anterior permite sostener que los sistemas de responsabilidad objeto de esta investigación, partiendo de fundamentos y orígenes distintos, subjetivo u objetivo, jurisprudencial y legislativo, se han aproximado en los resultados finales a que han llegado; una realidad social parecida les ha llevado a convergir, matizando sus puntos de partida respectivos e incorporando incluso elementos del otro modelo. Se aprecia, en suma, una cierta convergencia en la búsqueda, por distintas vías, de un objetivo coincidente: la consecución, en la práctica, de un elevado nivel de protección de los usuarios del sistema sanitario frente a los daños a que pueda dar lugar su funcionamiento.

Es previsible, además, que la tendencia constatada hacia una mayor protección del usuario, ya sea deliberadamente buscada o movida por factores extrajurídicos, aumente la presión indemnizatoria tanto en Francia como en España, lo que para el ordenamiento se traduce en el reto de proporcionar los instrumentos técnico-jurídicos adecuados a las circunstancias y a la realidad de su tiempo. El agua siempre busca su camino y lo termina encontrando; lo que

ha de hacer el Derecho es tratar de reconducirla y encauzarla para evitar desbordamientos y reducir los posibles efectos colaterales.

2.- Sobre la necesidad de claridad del Derecho aplicable en aras de una mayor seguridad jurídica.

En línea con lo anterior, si se ha alcanzado esta relativa convergencia en el nivel de protección de los pacientes, ello no ha sido sin recurrir a menudo a construcciones innovadoras en las que el arbitrio judicial, -y de modo especial en Francia, por el papel creador de Derecho de la jurisprudencia-, vino a *completar las lagunas indemnizadoras* del Derecho, creando o interpretando la norma de manera que resultaran indemnizables determinadas categorías de daños que no lo eran con arreglo al ordenamiento preexistente. Pues bien, esta pretendida mayor generosidad o liberalidad, palpable en algún que otro *exceso indemnizador* jurisprudencial, tanto en Francia como en España, se debe en la mayoría de los casos a una interpretación extensiva por parte de los órganos jurisdiccionales, -inspirada en consideraciones de equidad, cuando no de compasión-, de las reglas que presiden la responsabilidad administrativa y la responsabilidad en general y que tiene por consecuencia una continua ampliación de sus límites.

En Francia, con el ánimo de mejorar la posición del paciente en el *systeme de santé*, así como la calidad del propio sistema y, al mismo tiempo, poner fin a la tendencia de continua ampliación jurisprudencial de los supuestos generadores de *responsabilité hospitalière*, el legislador reafirmó en la Ley de 4 de marzo de 2002 que el fundamento de la *responsabilité hospitalière* es la culpa, al margen de los supuestos indemnizables previstos expresamente por las leyes con fundamento en la solidaridad nacional.

En España, con el mismo fin de limitar una tendencia jurisprudencial expansiva, intervino el legislador mediante la Ley 4/1999, de 13 de diciembre, que moduló reglas y principios de la responsabilidad patrimonial de la

Administración, como el deber jurídico de soportar el daño. Limitar esa tendencia expansiva exige, sobre todo, que se interpreten de forma cabal y rigurosa las reglas y principios de un modelo de responsabilidad, comúnmente presentada como objetiva, en la que la culpa o funcionamiento anormal no es el factor determinante o su condición necesaria, lo que no quiere decir que se pueda ni que se deba prescindir de él.

El Derecho positivo debe delimitar con claridad las condiciones y límites del instituto resarcitorio. De este modo, los operadores jurídicos, en la actividad que cada uno desarrolle y en lo que interesa en este trabajo, en la asistencia sanitaria, podrán acomodar su conducta a esas condiciones y límites, adoptando las medidas precautorias que puedan evitar así incurrir en responsabilidad. Además, esos límites y condiciones han de estar claros, ya que todo lo que los sobrepase sólo podrá ser objeto de reparación o ayuda, - más que de auténtica indemnización y, desde luego, al margen de la responsabilidad-, en virtud de una decisión soberana, de naturaleza más bien política del legislador que amplíe el sistema de protección social a determinadas categorías de daños, con fundamento en el principio de solidaridad que, como pacto de interdependencia y asistencia mutua del cuerpo social, subyace en todo Estado de orientación social como lo son Francia y España.

3.- Sobre la validez de la construcción vigente de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el Derecho español.

La construcción vigente de la responsabilidad patrimonial, debida al maestro García de Enterría, sigue siendo plenamente válida como instrumento de protección de los bienes y derechos de los particulares frente a los daños que, en su misión constitucional de servicio del interés general, ocasione la actividad administrativa; un tipo de actividad que se caracteriza, -evocando la exposición de motivos de Ley de Expropiación de 16 de diciembre de 1954-, por la inevitable secuela accidental de daños residuales que la acompaña y por

una constante creación de riesgos. Es decir, cuando tales bienes y derechos resulten menoscabados por el funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y no concurra un deber jurídico de soportar el daño, éste, convertido en lesión, deberá ser reparado con cargo a la caja común del erario público.

Esta construcción doctrinal, cuya clave es la noción de antijuridicidad, - que transforma el daño en lesión resarcible cuando no se tiene el deber jurídico de soportarlo-, permite aportar una solución acorde al ideal de justicia en todos los casos; más aún si se considera que la perspectiva del sujeto dañado es la dominante para enjuiciar si nace o no el deber de indemnizar a cargo de la Administración. Por lo demás, toda regla de Derecho - y en un ámbito tan casuístico como es el de la responsabilidad, todavía más-, dejará siempre algunos supuestos sin solución o respuesta clara, pero estas zonas de penumbra no dejarían de existir por el mero hecho de que el sistema de responsabilidad patrimonial se reformara para convertirlo en un sistema de responsabilidad por culpa, como vienen reclamando algunos autores.

Esta construcción es pues válida, aunque exige una apreciación rigurosa de los elementos que constituyen sus presupuestos generadores, a lo cual podría quizá contribuir alguna reforma legislativa puntual orientada a tal fin, precisando el alcance del deber jurídico de soportar el daño en sectores concretos especialmente problemáticos. En especial, ha de enjuiciarse con cuidado la existencia de la relación de causalidad y, sobre todo, la antijuridicidad o ausencia del deber jurídico de soportar el daño. Tal apreciación rigurosa ha de actuar como guía que impida que el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, -y no sólo por su actividad de asistencia sanitaria-, se desvíe y degenera en una cláusula omnicomprendiva de aseguramiento universal frente a todo tipo de daños que puedan producirse con ocasión de la asistencia sanitaria o de cualquier remota intervención directa o indirecta de la Administración en los más variados ámbitos de actividad.

Esta construcción es válida, insisto y presenta, además, la virtud de la sencillez en su formulación general para toda la actividad administrativa, para todo el giro o tráfico de la Administración, en tanto que la introducción de reglas específicas por sectores de actividad tendría un coste indirecto no desdeñable. E incluso podría resultar trasladable al ámbito del Derecho privado, en el que también sería posible situar el punto de análisis en el sujeto dañado, a partir de una obligación genérica de garantía del patrimonio privado, entendido este en sentido amplio, según ya sostuvieron autores como Boris Starck y Léon Duguit. No obstante, la posibilidad de trasladar este esquema al Derecho privado, se plantea a efectos exclusivamente dialécticos y no se propugna la adopción de este modelo de corte objetivo a la responsabilidad civil de Derecho privado, por su distinta razón de ser y porque supondría desaprovechar un rico depósito que se ha ido sedimentando a lo largo de los siglos.

4.- Sobre la responsabilidad por funcionamiento anormal y la responsabilidad *pour faute*.

La regla general, en materia de responsabilidad administrativa, ha de ser la imputación por funcionamiento anormal -en el ordenamiento español- o *pour faute* -en el francés-, dado que no puede sostenerse que se esté jurídicamente obligado a soportar las consecuencias dañosas de un comportamiento culpable o anormal de otro sujeto, en este caso, de la Administración sanitaria o del *hôpital public*.

En este mismo sentido y en el concreto ámbito de la asistencia sanitaria, referencias como la *lex artis ad hoc*, las cartas de servicios, los protocolos y guías de actuación clínica, los códigos de conducta, los planes estratégicos de calidad y otros documentos que señalen criterios orientativos de actuación de carácter técnico, ocupan un lugar principal como cánones de la normalidad, del carácter reprochable o irreprochable de una determinada acción u omisión. Lo que, lógicamente, tendrá su reflejo en materia de responsabilidad.

La culpa, *la faute* o el funcionamiento anormal, si bien no son determinantes por sí solos y de forma automática del nacimiento de la obligación de reparar a cargo de la Administración, tienen que ser, necesariamente, el primer criterio de imputación de responsabilidad administrativa. En el sistema francés, lo es por vía directa, dado que el derecho común de la responsabilidad se basa, aunque no de forma exclusiva, en la noción de culpa o *faute*. En el sistema español y aun considerando su carácter objetivo, la culpa –o más precisamente, el funcionamiento anormal- ha de convertirse también en el principal criterio de imputación por la vía indirecta o mediata del análisis del daño causado por el funcionamiento anormal y de la posición jurídica del sujeto dañado, en razón de la virtualidad del funcionamiento anormal para convertir un daño por él generado en lesión resarcible. Dicho de otro modo, el daño causado por el funcionamiento anormal de la Administración se transforma, con carácter general, en antijurídico y no puede razonablemente argüirse que pese sobre el perjudicado un deber jurídico de soportarlo, a menos que éste haya contribuido a su causación de forma culpable o deliberada, lo que, en su caso, podrá traducirse en una moderación de la cuantía indemnizatoria.

5.- Sobre la responsabilidad por funcionamiento normal y la *responsabilité pour risque*. El riesgo y el consentimiento informado.

La asistencia sanitaria se concreta en una serie de prestaciones que la Administración dispensa, -bien directa o indirectamente- y que se orientan al mantenimiento o restablecimiento del estado de salud de la persona y, por tanto, atiende de manera inmediata al interés directo de quien las recibe. La persona a quien se presta la asistencia sanitaria es, pues, su directa e inmediata beneficiaria. La existencia de este interés directo no impide que se halle latente, en algunos supuestos más bien patente, también un interés más amplio y genérico, de dimensión colectiva, que consiste en el mantenimiento de

la salud de la población en general, es decir, en la salud pública como el importante activo que es para la sociedad en su conjunto.

En razón del mencionado interés directo e inmediato, puede sostenerse que la persona que sufre un daño con ocasión de la asistencia sanitaria recibida tiene el deber jurídico de soportarlo, siempre que ese daño sea la realización de un riesgo creado en su directo beneficio, -y sin que medie culpa ni funcionamiento anormal-. Esto es, cuando para restablecer el estado de salud de una persona o contener su deterioro, se crean nuevos riesgos, ya sean terapéuticos o diagnósticos, médicos o sanitarios con el objetivo de afrontar un riesgo ya presente en la persona, -la enfermedad, el riesgo inherente a toda patología y a su tratamiento-.

En el ámbito de la asistencia sanitaria, el consentimiento informado, sin perjuicio de su razón de ser primaria, -como culminación de un proceso interactivo de comunicación y de información que atiende al principio de autonomía del paciente-, actuaría como un factor enervador, neutralizador, de la acción de responsabilidad en muchos supuestos. La prestación del consentimiento informado entraña que la obligación de soportar las consecuencias dañosas por la realización del riesgo recaiga sobre quien lo asume al consentir, siempre que nos encontremos con un funcionamiento normal o *non fautif*, léase, en el ámbito objeto de este estudio, conforme a la *lex artis*.

Si el consentimiento fuera insuficiente, porque la información clínica no fue adecuada ni adaptada al destinatario, tal como hubiera debido serlo en ese proceso de interacción en que se inserta el consentimiento informado para su válida prestación, habría que analizar si se trata o no de una intervención necesaria o prescindible y ponderar la cuantía indemnizatoria en atención a esta circunstancia, como en los supuestos en que concurren causas imputables a la Administración y a la víctima. La jurisprudencia francesa ha aplicado en estos casos la teoría de la pérdida de oportunidad, tanto para salvar la dificultad de prueba sobre la causalidad como para calcular el montante de la reparación. Y aún tratándose de una intervención necesaria, - más todavía, si

fuera prescindible-, al margen de los casos de urgencia vital y de los supuestos previstos en la Ley orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública, nos hallaríamos, ante una violación del derecho de toda persona a decidir libremente, en ejercicio de su autonomía, si se somete o no a una concreta intervención sanitaria, lo que causa, indudablemente, un daño moral susceptible de ser reparado. Daño moral derivado de la violación del principio de autonomía, que no es sino un reflejo de la libertad de la persona – y de la dignidad- que le es inherente para decidir sobre toda intervención que incida en su cuerpo y que pueda afectar a su integridad física.

Este daño moral es susceptible de ser reparado. Es antijurídico en ambos sistemas –a la luz del derecho francés, porque se ha incurrido en culpa , se ha cometido una *faute*, al incumplir la obligación preexistente de recabar el consentimiento; y a la luz del derecho español, porque no se tiene el deber jurídico de soportar un daño derivado de un funcionamiento anormal como lo es, por implicar también la violación de un deber jurídico -y deontológico-, la omisión del consentimiento informado. Y este daño moral es distinto del daño físico -o, indirectamente, patrimonial-, que se haya podido seguir de la realización de un riesgo presente en la intervención sanitaria incontestada o deficientemente consentida. Sobre este último daño cabe interrogarse si ha de ser indemnizado; para ello hay que analizar si tal intervención estaba indicada, -si era necesaria, conveniente o, simplemente, prescindible-. Si era prescindible, no venía impuesta por el estado de salud del paciente, como sucede principalmente en el campo de la llamada medicina satisfactiva, deberá indemnizarse, ya que no hubo consentimiento que obligara a asumir las consecuencias del riesgo. Si estaba indicada y se ejecutó correctamente, en ambos casos conforme a la *lex artis*, pero no se atendió la obligación de informar, que integra también la *lex artis*, ¿nos hallaríamos ante una concurrencia de causas? En realidad, se plantea la cuestión de si debe indemnizarse el daño físico resultante de un riesgo inherente a la intervención, cuando la culpa, la *faute*, se produce en el plano de los deberes de información y consentimiento, más ligados a la Ética y al humanismo y no en el plano de la correcta ejecución de un acto sanitario, desde el punto de vista de la técnica médica. ¿Habría que indemnizar en estos casos? ¿Podría decirse que no el

daño corporal, pero que sí tendría su reflejo en una mayor cuantía de la reparación por daño moral? Si bien no se puede dar una respuesta general, dado que es imprescindible estudiar las circunstancias de cada caso, sí es posible avanzar, con muchas cautelas, un principio de presunción sobre el hecho de que el paciente, normalmente, habría consentido la realización de una intervención sanitaria verdaderamente necesaria.

Fuera de estos casos, no cabría admitir la responsabilidad por funcionamiento normal del servicio público de la asistencia sanitaria. Estos casos quedarían fuera del campo de la responsabilidad para ingresar en el de la acción protectora de la seguridad social o podrían ser, incluso moralmente deberían ser, objeto de atención de las medidas de ayuda que, fundadas en el principio de solidaridad, característico del Estado social, pudiera acordar el legislador.

También ha de considerarse la posibilidad de que toda persona, que disponga de los recursos necesarios, -lo cual ya representa una limitación considerable que debería ser objeto de atención y de medidas compensatorias adecuadas por los poderes públicos- puede contratar un seguro de vida y/o de accidentes, incapacidad, etc., de manera que quedaran cubiertos los daños en este tipo de casos.

6.- Sobre las funciones de la responsabilidad y la necesidad de reforzar la prevención, sin prescindir de la reparación, para fortalecer la confianza que debe reinar en el ámbito sanitario:

La evolución de la responsabilidad está centrada en su función reparadora, en detrimento de otras funciones también importantes que quedan, si no anuladas, sí en un plano manifiestamente subordinado, como es la función preventiva y correctora. Si la antes referida interpretación extensiva de las reglas y principios de la responsabilidad (de la faute y de la causalidad) continúa aumentando, resultará que se habrá de responder por todos o por casi

todos los daños que se produzcan con ocasión de la atención médica que procure el sistema sanitario, ello con independencia de que las acciones u omisiones que hayan dado lugar a esos daños puedan ser calificadas como culpables o negligentes o, por el contrario, como perfectamente correctas.

Consecuencia inmediata, se desaprovecharía así una importante vía de depuración que permite distinguir y favorecer las actuaciones correctas, frente a las que no lo son. Enseñando a la Administración sanitaria y al personal a su servicio cómo no se ha de actuar, a través de la correspondiente condena a indemnizar cuando se haya actuado culpablemente *-rectius*, funcionado anormalmente- y a través, también, del ejercicio de la acción de regreso, *action récursoire* en la terminología jurídica francesa. Esta acción deberá ejercitarse cuando medie culpa o negligencia graves y sin que automáticamente el agente causante del daño vea recaer sobre su patrimonio la obligación de restituir a la Administración el importe total de la indemnización satisfecha; por esta vía, también se muestra indirectamente el camino correcto a seguir por la Administración y el personal a su servicio.

De este modo, fomentando -directa o indirectamente- las prácticas correctas, las Administraciones Públicas y sus agentes actuarán de manera más eficaz al servicio del interés general,¹⁰⁴⁵ que se concretaría en este ámbito del *service public hospitalier*, del servicio público de la asistencia sanitaria, tanto en la efectiva atención del derecho a la protección de la salud de los ciudadanos como en el adecuado y eficiente destino de los recursos públicos.

Pero sobre todo, lo que más conviene al interés general -y también al particular de las personas que se benefician de la asistencia sanitaria- es que este servicio público se preste de la manera más correcta posible, lo que se traduciría en que habría menos daños antijurídicos, lesiones, que indemnizar, no se olvide, siempre a un *precio* que nunca iguala su *valor*. Para ello, en ambos ordenamientos, tanto por razones de eficacia y de eficiencia como de pura humanidad, resulta imprescindible añadir otra dimensión a la reparación,

¹⁰⁴⁵ Como exige la CE en sus artículos 103, 43 y 31.

que es la que da sentido a la responsabilidad; se trata de la dimensión relativa a la prevención. Pero la dimensión preventiva que se propone va más allá de lo que puede esperarse de la responsabilidad extracontractual, cuya función principal es la reparadora.

La evolución de la reparación a la prevención viene exigida por el propio interés general, porque conviene a éste que los pacientes usuarios del sistema sanitario gocen del mayor nivel de seguridad que sea posible. Y este nivel óptimo de seguridad no puede alcanzarse sin un importante cambio de actitudes en el sector sanitario y en el conjunto de la sociedad. Un cambio que ha de conducir a que se tengan en cuenta, entre otras, las siguientes cuestiones:

a) La separación de las nociones de error y de culpa; no todo error es necesariamente culpable y, en consecuencia, no todo error engendra responsabilidad.

b) La toma de conciencia de que una parte considerable de los daños que se producen en el ámbito sanitario se deben a defectos, insignificantes si se consideran individualmente, pero que unidos a otras deficiencias similares, pueden causar daños graves que son imputables más al propio sistema que a una concreta persona.

c) La necesidad de poner en marcha dispositivos que permitan conocer, analizar y gestionar los riesgos inherentes a los sistemas de atención sanitaria (soins de santé), para poder estudiar estos errores y los fallos sistémicos, den lugar o no a un acontecimiento adverso, para investigar por qué se han producido y para idear cómo podrían, en su caso, evitarse en el futuro.

d) El conocimiento de estos errores y de estos fallos exige la implicación activa de las personas que integran los sistemas sanitarios y un cambio de actitudes que, desde la aceptación de la falibilidad humana también de los profesionales sanitarios, favorezca que se admitan y declaren los acontecimientos adversos, incluso cuando su causa inmediata sea un fallo humano.

e) Para que un sistema de declaración de acontecimientos adversos sea eficaz, a la imagen de los que existen en materia de investigación de accidentes de aviación, requerirá alguna reforma legislativa que, limitando la

transparencia, proteja de posibles reclamaciones de responsabilidad, derivadas de un error declarado a estos fines.

Unido a lo anterior, aunque con claras conexiones con la ética, parece necesario destacar la necesidad de humanizar las relaciones clínico-asistenciales que se desarrollan en ambos sistemas de salud. Me refiero, principalmente, a la importancia de mejorar la comunicación entre los profesionales y el propio sistema sanitario, con los pacientes usuarios y, también, a la importancia de decir "lo siento". Es algo sabido que detrás de una reclamación de responsabilidad sanitaria hay, con sorprendente frecuencia, un fallo en la comunicación, previa y/o posterior al acaecimiento de un acontecimiento indeseable. Por otro lado, los daños que se producen en este campo de la actividad administrativa, el de la asistencia sanitaria, son en su mayoría daños que se concretan en bienes como la vida o la integridad física, bienes que no tienen precio, pero sí un valor inconmensurable. Esto hace que una actitud de, en su sentido etimológico, simpatía, humana y sincera por parte del profesional sanitario, una manifestación de un sentimiento de pesar, - incluso, llegado el caso, una petición de perdón,- pueden llegar a dar una satisfacción moral suficiente a los perjudicados como para hacer que desistan de judicializar el conflicto, como una forma de reparar el sentimiento de que su sufrimiento ha sido ignorado por el sistema y por los profesionales que lo han causado, incluso al margen de toda culpa. Si claramente ha habido culpa, una actitud coherente con lo que se acaba de decir, pasa por el ofrecimiento a la víctima de una compensación económica sin necesidad de que tenga que reclamarla judicialmente.

Termino esta conclusión constatando que, en ambos países y más aún en Francia, se ha registrado un notable avance en lo relativo al acceso a la información en el sector sanitario. Tal evolución representa un paso hacia la transparencia y refuerza las vías de control sobre los servicios públicos, vías de control que, en las sociedades democráticas avanzadas, se ejercen también a través del escrutinio público, que resulta imposible si no existe una cierta transparencia. Además, la transparencia en el sector sanitario favorece algo tan decisivo en este sector como es la confianza. Confianza, por un lado y desde la

perspectiva comunitaria, en el conjunto del sistema sanitario, en la medida que, si se actúa de acuerdo con el principio de transparencia, los ciudadanos saben que no se les ocultará la información relevante en materia de salud pública y confianza, por otro lado, desde la perspectiva de la salud individual de cada persona, en las relaciones del paciente-usuario con los profesionales que lo atiendan y con el *systeme de santé*, por la misma razón recién expresada, aunque referida a la concreta situación individual del paciente.

7.- Sobre la responsabilidad, sus límites y el Estado social.

La cuestión de fondo es la siguiente: dónde quiere y puede la sociedad fijar el umbral de la reparabilidad de las situaciones de quebranto de la salud de las personas y, por otro lado, si las reglas y principios que han de aplicar los jueces en materia de responsabilidad son lo suficientemente claros como para permitir que ese umbral sea respetado. Estas dos cuestiones de fondo, salta a la vista, escapan de la órbita de los aplicadores e intérpretes del Derecho para adentrarse en la propia de los creadores del Derecho, del poder legislativo. Éste, además de tener la responsabilidad de velar activamente por la coherencia y equilibrio del ordenamiento jurídico, responde del destino de los fondos públicos recaudados a través del sistema tributario. Por estas razones será precisa su intervención, concretada en dos grandes líneas de actuación, con vistas a un mismo objetivo.

La primera de estas líneas buscaría, según ya se ha expresado, la clarificación de las reglas y principios de la responsabilidad en aras de reafirmar la culpabilidad o la anormalidad del funcionamiento de la Administración como principal criterio de imputación de la obligación de responder, tal como se ha hecho en la Ley de 4 de marzo de 2002. La responsabilidad nacería pues cuando la acción u omisión dañosa fuera considerada culpable, sin perjuicio de los raros supuestos que en este ámbito pueden darse en los que el daño derive de un riesgo creado en beneficio de la colectividad. Y esta reafirmación de la culpa, de la faute, tiene que

acompañarse por el celo interpretativo del juez para no confundir la culpa y el error.

La segunda buscaría instaurar algún mecanismo, al margen de la responsabilidad, que asista a las víctimas de determinados daños, graves e inesperados, que se den en el ámbito sanitario sin que haya culpa o negligencia alguna. El juego combinado de ambas líneas de actuación del legislador permitiría sin duda acercarse al objetivo perseguido de poner fin a esa interpretación extensiva, que he criticado por sus efectos perversos, de las reglas y principios de la responsabilidad. El dispositivo de indemnización previsto en la Ley de 4 de marzo de 2002 es un modelo que puede inspirar al legislador español.

Por todo ello, la reforma introducida por la Ley francesa de 4 de marzo de 2002 merece una valoración muy positiva. Se confirma el principio de la culpa, faute, como principal fundamento de la responsabilidad sanitaria, tanto en el sector privado como en el público. En paralelo, esta Ley articula un dispositivo de indemnización, fundado en la solidaridad nacional, para cierto tipo de daños producidos, sin culpa, con ocasión de la atención médico-sanitaria. Habría sido deseable que esta Ley, además de centrarse en los aspectos ligados a la responsabilidad y a la indemnización, se hubiera ocupado también de la prevención y de la gestión de los riesgos de los sistemas sanitarios modernos, según se expresó en la conclusión anterior.

RÉSUMÉ EN FRANÇAIS

DEUX SYSTÈMES JURIDIQUES DIFFÉRENTS QUI SE PROJETENT SUR DES REALITÉS (SOCIÉTÉS ET PROBLÉMATIQUES) COMPARABLES

La responsabilité administrative, tout comme la responsabilité civile non-contractuelle, se situe depuis longtemps parmi les thèmes centraux du débat juridique, si l'on en juge par l'intérêt que suscite auprès des juristes français¹⁰⁴⁶ et espagnols¹⁰⁴⁷ cette institution toujours en crise. Une crise, entendue comme jugement ou révision, propre à tout phénomène social et par là même aux phénomènes juridiques, car le Droit doit s'adapter nécessairement aux évolutions et aux changements qu'à son tour connaît la réalité sociale de laquelle il surgit et sur laquelle il agit. Ces changements et évolutions, bien qu'ils soient en principe inévitables, soulèvent une certaine inquiétude et insécurité face à un futur incertain, -et déjà présent à la fois-, dans lequel certaines bases et principes juridiques que l'on croyait solidement établis auparavant, se voient soumis à des tensions qui remettent en questions leurs fondements et estompent leurs contours. Ce panorama tellement changeant et délicat, celui de la responsabilité et, en particulier, celui de la responsabilité administrative^{1048 1049}-en raison des rapports si étroits qui la lient à l'intérêt

¹⁰⁴⁶ Voir les travaux cités en note 1.

¹⁰⁴⁷ Voir les travaux cités en note 2.

¹⁰⁴⁸ Les changements énoncés produisent une certaine inquiétude à laquelle contribue l'augmentation des litiges ou ce qui est perçu comme telle, en matière de responsabilité et

général et aux deniers publics-, fait apparaître la nécessité de disposer d'éléments pouvant servir de référence ou d'orientation. C'est à cela qu'aspire ce travail; à proposer quelques critères qui puissent contribuer à accroître la sécurité juridique¹⁰⁵⁰ de ceux qui, chacun dans son domaine, en tant que

l'augmentation élevée des indemnisations, et même dans certains cas, exagérées. Comme exemple, on peut citer l'arrêt du juge de première instance de Madrid par lequel le *Fondo de Garantía de Depósitos* est condamné à verser 11 Milliards d'euros pour l'intervention en 1979 de *Banco de España* sur *Banco de Valladolid*. Des résolutions aussi extravagantes, même si elles sont ensuite corrigées par les instances supérieures, ne font que mettre en évidence la considérable marge d'interprétation des organes juridictionnels –plus frappant encore dans les cas unipersonnels- en matière de responsabilité et pour autant, la convenance de principes et limites, même s'ils sont minimum, définis par le législateur et qui encadrent ce caractère arbitraire.

¹⁰⁴⁹ Cette réalité changeante en matière de responsabilité administrative n'est pas un trait exclusif du Droit français ou espagnol. Pour ne pas citer qu'un exemple, l'Italie a connu aussi récemment des changements d'importance concernant la responsabilité de l'Administration publique. Vid. SORACE, Domenico, *Diritto delle Amministrazioni Pubbliche. Una introduzione*, Il Mulino, 2000. p. 394, où l'on peut lire:

"Dopo le novità legislative e giurisprudenziali viste (e le altre non esaminate qui), il sistema di tutela giurisdizionale nei confronti delle pubbliche amministrazioni sta acquistando una fisionomia ben diversa dal passato anche se si tratta di una trasformazione ancora incompleta e priva di basi giuridiche sicure.

La novità di maggiore importanza sul piano sostanziale consiste nell'ampliamento della tutela alla risarcibilità dei danni per lesione degli interessi legittimi, attraverso l'abbandono di una interpretazione della disciplina della materia ormai ritenuta insostenibile dall'opinione dominante. In tal modo, la tutela risarcitoria nei confronti delle pubbliche amministrazioni e quella nei confronti di altri soggetti appaiono effettivamente rette dalla disciplina comune dettata dall'art. 2043 c.c. ed inoltre ora la tutela degli interessi oppositivi, salve le inevitabili differenze risultanti da effettive diversità strutturali tra alcuni di tali interessi.

A questo mutamento, che si può dire ormai acquisito, altri, più incerti, si accompagnano sul piano processuale. Da un lato, si sono viste le disposizioni legislative che ampliano, in grandissima misura, le materie attribuite alla giurisdizione, esclusiva del giudice amministrativo (comprendendovi l'edilizia, l'uso del territorio e i servizi pubblici, intesi in una accezione latissima)."

¹⁰⁵⁰ S'entend, selon la jurisprudence du *Tribunal Constitucional*, vid. par toutes les SSTC 27/1981 et 173/1996, comme un concept multiforme et résultant de l'action conjointe des divers éléments mentionnés dans l'art. 9.3 de la Constitution espagnole, ci-après CE 78 et qui se concrétisent dans la publicité, en une *irretroactividad* des dispositions qui sanctionnent défavorables et dans l'assurance de la règle de Droit applicable à cas déterminé, comme le met en évidence Jesús LEGUINA VILLA, dans "Principios generales del Derecho y Constitución", *RAP*, 1987, núm. 114, pp. 7-37, spécialement dans les p. 34 et suivantes.

citoyens, patients/usagers, gestionnaires des établissements de santé, praticiens et autres professionnels de santé, sociétés d'assurance -et, bien entendu, les juges¹⁰⁵¹ et les Administrations,¹⁰⁵²- interviennent dans ce secteur

En France, ce principe n'a pas été, jusqu'à maintenant, l'objet d'une reconnaissance expresse par le Conseil constitutionnel (ci-après, C. c.) ni, jusqu'à des dates plus récentes, par le Conseil d'État (CE), peut-être parce qu'il est considéré, de même que le principe de confiance légitime, comme quelque chose de spécifique du Droit communautaire y impropre à la tradition juridique française. Vid. CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, 15^e éd., 2001, n° 135, pp. 105 à 107. Cependant, comme l'indique cet auteur, le fait que cette reconnaissance expresse n'ait pas encore eu lieu ne présuppose pas que les exigences liées à la sécurité juridique ne soient pas satisfaites dans l'ordonnement français. De fait, par exemple, la décision du Cc. du 16 décembre 1999, concernant la codification, (AJDA 2000, chron. J.E. SCHOETTL, p. 31 et suivantes), dans laquelle on parle de "*l'objectif de valeur constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi*", fondé sur tout dans l'art. 6 – égalité devant la loi- et dans l'art. 16 -garantie des droits- de la Déclaration de 1789 et dont l'efficacité requiert que les citoyens aient une connaissance suffisante des normes qui leur sont appliquées. Quelques années plus tard, dans sa Décision 2005-512 DC, du 21 avril 2005, à propos de la Loi "*Avenir de l'école*", le C.c. insiste de nouveau sur l'importance de la technique législative dans le but de concevoir des lois claires et précises qui évitent les possibles décisions arbitraires que l'Administration ou les juges peuvent ou même doivent prendre, dans des cas d'indéfinition de la Loi, et occupent ainsi le rôle qui correspond au Législateur. Voir le bref commentaire de Bertrand MATHIEU, "Le Conseil constitutionnel censure les lois trop verbeuses", en *JCP*, 18 mai 2005, n° 250. Pourtant, il convient de rappeler que le *Conseil d'État* se fonde, expressément, sur des raisons de sécurité juridique pour annuler une disposition réglementaire que ne prévoyaient pas les moyens de droit transitoire. Voir CE Ass. 24 mars 2006, Société KPMG et autres, n° 288460, 288465, 288474 et 288485, et le commentaire de Claire LANDAIS y Frédéric LENICA, en *AJDA*, n° 19/2006, pp.1028-1033.

Pour une étude générale sur la sécurité juridique, voir le *Rapport public du Conseil d'État* de l'année 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, publié par la *Documentation française* et qui relève l'importance qu'on consacre à ces questions dans la doctrine et l'ordonnement française.

Parce que, depuis une perspective plus générale, nul n'ignore qu'une bonne technique législative contribue de manière décisive à renforcer la sécurité juridique, qui à son tour se traduit par une meilleure défense des droits des citoyens et une plus grande paix sociale. De ce fait, il est mis en évidence dans DRAGO, Roland, (dir.), *La confection de la loi*, Cahiers des sciences morales et politiques-Presses Universitaires de France, 2005 et, à l'intérieur, tout spécialement dans DUPRAT, Jean-Pierre, "Genèse et développement de la légistique", p. 9-44 et, en particulier, p.27.

¹⁰⁵¹ On peut se demander, en accord avec la démarche du professeur Luis MARTÍN REBOLLO qui est transcrite ci-après, si le simple fait que les organes juridictionnels doivent se prononcer ne serait pas la preuve, souvent, d'un autre échec, question aussi posée par le professeur MARTÍN REBOLLO; l'échec du processus administratif préalable, initié par la demande de l'intéressé pour que soit déclarée la responsabilité de l'Administration. L'auteur écrit dans *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, Iustel-Biblioteca de Derecho Municipal, 2005, p.187, que:

"(...)La responsabilidad es una pieza esencial, sí, pero es la manifestación final del fracaso de otras piezas del mismo sistema en las que hay que intentar igualmente poner atención. Lo que supone implantar normas, hábitos y pautas culturales que conectan el Derecho con la organización, el procedimiento con los resultados , las garantías con la información(...)"

¹⁰⁵¹ La configuration légale de la procédure administrative pour l'exigence de la *responsabilidad patrimonial*, prévue dans la Ley 30/1992, du 26 novembre, en ce qui concerne le privilège de la décision préalable, devient souvent un simple obstacle dilatoire que l'intéressé doit surmonter avant de pouvoir soumettre ses prétentions à la connaissance d'un organe juridictionnel, conformément au droit fondamental à la *tutela judicial efectiva* (art. 24 CE 78), soit pour ne pas avoir reçu de réponse expresse soit pour avoir reçu, presque systématiquement, une suite défavorable.

De plus, que l'individu doive déposer, en premier lieu, sa sollicitude à l'Administration, attendre que lui soit notifiée une résolution ou, à défaut, que se produisent les effets du rejet du silence administratif, (entre 6 et 8 mois dans le meilleur des cas), ajouté au fait que la sentence susceptible de rejaillir sur le recours contentieux-administratif ne se fera pas avant peut-être deux ou trois ans, se traduit dans la pratique par une situation dans laquelle l'Administration se voit plus dans une position plus avantageuse que ce qui serait raisonnable aux vues de l'ordonnement juridique. S'il est vrai que celui-ci oblige à ce que toute réclamation de responsabilité patrimoniale se fasse premièrement devant l'Administration afin que celle-ci puisse décider, il n'est écrit nulle part qu'il doive se passer des années avant que, comme point culminant de cet ensemble de procédures, l'organe juridictionnel rende sa décision. Ce retard systémique peut amener à ce que l'Administration, plus préoccupée par des considérations liées au court terme et à son budget, que par la seule application du Droit, s'installe confortablement dans cette position d'avantage temporel à laquelle elle aboutit *de facto* quand elle réalise que sa décision de rejet, ajusté ou non au Droit, no sera pas révisée avant une longue période de temps. La compatibilité de cette situation avec le droit fondamental à une tutelle judiciaire effective (art. 24 CE 78) et avec le droit que reconnaît l'art. 6.1 du CEDH est, pour le moins, douteuse. Les statistiques fournies par el *Consejo General del Poder Judicial*, dans *La Justicia dato a dato 2006*, p. 80, établissent la durée moyenne des processus contentieux-administratifs résolus en 2006, -de manière quelque peu optimiste-, entre 8,9 et 32,3 mois. En France, le Conseil d'État, dans son Rapport public 2007, *L'administration*

d'activité matérielle des Administrations publiques qui est celui des soins de santé, de la *asistencia sanitaria*. Ce secteur d'activité est, d'un côté,

française et l'Union européenne. Quelles influences? Quelles stratégies?, (p.71) estime la moyenne de temps prévu pour résoudre les affaires en cours au 31 décembre 2006, à un an, trois mois et quatorze jours devant les *Tribunaux administratifs* et en un an et 18 jours, ceux qui dépendent des *Cours administratives d'appel*. Quant au *Conseil d'État*, il calcule la durée moyenne théorique de l'instance à dix mois, (pp. 21, 24 y 25).

¹⁰⁵² La configuration légale du processus administratif pour l'exigence de la responsabilité patrimoniale, exposé dans la Ley 30/1992, du 26 novembre, en ce qui concerne le privilège de la décision préalable, se convertit souvent en un simple obstacle dilatoire que l'intéressé doit surmonter avant de pouvoir soumettre ses prétentions à la connaissance d'un organe juridique conformément au droit fondamental à la *tutela judicial efectiva* (art. 24 CE 78), soit pour ne pas avoir reçu de réponse expresse soit pour avoir reçu, presque systématiquement, une réponse dénégatoire.

De plus, que l'individu doive déposer, en premier lieu, sa sollicitude à l'Administration, attendre que lui soit notifiée une résolution ou, à défaut, que se produisent les effets du rejet du silence administratif, (entre 6 et 8 mois dans le meilleur des cas), ajouté au fait que la sentence susceptible de rejallir sur le recours contentieux-administratif ne se fera pas avant peut-être deux ou trois ans, se traduit dans la pratique par une situation dans laquelle l'Administration se voit plus dans une position plus avantageuse que ce qui serait raisonnable aux vues de l'ordonnancement juridique. S'il est vrai que celui-ci oblige à ce que toute réclamation de responsabilité patrimoniale se fasse premièrement devant l'Administration afin que celle-ci puisse décider, il n'est écrit nulle part qu'il doive se passer des années avant que, comme point culminant de cet ensemble de procédures, l'organe juridictionnel rende sa décision. Ce retard systémique peut amener à ce que l'Administration, plus préoccupée par des considérations liées au court terme et à son budget, que par la seule application du Droit, s'installe confortablement dans cette position d'avantage temporel à laquelle elle aboutit *de facto* quand elle réalise que sa décision de rejet, ajusté ou non au Droit, no sera pas révisée avant une longue période de temps. La compatibilité de cette situation avec le droit fondamental à une tutelle judiciaire effective (art. 24 CE 78) et avec le droit que reconnaît l'art. 6.1 du CEDH est, pour le moins, douteuse. Les statistiques fournies par el *Consejo General del Poder Judicial*, dans *La Justicia dato a dato 2006*, p. 80, établissent la durée moyenne des processus contentieux-administratifs résolus en 2006, -de manière quelque peu optimiste-, entre 8,9 et 32,3 mois. En France, le Conseil d'État, dans son Rapport public 2007, *L'administration française et l'Union européenne. Quelles influences? Quelles stratégies?*, (p.71) estime la moyenne de temps prévu pour résoudre les affaires en cours au 31 décembre 2006, à un an, trois mois et quatorze jours devant les *Tribunaux administratifs* et en un an et 18 jours, ceux qui dépendent des *Cours administratives d'appel*. Quant au *Conseil d'État*, il calcule la durée moyenne théorique de l'instance à dix mois, (pp. 21, 24 y 25).

inévitablement casuistique, –puisque chaque jour, des centaines de milliers¹⁰⁵³ d'actes sanitaires de toute nature, actes médicaux et de soins, se réalisent dans le système de santé de chacun des deux pays- et, d'autre part, ce secteur est énormément rélevant et extraordinairement sensible, en raison des biens si importants sur lesquels il agit : la vie, l'intégrité physique et la dignité¹⁰⁵⁴ même des personnes.

M. le professeur M. Waline résume la situation que l'on vient d'évoquer de la façon suivante:

"Parmi tous les domaines auxquels peut s'appliquer la responsabilité de la puissance publique, celui de la responsabilité hospitalière est certainement l'un des plus sensibles du point de vue des victimes et l'un des plus délicats à trancher pour le juge."¹⁰⁵⁵

Cet ensemble de raisons ci-dessus mentionnées, détermine la nécessité de compter sur ces critères, lesquels, comme il a été dit précédemment,

¹⁰⁵³ D'après les données du *Ministerio de Sanidad y Consumo*, en 2003, il y a eu 300 millions de consultations de généralistes. Pour ce qui est des consultations de spécialistes, on a enregistré plus de 3,8 millions d'entrées à l'hôpital financées par le *Sistema Nacional de Salud* et 60 millions de consultations de médecins spécialistes, 18,3 millions de consultation aux urgences et 2,9 millions d'interventions chirurgicales ont été réalisées. Voir sur ce sujet la publication du *MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO, Sistema Nacional de Salud*, Ministerio de Sanidad y Consumo, 2006, pág. 52 y 53.

¹⁰⁵⁴ Il n'est pas nécessaire de rappeler l'importance du principe du respect de la dignité humaine dans l'endemble de l'ordre juridique des pays avancés. Contrairement à la Loi fondamentale de Bonn et à la Constitution espagnole (art. 10), la Constitution française de la Veme République ne reconnaît pas expressément le respect de la dignité de la personne humaine, même si l'on pouvait considérer celle-ci présente dans une interprétation systématique des droits de l'homme. C'est en fait le Conseil constitutionnel, dans sa décision (94-343-344 DC), du 27 juillet 1994, concernant lois bioéthiques, qui a reconnu le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, en lui attribuant valeur constitutionnelle, sur le fondement du Préambule de la Constitution de 1946

¹⁰⁵⁵ WALINE, Jean. "L'évolution de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques ». *Etudes et documents CE Rapport Public 1994*, n° 46. p. 459.

pourront servir d'orientation en vue d'une meilleure sécurité juridique et par conséquent, d'une meilleure prestation du service public de santé aux patients.

Suite à ces quelques lignes, il est bon d'avancer quelques considérations regroupées autour de trois questions:

a) La convergence relative que l'on peut remarquer en ce qui concerne l'objectif, malgré la divergence des moyens pour l'atteindre ou (III) *Deux systèmes de responsabilité qui, à partir de conceptions de départ différentes, convergent vers un même objectif,*

b) L'expansion des systèmes de responsabilité et ses répercussions sur l'affectation des ressources publiques ou (II) *La responsabilité hospitalière comme banc d'essais du droit de la responsabilité administrative en Espagne et en France* et, finalement, bien que pour raisons méthodologiques on se doit de l'aborder en premier dût à son importance afin de bien comprendre les développements et conclusions de cette thèse, et

c) le risque d'équivoque et la nécessité préalable d'établir un rapport, si possible, d'équivalence, entre les institutions et les catégories juridiques des deux pays, du fait de l'impossibilité de transférer tout simplement la terminologie et les institutions d'un système à l'autre ou (I) *quelques précisions terminologiques nécessaires dans une étude comparée de la responsabilité pour asistencia sanitaria et de la responsabilité hospitalière.*

I.- Quelques précisions terminologiques et de concepts exigées dans l'approche comparée et nécessaires pour délimiter le sujet de l'étude.

Le fil conducteur de ce travail est le service public chargé des soins de santé (asistencia sanitaria)¹⁰⁵⁶ et là il est nécessaire de souligner que ce terme,

¹⁰⁵⁶ L'emploi de termes technico-juridiques propres aux deux cultures et systèmes juridiques, termes proches mais différents, peut générer en certaines occasions des erreurs dues à ce que

dans l'ordonnancement juridique espagnol, désigne un service public à part entière, à caractère prestationnel¹⁰⁵⁷ et différent des services de bienfaisance auxquels était historiquement confiée l'attention sanitaire des indigents et autres nécessiteux.¹⁰⁵⁸ Pour cette raison, on emploiera ce terme dans ce sens

les linguistes appellent "*faux amis*". Pour cela, une étude pour laquelle on manie différents ordonnancements oblige à une attention toute particulière dans l'utilisation des mots, plus encore s'il en est que dans quelque autre travail juridique.

Pour ce qui est du sujet de cette étude, le titre même de ce mémoire de recherche fait allusion à *la asistencia sanitaria* et à la responsabilité hospitalière, obligeant à une précision qui clarifie l'ordre terminologique. Ainsi, quand l'ordonnancement espagnol parle de *asistencia sanitaria*, -qui pourrait se traduire en Français en soins de santé, on ne parle pas de *atención médico-sanitaria* rendue par les institutions de bienfaisance aux personnes sans ressources. On parle au contraire en Espagne, surtout depuis l'entrée en vigueur de la *Ley 14/1986*, du 25 avril, *General de Sanidad* (ci-après LGS), d'un authentique service public présidé par les principes de couverture universelle, gratuité et égalité dans l'accès aux prestations pour l'ensemble des citoyens et qui, dans sa majorité, se financent à travers le système des impôts et, chaque fois un peu moins, par les cotisations de la Sécurité Sociale. Le noyau essentiel de ce service public est constitué par les politiques de prévention et par les prestations qui tendent au rétablissement de la santé des individus quand celle-ci est détériorée, dans le cadre des responsabilités qui pèsent sur les pouvoirs publics en matière de santé et de sécurité sociale, par l'imposition de ce que dictent les articles 41 et 43 CE 78, qui contiennent quelques uns des préceptes constitutifs du système de protection sociale espagnole.

Dans tous les cas, à aucun juriste n'échappe l'importance cruciale des mots et de la terminologie dans le Droit, parce que les termes désignent des concepts, des institutions juridiques, qui ont leur propre régime juridique. Voir à ce sujet, CORNU, Gérard, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2000. Depuis cette perspective, plus attentive au symbolisme y au pouvoir des paroles qui désignent des idées-forces, voir le travail magistral du professeur Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, intitulé *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Civitas, 2^a ed., 2001. Dans un autre registre, Álex GRIJELMO a publié une très intéressante étude chez Taurus (2002) intitulée *La seducción de las palabras*.

¹⁰⁵⁷ En cohérence avec l'orientation sociale qui caractérise la CE 78, articles 1 et 9.2, il est dit plus haut.

¹⁰⁵⁸ C'est à ces services de bienfaisance, pour s'occuper des personnes sans ressources, aux indigents, aux anciens et aus enfants abandonnés, que fait allusion en français le mot *assistance*; plus concrètement, l'assistance publique, qui, en tant qu'ensemble des institutions

plus récent et, surtout, qui est pleinement d'usage en Droit espagnol: *asistencia sanitaria*, les soins de santé, comme une activité de service public qui se traduit en toute une série de prestations aux usagers.

D'autre part, bien que l'objet de cette étude soit la responsabilité qui peut découler de ce service public, il est indispensable de se référer d'abord à son organisation, puisque les différences organisationnelles vont déterminer dans le cas français un régime de responsabilité différent, question que l'on traite dans la partie I,¹⁰⁵⁹ à laquelle il faut maintenant se reporter.

Ainsi, en Espagne les différentes organisations et entités à travers lesquelles les pouvoirs publics et, de manière plus concrète, les Administrations chargées de la santé assurent le droit à la protection de la santé (art. 43 CE 78) forment le Système National de Santé¹⁰⁶⁰ (SNS: Sistema Nacional de Salud). Au SNS peuvent s'associer par contrats les établissements privés, des contrats qui prennent pour la plupart la forme de "conciertos". Cela dit, la responsabilité de ces centres sanitaires privés, qui participent au service public en vertu d'un contrat qui les lie au SNS, peut engager la responsabilité de l'Administration et elle est assujettie au Droit Public;¹⁰⁶¹ de ce fait, cette responsabilité est jugée, le

diverses, est chargé de porter secours à ces personnes jusqu'à ce qu'en 1953 elle soit remplacée par ce qu'on connaît comme aide sociale.

¹⁰⁵⁹ Ces différences d'organisation, qui peuvent conditionner le régime de responsabilité applicable, sont traitées dans:

Título II.- LAS FÓRMULAS ORGANIZATIVAS CREADAS PARA MATERIALIZAR EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: UNA CONVERGENCIA FUNCIONAL MATIZADA POR UNA DIVERSIDAD ORGANIZATIVA, pág. y ss. y de: * * *

II) UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CUYO RÉGIMEN JURÍDICO ESTÁ CONECTADO CON LA DIVERSIDAD ORGANIZATIVA, pág. y ss.

¹⁰⁶⁰ D'après ce qui est exposé dans le Capítulo 1.- Una pluralidad de Administraciones Públicas sanitarias y el Sistema Nacional de Salud como eje organizativo clave para la efectividad del derecho a la protección de la salud en España, pág.x.

cas échéant, devant l'ordre juridictionnel du contentieux-administratif. De même, il faut ajouter que le poids spécifique du secteur public est considérable¹⁰⁶² en Espagne et que les services de santé purement privés¹⁰⁶³ se déroulent en parallèle, en marge du service public de la *asistencia sanitaria* et, par conséquent, les litiges éventuels sont tranchés par les juges et les tribunaux civils qui appliqueront les règles propres aux Droit Privé en matière de responsabilité civil.

Au contraire, en France, la participation du secteur privé et des professionnels libéraux dans le système de santé,¹⁰⁶⁴ -dans le cadre de la protection sociale de l'Etat-, est remarquable¹⁰⁶⁵. La responsabilité que peuvent

¹⁰⁶¹ Ainsi est-il exposé dans la Disposición Adicional 12^a de la LPC, selon laquelle:

"La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso."

Voir, dans les commentaires sur la réforme appliquée en matière de responsabilité patrimoniale, ceux concernant D. A. 12^a de HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio, "Commentaires sur la réforme en matière de responsabilité patrimoniale de l'Administration" dans, PIÑAR MAÑAS, José Luis, (dir.) *La reforma del procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Dykinson, 1999, en particulier les pages 390 à 393.

¹⁰⁶² On peut le distinguer dans le tableau qui apparaît en pied de page n° 78.

¹⁰⁶³ C'est-à-dire, les professionnels de santé libéraux et les centres médicaux privés qui ne sont pas associés au SNS.

¹⁰⁶⁴ Voir l'analyse du système de santé, en pages 161 et suivantes. *Capítulo 2.- La progresiva configuración del Sistema de salud como instrumento esencial para materializar el derecho a la protección de la salud en Francia y la necesidad de mantener la integridad del sistema desde la financiación, pages 195 et suivantes.*

¹⁰⁶⁵ Le gros de ce qui représente dans le SNS espagnol *la atención primaria* et une bonne partie de *la atención especializada*, dans le système français est à la charge des professionnels libéraux qui participent au système de santé, comme il est expliqué plus loin et dispensent ce qui est connu comme les soins de ville. Ceux-ci sont rétribués par les usagers à qui les Caisses d'assurance-maladie remboursent ensuite les frais selon le tarif fixé dans une convention passée entre les établissements de santé, les professionnels de santé et l'Union nationale des caisses

encourir ces professionnels libéraux et ces personnes morales de droit privé est une responsabilité de droit privé -la responsabilité médicale-, qui est du ressort de la juridiction judiciaire, conformément aux règles du Droit privé contenues pour la plupart dans le Code civil. Une autre différence touchant l'organisation et qu'il convient de mettre en avant dès maintenant, concerne le service public hospitalier;¹⁰⁶⁶ un des principaux protagonistes de cette étude.¹⁰⁶⁷ Le service public hospitalier gère toute une série d'activités centrées autour de l'hôpital public et son domaine d'activité est de dimensions plus réduites que le domaine d'activité propre au service de la *asistencia sanitaria* dans le système espagnol, qui serait l'équivalent au système national de santé.

d'assurance maladie. De plus, étant donné que les régimes d'assurance-maladie de la Sécurité sociale ne couvrent pas tous les frais et laissent à la charge de l'assuré une partie, l'assuré peut signer un contrat avec une assurance complémentaire pour le remboursement par une mutuelle d'assurances.

La simple lecture de l'article 12 de la LSNS sur la prestation de la *atención primaria* permet, de constater, contrairement à la situation espagnole, l'importance qu'ont en France le secteur libéral et la santé privée du fait, en grande partie, de son imbrication dans le système de santé:

"1. La atención primaria es el nivel básico e inicial de atención, que garantiza la globalidad y continuidad de la atención a lo largo de toda la vida del paciente, actuando como gestor y coordinador de casos y regulador de flujos. Comprenderá actividades de promoción de la salud, educación sanitaria, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria, mantenimiento y recuperación de la salud, así como la rehabilitación física y el trabajo social.

2. La atención primaria comprend:

- a) Les soins de santé sur demande, programmés et urgents, autant en cabinet qu'à domicile.
- b) L'indication ou la prescription et la réalisation, le cas échéant, des procédures de diagnostics et de thérapies.
- c) Les activités de prévention, de promotion de la santé, d'attention familiale et communautaire.
- d) Les activités d'information et surveillance de la santé.
- e) La rééducation de base.
- f) Les attentions et services spécifiques en rapport à la femme, l'enfance, l'adolescence, les adultes, le troisième âge, les personnes à risque et les malades chroniques.
- g) Les soins palliatifs aux malades terminaux.
- h) Les soins de santé pour les maladies mentales, en coordination avec les services spécialisés.
- i) Les soins de santé bucodentale."

¹⁰⁶⁶ Le seul domaine de l'activité de l'Administration de santé, et notamment, de l'hôpital public, susceptible d'engager la responsabilité hospitalière.

¹⁰⁶⁷ Sujet qui, comme est annoncé dans le titre de cette thèse et que l'on vient de rappeler, est composé de la *responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria* et de la responsabilité hospitalière.

Et cela parce qu'en Espagne, le système de soins que prête le SNS, directement ou, dans une moindre mesure, à travers du privé, englobe¹⁰⁶⁸ ce qui en France correspondrait à l'agrégation du service public hospitalier et de ce qu'on dénomme les soins de ville ou soins ambulatoires, qui dans le système espagnol sont principalement les prestations de *atención primaria*¹⁰⁶⁹ y *especializada*¹⁰⁷⁰ qu'intègrent, entre autres, les prestations du *Sistema Nacional de Salud*. En d'autres termes, le service public hospitalier correspond au centre, au noyau dur du système de soins du modèle espagnol; pour être plus précis, seulement avec quelques unes des prestations, bien que les plus importantes, d'*atención especializada* à laquelle se réfèrent l'article 13¹⁰⁷¹ de la Loi 16/2003,

¹⁰⁶⁸ L'ensemble des aspects dont s'occupe le SNS est détaillé dans l'article 7 de la LSNS, relatif au catalogue des prestations du SNS:

" 1. *El catálogo de prestaciones del SNS tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. Se consideran prestaciones de atención sanitaria del SNS los servicios o conjuntos de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos.*

El catálogo comprenderá las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario".

¹⁰⁶⁹ A l'intérieur de la *atención primaria y especializada* qui fait partie des prestations de santé dans le système espagnol, comme on l'a déjà dit, les soins ambulatoires, l'activité des médecins de ville qui, dans le système de santé français, sont rendus en général par le secteur privé, bien que financés majoritairement par le système public et sont assujettis, par conséquent, au régime de responsabilité du Droit Privé.

¹⁰⁷⁰ Et qui sont assujettis, de toute façon, au régime de Droit Public en matière de responsabilité.

¹⁰⁷¹ Ainsi, dans l'article 13 de la LSNS, sur la *prestación de atención especializada*, il est établi:

"1. *La atención especializada comprende actividades asistenciales, diagnósticas, terapéuticas y de rehabilitación y cuidados, así como aquéllas de promoción de la salud, educación sanitaria y prevención de la enfermedad, cuya naturaleza aconseja que se realicen en este nivel. La atención especializada garantizará la continuidad de la atención integral al paciente, una vez superadas las posibilidades de la atención primaria y hasta que aquél pueda reintegrarse en dicho nivel.*

2. *La atención sanitaria especializada comprenderá:*

a) *La asistencia especializada en consultas.*

b) *La asistencia especializada en hospital de día, médico y quirúrgico.*

c) *La hospitalización en régimen de internamiento.*

d) *El apoyo a la atención primaria en el alta hospitalaria precoz y, en su caso, la hospitalización a domicilio.*

du 28 mai, de cohésion et qualité du Système National de Santé, (ou LSNS) et parmi elles, avec l'attention médico-sanitaire dispensée, via l'hospitalisation, en régime ambulatoire ou non, dans les centres de santé publics ou privés intégrés dans le réseau du SNS.

En résumé, la *responsabilidad hospitalière*¹⁰⁷² et la *responsabilidad patrimonial*¹⁰⁷³ que peut engager le service public de *asistencia sanitaria*,

e) *La indicación o prescripción, y la realización, en su caso, de procedimientos diagnósticos y terapéuticos.*

f) *La atención paliativa a enfermos terminales.*

g) *La atención a la salud mental.*

h) *La rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable.*

3. *La atención especializada se prestará, siempre que las condiciones del paciente lo permitan, en consultas externas y en hospital de día."*

¹⁰⁷² ¹⁰⁷²De façon à éviter les erreurs qui pourraient découler d'une traduction littérale, il est conseillé que ces termes juridiques soient maintenus dans leur langue originelle.

¹⁰⁷³ Il est nécessaire d'introduire une autre précision terminologique importante quant à l'adjectif *patrimonial* qui accompagne le mot *responsabilidad* et qui, dans la doctrine juridique espagnole, et communément acceptée, le distingue de la *responsabilidad civil extracontractual* régie par le Droit privé. Quand on emploie le terme *responsabilidad hospitalière*, on désigne l'obligation de réparer qui incombe à l'hôpital public en vertu du Droit applicable ; la *responsabilidad hospitalière* n'est qu'une espèce dans une catégorie générale qui est la *responsabilidad administrativa*. L'équivalent, avec les nuances énoncées préalablement, à la *responsabilidad hospitalière* dans le Droit espagnol est la *responsabilidad patrimonial de la Administración Pública* et, en particulier, de la *Administración sanitaria*; pourtant, il n'existe pas une variété différente ou une spécialité proprement dite à l'intérieur du régime général de la *responsabilidad* de l'Administration. Et surtout, on ne peut en aucun cas soutenir que l'emploi de l'adjectif "patrimonial" exclut la réparation des dommages infligés à des biens qui n'ont pas de caractère patrimonial, mais qui sont liés à la personne, comme il est fréquent dans le secteur d'activité objet de cette étude, où il est question d'intégrité physique, de vie et même de dommage moral.

D'autre part, le terme *responsabilidad patrimonial*, pour désigner la *responsabilidad civil de la Administración*, s'emploie seulement en deux occasions dans l'oeuvre du professeur Jesús LEGUINA VILLA, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Tecnos, 1970, qui est la première grande monographie sur le thème qui suivit celle antérieurement citée. Ce fait surprenant permet de considérer que, peut-être, ce terme n'était pas parfaitement établi alors.

Il convient de rappeler que l'introduction de la *responsabilidad patrimonial de la Administración* dans la LEF, article 121 faisait référence aux biens qui peuvent être l'objet

malgré les différences, coïncident en ce que l'activité susceptible de la faire naître est la même; c'est à dire, les soins prodigués dans le cadre d'un service public. Hors sujet de cette étude sont donc la responsabilité médicale et la responsabilité civile des professionnels et des centres de santé privés, bien qu'il soit nécessaire de se référer à cette responsabilité médicale de manière incidente, étant donné que la pratique de l'art médical doit se conformer au même canon de correction, la *lex artis*, les règles de l'art qu'il s'agisse du secteur hospitalier public ou de l'exercice libéral de la médecine. Du point de vue technique, logiquement, l'activité clínico-asistencial, les soins de santé, en tant que tels ne changent pas par le fait qu'il se développent dans un centre public ou privé de santé.

II.- La responsabilité hospitalière et la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria comme banc d'essais du Droit de la responsabilité administrative

D'autre part, dans le cadre de ce résumé, il faut évoquer une question sous-jacente, relative à l'affectation des ressources publiques disponibles, toujours trop maigres.¹⁰⁷⁴ Il appartient au législateur de décider, en premier lieu,

d'expropriation et des autres mesures limitatives des biens et droit de nature patrimoniale ; d'où, peut-être, le début de l'emploi du terme *responsabilidad patrimonial*. Plus tard, de manière techniquement discutable, le *Reglamento de desarrollo de la LEF* commence à parler des biens de toute nature. Il est possible aussi de penser que l'adjectif *patrimonial* soit systématiquement lié au nom *responsabilidad* afin de différencier les différentes espèces de responsabilité jusqu'alors connues dans la pratique, la disciplinaire, l'administrative, la politique, la pénale, la civile, etc.

¹⁰⁷⁴ La pénurie de ressources se fait plus palpable dans le domaine de la santé du fait de la tendance continuelle à l'augmentation de ses coûts, comme s'il s'agissait d'un bien de consommation comme un autre. A ce sujet, le professeur Diego GRACIA GUILLÉN, dans *Fundamentos de bioética*, Triacastela, 3^a ed., 2008, p.273-274, suivant les théories de Keynes, compare la "consommation" des soins de santé à la consommation des aliments et autres biens

l'objectif de la dépense publique,¹⁰⁷⁵ ce qui peut se voir affecté par l'évolution de la responsabilité dans ce secteur et pour une éventuelle explosion de la responsabilité. Ainsi, plus il y aura de ressources consacrées, directement ou indirectement, au paiement des indemnisations,¹⁰⁷⁶ plus la probabilité sera grande que des fonds soient détournés de ceux qui devraient alimenter le fonctionnement et l'amélioration des systèmes de soins.¹⁰⁷⁷ Si, en plus, on adopte une perspective plus large excédant le domaine de la responsabilité

de consommation,- en opposition aux biens de production-, et parle de la limite maximum que la consommation de soins de santé peut atteindre:

"La guerra y el armamento es uno de los consumos privilegiados, no porque sea preferible a la producción de alimentos o de viviendas, sino porque no tiene tope, porque puede estimularse de modo casi indefinido. Ahora bien, la experiencia de estas últimas décadas es que el consumo de salud tiene sorprendentes semejanzas con el de los armamentos. Por lo pronto, ambos se caracterizan por no tener tope, es decir, por poderse estimular su consumo de modo creciente, sin el peligro de que se produzca la saturación del mercado, como vimos que sucedía con los alimentos. Uno no puede comer indefinida ni continuamente, pero sí puede estarse medicando continuamente. La capacidad de medicación no viene limitada más que por el tiempo y por el dinero: nadie puede medicarse más de veinticuatro horas al día, ni gastarse en salud más dinero del que tiene (...)"

¹⁰⁷⁵ Ainsi peut-on en déduire des articles 134 et 31 CE78 et de l'article 34 CF58.

¹⁰⁷⁶ Et les ressources qui sont dédiées aux indemnisations, dépendront en grande partie des décisions de justice. Rappelons à ce sujet ce que dit, à propos de la marge de manoeuvre du juge pour décider s'il convient de dédommager et de combien peut être le dédommagement, le professeur Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, dans "De la eficiencia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas", en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1987, p. 100.

"(...) Adviértase que el juez, cuando le fija a la Administración una cuantía indemnizatoria -y la condena tiene una fuerza imperativa que no conviene olvidar (así, ese art. 118 de la Constitución- es de las pocas personas que ordenan un gasto sin tener en cuenta consideración presupuestaria alguna."

¹⁰⁷⁷ A propos de cette possibilité, PANTALÉON PRIETO, Fernando, dans *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Cuadernos Civitas, 1995, p. 75. Après avoir étudié de façon critique la STS du 14 juin de 1991, qui déclara, de façon erronée – à mon avis –, la responsabilité de l'Administration pour le fonctionnement normal du service public de la *asistencia sanitaria*, il exprime ses doutes à ce sujet, doutes qui amènent à la question capitale de la frontière diffuse qui existe entre solidarité et responsabilité :

"No veo ninguna razón convincente para conceder a doña María Teresa esos más de diez millones de indemnización, cuando no se le conceden a quien resulta igualmente incapacitado a causa de un desafortunado resbalón en la bañera. Y me parece obvio que los merecería más el segundo si, por razón de su incapacidad, él y su familia quedarán en una situación de necesidad económica más grave que la de doña Teresa y su familia. Y no tendría nada claro si no estaría aún más justificado emplear dichos millones en adquirir más aparatos de diálisis para proporcionar más años de vida a más enfermos del riñón, (...). "

hospitalière, et on considère que rares sont les secteurs d'activité socio-économiques dans lesquels n'intervient pas l'Administration, il n'est pas à négliger le risque qu'une possible hypertrophie de la responsabilité se traduise par une atrophie, au moins *de facto*, de la marge de manoeuvre pour décider l'affectation de la dépense publique.

Peut-être pour ces raisons, la responsabilité *patrimonial* de l'Administration de santé et la *responsabilité hospitalière* sont devenues depuis quelques années une sorte de «banc d'essais» dans les deux pays; leurs règles se voient soumises à une pression «*indemnistrice*» qui menace de changer leur nature, à force de rendre ses limites de plus en plus floues, peut-être, par un processus naturel d'adaptation à une réalité sociale différente de celle du milieu du XXème siècle, y compris en termes épidémiologiques,¹⁰⁷⁸ qui présente aujourd'hui des exigences sociales différentes¹⁰⁷⁹ et dans laquelle, la relation médecin-patient a changé, passant d'une perspective essentiellement hiérarchique et verticale à une relation horizontale, d'une situation paternaliste du corps médical à un protagonisme du patient régi par le principe de dignité de la personne et de l'autonomie¹⁰⁸⁰ qui en découle.

¹⁰⁷⁸ Ce changement dans le panorama épidémiologique a aussi ses effets dans la position qu'occupe le patient, comme le démontre d'HALLUIN *et al.*, dans "Pouvoirs et organisation à l'hôpital", en *Esprit*, janvier 2007, p.15:

"Jusque dans les années 1950, les pathologies qui donnaient lieu aux hospitalisations les plus fréquentes concernaient des situations infectieuses souvent graves, parfois mortelles. (...) Aujourd'hui, elles se reconnaissent à leur chronicité non infectieuse: maladies cardiaques et respiratoires, diabète, insuffisance rénale, cancers, dépendances diverses, sida. (...) Il s'agit de coexister avec un mal qui vous accompagnera jusqu'à votre mort, mort qui n'interviendra peut-être pas avant plusieurs dizaines d'années et qui ne sera éventuellement pas causée par ce mal. Comment continuer à accepter d'être un objet de soins, en pyjama, pour quelques jours, quand on devient organisateur de ses soins et acteur de sa santé pour trente ans?"

¹⁰⁷⁹ La science et la technique médicales continuent de découvrir et de mettre en pratique de nouvelles formules qui permettent d'allonger l'espérance de vie ainsi que la qualité de celle-ci, auquel s'ajoute une société toujours plus exigeante et informée sur ses droits et de ce qu'elle estime être ses droits, comme par exemple le "*derecho a la salud*".

¹⁰⁷⁹ Suivant le développement de la première partie (I), sous le titre : *La protección de la salud y su reconocimiento como derecho*.

¹⁰⁸⁰ Según se desarrolla en la parte primera (I), bajo el epígrafe *La protección de la salud y su reconocimiento como derecho*.

On peut constater, avec le professeur M. Waline, sur le rôle précurseur reconnu, quoique de manière informelle, à la responsabilité hospitalière dans le domaine plus large du droit de la responsabilité:

*"Cette évolution de la responsabilité hospitalière nous paraît d'autant plus importante qu'elle est révélatrice de l'évolution de l'ensemble du droit de la responsabilité survenue ces derniers temps. Elle n'en constitue que la réduction."*¹⁰⁸¹

Par conséquent, cela signifie que, face à un dommage, la personne lésée –et avec lui la société –, a tendance à rejeter que cela puisse être l'inévitable résultat du destin et cherche un responsable ou, plus exactement, un patrimoine solvable auquel attribuer l'obligation de la réparation. Et à cela, il faut aussi ajouter ce qu'on peut appeler l'application compatissante du Droit, animée par un désir compréhensible¹⁰⁸² de soulager des situations forcément

¹⁰⁸¹ WALINE, Jean. "L'évolution de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques ». *Etudes et documents CE Rapport Public 1994*, n° 46. p. 460.

¹⁰⁸² Une aspiration que l'on trouve aussi bien du côté des personnes lésées que de celui de ceux qui sont responsables de rendre justice. Les premiers, parce que Dans les sociétés prospères Dans lesquelles les avancées économiques, scientifiques et technique améliorent le niveau de vie des personnes et les poussent à consommer, -y-compris les soins de santé – et dans lesquelles le sentiment religieux de la vie semble s'estomper parallèlement à ces avancées, on n'accepte plus la fragilité du corps humain et, par conséquent, on cherche à trouver un responsable et le pourquoi.

Les juges, parce qu'il est facile de s'émouvoir devant des situations aussi dramatiques que celles qu'il sont chargés de juger et parce qu'il est facile que ce bouleversement amène à privilégier l'équité au détriment des règles de Droit, en vue de trouver un patrimoine solvable sur lequel transférer le dommage, - de préférence une personne juridique, et qui sera plus facilement condamné à dédommager s'il s'agit d'une entité "impersonnelle" et pour des montants plus importants en fonction de la couverture de ses assurances. Cette jurisprudence fondée principalement, mais pas exclusivement, sur l'équité a été critiquée de façon réitérée dans la doctrine la plus accréditée, entre autres par le professeur Alicia REAL PÉREZ, dans son "Comentario a la Sentencia de 28 de abril de 1992", CCJC, núm. 29, qui remarque en page 545 que

"(...) es corriente observar que el verdadero fundamento del fallo del Tribunal se halla a menudo en la necesidad de resolver equitativamente. Unas veces el fallo equitativo se encubre más o menos con argumentos jurídicos variados, pero otras veces las sentencias lo afirman sin excesivos rodeos (...) lo que no es deseable, pues el artículo 3.2

dramatiques, qui se voient renforcées quand, de l'autre côté de cette situation personnelle malheureuse, se trouve un patrimoine solvable sur lequel il est possible de faire retomber la réparation éventuelle, soit grâce à une assurance, soit à travers l'Administration.

Cependant, ce désir, apparemment inoffensif et peut-être même louable, a un revers plus sombre. Par exemple, il peut mener à une certaine dégénération des principes basiques du système de responsabilité, ainsi qu'une sensation croissante d'insécurité juridique dans un secteur d'activité destiné fondamentalement à servir la société elle-même. Et, par extension, d'autres effets pervers comme ce qu'on appelle la médecine défensive, -dont l'existence réelle on peut remettre en question-; en tout cas, c'est un phénomène contraire aux intérêts des patients, à la déontologie professionnelle et difficilement conciliable avec les critères d'efficacité et d'efficience qui doivent régir les actes

del CC sólo admite que las resoluciones de los Tribunales puedan descansar de manera exclusiva en la equidad cuando la ley expresamente lo permita y no es el caso".

Cette application "compatissante" du Droit, -y compris Pénal, ce qui est beaucoup plus préoccupant-, le professeur Jesús LEGUINA VILLA l'a aussi critiqué dans le prologue à l'oeuvre du professeur Miguel CASINO RUBIO, *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Marcial Pons, 1998, p.10, en appelant l'attention sur cette autre forme de "huida del Derecho administrativo" à la recherche du Droit pénal et de la part des particuliers, attirés par une plus grande réceptivité de la part de la juridiction répressive au concept d'équité, ce qui, comme le mets en avant le travail de Miguel Casino, se traduit fréquemment par des indemnisations plus sûres, plus généreuses et plus rapides devant cet ordre juridictionnel. "*Se ha abierto así - écrit Leguina Villa-, un peligroso portillo a un uso fraudulento de la acción penal, cuya finalidad en muchos casos es estrictamente indemnizatoria*".

De même, le Rapport public de 2005 du Conseil d'État (p. 285) fait allusion à ce problème commun aux deux ordonnancements, d'une utilisation « déviée » de l'action pénale dont le but est de gagner une indemnisation plus facilement: "*Il reste que l'on constate une tendance croissante à rechercher la responsabilité pénale des décideurs pour des infractions non intentionnelles*".

Le professeur Lorenzo Martín-Retortillo signala en 1987 le danger que suppose ce phénomène, déjà perçu alors comme en phénomène en pleine expansion, la "*utilización disfuncional de jurisdicciones*" et en particulier de la juridiction pénale, dont le but est de faire retomber sur l'Administration d'importants montant en indemnités. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "De la eficiencia y de la economía...", (op. cit. en nota 33), p. 101.

médicaux et les dépenses de santé; ou que les futurs médecins évitent de choisir certaines spécialités trop souvent confrontées à des risques de litiges potentiels accrus ou que le secteur des assurances,¹⁰⁸³ devant le manque de définition qui règne, en viennent à se retirer du marché de l'assurance de la responsabilité civil professionnelle médicale, comme on a pu le constater.¹⁰⁸⁴

Quand on fait référence plus haut à la dégénération des principes et règles basiques du système de responsabilité, il est important de rappeler, bien que cela puisse paraître évident, qu'il ne s'agit pas de principes sacrosaints qui doivent éternellement rester inchangés; la simple observation de la réalité démentirait immédiatement une telle prétention quelque peu candide.¹⁰⁸⁵ Ce

¹⁰⁸³ En Espagne, malgré l'obligation introduite par la Loi 44/2003, relative aux professions de santé (art. 46) seules AMA et quelques autres compagnies d'assurances travaillent dans ce secteur de la responsabilité civile professionnelle ; En France, la situation est semblable et d'ailleurs le législateur a dû voter la Loi du 4 mars 2002 ainsi que la fameuse Loi About, du 30 décembre 2002 pour que le marché de l'assurance en responsabilité civile médicale soit plus attractive pour les compagnies d'assurance.

¹⁰⁸⁴ En tous cas, la perception très étendue qu'une avalanche de demandes ou de réclamations puisse retomber sur les professionnels et établissements de santé, mais aussi les pratiques que l'on peut qualifier de médecine défensive (qui assez fréquemment ne le sont pas), doivent être analysées avec rigueur afin de déterminer si l'on se trouve face un vrai problème ou si, au contraire, il s'agit plutôt d'une perception exagérée du problème due à sa répétition continue. Malheureusement, cette analyse est difficile à faire faute de statistiques officielles sur la population, problème inexplicable mais malheureusement commun aux deux pays objets de cette thèse, et à d'autres pays comme l'Angleterre.

¹⁰⁸⁵ La préoccupation pour les changements et transformations du Droit et la sensation de se trouver face à un moment critique et décisif ne sont pas de phénomènes nouveaux, inutile de le dire; on en trouve les traces depuis des époques lointaines et c'est un facteur important de changement en tant que tel, bien que peut-être paradoxal.

Preuve de cette sempiternelle préoccupation, les réflexions sur le sujet du Maître bordelais, Léon DUGUIT dans *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, Paris, 1913, dans lesquelles il attire l'attention sur la nécessité d'étudier les changements que connaît le Droit Public et exprime la sensation de se trouver au cœur d'un moment critique, sensation confirmée par les événements qui suivirent au cours des décennies suivantes. Dans ce sens, il écrit en page X de son introduction::

dont on parle, c'est d'une évolution certes inévitable mais qui doit garder une certaine cohérence avec l'ensemble de l'ordre juridique¹⁰⁸⁶ et aussi avec la réalité sociale et économique dans laquelle elle évolue, afin que, avec le moins d'improvisation possible, on puisse atteindre une meilleure approche de l'idéal de justice qui l'anime, en conciliant les différents droits et intérêts en présence.

Dans tous les cas, il faut être conscient qu'au centre du service public hospitalier, et du service public de la asistencia sanitaria, il y a des actes médicaux, qu'ils soient de type diagnostiques, thérapeutiques ou palliatifs, qui se déroulent tous les jours, dans tous les établissements de santé, qui ne peuvent être séparés de la notion de risque, quelque soit l'ampleur de celui-ci ; la probabilité que se produisent des dommages, ou du moins des résultats différents de ceux attendus, est très élevée. Pour cette raison, il est nécessaire d'étudier et d'analyser pour quelles catégories générales de cas de figure doit répondre l'Administration, quel traitement juridique on doit appliquer au risque médical,¹⁰⁸⁷ à l'*álea* médical¹⁰⁸⁸ et sur qui devront peser les conséquences du

"Qu'on le veuille ou non, tout nous paraît démontrer que les notions fondamentales, qui étaient naguère encore à la base des institutions juridiques, se désagrègent pour faire place à d'autres, que le système de droit, sur lequel nos sociétés modernes avaient jusqu'à présent vécu, se disloque et qu'un nouveau système s'édifie sur des conceptions tout à fait différentes. Est-ce un progrès ou un recul? Nous n'en savons rien. En science sociale de pareilles questions n'ont guère de sens. A coup sûr c'est différent, profondément différent. "

Depuis une perspective plus réaliste, le professeur Alejandro NIETO, dans *Estudios históricos sobre la Administración y el Derecho Administrativo*, INAP-Colección de estudios de Historia de la Administración, 1986, p. 12, soutient que, malgré les changements, y compris si ceux-ci peuvent paraître brusques, demeure certaines questions sous-jacentes:

"(...) en el núcleo de la Sociedad y del Estado anidan unos problemas constantes, que sobreviven a los avatares de la evolución histórica. Los acontecimientos propios de cada época inciden sobre ellos; pero de ordinario, no para hacerlos desaparecer sino, mucho más simplemente, para darlos nuevas soluciones o salidas. De esta forma, el tejido social del Estado se compone siempre de los mismos elementos estructurantes, que las evoluciones - e incluso las revoluciones- se limitan a articular de manera distinta".

¹⁰⁸⁶ De nouveau, le caractère très actuel de cette étude est manifeste dans *L'ordinamento giuridico* de SANTI ROMANO. Voir la version espagnole publiée en 1969 par l'Instituto de Estudios Políticos, édition préparée par les professeurs Sebastián et Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER et précédée par une étude de ce premier.

dommage qui découle éventuellement du risque médical qui se présente sous des formes différentes et changeantes, parfois connues et parfois inconnues jusqu'au moment où se produit le dommage.¹⁰⁸⁹

III.- Deux systèmes de responsabilité qui, depuis des points de départ différents, convergent vers un même objectif

Ainsi, à partir de l'analyse des deux systèmes juridiques (*ordenamientos*), cette thèse tente d'apporter des réponses à ces questions. Dans un système de responsabilité administrative comme le français, l'origine est fondamentalement jurisprudentielle¹⁰⁹⁰ et de caractère subjectif, basé sur la

¹⁰⁸⁷ Dans la Partie II, paragraphe A), chapitre II, on aborde la question du traitement du risque.

¹⁰⁸⁸ A propos de la préférence du terme *aléa médical*, étant donné qu'il engloberait aussi les supposés dérivés des actes médicaux de diagnostics, plutôt que *aléa thérapeutique*, utilisé peut-être plus fréquemment, voir DUPRAT, Jean Pierre, "L'aléa médical", dans *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique?*, Les colloques du Sénat-Actes du colloque organisé par l'université Paris 13 avec le concours du ministère de l'éducation nationale le 11 et 12 mai 2001, p. 359 a 375 et en particulier, page 360.

¹⁰⁸⁹ Réflexion sur la problématique juridique, éthique et politique que suscitent les risques de développement ou risques du progrès, *le risque du développement*, plus spécialement dans le domaine de la santé.

¹⁰⁹⁰ En règle générale pour l'ensemble du Droit Administratif, comme le met en évidence CHAPUS, René, *Droit administratif général*, T. 1, Montchrestien, 15^e ed., 2001, p. 6, dans lequel il affirme que le Droit Administratif est "*un droit fondamentalement jurisprudentiel*" et faisant référence concrètement aux sources et à l'esprit du droit de la responsabilité de la "*puissance publique*", il réitère cette affirmation en page 1229, (n.º 1401).

Le célèbre *arrêt Blanco* du *Tribunal des Conflits*, du 8 février 1873, qui est considéré comme une des pierres angulaires du Droit Administratif français, représente un bon exemple de ce qui vient d'être signalé. LONG, Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DELVOLVÉ, Pierre, GENEVOIS, Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 12^e ed, 1999. Un malheureux accident, -un petite fille, Agnès Blanco, qui vient d'être renversée par une camionnette de l'usine de tabac de Bacalan, gérée en *régie*, à Bordeaux-, est l'occasion pour le

notion de faute, bien que tempérée par différentes techniques de création prétorienne. En revanche, les réponses qu'apporte le système espagnol à ces mêmes questions se trouvent dans un système créé par le législateur,¹⁰⁹¹ un système à caractère objectif, ce qui veut dire que la faute - le fonctionnement anormal du service public -, n'est pas le fondement du système, mais elle n'en est pas moins un élément important.

Deux systèmes de responsabilité administrative donc qui, partant d'origines différentes, répondent tous les deux à la même finalité essentielle de tout État de Droit,¹⁰⁹² qui n'est autre que celle de protéger les droits et intérêts légitimes de la personne face à certaines conséquences nuisibles qui peuvent éventuellement découler de l'activité administrative et qui, dans le contexte spécifique de la santé, comme ce travail de recherche tente de le démontrer, présentent une certaine convergence dans les deux pays pour ce qui est du niveau de protection de l'utilisateur du service public de santé et du service public *hospitalier*.

Tribunal des Conflits de consacrer le principe de la responsabilité de l'État, bien que de manière nuancée, pour les dommages causés par le service public, mais aussi et surtout, la compétence de la juridiction administrative en la matière. L'action en justice intentée par le père devant les tribunaux civils afin que la responsabilité de l'État soit déclarée, fondée sur les articles 1382 à 1384 du *Code civil*, fut l'occasion d'un conflit juridictionnel finalement résolu grâce à l'arrêt Blanco.

¹⁰⁹¹ S'il est vrai qu'existe un certain précédent normatif, comme est expliqué en détails après, il est communément admis que le Système de responsabilité patrimoniale de l'Administration aujourd'hui en vigueur en Espagne a pour origine une construction doctrinale que l'on doit au professeur García de Enterría et qui se concrétise par l'article 121 et suivants de la *Ley de Expropiación Forzosa (LEF)* du 16 décembre 1954. Elle est exposée dans GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956. Ré-édition par Civitas, en 1984.

¹⁰⁹² "(...) *la responsabilidad patrimonial de la Administración resulta una pieza sustancial dentro del Estado social y democrático de derecho (...) ha de tener sus contornos*", écrit en 1987 le professeur Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO dans "*De la eficiencia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas*", Dans la *Revista Vasca de Administración Pública*, 1987, pages 97-140; la citation se trouve en pages 99 et 100.

D'autre part, le service public de la santé (*asistencia sanitaria*, pour reprendre le terme espagnol), pour ce qui est des prestations qui sont compétence des pouvoirs publics, est la manifestation la plus visible du droit à la protection de la santé¹⁰⁹³ reconnue dans les sociétés avancées qui, comme en France ou en Espagne, se caractérisent par une orientation sociale évidente de ses systèmes juridico-politiques.¹⁰⁹⁴ Dans l'esprit d'assurer un niveau de protection élevée au patient-usager-citoyen et de manière cohérente avec l'orientation sociale énoncée préalablement, il semble opportun de s'interroger aussi sur d'autres mécanismes qui, en marge des systèmes de responsabilité, - et peut-être justement pour préserver ses traits et fonctions caractéristiques -, permettent, en se basant sur le principe de solidarité nationale, d'offrir une sorte de protection aux personnes qui ont souffert certains préjudices suite à une prestation de santé, et qui ne présentent pas les conditions exigées pour mettre en cause la responsabilité administrative. L'apparition de fonds d'indemnisation¹⁰⁹⁵ dans les deux pays afin de réparer certains dommages, indépendamment du fait qu'il y ait eu ou non une faute dans la production du dommage, constitue une preuve supplémentaire de cette tendance vers une

¹⁰⁹³ Il suffit de rappeler pour le moment que dans l'article 43 CE 78, dans le cadre des principes directeurs de la politique économique et sociale, y est proclamé "*El derecho de todos a la protección de la salud*", ainsi que le devoir des pouvoirs publics de mettre en place des systèmes et des moyens de protection appropriés.

C'est-à-dire, dans le cadre des normes à caractère constitutionnel du Droit français, dans ce qu'on appelle le bloc de la constitutionnalité, on trouve aussi une référence à la protection de la santé, en tant qu'objectif de valeur constitutionnel extrait du Préambule de la Constitution de 1946, d'après ce qu'a établi le Conseil Constitutionnel, entre autres, dans sa décision du 22 janvier 1990 et que nous rappelle LEVADE, Anne, "Les objectifs de valeur constitutionnelle, vingt ans après", dans AA.VV., *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 693-694.

¹⁰⁹⁴ Voir le développement de cette affirmation dans la Sección 1.1.- Del Estado liberal al Estado social.

¹⁰⁹⁵ Par exemple, les Fonds créés par le législateur à l'attention des personnes victimes des transfusions de sang contaminé par le VIH, VHC ou les personnes affectées par l'asbestosis.

plus grande protection des usagers du système public de santé et du patient en général. En effet, ces fonds couvrent parfois aussi, -en France, pas en Espagne,¹⁰⁹⁶- les dommages survenus dans le secteur privé de la santé.

Il est bon de souligner que tant le Droit espagnol comme le français ont connu des modifications législatives importantes qui, sans aucun doute, ne sont pas étrangères à ce qu'on a appelé la tension à laquelle sont soumis ses systèmes de responsabilité. Du côté espagnol, on remarque la modification relative au concept de dommage indemnisable, la "*lesión*", introduit dans l'article 141 de la Loi du Régime Juridique des Administrations Publiques et du « *Procedimiento Administrativo Común* », (LPC ou L. 30/92), par la Loi 4/1999,¹⁰⁹⁷ du 13 janvier et qui touche à une partie essentielle du système de responsabilité patrimoniale, la "*antijuridicidad*".¹⁰⁹⁸ Du côté français, la Loi du 4 mars 2002¹⁰⁹⁹, relative aux droits des malades et à la qualité du système de soins qui, en réaffirmant le principe de responsabilité pour faute, établit un mécanisme de conciliation et de réparation, - autant pour le système de santé public que pour le privé-, de certaines catégories de dommages, entre

¹⁰⁹⁶ En Espagne, le fond créé par la *ley de acompañamiento* de 1990, pour les personnes ayant subi les préjudices de transfusions de sang contaminé par le VIH, couvre seulement ceux qui ont reçu ces transfusions dans les établissements publics de santé, à la différence de ce qui se passe en France, où le fonds créé à cet effet couvre toutes les victimes, qu'ils aient été transfusés dans les centres publics ou privés du système de santé, sans faire de distinction.

¹⁰⁹⁷ Voir les commentaires sur la *Ley 4/1999*, du 13 janvier, dirigés par le professeur José Luis PIÑAR MAÑAS, *La reforma del procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 4/1999 de 13 de enero*, Dykinson, 1999.

¹⁰⁹⁸ Comme il est précisé plus bas, dans le système de *responsabilidad patrimonial de la Administración*, (art. 141 LPC), la *antijuridicidad* doit s'apprécier au vue du dommage subi par la victime. La perspective d'analyse qui prédomine est, donc, celle concernant le dommage et c'est à partir de ce dommage que l'on doit juger si la personne qui l'a subi doit ou non le supporter conformément au Droit.

¹⁰⁹⁹ *Loi n° 2002-303, du 4 mars 2002 relative aux droits de malades et à la qualité du système de santé. J.O. Numéro 54, du 5 Mars 2002, p. 4118.* Comme on le verra, cette loi a été l'objet de nombreux travaux doctrinaux.

lesquelles figurent les dommages conséquences des accidents médicaux, aux infections nosocomiales ou aux affections iatrogènes, seulement s'ils se produisent sans faute ou négligence et réunissent d'autres conditions relatives à leur gravité.

En résumé et comme on le développe dans le corps de cette thèse, ces réformes législatives n'ont pas représenté la fin de la convergence relative à la protection des patients-usagers du service public de la santé, étant donné que, quelque soit le titre d'attribution de responsabilité, cette protection tend à être toujours plus grande; en ce sens, il ne faut pas perdre de vue non plus l'influence du Droit Communautaire dans des domaines comme celui de la responsabilité pour dommages causés par les produits défectueux¹¹⁰⁰.

Et ce n'est pas par hasard que l'on peut trouver ces points de convergence dans les deux systèmes; on ne peut pas oublier qu'il s'agit de deux ordres juridiques qui essayent d'affronter des défis et des problèmes substantiellement identiques. Il s'agit de donner une réponse depuis la perspective juridique, à une série de questions liées au risque inhérent à tout acte médical, quand l'expérience semble nous montrer que la faute dans le service public hospitalier ou le "*funcionamiento anormal*" du *servicio público de asistencia sanitaria*, ne peut être le seul critère, mais qu'il n'est pas possible non plus d'en faire abstraction.¹¹⁰¹ Et tout cela, dans un environnement social

¹¹⁰⁰ C'est un facteur supplémentaire qui contribue à une certaine convergence en matière de responsabilité, même si c'est par la voie indirecte de la liberté communautaire de circulation de marchandises. Voir à ce sujet la note en pied de page n° 101.

¹¹⁰¹ Concernant le réapparition de la faute dans l'évolution de la responsabilité dans le Droit Public et dans le Droit Privé français, voir le travail de LOCHAK, Danièle, "Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation", dans CHEVALLIER, Jacques, (dir.), *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, p. 282., dans lequel il affirme que, dans le fond, la problématique qui entoure la responsabilité civile et la responsabilité administrative est relativement liée; d'un côté, il est impossible d'abandonner totalement la notion de faute et, d'un autre côté, il n'est pas possible non plus de fonder tout le droit de la responsabilité sur cette idée de la faute.

chaque fois plus exigeant qui, par principe, aspire toujours plus à la couverture totale et universelle de l'ensemble des dommages, sans s'arrêter à soupeser les répercussions en tout genre que la réalisation de cette aspiration peut provoquer. Un contexte dans lequel la responsabilité tend à devenir une fonction de l'indemnisation.¹¹⁰²

¹¹⁰² Pour reprendre l'expression de F. EWALD.

CONCLUSIONS

1- A propos de la “quasi-interchangeabilité”, à en juger par son application et ses conséquences pratiques, du fondement de la responsabilité hospitalière et de la responsabilité patrimoniale du système de santé.

On a tendance à penser qu'un système de responsabilité de type subjectif, reposant sur l'idée de culpabilité ou de faute, - comme c'est le cas de la responsabilité hospitalière et la responsabilité médicale et de la responsabilité civile médicale en Espagne -, serait, *prima facie*, moins protecteur. Au contraire, on a tendance à considérer qu'un système de type objectif, - comme celui en vigueur en Espagne de responsabilité patrimoniale de l'Administration -, fondé sur le principe de garantie patrimoniale, sur le risque ou sur le principe d'égalité devant les charges publiques, serait plus protecteur et garantiste. Cependant, il est possible d'affirmer que le caractère objectif ou subjectif du système de responsabilité de l'Administration et de la santé, en particulier, ne détermine par nécessairement le niveau de protection des usagers du système de santé face aux dommages qui découlent de son fonctionnement.

L'étude comparée des deux ordonnancements et de sa jurisprudence corrobore cette affirmation. En premier lieu, en Espagne, l'analyse de la jurisprudence civile permet de constater que la responsabilité civile médicale, - selon ce que nous avons déjà noté, de type subjectif et en théorie plus restrictive -, demeure dans la pratique plus protectrice et réceptrice à l'indemnisation dans les cas où, dans le cadre de la jurisprudence administrative, le dommage reste à la charge de la personne lésée, et cela malgré la plus grande amplitude dérivée du

caractère objectif de la responsabilité patrimoniale. Et on arrive à une conclusion semblable si l'on étend cette comparaison au Droit français et on examine l'obligation d'indemniser un certain nombre de catégories de dommages suite à l'application des normes que régissent la responsabilité hospitalière, dommages qui ne seraient pas couverts en Espagne malgré la fameuse objectivité du système de responsabilité patrimoniale de l'Administration.

On peut donc affirmer que, dans les deux ordonnancements, un usager de la santé publique bénéficie d'un niveau de protection assez semblable, y compris quelque peu plus élevé en France ; dit d'une autre façon, la liste des hypothèses qui peuvent faire l'objet de dédommagement coïncide et s'il en est, plus ample dans le Droit français. Et il est important de faire ressortir que nous avons abouti à cette approche relative bien que depuis deux points de départ et fondements juridiques opposés. Cette approche s'expliquerait par la pression de la réalité sociale exercée sur les deux systèmes, - caractérisée par un niveau de bien-être élevé -, qui se ressemblent dans les deux pays entre autres choses, 1) au niveau de l'activité, orientée sur la protection et le rétablissement de l'état de santé des patients ; 2) les attentes toujours à la hausse des patients-usagers face aux avancées continues de la science et de la technique médicales, avec la frustration qui en résulte et les possibles litiges qui en découlent quand les attentes ne sont satisfaites et 3) similitude, enfin, dans la nature des dommages qui peuvent découler de l'*asistencia sanitaria* et qui affectent fondamentalement à la vie et à l'intégrité des personnes, c'est-à-dire, aux biens de nature non patrimoniale, dont la valeur est incalculable et le *prix* difficile de définir.

Ce que vient d'être dit permet de soutenir que les systèmes de responsabilité qui ont fait l'objet de cette recherche, bien que partant de fondements et d'origines distinctes, de nature subjective l'un et de nature objective l'autre, jurisprudentiel et législatif, se sont finalement rapprochés quant aux résultats auxquels ils sont arrivés ; une réalité sociale semblable les a amenés à converger, en atténuant ses points de départ respectifs et en incorporant même des éléments de l'autre modèle. On peut constater, en somme, une

certaine convergence dans la recherche, par différentes voies, d'un objectif identique : l'obtention, dans la pratique, d'un niveau élevé de protection des usagers du système de santé face aux dommages qui peuvent découler de son fonctionnement.

Il est prévisible, de plus, que la tendance vers une plus grande protection de l'utilisateur, qu'elle soit délibérée ou mue par des facteurs extra-juridiques, augmente la pression d'indemnisation autant en France qu'en Espagne, ce qui pour l'ordonnement se traduit par le défi de fournir les instruments technico-juridiques adaptés aux circonstances et à la réalité de son temps. L'eau cherche toujours son chemin et finit toujours par le trouver ; ce que le Droit doit faire est essayer de la reconduire et la diriger pour éviter les débordements et réduire les possibles effets collatéraux.

2- A propos de la nécessité de clarté du Droit applicable en vue d'une sécurité juridique renforcée.

Si l'on est arrivé à cette relative convergence dans le niveau de protection des patients, cela n'a pas été sans recourir souvent à constructions et théories innovatrices par lesquelles le juge, - et de façon spéciale en France, du fait du rôle créateur du Droit de la jurisprudence -, est venu *remplir les lacunes* du Droit, en créant et en interprétant la norme de façon à ce que certaines catégories de dommages deviennent indemnisables alors qu'elles ne l'étaient pas avant. Cela dit, cette prétendue générosité ou libéralité, palpable dans certaines *interprétations* jurisprudentiels, autant en France qu'en Espagne, se doivent dans la plupart des cas à une interprétation extensive - inspirée par des considérations d'équité, ou même de compassion -, des règles qui président la responsabilité administrative et la notion de responsabilité en général et qui a pour conséquence la tendance à une continuelle extension de ses limites.

En France, en vue d'améliorer la situation du patient dans le système de santé, ainsi que sa qualité et, en même temps aussi, en vue de mettre un terme à cette tendance d'extension jurisprudentielle des hypothèses susceptibles

d'engager la responsabilité hospitalière, le législateur a réaffirmé dans la loi du 4 mars 2002 que la responsabilité hospitalière est une responsabilité pour faute, sans préjudice de l'existence de certaines catégories de dommages que sont indemnisables par disposition de la lois et ce, à titre de la solidarité nationale.

En Espagne, avec le même objectif de limiter cette tendance jurisprudentielle expansive, le législateur est intervenu avec la Loi 4/1999, qui a introduit une précision importante relative au devoir juridique de supporter le dommage. Il paraît claire que pour limiter cette tendance expansive, il faut interpréter de manière juste et rigoureuse les règles et principes d'un modèle de responsabilité, communément présentée comme objective, pour laquelle la culpabilité ou le fonctionnement anormal n'est pas le facteur déterminant et sa condition n'est pas nécessaire, ce qui ne veut pas dire que l'on peut ou que l'on doit se passer de ce modèle.

Il est indispensable que le Droit positif indique clairement les conditions et limites de la responsabilité, afin que les opérateurs juridiques connaissent ces règles pour y adapter leur conduite afin d'éviter que leur responsabilité soit engagée. Et aussi, pour que l'on sache que, tout ce qui dépassera ces limites ne pourra fonder une action en responsabilité. Ces dommages et à la limite que de réparation ou d'aide, - plutôt qu'indemnisation , en vertu d'une décision *souveraine ou plutôt politique* du législateur qui augmentera le système de protection sociale à un certain nombre de catégories de dommages, en mettant ainsi en pratique la solidarité qui, comme un pacte d'interdépendance et assistance mutuelle du corps social, est sous-jacent dans tout État à orientation sociale comme le sont la France et l'Espagne.

3 – A propos de la validité de la construction en vigueur de la responsabilité patrimoniale de l'Administration en Droit espagnol.

La construction en vigueur de la responsabilité patrimoniale, due au Maître García de Enterría, continue pleinement d'être valable comme instrument de protection des biens et des droits des particuliers face aux dommages qui, dans sa mission constitutionnelle de service d'intérêt général, que peuvent occasionner l'activité administrative ; le type d'activité qui se caractérise, - en évoquant l'exposé des raisons de la *Ley de Expropiación* du 16 décembre 1954 -, par l'inévitable séquelle accidentelle de dommages résiduels qui l'accompagne et par une création constante de risques. C'est-à-dire, quand de tels biens et de tels droits se révèlent diminués par le fonctionnement, normal ou anormal des services publics et qu'il ne coïncide pas avec le devoir juridique de supporter le dommage, celui-ci devra être réparé à la charge de la caisse commune du trésor public.

Cette construction doctrinale, dont la clé est la notion d'anti-juridisme, - qui convertit le dommage en lésion donnant droit à dédommagement quand il n'y a pas de devoir juridique de le supporter -, permet d'apporter une solution en accord avec l'idéal de justice dans tous les cas ; plus encore si l'on considère que la perspective de l'individu victime du dommage est la dominante pour juger s'il y a devoir d'indemniser ou non à charge de l'Administration. Pour le reste, toute règle de Droit – et dans un domaine si casuistique comme celui de la responsabilité, encore plus -, laissera toujours quelques cas sans solution ou réponse claire, mais ces zones d'ombre ne disparaîtraient pas pour le simple fait que le système de responsabilité patrimonial se réformait pour le convertir en un système de responsabilité par culpabilité, comme certains auteurs le réclament.

Cette construction est donc valable, bien qu'elle oblige à une appréciation rigoureuse des éléments qui constituent ses hypothèses génératrices, à laquelle pourrait peut-être contribuer une réforme législative ponctuelle orientée à cet objectif, qui préciserait la portée du devoir juridique de supporter le dommage dans des secteurs concrets particulièrement problématiques. Tout particulièrement, il convient de juger attentivement l'existence de la relation de causalité et, surtout, l'anti-juridisme ou absence de devoir juridique de supporter le dommage. Une telle appréciation rigoureuse doit être le guide qui empêche

que le système de responsabilité patrimoniale de l'Administration, - et non seulement pour son activité d'asistencia sanitaria -, soit détourné et dégénère en une clause générique d'assurance universelle face à n'importe quel dommage qui puisse se produire dans le cadre de l'asistencia sanitaria ou de toute intervention lointaine, directe ou indirecte de l'Administration dans ses divers domaines d'activité.

Cette construction est valable, j'insiste, et présente, de plus, l'avantage de la simplicité dans sa formulation générale pour toute activité administrative, pour toute l'activité de l'Administration, dans la mesure où l'introduction aux règles spécifiques par secteurs d'activité aurait un coût indirect non dédaignable. Et même elle pourrait être transposable au domaine du Droit privé, dans lequel il serait aussi possible de centrer l'analyse sur l'individu objet du dommage, à partir d'une obligation générique de garantie du patrimoine privé, comme l'ont déjà soutenu les auteurs Boris Starck et Léon Duguit. Cependant, la possibilité de transposer ce schéma au Droit privé est envisageable seulement au niveau dialectique et l'adoption de ce modèle de type objectif ne se défend dans le cas de la responsabilité civile de Droit privé, du fait de sa raison d'être différente et parce que cela supposerait mettre de côté un riche dépôt qui a sédimenté au long des siècles.

4.- A propos de la responsabilité pour fonctionnement anormal y la responsabilité pour faute.

La règle générale, en matière de responsabilité administrative, doit être l'imputation pour fonctionnement anormal – dans l'ordonnance espagnole - ou pour faute – dans le français -, étant donné que l'on ne peut soutenir l'obligation juridique de supporter les conséquences en dommage d'un comportement coupable ou anormal d'un autre individu, dans ce cas l'administration de santé ou de l'hôpital public.

Dans ce sens et concrètement dans le domaine de l'asistencia sanitaria, certaines références comme la *lex artis ad hoc*, les lettres de services, les protocoles et les guides d'actuation clinique, les codes de conduite, les plan stratégiques de qualité et n'importe quel autre document qui indique les critères techniques à suivre dans l'actuation médicale, occupent une place centrale comme référence pour apprécier du caractère reprochable ou irréprochable d'une action ou omission précises. Ce qui, logiquement, aura un effet en matière de responsabilité.

La faute ou le fonctionnement anormal, s'il est vrai qu'ils ne suffisent pas en tant qu'élément unique et de façon automatique pour déterminer le début de l'obligation de réparation à charge de l'Administration, doivent cependant être le premier critère nécessaire pour l'imputation de la responsabilité administrative. Dans le système français, il l'est par voie directe, étant donné que le droit commun de la responsabilité est basé, bien que non de façon exclusive, sur la notion de culpabilité ou faute. Dans le système espagnol et comme conséquence de son caractère objectif, la faute – ou plus précisément, le fonctionnement anormal – doit se convertir aussi en critère principal d'imputation par la voie indirecte ou par l'analyse du dommage causé par le fonctionnement anormal et de la position juridique de l'individu victime du dommage, en raison de la virtualité du fonctionnement anormal susceptible de convertir un dommage qu'il a généré en lésion donnant droit au dédommagement. En d'autres termes, le dommage causé par le fonctionnement anormal de l'Administration se convertit, en règle générale, en anti-juridique et l'on ne peut raisonnablement argumenter que l'individu lésé doive supporter le dommage, à moins que celui-ci ait contribué à la « création » du dommage que ce soit de façon coupable ou délibérée, ce qui, dans ce cas, devra se traduire par une diminution de l'indemnité.

5.- A propos de la responsabilité pour le fonctionnement normal ou responsabilité pour risque. Le risque et le consentement éclairé.

Les soins de santé se concrétisent en une série de prestations que l'Administration dispense, - directement ou indirectement – et qui sont orientées à l'entretien ou au rétablissement de l'état de santé de la personne et, pour autant, répond de façon immédiate à l'intérêt direct de la personne qui les reçoit. La personne qui se prête aux soins de santé se convertit en bénéficiaire direct et immédiat de ceux-ci. L'existence de cet intérêt direct n'empêche pas qu'existe de manière latente, dans certains cas on peut plutôt parler de manière manifeste, un intérêt plus ample et générique, de dimension collective, qui consiste à l'entretien de l'état de santé de la population en général, c'est-à-dire la santé publique comme actif fondamental pour une société dans son ensemble.

En raison de l'intérêt direct et immédiat précédemment mentionné, on peut soutenir que l'individu qui subit un dommage à l'occasion d'une prestation de santé a le devoir juridique de le supporter, chaque fois que ce dommage est la concrétisation d'un risque créé dans son propre bénéfice, -et sans qu'interfère la faute ou le fonctionnement anormal-. C'est le cas, quand il s'agit de rétablir l'état de santé ou de limiter sa détérioration, souvent, se créent de nouveaux risques, qu'ils soient thérapeutiques ou de diagnostic, médicaux ou de soins, avec comme objectif de faire face à un risque déjà existant chez cet individu, - la maladie, le risque inhérent à toute pathologie et son traitement-.

Dans le domaine des soins de santé, le consentement éclairé, sans préjudice de sa raison d'être initial, - comme aboutissement d'un processus interactif qui répond au principe d'autonomie du patient-, agirait comme un facteur neutralisateur de l'action de la responsabilité dans beaucoup de cas. La prestation du consentement éclairé entraîne que l'obligation de supporter les conséquences du dommage créé par la concrétisation du risque retombe sur qui a assumé ce risque au moment du consentement, chaque fois que nous nous trouvons face à un fonctionnement normal ou non fautif, c'est-à-dire, dans le domaine de cette étude, en conformité avec la *lex artis*.

Si le consentement était insuffisant, parce que l'information clinique n'était pas adéquat ou adaptée au destinataire, de la façon dont cela aurait dû être fait dans le processus d'interaction dans lequel est inclus le consentement éclairé pour être valide, il faudrait alors analyser s'il s'agit ou non d'une intervention nécessaire ou non, et peser la quantité de l'indemnité en fonction de cette circonstance, de même que dans les cas où concourent des causes imputables à l'Administration et à la victime. La jurisprudence française a appliqué dans ces cas la théorie de la perte d'opportunité. Et même dans le cas d'intervention nécessaire, - plus encore, s'il s'agit d'intervention superflue -, en marge des cas d'urgence vitale et des cas prévus dans la *Ley orgánica 3/1986*, de mesures spéciales en matière de santé publique, nous nous trouverions devant une violation du droit de toute personne à décider librement, dans l'exercice de sa liberté, s'il se soumet ou non à une intervention médicale spécifique, ce qui cause sans aucun doute un dommage moral susceptible d'une réparation. Le dommage moral dérivé de la violation du principe d'autonomie, qui n'est autre chose que le reflet de la liberté de la personne –et de sa dignité – qui est inhérente à sa décision de se soumettre à une intervention ayant des conséquences sur son corps et qui puisse affecter à son intégrité physique.

Ce dommage moral est susceptible d'être réparé. Il est anti-juridique dans les deux systèmes, - au vu du droit français, parce qu'on a commis une faute en manquant à l'obligation persistante d'obtenir le consentement ; et au du droit espagnol, parce que qu'on n'a pas le devoir juridique de supporter le dommage dérivé d'un fonctionnement anormal comme l'est l'omission du consentement éclairé. Et ce dommage moral est différent du dommage physique –ou, indirectement, patrimonial -, qui ait pu être généré par la concrétisation d'un risque présent dans l'intervention médicale non consentie ou consentie de façon déficiente. A propos de ce dernier, on peut s'interroger sur le fait qu'il doive ou non faire l'objet d'une indemnisation ; pour cela, il faut analyser si cette intervention était conseillée, -si elle était nécessaire, opportune ou simplement accessoire-. Si elle était accessoire, elle n'était pas imposée par l'état de santé du patient, comme il arrive principalement dans le domaine de la médecine dite de complaisance, il faudra alors indemniser.

6.- A propos des fonctions de la responsabilité et de la nécessité de renforcer la prévention, sans faire abstraction de la réparation, afin de consolider la confiance qui doit régner dans le domaine de la santé:

L'évolution de la responsabilité est basée sur sa fonction réparatrice, au détriment d'autres fonctions tout aussi importantes mais qui, sans aller jusqu'à être complètement éliminées, n'en restent pas moins reléguées à un second plan, comme c'est le cas pour sa fonction préventive. Si l'interprétation extensive des règles et principes de la responsabilité (de la faute et de la causalité) dont on a parlé au début, continue d'augmenter, il faudra alors répondre de tous les dommages, ou presque, qui se produisent dans le cadre des soins de santé, et cela indépendamment du fait que les actions ou omissions qui aient pu générer ces dommages soient déclarées fautives ou, au contraire, parfaitement correctes.

La conséquence immédiate serait le fait de gaspiller la possibilité de différencier les actes corrects de ceux qui ne le sont pas. Si l'Administration voit sa responsabilité engagée à raison d'un acte qu'a été déclaré fautif, cela peut lui montrer, de même qu'aux professionnels de santé, quelle est la façon correcte d'agir et, au contraire, les comportements qui sont à éviter. L'exercice de l'action *de regreso*, l'action récursoire, est aussi un moyen utile, mais très peu usité, à utiliser pour montrer la bonne voie à suivre quand il y a une faute d'une certaine gravité de la part de l'auteur du fait dommageable.

En encourageant – directement ou indirectement- les bonnes pratiques, les Administrations publiques et leurs agents agiront de manière plus efficace au service de l'intérêt général,¹¹⁰³ lequel dans le service public hospitalier se concrétise par l'attention efficace du droit à la protection de la santé des individus, ainsi que par l'emploi efficace et adéquat des deniers publics.

Mais surtout, ce qui convient le plus à l'intérêt général – et aussi à l'intérêt particulier des personnes qui bénéficient du système de santé- c'est

¹¹⁰³ Comme l'exige la CE dans ses articles 103, 43 et 31

que ce service public fonctionne le plus correctement possible et que, par conséquent, il y ait moins de dommages antijuridiques, et moins de lésions à indemniser qui, ne l'oublions pas, jamais ne pourront être indemnisées à leur juste *valeur*. Pour cela, dans les deux ordonnancements, autant pour des raisons d'efficacité que pour des raisons tout simplement humanitaires, il est indispensable d'ajouter une autre dimension à la réparation ; il s'agit de la dimension touchant à la prévention. Mais la dimension préventive qu'on propose va plus loin que ce que l'on peut espérer de la *responsabilidad extracontractual*, dont la fonction principale, on le sait, est la fonction réparatrice.

Cette évolution de la réparation vers la prévention devient de plus en plus nécessaire du fait même de l'intérêt général, parce qu'il est préférable que les patients puissent jouir de la plus grande sécurité possible dans les soins de santé. Ce niveau optimal de sécurité ne peut être atteint sans un changement important dans l'attitude du secteur de la santé ainsi que dans l'ensemble de la société. Ce changement doit conduire à ce que l'on prenne en compte, entre autres, les questions suivantes:

a) La distinction entre les notions d'erreur et de faute; toute erreur n'est pas forcément fautive et, par conséquent, toute erreur n'engage pas la responsabilité.

b) La prise de conscience qu'une partie considérable des dommages qui se produisent dans le domaine de la santé sont dûs à des défaillances, insignifiantes si elles sont considérées individuellement, mais qui ajoutées à d'autres déficiences semblables, peuvent se trouver à l'origine des dommages importants qui sont plus imputables au système même qu'à un individu en particulier.

c) L'obligation de mettre en marche des dispositifs qui permettent de connaître, d'analyser et de gérer les risques inhérents aux systèmes des soins de santé, afin de pouvoir étudier ces erreurs et ces défaillances systémiques, qu'ils donnent ou non lieu à des événements indésirables, et ainsi rechercher pourquoi ils ont eu lieu et trouver, si possible, la manière de les éviter dans le future.

d) La connaissance de ces erreurs et de ces défaillances liées au système, exigent l'implication active des personnes qui appartiennent au système de santé et un changement d'attitude qui, à partir de l'acceptation de la faillabilité humaine des professionnels de santé, encouragerait le fait que ces derniers puissent admettre et informer des événements indésirables, y compris quand la cause immédiate est une erreur humaine.

e) Pour qu'un tel système de déclaration des événements indésirables soit efficace, à l'image de ce qui existe en matière d'enquête dans les accidents des transports aériens, il serait nécessaire une réforme législative qui, en limitant la transparence, puisse éviter que ces informations qui sont recueillies dans un but de prévention des risques soient utilisées pour fonder des demandes en responsabilité.

Ajouté à tout cela, et bien qu'en relation étroite avec l'éthique, il faut rappeler la nécessité d'humaniser les relations entre patients et personnel de santé dans les deux systèmes de santé. Je veux surtout parler de l'importance d'améliorer la communication entre les professionnels et le système de santé lui-même, d'un côté, et les patients-usagers de l'autre, ainsi que l'importance de savoir dire « je suis désolé ». Il est bien connu que, derrière une demande en responsabilité dans le domaine de la santé, il y a très fréquemment un défaut de communication, préalable et/ou postérieur à l'évènement indésirable. D'autre part, les dommages qui se produisent dans ce domaine de l'activité administrative, celui de la santé, sont le plus souvent des dommages qui portent sur la vie même, l'intégrité physique, c'est-à-dire des biens qui n'ont pas de prix, qui ont une valeur incalculable. Cela fait que, parfois, la simple attitude de sympathie, dans le sens éthimologique du terme, ou un simple geste sincère d'humanisme de la part du professionnel de santé tel que présenter ses regrets, - ou même, le cas échéant, une demande de pardon, - peuvent provoquer une certaine satisfaction morale à la victime. Cette marque de sympathie peut parfois être suffisante pour la personne lésée et l'amener à renoncer à entamer une action en justice, le procès n'étant parfois que le moyen de voir reconnus ses sentiments et sa souffrance. Dans le cas évident de faute, une attitude cohérente avec ce qu'on vient de dire serait d'offrir à la victime une compensation économique sans besoin de judiciaire le conflit.

Je termine cette conclusion en constatant que, dans les deux pays et plus particulièrement en France, on a enregistré un progrès notable en ce qui concerne l'accès à l'information dans le secteur de la santé. Une telle évolution représente un pas important vers la transparence et renforce les voies de contrôle sur le service public, contrôle qui, dans les sociétés démocratiques avancées, est exercé aussi par le scrutin public qui serait impossible s'il n'existait pas une certaine transparence. De plus, la transparence dans le secteur de la santé encourage la confiance, une condition absolument indispensable dans ce secteur. Depuis la perspective communautaire, il s'agit de la confiance dans l'ensemble du système de santé dans la mesure où, si l'on agit en accord avec le principe de transparence, les citoyens savent qu'on ne leur cache pas les informations essentielles en matière de santé. D'autre part, et depuis la perspective de la santé de l'individu, il s'agit de la confiance dans les relations entre patients-usagers et professionnels de santé, pour la même raison évoquée juste avant, bien que se rapportant plus à la situation concrète du patient.

7.- A propos de la responsabilité, de ses limites et de l'Etat social.

Les questions de fonds sont les suivantes: jusqu'où la société veut-elle et peut-elle fixer la limite de la réparation dans les situations de perte ou de diminution de la santé des individus? D'autre part, les règles et les principes applicables para les tribunaux en matière de responsabilité sont-ils suffisamment clairs pour permettre de respecter cette limite? Ces deux questions de fonds, c'est évident, échappent à la sphère d'influence de ceux qui appliquent et interprètent le Droit et doivent être approfondies par ceux qui créent le Droit, c'est-à-dire le pouvoir législatif. Celui-ci, en plus d'être responsable de veiller activement sur la cohérence et l'équilibre de l'ordonnement juridique, doit répondre de l'utilisation qui est fait du denier public. Pour cette raison, il est indispensable qu'il intervienne à travers de deux grandes lignes d'actions, avec un même objectif.

La première ligne d'action proposée devrait s'orienter, comme on l'a déjà dit, à l'éclaircissement des règles et principes de la responsabilité, en vue de réaffirmer le principe de la responsabilité pour faute, de même que le principe de la responsabilité pour fonctionnement anormal de l'Administration, comme principale condition de la *responsabilidad patrimonial*. C'est ce qu'établit en France la Loi du 4 mars 2002. La responsabilité existerait quand l'action ou l'omission à l'origine du dommage serait considérée fautive, indépendamment des rares hypothèses dans lesquelles le dommage est la conséquence d'un risque créé pour le bénéfice de la collectivité. Cette affirmation de la *culpa*, de la faute, doit être accompagnée d'une attention toute particulière de la part du juge afin de bien distinguer entre faute et erreur.

La seconde ligne chercherait à instaurer un mécanisme, en marge de la responsabilité, qui puisse prêter assistance aux victimes de certains dommages, graves et inattendus, qui peuvent exister dans le domaine de la santé et quand il n'y a aucune faute ou négligence de la part d'un professionnel de santé. Le jeu combiné de ces deux lignes d'actions du législateur permettrait, sans aucun doute, de se rapprocher de l'objectif qui n'est autre que de mettre un terme à cette interprétation extensive des règles et principes de la responsabilité, interprétation extensive qui a été critiquée pour ses effets pervers. Le dispositif d'indemnisation prévu dans la Loi du 4 mars 2002 est un modèle qui pourrait inspirer le législateur espagnol.

Pour ces raisons, la réforme introduite par la Loi française du 4 mars 2002 représente une avancée importante. On y confirme le principe de la faute comme fondement principal de la responsabilité dans le système de santé, tant pour le secteur privé que pour le secteur public. En parallèle, cette Loi établit un dispositif d'indemnisation, fondé sur la solidarité nationale, pour un certain type de dommages ne découlant pas d'une faute. Il aurait été souhaitable que cette Loi, en plus de se concentrer sur les aspects liés à la responsabilité et à l'indemnisation, s'occupe aussi de la prévention et de la gestion des risques des systèmes de santé modernes, comme il est écrit dans la conclusion précédente.

Bibliografía

Teoría general del Derecho y del Derecho Administrativo

A.- Obras generales, tratados, manuales y monografías

AA. VV., (LONG, Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DELVOLLÉ, Pierre, GENEVOIS, Bruno), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 14ª ed, 2003.

AUBY, Jean-Marie, *Droit Administratif*, Dalloz, 7ª ed. 1986.

BERMEJO VERA, J. (dir.): *Derecho administrativo. Parte especial*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

BERMEJO VERA, J. (dir): *Derecho administrativo. Parte general*, 2ª ed., Kronos. D.L. Zaragoza, 1993.

BLANQUER, D.: *Introducción al Derecho administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

BOQUERA OLIVER, J.M.: *Derecho administrativo*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996.

BRAIBANT G. , STIRN B. , *Le droit administratif français*, FNSP-Dalloz, Amphi , 7e ed., 2005.

CASTELAO RODRÍGUEZ, J. (y otros): *Derecho administrativo II. Parte especial*, Ed. Universitas, 2ª ed., Madrid, 1998.

CHAPUS, René, *Droit administratif général*, T. 1, Montchrestien, 15ª ed., 2001

CHEVALLIER, Jacques, *L'État post-moderne*, LGDJ, 2003.

CHEVALLIER, Jacques, (dir.), *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993.

CONSEIL D'ÉTAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public, 2006, La Documentation française, 2006.

CONSEIL D'ÉTAT, *L'administration française et l'Union européenne. Quelles influences? Quelles stratégies?*, Rapport public 2007, La Documentation française, 2007.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La Justicia dato a dato 2006*, 2007.

CORNU, Gérard, *Linguistique juridique*, Montcherstien, 2000.

COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho administrativo*, 18^o ed., Civitas, Madrid, 2007.

DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., Paris, 1969.

DRAGO, Roland, (dir.), *La confection de la loi*, Cahiers des sciences morales et politiques-PUF, 2005

DUGUIT, Léon, *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, París, 1913.

DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, (2 tomos), Ed. Fontemoing-Imp. Cadoret, Paris-Bordeaux, 1911 y la 3^a edición, (5 tomos), de 1930.

MORAND-DEVILLER, J., *Cours de droit administratif*, Montchrestien. 2 ed. 2005.

EISENMANN, Charles, *Cours de droit administratif*, LGDJ, T. I, 1982 y T. II, 1983.

ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho administrativo*, vol. I/1, 13^a ed., Tecnos, Madrid, 1999, vol. I/2, 12^a ed., Tecnos, Madrid, 1998, vol. II, 11^a ed., Tecnos, Madrid, 1995.

FAVOREU, Louis y PHILIP, Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 11^a ed., 2001.

GALLEGO ANABITARTE, A. y MARCOS FERNÁNDEZ, A.: *Derecho administrativo I. Materiales*, 2^a ed., 8^a reimpresión corregida, Madrid, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 11^a ed. y II, 8^a ed., 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Civitas, 2^a ed., 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, 3^a ed., 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, 2^a ed., 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolution Française et administration contemporaine*, Economica, 1993.

GARCÍA SAN MIGUEL, Luis, *Hacia la justicia*, Tecnos, 1993, en particular en su capítulo 14, "Consideraciones en torno a una fundamentación filosófica de los derechos humanos", pp. 296-321.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1995.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. I y II, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Derecho administrativo español*, I, 2ª ed., EUNSA, Pamplona, 1993, II, 1ª ed., EUNSA, Pamplona, 1994, y III, 1ª ed., EUNSA, Pamplona, 1997.

HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12ª ed., Dalloz, 2002.

LAUBADÈRE, André de, VÉNEZIA, Jean-Claude, GAUDEMMENT, Yves, *Traité de droit administratif*, vol. I, 11 ed., LGDJ, 1990.

LAUBADÈRE, André de, VÉNEZIA, Jean-Claude, GAUDEMMENT, Yves, *Traité de droit administratif*, vol. 2, 9 ed., LGDJ, 1992.

LABORDE, Jean-Pierre, *Droit de la sécurité sociale*, PUF, colección Thémis Droit public, 2005.

LAFERRIÈRE, Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, LGDJ, 1989.

LUCHAIRE, François et Yves, *Décentralisation et Constitution*, Economica, 2003.

MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho administrativo*, 20ª ed., Trivium, Madrid, 1999.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Energía nuclear y Derecho. Problemas jurídico-administrativos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *La Europa de los derechos humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Civitas, 2007.

MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo, *Diccionario de la Administración española, peninsular y ultramarina*, doce tomos, 2 edición, Madrid, 1869-1870.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *Introducción al Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986.

MODERNE, Franck, (Dir.), *La nouvelle décentralisation*, Sirey, 1983.

MODERNE, Franck, *Les autonomies régionales dans la Constitution espagnole*, (avec P. Bon), préface E. García de Enterría, Economica, 1985.

MONTESQUIEU, *De l'esprit de lois*, 2 vol., GF Flammarion, 1979.

MORELL OCAÑA, L., *Curso de Derecho administrativo*, II vols., 4ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Público general*, Ed. Iustel, T. I, 2004.

NIETO, Alejandro, *Estudios históricos sobre la Administración y el Derecho Administrativo*, INAP-Colección de estudios de Historia de la Administración, 1986.

PARADA VÁZQUEZ, J.R.: *Derecho administrativo I (Parte general)*, 17ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2008; II (*Organización y empleo público*), 14ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000; III (*Bienes públicos y urbanismo*), 8ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000.

PAREJO ALFONSO, L., *Estado social y Administración Pública. Postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, 1983.

PAREJO ALFONSO, L., *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Cuadernos y debates (nº 30) del Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y Administración: Tres estudios*, BOE, 1995.

PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho administrativo*, 2 vols., 5ª ed., Ariel, Barcelona, 1998.

PÉREZ, Joseph, *Histoire de l'Espagne*, Fayard, 1996.

PIÑAR MAÑAS, José Luis y REAL PÉREZ, Alicia, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador: estudio, desde la evolución del derecho español de fundaciones, del régimen jurídico de la voluntad del fundador en la Constitución de 1978 y en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*, Marcial Pons, 2000.

PIÑAR MAÑAS, J.L., (Dir.), *La reforma del procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 4/1999*, Dykinson, 2000.

PIÑAR MAÑAS, José Luis, *Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio*, Fundación Alternativas, 2009.

RIVERO, Jean et WALINE, *Droit administratif*, Dalloz. 18 ed., 2000.

ROUSSEAU, Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Monchrestien, Domat droit public, 6ª ed., París, 2001.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, 4ª ed., Tecnos 2008.

SANTAMARÍA DE PAREDES, V., *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1914, 8ª ed.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho administrativo I*, 1ª ed., CEURA, Madrid, 1991.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. I y II, Ceura, 2ª ed., 2000.

SANTI ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, 1969. Edición preparada por los profesores Sebastián y Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER y precedida por un estudio introductorio de D. Sebastián.

SORACE, Domenico, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, 2000.

VEDEL, George y DELVOLVÉ, Pierre, *Droit administratif*, Presses Universitaires de France, 12 ed., 1992.

VILLAR PALASÍ, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L., *Principios de Derecho administrativo*, 2 vols., UCM, 4ª ed. 1999.

VILLAR PALASÍ, J. L., *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, UCM, Madrid, 1968.

B.- Artículos y contribuciones

BON, Pierre, “Las recientes reformas territoriales francesas » *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº 22, 2003, pags. 607-621.

BON, Pierre, “La protección constitucional de los derechos fundamentales: aspectos de derecho comparado europeo” *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº. 11, 1992, pags. 43-82.

- BON, Pierre, "Le Conseil Constitutionnel français et le modèle des Cours Constitutionnelles européennes" *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 11, Nº 32, 1991, pags. 45-72.
- BON, Pierre, "Los actos legislativos del ejecutivo" in *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público* / coord. por Francisco Fernández Segado, 2008, pags. 1061-1110.
- BON, Pierre, "A propósito del consejo constitucional francés" in *La democracia constitucional : estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Vol. 2, 2002, pags. 1435-1456.
- BYK, Christian, "Réflexions sur le principe de solidarité", en *Revue Générale de droit médical*, nº 10, 2003, p. 71 à 80.
- Conseil d'État, 24 février 2006, M. et Mme. Levenez - nº 250704, note Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, "Le dispositif anti-Perruche: aller-retour Paris-Strasbourg", *AJDA*, nº 23/2006, pp. 1272-1276.
- DAVID, Pascal, "Le pouvoir des mots", en *Revue générale de droit médical, le sens des mots, numéro spécial*, 2008, p. 17 à 24.
- DESWARTES, M.P., "Droits sociaux et État de droit", en *Revue de Droit Public*, 1995, p. 951.
- DUPRAT, J.-P., "La soumission des régulateurs à régulation", *AJDA* 2006, p. 1203 à 1209.
- DUPRAT, J.-P., "Los códigos de conducta vistos por un jurista francés, in A. REAL PÉREZ (Dir.), *Actas del I Congreso internacional sobre Códigos de Conducta y Mercados. Publicidad y mercados financieros. Marzo de 2008.*, Marcial Pons, (en prensa).
- DUPRAT, Jean-Pierre, "Genèse et développement de la légistique", en DRAGO, Roland, (dir.), *La confection de la loi*, Cahiers des sciences morales et politiques-PUF, 2005, p. 9.
- DUPRAT, Jean-Pierre, "La notion d'usager. Réflexion sur trois visages d'un partenaire: L'administré, l'usager et le client", en AA. VV., *Les administrations économiques et financières et leurs usagers. Journée d'étude de Bordeaux 21 mars 1996*, Ministère de l'économie et des finances-Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1997, pp. 17 y ss.
- EISENMANN, C. « La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *RDP*, 1972, p. 1345.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Sobre los derechos públicos subjetivos", *REDA*, núm. 6, 1975, pp. 427 y ss.

HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio, "Medidas cautelares en lo contencioso-administrativo y Constitución. Una propuesta para un debate abierto", *Cuadernos de Derecho Público*, nº 10, 2000, pp. 73 y ss.

HOULOU, Alain, "Le choix des mots", en *Revue générale de droit médical, le sens des mots, numéro spécial*, 2008, p. 31 à 52.

LANDAIS, Claire y LENICA, Frédéric, "Sécurité juridique: la consécration", CE Ass. 24 mars 2006, Société KPMG et autres, nº 288460, 288465, 288474 et 288485, en *AJDA*, nº 19/2006, pp.1028-1033.

LE BRAS, G., "Les origines canoniques du droit administratif", en *L'évolution du droit public. Études en l'honneur d'Achile Mestre*, Sirey, 1956, p.395-412.

LE COZ, Pierre, "La dignité: un signifiant flottant", en *Revue générale de droit médical, le sens des mots, numéro spécial*, 2008, p. 63 à 75.

LEGUINA VILLA, Jesús, "Principios generales del Derecho y Constitución", *RAP*, 1987, núm. 114, pp. 7-37.

LEVADE, Anne, "Les objectifs de valeur constitutionnelle, vingt ans après", en AA.VV., *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p.687-702.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "Contaminación acústica, daños del ruido y jurisdicción civil. (Sentencia del JPI e I nº 4 de Parla, de 15 de noviembre de 2004)", en *REDA*, nº 126, 2005, p. 293 a 303.

MATHIEU, Bertrand, "Le Conseil constitutionnel censure les lois trop verbeuses", en *JCP*, 18 mai 2005, 250.

MODERNE, Franck, "L'idée de service public en droit français et en droit allemand", in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume. Le droit administratif: permanences et convergences*, Dalloz, 2007, pp. 723-735.

MODERNE, Franc. "Le principe de sécurité juridique en droit constitutionnel français et espagnol", ALIVIZATOS, Nikolaos (coord.), *Essays in honour of Georgios I. Kassimatis*, Bruylant, 2004, pp. 673-699.

MONTAS, Arnaud, "Le bon usage des mots", en *Revue générale de droit médical, le sens des mots, numéro spécial*, 2008, p. 53 à 60.

NIETO GARCÍA, Alejandro, *La Administración sirve con objetividad los intereses generales*, en «Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría», Civitas, Madrid, 1991, vol. III, págs. 2185 y sigs.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, "El reto dogmático del principio de eficacia", en *RAP* (1994), Núm. 133, pp. 11 y ss.

PAUVERT, Bertrand, "Regards sur le sens de la dignité", en *Revue générale de droit médical, le sens des mots, numéro spécial*, 2008, p. 77 à 92.

PAZ ARES, Cándido, "La economía política como jurisprudencia racional. Aproximación a la teoría económica del Derecho", en *ADC*, 34, 3, 1981, p. 601

PÉDROT, Philippe, "Avant-propos: la force des mots", en *Revue générale de droit médical, le sens des mots, numéro spécial*, 2008, p. 7 à 15.

PIÑAR MAÑAS, José Luis, "El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 19-20, 2003, pp. 45-90.

PIÑAR MAÑAS, José Luis, "Justicia administrativa y tutela jurisdiccional. Estándares de la Unión Europea", en F. SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 2287 y ss.

PIÑAR MAÑAS, José Luis, "Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España", *REDA* (1994), 84, 557 y ss.

PIÑAR MAÑAS, José Luis, "Revolución tecnológica, Derecho administrativo y Administración Pública: notas provisionales para una reflexión", en *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho administrativo hoy: Actas del I Congreso de la AEPD*, Civitas, 2007, pp. 51-92.

PIÑAR MAÑAS, José Luis, *Privatización de empresas públicas y Derecho Comunitario*, «RAP», 1994, núm. 133, pp. 17 y ss.

TORNOS MAS, Joaquín, "Aspectos constitucionales y distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas", *I Congreso Derecho y Salud*, Libro de ponencias, 1992, p. 48-76.

VEDEL, G. « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, p. 21.

VERRECCHIA, Bruno, "Le poids des mots", en *Revue générale de droit médical, le sens des mots, numéro spécial*, 2008, p. 25 à 30.

Responsabilidad civil, responsabilidad administrativa y Derecho sanitario

A.- Obras generales, tratados, manuales y monografías

AA. VV., *Lecciones de Derecho Sanitario*, Servicio de Publicaciones de la Universidade da Coruña, 1999.

AA. VV., *Libro de ponencias del III Congreso "Derecho y Salud"*, Pamplona, 1995.

AHUMADA RAMOS, F. J., *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 2ª ed. Thomson, Navarra, 2004

ALONSO GARCÍA, C., *La responsabilidad del Estado legislador*, Marcial Pons, 2000,

ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo de, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, 1993

ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL, *Manual de ética médica*, 2005.

AUBY, Jean-Marie, *Le Droit de la santé*, Presses Universitaires de France, 2001.

BENZO CANO, Eduardo, *La responsabilidad profesional del médico*, Escelicer, 1944.

BERTHOD-WURMSER, Marianne, (coord.), *La santé en Europe*, La Documentation Française, 1994.

BROYELLE, Camille, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, LGDJ, 2003.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Bomarzo, 2005.

CARRÀ, M. *L'esercizio illecito della funzione pubblica. Fondamento, presupposti e regime*, Torino, 2005

CARRÀ, M., *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, Milano, 2006.

CASINO RUBIO, Miguel, *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Marcial Pons, 1998.

CASSESE, M. S., *La responsabilità amministrativa*, Giuffré, 1956.

CASTELLETTA, Angelo, *Responsabilité médicale. Droit des malades*, Dalloz, 2eme. ed., 2004.

CLAVÉ, Stéphane, *La responsabilité des établissements de santé publics du fait de leur mission de soins. Contribution à l'étude comparée des droits français et espagnol*, thèse soutenue à l'Université Montesquieu Bordeaux IV, le 19 décembre 2000.

CLAVÉ, Stéphane, *La responsabilité médicale à l'hôpital public. Évolution et perspectives*, Seli Arslan, 2002.

CLEMENT, Cyril, *La responsabilité du fait de la mission de soins des établissements publics et privés de santé*", p. 184, tesis defendida en la Université Paris VIII en 1998.

COBREROS MENDAZONA, Edorta, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, Oñati, 1988.

COMISSION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Comunicación de 20 de abril de 2004, COM (2004) 301 final, *Seguimiento del proceso de reflexión de alto nivel sobre la movilidad de los pacientes y los progresos de la asistencia sanitaria en la Unión Europea*.

COMMISARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, *rapport titulado Pour une régionalisation du système de santé en 2025. Offre, régulation et acteurs: Essai de prospective*, La Documentation Française, 2005.

CONSEIL D'ÉTAT, *Réflexions sur le droit de la santé*, Rapport public, La Documentation française, 1994.

CONSEIL D'ÉTAT, *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public, 2005, La Documentation française, 2005.

CRUZ, Peter de, *Comparative Healthcare Law*, Cavendish Publishing, 2001.

CUETO PÉREZ, M., *Responsabilidad de la Administración por asistencia sanitaria*, Tirant Lo Blanch, 1997, 549 pp.

CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privé. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, LGDJ, 1954.

DEGUERGUE, Maryse, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, 1994.

DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, 1969.

DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Civitas, 1999.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, Lex Nova, 2003.

Données sur la situation sanitaire et sociale en France en 2002, La Documentation Française, 2003.

DUGUET, Anne-Marie, *La faute médicale à l'hôpital. Analyse commentée de la jurisprudence par un médecin*, Berger-Levrault, 2ème. ed., 2000.

DUPONT, Marc, ESPER, Claudine, PAIRE, Christian, *Droit hospitalier*, Dalloz, 5eme. édition, 2005. ESPER, Claudine, (dir.), *Droit médical et hospitalier*, ed. Litec, 2004.

DUPRAT, Jean-Pierre, (dir.), *Jeux de normes dans la recherche biomédicale*, Publications de la Sorbonne, 2002.

DUPUY, Olivier, *La gestion des informations relatives au patient. Dossier médical et dossier médical personnel*, Les Études Hospitalières, 2005.

ESPER, Claudine, *Droit hospitalier*, Dalloz, 2005.

ESTEVE PARDO, José, *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel, 1999.

ÉVIN, Claude, *Les droits des usagers du système de santé*, Berger-Levrault, Paris, 2002.

EWALD, François, "L'État de précaution", en *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public du Conseil d'État, 2005, p 359-367.

FAIRGRIEVE, Duncan, *State Liability in Tort*, Oxford University Press, 2003.

FÉDÉRATION HOSPITALIÈRE DE FRANCE, *Les droits du patient dans la loi du 4 mars 2002. Guide méthodologique*, 2002.

FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., *El servicio público de la sanidad: El marco constitucional*, Cuadernos Civitas, 1984

GALÁN CORTÉS, Julio César, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Colex, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La responsabilidad del Estado legislador en el Derecho español*, Civitas, 2ª ed., 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956. Existe una reimpresión de la editorial Civitas, en 1984.

GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Civitas, 4ª ed., 2005.

GARRIDO FALLA, F. y FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M., *El servicio público de la sanidad: El marco constitucional*, Madrid, Civitas, 1984.

GIANDOMENICO, G. DI (a cura di), *Il danno risarcibile per lesione di interessi legittimi*, Napoli, 2004

GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Bosch, 2ª ed., 2004.

GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 3ª ed. 2002, en particular, en materia sanitaria, en las pp. 767-828.

GONZÁLEZ NAVARRO, F., *El proyecto de Ley General de Sanidad (informe jurídico)*, Madrid, I.E.E., 1985.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, 1996.

GONZÁLEZ SALINAS, Pedro, *Autonomía del paciente, información e historia clínica : (estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Thomson-Civitas, 2004.

GRACIA GUILLÉN, *Fundamentos de bioética*, Triacastela, 3ª ed., 2008.

GRUBB, Andrew y KENNEDY, Ian, *Principles of Medical Law*, Oxford University Press, 1998.

GUERRERO ZAPLANA, José, *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, Lex Nova, 3ª ed., 2003.

GUETTIER, Christophe, *La responsabilité administrative*, LGDJ, 1996.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 4 eme. ed., 2000.

LEGUINA VILLA, Jesús, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, ed. Tecnos, Madrid, 1970. 2ª edición, ampliada, Tecnos, Madrid, 1983.

LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, Alfonso, *La convergence de la responsabilité hospitalière en France et en Espagne*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005.

LOZANO, Rose-Marie, *La protection européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine*, La Documentation française, 2001.

LLORENS-FRAYSSE, Françoise, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, LGDJ, 1985.

MALICIER, D. et autres, *La responsabilité médicale. Données actuelles*. Éditions Eska, 2eme. édition, 1999.

MARTÍN REBOLLO, Luis, *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, Iustel-Biblioteca de Derecho Municipal, 2005.

MARTÍN REBOLLO, Luis, *La responsabilidad patrimonial en la jurisprudencia*, Ed. Civitas , 1977.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *La interconexión de ordenamientos y el sistema de fuentes del Derecho*, Civitas, 2004.

MASON, J. K., y McCALL SMITH, R.A., *Law and Medical Ethics*, Butterworths, 1999.

MEDINA ALCOZ, Luis, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Civitas, 2005.

MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad: Estudio doctrinal del derecho de daños público y privado*, Civitas, 2007.

MÉMETEAU, Gérard, *Cours de droit médical*, Les Études Hospitalières, 2006.

MINISTERE DE LA SANTE ET DES SOLIDARITES, Rapport, octobre 2006, L'HOSPITALISATION ET L'ORGANISATION DES SOINS EN FRANCE.

MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, 2000.

MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, 2002.

MONTADOR, Jean, *La responsabilité des services publics hospitaliers*, édition Berger-Levrault, Paris, 1973.

MONTGOMERY, Jonathan, *Health Care Law*, Oxford University Press, 2001.

MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, (Dir.) *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, 2000.

MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, 2007.

MUÑOZ MACHADO, S., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Madrid, Alianza Editorial, 1993.

MUÑOZ MACHADO, S., *La sanidad pública en España (evolución histórica y situación actual)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975.

NÚÑEZ LOZANO, M. C., *Las aseguradoras de asistencia sanitaria. Intervención y liberalización*, Marcial Pons, 1999.

PALOMAR OLMEDA, Alberto, (Coord.), *Manual jurídico de la profesión médica*, Dykinson, 1998.

PANTALEÓN, Fernando, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Civitas, 1995.

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

PENNEAU, Jean, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, LGDJ, 1973.

PENNEAU, Jean, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, 1996.

PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, *Creación y regulación de centros y establecimientos sanitarios*, Bosch, 2003.

RACCA, G.M., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000

RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración Pública. (Análisis doctrinal y jurisprudencial)*, Editorial Práctica del Derecho, 1997, 169 pp.

RODOTÀ, Stefano., *Il terribile diritto : Studi sulla proprietà privata*, Bologna : Il Mulino, 1996.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Nuevas formas de gestión hospitalaria y responsabilidad patrimonial de la Administración*, Dykinson, 2004.

SÁNCHEZ CARO, Javier, *Derechos y deberes de los pacientes: (Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas)*, Comares, 2003.

SCHAMPS, Geneviève, (Dir.) *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: Le droit médical en mouvement*, Bruylant (Bruselas) - LGDJ (París), 2008.

SORACE, Domenico, (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Il Mulino, 1998.

SOUSSE, M., *La notion de réparation de dommages en droit administratif*, LGDJ, 1994.

STARCK, Boris, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, Paris, 1947.

TABUTEAU, Didier, *La sécurité sanitaire*, Berger-Levrault, 2eme. ed., 2002.

TRIMARCHI, Pietro, *Rischio e responsabilità oggettiva*. Univ.Milano-Fac.giuridica, 1961.

TRUCHET, Didier y MOREAU, Jacques, *Droit de la santé publique*, Dalloz, 5^a ed., 2000.

TUNC, André, *La responsabilité civile*, Economica, 2^a ed., 1989.

VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, 1999.

VERS DE NOUVELLES NORMES EN DROIT DE LA RESPONSABILITÉ PUBLIQUE?, actes du colloque organisé sous la présidence de M. Ch. Poncelet par l'université Paris 13 avec le concours du ministère de l'éducation nationale le 11 et 12 mai 2001, édition du Sénat, 2002.

VILLAR ROJAS, Francisco José, *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: Fundamento y límites*, Praxis, 1996.

VINEY, Geneviève, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^a ed. 2008.

WELSCH, Sylvie, *Responsabilité du médecin*, Litec-Editions Juris Classeur, 2eme. ed., 2003.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, 2001.

B.- Artículos y contribuciones.

ALBERT, Nathalie, "Obligation d'information médicale et responsabilité", *RFDA*, mars-avril 2003, pp. 353 y ss.

ALFANDERI, Éli, "La démocratie sanitaire - Aspect juridique et médical", en *RGDM*, 2004, numéro spécial sur les droits des patients, pp. 37 y ss.

ALONSO OLEA, Manuel, "El consentimiento informado en medicina y cirugía", *RAP*, núm. 155, 2001, pp. 7-26.

AMSELEK, P. « La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative », in, *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Editions Cujas, 1975, p. 233.

ANDORNO, Roberto, "La notion de dignité humaine, est-elle superflue en bioéthique?", en *Revue générale de droit médical*, núm. 16, 2005, p. 95 y ss.

ANGEL YÁGÜEZ, R. de, "Aplicación de un sistema de protocolos en la práctica de pruebas preoperatorias", en *Revista de Derecho y Salud*, vol. 3/1, 1995, pp. 41-71.

AUBY, Jean-Bernard, "Le droit administratif dans la société du risque. Quelques réflexions", en *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public du Conseil d'État, 2005, p 351-357.

AUBY, Jean-Marie, "Problématique des droits des malades en droit français", in *Les orientations sociales du droit contemporain. Mélanges en l'honneur de Jean Savatier*, Presses Universitaires de France, 1992, pp. 45 y ss.

BAICKER, K., CHANDRA, A., *The Effect of Malpractice Liability in the Delivery of Health Care*, National Bureau of Economic Research, Working Paper nº 10, 709, 2004.

BARCELONA LLOP, J., "La responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales", *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994, págs. 333-392.

BEATO ESPEJO, M., *El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad (I) y (II)*, RAP nº 119 y 120, 1989.

BÉCHILLON, Denys de, "À propos des catégories du droit de la responsabilité", en *VERS DE NOUVELLES NORMES EN DROIT DE LA RESPONSABILITÉ PUBLIQUE?*, actes du colloque organisé sous la présidence de M. Ch. Poncelet par l'université Paris 13 avec le concours du ministère de l'éducation nationale le 11 et 12 mai 2001, édition du Sénat, pp. 307-318.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L., "La incidencia de la actividad administrativa sanitaria en los derechos y libertades fundamentales de las personas", *RVAP*, nº 6, 1983, pp. 155-185.

BLANQUER CRIADO, David, "La soberanía del arbitrio judicial en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", en *Responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez*,

Cuadernos de Derecho Judicial - Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp.15-55.

BOCANEGRA, Raúl, "La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros" en *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994, págs. 205-238

BOHIGAS SANTASUSAGNA, Lluís, "Cartera de servicios ofertados y equidad de prestaciones en el Sistema Nacional de Salud", *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, 1 julio 2007, Volumen 5 - Número 3, p. 451 - 458.

BOLES, Jean-Michel, "L'euthanasie: réflexions d'un médecin réanimateur", en *Revue générale de droit médical, le sens des mots, numéro spécial*, 2008, p. 95 à 111.

BON, Pierre, "L'arrêt *La Fleurette* aujourd'hui", in *Mélanges en l'honneur de J. Morand-Devillier*, Montchrestien, 2007, p. 185 y ss.

BON, Pierre, "La responsabilidad por actos del poder judicial en Francia" in *Propiedad, expropiación y responsabilidad : la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado : Unión Europea, Convenio europeo de derechos humanos, España, Alemania, Francia, Italia* / coord. por Javier Barnes Vázquez, 1996, págs. 989-1004

BORRAJO DACRUZ, Efrén, "Artículo 43. Protección de la salud", en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, (Tomo IV), Edersa, 1996, pp. 165-204.

BRAJEUL, Rémi, "Démocratie sanitaire: la santé en débat", en *Revue générale de droit médical, le sens des mots, numéro spécial*, 2008, p. 145 à 165.

BROCAS, A.-M., "Présentation du numéro sur La Démocratie sanitaire", *Revue française des affaires sociales*, núm. 2, avril-juin 2000, pp. 9-14.

BYK, Chistian, "La place du droit à la santé au regard du droit constitutionnel", en *Gazette du Palais*, 25-27 novembre 2001, pp.3-9.

CALLATAY, Daniel de, "Halte au fonds", en SCHAMPS, Geneviève, (Dir.) *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: Le droit médical en mouvement*, Bruylant (Bruselas) - LGDJ (París), 2008, pp. 499-509.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, "La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 80, pp. 15-53.

CARRÀ M. *L'affermarsi della responsabilità della pubblica amministrazione in alcune esperienze europee*, in SORACE D. (a cura di) *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, Bologna, 1994, pp. 29 ss.

CARRÀ M., *Risarcimento in forma specifica e Folgenbeseitigung: le frontiere mobili della responsabilità pubblica tra annullamento dell'atto e risarcimento per equivalente*, in *Dir. Amm.*, 2004, pp. 783 ss.

CASADO, María, "Los Derechos Humanos como marco para el Bioderecho y la Bioética", p.113-135, en ROMEO CASABONA, Carlos María, (Coord.), *Derecho biomédico y bioética*, Comares, 1998.

CASINO RUBIO, Miguel, "La responsabilidad civil del profesional sanitario al servicio de las Administraciones públicas: régimen jurídico y jurisdicción competente", en PALOMAR OLMEDA, A., (coord.), *Manual jurídico de la profesión médica*, Dykinson, 1998, pp. 1169-1192.

CASTELLS ARTECHE, J.M., "La responsabilidad patrimonial de la Administración en materia hospitalaria", *RAP*, nº 79, 1976, pp. 217-240.

CIERCO SIERRA, César, "Derecho a la libertad personal y protección de la salud pública: el internamiento forzoso por razón de una enfermedad contagiosa. Reflexiones en torno a la STEDH de 25 de enero de 2005, *Enhorn contra Suecia*", en MARTÍN REBOLLO, Luis, (Dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Cortes de Aragón/Gobierno de Aragón/Justicia de Aragón, 2009, vol. I, pp. 805-833.

CLÉMENT, Jean-Marie, "Le saga des réformes hospitalières", en *Revue générale de droit médical*, numéro 30, mars 2009, p. 159-174.

COBREROS MENDAZONA, Edorta, "Notas acerca de los requisitos jurídicos de un eventual tratamiento sanitario obligatorio", *REDA*, nº 57, 1988.

COMINGES CÁCERES, Francisco, "Análisis jurisprudencial de la responsabilidad administrativa por contagio de hepatitis C", *RAP*, núm. 155, 2001, pp. 193-222.

COMMAULT, Gilles, "Les récits de l'euthanasie", en *Revue générale de droit médical, le sens des mots, numéro spécial*, 2008, p. 137 à 141.

DABURON, Corinne, "Médecine prédictive: Les dangers d'un nouveau pouvoir", en *RDSS* nº 3-2001, p.453-466.

DAUCHY, José-Manuel, "Le contrôle par la CEDH des décisions administratives d'internement psychiatrique", *RDSS*, nº 3-2001, p.474-490.

DEGUERGUE, Maryse, "Droits de malades et qualité du système de santé", *AJDA*, n° 6/2002, pp. 508-516.

DEGUERGUE, Maryse, "Responsabilité administrative", en ALLAND, Denis y RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy P.U.F., 2003, pp. 1347-1353.

DEGUERGUE, Maryse, note sous CE 9 juillet 2003, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ Mme. Marzouk*, *AJDA*, 2003, p. 1946-1950.

DELVAUX, Paul-Henry, "Quelques observations critiques sur la réforme", en SCHAMPS, Geneviève, (Dir.) *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: Le droit médical en mouvement*, Bruylant (Bruselas) - LGDJ (Paris), 2008, pp. 511-522.

DERÈSE, Marie-Noëlle, "La médiation dans le domaine des soins de santé: La notion de plaignant, l'indépendance et la formation du médiateur - situation en droits belge, néerlandais et français", en SCHAMPS, Geneviève, (Dir.) *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: Le droit médical en mouvement*, Bruylant (Bruselas) - LGDJ (Paris), 2008, pp. 299-362.

DESPLATS, Pierre-Édouard, et al. "L'influence de la judiciarisation sur les pratiques médicales. Quand Esculape craint Thémis", en *revue générale de droit médical*, n° 28, 2008, p. 125 à 144.

DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, A., "Quelques notes sur l'état de la question en Espagne", en DUPRAT, Jean-Pierre, (dir.) *Jeux de normes dans la recherche biomédicale*, Publications de la Sorbonne, 2002 pp. 175 y ss.

DOMÈNECH PASCUAL, Gabriel, "La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares", en *REDA*, n° 125, enero-abril de 2005, p. 65 a 99.

DOMÈNECH PASCUAL, Gabriel, "Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una Ley inconstitucional", en *REDA*, núm. 110, 2001, pág. 275 y ss.

DORSNER-DOLIVET, Annick, "Le consentement au traitement médical: une liberté fondamentale en demi-teinte", *RFDA*, 3/2003, pp. 528-535

DRUCKER, Jacques y FAESSEL-KAHN, Marianne, "Justice et santé. L'exemple américain", en Sève, hiver 2004, p. 31-46.

DUBOUIS, Louis, "Démocratie sanitaire et droits du malade", en *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, Dalloz, 2004, p. 145-163.

DUBOUIS, Louis, "Démocratie sanitaire et droits du malade", en *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, Dalloz, 2004, p. 145-163.(p. 128)

DUBOUIS, Louis, "La libre circulation des patients hospitaliers, une liberté sous condition", *RDSS*, núm. 37 (4), 2001, pp. 707-726.

DUPRAT, J.-P., "Costs of legislation for economy, bureaucracy, the citizen" – in U. Karpen – *Evaluation of legislation*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 203-220.

DUPRAT, J.-P., "L'assouplissement des conditions du prélèvement d'organes", *Revue générale de droit médical* (1^{er} trimestre 2003).

DUPRAT, J.-P., La nature juridique des normes émises par les comités d'éthique – in B. Feuillet-Le-Mintier (direction) – *Normativité et biomédecine – Economica* 2003, p. 193 à 211.

DUPRAT, J.-P., La sécurité des produits et la protection de la santé publique – *AJDA* 2006, p.2046 à 2052.

DUPRAT, J.-P., Le consentement anticipé aux soins pour maladie grave – *JCP* 12 décembre 2001, I - 369.

DUPRAT, J.-P., Le renforcement du principe de sécurité en droit de la santé – in M. Nicod (dir.) – *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens*, LGDJ, 2008, p.161-174

DUPRAT, J.-P., Les aspects de droit public de la loi bioéthique – *AJDA* 2004, p. 2328 à 2333.

DUPRAT, J.-P., Les droits du malade dans la loi du 4 mars 2002 – in *Mélanges Sonnenberger*, Beck, Munich, 2004, p. 845 à 863.

DUPRAT, J.-P., Protection de la santé publique et liberté – *AFDS – La protection de la santé publique*, *RGDM* n° spécial 2005, p. 85 à 103.

DUPRAT, J.-P., Sécurité Sociale et droit à la santé (en collaboration avec JM AUBY), in *Cinquante ans de Caisse primaire – CPAM de la Gironde*, Bordeaux 1996, p. 23 à 38.

DUPRAT, J.-P., La portée des normes dans le domaine de la biomédecine – Revue française des Affaires sociales, juillet-septembre 2002, p. 31 à 48.

DUPRAT, Jean-Pierre, "À la recherche d'une protection constitutionnelle du corps humain: La décision 94-343-344 D.C. du 27 juillet 1994", *Les petites affiches*, núm. 149, 1994, pp. 34-40.

DUPRAT, Jean-Pierre, "Démocratie sanitaire et droits du malade", en *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, Dalloz, 2004, p. 145-163.

DUPRAT, Jean-Pierre, "La portée des normes dans le domaine de la biomédecine, *RFAS*, núm. 3-2002, pp. 31-48.

DUPRAT, Jean-Pierre, "La sécurité des produits et la protection de la santé publique", *AJDA*, núm. 37, 2006, pp. 2046 y ss.

DUPRAT, Jean-Pierre, "L'aléa médical", en *VERS DE NOUVELLES NORMES EN DROIT DE LA RESPONSABILITÉ PUBLIQUE?*, actes du colloque organisé sous la présidence de M. Ch. Poncelet par l'université Paris 13 avec le concours du ministère de l'éducation nationale le 11 et 12 mai 2001, édition du Sénat, pp. 359-375.

DUPRAT, Jean-Pierre, "Les aspects de droit public de la loi bioéthique" *AJDA* n° 42, décembre 2004 p. 2328-2333.

DUPRAT, Jean-Pierre, note sous CE 25 janvier 1974 SH Sainte Marthe d'Avignon, Dalloz Sirey 1975, jurisprudence, p. 86-89.

DURAND, Christelle, "La carence fautive de l'État en matière de protection de la santé au travail. De l'enrichissement mutuel du droit du travail et des principes de prévention et précaution", en *Revue de droit sanitaire et social*, núm. 1-2002, p. 1-19.

EISENMANN, Charles, "Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques", en *JCP La Semaine juridique*, 1949, I, números 742 y 751.

ESCUIN PALOP, V., "Asistencia sanitaria. Responsabilidad de los entes instrumentales", *La Ley*, n° 3127, 5 de noviembre de 1994.

ESPER, Claudine, "La nouvelle gouvernance hospitalière: réel dynamisme ou évolution imposée? À propos des ordonnances des 2 mai et 1er. septembre 2005", *RDSS*, n° 5/2005, sept-oct., pp. 766-778.

ESTEVE PARDO, José, "La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos", en *RAP*, núm. 161, pp. 53-82

ÉVIN, Claude, "Les nouvelles responsabilités médicales depuis la loi du 4 mars 2002", *LGDM*, nº 10, 2003, p. 9.

DUPUY, Olivier, *La gestion des informations relatives au patient. Dossier médical et dossier médical personnel*, Les Études Hospitalières, 2005

ÉVIN, Claude, "L'hôpital en crise?", *Sève-Les tribunes de la santé*, nº 22 - printemps 2009, pp. 75-81.

EWALD, François, "L'État de précaution", en *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public du Conseil d'État, 2005, p 359-367.

FAIRGRIEVE, Duncan, "Responsabilité et risques: l'approche outre-Manche", en *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public du Conseil d'État, 2005, La Documentation française, 2005, p 369-376.

FOUASSIER, Eric, "Pharmacies virtuelles... de la chimère juridique à la baudruche médiatique", *RDSS*, nº 3-2001, p.496-513.

FRANC, Michel, "Traitement juridique du risque et principe de précaution", en *AJDA*, núm. 8, 2003, pp. 360-365.

GAMERO CASADO, Eduardo, "Los contratos de seguro de responsabilidad administrativa extracontractual de las Administraciones públicas", *REDA 103*, junio-septiembre 1999.

GARAY, Alain, "De l'obligation d'information sur les dommages médicaux et hospitaliers des articles L. 1142-4 et L. 1413-14 du Code de la santé publique", en *Revue générale de droit médical*, numéro 30, mars 2009, p. 175-190.

GARAY, Alain, "La nécessaire clarification du dispositif juridique de lutte contre les infections nosocomiales", en *revue générale de droit médical*, nº 25, 2007, p. 195 à 212.

GARAY, Alain, "L'imbroglio procédural du droit de la responsabilité médicale et hospitalière", en *Revue générale de droit médical*, nº 28, 2008, p. 145 à 155.

GARCÉS SANANGUSTÍN, Ángel y GIMENO FELIÚ, J. M., "Sanidad y Administración sanitaria", en BERMEJO VERA, José, *Derecho Administrativo. Parte especial*, Civitas, 5ª edición, 2001, pp. 189-210.

GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo, "La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos", en BERMEJO VERA, José, (director), *Derecho Administrativo. Parte especial*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 1163 -1375.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La responsabilidad del Estado por comportamiento de ilegal de sus órganos en derecho español", *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, nº 7, 1964. p. 13.

GIBERT, Sabine, "L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux n'est pas un marché, mais un contrat social", en *Revue générale de droit médical*, nº 21, 2006, p. 161 à 172.

GIMÉNEZ CABEZÓN, José Ramón, "La responsabilidad de los médicos empleados-públicos", en *Manual jurídico de la profesión médica*, PALOMAR OLMEDA, A., Coordinador, Dykinson, 1998, pp.1117-1167.

GÓMEZ PUENTE, Marcos, "Responsabilidad por inactividad de la Administración", *Documentación Administrativa*, nº 237-238, 1994, págs. 138-204.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Responsabilidad Patrimonial de la Administración Publica. Jurisdicción Competente", en *REDA*, número 11, Octubre-diciembre 1976.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús, "La dignidad de la persona y los ensayos clínicos con medicamentos", *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Nº 81, 2, 2004, pp. 213-233

GUETTIER, Christophe "L'obligation d'information des patients par le médecin. Panorama de la jurisprudence administrative", *Responsabilité civile et assurance*, 2002, chron. nº 12; CAA Marseille 2 décembre 2004, Assistance publique de Marseille, *AJDA*, 2005, p. 399.

HALLUIN, Jean-Pierre d', et al., en "Pouvoirs et organisation à l'hôpital", en *Esprit*, janvier 2007, p.14-31.

HARICHAUX, Michèle, "Sur la procédure de règlement amiable et de conciliation de la loi du 4 mars 2002", *RDSS*, núm. 40 (2), 2004, pp. 348-361.

HAUDIER, Guenaelle, "L'indemnisation du dommage corporel par le juge administratif", en *Revue générale de droit médical*, nº 31, 2009, p. 99-104.

HAURIOU, M. « Les actions en indemnité contre l'Etat pour préjudices causés dans l'administration publique », *RDP*, 1896, p. 51.

HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio, "Aproximación al régimen jurídico del transporte sanitario terrestre", en *REDETI, Revista de Derecho de las telecomunicaciones y de las infraestructuras en red*, núm. 26, 2006, pp. 77-124.

HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio, "Comentarios sobre la reforma en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración" en, PIÑAR MAÑAS, José Luis, (dir.) *La reforma del procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Dykinson, 1999, p.333-410

HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio, "La responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas", en F. SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pp. 1705-1729.

HUERGO LORA, Alejandro, "El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas y la doctrina de la vis atractiva", en *REDA* 122, abril-junio 2004.

HUERGO LORA, Alejandro, *El seguro de Responsabilidad Civil de las Administraciones públicas: la acción directa contra la compañía aseguradora*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

HURIET, Claude, "Premier bilan du dispositif de règlement amiable des accidents médicaux institué par la loi du 4 mars 2002", *Les cahiers hospitaliers*, octubre 2004, pp. 4-8.

JACOTOT, David, "Le renforcement de la sécurité sanitaire", *LPA*, 19 juin 2002, nº 122, p. 37 y ss.

JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, "Responsabilidad administrativa por culpa "in vigilando" o "in eligendo", en *Gobierno y Administración en la Constitución*, tomo I, I.E.F., Madrid, 1988, págs. 895 y ss. (Antes, en Poder Judicial, nº2, 1986, págs. 117 y ss.).

JORENS, Yves, "L'Administration française face à la question des soins transfrontalières. (À propos de l'arrêt de la CJCE, 23 octobre 2003, aff. C-56/01, Inizan c/ CPAM des Hauts-de-Seine)", en *RDSS*, núm. 40 (2), 2004, p. 297-313.

JOURDAIN, Patrice, "Le droit à l'indemnisation", en *Revue générale de droit médical*, numéro spécial 2004, pp. 143-159.

KERVASDOUE, Jean de, « L'hôpital, Que sais-je? », nº 795, Presses Universitaires de France, 2004.

KESSLER DP, SUMMERTON N, AND GRAHAM JR. "Effects of the medical liability system in Australia, the UK, and the USA.", *The Lancet* 368, no. 9531 (July 15, 2006): pp. 240-246.

KESSLER, D. y McCLELAN, M., "Do Doctors Practice Defensive Medicine?", en *Quarterly Journal of Economics*, 353, 372-378, 1996.

KYSAR, Douglas A., McGARITY, Thomas O., SOKOL, Karen "Medical Malpractice Myths and Realities: Why an Insurance Crisis is not a Lawsuit Crisis", en *Loyola of Los Angeles Law Review*, (39, 2 785, 2006).

KYSAR, Douglas A., McGARITY, Thomas O., SOKOL, Karen, "Mythes et réalités des erreurs médicales: pourquoi la crise des assurances n'est pas une crise de la judiciarisation", *Sève- Les tribunes de la santé*, n° 19 - été 2008, pp. 59-81.

LAURENT, Vincent, "La responsabilité médicale sans faute et les systèmes d'indemnisation", en *Revue générale de droit médical*, numéro 30, mars 2009, p. 191-198.

LAURENT, Vincent, "La responsabilité médicale sans faute et les systèmes d'indemnisation", en *Revue générale de droit médical*, numéro 30, mars 2009, p. 191-198.

LE GALL, Guy, "Démocratie sanitaire: point de vue du médecin", en *Revue générale de droit médical, le sens des mots, numéro spécial*, 2008, p. 168 et 170.

LECA, Antoine, "La réparation des dommages médicaux en Nouvelle-Zélande et en France. Étude comparative des lois françaises des 4 mars et 30 décembre 2002 et de l'Injury Prevention, Rehabilitation and Amendment Bill 2005", en *Révue générale de droit médical*, n° 16, 2005, p. 153-179.

LECA, Antoine, "Un siècle de droit médical en France (1902-2002): de la lutte contre les épidémies aux droits des patients", en *Revue générale de droit médical*, numéro spécial 2004, pp. 65-90.

LEGUINA VILLA, Jesús, "Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración", *REDA*, N° 136, 2007, pp. 669-681.

LEGUINA VILLA, Jesús, "La responsabilidad del Estado y de las entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos", *Revista de Administración Pública*, n° 92. (También publicado en *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Tecnos, 1983).

LEÓN ALFONSO, Sandra, "El gobierno de la sanidad. Descentralización sanitaria y estructura organizativa", Anexo I al *Informe sobre el Sistema Nacional de Salud 2006*, Ministerio de Sanidad y Consumo, 2007, pp. 85-147.

LEPAPE, Alain, "Qualité des soins, gestion de risques et infections nosocomiales", en *Esprit*, Janvier 2007, pp. 88 a 97.

LOCHAK, Danièle, "Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation", en CHEVALLIER, Jacques, (dir.), *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, pp. 275-316.

LOPERENA ROTA, D., "La protección de la salud y el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona en la Constitución", *Libro homenaje a García de Enterría*, t. II, Madrid, Civitas, 1991.

LÓPEZ DE LA OSA, Alfonso; "El seguro médico obligatorio en responsabilidad sanitaria: referencia especial al caso francés y a su sistema alternativo en la resolución de conflictos creados por accidentes médicos" *REDA* nº 121, 2004, p. 67-80

LÓPEZ DE LA OSA, Alfonso; "Malformaciones, errores médicos y responsabilidad del Estado (sobre las Sentencias del TEDH Draon y Maurice de 6 de octubre de 2005)", *REDA* nº 131, 2006. p. 551-569.

LÓPEZ DE LA OSA, Alfonso;"Aspectos jurídicos y éticos de la investigación médica en España (Ante la reforma normativa)" *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 23, 2003, p. 181-210.

MANSILLA IZQUIERDO, Pedro Pablo, *Reforma Sanitaria: Fundamento para un análisis*, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1986.

MARAÑÓN, Gregorio, "Prólogo" a BENZO CANO, Eduardo, *La responsabilidad profesional del médico*, Escelicer, 1944.

MARTÍN REBOLLO, L., "Bibliografía sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, *RAP*, 91, 1980, pp. 309-341.

MARTÍN REBOLLO, L., "La responsabilidad patrimonial de la Administración en el panorama Europeo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 24, 1980, págs. 17-35.

MARTÍN REBOLLO, Luis, "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: Un balance y tres perspectivas", *Revista de Administración Pública*, nº 150, septiembre-diciembre 1999, págs. 317-371.

MARTÍN REBOLLO, Luis, "La responsabilidad de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica", *Documentación Administrativa*, num. 237-238, 1994, págs. 11-104.

MARTÍN REBOLLO, Luis, "Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas", en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1992.

MARTIN, Dominique, "Le dispositif français d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, par la voie du règlement amiable", en SCHAMPS, Geneviève, (Dir.) *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: Le droit médical en mouvement*, Bruylant (Bruselas) - LGDJ (París), 2008, pp. 473-495.

MARTIN, Dominique, "L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux n'est pas un marché, mais un contrat social", *Revue générale de droit médical*, nº 21, 2006, pp. 161-172.

MARTIN-PAPINEAU, Nathalie, "Entre confirmation et réorientation: la régionalisation de la santé en France", *RDSS*, nº 2/2005, pp. 253-263.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "De la eficiencia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas", en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1987, pp. 97-140.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción", *RAP*, Nº 42, 1963, págs. 169-216.

MAZÈRES, Jean-Arnaud, "Recherche sur les fondements méta-éthiques de la responsabilité", en *VERS DE NOUVELLES NORMES EN DROIT DE LA RESPONSABILITÉ PUBLIQUE?*, actes du colloque organisé sous la présidence de M. Ch. Poncelet par l'université Paris 13 avec le concours du ministère de l'éducation nationale le 11 et 12 mai 2001, édition du Sénat, pp. 321-347.

MELLERAY, Fabrice, "Les arrêts GIE AXA Courtage et Gardedieu remettent-ils en cause les cadres traditionnels de la responsabilité des personnes publiques?", en *TERRES DU DROIT. MÉLANGES EN L'HONNEUR DE YVES JÉGOUZO*, Dalloz, 2009, pp. 489-500.

MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia de, "Intimidad e historia clínica en la nueva Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica", en *REDA*, núm. 117, 2003, pp. 9 a 31.

MODERNE, Franck, "Bref propos sur une loi d'équité: la responsabilité généralisée de l'État à raison des accidents causés par les vaccinations obligatoires", *D.*, 1975, chron., p.161.

MODERNE, Franck, "Condena al Estado francés por la colisión en vuelo de dos aviones sobre su territorio", *RAP*, (1982), nº 98, 347 y ss.

MODERNE, Franck, "Grandes orientaciones de la responsabilidad patrimonial de la Administración en las vísperas del siglo XXI", *CGPJ*, abril 1997, pp.

MODERNE, Franck, "La responsabilité du fait des lois et des conventions internationales", in BARNÉS, Javier, (coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía expropiatoria en el derecho europeo comparado*, Tecnos, 1995, p. 304 y ss.

MODERNE, Franck, "Mutation d'un système", *RDSS*, nº37-38 numéro spécial Hospitalisation publique et privée. Problèmes et perspectives, 1974, p. 7-17.

MODERNE, Franck, note sous CE, 27 avr. 1984, *Tronville*, *RDSS*, 1985, p. 165-168 (responsabilité hospitalière: perte de chances) MODERNE, Franck, note sous CE, 9 déc. 1988, *H. Cohen*, *Quot. jur.* 23 févr. 1989, p. 7 (responsabilité; présomption de faute; hôpitaux).

MODERNE, Franck, note sous CE, Ass., 25 janv. 1974, *Centre hospitalier Sainte-Marthe d'Avignon*, *RDSS*, 1975, p. 213-220, (présomption de responsabilité hospitalière).

MODERNE, Franck, note sous CE, Ass., 3 mai 1974, *Époux Berrebi*, CE, 24 oct. 1973, *Ruelle*, *RDSS*, 1974, p. 650. (responsabilité du fait d'un accident de vaccination).

MODERNE, Franck, note sous CE, Sect., 12 juin 1981, *Centre hospitalier de Lisieux*, *RDSS*, 1982, p. 285.

MODERNE, Franck. "Un nouveau progrès législatif dans la réparation des accidents imputables au vaccinations obligatoires", *RDSS*, 1988, p. 583 y ss.

MONTORO CHINER, María Jesús y HILL PRADOS, Concepción, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*. Atelier, Barcelona, 2002.

MORELL OCAÑA, Luis, "La evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria", en *RAP*, nº 63, 1970, pp.131 y ss.

MORLET-HAÏDARA, Lydia, "Un droit en miettes ou le millefeuille de la réparation du dommage corporel", en *Révue générale de droit médical*, nº 31, 2009, p. 27-53.

MUGA MUÑOZ, José Luis, "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por el contagio del SIDA", *RAP*, núm. 136, 1995, pp. 277-308.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, "La cohesión del Sistema Nacional de Salud", en *XII Congreso de Derecho y Salud "Sistema Nacional de Salud: Cohesión y consolidación" Cuenca, 29-31 octubre 2003*, pp. 15-24.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, "La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo" y "Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria (con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil)" *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994, pp. 105-138 y 255-282.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria (con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil)", en MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas (Y otros estudios sobre responsabilidad)*, Editorial Civitas, 1998, 2ª edición, pp.279-319. (También publicado en *Documentación Administrativa* 234-237)

OLIPHANT, Ken, "Accident compensation in New Zealand: An overview", en SCHAMPS, Geneviève, (Dir.) *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: Le droit médical en mouvement*, Bruylant (Bruselas) - LGDJ (París), 2008, pp. 451-469.

ORSI BATTAGLINI A.- MARZUOLI C., *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.* 1999, pp. 463 ss.

PACTEAU, Bernard, "La responsabilité publique du fait des lois. La sortie du tunnel", in *Mélanges en l'honneur de J. Morand-Devillier*, Montchrestien, 2007, p. 487 y ss.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Documentación Administrativa, núm. 237-238, 1994, págs. 239-254.

PAREJO ALFONSO, Luciano, "La política comunitario-europea en materia de salud pública: el artículo 129 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en la versión dada al mismo por el Tratado de Amsterdam", en AA. VV., *Derecho de la Sanidad y los medicamentos: seis estudios*, Ministerio de Sanidad y Consumo-Universidad Carlos III, Madrid, 1999, págs. 185 y ss.

PÉDROT, Philippe, "Libres propos sur la démocratie sanitaire", *LPA*, 19 juin 2002, nº 122, p. 5.

PELLERIN, Denys, "Les erreurs médicales", *Sève-Les tribunes de la santé*, nº 20 - automne 2008, pp. 45-56

PEMÁN GAVÍN, J., "Hacia un estatuto del enfermo hospitalizado", *RAP*, nº 103, 1984, pp. 89-134.

PEMÁN GAVÍN, J., "La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público", *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994, págs. 283-332

PEMÁN GAVÍN, Juan "Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud", *Derecho y Salud*, Vol. 16, Número Extraordinario, noviembre 2008, p. 19 y ss.

PEMÁN GAVÍN, Juan, "Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios. Sobre la libre circulación de pacientes en el espacio comunitario europeo (...)", en *RAP*, núm. 160, 2003, pp. 123-166 .

PEMÁN GAVÍN, Juan, "Autonomía y unidad en el Sistema Nacional de Salud. Reflexiones a propósito del cierre de las transferencias sanitarias y de la aplicación del nuevo sistema de financiación de la Sanidad", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21, 2002, pp. 53-111.

PEMÁN GAVÍN, Juan, "La gestión de obras y servicios públicos. Nuevas entidades instrumentales y nuevas formas de contratación", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 17, 2000, pp. 363-399. (En especial, a partir de la pág. 383, sobre la gestión de los servicios públicos sanitarios)

PEMÁN GAVÍN, Juan, "Reflexiones en torno a la Ley General de Sanidad: ¿desarrollo o reforma?", *REDA*, núm. 97, 1998, pp. 65-81

PIÑAR MAÑAS, José Luis, "Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones", *REDA*, nº 97, 1998, p. 37-63.

PIÑAR MAÑAS, José Luis, "La responsabilidad patrimonial de la Administración", en PIÑAR MAÑAS, J.L. y otros (dir.), *Derecho Administrativo práctico*, Tirant lo Blanch, 5ª ed., 2003.

PIÑAR MAÑAS, José Luis, "Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia", *Revista General de legislación y jurisprudencia*, nº 1, 2000, pp. 73-100.

PIÑAR MAÑAS, José Luis, "Privatización de empresas públicas y Derecho Comunitario", *RAP*, nº 133, 1994, p. 17 y ss.

POINGT, Patrice, "Le concepte de responsabilité", en *Revue générale de droit médical, le sens des mots, numéro spécial*, 2008, p. 301-309.

PONTIER, Jean-Marie, "La puissance publique et la prévention des risques", en *AJDA*, núm. 33, 2003, pp.1752-1762.

PRADEL, Xavier, "L'indemnisation du dommage corporel par le juge judiciaire", en *Révue générale de droit médical*, nº 31, 2009, p. 83-98. Rapport, Ministère de la Santé, de la Famille et des Personnes handicapées, 2004, Haut conseil pour l'avenir de l'Assurance maladie.

Rapport de la Cour de Cassation de 2002, que lleva por título "La responsabilité" (*Rapport d'information*), en conclusion des travaux de la mission sur les agences régionales de santé, de la Comisión des affaires culturelles, familiales et sociales, N° 697 Assemblée nationale, (13eme. législature), presentado el 6 de febrero de 2008, por el Diputado M. Yves BUR

Rapport d'information, enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 12 juillet 2006, déposé par la Commission des Affaires Culturelles, familiales et sociales en conclusion des travaux de la mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale, sur la tarification à l'activité dans les établissements de santé, et présenté par M. Jean-Marie ROLLAND.

Rapport du Sénat nº 298 (2005-2006), "La tarification à l'activité à l'hôpital: La réforme au milieu du gué", de Alain VASSELLE.

REBOLLO PUIG, Manuel, "Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración", en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, 2004, 215-241.

REPULLO, J. R. y OTERO, A., "Planes de salud: Sueño, espejismo o némesis", en *Gaceta Sanitaria*, Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria, noviembre 1999, Vol. 13, núm. 6, pp. 474-477.

REYES MONTERREAL, J. M., "La responsabilidad de la Administración por el "no funcionamiento" de los servicios públicos", *Actualidad Administrativa*, nº 38, octubre 1987, págs. 2177 y ss.

RHODAM CLINTON, H., and OBAMA, B., "Making Patient Safety the Centerpiece of Medical Liability Reform", *The New England Journal of Medicine* 354; 21, no. 9531 (May 25, 2006), pp. 2205-2208.

RIVERO YSERN, J. L., "La responsabilidad de la Administración Pública en materia sanitaria", *RAP*, n.º 8, 1991, pp. 9-28.

RIVERO YSERN, J. L., "La responsabilidad de la Administración Pública en materia sanitaria", en *La responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones sanitarias*, Libro de Ponencias del II Congreso "Derecho y Salud", Sevilla, Junta de Andalucía, 1994, pp. 83-111.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "Las responsabilidades civil y penal en la actividad médica y quirúrgica", en MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis y LORENZO, Ricardo de, (Directores), *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario*, Tomo I, Colex-Asociación Española de Derecho Sanitario, 2001, pp. 877-888.

ROUYERE, Aude, "L'exigence de précaution saisie par le juge. Réflexions inspirées par quelques arrêts récents du Conseil d'État", *RFDA*, 2000, p. 266 y ss.

ROYO(-VILLANOVA) FERNÁNDEZ-CAVADA, Segismundo, "La responsabilidad de la Administración", en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 31, Madrid, 1932, pp.615-661 y núm. 62, Madrid, 1933, pp. 71-117.

SAINT-JAMES, Virginie, "Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1997 (2), pp. 457-485.

SAVATIER, R. ET J., AUBY, J.M. et PÉQUIGNOT, H., *Traité de droit médical*, Librairies Techniques, 1956.

SORACE, D., *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di "interessi legittimi"*, comparando, in *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, pp. 276 ss.

SORIANO GARCÍA, José Eugenio, "Asunto Biet Bernal: un pequeño arrêt Blanco en nuestra justicia. ¿Vuelta a la responsabilidad de la Administración a la Jurisdicción Civil?", *REDA*, 115, julio-septiembre 2002.

TABUTEAU, Didier, "Santé et devoirs sociaux", *RDSS*, núm. 1/2009, pp. 42-62.

THOUVENIN, Dominique, "Les droits des personnes malades ne peuvent être transformées en obligations", en *Revue générale de droit médical*, n° 13, 2004, p. 79-100.

TORNOS MAS, Joaquín, "Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud", en *Derecho y Salud*, Vol. 10, núm. 1, 2002, pp. 1-13.

TUNC, André, "Préface", en PENNEAU, Jean, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, LGDJ, 1973.

VAL TENA, Angel Luis, "El derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 109, enero-febrero 2002, pág. 45-77.

VALLAR, Christian y ZEPI, Sandrine, note sous CE 3 novembre 2003, (requête n° 224300), M. X c/ Province Nord de la Nouvelle Calédonie , *RDSS*, 2004, p. 905-913.

VANORMELINGEN, Piet, "La médiation des plaintes en milieu hospitalier; expérience de la médiation locale ", en SCHAMPS, Geneviève, (Dir.) *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: Le droit médical en mouvement*, Bruylant (Bruselas) - LGDJ (París), 2008, pp. 251-257.

VIALLA, François, "L'euthanasie: libres propos d'un juriste", en *Revue générale de droit médical, le sens des mots, numéro spécial*, 2008, p. 113 à 136.

WALINE, Jean, "L'évolution de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques", *EDCE*, La Documentation française, 1994,

WALINE, Marcel, "Préface", en CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privé. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, LGDJ, 1954, pp. 7 -13.

WESTER-OUISSE, Véronique, "Dépenalisation du droit médical", en *Revue générale de droit médical, le sens des mots, numéro spécial*, 2008, p. 245-267.

Índice detallado

INTRODUCCIÓN: DOS SISTEMAS JURÍDICOS DISTINTOS QUE SE PROYECTAN SOBRE REALIDADES (SOCIEDADES Y PROBLEMAS) EQUIPARABLES.....	15
I.- Algunas precisiones terminológicas y de conceptos exigidas por el enfoque comparado y necesarias para delimitar el objeto de estudio ...	21
II.- La responsabilidad por asistencia sanitaria y la responsabilité hospitalière como banco de pruebas del Derecho de la responsabilidad administrativa	27
III.- Dos sistemas de responsabilidad que desde puntos de partida diferentes convergen relativamente hacia un mismo objetivo	34
Parte I.- EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LAS ESTRUCTURAS CREADAS PARA ATENDERLO. HACIA UNA CONVERGENCIA FUNCIONAL DESDE UNA ORGANIZACIÓN DIFERENCIADA QUE CUENTA CON SUS PROPIOS FUNDAMENTOS DE RESPONSABILIDAD	41
I) EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SU CONCRECIÓN A TRAVÉS DE SISTEMAS PÚBLICOS ESTRUCTURADOS DE MANERA DISTINTA	43
Título I.- LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SU RECONOCIMIENTO COMO DERECHO	45
Capítulo 1.- La génesis del derecho a la protección de la salud en las sociedades avanzadas; una perspectiva general e internacional.....	45
Sección 1.1.- Del Estado liberal al Estado social	46
Sección 1.2.- La progresiva gestación de este derecho a la protección de la salud en la esfera internacional y regional europea	54
Capítulo 2.- La atención y el cuidado de la salud de los ciudadanos y la posición de los poderes públicos en el Ordenamiento español.....	65
Sección 2.1.- La protección de la salud como derecho reconocido en la Constitución de 1978.....	66
Sección 2.2.- La configuración legal del derecho a la protección de la salud y en particular los derechos de los pacientes-usuarios del sistema nacional de salud.....	70

a) El desarrollo normativo del derecho a la protección de la salud.	70
b) El estatuto del usuario de la sanidad pública: deberes y derechos del paciente en el Sistema Nacional de Salud	77
Capítulo 3.- La atención y el cuidado de la salud de las personas y la posición de los poderes públicos en el Ordenamiento francés.....	95
Sección 3.1.- La protección de la salud: un derecho latente en el párrafo 11 del Preámbulo de la Constitución de 1946 y considerado por el Consejo Constitucional francés como un objetivo de valor constitucional	95
Sección 3.2.- El régimen jurídico del derecho a la protección de la salud en Francia y en particular los derechos de los pacientes-usuarios del <i>système de santé</i>	104
a) Desarrollo normativo del principio constitucionalmente reconocido del <i>droit à la santé</i>	104
b) Estatuto jurídico del usuario del <i>systeme de santé</i> y, en especial, del paciente del <i>hôpital public</i>	109
Título II.- LAS FÓRMULAS ORGANIZATIVAS CREADAS PARA MATERIALIZAR EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: UNA CONVERGENCIA FUNCIONAL MATIZADA POR UNA DIVERSIDAD ORGANIZATIVA	131
Capítulo 1.- Una pluralidad de Administraciones Públicas sanitarias y el Sistema Nacional de Salud como eje organizativo clave para la efectividad del derecho a la protección de la salud en España	133
Sección 1.1.- La autonomía y la descentralización como principios reconocidos en la Constitución española de 1978.....	134
Subsección 1.1.1.- Las Administraciones Públicas sanitarias y el Sistema Nacional de Salud como pieza clave del servicio público de la asistencia sanitaria en España.....	135
Subsección 1.1.2.- Las técnicas de coordinación que aseguran una actuación concertada dentro de la diversidad	144
Sección 1.2.- La utilización de personificaciones jurídico privadas o la huida del Derecho Administrativo en el ámbito sanitario.....	162
Capítulo 2.- La progresiva configuración del <i>Systeme de santé</i> como instrumento esencial para materializar el derecho a la protección de la	

salud en Francia y la necesidad de mantener la integridad del sistema desde la financiación	166
Sección 2.1.- La organización del sistema de salud en Francia: La coexistencia y colaboración del sector sanitario público y del sector sanitario privado, el ejercicio liberal, dentro de un mismo <i>systeme de santé</i> bajo la responsabilidad de los poderes públicos (<i>puissance publique</i>)	168
Subsección 2.1.1.- Las Administraciones Públicas que, bajo distintas formas, intervienen en el ámbito de la asistencia sanitaria y su creciente proliferación pese al carácter centralizado de la República francesa.....	177
Subsección 2.1.2.- La regionalización progresiva en la organización del <i>systeme de santé</i> : De la desconcentración a la descentralización funcional	181
Subsección 2.1.3.- El hôpital public se mantiene como eje del servicio público de la asistencia sanitaria, dentro de un entorno más amplio.....	190
Sección 2.2 La necesidad de mantener la unidad y la continuidad o supervivencia del sistema desde la financiación.....	196
Capítulo 3.- La evolución del servicio público de la asistencia sanitaria hacia una mayor participación ciudadana.....	200
Sección 3.1.- La evolución del servicio público de la asistencia sanitaria hacia una mayor participación ciudadana como reafirmación del Estado Social y de Derecho	202
Subsección 3.1.1.- La toma en consideración de los derechos y libertades de las personas: el principio de autonomía, el consentimiento y el derecho a la información.....	204
Subsección 3.1.2.- La llamada democracia sanitaria:	215
Sección 3.2 ¿ <i>Démocratie sanitaire</i> o sistema sanitario de un Estado social y democrático de Derecho?	222
II) UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CUYO RÉGIMEN JURÍDICO ESTÁ CONECTADO CON LA DIVERSIDAD ORGANIZATIVA.....	231

Título preliminar.- UN ENFOQUE JURÍDICO DISTINTO EN AMBOS PAÍSES EN LO RELATIVO A LA ORGANIZACIÓN SANITARIA Y AL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD	234
Título I.- UN SYSTÈME DE SANTÉ QUE INTEGRA LOS SECTORES PÚBLICO Y PRIVADO Y EN EL QUE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE SU RESPONSABILIDAD VARÍA EN CONSECUENCIA.....	238
Capítulo 1.- EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE COMO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE A LAS PERSONIFICACIONES DE DERECHO PÚBLICO QUE INTEGRAN EL SYSTÈME DE SANTÉ	240
Sección 1.0.- Breve referencia al advenimiento del principio de la <i>responsabilité de la puissance publique</i> , así como a sus fuentes....	241
Subsección 1.0.1.- De la inmunidad a la responsabilidad administrativa	241
Subsección 1.0.2.- Las fuentes del derecho de la <i>responsabilité de la puissance publique</i>	243
1.0.2.1 Referencia a los requisitos o <i>conditions</i> de la <i>responsabilité</i>	246
Sección 1.1.- La culpa - <i>faute</i> - como fundamento general de la <i>responsabilité administrative</i>	251
Subsección 1.1.1.- Culpa probada y presunciones de culpa	254
Subsección 1.1.2.- La gravedad de la culpa como requisito en vías de extinción o la tendencia al progresivo abandono de la <i>faute lourde</i> como presupuesto de la <i>responsabilité administrative</i>	256
Sección 1.2.- El desarrollo de la responsabilidad sin culpa, <i>responsabilité sans faute</i> , como excepción al régimen general en materia de responsabilidad administrativa	259
Sección 1.3 Fundamento y funciones de la <i>responsabilité administrative</i>	267
Capítulo 2.- REFERENCIA A LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE Y DE LOS ÉTABLISSEMENTS PRIVÉS Y A SU PROGRESIVA CONVERGENCIA CON LA RESPONSABILITÉ HOPITALIÈRE	279

Título II.- UN SISTEMA NACIONAL DE SALUD, CUYA ACTIVIDAD ESTÁ SUJETA A UN MISMO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	285
Capítulo 1.- EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL COMO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE A LOS ENTES DE DERECHO PÚBLICO QUE INTEGRAN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD	286
Sección 1.1.- Antecedentes históricos	287
Sección 1.2.- El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración.....	292
Subsección 1.2.1.- Sobre el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.....	293
Subsección 1.2.1.- La responsabilidad objetiva: Sus rasgos esenciales	296
Subsección 1.2.2.- ¿Es verdaderamente el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración un sistema de responsabilidad objetiva?	302
Capítulo 2.- UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ÚNICO APLICABLE TAMBIÉN A LOS ACTORES PRIVADOS QUE SE ASOCIAN AL SERVICIO NACIONAL DE SALUD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE LA ASISTENCIA SANITARIA	305
Sección 2.1.- Régimen sustantivo de la responsabilidad extracontractual de los establecimientos privados que prestan el servicio público sanitario en la esfera del Sistema Nacional de Salud, en virtud de concierto u otra modalidad de convención	306
Sección 2.2 Unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad extracontractual por daños causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria	309
Parte II.- LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE Y DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL HÔPITAL PUBLIC Y EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD. DOS SISTEMAS DIFERENCIADOS QUE SE APROXIMAN POR EL PAPEL REAL QUE DESEMPEÑA LA CULPA Y POR LA CRECIENTEMENTE TENUE FRONTERA ENTRE LA RESPONSABILIDAD Y LA SOLIDARIDAD.....	315

I) LA RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ASISTENCIA SANITARIA Y LA CULPA COMO FACTOR REAL DE CONVERGENCIA.....	317
Título preliminar.- LA IMPORTANCIA Y REALIDAD DEL CONTENCIOSO DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y EN ESPECIAL, POR ASISTENCIA SANITARIA: LA MEDICINA DEFENSIVA	318
Capítulo 2.- EL ASEGURAMIENTO PRIVADO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS SANITARIAS	325
Título I.- DERECHO DE LA <i>RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE</i> Y DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ASISTENCIA SANITARIA ..	333
Capítulo 1.- RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE DERECHO COMÚN.....	333
Sección 1.1.- La larga marcha hasta el reconocimiento de su carácter administrativo.....	334
Subsección 1.1.1.- Antecedentes y evolución de la <i>responsabilité hospitalière</i> en el Derecho francés	335
Subsección 1.1.2.- Antecedentes y evolución de la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria en el Derecho español.....	342
Capítulo 2.- EL FUNDAMENTO, LAS FUNCIONES Y RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA <i>RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE</i> Y DE LA RESPONSABILIDAD POR ASISTENCIA SANITARIA.....	346
Sección 2.1. Rasgos característicos de la <i>responsabilité hospitalière</i>	346
2.2. Breve referencia a los fundamentos y funciones de la <i>responsabilité hospitalière</i> y de la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria	348
Capítulo 3.- LA ESPECIALIDAD DE LA MATERIA, ¿ACONSEJA LA INTRODUCCIÓN DE MODULACIONES EN EL RÉGIMEN GENERAL?	351
Sección 3.1.- La cuestión de la unificación jurisdiccional del contencioso de la responsabilidad por asistencia sanitaria / <i>responsabilité hospitalière</i>	351

Título II.- PERSISTENCIA DE DIVERGENCIAS EN EL TRATAMIENTO DE LA CULPA Y DEL RIESGO EN LA CONSECUCCIÓN DE UN MISMO OBJETIVO	356
Capítulo 1.- ¿HACIA UNA APROXIMACIÓN REAL DE REGÍMENES?	356
Sección 1.1.- El requisito de la culpa en la <i>responsabilité hospitalière</i> , ¿hacia una progresiva moderación en su exigencia o hacia una simplificación del régimen jurídico aplicable para así reforzar el principio de la responsabilidad por culpa?	356
Subsección 1.1.1.- El abandono de la <i>faute lourde</i> como requisito para el reconocimiento de la <i>responsabilité hospitalière</i>	358
Subsección 1.1.2.- La presunción de culpa y la inversión de la carga de la prueba como técnicas de moderación del requisito de la culpa	362
Sección 1.2.- La objetividad de la responsabilidad patrimonial de la Administración y su moderación por el papel real que desempeña la culpa	364
Capítulo 2.- EL RIESGO COMO ELEMENTO POTENCIALMENTE GENERADOR DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.....	367
Sección 2.1.- El tratamiento del riesgo en los Derechos español y francés	369
Subsección 2.1.1.- La toma en consideración de los riesgos del progreso, con especial referencia a la nueva redacción del art. 141.1 L. 30/1992.	371
Sección 2.2.- El riesgo en la asistencia sanitaria; la cuestión del <i>aléa médical</i>	374
Subsección 2.2.1.- Su tratamiento en el Derecho francés, especialmente tras la L. de 4 de marzo de 2002.....	375
II) LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN EL ESTADO SOCIAL O LA PERTURBADORA DIFUMINACIÓN DE LA FRONTERA ENTRE RESPONSABILIDAD Y SOLIDARIDAD.....	383
Título I.- LA BÚSQUEDA DE LA REPARACIÓN Y EL CARÁCTER SOCIAL DEL ESTADO. LA TENSIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD Y SOLIDARIDAD.....	385

Capítulo único.- RESPONSABILIDAD Y SOLIDARIDAD: LA DETERMINACIÓN DE LA LÍNEA DIVISORIA ENTRE UNA Y OTRA CATEGORÍA Y LA COMPLEMENTARIEDAD ENTRE AMBAS	387
<i>Sección única.- La Ley de 4 de marzo de 2002, ¿un paso más hacia la aproximación de los dos sistemas? La posible proyección de las respuestas de la ley de 4 de marzo de 2002 en el Derecho español.....</i>	388
Título II.- MODALIDADES DE ACTUACIÓN QUE BUSCAN PROPORCIONAR UNA MAYOR PROTECCIÓN A LA PERSONA. EL LÍMITE DE LOS RECURSOS DISPONIBLES Y LA SOLIDARIDAD NACIONAL EN ACCIÓN COMO CONSECUENCIA DEL ESTADO SOCIAL	391
Capítulo 1.- LA RESPONSABILIDAD, ¿BASTA PARA OTORGAR UNA PROTECCIÓN SATISFACTORIA DE LA PERSONA EN EL ÁMBITO HOSPITALIÈRE/SANITARIO? LA RESPONSABILIDAD Y SUS LÍMITES	393
Capítulo 2.- LA SOLIDARIDAD NACIONAL COMO MANIFESTACIÓN DEL CARÁCTER SOCIAL DEL ESTADO	398
Conclusiones	407
RÉSUMÉ EN FRANÇAIS	425
DEUX SYSTÈMES JURIDIQUES DIFFÉRENTS QUI SE PROJETTENT SUR DES REALITÉS (SOCIÉTÉS ET PROBLÉMATIQUES) COMPARABLES	425
I.- Quelques précisions terminologiques et de concepts exigées dans l'approche comparée et nécessaires pour délimiter le sujet de l'étude.	431
II.- La responsabilité hospitalière et la responsabilité patrimonial por asistencia sanitaria comme banc d'essais du Droit de la responsabilité administrative	438
III.- Deux systèmes de responsabilité qui, depuis des points de départs différents, convergent vers un même objectif	445
CONCLUSIONS	451
Bibliografía	465
Teoría general del Derecho y del Derecho Administrativo.....	465
A.- Obras generales, tratados, manuales y monografías	465

B.- Artículos y contribuciones.....	469
Responsabilidad civil, responsabilidad administrativa y Derecho sanitario	473
A.- Obras generales, tratados, manuales y monografías	473
B.- Artículos y contribuciones.....	479
Índice detallado	498