

O DEREITO PROPIO DE GALICIA E OS ESTABLECEMENTOS FARMACÉUTICOS: TEST DE CONSTITUCIONALIDADE DA COMPETENCIA AUTONÓMICA

Xosé Antón Sarmiento Méndez*

Letrado do Parlamento

SUMARIO

Limiar. 1.- A lei autonómica non pode impedi-la transmisión de oficinas de farmacia autorizadas mediante concurso público.-2.- A Caducidade da autorización farmacéutica.-2.1.- A súa interpretación ó abeiro do artigo 36 da Constitución.-2.2.- A regulación autonómica da caducidade da autorización da oficina de farmacia.-2.3.- O réxime xurídico das causas de caducidade da autorización farmacéutica.-2.4.- Caducidade das autorizacións e garantía constitucional do dereito de propiedade ex artigo 33 da Constitución.-2.5.- Dereito ó traballo (artigo 35 da Constitución) e caducidade da autorización farmacéutica.-2.6.- A liberdade de empresa do farmacéutico e as causas de caducidade da autorización.-2.7.- As condicións básicas que garanticen a igualdade dos españois no exercicio dos dereitos constitucionais como límite á regulación galega.-3.- A dispensación de medicamentos e as competencias estatais en materia de "lexislación sobre productos farmacéuticos" (art. 149.1.16 CE).-4.- O réxime xurídico autonómico da radiofarmacia.-4.1.- O tratamento dos radiofármacos inclúese na "lexislación sobre productos farmacéuticos".-4.2.- As competencias da Administración galega sobre as unidades de radiofarmacia.-

Limiar

A lectura do artigo 28 do noso Estatuto de Autonomía produce a sensación contradictoria de observa-la presenza de certos títulos competenciais, entre eles o referido ós establecementos farmacéuticos, de indubable transcendencia para a calidade de vida¹ dos cidadáns, pero que tamén transmiten a evidente conexión que teñen con outros de carácter básico atribuídos ó

* Profesor de Dereito Constitucional.

¹ Para unhas reflexións pormenorizadas sobre o tópico da calidade de vida e a súa proxección constitucional no Dereito español remítome ó traballo de Ramón Martín Mateo: "La calidad de vida como valor jurídico" incluído no volume II dos *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Páxinas 1437 e seguintes. Editorial Civitas. Madrid. 1991.

Estado. Esta aporía débéuselle presentar ó lexislador autonómico cando á altura de 1999 decidéu aproba-lo desenvolvemento lexislativo do título competencial citado.

Ademáis o precepto constitucional que enmarca ás prestacións sanitarias (artigo 43 da Constitución) non determina un modelo unívoco de saúde pública, e incluso no criterio de certos comentaristas (Borrajó Dacruz²) non parece decir que dentro da saúde pública ó cargo do Estado se comprendan os dereitos dos cidadáns ás prestacións sanitarias curativas propiamente ditas. Con independencia destas opinións o desenvolvemento lexislativo que as Cortes Xerais levaron a cabo do artigo constitucional fai concluir que ó día de hoxe a prestación farmacéutica é parte integrante do sistema sanitario español, e en concreto das obrigas que as Comunidades autónomas teñen respecto dos seus cidadáns. Por outra banda a delimitación competencial por parte do máximo intérprete da Constitución ven a producirse nun intre no que, como sinala Vida Fernández³, as mesmas transformacións do Sistema Sanitario público son de tal envergadura que deron lugar de seu a unha auténtica redistribución de competencias entre o Estado e as Comunidades Autónomas en materia de medicamentos. Agora as Comunidades Autónomas poden chegar a asumir grandes responsabilidades non só de xestión senón no tocante á definición das prestacións farmacéuticas.

Como no seu día apuntara García Llovet⁴ a Lei 05/1999, do 21 de maio, de ordenación farmacéutica (DOG núm. 99, 26-5-99.) non pretendéu ser unha lei reguladora das oficiñas de farmacia, senón que, como pode deducirse da lectura da súa exposición de motivos, tentaba de converterse en unha auténtica lei de desenvolvemento da competencia galega en materia de establecementos farmacéuticos (ex artigo 28.8 do Estatuto de Autonomía para Galicia).

Trátase dunha competencia que os poderes autonómicos teñen considerado moi recentemente no tocante a súa normación, sobre todo

² Así o expresa no estudio recollido nos *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Dirixidos por Oscar Alzaga Villaamil. Páxina 192. Cortes Generales. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1996.

³ "La redistribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de medicamentos". *Revista española de Derecho Administrativo*. Nº 117 enero-marzo.2003.

⁴ No seu traballo contido na sección "As nosas leis" da *Revista Xurídica Galega*. Nº 23 do 2º trimestre de 1999.

reglamentaria⁵, e iso a pesares da gran trascendencia que presenta tanto dende o punto de vista da economía xeral como da saúde pública. Este tratamento normativo de rango inferior non presentou problemas pois, como apunta Gimeno Feliu⁶, a lei estatal xeral de sanidade toma como punto de partida a atribución de tódolos servicios de carácter executivo ás Comunidades autónomas, que xestionan estes servicios cos poderes normativos que sobre a materia non se reservara o Estado.

Así pois foi o Recurso de inconstitucionalidade 3599/1999, promovido polo presidente do Goberno contra os artigos 4.3º, 20, 23.1º e 45 b), en relación co artigo 46 da lei 5/1999, do 21 de maio, de ordenación farmacéutica (DOG núm. 192, 4-10-99. BOE núm. 229, 24-9-99) e que deu lugar á recente STC 152/2003, de 17 de julio de 2003, o que suscitou o máis alto nivel normativo a conflictividade entre o Estado e a Xunta de Galicia. Nela abórdanse varios problemas de relevo xurídico e político que merecen ser desglosados nun comentario pormenorizado.

1. A lei autonómica non pode impedi-la transmisión de oficinas de farmacia autorizadas mediante concurso público

O noso tribunal Constitucional ocúpase en primeiro lugar de suliña-la infracción que o lexislador galego fai do reparto competencial na materia, acudindo para elo á reafirmación do carácter constitucional das atribucións feitas ó Estado na lei 16/1997, de oficinas de farmacia. As reflexións parecen dirixirse ó contido de sentencias anteriores do Tribunal como a 76/1986 do 9 de junio, nas que resalta que a actuación autonómica é posible na materia

⁵ Así entre outros deben citarse os recentes regulamentos que afectan a esta materia: Decreto 342/1999, do 16 de decembro, sobre horarios, quendas de urxencia e vacacións das oficinas de farmacia - DOG núm. 2, 4-1-00; c.e. DOG núm. 18, 27-1-00 e DOG núm. 35, 21-2-00, Decreto 146/2001, do 7 de xuño, sobre planificación, apertura, traslado, cerramento e transmisión de oficinas de farmacia - DOG núm. 125, 28-6-01, Decreto 176/2001, do 12 de xullo, sobre creación, apertura e funcionamento dos servicios de farmacia e depósitos de medicamentos nas estruturas de atención primaria - DOG núm. 145, 27-7-01, Orde do 20 de novembro de 2001 pola que se establecen os requisitos e o procedemento de autorización das boticas anexas - DOG núm. 235, 5-12-01, Decreto 244/2003, do 24 de abril, de homologación sanitaria de receitas oficiais para a prestación farmacéutica. DOG nº 89 do 9 de maio de 2003 e o Decreto 370/2003, do 2 de outubro, de uso da tarxeta sanitaria para o acceso á prestación farmacéutica. DOG. nº 200 do 15 de outubro de 2003.

⁶ "Sanidad y Administración Sanitaria", no volume colectivo dirixido por José Bermejo Vera, *Derecho Administrativo Parte Especial*. Editorial Civitas. Madrid 1994. Páxina 161.

da asistencia médico-farmacéutica como vinculada á competencia da sanidade, sempre e cando non se ignoren ás bases que ó Estado lle corresponde fixar de conformidade ó artigo 149.1.16 da Constitución.

O máximo intérprete da Constitución defende nestes términos á incompetencia normativa galega nesta cuestión: "...Comenzando por el art. 23, cuyo tenor literal hemos reproducido en el anterior fundamento jurídico, se aprecia que el mismo prohíbe la transmisión de las oficinas de farmacia que hayan sido autorizadas, mediante el correspondiente concurso público (art. 19) con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/1999.

Es obvio que la prohibición de transmisión de estas oficinas, formulada de modo absoluto, resulta contraria al art. 4.1 de la Ley 16/1997, que establece la posibilidad de su transmisión a otro u otros farmacéuticos y de acuerdo con la normativa autonómica complementaria, que se prevé en el apartado 2 del mismo precepto básico."

O que nembargantes a sentenza de inconstitucionalidade non analiza é a demanda estatal de que os preceptos da lei galega incurran tamén en causa de nulidade por razón de que se atente contra as previsións dos artigos 149.1.1 e o 35.1 da Constitución. En palabras do Tribunal: "...De esta forma, el art. 23.1 de la Ley recurrida impide que se materialice en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia el criterio normativo común que la norma básica estatal establece para todo el territorio nacional, por lo que procede que lo declaremos inconstitucional y nulo. Esta declaración hace innecesaria la valoración de los restantes motivos de inconstitucionalidad aducidos."

Esto é, a pretendida afectación pola lei autonómica galega do dereito ó traballo en relación co de libre elección de profesión non é tratado polo Tribunal, que se limita a declara-la inconstitucionalidade do impedimento legal autonómico da transmisión de oficinas de farmacia autorizadas mediante concurso público. Os resultados ós que se chega parece que abonan a opinión de autores como García Llovet⁷, que se mostraron dende un momento inicial como muy críticos coa regulación galega, demandando en todo caso actuacións complementarias que evitasen situacións paradóxicas no mercado das oficinas de farmacia en Galicia.

⁷ Op. Cit. Supra páxina 323.

2. A caducidade da autorización farmacéutica

2.1. A súa interpretación ó abeiro do artigo 36 da Constitución

A inexistencia dun modelo constitucional definido sobre o réxime de establecemento das oficinas de farmacia foi remarcado entre nós por Carballeira Rivera e Ferreira Fernández⁸, sobre a base de afirmacións da doutrina constitucional contidas na Sentencia 83/1984 do 24 de xullo nas que se entende que non hai nada na Constitución que exclúa a posibilidade de regular e de limita-lo establecemento de oficinas de farmacia, como tampouco nada que impida prohibir que se leve a cabo fora destas oficinas a dispensa ó público de especialidades farmacéuticas.

Así, e no referido á infracción do art. 36 CE, tampouco se produce por parte da lei galega xa que “de un lado no existe una relación directa entre el art. 36 CE, que consagre el ejercicio de las profesiones tituladas, que son aquéllas que requieren la posesión de un título académico, y el desempeño de la titularidad de una oficina de farmacia. De otro, que este último desempeño ... permite el establecimiento de controles por los poderes públicos, ante los cuales nada cabe oponer desde la perspectiva de las exigencias del ejercicio de la profesión titulada” (STC 109/2003, FJ 14).

O propio Tribunal Supremo español na súa sentenza de 10 de maio de 1983 xa respaldou a regulación da Lei de bases da sanidade nacional de 25 de novembro de 1944, entendendo que o propio artigo 36 da Constitución serve de base legal para o exercicio dunha profesión titulada como é a de farmacéutico.

Además do exposto, o Tribunal Constitucional xa indicou que “caducidad de la autorización y jubilación son dos cuestiones distintas ... porque el farmacéutico cuya autorización haya caducado por cumplimiento de la edad, podrá seguir ejerciendo su profesión libremente incluso colaborando en la dispensación de medicamentos, aunque no como titular de un establecimiento de farmacia ... de modo que no se produce una cesación forzosa en la actividad profesional”, de todo ello se deriva que este precepto tampoco vulnera el art. 36 CE.”

⁸ No estudio “A nova ordenación farmacéutica de Galicia”. *Revista Galega de Administración pública*. nº 16, maio-agosto 1997. Páxina 151.

Certo é que, dende o meu punto de vista, a redacción da lei galega na súa xeneralidade non parece ser moi afortunada e o seu contraste coas máis modernas aportacións en materia de técnica lexislativa⁹ aconsellarían unha formulación máis respectuosa co principio de certeza e seguridade xurídica.

2.2. A regulación autonómica da caducidade da autorización da oficina de farmacia

Como resulta sabido o panorama lexislativo autonómico na ordenación farmacéutica é moi heteroxéneo, e iso sen que se poida prantexar dúbidas de constitucionalidade pola súa eventual infracción do artigo 14 da Constitución. Máis o contrario, e precisamente no tocante ó punto concreto da regulación da caducidade da autorización, hai que partir do recoñecemento da existencia de distintos modelos de autorización según a comunidade autónoma a que nos refiramos, todo iso sen perxucio de poder suscitar, como o fixo o Avogado do Estado, a eventual infracción do artigo 149.1.1 da Constitución.

A recente sentenza do Tribunal Constitucional é moi clara no referido á constitucionalidade do modelo galego de condicionamento da transmisión das oficinas de farmacia: "...En lo relativo, en primer lugar, a la vulneración de la competencia del Estado para dictar la normativa básica en materia de "sanidad" (art. 149.1 16 CE), hemos declarado que el art. 4.2 de la Ley 16/1997, como norma básica, "deja a las Comunidades Autónomas, no la libertad de enervar la transmisibilidad de las farmacias, pero sí la de someter la transmisión a requisitos o condiciones que, naturalmente, no podrán ser arbitrarias, ni podrán entrar en pugna con la Constitución", lo cual conduce a afirmar que "las causas de caducidad sólo serían inconstitucionales por contrarias a las bases si supusieran una enervación subrepticia de dicha transmisibilidad, por lo que han de considerarse conformes a la Constitución en la medida en que no impidan la mínima transmisibilidad exigible desde la norma básica" [STC 109/2003, FJ 10 a]).

⁹ Estoume a referir a disposicións como "Ipotesi di regolazione in materia di qualità redazionale, codificazione e pubblicità della legislazione comunitaria", publicada pola Scuola di scienza e tecnica della legislazione na revista *Rassegna Parlamentare*. Nº 3 Luglio/Settembre. Anno XLV. Giuffré editore.2003.

De acordo con este punto de partida, hemos afirmado que la caducidad de la autorización como consecuencia del fallecimiento del farmacéutico no infringe el art. 149.1.16 CE, “dada la naturaleza personal de la autorización ... y el hecho de que no representan un impedimento general a la libre transmisión” [STC 109/2003, FJ 10 a)]. A igual criterio hemos llegado en lo relativo a la caducidad de la autorización como consecuencia de haberse alcanzado la edad de setenta años, “pues el establecimiento de una edad tope para el ejercicio de una actividad privada declarada de interés público ... se conecta con dicho interés y ni impide la posibilidad de transmisión ni puede estimarse arbitraria” [STC 109/2003, FJ 10 b)]. Esta doctrina hay que extenderla al art. 20 de la Ley recurrida, cuyo art. 2 califica a la “atención farmacéutica” como servicio de interés público.” Así pois, nada impide que o falecemento e a xubilación operen como causas da caducidade da autorización e particularicen o réxime xurídico da prestación farmacéutica en Galicia respecto ó de outras Comunidades autónomas españolas. Este dato, o da diferenciación da asistencia sanitaria entre os distintos entes territoriales dentro do Estado recibe unha crítica intensa por autores como Vaquer Cabañeira¹⁰, que entenden imposible constitucionalmente falando a libre disposición de fondos autonómicos para desenvolver políticas farmacéuticas sen límite algún.

2.3. O réxime xurídico das causas de caducidade da autorización farmacéutica

Así admitida polo Tribunal Constitucional a diferenciación entre a regulación da caducidade en unhas e outras comunidades autónomas, queda por decidir si é posible discriminar entre o suposto do falecemento e o da xubilación ós efectos da caducidade da autorización. Pemán Gavín¹¹ entende que o configurarse o Sistema nacional de Saúde como un sistema sanitario plural ou composto existe a posibilidade de que os poderes normativos autonómicos poidan incidir no contido da prestación sanitaria, máis aló do

¹⁰ No seu estudio “La consideración constitucional de los servicios sanitarios” en CCOO: *Jornadas sobre descentralización y transferencias sanitarias*. Madrid. 2001.

¹¹ “La culminación del proceso de descentralización de la sanidad española. El Sistema Nacional de Salud tras el cierre de las transferencias y la aplicación del nuevo sistema de financiación”. *Informe Comunidades Autónomas*, 2001, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2002.

simplemente organizativo. Estas reflexións trasladadas ó tema que me ocupa son practicamente asumidas na súa integridade polo máximo intérprete da Constitución ó afirmar:

“...En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, por todas)” [STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4 a)].

De acuerdo con esta doctrina, es claro que el elemento diferenciador que en cuanto a la caducidad de la autorización supone el cumplimiento de setenta años de edad o el fallecimiento del farmacéutico, encuentra una justificación razonable y proporcionada en el interés público al que la autorización administrativa está vinculado. En el segundo caso, en razón a que el titular no puede continuar ejerciendo la actividad para la que fue autorizado. Y en el primero, porque el cumplimiento de aquella edad pudiera mermar la prestación de la actividad en las condiciones que requiere la finalidad a la que sirve. Considerando también que, respecto de este segundo supuesto, la aludida caducidad no enerva la posibilidad de la transmisión de los elementos patrimoniales de la oficina (art. 25.3), de un lado, y tampoco impide el ejercicio de su actividad profesional en otras áreas, la diferencia de trato que supone la caducidad de la autorización está justificada y no conlleva consecuencias desmedidas.”

Unha vez máis o criterio constitucional non é o da concepción formalista da igualdade como uniformidade senón a consideración matizada das situacións xurídicas a regular pola lexislación de desenvolvemento da Constitución.

2.4. Caducidade das autorizacións e garantía constitucional do dereito de propiedade “ex artigo 33 da Constitución”

Os lexítimos desexos e demandas dos profesionais do sector farmacéutico teñen levado a que, por parte de certos estudiosos da materia, se chegara

a prantexar a constitucionalidade dunha regulación autonómica que permitise a caducidade das autorizacións das oficinas de farmacia. Nembargantes son da opinión, como Fonseca Ferrandis¹², de que o carácter colaborador das oficinas de farmacia co sistema nacional de Saúde no desempeño da prestación farmacéutica, levan entre outras consecuencias, a entender que a titularidade dos establecementos farmacéuticos non pode concebirse no senso decimonónico do dereito de propiedade (unha sorte de dereito absoluto) senón que, moi ó contrario, os intereses públicos en presenza fan posible a actuación do lexislador autonómico ó respecto.

Este enfoque aparece soterradamente nas argumentacións do Tribunal Constitucional ó respecto da lei galega: "...Más específicamente hemos afirmado que, "por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae" (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2).

"En este caso, el Abogado del Estado señala que los supuestos de caducidad examinados privan al titular de la oficina de un elemento patrimonial que ha logrado a través de importantes inversiones económicas y de su esfuerzo personal.

Sin embargo, este planteamiento no puede prosperar, puesto que en ninguno de ambos supuestos se produce una privación patrimonial (art. 25.3), sino tan sólo la regulación legal de carácter general sobre los límites de la titularidad del elemento patrimonial referido, límite que consiste en la imposibilidad de mantener la titularidad de la oficina de farmacia en los supuestos de la caducidad. Lo cual, en el caso del óbito, es una consecuencia de éste y no de la caducidad misma. Y en el caso del cumplimiento de la edad de

¹² "El modelo de prestación sanitaria articulado por la ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema nacional de salud". *Actualidad Administrativa*.nº 38.2003.

setenta años, ese límite regulador se justifica por el interés público conectado a esta actividad, que la propia Ley recurrida declara en su art. 2.1.”

En todo caso coincido cos primeiros comentaristas da lei galega na idea da deficitaria regulación do dereito transitorio no tocantes ó réxime xurídico das oficinas de farmacia e as súas causas de caducidade e transmisibilidade. Un problema de tanta transcendencia económica e social merecía por parte do lexislador autonómico unha maior atención en aras a garanti-las doses oportunas de seguridade xurídica¹³.

2.5. Dereito ó traballo (artigo 35 da Constitución) e caducidade da autorización farmacéutica

Certamente entre as trabas de constitucionalidade que se poidan facer á lei galega de farmacia unha das máis febles era a que non respecta o dereito consagrado no artigo 35 da Constitución. Isto é así porque dende a súa máis inicial xurisprudencia o Tribunal Constitucional español asentou a posibilidade e perfecta constitucionalidade das limitacións ó dereito ó traballo derivadas da xubilación forzosa. Este paradigma constitucional fíxose depender “ab initio” de dous fundamentos moi sólidos: por unha banda o disposto no artigo 29.2 da Declaración Universal dos Dereitos Humanos (o recoñecemento e respecto dos dereitos dos demais) e, por outro lado o previsto no artigo 9 da nosa Constitución (principios de solidaridade, igualdade real e efectiva e participación de todos na vida económica do país).

Nesta orde de cousas preséntase como perfectamente axeitado ó texto constitucional a existencia dunha política de emprego (neste caso en materia farmacéutica) que tenda a asegura-la participación nas oportunidades de traballo de tódolos titulados farmacéuticos, e non só dos que ata agora gozan de oficina de farmacia.

O contrapunto a esta argumentación é o recoñecemento de que a limitación imposta non pode supoñer un sacrificio persoal e económico

¹³ Trátase do traballo citado supra de García Llovet. Para unhas reflexións actuais acerca da importancia dos traballos parlamentarios en materia sanitaria existentes no dereito comparado pode consultarse, Bonnie Brown: “Les comités en tant qu’agents de la politique publique: le Comité permanent de la santé”. *Revue parlementaire canadienne*. Volume 26 nº3 automne 2003.

desproporcionado, e dicir, faise preciso por parte do lexislador unha ponderación dos intereses en conflito para decidir con criterios de estricta constitucionalidade.

Estas ideas están presentes na recente sentenza do Tribunal en fundamentos xurídicos nos que se afirma: "...En lo relativo a la infracción del derecho al trabajo, regulado en el art. 35 CE, hemos considerado (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 3), a partir de la doctrina constitucional sobre este precepto (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8, y 83/1984, de 24 de julio, FJ 3), que ni la consideración del fallecimiento ni la de la edad de setenta años, como causas de caducidad, vulneran aquel precepto constitucional, bastando la simple remisión a lo expuesto en dicho fundamento jurídico 3 de la Sentencia precitada para el rechazo de la alegación del Abogado del Estado al respecto."

2.6. A liberdade de empresa do farmacéutico e as causas de caducidade da autorización

Outro dos aspectos que no seu día se suscitaron como cuestionables na regulación galega dos establecementos farmacéuticos foi o da conciliabilidade da configuración constitucional da liberdade de empresa e o réxime xurídico galego das farmacias na súa consideración empresarial.

No sistema constitucional español o contido esencial do dereito consagrado no artigo 38 da Constitución céntrase no dereito a iniciar e sostela actividade empresarial, sen que ademáis este dereito poida entenderse como absoluto senón que modulado pola función social da propiedade da que se fala no artigo 33 da Carta Magna (así se entende entre outras na clásica sentenza 83/1984 do 24 de xullo). Deste xeito o noso Tribunal Constitucional afirma nidiamente a constitucionalidade da regulación autonómica tanto no tocante a caducidade derivada do falecemento do profesional como polo cumprimento da idade de setenta anos. "...El art. 20 de la Ley recurrida tampoco infringe el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE), pues así lo hemos declarado ya, tanto respecto de la caducidad derivada del fallecimiento del farmacéutico como respecto de la que se conecta al cumplimiento de la edad de setenta años.

En efecto, respecto de la caducidad producida como consecuencia del fallecimiento hemos apreciado que no puede implicar vulneración del principio

de libertad de empresa, puesto que, de producirse ese evento, "la propia actividad de la empresa farmacéutica se encuentra condicionada de raíz por la imposibilidad de que su titular desempeñe la actividad que viene obligado a prestar" (STC 109/2003, FJ 15). Y otro tanto ocurre con el supuesto de caducidad por alcanzarse la edad de setenta años, puesto que los límites al principio del art. 38 CE que ello conlleva se orientan "a la mejor prestación del servicio en razón a la plenitud de presencia que se exige a un farmacéutico y a la responsabilidad del titular en la garantía del servicio" (STC 109/2003, FJ 15)."

2.7. As condicións básicas que garanticen a igualdade dos españois no exercicio dos dereitos constitucionais como límite á regulación galega

O compromiso do Estado social en España coa sanidade pública é unha máxima que tanto dende os foros políticos e parlamentarios, como dende a máis reputada doutrina (Palomar Olmeda)¹⁴ se mantén na actualidade. Por iso a problemática da igualación dos dereitos na materia sanitaria se presenta en tantas ocasións como obxecto do debate con unha dimensión que supera o ámbito estritamente xurídico.

Cecáis nun derradeiro esforzo impugnador o Estado presentou como argumento ante o Tribunal Constitucional a idea de que a regulación da lei galega podía atentar ó disposto no artigo 149.1.1ª da Constitución. Nada máis lonxe do razonable, pois a doutrina constitucional ten afirmado con claridade que o disposto nese artigo constitucional non é un criterio único de delimitación das competencias senón que é necesario acudir ós títulos competenciais concretos que se describen no título VIII da Constitución (así a Sentencia de 28 de abril de 1983 sobre a sanidade no País Vasco). De xeito adicional hai que ter en conta tamén que ese artigo alegado non debe propiciar necesariamente a existencia de situacións de uniformidade ou identidade, xa que a unidade que proclama non conduce exclusivamente a elas (STC 75/1990, do 26 de abril).

Tendo en conta estos condicionantes previos o Tribunal Constitucional desbota a argumentación do Avogado do Estado coas seguintes afirmacións

¹⁴ *Manual práctico de la profesión médica*. Coordinador. Editorial Dykinson. 1998. Páxina 146.

que entendo en todo punto como acertadas: "...Por último, en cuanto a la vulneración del art. 149.1.1 CE, también en la STC 109/2003, FJ 17, dijimos que "tomando en consideración, de un lado, que hemos concluido que no existe vulneración de los arts. 35, 36 y 38 CE por parte de aquellos preceptos legales y que, de otro, tampoco se enuncian por parte del Abogado del Estado los preceptos legales concretos de la normativa estatal que contienen la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales que se dicen vulnerados, es notorio que este Tribunal carece de canon de referencia para realizar el juicio de constitucionalidad que aquella representación procesal le solicita, lo que nos impide apreciar si se ha conculcado el contenido primario de algún derecho o las posiciones jurídicas fundamentales relativas al mismo (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7)" (STC 109/2003, FJ 17)."

3. A dispensación de medicamentos e as competencias estatais en materia de "lexislación sobre produtos farmacéuticos" (art. 149.1.16 CE)."

Un contido moi distinto e de carácter innovador tivo a previsión da lei galega no senso de permiti-la dispensación de medicamentos ós enfermos de longa duración mediante o servizo de correos ou de mensaxería. Certamente as normas estatais na materia teñen que ser respetadas polas Comunidades Autónomas nesta cuestión, pero iso non debe repercutir na inconstitucionalidade da competencia galega para establece-la posibilidade de atender a este grupo especial de enfermos.

Ademáis outro tipo de consideracións deben ser tidas en conta, como aquelas que traen a colación o relevo que a avaliación social ten para a correcta valoración dos servizos sanitarios¹⁵, e máis en materias tan sensibles como a atención a grupos de pacientes tan especiais.

Neste sentido resultan de interese as afirmacións do tribunal na sentenza sobre a lei galega: "...Sobre la base de lo expuesto no encontramos dificultad para apreciar que el art. 4.3 de la Ley gallega pueda inscribirse en la competencia autonómica sobre "establecimientos farmacéuticos" y, así, no

¹⁵ Así o pon de manifesto Subirats, J.: "Democracia: participación y eficiencia". *Análisis de Políticas Públicas*. Nº 5-6. Xaneiro-Agosto. Páxinas 35-46.

vulnere la competencia estatal de “legislación sobre productos farmacéuticos”, pues la posibilidad de dispensar medicamentos a los enfermos de larga duración mediante el servicio de correos o de mensajería forma parte de la actividad ordinaria de las oficinas de farmacia, que no tiene por qué quebrantar el núcleo de la garantía de la salud de estos pacientes siempre que entendamos que dicha dispensación debe respetar las prescripciones que en pro de tal garantía haya establecido el Estado, al supeditar la dispensación del medicamento a su cobertura con la correspondiente receta, y ello con todo el rigor que al respecto se establezca en la regulación por la legislación estatal de tal requisito.

Por otra parte el propio art. 4.3 prevé el establecimiento de condiciones que aseguren que la remisión de medicamentos a los enfermos crónicos a que se refiere, a través de los aludidos servicios de correo o mensajería, no perturbe o enerve el ámbito garantista que debe quedar asegurado en toda dispensación mediante la relación directa entre el farmacéutico y el paciente. Esta relación directa, que sin las adecuadas cautelas podría quedar en entredicho por la norma gallega, queda salvada por ella misma, al establecer que la modalidad de dispensación que se discute irá acompañada de “las condiciones que previamente se regulen”, inciso éste que permite entender que la garantía de la salud del enfermo crónico no experimentará merma alguna.

En conclusión, el art. 4.3, interpretado a partir de la doble cautela que hemos planteado, no vulnera las competencias estatales en materia de “legislación sobre productos farmacéuticos” (art. 149.1.16 CE).”

4. O réxime xurídico autonómico da radiofarmacia

4.1. O tratamento dos radiofármacos inclúese na “lexislación sobre produtos farmacéuticos”

Un dos aspectos nos que o Tribunal constitucional non atribúe a competencia á Galicia é o da regulación dos radiofármacos no ámbito da nosa Comunidade autónoma. O razonamento do Alto Tribunal é sinxelo, a lexislación sobre produtos farmacéuticos inclúe ós radiofármacos, básicamente pola súa relación coa seguridade nuclear e conforme a configuración legal dada pola lei do medicamento, que, ó meu xuício podería ser obxecto de modificación neste punto, pois non existen razóns de fondo que xustifiquen a vinculación estatal exclusiva desta materia.

A ratio decidendi do máximo intérprete da Constitución recolle ademais outras de ideas de interese que a seguir se conteñen nos fundamentos xurídicos da sentenza: "...Pues bien, la regulación del régimen de producción de los medicamentos constituye un aspecto central de la "legislación sobre productos farmacéuticos", por la especial incidencia que dicho régimen tiene en la salud de todos los ciudadanos como potenciales consumidores de medicamentos. Esta incardinación competencial se refuerza, aún más si cabe, para el caso de los radiofármacos, en razón a sus componentes radioactivos y a la tipología de los pacientes a que están destinados, razón por la que el art. 53 de la Ley del medicamento, precisamente en salvaguarda de la seguridad nuclear, a que alude el Abogado del Estado, más que como título autónomo de encuadramiento, como refuerzo del título que propiamente esgrime, disponga que "los preceptos de esta Ley no afectarán a las medidas legales sobre protección contra las radiaciones de las personas sometidas a exámenes o tratamientos médicos o para la protección de la salud pública y de los trabajadores".

Al mismo criterio se llega valorando el alcance de la competencia de las Comunidades Autónomas sobre "establecimientos farmacéuticos", en cuanto que la misma no permite integrar en su seno la actividad productiva de medicamentos, salvo los márgenes que, en relación con las fórmulas magistrales u otros supuestos le permita la legislación estatal (arts. 35 y 36 de la Ley del medicamento), lo cual en modo alguno se extiende a la cuestión aquí debatida.

Por tanto, considerando que la Comunidad Autónoma carece de competencias para regular todos estos extremos, el art. 45 b) debe ser declarado inconstitucional y nulo."

4.2. As competencias da Administración galega sobre as unidades de radiofarmacia

Como veñen de sinalar Les Metcalfe e Sue Richards¹⁶ a modernización das políticas públicas preséntase como un reto ineludible dende a perspectiva da calidade dos servizos esixidos polos cidadáns. Neste sentido a incorporación á prestación farmacéutica de novas variantes debe valorarse positivamente dentro da configuración da normativa galega.

¹⁶ No seu opúsculo: "La modernización de la gestión pública". Madrid 1989.

Ademáis dende unha perspectiva estrictamente xurídica o deseño das competencias autonómicas na materia abona a idea de que Galicia pode exercer certas competencias executivas sobre cuestións que, como a radiofarmacia, reciben o seu tratamento aplicativo na esfera autonómica. Estas reflexións son compartidas polo Tribunal Constitucional en certos fundamentos xurídicos da súa sentenza nos que afirma: "...El art. 46, como hemos visto, atribuye a la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma la competencia para autorizar la apertura, acreditación y cierre de las unidades de radiofarmacia.

El Abogado del Estado aduce que dicho precepto se incardina en la misma materia de "legislación sobre productos farmacéuticos" y contraviene, además, lo regulado en el art. 52.2 de la Ley del medicamento, que atribuye al Ministerio de Sanidad y consumo la función autorizatoria.

Este planteamiento no se compadece ni con la previsión del propio art. 52.2 de la Ley del medicamento ni con el desarrollo reglamentario realizado a través del Real Decreto 479/1993, de 2 de abril, por el que se regulan los medicamentos radiofármacos de uso humano, que no prevén que las unidades de radiofarmacia deban ser autorizadas por órganos estatales para entrar en funcionamiento.

En todo caso, este artículo tan solo se refiere al ejercicio por la Comunidad Autónoma de funciones de carácter ejecutivo o aplicativo, y ello "sin perjuicio de las competencias que correspondan a otros organismos según la normativa vigente". Si a ello se une que el art. 44 de la misma Ley recurrida dispone que "los radiofármacos de uso humano, en su calidad de medicamentos, se ajustarán a la normativa que los regule", se concluye que estamos en un supuesto en el cual nada impide que la Comunidad de Galicia, al amparo de sus competencias en materia sanitaria y sobre establecimientos farmacéuticos (arts. 28.8 y 33 EAG), otorgue la autorización que nos ocupa, que es pura competencia de ejecución."