

Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos

Juan-Luis Beltrán Aguirre

Profesor de Derecho Administrativo

Vicepresidente de la Junta Directiva de la Asociación Juristas de la Salud

SUMARIO: 1.- SOBRE LA OPORTUNIDAD DE LA DETERMINACIÓN NORMATIVA DEL CONTENIDO DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS. 2.- MARCO CONSTITUCIONAL: A) El problema jurídico de la reversibilidad de las prestaciones en un Estado social de derecho. B) La igualdad efectiva en las prestaciones y las autonomías territoriales. C) Sobre el rango jerárquico de la normativa reguladora de las prestaciones sanitarias. D) La ejecución autonómica de la legislación estatal. 3.- LAS PRESTACIONES SANITARIAS COMO DERECHOS SUBJETIVOS: CONSIDERACIONES SOBRE SU CONFIGURACIÓN NORMATIVA: A) Su conformación como derechos subjetivos. B) Efectividad del derecho a la prestación. C) Configuración temporal del derecho a la prestación. D) Configuración espacial del derecho a la prestación. E) El criterio de residencia como delimitador del derecho a la prestación. 4.- CONTENIDO MATERIAL DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS: ESPECIAL REFERENCIA A LAS PRESTACIONES DE SALUD PÚBLICA.

1. SOBRE LA OPORTUNIDAD DE LA DETERMINACION NORMATIVA DEL CONTENIDO DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS.

Diversas son las razones que se pueden esgrimir para justificar la oportunidad y conveniencia de regular en un texto normativo el contenido de las atenciones y prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

Centrándome en el enfoque jurídico, puedo apuntar, en primer lugar, el hecho constatable del vacío normativo en que se mueve la materia; la existencia al respecto una importante laguna legal. En efecto, de un lado, es bien sabido que la Ley General de Sanidad define en su artículo 10 los derechos de los usuarios de los servicios de salud públicos, pero no concreta ni precisa qué servicios y prestaciones pueden exigirse, es decir, no establece el contenido de la asistencia sanitaria individual que se garantiza a los usuarios. Su concreción queda diferida a otras normas¹. De otro lado, si

bien es cierto que los artículos 28 y 29 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos de la Seguridad Social, delimitaban, aunque con escasa fortuna dada la ambigüedad y generalidad de los términos en que lo hacían, el "quantum" prestacional de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, no lo es menos que tal concreción se nos muestra en estos momentos obsoleta e inadecuada, toda vez que no se puede confundir el Sistema Nacional de Salud con la Seguridad Social, además de que tales artículos están formalmente derogados por virtud de la disposición derogatoria segunda del Real Decreto 571/1990, de 27 de abril.

En segundo lugar, a la vista de esta laguna, no es ocioso recordar cómo la generalidad de la doctrina² ha puesto de manifiesto la necesidad - exigencia constitucional de que los llamados derechos de prestación -entre los que se encuadra el

los medicamentos a efectos de su financiación por el Sistema Nacional de Salud.

² Por toda, vid E, GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, 1993, págs. 82 a 85.

¹ Para los medicamentos y productos sanitarios el artículo 10.14 se remite al reglamento. Véase al respecto el Real Decreto 83/1993, de 22 de enero, por el que se regula la selección de

derecho a la protección de la salud incorporados al texto constitucional en el Capítulo III del Título I dedicado a los principios rectores de la política social y económica, y concebidos en términos jurídico-constitucionales como meras expectativas de derechos, se transformen por el legislador ordinario en auténticos derechos subjetivos susceptibles de ser exigidos por vía jurisdiccional, lo que obliga a fijar un "quantum" prestacional que garantice unos niveles concretos en razón de datos objetivamente comprobables.

Nivel de prestaciones que no es posible seguir fijando por la vía de hecho, esto es, en función de que los servicios sanitarios decidan practicar o no determinadas técnicas asistenciales o quirúrgicas. Por el contrario, cuando las prestaciones de un servicio público, en nuestro caso el Sistema Nacional de Salud, se pretenden conformar como derechos subjetivos, razones de solidaridad del Sistema obligan a delimitarlas con la mayor precisión posible en un texto normativo. A las que hay que añadir razones de certeza y seguridad jurídica, en el sentido de que el ciudadano sepa a que atenerse; de que conozca cuales son los niveles prestacionales que el Estado le reconoce como derecho y que son cubiertos con recursos públicos. El ciudadano debe tener certidumbre sobre los acaecimientos o infortunios personales o sociales que le son protegidos por prestaciones de carácter público. El instrumento adecuado para ello es la Ley.

Nuestro Estado social y democrático de Derecho requiere sin más dilación que prestaciones básicas y esenciales como son las sanitario-asistenciales, tengan el adecuado tratamiento por parte del legislador ordinario en lo que atañe a su concreción. Deben quedar suficientemente ordenadas y sistematizadas las modalidades, especialidades y, en su caso, tratamientos que garantice el Sistema Nacional de Salud, así como suficientemente explicitadas las exclusiones que en cada momento se decidan.

2. MARCO CONSTITUCIONAL

A. El problema jurídico de la reversibilidad de las prestaciones en un Estado social de Derecho

Tomando como punto de partida la teorización alemana sobre la posible irreversibilidad de las conquistas sociales, nuestra doctrina ha ensayado también una interpretación de la cláusula del Estado social en su vertiente de vinculación jurídica del Estado al mantenimiento de un determinado nivel de prestaciones ya reconocidas y consolidadas³. Aunque la doctrina no es totalmente coincidente en las interpretaciones hechas, sí hay unanimidad en el rechazo de la idea de que las conquistas o beneficios sociales alcanzados a nivel legislativo resulten irreversibles en cualquier circunstancia en virtud de la cláusula del Estado social. Las divergencias aparecen en la valoración del alcance que puede tener dicha cláusula frente al legislador para la delimitación legislativa de los derechos sociales. MUÑOZ MACHADO⁴ que recientemente ha estudiado este tema y, además, en directa relación a las prestaciones sanitarias, admite que puede darse de una forma constitucionalmente legítima una legislación nueva que se limite a suprimir o a rebajar el contenido de algunas prestaciones de carácter social, sin que necesariamente tengan que ser sustituidas por una política social diferente, si resulta razonablemente imposible atendidas las circunstancias económicas sobrevenidas. Se separa así de la posición mantenida por PAREJO ALFONSO⁵, que únicamente admite una legislación que tuviera por objeto la reducción de contenidos sociales ya reconocidos, en razón de la instalación de una política socio-económica distinta. No obstante, MUÑOZ MACHADO se cuida de afirmar también que una decisión legislativa de restricción sería, sin embargo, difícilmente aceptable en términos constitucionales si los parámetros económicos no han variado.

³ Pueden verse los estudios de L. PAREJO ALFONSO, Estado Social y Administración Pública, 1983, págs. 53 y ss.; E. COBREROS MENDAZONA, Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud, HAEE/IVAP, 1988, págs. 173 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, Tomo I, 1988, página 232; y S. MUÑOZ MACHADO, La organización de los sistemas de salud, en el libro de ponencias del I Congreso de Derecho y Salud, 1993, págs. 82 a 89.

⁴ Op. cit. pág. 88.

⁵ p. Cit. págo 58

Por su parte, el Tribunal Constitucional en su ya lejana sentencia 81/1982, tuvo ocasión de abordar tangencialmente este tema, haciendo la siguiente declaración en el fundamento jurídico tercero:

“... dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9,2 y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo. sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas”.

En suma, a la vista de los criterios doctrinales y jurisprudenciales que se han manejado dentro de nuestro marco constitucional, no parece existir inconveniente para diseñar y ensayar, siempre que ésta sea razonablemente coherente con una determinada situación económica, una política legislativa que fije unos niveles de prestaciones distintos, mayores o menores, a los alcanzados y reconocidos legalmente en un momento dado. Ciertamente que la actuación de los poderes públicos está condicionada inexorablemente por las posibilidades económicas. No obstante, también creo que la Constitución impide la acción del legislador encaminada directamente y sin contraprestación a la supresión pura y simple de una conquista social⁶. Más aún cuando se trata de prestaciones vitales para el ser humano como son las sanitario-asistenciales.

B. La igualdad efectiva en las prestaciones y las autonomías territoriales

El proyecto de Real Decreto de prestaciones sanitarias contiene en su prólogo una, a mi juicio, enfática declaración de que las prestaciones de los Sistemas de Salud se han de hacer en condiciones de igualdad efectiva, pues a ello obliga el artículo 3.2 de la Ley General de Sanidad, consecuencia, a su vez, del artículo 14 de la Constitución, cuya realización efectiva deben promover los poderes públicos. y conforme a este marco sienta como

⁶ En este mismo sentido, E. COBREROS MENDEZONA, Op. cit. pág.174.

uno de los criterios informadores del Real Decreto, la necesidad de garantizar la igualdad sustancial de toda la población en cuanto a las prestaciones sanitarias, así como el rechazo de cualquier tipo de discriminación en el acceso, administración y régimen de prestación de los servicios sanitarios.

Sin embargo, entendida esta declaración como una uniformidad absoluta del "quantum" prestacional sanitario para toda la población, chocaría frontalmente con la esencia de nuestro Estado autonómico, que permite diferentes "status" del ciudadano derivados del legítimo ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias. Diferencias que, además, no pueden ser enjuiciadas desde la óptica del artículo 14 de la Constitución.

Lo anterior creo que está fuera de toda discusión a la vista de la reiterada doctrina sentada por el Tribunal Constitucional al respecto y de la que se puede ofrecer los siguientes pronunciamientos:

STC 37/1981, de 16 de noviembre:

"El primero de tales principios es el de igualdad en derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional. Es obvio, sin embargo, que tal principio no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad de ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido nunca así entre nosotros en el ámbito del derecho privado y, con la reserva ya antes señalada respecto de la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de los derechos y libertades, no es ahora resueltamente así en ningún ámbito, puesto que la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan potencialmente da a nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional"

Y STC 37/1987, de 26 de marzo:

"El principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir

cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los arts. 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1a de la CE, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales..."

Como puede observarse, para el Tribunal Constitucional ni tan siquiera la regla del artículo 149.1.1. que atribuye al Estado competencia exclusiva para 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, permite una interpretación como la que, al parecer, pretende el proyecto de Real Decreto. Es más, a mayor abundamiento, puede recordarse cómo en los últimos tiempos ha prevalecido en el Tribunal Constitucional la tendencia a no considerar los preceptos del Capítulo III del Título I de la Constitución a efectos de aplicación de la regla formulada en el art. 149.1.1⁷.

Pero, en cualquier caso, es de advertir que si bien es cierto que el artículo 149.1.1. habilita al Estado a regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos, habilitación que tiene por objeto evitar una quiebra de la igualdad fundamental en el "status" jurídico de los ciudadanos que pudiera derivarse de las distintas opciones políticas propias del desarrollo autonómico, también lo es que la igualdad que garantiza el precepto es la básica o mínima, lo que no impide, en consecuencia, que el "status" de los ciudadanos en relación con los derechos prestacionales reconocidos en el Capítulo III del Título I del Texto Constitucional, pueda ser diferente en razón de las

opciones que en cada caso asuman las Comunidades Autónomas.

La sentencia 37/1987 del Tribunal Constitucional fue suficientemente explícita en este sentido al subrayar que:

"El artículo 149 1.1. de la Norma Fundamental, como este Tribunal ha venido declarando desde la Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre (F.J.3), no puede interpretarse de tal manera que pueda vaciar el contenido de las numerosas competencias legislativas atribuidas a las Comunidades Autónomas cuyo ejercicio incida, directa o indirectamente, sobre los derechos y deberes garantizados por la misma"

Como recapitulación de lo dicho en este epígrafe, puede afirmarse que la igualdad en el ejercicio de los derechos a que hacen referencia los artículos 139.1 y 149.1.1. de la Constitución, queda suficientemente cumplida con la regulación por el legislador estatal de un listado o catálogo de prestaciones mínimas y obligatorias que con carácter de generalidad y gratuidad se dispensen en todo el territorio nacional, pero sin que ello sea óbice para que las Comunidades Autónomas puedan ampliar tal listado en función de sus propias políticas asistenciales. Recuérdese también que el artículo 158.1 de la Constitución prevé transferencias financieras del Estado a las Comunidades Autónomas para asegurar un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales.

C. Sobre el rango jerárquico de la normativa reguladora de las prestaciones sanitarias

El Ministerio de Sanidad y Consumo se propone regular el tema de las prestaciones sanitarias mediante un Real Decreto. Así pues, opta por la vía reglamentaria en el entendido de que se trata de un desarrollo de la Ley General de Sanidad. Esta opción puede ser válida para los medicamentos y productos sanitarios por cuanto la Ley General de Sanidad contiene una expresa remisión al reglamento en el apartado catorce de su artículo décimo, y por cuanto los artículos 94 y 95 de la Ley del Medicamento también habilitan al reglamento para regular los medicamentos que se incluyen o se excluyen de la prestación farmacéutica de la Seguridad Social, con cargo a fondos de ésta o a fondos estatales afectos a la Sanidad.

⁷ Sobre esta cuestión puede verse el completo estudio de J. PEMÁN GA VIN, *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, 1992, págs. 228 a 244.

Pero ocurre que para el catálogo de atenciones y prestaciones sanitarias no se contiene en la Ley General de Sanidad una habilitación similar a la prevista para los medicamentos. Cabe entonces preguntarse si la norma que ha de regular las prestaciones sanitarias debe tener rango de Ley o es suficiente con que tenga rango reglamentario.

Varios son los argumentos que apoyan la necesidad de una regulación por Ley. Trataremos de exponerlos sucintamente.

En primer lugar, el artículo 43. 2 de la Constitución dice en su inciso final que "la Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto". Tal pronunciamiento parece que debe interpretarse como una reserva en favor de que sea la Ley la que regule estos derechos y deberes. La doctrina ha destacado razonadamente que expresiones constitucionales tales como la Ley regulará, la Ley establecerá, mediante Ley, tienen en común la inviabilidad de las remisiones genéricas al reglamento y la interdicción de las deslegalizaciones⁸.

En esta misma línea parece que debe entenderse la dicción la Ley establecerá contenida en el artículo 43.2. No creo que haya duda de que contiene una reserva de Ley en cuanto a la determinación de los deberes de los ciudadanos frente a la salud pública, que para algunos deberes (tratamientos obligatorios, etc.) incluso deberá ser Ley Orgánica. También creo que tal reserva es igualmente predicable respecto de los derechos ya que la misma se completa materialmente con otras muchas garantías, porque el derecho y el deber de la salud están indisolublemente unidos a otros derechos del ciudadano y, en último término, al principio cardinal de la dignidad de la persona.

En segundo lugar, nos encontramos ante una legislación básica en el sentido del art. 149.1.16 de la CE y así lo proclama paladinamente el prólogo del proyecto de Real Decreto. Sin embargo, atendiendo a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional sobre la noción de bases y sus

elementos formales y materiales, habría que convenir en que es preciso en este caso norma con rango de Ley. A la ordenación de la materia que nos ocupa creo que le es perfectamente aplicable la doctrina que recopila el Tribunal Constitucional en su sentencia 69/1988, de 19 de abril, y de la que se puede ofrecer los siguientes párrafos:

"A la satisfacción de la primera de dichas finalidades responde el concepto material de "norma básica", acuñado por la citada doctrina constitucional, conforme a la cual la definición de lo básico por el legislador estatal no supone que deba aceptarse que, en realidad, la norma tiene ese carácter, pues, en caso de ser impugnada, corresponde a este Tribunal, como intérprete supremo de la Constitución, revisar la calificación hecha por el legislador y decidir, en última instancia, si es materialmente básica por garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencia! que en la materia le asigne su Estatuto.

A la segunda finalidad atiende el principio de Ley formal que la misma doctrina acoge en razón a que sólo a través de este instrumento normativo se alcanzará, con las garantías inherentes al procedimiento legislativo, una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas, doctrina que se proclama con la afirmación de que "las Cortes deberán establecer lo que haya de entenderse por Básico" -fundamentos jurídicos 5º de la STC 32/1981 y 1º de la STC 111982-, la cual expresa, de manera bien relevante, que la propia Ley puede y debe declarar expresamente el alcance básico de la norma o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión de básica.

Como excepción a dicho principio de Ley formal, la referida doctrina admite que el Gobierno de la Nación pueda hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Decreto alguno de los aspectos básicos de una materia, cuando resulten, por la naturaleza de ésta, complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases. Esta excepción, establecida principalmente para adecuar la legislación pre-

⁸ Pueden verse, entre otros, I. BARCELONA LLOP, Principio de legalidad y Organización Administrativa, en Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje al profesor E. García de Enterría), Tomo III, pág. 2412, así como la doctrina que cita este autor.

constitucional a situaciones nuevas derivadas del orden constitucional, como es la organización territorial del Estado, debe entenderse limitada al sentido que corresponde a su naturaleza de dispensa excepcional de suficiencia de rango normativo, pero no alcanza a la exigencia de que su carácter básico se declare expresamente en la norma o se infiera de su estructura en la misma medida en que es ello aplicable a la Ley formal, pues lo contrario sería permitir que por la vía reglamentaria se introduzcan elementos de confusión e incertidumbre, siendo que ello se deja negado en la Ley formal”

“...manteniendo el concepto material de lo básico como núcleo sustancial de la doctrina de este Tribunal, procede exigir con mayor rigor la condición formal de que la "norma básica" venga incluida en Ley votada en Cortes que designe expresamente su carácter de básico o esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad, debiendo también cumplirse esta condición en el supuesto excepcional de que la norma básica se introdujera por el Gobierno de la Nación en ejercicio de su potestad de reglamento”

Finalmente, y en tercer lugar, también puede invocarse en favor de norma con rango de Ley, la utilización para la normación pretendida de la competencia estatal contemplada en la regla primera del artículo 149.1 de la Constitución, respecto de la cual el Tribunal Constitucional ha dicho que opera como un título competencial a favor del Estado y como un límite para las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias y que puede aplicarse de forma complementaria con respecto a otras reglas competenciales o, incluso, de forma autónoma .

Dado, pues, que tal normativa vinculará necesariamente a las Comunidades Autónomas constituyéndose en límite parcial para el ejercicio de las competencias asumidas estatutariamente, resulta obligado concluir que, salvo supuestos excepcionales en que esté materialmente justificada la normativa reglamentaria⁹, el instrumento adecuado e imprescindible para

⁹ Así, entre otras, STC 5/1981, de 13 de febrero; 6/1982, de 22 de febrero; 49/1984, de 5 de abril; 82/1986, de 26 de junio, etc. Véase al respecto el acabado estudio de J. PEMAN GAVIN, Op. cit. pá gs. 231 y ss. sobre esta cuestión.

¹⁰ Es el caso, por ejemplo, de las reglamentaciones técnico-sanitarias de los alimentos, servicios y productos relacionados con el consumo humano y la autorización de aditivos y otros componentes empleados en la industria alimentaria, para cuya

cuado e imprescindible para regulaciones que tengan como objeto establecer las condiciones básicas y mínimas que garanticen la igualdad en el ejercicio de derechos prestacionales, debe ser la Ley.

D. La ejecución autonómica de la legislación estatal

El proyecto de Real Decreto, en su disposición adicional primera, establece que el Ministerio de Sanidad y Consumo podrá autorizar con carácter provisional a propuesta de los correspondientes Servicios de Salud, la utilización de nuevas técnicas o procedimientos diagnósticos o terapéuticos, en la forma y con las garantías que se consideren oportunas; por un plazo limitado y para centros o servicios determinados.

La autorización de concretos centros o servicios sanitarios para la utilización o práctica de nuevas técnicas es, sin duda alguna, una competencia o función de mera ejecución de la legislación aplicable, y como tal corresponde ejercerla a las Administraciones propias de las Comunidades Autónomas. No encuentro justificación válida para la retención de esta función ejecutiva por el Estado, posibilidad que muy excepcionalmente ha admitido el Tribunal Constitucional. A mi juicio, los criterios que en cada caso sirvieron al Tribunal para justificar la excepcionalidad, no concurren en el supuesto que tratamos¹¹. Así pues, creo que resulta más respetuoso con el bloque de la constitucionalidad y con el reparto de competencias, que sean las Comunidades Autónomas quienes ejerzan esta función de ejecución.

3. LAS PRESTACIONES SANITARIAS COMO DERECHOS SUBJETIVOS: CONSIDERACIONES SOBRE SU CONFIGURACIÓN NORMATIVA

A. Su conformación como derechos subjetivos

regulación reglamentaria el Estado ha hecho uso de las competencias contenidas en el art. 149.1.1. y 16.

¹¹ Véanse al respecto las sentencias 42/1981, de 22 de diciembre; 11/1982, de 28 de enero; 56/1983, de 28 de junio, y más recientemente la 149/1991, de 4 de julio.

Partiendo de la premisa de que en lo relativo a esta cuestión se es tributario de la estructura técnica diseñada para las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, que, como es bien sabido, se configuran como auténticos derechos subjetivos' pero teniendo presente también que el Sistema Nacional de Salud no solamente es algo más que la Seguridad Social, sino también algo distinto a ésta, no parece que se pueda eludir en la normativa sobre prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud que ahora se pretende, la delimitación del contenido y ámbito del derecho a la prestación, partiendo, obviamente, de su conformación como un verdadero derecho subjetivo, de tal suerte que el beneficiario de la prestación goce de la titularidad de un derecho subjetivo típico controlable, en consecuencia, por vía jurisdiccional con las correspondientes condenas al Servicio sanitario de dar la prestación, o, en su caso, la indemnización correspondiente.

Para abordar esta configuración se ha de partir indudablemente del artículo primero de la Ley General de Sanidad que establece al respecto que son titulares del derecho a la protección de la salud ya la atención sanitaria, estando legitimados para el ejercicio de los derechos que la Ley establece, tanto en vía administrativa, como jurisdiccional, todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional. Esta declaración debe completarse con la contenida en el artículo 3.2. que extiende la asistencia sanitaria pública a toda la población española, si bien tal extensión quedó neutralizada y condicionada a las posibilidades económicas por la Disposición Transitoria Quinta.

El artículo 1.4 legitima, pues, para el ejercicio de los derechos que la Ley General de Sanidad establece, a los españoles y extranjeros residentes¹². Tal condición es suficiente para ostentar legitimación, sin que sea precisa la concurrencia de otros títulos específicos. Entonces, la cuestión

¹² La legitimación que se deriva del artículo 1.4 de la Ley General de Sanidad desplaza y deja sin efecto en gran medida la definida por el artículo 100 de la Ley General de la Seguridad Social, ya que aquél considera el derecho de cada individuo autónomo, en lugar del derivado del cabeza de familia como lo concebía éste. Véase al respecto los comentarios de J. AP ARICIO, La Seguridad Social y la protección de la Salud, 1989, págs. 218 a 225.

se desplaza a cuáles sean esos derechos, y es aquí donde interviene la normativa objeto de estos comentarios, en cuanto delimita el "quantum" de las prestaciones sanitarias, es decir, en cuanto fija el efectivo contenido del derecho a la asistencia sanitaria, algo que no hace la Ley General de Sanidad.

Se trata ahora, no tanto de incorporar normas procesales sobre legitimación de los beneficiarios para exigir jurídicamente la prestación, ya que, al menos en su núcleo esencial, está suficientemente definido por la Ley General de Sanidad, sino de agregar normas que fijen el contenido y ámbito del derecho a la prestación.

B. Efectividad del derecho a la prestación

Es algo indiscutible que la efectividad de las prestaciones sanitarias no depende tanto de los mecanismos jurídicos para exigir las, como del buen funcionamiento de los servicios sanitarios. Estos deben ser capaces de ofrecer respuestas técnicas de carácter preventivo, asistencial o rehabilitador, con un nivel importante de especialización. De ahí que, como afirma PEMAN GAVÍN¹³, a la definición legal de las prestaciones deben añadirse la definición de los estándares de rendimiento de los servicios, en la calidad de la atención prestada. y ello está en función de una compleja red de factores entre los que habría que mencionar las dotaciones de personal sanitario y de medios materiales de los centros, la formación de médicos y demás categorías de personal, los estímulos al trabajo de los mismos, la buena organización de los centros, etc.

Soy consciente de que no es nada fácil fijar normativamente unos estándares mínimos de funcionamiento de los servicios sanitarios, pero ello no es óbice para que, al menos, se intente.

C. Configuración temporal del derecho a la prestación

Con esta rúbrica pretendo referirme a las "listas de espera".

¹³ Derecho a la salud y administración sanitaria, Op. Cit. Pág. 87.

Admitida esta realidad -presente, por otra parte, en la mayoría de los sistemas de saludes preciso abordarla y darle también respuesta jurídica. Estas listas deben estar "bien formadas"¹⁴, de manera que estén constituidas por pacientes cuyo tratamiento pueda demorarse sin agravamiento de la enfermedad. Pero, a mi juicio, no basta con esto. Considero también necesario, a efectos de una correcta configuración jurídica del derecho, definir unos tiempos máximos de espera; establecer plazos máximos para dar la prestación en función de las características de los servicios sanitarios o de los respectivos tratamientos. Incumplidos estos plazos se habría lesionado el derecho de prestación y surgiría el correlativo derecho a la reparación.

D. Configuración espacial del derecho a la prestación

Se trata también de definir el marco territorial del derecho prestacional. Lógicamente parece que debe ser el de la Comunidad Autónoma respectiva, y dentro de ésta, el Área de Salud. Recuérdese que el artículo 56 de la Ley General de Sanidad determina que éstas últimas son las estructuras fundamentales del sistema sanitario, responsabilizadas de la gestión sanitaria de los centros y establecimientos del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma en su demarcación territorial y de las prestaciones sanitarias y programas sanitarios a desarrollar por ellos.

Sin embargo, esta delimitación territorial debe completarse con una referencia normativa a los llamados "servicios de referencia" de ámbito nacional en cuanto son el cauce imprescindible para asegurar el acceso a determinadas prestaciones que por su complejidad y especialidad sólo las aplican determinados servicios sanitarios ubicados fuera del territorio en el que, *prima facie*, se hace efectivo el derecho.

No se me oculta que el artículo 15 de la Ley General de Sanidad se preocupa de regular esta posibilidad y contempla los "servicios de referencia", disponiendo que a los mismos podrán acceder todos los usuarios del Sistema Nacional de la

Salud una vez superadas las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de la Comunidad Autónoma donde residan. Ahora bien, la determinación de cuáles sean tales servicios y la regulación de su régimen económico queda remitida al reglamento. Pues bien, a mi entender, es ahora momento propicio para abordar también esta regulación.

Lógicamente, en los supuestos de urgencia también debe entenderse que quiebra el criterio de la territorialidad en la prestación sanitaria, y así debe ser contemplado.

E. El criterio de residencia como delimitador del derecho a la prestación

Una vez admitido que el catálogo o listado de prestaciones sanitarias que pueda regular y promulgar el Estado tendrá el carácter de mínimos, y que las Comunidades Autónomas, en función de sus propias políticas sanitario-asistenciales, podrán completar dicho listado o catálogo regulando e incorporando otras prestaciones, procede preguntarse si el criterio de residencia en la Comunidad Autónoma puede ser válido a efectos de vincularlo con el derecho a tales prestaciones autonómicas.

La cuestión ha sido suficientemente estudiada por la doctrina y el Tribunal Constitucional¹⁵ desde la perspectiva del principio de igualdad del artículo 14 de la CE, y desde el mandato contenido en el artículo 139.1 del Texto Constitucional, pudiéndose colegir de ella que no existe impedimento constitucional para condicionar el disfrute de un derecho a la residencia en un lugar, esto es, en una concreta Comunidad Autónoma.

La anterior conclusión es aplicable a las prestaciones sanitarias. Lo que no pueden hacer las Comunidades Autónomas es regular de forma distinta el acceso a sus servicios sanitarios en función de que la persona resida o no en la Comunidad, pues esta regulación es común para todo el territorio del Estado, pero sí pueden definir como gratuitas o no las prestaciones sanitarias que excedan de las mínimas y que estén total o parcialmen-

¹⁴ Expresión utilizada en el Informe Abril.

¹⁵ Al respecto puede consultarse J o PEMÁN GAVIN, Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales, op. Cit. Pág. 144 a 186.

te financiadas con cargo a fondos propios de la Comunidad Autónoma, en razón de la residencia de la persona. La exigencia de residencia no es en sí misma cuestionable, pues es lógico que la prestación se dirija a quien tiene un vínculo estable con la Comunidad Autónoma.

Más problemática resulta la posibilidad de establecer periodos mínimos de residencia para poder acceder gratuitamente a dichas prestaciones.

4. CONTENIDO MATERIAL DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS: ESPECIAL REFERENCIA A LAS PRESTACIONES DE SALUD PÚBLICA

Es incuestionable que el derecho a la protección de la salud reconocido por el artículo 43 de la

Constitución, tiene como corolario, entre otros, la acción de los poderes públicos dirigida a la protección de la salud pública o salud colectiva. Corresponde, pues, a las Administraciones Sanitarias proteger la salud colectiva de la población garantizando unas condiciones externas de salud adecuadas, y como contrapunto de esta obligación corresponde al ciudadano un derecho a que esta acción pública dirigida a velar por la salud pública se materialice en actuaciones ciertas.

En este sentido, parece exigido incorporar a las modalidades de prestaciones sanitarias reguladas en el Anexo I del proyecto de norma, las prestaciones o servicios de salud pública con el contenido mínimo que los sanitaristas estimen conveniente.