JUAN ALEJANDRO MARTÍNEZ NAVARRO

EL DERECHO A LA SALUD ELECTRÓNICA

ACCI
Asociación Cultural y Científica Iberoamericana

JUAN ALEJANDRO MARTÍNEZ NAVARRO

EL DERECHO A LA SALUD ELECTRÓNICA

EL DERECHO A LA SALUD ELECTRÓNICA

JUAN ALEJANDRO MARTÍNEZ NAVARRO
Doctor en Derecho

Almería
2018

ACCI
Asociación Cultural y Científica Iberoamericana

UNIVERSIDAD DE ALMERÍA
Plan Propio de Investigación

cajamar
CAJA RURAL

Reservados todos los derechos. Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita de los titulares del Copyright, bajo las sanciones establecidas de las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento incluidos la reprografía y el tratamiento informático.

© 2018 EL DERECHO A LA SALUD ELECTRÓNICA

Autor: JUAN ALEJANDRO MARTÍNEZ NAVARRO

© 2018 Editorial: ACCI ediciones -
Asociación cultural y científica iberoamericana
C/ Ildefonso, 17 28012 Madrid. España
Web: www.acciediciones.com Tel: 0034 91 3117696

ISBN: 978-84-17519-51-3

Las opiniones expresadas en este trabajo son exclusivas del autor. No reflejan necesariamente las opiniones del editor, que queda eximido de cualquier responsabilidad derivada de las mismas.

Disponible en papel y ebook
www.vnetlibrerias.com
www.terrabooks.com

Pedidos a:
pedidos@visionnet.es

Si quiere recibir información periódica sobre las novedades de nuestro grupo editor envíe un correo electrónico a:

subscripcion@visionnet.es

A mi familia, por hacer posible esta obra.

A Sandra, por su apoyo incondicional.

A Juan Francisco, por su paciencia y compromiso.

ÍNDICE

ABREVIATURAS 17

PRESENTACIÓN. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO..... 21

I. EL POR QUÉ DE ESTA OBRA 21

II. OBJETIVOS QUE SE PRETENDEN 23

III. INTERÉS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO POR EL ÁMBITO DE LA SALUD 25

Capítulo primero
EL DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO A LA SALUD. EL ORIGEN DEL ESTADO DEL BIENESTAR 27

I. EL ESTADO DEL BIENESTAR 27

II. DEL ESTADO LIBERAL HASTA LAS PRIMERAS POLÍTICAS SOCIALES 28

III. EL ESTADO DEL BIENESTAR EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL: LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD 30

IV. EL ESTADO DEL BIENESTAR EN EUROPA 32

1. La formación de los sistemas sanitarios en Europa 36

2. El Estado del bienestar en la Unión Europea. Las políticas sociales en la Unión Europea..... 39

V. ORÍGENES DEL ESTADO DEL BIENESTAR EN ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO DE LA SALUD..... 44

Capítulo segundo
UNIÓN EUROPEA Y SALUD 47

I. LA SALUD EN LOS TRATADOS DE LA UNIÓN EUROPEA..... 47

II. LA SALUD EN EL TRATADO DE LISBOA..... 49

1. El artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea 49

2. Las competencias de la Unión Europea en materia de salud 51

3. La protección de la Salud en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea..... 53

III. LA SALUD PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA..... 57

1. La protección de la Salud Pública en la Unión Europea. Evolución normativa..... 57

2. Los programas de acción comunitaria en el ámbito de la Salud Pública 59

Capítulo tercero
EL DERECHO A LA SALUD EN ESPAÑA 63

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS. LA DICTADURA Y EL PERIODO PRECONSTITUCIONAL..... 63

2. LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 66

1. El derecho a la salud..... 66

1.1. Concepto de salud..... 66

1.2. Naturaleza jurídica..... 69

2. Las competencias del Estado en materia de salud..... 72

2.1. Competencias del Estado en sanidad exterior..... 73

2.1.1. Marco normativo 73

2.1.2. Jurisprudencia 74

2.2. Competencias del Estado en sanidad interior 75

2.2.1. Legislación básica..... 75

2.2.2. Coordinación y planificación..... 77

2.2.3. Alta Inspección..... 78

2.3. Competencia del Estado en productos farmacéuticos..... 80

2.4. Otras competencias del Estado en materia de salud 81

III. DESARROLLO NORMATIVO EN MATERIA DE SALUD AL AMPARO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 83

1. Marco normativo esencial: Ley General de Sanidad de 1986 84

2. Desarrollo y evolución 87

2.1. Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud 87

2.2. Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias 89

2.3. Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los servicios de salud 91

2.4. Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública 93

IV. LA SALUD EN TIEMPOS DE CRISIS. EL REAL DECRETO 16/2012, DE 20 DE ABRIL 95

1. Sobre el Derecho a la asistencia sanitaria pública 96

2. Sobre la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud 99

3. Sobre el fondo de garantía asistencial 100

4. Sobre la prestación farmacéutica 101

5. En materia de recursos humanos 103

Valoración 104

Capítulo cuarto
EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD ESPAÑOL 107

I. EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD ESPAÑOL 107

1. El Sistema Nacional de Salud y la teoría general de sistemas 107

2. Concepto de sistema sanitario 108

3. Naturaleza jurídica 109

4. Estructura del Sistema Nacional de Salud 110

4.1. Los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas 111

4.2. Las Áreas de Salud 111

4.2.1. Consejo de Salud de Área 112

4.2.2. Consejo de Dirección de Área 112

4.2.3. Gerente de Área 113

4.3. Zonas básicas de Salud 113

4.4. Zona de atención farmacéutica. Las oficinas de farmacia..... 114

II. FINANCIACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD 116

III. EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD..... 117

1. Cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud 121

2. Cartera de servicios complementaria de las Comunidades Autónomas 122

Capítulo quinto
LA REGULACIÓN DEL ÁMBITO DE LA SALUD A NIVEL AUTONÓMICO..... 125

I. LA SALUD EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA..... 125

II. LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. EL INSTITUTO NACIONAL DE SALUD..... 127

III. LAS COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE SALUD..... 129

IV. LA SALUD EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA..... 131

1. Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Andalucía, y el traspaso de competencias en materia de salud..... 131

2. Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía..... 133

2.1. El Derecho a la Salud en el Estatuto autonómico andaluz..... 133

2.2. Competencias en materia de Salud, Sanidad y Farmacia en el Estatuto autonómico andaluz. 135

2.2.1. Competencias exclusivas..... 136

2.2.2. Competencias compartidas..... 142

Capítulo sexto
EVOLUCIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE SALUD EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA 151

I. ANTECEDENTES NORMATIVOS 151

1. Primeras normas en materia de salud 151

2. Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía 154

II. SISTEMA SANITARIO ANDALUZ Y ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DE LOS SERVICIOS SANITARIOS EN ANDALUCÍA 156

Capítulo séptimo
LA SALUD EN EL ÁMBITO LOCAL 159

I. LA SALUD PÚBLICA EN LAS ENTIDADES LOCALES. ASPECTOS GENERALES 159

II. LAS COMPETENCIAS DE LAS CORPORACIONES LOCALES EN MATERIA DE SALUD. EL PLAN LOCAL DE SALUD 160

Capítulo octavo
LA EVOLUCIÓN DE LA SANIDAD ESPAÑOLA EN LOS ÚLTIMOS AÑOS. LA EVIDENCIA DE UN CONFLICTO IDEOLÓGICO 163

I. EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD EN DUDA. CONTEXTUALIZANDO EL DEBATE 163

1. La realidad de nuestro Sistema Nacional de Salud. Datos comparativos.. 163

2. Los medicamentos, la gran amenaza del sistema sanitario público 166

II. LA «BURBUJA SANITARIA» 168

1. El origen de la «burbuja sanitaria» 168

2. El concepto de burbuja 169

3. El debate sobre la «burbuja sanitaria» 171

III. LA POBREZA EN EL ÁMBITO DE LA SALUD 177

1. Concepto 177

2. Las causas de la pobreza económica 178

2.1. Un acceso a los servicios sanitarios públicos más restrictivo 179

2.2. El actual modelo de copago farmacéutico 181

3. Las consecuencias de la pobreza sanitaria 183

3.1. Consideraciones generales..... 183

3.2. Las consecuencias inmediatas de la entrada en vigor del Real Decreto 16/2012. La teoría del principio de precaución social..... 185

3.3. Una sanidad desigualitaria..... 186

4. La constitucionalidad de las nuevas medidas puesta en duda 189

4.1. El valor de la universalidad del derecho a la salud..... 189

4.2. La configuración del derecho a la protección de la salud como principio rector. El margen discrecional del legislador 190

4.3. La exclusión de los inmigrantes irregulares en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la legislación internacional 191

5. La respuesta del Tribunal Constitucional. La STC 139/2016, de 21 de julio 193

5.1. La adecuación del Real Decreto-Ley 16/2012 al artículo 86 CE..... 193

5.2. El análisis de los preceptos del Real Decreto 16/2012..... 196

5.2.1. El concepto de «asegurado» y la exclusión de determinados colectivos sociales de la atención primaria 196

5.2.2. La reforma del «copago» farmacéutico..... 198

5.3. Consideraciones finales..... 198

IV. LA SANIDAD PÚBLICA BAJO UN CONFLICTO IDEOLÓGICO 199

1. ¿Es la crisis económica motivo suficiente para las reformas sanitarias? La evidencia de un conflicto ideológico..... 199

2. La mercantilización de la salud. Externalización y privatización de los servicios sanitarios públicos 200

2.1. El neoliberalismo en la sanidad 201

2.2. El copago farmacéutico. Un conflicto entre el Estado y las Comunidades Autónomas..... 202

2.3. La externalización y privatización de los servicios sanitarios..... 203

2.4. Las Comunidades Autónomas ante el fenómeno de la privatización de la sanidad..... 206

2.5. Breve aproximación al avance de la gestión privada de los hospitales de la Comunidad de Madrid. La STC de 30 de abril de 2015... 208

3. Los «beneficios» de la exclusión de determinados grupos sociales 210

4. Las listas de espera y la crisis económica. Situación actual de las listas de espera en España. Comparativa con los países del entorno 211

V. EFECTOS DE LA CRISIS EN EL SISTEMA SANITARIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA 216

VI. EL FUTURO DE LA SANIDAD PÚBLICA. REFLEXIÓN FINAL 222

Capítulo noveno
LOS DERECHOS DEL PACIENTE. CUESTIONES GENERALES 225

I. JUSTIFICACIÓN PRELIMINAR 225

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TÉRMINO «PACIENTE». EL PACIENTE COMO ENFERMO, OBJETO CIENTÍFICO, USUARIO Y CLIENTE 225

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DEL PACIENTE 228

IV. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DEL PACIENTE 231

V. GRUPO NORMATIVO REGULADOR DE LOS DERECHOS DEL PACIENTE. NORMATIVA INTERNACIONAL Y NORMATIVA BÁSICA ESTATAL 232

Capítulo décimo
LOS DERECHOS DEL PACIENTE. ELEMENTOS CONFLICTIVOS 237

I. LA DIGNIDAD COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS DEL PACIENTE 237

II. EL FENÓMENO DE LA SUPERPRODUCCIÓN NORMATIVA Y LA ESTRATIFICACIÓN DE LAS FUENTES 239

III. LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS 240

IV. LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES AL SERVICIO DE LA POLÍTICA 242

Capítulo undécimo
LA SALUD ELECTRÓNICA 245

I. JUSTIFICACIÓN PRELIMINAR 245

II. LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SALUD. ASPECTOS GENERALES 246

1. Concepto de «Salud Electrónica» 246

2. Naturaleza jurídica de la Salud Electrónica 247

2.1. La salud electrónica como un Servicio Público 247

2.2. ¿Es la salud electrónica un derecho subjetivo? 248

III. LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD 250

1. La salud electrónica y la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud 250

2. La salud electrónica como herramienta preventiva 253

3. La salud electrónica y la eficiencia en la gestión y prestación de los servicios sanitarios 254

IV. LAS TIC EN LA SALUD. EL DERECHO DE ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD ELECTRÓNICA 256

1. La aportación de las TIC a los derechos de los pacientes. Un nuevo nivel en la autonomía del paciente 256

2. El derecho de acceso a las TIC. La ruptura de las barreras que dificultan el acceso a la sanidad 257

V. RETOS PARA EL DERECHO 258

VI. OTROS RETOS 261

BIBLIOGRAFÍA 265

ABREVIATURAS

AN – Audiencia Nacional

BOE – Boletín Oficial Español

CASSTM – Comisión Administrativa de la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes

CC.AA. – Comunidades Autónomas

CDFUE Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CECA – Comunidad Económica del Carbón y el Acero

CE – Constitución Española de 1978

CEE – Comunidad Económica Europea

CEDH – Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

CIS – Consejo Interterritorial de Salud

COMB – Collegi Oficial de Metges de Barcelona

CP – Código Penal

CSE – Carta Social Europea

CSG – Consejo de Salubridad General

EAA – Estatuto de Autonomía de Andalucía

E-Salud/E-Health – Salud Electrónica

I + D + i - Investigación, desarrollo e innovación

INE – Instituto Nacional de Estadísticas

INGESA – Instituto Nacional de Gestión Sanitaria

INSALUD – Instituto Nacional de Salud

IMSERSO – Instituto de Mayores y Servicios Sociales

INSS – Instituto Nacional de Seguridad Social

IVA – Impuesto sobre el Valor Añadido

LCCSNS – Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud

LE – Lista de Espera

LGS – Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad

LGSS – Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social

LGSP – Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública

LO – Ley Orgánica

LOPS – Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias

LPAC – Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

LRBRL – Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local

LRJSP – Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

LSS _ Ley de Bases de la Seguridad Social

NHS – National Health Service

OMC – Organización Médica Colegial

OMS – Organización Mundial de la Salud

ONU – Organización de Naciones Unidas

OPS – Organización Panamericana de la Salud

OSP – Oficina Sanitaria Panamericana

PIB – Producto Interior Bruto

PSOE – Partido Socialista Obrero Español

PYMES Pequeñas y Medianas Empresas

RAE – Real Academia Española

RD – Real Decreto

RE – Receta Electrónica

RDL – Real Decreto Ley

SACyL – Servicio de Salud de Castilla y León

SAN – Sentencia de Audiencia Nacional

SAP – Sentencia de Audiencia Provincial

SAS – Servicio Andaluz de Salud

SdN – Sociedad de Naciones

SECPAL - Sociedades Científicas Españolas de Cuidados Paliativos

SEGG – Servicio Español de Geriatría y Gerontología

SEMES – Servicio Español de Medicina de Urgencias y Emergencias

SEMFYC - Sociedad Española de Medicina de Familiar y Comunitaria

SEOM - Oncología Médica

SERMAS – Servicio Madrileña de Salud

SES – Servicio Extremeño de Salud

SESCAM – Servicio de Salud de Castilla-La Mancha

SMS – Servicio Murciano de Salud

SNS – Sistema Nacional de Salud

SOE – Ley de 14 de diciembre de 1942, de Seguro Obligatorio de Enfermedad

STC – Sentencia del Tribunal Constitucional

STJUE – Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS – Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ – Sentencia de Tribunal Superior de Justicia
TC – Tribunal Constitucional
TCE – Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TCEE – Tratado de la Comunidad Económica Europea
TEDH - Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIC – Tecnologías de la Información y de la Comunicación
TFUE – Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJ – Tribunal de Justicia
TJCE – Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE – Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS – Tribunal Supremo
TSJ – Tribunal Supremo de Justicia
TUE – Tratado de la Unión Europea
UE – Unión Europea
UMS – Unidad Móvil de Salud
UNICEF – United Nations Children's Fund
UNRRA – United Nations Relief and Rehabilitation Administration

PRESENTACIÓN
DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

I. EL POR QUÉ DE ESTA OBRA

La presente obra es el resultado de un proyecto de tesis doctoral iniciado durante el año 2013. Un trabajo vinculado con la línea de investigación «Derecho Público y de la Empresa», dentro del programa de *Doctorado en Ciencias Económicas, Empresariales y Jurídicas* vinculado a la Facultad de Derecho de la Universidad de Almería. Junto a la labor investigadora ha primado también una importante labor formativa que se extiende mucho más allá de los conocimientos que expongo en este trabajo. Mención especial al prof. Juan Francisco Pérez Gálvez quien ha despertado en mí un importante interés sobre la materia que me ocupa, la salud.

La salud constituye un sector de la sociedad amplio y complejo. Ello es consecuencia de un sinfín de cuestiones que no sólo pueden ser objeto de atención de una rama o conocimiento del saber, como es la jurídica, sino que conllevan la dificultad de la interdisciplinariedad de dicha materia con otras a través de las cuales se interrelaciona, como la social, la económica, la política, la histórica o la tecnológica. En cualquier caso, en el ámbito exclusivamente jurídico, constituye un tema de candente actualidad, como consecuencia de múltiples conflictos novedosos la introducción de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante TIC) en el ámbito sanitario o el constante desarrollo de nuevos derechos del paciente y otros que perduran a lo largo del tiempo el gasto público asociado al ámbito de la salud, la pugna entre lo público y lo privado, o el acceso igualitario a los servicios sanitarios.

La regulación de la salud, como materia elemental de las políticas sociales, ha generado tanto en el ámbito de la Unión Europea, como en el Derecho interno español un ingente y variadísimo elenco de normas jurídicas, incidiendo en aspectos tan dispares como sectores contempla la salud, en atención a áreas como: salud pública, derechos del paciente, medicamentos, ordenación de los profesionales sanitarios, coordinación de sistemas sanitarios, y un largo etcétera.

Existen en la actualidad diversos factores que deben analizarse en un contexto social como el nuestro, donde la salud se erige de forma inequívoca como un elemento clave en el Estado del bienestar. Al ámbito de la salud le toca vivir momentos difíciles como consecuencia de la coyuntura social de los países europeos, donde la crisis económica ha planteado la reconsideración del modelo de Estado, y cuyas prestaciones, dependen y mucho, de los presupuestos generales públicos. En definitiva, se puede concluir que son variados los factores que pueden influir en el ámbito de la salud, y en consecuencia deben tenerse en cuenta en su estudio.

Todo ello ha provocado durante las últimas décadas, que en el ámbito de la salud intervengan un variado y numeroso grupo de actores que participan en la gestión

de los recursos. La vinculación de la salud a otros derechos fundamentales como la igualdad, la libertad, el derecho a la vida o la integridad física o moral, entre otros, hace preciso que los poderes públicos limiten su libre ejercicio en aras a asegurar el interés general de los ciudadanos. Esto parece lógico, pues el derecho a la salud debe quedar fuera de las reglas del mercado y evidentemente fuera de la ley de oferta y demanda.

Cubrir las necesidades sociales y sanitarias básicas de los ciudadanos y mejorar la calidad de vida de los mismos, debe ser un objetivo principal en las políticas públicas. Todo ello, se ha desarrollado a lo largo de las últimas décadas a partir de unos presupuestos públicos muy amplios, y mediante requisitos jurídicos y técnicos establecidos por las normas reguladoras sobre esta materia.

Estos requisitos jurídicos y demás condiciones técnicas y funcionales, a las que se someterá todo aquel que desee participar en este sector, son, sin duda alguna, consecuencia de la actividad interventora de la Administración pública en este ámbito. Por todo ello, esta investigación se ocupará de ofrecer un análisis minucioso de los siguientes aspectos: marco normativo regulador del ámbito de la salud; reparto de competencias; estructura y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud; análisis de conflictos tan relevantes como la privatización de la sanidad, el acceso a la misma, y la pobreza sanitaria; el marco normativo regulador de los derechos del paciente, de un modo sistemático y amplio. De todo este contenido se deduce un sector de la salud, de incuestionable actualidad y repercusión social y jurídica, como es la salud electrónica.

De este modo, esta obra centrará su atención en el estudio del derecho a la salud y su vinculación con las Tecnologías de la Información y la Comunicación. Sin duda alguna, mi intención es que la misma contribuya a aportar un conocimiento más aproximado respecto de aquellos aspectos más conflictivos o poco considerados por la doctrina jurídica. Su originalidad radica en la investigación realizada sobre el vínculo entre la salud y las TIC, especialmente respecto de las aplicaciones más novedosas que surgen de esta relación (destaca el campo de la nanotecnología) y los retos jurídicos que plantea, llevado a cabo a través de un tratamiento sistemático de las materias abordadas y estructuradas. En definitiva, el desarrollo tecnológico se estima como el sustento básico de la evaluación social, con todas las ventajas que supone, pero también con todos los peligros que engloba. Lo que en la doctrina se conoce como la sociedad del riesgo[1].

Clarificar todo el entramado jurídico que regulan las cuestiones anteriores supone una labor ardua y laboriosa, que en ocasiones ha sido preciso acotar en aquellos sectores más representativos o especialmente más presentes en la actualidad.

En conclusión, se presenta un estudio sistemático de las diversas formas de actuación de las Administraciones públicas que, en aspectos tan escasamente tratados por la doctrina jurídica, me han permitido acercarme en carne propia a eso del pensar dialéctico, que a través de un ejercicio intelectual, definido por la doctrina del siguiente modo:

> «Lo he recordado en más de una ocasión: eso que llamamos pensar dialéctico es la obligación de seguir pensando. Porque apenas se ha resuelto un

1 *Vide* Ulrich BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986.

problema que es tanto como alcanzar la tierra firme después de haberse sentido náufrago en un mar de dudas, ya se nos está planteando otro que nace de ese mismo suelo la solución hallada que creíamos firme. Que por eso me parece también que el pensar dialéctico es un sistema lineal, como tal irreversible, en el que cada idea se apoya en la precedente y sirve, a su vez, de fundamento a la siguiente»[2].

II. OBJETIVOS QUE SE PRETENDEN

El ámbito de la salud ha sido un fenómeno vivo y constante a lo largo de la historia presente siempre con independencia del tipo de sociedad o modelo de Estado que imperara en cada momento. El desarrollo de la asistencia sanitaria está vinculado a la evolución del paciente caracterizado por ser un elemento mutable. Sin embargo, la asistencia sanitaria también está ligada al factor tecnológico y científico, entendidos como las herramientas que aportan los instrumentales necesarios para el diagnóstico y tratamiento. De este modo, el estudio del componente histórico es un requisito indispensable para la aproximación al ámbito de la salud.

El avance de la sociedad de la información ha provocado importantes cambios en la configuración de la sociedad actual, transformando las vías por donde se desarrollan las relaciones sociales, comerciales y económicas. En apenas un par de décadas, Internet se ha convertido en el medio de difusión más poderoso jamás conocido, un espacio virtual desde donde se tiene acceso a una cantidad extraordinaria de información de una manera muy rápida y sencilla.

Mi propósito, por tanto, consistirá en llegar a «saber» qué es la salud y la salud electrónica desde el punto de vista jurídico, ya que, sólo desde el más profundo análisis de esta figura podré llegar a conocer con cierto grado de profundidad cuál es la esencia de la misma, logrando lo que el profesor González Navarro llama los tres planos del saber, que en definitiva no es otra cosa sino «discernir, definir y entender» lo que la cosa es, o lo que es lo mismo, lo que el ámbito de la salud supone:

> «Saber de una cosa, por tanto, es: 1º saber que lo cosa es (lo cual implica discurrir o diferenciar lo que parece la cosa pero no es, de lo que la cosa es); 2º saber qué es la cosa y qué no es (lo que supone fijar los límites de la cosa, saber dónde empieza y dónde termina, perfilarla, fijar su perfil); 3º saber es, por último, saber por qué la cosa es (lo cual quiere decir conocer la posición de la cosa en el sistema: saber dónde está, de dónde viene y a dónde va)».[3]

En la búsqueda del derecho a la salud electrónica, paso a describir brevemente los objetivos que resultan imprescindibles en el desarrollo de mi trabajo de investigación:

Como he indicado, se analizará el desarrollo histórico del derecho a la salud, en todos los niveles jurídicopolíticos: internacional, comunitario, estatal y autonómico.

2 *Vide* Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Lo fáctico y lo sígnico. Una introducción a la semiótica jurídica*, EUNSA, Pamplona, 1995, p. 394.

3 *Vide* Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo español*, EUNSA, Pamplona, 1994, p. 465.

Al respecto, será necesario realizar un estudio de los diferentes sistemas de salud que han surgido a lo largo del último siglo.

Se abordará el estudio del marco normativo regulador del derecho a la salud. Como sector más representativo de la descentralización política de España, el acercamiento al marco legal de la salud se caracteriza por ser excesivamente amplio, y por la dispersión normativa.

En este sentido, habrá que sistematizar las normativas aplicables respecto a la planificación y ordenación de los recursos sociales que son prestados por diferentes Administraciones públicas. En consecuencia, se procederá a un estudio donde se encuadre el reparto de competencias que en esta materia tienen la UE, España y las Comunidades Autónomas; y su papel configurador.

Será preciso delimitar el concepto y la naturaleza jurídica del derecho a la salud, objeto de estudio tanto de la doctrina como de los tribunales españoles desde su configuración en la Constitución española de 1978.

Será necesario tratar los principales conflictos económicos, sociales, políticos y jurídicos en relación con el ámbito de salud, a saber: la descentralización, la privatización, los presupuestos económicos en materia de sanidad, la pobreza sanitaria, y otros conflictos generados a partir de diferentes posiciones ideológicas, como la relación entre la Administración pública y la salud, puesta en duda a raíz de la crisis económica actual.

Una vez acometidos los aspectos más generales del ámbito de la salud, en la búsqueda del mejor tratamiento, se acometerá un estudio en profundidad sobre los derechos del paciente: su origen, desarrollo histórico y su naturaleza jurídica. Consistirá en el análisis del actual elenco de derechos de los que es garante el paciente en el sistema de salud pública, de forma sistematizada y abordando el mayor número posible de derechos, así como los aspectos jurídicos más relevantes.

Todo ello, como ha sido expuesto, me lleva a la conclusión de que existe un sector de gran relevancia, a la vanguardia política, social y médica, que permanece ajeno al Derecho: la salud electrónica. Esta área de la salud, como aquella que se desarrolla en relación con las TIC, por sus numerosas aplicaciones, posibilidades y beneficios que aporta, pero también por los retos jurídicos que plantea, se erige como el objeto de estudio clave en esta obra.

Desde un punto de vista conceptual, a tenor de su novedad, será necesario identificar lo qué la salud electrónica es y lo qué no es. Desde la perspectiva del Derecho, será necesario reconocer su naturaleza jurídica y el marco normativo actual aplicable a este campo.

La salud electrónica debe ser analizada de forma pragmática, en su aplicación con la asistencia sanitaria, entendido esto como aquellas aplicaciones de las TIC para el diagnóstica y tratamiento de enfermedades (como podría ser la imagen médica digital), así como para los diferentes sistemas de gestión (la computación en la nube), organización (historia clínica electrónica) y comunicación (la interoperabilidad de sistemas).

III. INTERÉS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO POR EL ÁMBITO DE LA SALUD

La protección de la salud constituye un título de intervención de las Administraciones Públicas que incide en numerosos sectores de la actividad de las Administraciones y de los particulares. Como principio rector, deriva del mandato recogido en el artículo 43 de la Constitución española de 1978: «*se reconoce el derecho a la protección de la salud*». Elemento que «*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*».

Esta obra tendrá por finalidad demostrar y justificar que el ámbito de la salud es objeto formal de la actividad administrativa, y en consecuencia, objeto regulado por el Derecho Administrativo, el cual es definido por Muñoz Machado del siguiente modo: «el Derecho Administrativo es el conjunto de técnicas e instituciones que establecen la disciplina jurídica de la Administración Pública cuando se organiza, decide o relaciona con los ciudadanos»[4].

En consecuencia, el ámbito de la salud será objeto del Derecho Administrativo, fundamentalmente, por tres motivos generales: en primer lugar, porque la Administración pública se erige como principal sujeto responsable de regular, organizar y planificar todo un complejo sistema público de sanidad, capaz de ofrecer soluciones a los problemas generales de los ciudadanos; en segundo lugar, porque la intervención pública controla directamente la correspondientes autorizaciones y acreditaciones administrativas, para su ejercicio, sin perjuicio de derechos particulares, como la necesidad de inscripción en un registro de naturaleza pública, y el sometimiento a los cauces de supervisión, control, inspección y sanción de la propia Administración pública; finalmente, porque para el cumplimiento de los requisitos señaladas anteriormente, la Administración pública diseña un modo específico de relación, a través de procedimientos administrativos formalizados y demás cauces, que garanticen principios tales como el de legalidad, proporcionalidad, igualdad, buena fe, confianza legítima e interés público.

En conclusión, cabe decir que el ámbito de la salud es un sector tradicional y consolidado de la actuación administrativa, a través del cual las Administraciones públicas operan por medio de las tradicionales formas de hoy en día, lo cual caracteriza la solidez del ámbito de la salud, en los momentos actuales de crisis económica a escala mundial.

4 *Vide* Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Thomsoncivitas, Madrid, 2004, p. 49.

CAPÍTULO I
EL DESARROLLO HISTÓRICA DEL DERECHO A LA SALUD. EL ORIGEN DEL ESTADO DEL BIENESTAR

I. EL ESTADO DEL BIENESTAR

Desde la doctrina especializada se entiende el Estado del bienestar como una «forma de organización institucional basada en el compromiso público con el pleno empleo, una política económica capaz de evitar los ciclos económicos negativos, la existencia de sistema universales que oferten los principales bienes y servicios, y políticas sociales cuyo objetivo sea la reducción de las desigualdades sociales»[5]. Esta definición agrupa los elementos más básicos vinculados al Estado del bienestar, si bien, la crisis económica por la que aun transitamos ha puesto en duda alguna de estas características.

Al respecto, es interesante la definición aportada por J. Sánchez, para quien el Estado del bienestar es «un conjunto de respuestas de política económica al proceso de modernización, consistentes en intervenciones públicas en el funcionamiento de la economía y en la distribución de las expectativas de vida, las cuales se orientan a promover la seguridad e igualdad de los ciudadanos, introduciendo entre otras cosas derechos sociales específicos dirigidos a la protección en el caso de contingencias preestablecidas, con la finalidad de aumentar la integración social de sociedades industriales con elevada movilización»[6]. Por su parte, Baldwin, quien establece un concepto peculiar, entiende el Estado del bienestar «como un sistema de mediación institucional, producido a partir de distintos procesos y de la suma de experiencias históricas, que contribuye al crecimiento económico garantizando la reproducción social»[7].

No existe consenso en doctrina sobre la definición de Estado del bienestar, principalmente a causa de las cuantiosas modificaciones y versiones que se han desarrollado a lo largo del tiempo. Tanto es así, que para muchos autores existen tantos modelos de Estado del bienestar como países[8].

En definitiva, a pesar de la gran variedad de definiciones, todas ellas emplean una serie de elementos comunes que forman la base del concepto de Estado del

5 *Vide* Alejandro ESTRUCH MAJON, *Desigualdad y política redistributiva*, Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 120 y ss.
6 *Vide* J. SÁNCHEZ (Coord.), *Aproximació a les reformes de l'estat del benestar*, Fundació Jaume Bofil, colec. L'Estat de la Qüestió, Barcelona, 1996, p. 280.
7 *Vide* P. BALDWIN, "The past rise of social security: historical trends and patterns", en H. GIERSCH (ed.), *Reforming the welfare state,* Egon-Sohmen- Foundation, Berlín, 1997, pp. 3-24.
8 *Vide* Gloria DE LA LUZ JUÁREZ, "Transformaciones en el Estado del bienestar", *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, Análisis Económico, vol. XVIII, 38, (2003), p. 278.

bienestar. En primer lugar, en este modelo de estado hay un compromiso público mediante el cual la institución pública se responsabiliza de los problemas sociales, por lo que el bienestar no es sólo una forma de intervención del Estado en el sistema capitalista, sino que políticamente se entendió como «uno de los deberes de los sistemas democráticos»[9]. En segundo lugar, el objetivo marcado es evitar nuevas desigualdades sociales y sanar las existentes. Estos son, a mi entender, los dos fundamentos básicos que constituyen el Estado del bienestar.

II. DEL ESTADO LIBERAL HASTA LAS PRIMERAS POLÍTICAS SOCIALES

El Estado liberal promulgaba el desarrollo del hombre soberano e igualitario, al que el Estado le otorgaba el mínimo necesario para garantizar dicha libertad. Bajo este concepto se buscaba la igualdad en la aplicación de la ley, el derecho a la autonomía y la privacidad, remarcando determinados valores como: la libertad, la igualdad, la propiedad privada, la igualdad jurídica, entre otros. El Estado, por otro lado, tenía un papel secundario, cuya principal ocupación era no alterar el libre funcionamiento social y económico. Este modelo de Estado surge tras la desaparición de la monarquía absoluta[10], lo cual ayuda a entender el rechazo social al Estado y la exaltación de la libertad.

Hobbes, quien es considerado el creador del liberalismo[11], entendía que el Estado es «el garante del orden, mientras que los ciudadanos plenos de derechos son responsables de su uso, con vistas a su interés personal». El contrato social se convertía en un instrumento para restringir el poder político. Para Norberto Bobbio los límites del Estado se centran en una doble perspectiva: por un lado, la limitación de poderes; y por otro, la limitación de funciones. «La noción común que sirve para representar el primero es el estado de derecho; la noción común para representar el segundo es el estado mínimo»[12]. Cruz Soto, en este sentido, entiende que la doctrina liberal representa una forma de convivencia entre el Estado y la sociedad, la cual se estructura en torno a dos principios: la igualdad y la libertad. «La igualdad

9 *Vide* Claudio LLANOS, "Bases histórico-políticas del Estado del bienestar alemán y británico (temas y problemas)", *Historia Unisinos*, vol. 16, 2, (2012), pp. 204 y ss.

10 *Vide* Federico CASTILLO BLANCO, "La actividad de fomento: evolución histórica y tratamiento constitucional", en Mario GARCÉS SANAGUSTÍN y Alberto PALOMAR OLMEDA (Coords.), *Derecho de las subvenciones y ayudas sociales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 50: «La Administracción de esa época básicamente ostentará un conjunto de potestades dirigidas a preservar bienes jurídicos como el orden público, la seguridad, la salubridad, etc., que se manifestará en la sujeción a previa autorización de las actividades que ejercitan los ciudadanos, el establecimiento de limitaciones, prohibiciones y mandatos dirigidos, todos ellos, a que el ejercicio de los derechos de libertad y de propiedad por parte de los individuos se realice de forma ordenada conforme a un orden establecido, racional y seguro».

11 *Vide* José G. VARGAS HERNÁNDEZ, "Liberalismo, Neoliberalismo, Postneoliberalismo", *Revista Mad*, 17, (2008), pp. 4-5. Junto a Hobbes, deben ser destacados Jean Baptiste Colbert, autor de la famosa frase «*laissez faire et laissez passer; le monde va de lui méme*» (dejar hacer y dejar pasar, el mundo marcha por sí mismo), y otros autores como Adam Smith (el padre del liberalismo económico), David Ricardo o Thomas Robert Malthus. Todos ellos basaban la economía en el ahorro, el trabajo y el libre comercio.

12 *Vide* Norberto BOBBIO, *Liberalismo y democracia*, traducido por: José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1992, p. 17.

entendida como la capacidad de todas las personas para hacer uso de los derechos que les confiere la ley; y la libertad como la libre acción de los individuos»[13].

Esta forma de entender el sistema económico y el funcionamiento de los Estados provocó un alarmante aumento de las desigualdades sociales. Esta situación alcanzó su punto más álgido con la revolución industrial, si bien la industrialización no lo agravó, amplió la escala de la pobreza a través del incremento de la población y de la urbanización, tornándola más obvia[14].

Podemos situar los inicios del liberalismo en la convulsa política británica del siglo XVII, que se caracterizó por la inestabilidad causada por diferentes revoluciones[15]. Todos los conflictos que surgieron a lo largo de este siglo (hasta tres guerras civiles), tenían un elemento de conexión común, el conflicto entre el poder de la realeza y el poder parlamentario. Las tensiones entre ambas fuerzas provocaron una cierta limitación del poder real a favor del parlamento, lo que quedó plasmado en numerosas leyes anti-absolutistas. Durante este período, y a consecuencia de lo expuesto, se produjo igualmente una revolución intelectual, modificando la actitud económica y comercial, introduciendo formas capitalistas de producción. Todos estos cambios políticos, sociales y económicos fueron impregnados por un fuerte toque liberal que establecería las pautas del resto de políticas continentales.

Tendría que pasar un siglo para que surgieran nuevas revoluciones con efectos liberales. Así, surgió la Revolución Americana, que culminó con la Declaración de Independencia de 1776 y las primeras Declaraciones de los Derechos Humanos. Poco después, se desencadenó la revolución francesa de 1789. Ambos sucesos fueron provocados por el ideal burgués, en algunos aspectos con intereses personales egoístas, pero con ciertas consecuencias positivas (la abolición de la monarquía absoluta). Con posterioridad siguieron otros estallidos revolucionarios a lo largo del siglo XIX en Europa, las revoluciones de 1820, 1830 y 1848.

Todos estos hechos históricos desembocaron en la revolución industrial que, como reflejo del más puro liberalismo, supuso una importante transformación económica, social y tecnológica. La Revolución Industrial marcó un punto de inflexión en la historia, modificando la estructura social y geográfica, e incluso la vida cotidiana de las personas. Pero lo cierto es que esta transformación tuvo efectos devastadores en la sociedad trabajadora, estableciendo un reparto de riquezas enormemente desequilibrado y planteando numerosos conflictos sociales[16]. No obstante, la situa-

13 *Vide* Luis Antonio CRUZ SOTO, "Neoliberalismo y globalización económica. Algunos elementos de análisis para precisar los conceptos", *Revista Contaduría y Administración*, 205, (2002), pp. 14-16.

14 *Vide* R. M. HARTWELL, "La revolución industrial en Inglaterra y sus consecuencias para los pobres", Traducido de *The Long Debate on Poverty, The Institute of Economic Affairs*, (1974), p. 17.

15 Toda esta inestabilidad política coincidió en el tiempo con las obras de filosofía política *Leviatán*, de Hobbes (1651), y el *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, de Locke (1689). Sin duda, ambas obras tuvieron efectos relevantes durante este período, en la primera de ellas, el *Leviatán*, Hobbes, partidario del régimen monárquico absolutista, hace referencia a un «pacto social» a partir del cual los individuos reunidos en sociedad e incapaces para convivir transfieren voluntariamente el poder al monarca de forma ilimitada con el fin de asegurar la paz y la seguridad del pueblo. Por su parte, Locke parece rechazar la monarquía absoluta, pero con el fin de evitar nuevos conflictos sociales considera suficiente y válida la monarquía constitucional subordinada a un parlamento. Además, Locke, al contrario que Hobbes, es partidario de la separación de poderes.

16 La realidad social se basaba en jornadas de trabajo de más de 10 horas bajo condiciones insalubres, con alta mortandad. La única preocupación de los empresarios era aumentar la producción estableciendo