

# PRESTACIONES SANITARIAS Y AUTONOMÍAS TERRITORIALES: CUESTIONES EN TORNO A LA IGUALDAD

*Juan Luis Beltrán Aguirre  
Tribunal Administrativo de Navarra  
Presidente de la Asociación Juristas de la Salud*

## I. LA FRUSTADA INDEPENDIZACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y SU REFLEJO EN LA ASUNCIÓN DESIGUAL POR LAS CC.AA. DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE ASISTENCIA SANITARIA.

### 1. Introducción

Los servicios del INSALUD acaban de ser transferidos a las diez Comunidades Autónomas que todavía no los tenían asumidos. Por tanto, las prestaciones de asistencia sanitaria pública ya no son responsabilidad del Ente gestor de la Seguridad Social sino de los correspondientes Servicios de Salud autonómicos. Sin embargo, en la reciente legislación que ha posibilitado este importante proceso transferencial y el nuevo modelo organizativo y de financiación de la asistencia sanitaria, no se habla de “asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud” sino de “asistencia sanitaria de la Seguridad Social”. Desde esta realidad, conviene hacer algunas reflexiones respecto a la naturaleza y al encuadramiento orgánico de la asistencia sanitaria pública. Como comprobaremos seguidamente, el ordenamiento jurídico sanitario resulta confuso al respecto. El vigente catálogo de prestaciones sanitarias de 1995, en el marco de la Ley General de Sanidad, encuadra orgánicamente la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud, pues serán los Servicios Autonómicos de Salud los órganos prestadores, pero lo que no hace es deslindar netamente el Sistema Nacional de Salud del Sistema de Seguridad Social pues el Insalud continuaría prestando directamente asistencia sanitaria en una gran parte del territorio del Estado<sup>1</sup>. Más tarde, la

<sup>1</sup> En 1995 se dudaba seriamente de que algún día los servicios del Insalud fueran transferidos a las CCAA del artículo 143 CE. En todo caso, ese día se veía muy lejano. Incluso actualmente no puede consi-

Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, integra la asistencia sanitaria en la acción protectora de la Seguridad Social y los reformados Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE expresamente hablan de la “asistencia sanitaria de la Seguridad Social”. Finalmente, la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación autonómico, habla también de la “asistencia sanitaria de la Seguridad Social”. Tales expresiones legales permiten que hoy diversas personas e instituciones prediquen que la asistencia sanitaria pertenece no sólo a la materia “Sanidad” sino que mayoritariamente pertenece a la materia “Seguridad Social”, por lo que no niegan la posibilidad de que ambas organizaciones, Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social, puedan gestionar prestaciones sanitarias. Pero que esto sea así no es, a mi juicio, baladí; no es irrelevante. Antes al contrario, puede dificultar seriamente la conformación definitiva e igualitaria del propio Sistema Nacional de Salud. Veámoslo.

### 2. Un poco de historia.

#### 2.1. Hacia la progresiva independización de la asistencia sanitaria pública del Sistema de Seguridad Social. Evolución.

La Constitución de 1978 es el punto de partida para la independización de la asistencia sanitaria pública respecto del Sistema de Seguridad Social en la medida en

---

*derarse totalmente culminado el proceso pues hay empresas (Mutualidades de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) que gestionan directamente la prestación de asistencia sanitaria a sus trabajadores. Ello en virtud del artículo 77 de la LGSS/1994. El grupo Socialista en el Congreso de los Diputados presentó en 1999 una proposición de Ley sobre “Integración de la asistencia sanitaria gestionada por las empresas colaboradoras en el Sistema Nacional de Salud” (BOCG, VI legislatura, B, 295, de 12 abril 1999) con la intención de suprimir esta posibilidad ya que resulta anacrónica. No prosperó.*

que deslinda claramente las materias Sanidad (artículo 43) y Seguridad Social (artículo 41) y dispone distintos títulos competenciales para las mismas: artículo 149.1.16: Sanidad; y artículo 149.1.17: Seguridad Social.

Este deslinde constitucional tiene su inmediato reflejo en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades históricas y asimiladas en los que la asunción de competencias sobre las materias Sanidad interior y Seguridad Social se hace de forma perfectamente diferenciada. En materia de Sanidad interior se asume el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado. En materia de Seguridad Social se asume el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma. Asumen también la gestión del régimen económico de la Seguridad Social. En ninguno de estos Estatutos se hace referencia expresa a la materia "asistencia sanitaria". Simplemente, se considera un subsistema del sistema sanidad.

En 1986 se promulga la Ley General de Sanidad como una legislación básica al amparo del título competencial 149.1.16., esto es, al cobijo del título competencial sanidad. Diseña un sistema de salud universalista y no contributivo prestado a través del Sistema Nacional de Salud vía presupuestos generales, que se configura como distinto e independiente del Sistema de Seguridad Social. Ciertamente su artículo 82 habla de "*asistencia sanitaria de la Seguridad Social*" y su disposición transitoria cuarta establece que las posibles transferencias a realizar en materia de "*gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social*" deberá acomodarse a lo establecido en la propia Ley, pero es preciso situar estas concretas expresiones legales en el contexto del año 1986 en el que la asistencia sanitaria todavía era una prestación propia de la Seguridad Social. Lo que hacen estos preceptos es contemplar la realidad del momento, no pretenden configurar el futuro en el sentido de declarar que la asistencia sanitaria será de la Seguridad Social. Antes bien, del conjunto de la Ley se desprende claramente la intención del legislador de deslindar y separar el Sistema Nacional de Salud de la Seguridad Social.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> En cuanto al proceso transferencial conviene recordar que los Reales Decretos de traspasos no transfieren competencias pues éstas se asumen por vía estatutaria. Se limitan a transferir servicios, centros y funciones, es decir, los medios materiales y humanos existentes y necesarios para la gestión por la Comunidad Autónoma de la materia que se transfiere. De ahí que en la disposición transitoria cuarta se hable de traspasar la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social pues, en efecto, lo que se traspasa no es la competencia sino la mera gestión, y que la disposición transitoria tercera prevea la desaparición del INSALUD con la culminación de las transferencias. Los primeros traspasos del INSALUD hablan de transferir a la Comunidad

Y, en efecto, en línea con la teleología de la Ley General de Sanidad, en 1990 se da un paso importantísimo en esta evolución con la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas, en cuanto dispuso la refundición de las normas básicas de Seguridad Social y exceptuó de la refundición precisamente todo lo relativo a la asistencia sanitaria. Cumpliendo este mandato, el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, no incorpora un capítulo dedicado a la asistencia sanitaria, consumándose así la existencia de un ordenamiento jurídico separado para la asistencia sanitaria pública, distinto del de la Seguridad Social<sup>3</sup>.

Saltamos al año 1995 en el que se promulga el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. Este reglamento, en la medida en que regula la asistencia sanitaria cuya prestación seguía siendo en gran parte del territorio del Estado responsabilidad de la Seguridad Social vía Insalud, se dicta al amparo del artículo 149.1.16 y 17 CE, esto es, legislación básica en materia de sanidad y en materia de seguridad social. De ahí que no deslinda claramente el Sistema Nacional de Salud del Sistema de Seguridad Social ya que dispone que las prestaciones sanitarias serán facilitadas directamente por el Sistema Nacional de Salud, que será el ente prestador, pero las prestará sin perjuicio de su posible financiación con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales adscritos a la sanidad (art. 2.1)<sup>4</sup>. En definitiva, no deja claro si la asistencia sanitaria pertenece sólo a la materia "sanidad" o también pertenece a la materia "seguridad social"

En cualquier caso, a pesar de esas referencias a la Seguridad Social, sumando la descrita evolución legislativa a la progresiva financiación de la asistencia sanitaria pública vía presupuestos generales, es decir, vía impuestos, en lugar de vía cotizaciones a la Seguridad Social, evolución ya totalmente culminada mediante la Ley de presupuestos para el año 2000, obligado es concluir que la asistencia sanitaria pública termina integrándose plenamente en la materia sanidad y, por tanto, enganchándose en el título competencial del artículo 149.1.16 CE.

*Autónoma respectiva las funciones y servicios correspondientes a sus competencias en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social y se apoyan en los apartados 16 y 17 del artículo 149.1 CE.*

<sup>3</sup> No obstante, cierto es que continuó vigente transitoriamente la anterior regulación de la asistencia sanitaria contenida en la Ley de 1967 y en el Texto Refundido de 1974.

<sup>4</sup> Como es bien sabido, actualmente está eliminada totalmente la financiación procedente de la Seguridad Social.

Analizando el marco legislativo descrito, la doctrina científica alcanza con bastante unanimidad esta conclusión. Así, ALONSO OLEA, uno de los mayores especialistas en el Derecho de la Seguridad Social, reconoce abiertamente -y cito literalmente- *la tendencia evidente a la independencia de la asistencia sanitaria respecto del complejo de la seguridad social*.<sup>5</sup>

## 2. 2. Cambio de rumbo. La asistencia sanitaria pública nuevamente se integra en el Sistema de Seguridad Social.

Cuando ya parecía definitiva la separación de la asistencia sanitaria del Sistema de Seguridad Social, como resultado del llamado “Pacto de Toledo”, se promulga la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, en la que, rompiendo toda la evolución descrita supra, esta Ley nuevamente integra en la acción protectora de la Seguridad Social la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo (artículo 38.1 a.).<sup>6</sup> Evidentemente, desde la óptica de la evolución descrita, esta sorpresiva determinación legal obliga a la doctrina científica a retomar posiciones.

Así, ALARCÓN CARACUEL habla de la relativa independización de la asistencia sanitaria respecto del tronco común de la Seguridad Social. Razona al respecto que la asistencia sanitaria se presta por el Sistema Nacional de Salud, que es -afirma- una parte distinta e independiente del Sistema de Seguridad Social, pero resulta que a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud se puede acceder en virtud de diversos títulos: uno de ellos es pertenecer al campo subjetivo de protección del Sistema de Seguridad Social, ya que entre sus prestaciones figura la asistencia sanitaria.<sup>7</sup> Por su parte, PEMÁN GAVÍN, también a la vista de esta Ley, considera que el modelo de Servicio de salud universalizado puede calificarse formalmente como Sistema Nacional de Salud o como prestación incluida en un “tramo” de la Seguridad Social que se configura con carácter no contributivo y universalizado.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, *Civitas*, 1999, p. 19-23.

<sup>6</sup> *A las prestaciones sanitarias por accidente de trabajo y enfermedad profesional se les otorga naturaleza contributiva, y el resto de la asistencia sanitaria naturaleza no contributiva y universal (art. 86).*

<sup>7</sup> Veinte años de ordenamiento laboral y de la Seguridad Social conforme a la Constitución, en el libro colectivo, “20 Años de Ordenamiento Constitucional”, Aranzadi, 1999, p. 67.

<sup>8</sup> Del Seguro Obligatorio de Enfermedad al Sistema Nacional de Salud. El cambio en la concepción de la asistencia sanitaria pública durante el

Este cambio de rumbo tiene su reflejo, como seguidamente veremos, en la modificación de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE operados en los años 1998 y 1999, y culmina con la reciente Ley 21/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación autonómico, en la que se modifica el artículo 86.2 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994 para dejar bien sentado que la asistencia sanitaria tiene naturaleza no contributiva, pero que queda incluida en la acción protectora del Sistema de Seguridad Social.<sup>9</sup>

## **3. Modificación de los Estatutos de Autonomía de las CCAA del artículo 143 CE: desigualdad de trato en la Ley en relación con las CCAA históricas y asimiladas.**

El cambio de rumbo descrito en el apartado anterior, esto es, que la asistencia sanitaria nuevamente forme parte de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, no impide, a mi juicio, que toda la organización prestacional se desgaje definitivamente de ese Sistema y se integre en el Sistema Nacional de Salud, que prestará la asistencia sanitaria a todos los ciudadanos por el simple hecho de serlos (universalización), y con más razón aún cuando, además, se es beneficiario de la Seguridad Social. En suma, tales determinaciones legales no prejuzgan que la asistencia sanitaria (de la Seguridad Social) no pueda colgarse de la materia y título competencial Sanidad. Sin embargo, como comprobaremos seguidamente, no quiere entenderlo así el Estado. La reforma de los Estatutos de Autonomía de las CCAA del artículo 143 CE da a entender que quiere que cuelgue del título competencial Seguridad Social, título que le permite un mayor control e intervención de la política asistencial de las CCAA toda vez que comprende la competencia exclusiva sobre el régimen económico de la Seguridad Social.

En los años 1996 a 1999, se procede a la modificación de los Estatutos de Autonomía de Canarias (LO 4/96), Aragón (LO 5/96), Castilla-La Mancha (LO 3/97), Murcia (LO 1/98), Madrid (LO 5/98), Cantabria (LO 11/98), Asturias (LO 1/99), La Rioja (LO 2/99), Baleares (LO 3/99), Castilla y León (LO 4/99) y Extremadura (LO 12/99). Con estas modificaciones se trata de posibilitar, entre otras, la asunción competencial de la asistencia sanitaria que viene prestando la Seguridad Social a través del Insalud. Sin embargo, dicha asunción competencial

último cuarto del siglo XX, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 13, 1998, p. 95.

<sup>9</sup> Artículo 69 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre.

no se hace en los mismos términos que las Comunidades Autónomas históricas y asimiladas, esto es, atribuirles competencias de desarrollo legislativo en materia de Seguridad Social (en materia de Sanidad ya las tenían todas las autonomías). Antes bien, diferenciándose de los Estatutos de las CCAA históricas y asimiladas, hacen expresa referencia a la materia “asistencia sanitaria”.

El Estatuto de Canarias dispone en su artículo 32 que corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de Seguridad Social, excepto el régimen económico. Y en el artículo 33 que le corresponde la competencia de ejecución en materia de gestión de las prestaciones sanitarias del sistema de Seguridad Social y de los Servicios del Instituto Nacional de la Salud.

El resto de Estatutos de Autonomía, no contemplan la asunción de competencias de desarrollo legislativo de la legislación básica en materia de Seguridad Social. Esto es importante resaltarlo y tenerlo presente. Con respecto a la asistencia sanitaria pública establecen uniformemente lo siguiente: *“Corresponde en los términos que establezcan las Leyes y las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado, la función ejecutiva en las siguientes materias: gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en el número 17 del apartado uno del artículo 149 CE, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de la función a que se refiere este precepto.”*

Como competencia de desarrollo legislativo, en estas últimas reformas estatutarias todas las Comunidades Autónomas asumen la coordinación hospitalaria en general. Únicamente, Extremadura se diferencia de las demás y asume como competencia de desarrollo legislativo “centros sanitarios y hospitalarios públicos”, además de la coordinación hospitalaria. Al respecto, por lo que luego razonaré, conviene precisar en este momento que esta concreta asunción competencial de desarrollo legislativo y ejecución habilita a la Comunidad de Extremadura para la creación, transformación y ampliación, así como para la clasificación, reorganización, suspensión, etc., de centros y establecimientos sanitarios y asistenciales públicos, pero no para promulgar normativa de desarrollo legislativo en materia de prestaciones de asistencia sanitaria pública. Un centro o establecimiento sanitario y una prestación sanitaria son dos realidades totalmente diferentes.

La diferencia con los Estatutos de Autonomía de las Comunidades históricas y asimiladas es, pues, bien nota-

ble. A tenor de estos últimos, que no contienen referencia expresa a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, la asistencia sanitaria pública es un subsistema del sistema sanidad. Por tanto, el desarrollo legislativo de la materia y la gestión se hará al amparo del título competencial “sanidad”. Y así ha sido, como se desprende claramente del desarrollo legislativo autonómico habido en materia de prestaciones de asistencia sanitaria<sup>10</sup>. Por contra, para las Comunidades Autónomas del 143 CE la asistencia sanitaria es parte integrante del Sistema de Seguridad Social y para que no quepa duda alguna se alude al artículo 149.1.17 de la CE. Además, sólo asumen la ejecución de su gestión. Ni tan siquiera funciones de desarrollo reglamentario. Ante esta formulación estatutaria, no parece aventurado concluir que en la misma late una concepción del Sistema Nacional de Salud que lo asimila al Sistema de Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social, al que se añaden otros subsistemas públicos como la promoción de la salud y salud pública.

En definitiva, comparando ambos grupos de Estatutos, comprobamos que en el caso de las Comunidades históricas y asimiladas estamos ante una verdadera descentralización política, y en el de las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE ante una mera descentralización administrativa<sup>11</sup>. En fin, la desigualdad de trato en la Ley (estatutos de autonomía) entre los dos grupos de Comunidades Autónomas es notable y sorprendente.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> En efecto, las Comunidades Autónomas históricas y asimiladas con competencias asumidas de desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado en materia de sanidad y seguridad social, haciendo sólo uso del título competencial sanidad, han promulgado en los años noventa diversas normas legales y reglamentarias regulando cuestiones que inciden directamente en el ámbito de las prestaciones de asistencia sanitaria completando y mejorando los niveles mínimos y comunes a todos establecidos por la legislación básica estatal. Más adelante hago una descripción completa de esta normativa.

<sup>11</sup> Esta asunción empobrecida de la asistencia sanitaria, en general, fue aceptada pacíficamente por las Comunidades Autónomas. Pocas presentaron enmiendas a los proyectos de Ley Orgánica de modificación de los Estatutos pretendiendo la asunción del desarrollo legislativo y ejecución de la asistencia sanitaria pública, a semejanza de las Comunidades Autónomas históricas y asimiladas. Entre ellas Aragón (véanse Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VI legislatura, Serie A: 11 de abril de 1996, núm. 1-1, y Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, Año 1996, VI legislatura, núm. 90) y Murcia (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VI legislatura, Serie B: 16 de septiembre de 1997, núm. 115-1, y Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, Año 1998, VI legislatura, núm. 413).

<sup>12</sup> Es de advertir que esta desigualdad de trato en la Ley no puede reputarse de inconstitucional por discriminatoria. Ello porque las posibles desigualdades entre Comunidades Autónomas en la asunción de competencias es algo contemplado en la Constitución de 1978. En efecto, el texto constitucional, como es bien conocido, otorga libertad a las Comunidades Autónomas para decidir si asumen o no competencias sobre las materias en las que es posible tal asunción y qué niveles

Sin embargo, no acaban aquí las sorpresas. Resulta que la Comunidad Autónoma de Extremadura ha promulgado la Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud, en la que en su exposición de motivos manifiesta expresamente que “*El Estatuto de Extremadura confiere a la Comunidad autónoma competencias de desarrollo legislativo y ejecutivo en materia de sanidad e higiene, de coordinación hospitalaria en general, así como en asistencia sanitaria de la Seguridad Social, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca.*” Y, en línea con esta manifestación, más adelante dice que *la Ley completa el catálogo de prestaciones sanitarias a las que tienen acceso los usuarios y particulariza algunas de ellas.* Y, en efecto, así las particulariza en sus artículo 5 y 11.

Tal declaración legal parece frontalmente contraria a lo dispuesto en el Estatuto extremeño respecto de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social pues conforme a su artículo 9.13, como he dicho antes, sólo asume la ejecución de su gestión en los términos que establezcan las leyes y reglamentos del Estado. ¿Cómo se puede explicar esta, al menos aparente, colisión? Dos posturas o interpretaciones son posibles, a mi juicio:

a) Considerar en este extremo a la Ley de Salud de Extremadura inconstitucional por vulnerar el orden estatutario de competencias.<sup>13</sup>

b) Entender que el título competencial de desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior habilita a la regulación, como desarrollo legislativo, de la asistencia sanitaria pública, esté o no integrada en la acción protectora de la Seguridad Social, por ser la asistencia sanitaria un subsistema de la sanidad, de manera que si se tiene competencia sobre el sistema también se tiene sobre el subsistema. Desde esta exégesis podría entenderse que la referencia estatutaria a la ejecución de la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social no tiene carácter limitativo, de suerte que la Comunidad Autónoma de Extremadura extiende la competencia de desarrollo legislativo sobre sanidad interior a esa asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Ello porque si bien es cierto que a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud se puede acceder en virtud

---

competenciales deciden asumir. En fin, la Constitución admite que el Estado autonómico sea asimétrico.

<sup>13</sup> El Estado no ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad en el plazo de tres meses a partir de la publicación de la Ley. Según la información obtenida de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad, el Estado no considera inconstitucional tal declaración de la ley extremeña y no se ha constituido la Comisión Bilateral a que se refiere el artículo 33 de la LOTC.

de diversos títulos, siendo uno de ellos pertenecer al campo subjetivo de protección del Sistema de Seguridad Social, ya que entre su acción protectora figura la asistencia sanitaria, no lo es menos que una cosa es dilucidar a través de qué concretos títulos se tiene derecho a la prestación sanitaria y otra muy distinta es determinar su verdadera naturaleza y quién ha de prestarla. El campo de actuación de la Seguridad Social debe ser la organización y gestión de prestaciones económicas, pero las asistenciales deben cobrar autonomía respecto de la Seguridad Social y asentarse en organizaciones públicas diferentes especializadas en esta función asistencial, concretamente, en nuestro caso, los Servicios Autonómicos de Salud integrados en el Sistema Nacional de Salud, cuya organización y desenvolvimiento se ha de hacer en el marco del título competencial Sanidad, no en el de Seguridad Social. A esta interpretación obliga también la desvinculación general y definitiva de la asistencia sanitaria pública de los fondos de la Seguridad Social, así como su nueva financiación indiferenciada y no finalista por las Comunidades Autónomas, vía LOFCA, esto es, vía corresponsabilidad fiscal.

Finalmente, en apoyo de esta interpretación, esto es, de que las Comunidades Autónomas del 143 CE tengan competencia de desarrollo legislativo en materia de asistencia sanitaria “de la seguridad social”, cabe invocar el hecho de que en los acuerdos de traspaso de los servicios del Insalud a las mismas se dice que “*la gestión de los centros, establecimientos y servicios, así como de las funciones que se traspasan, se realizará de acuerdo con la legislación básica del Estado*”<sup>14</sup>. Y en la medida en que estas CCAA, como hemos comprobado antes, no han asumido competencias de desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado en materia de seguridad social, obligado resulta entender que los acuerdos de traspasos se están refiriendo a la legislación básica del Estado en materia de sanidad.

En suma, esta segunda interpretación salvaría la constitucionalidad de la Ley extremeña y, además, sería extensible al resto de las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE, propiciándose así su igualación competencial en materia de asistencia sanitaria con las Comunidades Autónomas históricas y asimiladas. De no entenderse de esta manera, resultaría una desigualdad de trato en la Ley entre Comunidades Autónomas, a mi juicio, muy poco justificada tanto desde el punto de vista de la descentralización política del Estado propiciada por la

---

<sup>14</sup> Los Reales Decretos de traspasos han sido publicados en los Boletines Oficiales del Estado de 28 y 29 de diciembre de 2001. Véase el apartado B) 2. de los respectivos acuerdos de traspaso.

Constitución como desde la óptica de la construcción de un verdadero Sistema Nacional de Salud.

## **II. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y EQUIDAD EN LA LEY GENERAL DE SANIDAD. SU ALCANCE CONFORME A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

### ***1. La igualdad en el ejercicio de derechos en la Constitución y en la Ley General de Sanidad.***

La realización efectiva del principio de igualdad debe ser promovida por los poderes públicos, correspondiendo, en concreto, al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales (Artículo 149.1.1 CE). Tales condiciones básicas se predicen de los derechos constitucionales de prestación (sanidad, seguridad social, medio ambiente, vivienda, etc.), pues como dice la STC 32/1983, que analiza precisamente la conexión del artículo 43 con el 149.1.1, el perfil que los correspondientes preceptos constitucionales dibujan de los derechos prestacionales debe ser completado con el del artículo 149.1.1 de la CE. Y, en efecto, el título competencial que el artículo 149.1.1 CE atribuye al Estado para garantizar unas condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de derechos, alcanza, no tanto a los derechos individuales de libertad, que precisan de Ley Orgánica y de una actitud de abstención de todos los poderes públicos, como a los derechos prestacionales, que requieren leyes ordinarias y una actitud positiva de intervención prestacional de los poderes públicos central y autonómicos, cada uno en ejercicio de sus respectivas competencias, y de cuyo respectivo ejercicio surgirán ordenamientos jurídicos diferentes con regulaciones divergentes de la respectiva materia. Son justamente esas hipotéticas divergencias normativas lo que impulsó al constituyente a incorporar la cautela del citado artículo 149.1.1 CE cuyo objetivo es que el Estado evite que el despliegue de las competencias autonómicas cree rupturas no tolerables (divergencias irrazonables y desproporcionadas). Se trata, como ha dicho la doctrina científica, de un título de funcionalidad horizontal o transversal toda vez que no se mueve en la lógica bases estatales-legislación autonómica de desarrollo<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Véase la STC 61/1997, de 20 de marzo, en la que, sistematizando sus anteriores pronunciamientos, el TC fija una doctrina general delimitando negativamente y positivamente el alcance de este título competencial.

Pues bien, el Estado, haciendo uso de ese título derivado del artículo 149.1.1 CE, incorpora en la Ley General de Sanidad expresas referencias al principio de igualdad contemplado desde una dimensión individual, territorial y financiera.

La dimensión individual se regula en los artículos 3.2 y 16. Establecen estos preceptos legales que el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva y que las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos.

La dimensión territorial la encontramos en el artículo 3.3 en que se dispone que la política de salud estará orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales.

La dimensión financiera se plasma en los artículos 12 y 81 en los que se manda a los poderes públicos que orienten sus políticas de gasto sanitario en orden a corregir desigualdades territoriales sanitarias y garantizar la igualdad de acceso a los servicios sanitarios públicos en todo el territorio del Estado.

En definitiva, se trata de la aplicación al ámbito de la sanidad del derecho a la igualdad reconocido en los artículos 9.2, 14 y 139.1 CE, cuya realización efectiva deben promover los poderes públicos, correspondiendo en concreto al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales (Artículo 149.1.1 CE).

De otro lado, la Ley General de Sanidad es también la norma que sienta las bases de la materia sanidad vía artículo 149.1.16 CE. De dichas bases, la STC 54/1990, de 28 de marzo, ha precisado que: "...las bases a las que se refiere el art. 149.1.16 CE son, en principio, competencias normativas que persiguen una regulación uniforme y de vigencia en todo el territorio del Estado...".

### ***2. El principio de equidad en el ámbito prestacional sanitario.***

Por contra, la Ley General de Sanidad no hace referencia expresa en ninguno de sus preceptos a la "equidad". Tampoco lo hacen el resto de normas sanitarias ni las recientes leyes de financiación de la sanidad, en lo que yo conozca. Realmente, la incorporación de este principio al ámbito sanitario es fruto de su utilización por la doctrina científica y las instituciones sanitarias, que lo manejan con bastante asiduidad, aunque también con

bastante imprecisión jurídica.<sup>16</sup> El Plan de Salud del Ministerio de Sanidad y Consumo de 1995 menciona tres ámbitos de equidad: a) equidad en el acceso, entendido como acceso a igual servicio para igual necesidad; b) equidad en los recursos, entendido como iguales recursos para igual necesidad; y c) equidad financiera, entendida como distribución equitativa del gasto.

Pero, en este ámbito de las prestaciones sanitarias en el que nos movemos, no se trae a colación el principio de equidad como algo necesariamente complementario o corrector de la pura aplicación de la norma (nadie duda de que una concreta actuación administrativa puede ser legal y, a la par, inicua; entonces se apela a la equidad para ponderar el desajuste entre el presupuesto de hecho y la consecuencia jurídica derivada de la automática aplicación de la norma), sino como límite a los posibles quebrantos de la igualdad por comparación de distintos regímenes prestacionales territoriales. Más allá del Derecho positivo, desde parámetros políticos, se anuda la equidad a un trato paritario de los destinatarios de la acción pública sanitaria. De ahí que el principio de equidad, manejado en su estricta acepción jurídica, cabe subsumirlo perfectamente en la regulación que de la igualdad hace la Ley General de Sanidad. En efecto, habiendo incorporado dicha Ley, como hemos visto, una extensa y precisa regulación de la igualdad contemplada en diferentes dimensiones, creo que resulta superfluo hacer constantes referencias al principio de equidad, al menos, en su consideración como principio jurídico. Puede tener más sentido su utilización desde una óptica política o sociopolítica<sup>17</sup>, pero no la tiene desde la jurídica.

### **3. El alcance de las condiciones básicas de igualdad conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional.**

Decíamos antes que las condiciones básicas de igualdad han quedado plasmadas en los citados artículos 3, 12, 16 y 81 de la Ley General de Sanidad. Conviene,

<sup>16</sup> El artículo 3.2 del Código Civil contempla la equidad dentro del capítulo dedicado a la aplicación de las normas jurídicas, pero sin definir su contenido y alcance. Se trata de un concepto jurídico indeterminado difícilmente aprehensible, cuya funcionalidad se reduce a ser instrumento de ponderación del rigor de la norma aplicable al caso concreto, por lo que su utilización se reduce prácticamente al campo de las resoluciones judiciales. La doctrina civilista conviene en que por equidad cabe entender la invocación de la idea de justicia relativa o comparativa, que impone el tratamiento igual de lo que es igual y el tratamiento desigual de lo que es distinto.

<sup>17</sup> Así, por ejemplo, se utiliza por los economistas de la salud desde parámetros economicistas y en un marco macroeconómico para postular una equidad financiera, esto es, para defender una financiación de la sanidad que garantice una distribución equitativa del gasto entre las Comunidades Autónomas.

pues, determinar el contenido y alcance de esta regulación conforme al marco que al Estado permite el artículo 149.1.1 CE, y conforme a la regulación uniforme y de vigencia en todo el territorio del Estado que persiguen las bases de la materia sanidad.

La STC 37/1987, de 26 de marzo, precisó al respecto lo siguiente: “*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 149.1.1 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.*” Esta doctrina ha sido reiterada por el TC en otras muchas sentencias: 186/1993, 225/1993, 2847/1993, 319/1993, 337/1994, 14/1998 y 233/1999. No se trata, por tanto, de una doctrina aislada o superada, sino de una doctrina constante y uniforme del máximo interprete de la Constitución.

La STC 14/1998, de 22 de enero, expresa lo mismo con las siguientes palabras: “*En definitiva, la igualdad de derechos y obligaciones en su aspecto interterritorial no puede ser entendida en términos tales que resulte incompatible con el principio de descentralización política del Estado (art. 2 de la CE), pues ello impediría el ejercicio por las CCAA de las competencias que tienen atribuidas, ejercicio que, entre otras cosas, supone la libertad para configurar, dentro del marco constitucional y estatutario, una política propia e relación con dichas materias.*” Por lo que es posible -añade la STC 120/1998- que sea diferente la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional.

De otro lado, recordemos que la STC 54/1990, refiriéndose a las bases de la sanidad dijo que “...las bases a las que se refiere el art. 149.1.16 CE son, en principio, competencias normativas que persiguen una regulación uniforme y de vigencia en todo el territorio del Esta-

do...". Pues bien, esa regulación uniforme es, lógicamente, en lo básico. Nada más. Como bien precisa la STC 75/1990, de 26 de abril, "*Uniformidad, en otras palabras, no es identidad, y tanto menos ha de serlo cuando la primera se afirma, en el art. 149.1.1 de la CE, como elemento de integración, no de supresión de la diversidad que nace de la autonomía.*"

En fin, a la vista de la doctrina constitucional transcrita, creo que no hay dudas respecto al alcance que hay que dar a los criterios de igualdad manejados por la Ley General de Sanidad o al de equidad manejado por la doctrina y por las instituciones. Estos principios, en el ámbito de las prestaciones sanitarias, obligan al Estado a garantizar un mínimo común denominador; un nivel mínimo de prestaciones suficiente para, en la medida de lo posible, hacer efectivo el derecho a la salud de todos los ciudadanos, pero que debe ser compatible con el desarrollo de prestaciones diferenciales (en su contenido, formas o requisitos de aplicación) por las distintas Comunidades Autónomas; *prestaciones que reflejen las distintas opciones y preferencias de los ciudadanos en cada territorio*<sup>18</sup>. Dicho de otra forma, los principios de igualdad y equidad así como la regulación uniforme que persiguen las bases de la sanidad (uniformidad en lo básico), no habilitan al Estado para exigir o imponer a las CCAA una uniformidad total y absoluta en el nivel de las prestaciones sanitarias, como últimamente se viene predicando en algunos ámbitos con apoyo precisamente en los principios de igualdad y equidad. En suma, estos principios de igualdad y equidad, así como la regulación uniforme que persiguen las bases de la sanidad, necesariamente han de compatibilizarse con la opción constitucional por un Estado descentralizado políticamente y, por lo tanto, diverso; diversidad que proscribiera cualquier intento de "café para todos".

El nivel de prestaciones sanitarias común a todos y el de las adicionales autonómicas tienen claro reflejo en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, en el que se regula un nivel básico común de prestaciones -ciertamente bastante amplio- disponiéndose que la incorporación de nuevas prestaciones a ese nivel común se hará por Real Decreto (disp. adic. segunda), y un nivel adicional de prestaciones a disposición de las CCAA, con cargo a sus propios recursos, y con arreglo a sus Estatutos de Autonomía y normas de desarrollo (disp. adic. quinta).

<sup>18</sup> Este párrafo está entresacado del documento de debate de la Subcomisión parlamentaria para la reforma del Sistema Nacional de Salud, de septiembre de 1997.

Evidentemente, aceptar como constitucionalmente válidos ciertos niveles de desigualdades normativas y fácticas entre Comunidades Autónomas (desigualdades producto de sus distintas políticas sanitarias) no implica negar el derecho de los ciudadanos o pacientes a acceder y recibir a tiempo determinadas prestaciones sanitarias con independencia de que las haya o no en su Comunidad Autónoma. Cuando no las haya (transplantes de órganos, prestaciones de alta tecnología, etc.) el paciente tiene derecho a ser atendido en otra Comunidad Autónoma que disponga de ellas (centros, servicios y hospitales de referencia)<sup>19</sup>. Garantizar convenientemente este derecho pasa por formalizar los Convenios de colaboración y coordinación necesarios entre Comunidades Autónomas. La figura del Convenio interautonómico como instrumento adecuado para facilitar y asegurar los trasvases de pacientes cobra, pues, un protagonismo fundamental a efectos de asegurar la igualdad y la equidad en el acceso a las prestaciones sanitarias de todos los ciudadanos residentes en el Estado español.

### III. NORMATIVA AUTONÓMICA EN MATERIA DE PRESTACIONES SANITARIAS GENERADORA DE DESIGUALDADES TERRITORIALES EFECTIVAS.

Fiel reflejo de lo razonado en el apartado anterior ha sido el desarrollo legislativo operado por algunas Comunidades Autónomas en materia de prestaciones de asistencia sanitaria completando y mejorando los niveles mínimos y comunes a todos establecidos por la legislación básica estatal. En efecto, como era de esperar, las Comunidades Autónomas con competencias asumidas de desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado en materia de Sanidad y Seguridad Social, haciendo uso del título competencial sanidad, han promulgado en los años noventa diversas normas legales y reglamentarias regulando cuestiones que inciden directamente en el ámbito de las prestaciones de salud pública y de asistencia sanitaria, de las que se derivan desigualdades subjetivas y objetivas, tanto de carácter cuantitativo como cualitativo, respecto de los distintos ámbitos territoriales autonómicos. Hacemos una breve descripción de las mismas.

<sup>19</sup> Sobre el derecho a los desplazamientos, incluso entre diferentes Estados de la Unión Europea, han de tenerse muy presentes las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 12 de julio de 2001.

Es importante destacar que toda la normativa autonómica que se citará seguidamente utiliza como título competencial el de Sanidad, no el de Seguridad Social.

### **1. Desigualdades subjetivas.**

Preciso es traer aquí a colación la Ley Foral 2/2000, de 25 de mayo, de Navarra, como paradigma de universalización de la asistencia sanitaria. Dispone su artículo primero que *“la asistencia sanitaria pública dentro del territorio de la Comunidad Foral se extenderá a todos los ciudadanos y ciudadanas residentes en cualquiera de los municipios de Navarra con independencia de su situación legal o administrativa.”* Se incluye, por tanto, a los españoles y extranjeros sea cual sea su situación. La universalización del derecho a la asistencia sanitaria es plena e inmediatamente operativa.<sup>20</sup>

La desigualdad en razón de los sujetos efectivamente protegidos entre Navarra y el resto del territorio del Estado es, pues, un hecho. De un lado, la Ley Foral reconoce el derecho a la asistencia sanitaria de una manera efectiva a todos los españoles que residan en Navarra con independencia de sus circunstancias, cuando en el resto del territorio del Estado la universalización no es total, al cien por cien, porque además de ser español han de concurrir otras circunstancias.<sup>21</sup> De otro lado, reconoce el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en unos términos diferentes y más amplios de los que derivan de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Extranjeros. Ésta reconoce a los extranjeros empadronados el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles lo que implica la exigencia de algún título concreto que haga nacer el derecho (afiliación a la Seguridad Social, minusválido, familiar a cargo, etc.). Por contra, no se exigen esas circunstancias en la Ley Foral.

Por su parte, la Comunidad de Valencia, mediante el Decreto 26/2000, de 22 de febrero, regula la asistencia sanitaria a extranjeros y reconoce a los extranjeros no empadronados, además de la asistencia de urgencia, una ampliación de la asistencia sanitaria a situaciones no urgentes cuando carezcan de recursos económicos y mientras normalizan su situación administrativa.

<sup>20</sup> A estos efectos, la Ley Foral dispone que el Gobierno de Navarra debe incluir en los presupuestos generales una financiación complementaria y específica para los beneficiarios del programa de asistencia sanitaria a extranjeros.

<sup>21</sup> El Plan de Salud de 1995, lo estimaba en torno al 1,5% de la población: unas 600.000 personas. Actualmente se estima en unas 500.000.

Tales desigualdades subjetivas en el acceso a las prestaciones sanitarias públicas son inaceptables. Entiendo que la efectiva universalización de la asistencia sanitaria, por incidir directamente en el acceso a los servicios sanitarios, es cuestión básica que debe resolverse a nivel estatal.<sup>22</sup>

### **2. Desigualdades objetivas.**

#### A. Cuantitativas.

Las diferencias autonómicas en el “quantum” de la asistencia sanitaria también son una realidad. Sin ánimo exhaustivo cabe citar las siguientes:

a) Prestaciones farmacéuticas. Como reacción al Real Decreto 1663/1998, de 24 de julio, por el que se amplía la relación de medicamentos excluidos de financiación estatal, Navarra promulgó el Decreto Foral 258/1998, de 1 de septiembre, por el que se establece la prestación complementaria de determinados medicamentos con cargo a fondos propios de la Comunidad Foral de Navarra. Andalucía ya lo había hecho en similares términos mediante el Decreto 159/1998, de 28 de julio. Este es, sin duda, el caso más llamativo.

b) Prestaciones ortoprotésicas. Andalucía incluye las plantillas ortopédicas, que fueron excluidas por la Orden de 18 de enero de 1996. También financia la parte que le corresponde al usuario en las ortesis y las prótesis especiales. Los colchones antiescaras, que no están incluidos en la Orden de 18 de enero de 1996, son financiados por Galicia. Las sillas de rueda de material ligero, expresamente excluidas por la referida Orden, son abonadas por Galicia, Valencia, País Vasco y Andalucía.

c) Asistencia a enfermos mentales crónicos y agudos. Las desigualdades en la asistencia a los enfermos mentales son notables ya que, de entrada, el INSALUD carece de establecimientos para el internamiento de enfermos mentales de media y larga estancia pues entiende que no es una prestación incluida en la asistencia sanitaria de la Seguridad Social<sup>23</sup>. La efectividad de esta pres-

<sup>22</sup> El Acuerdo parlamentario de 18 de diciembre de 1997, sobre racionalización del Sistema Nacional de Salud, propugna (apartado 1.1b) una reforma legal que lleve a cabo “la universalización efectiva del derecho de asistencia sanitaria, extendiéndolo a todos los grupos sociales y desvinculándolo de los regímenes de afiliación a la Seguridad Social.”

<sup>23</sup> El artículo 20.2 de la LGS la enumera entre las prestaciones de salud mental. También lo hace el Real Decreto 63/1995, entre las prestaciones especializadas. Sobre la obligación de la Seguridad Social al respecto, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1999 -R. Ar. 827 de 2000-.

tación depende exclusivamente de las CCAA.<sup>24</sup> Son de apreciar fuertes desigualdades normativas<sup>25</sup> y de medios materiales y humanos.

d) Cirugía de cambio de sexo. Esta prestación, expresamente excluida de la financiación pública por el Real Decreto 63/1995, la incluye Andalucía mediante una proposición no del Ley aprobada por el Parlamento Foral el día 11 de febrero de 1999.

e) Asistencia dental infantil. En este campo son de destacar el mayor nivel de prestaciones reguladas por Navarra y País Vasco mediante Decreto Foral 58/1991, de 7 de febrero y Decreto 118/1990, de 24 de abril, respectivamente.

f) Píldora poscoital. Andalucía ha sido pionera en su incorporación a las prestaciones de financiación pública. El Parlamento Foral de Navarra, con fecha de 10 de octubre de 2001, ha admitido a trámite una proposición de Ley Foral para obligar al Gobierno a financiar la píldora poscoital.

#### B. Cualitativas.

a) Listas de espera quirúrgicas. Tres han sido las Comunidades Autónomas que han regulado tiempos máximos de espera. Valencia mediante el Decreto 97/1996, de 21 de mayo. Establece un tiempo máximo de 90 días y es el Servicio Valenciano de Salud el que designa el centro. Andalucía mediante la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud. Su artículo 6 remite al reglamento la determinación del tiempo de espera. Por reciente Decreto 209/2001, de 18 de septiembre, se ha fijado en 180 días. Navarra mediante la Ley Foral 12/1999, de 6 de abril, en la que también se remite al reglamento a efectos de la determinación del tiempo de espera. Mediante una Orden Foral de 1998 se había fijado en 180 días.<sup>26</sup>

b) Derecho a la segunda opinión. Navarra en la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre (artículo 9.2). Anda-

<sup>24</sup> En Cataluña, por parte de los Centros de Salud Mental asociados, muy recientemente se ha propuesto la elaboración de un catálogo de prestaciones sanitarias basado en la evidencia científica y ordenada por grupos de edad (Diario Médico de 12 de octubre de 2001).

<sup>25</sup> Navarra tiene normada esta asistencia por los Decretos Forales 246 y 247 de 17 de agosto de 1998.

<sup>26</sup> La lista de espera es determinante del acceso a las prestaciones de asistencia sanitaria. Un retraso excesivo puede obligar a renunciar a la pública y acudir a la privada. Garantizar el acceso en un tiempo máximo es, creo, cuestión básica o común a todos los ciudadanos. Por tanto, corresponde al Estado fijar con carácter general ese plazo máximo. Las CCAA podrán introducir normas adicionales mejorando esos plazos y estableciendo el régimen de acceso a otros centros. El informe de 2001 del Defensor del Pueblo pide al Consejo Interterritorial que establezca los tiempos máximos de espera.

lucía en la Ley 27/1998, de 15 de junio (artículo 6) y Extremadura en la Ley 10/2001, de 28 de junio (artículo 11, que remite su concreta regulación al reglamento).

c) Libertad de elección de médico y centro. Así, en Andalucía Decreto 257/1994, de 6 de septiembre, por el que se regula la libre elección de médico general y pediatra, sustituido por el Decreto 607/1999, de 9 de marzo, y en Navarra, Decreto Foral 244/1994, de 28 de noviembre, por el que se regula la libre elección de médico general y pediatra y Decreto Foral 241/1998, de 3 de agosto, de elección de médico especialista.<sup>27</sup>

d) Eutanasia. Testamento Vital. Cataluña: Ley 21/2000, de 29 de diciembre (artículo 8). Galicia: Ley 3/2001, de 28 de mayo (artículo 5). Extremadura: Ley 10/2001, de 28 de junio (artículo 11.5).

e) Derecho a conocer toda la información obtenida sobre su propia salud y a que ésta sea veraz. En este campo preciso es citar la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de Cataluña, que da un paso importante en la regulación del derecho a la información de los pacientes, reconociéndoles el derecho a acceder a todos los documentos que figuran en la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella, dejando a salvo el derecho de los facultativos que han intervenido en su elaboración a hacer reserva de sus observaciones, apreciaciones o anotaciones subjetivas. La determinación legal de que la información ha de ser completa y veraz permite preguntarse si incluso incluye el reconocimiento de los errores médicos.

#### **IV. DESIGUALDADES TERRITORIALES FÁCTICAS.**

Junto a este grupo de desigualdades generadas a nivel normativo, nos encontramos con otras muchas desigualdades fácticas cuantitativas y cualitativas derivadas de las siguientes circunstancias:

a) Históricas desigualdades territoriales en la asignación y distribución de recursos, no corregidas todavía como manda el artículo 81 de la LGS.

b) Diferentes organizaciones y dotaciones de los Servicios de salud autonómicos con un mayor o menor grado de eficacia y eficiencia.

c) La autonomía de gestión de los centros sanitarios.

<sup>27</sup> En el hasta el 31 de diciembre de 2001 territorio del INSALUD, estaba regulado mediante el Real Decreto 1575/1993, de 10 de septiembre, de libre elección de médico en atención primaria, y mediante el Real Decreto 8/1996, de 15 de enero, sobre libre elección de médicos en atención especializada.

d) La libertad de actuación y prescripción de los médicos.

Estas desigualdades fácticas generadas por las circunstancias descritas se plasman fundamentalmente en la utilización de diferentes técnicas y procedimientos clínicos para las mismas prestaciones sanitarias, en dotaciones de alta tecnología<sup>28</sup>, en urgencias, en transporte sanitario, en asistencia en el medio rural, etc.

De todas ellas, ha de destacarse, sin duda, la relativa a los históricos desequilibrios territoriales en la asignación y distribución de recursos y medios (desequilibrios generados por la Seguridad Social y el Insalud, esto es, por el Estado, no por las Comunidades Autónomas). Creo que, actualmente, sigue siendo la causante de las mayores desigualdades territoriales en el acceso a las prestaciones sanitarias. Estos desequilibrios, a mi juicio, sí implican una cierta y real vulneración de los principios de igualdad o equidad. En modo alguno son subsumibles en el marco de la diversidad autonómica admitida constitucionalmente.

## V. A MODO DE REFLEXIONES FINALES.

### *1. La independización de la asistencia sanitaria pública del Sistema de Seguridad Social.*

Por haberlo dispuesto nuevamente así la Ley 24/1997, de 15 de julio, y haberlo ratificado la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud se puede acceder por pertenecer al campo subjetivo del protección del Sistema de Seguridad Social, ya que entre su acción protectora figura la asistencia sanitaria. Ahora bien, reitero que una cosa es dilucidar a través de qué concretos títulos legales se tiene derecho a la prestación sanitaria y otra muy distinta es determinar su naturaleza y quién presta esa asistencia. No tiene ningún sentido, a mi juicio, que una asistencia sanitaria pública que se predica universalista y no contributiva, a la que, por tanto, se tiene derecho por el simple hecho de ser ciudadano, sin necesidad de ningún otro título jurídico, se anude a la Seguridad Social, que sigue siendo un sistema esencialmente contributivo y no universalista. El sistema de financiación de la sanidad finalmente adoptado (desvinculación definitiva de los fondos de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, así como financiación indiferenciada de la sanidad vía LOFCA, esto es, vía corresponsabilidad fiscal autono-

<sup>28</sup> Véase el cuadro de desigualdades autonómicas publicado en el *Diario Médico* de 25 de octubre de 2001.

ca) también reclama la independización de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Incluso abunda en esta línea el hecho de que se haya declarado la sanidad, junto con la educación, un servicio público fundamental en la Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre, de modificación de la LOFCA.<sup>29</sup>

Sin embargo, hemos comprobado que tras el cambio de rumbo que se opera a partir del año 1995, ahora no lo entienden así las instancias estatales. Fiel reflejo de la posición estatal al respecto son, en primer lugar, los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE modificados en los años 1997 a 1999, donde literalmente se habla de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y, en segundo lugar, la Ley 21/2001 de medidas fiscales y administrativas de la nueva financiación autonómica, donde se vincula directamente la asistencia sanitaria a la materia Seguridad Social.<sup>30</sup>

No creo acertado, ni necesario, ni oportuno políticamente tal cambio de rumbo. Dificultará una construcción homogénea y equilibrada del Sistema Nacional de Salud; Sistema que nada tiene que ver con el de la Seguridad Social. Rompe la concepción integral e integrada de la salud pública y la asistencia sanitaria. Desde aquí postulo la definitiva desvinculación de la asistencia sanitaria pública de la materia y título competencial Seguridad Social y su integración en la materia y título competencial Sanidad. La Sanidad debe erigirse como un Servicio Público fundamental, universal, integral, integrado y descentralizado territorialmente.

Desde estos postulados es, pues, conveniente que todas las Comunidades Autónomas (las históricas y asimiladas ya lo vienen haciendo) promulguen normativa legal y reglamentaria reguladora de las prestaciones de asistencia sanitaria pública introduciendo las mejoras y adiciones que estimen convenientes en el catálogo de

<sup>29</sup> Véase el artículo tercero, que modifica el artículo 15 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas.

<sup>30</sup> Las razones que se manejan desde instancias centrales para justificar esta vinculación podemos resumirlas en la siguiente forma: a) la propia conceptualización sistémica de la Seguridad Social cuyo ideal de cobertura exige la incorporación de la asistencia sanitaria como una prestación más de la misma; b) la uniformidad del sistema normativo de la sanidad nacional aludido por el TC y la uniformidad de las condiciones de vida, principio éste que adquiere singular relevancia en el caso de los derechos prestacionales, por lo que -se dice- ha de expresarse a través del artículo 149.1.1 CE garantizando la uniformidad, puesto que la intervención normativa unitaria es la única forma de satisfacer el principio de uniformidad, y un sistema uniforme se alcanza mejor en el marco de la Seguridad Social cuyo régimen económico es competencia exclusiva estatal; c) el hecho de que la Seguridad Social mantiene la mayor parte del patrimonio del Sistema Nacional de Salud; d) el hecho de que de la Seguridad Social sigue dependiendo todo lo relativo a la salud laboral.

prestaciones mínimas y comunes fijado por el Estado, y lo hagan utilizando su título competencial de desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado en materia de Sanidad. Recordemos que los acuerdos de traspaso de los servicios del Insalud apuntan precisamente en esta línea (apartados B) 2 de los acuerdos).

En fin, después de todo lo dicho y razonado, quizás deba considerarse erróneo o inexacto titular estas reflexiones como “La frustrada independización de la asistencia sanitaria pública del Sistema de Seguridad Social” pues también disponemos de datos fácticos y razones jurídicas fundadas para considerar que esta independización es algo inevitable y ya prácticamente una realidad, digan lo que digan algunas leyes. La realidad algunas veces se impone a las leyes hasta el punto de que finalmente han de modificarse para adaptarse a esa realidad.

## **2. La superación de los desequilibrios territoriales.**

Como ya he recordado, los históricos y profundos desequilibrios territoriales (generados por la Seguridad Social y el INSALUD, esto es, por el Estado), han llevado a los propios responsables sanitarios autonómicos a manifestar que *la diversidad autonómica pierde su encanto para convertirse en desigualdad*.

Estoy totalmente de acuerdo con tal declaración. El encanto de la diversidad autonómica es admisible a partir de la superación de las profundas desigualdades históricas existentes. Mientras tanto, la diversidad no es tal sino sangrante discriminación. La solución pasa, creo, por una añadida financiación inicial por parte del Estado que permita en un plazo razonable la equiparación en medios técnicos y humanos de las autonomías infradotadas con las mejores dotadas<sup>31</sup>, equiparación que no pretendo sea materialmente idéntica (no todas han de tener los mismos servicios de trasplantes o de alta tecnología, por ejemplo), pero sí unos ágiles y eficaces sistemas de referencia

---

<sup>31</sup> *Al respecto, conviene recordar que el artículo 81 de la LGS establece que “La generalización del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria que implica la homologación de las atenciones y prestaciones del sistema sanitario público se efectuará mediante una asignación de recursos financieros que tengan en cuenta tanto la población a atender en cada Comunidad Autónoma como las inversiones sanitarias a realizar para corregir las desigualdades territoriales sanitarias, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.” Este artículo, a su vez, remite al 158.1 CE en el que se dice que “En los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español.”*

interautonómicos<sup>32</sup>. A partir de ahí debe permitirse a cada Comunidad Autónoma desarrollar, en el marco básico estatal, su propia política de salud.

## **3. La futura ordenación de las prestaciones de asistencia sanitaria pública por el Estado y por las Comunidades Autónomas.**

La transferencia de los servicios del INSALUD a todas las Comunidades Autónomas del 143 CE es ya una realidad. Y es obvio que con esta transferencia lo que se ha traspasado es precisamente el paquete de prestaciones de asistencia sanitaria pública. La asunción de ese paquete por dichas Comunidades Autónomas, ateniéndonos a la literalidad de sus Estatutos de Autonomía, no lo será en los mismos términos competenciales que las Comunidades históricas y asimiladas. Mientras en estas hay una verdadera descentralización política, en aquellas sólo la hay administrativa. No obstante, cabe, como ya he razonado, una interpretación que las asimile totalmente.

El vigente catálogo de prestaciones sanitarias comunes data, como es bien sabido, de 1995. Se trata de un catálogo de prestaciones abierto y dinámico. Su desarrollo hasta ahora y en los próximos años, tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas, no se ha centrado ni se centrará en su ampliación incorporando nuevas prestaciones -dada la amplitud del catálogo éstas serán muy puntuales-, sino en la mejora cualitativa de las prestaciones sanitarias ya reconocidas introduciendo nuevas técnicas o procedimientos clínicos; ámbito de mejoras que se centrarán en temas como la actualización del contenido de prestaciones, las listas de espera, mayor información, libertades de elección y de decisión, atención sociosanitaria y de salud mental, dotación de mejores medios técnicos, mejor redistribución territorial de recursos, etc. Y ya hemos visto el desarrollo y complementación del vigente catálogo hecho por las Comunidades Autónomas, fundamentalmente en el ámbito de mejoras cualitativas, con las desigualdades jurídicas y efectivas que ha generado; desigualdades compatibles, a mi juicio, con los principios de equidad, igualdad y cohesión social, analizados éstos desde la óptica del Tribunal Constitucional, que, a fin de cuentas, es el auténtico y máximo intérprete de la Constitución.

---

<sup>32</sup> *Se trata del derecho de los pacientes a acceder y recibir a tiempo determinadas prestaciones sanitarias con independencia de que las haya o no en su Comunidad Autónoma. Cuando no las haya el paciente tiene derecho a ser atendido en otra Comunidad Autónoma que disponga de ellas (centros y servicios de referencia). Garantizar convenientemente este derecho prestacional pasa por formalizar los Convenios necesarios entre Comunidades Autónomas.*

Creo que el Gobierno central pretende una mayor uniformidad de la asistencia sanitaria pública tanto en el nivel normativo como en el de gestión. Considera que uniformando garantizará mejor la equidad y la cohesión social. Al logro de este objetivo decide reencuadrar la asistencia sanitaria en el ámbito de la Seguridad Social. Sin embargo, paradójicamente el sistema de financiación adoptado camina en dirección opuesta. En efecto, a pesar de que desde diversas instancias se ha predicado que la financiación de la sanidad siga siendo específica y diferenciada<sup>33</sup>, no diluida en la financiación general vía corresponsabilidad fiscal, ya que de ser así ello conllevaría un alto riesgo de quiebra de la equidad, resulta que el sistema de financiación finalmente acordado es el indiferenciado a través de los propios fondos autonómicos; modelo que, al menos teóricamente, propiciará rupturas de la uniformidad y de la equidad.

Estoy de acuerdo en el papel del Estado como garante de un paquete homogéneo de prestaciones sanitarias mínimas y comunes que deberán ser efectivamente accesibles a todos los ciudadanos con independencia del lugar de residencia. A su vez, el papel de garante de la equidad y de la cohesión social lo situó fundamentalmente en el nivel de la financiación del sistema. Deberá garantizar que todas las Comunidades Autónomas dispongan de fondos suficientes para financiar, al menos, ese paquete común de prestaciones con similares contenidos y niveles de calidad.

Posiblemente sea oportuna y conveniente una nueva regulación del catálogo de prestaciones sanitarias mediante norma con rango de Ley. Esa nueva regulación, no obstante, debe moverse en las mismas coordenadas que el Real Decreto de 1995. El Ministerio, además de fijar el paquete de prestaciones común, también debe trabajar técnica y normativamente en hacer realidad una mayor homogeneidad en el contenido de las prestaciones de todo el Sistema Nacional de Salud, lo que, sin duda, redundará en la mayor equidad del sistema. Por ejemplo, el copago de prestaciones farmacéuticas y ortoprotésicas (más aún si el copago se amplía a otras prestaciones) genera un trato discriminatorio en razón de la distinta capacidad de pago de los pacientes. Es función del Estado establecer las oportunas modulaciones tendentes a lograr el máximo grado posible de igualdad efectiva.

En cualquier caso, esa mayor homogeneidad en los contenidos y en los procedimientos de las prestaciones en todo el Sistema Nacional de Salud exige la pronta reali-

<sup>33</sup> Modelo que encaja mejor con la idea de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

zación por el Gobierno central de las siguientes acciones normativas y técnicas:

- Guías de práctica clínica.
- Procedimientos de evaluación.
- Establecimiento de controles y Registros sanitarios de las nuevas ofertas asistenciales que los proveedores pretendan introducir.
- Regulación de un procedimiento general para la actualización del contenido de las prestaciones sanitarias.

#### 4. Coordinación del Sistema Nacional de Salud.

Al objeto de garantizar la coordinación, la igualdad y la cohesión social, el Ministerio está elaborando diversos anteproyectos de leyes: Ley de Coordinación Sanitaria; Decreto-Ley de listas de espera, etc. A la vista de dichos anteproyectos, por los responsables sanitarios de algunas Comunidades Autónomas se le imputa al Ministerio, sobre todo en lo que hace al anteproyecto de Ley de Coordinación, buscar una uniformización excesiva de todas las Comunidades Autónomas con la consiguiente regresión competencial y freno para el desarrollo por las autonomías de sus propias políticas sanitarias. Dicen que coordinar no significa decirle a cada autonomía lo que debe hacer, sino permitir que cada uno aporte sus propuestas y que las demás libremente acepten las experiencias positivas, generándose la coordinación desde las mismas autonomías<sup>34</sup>, y que la uniformización es buena sólo en lo básico, pero que a partir de ahí cada Comunidad debe desarrollar sus propias políticas. El Ministerio aduce como justificación de esas iniciativas su deber de velar por la cohesión social, por la equidad y por la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos. Dice que, a fin de cuentas, el ciudadano no distingue de fronteras y que lo que quiere es tener los mismos derechos independientemente del Servicio de salud que le atiende<sup>35</sup>, y que esto exige una garantía de equidad, que no es uniformar.

Creo que en la actual política del Ministerio de Sanidad y Consumo subyace una fuerte y decidida pretensión de uniformidad normativa evitando así cualquier atisbo de desigualdades en este ámbito. Considero que

<sup>34</sup> Al respecto, preciso es citar el reciente pacto autonómico de 16 de octubre de 2001, formalizado entre las CCAA de Madrid, Castilla y León, Castilla-La Mancha y Extremadura, sobre coordinación sanitaria (desplazamientos, centros de referencia, etc.).

<sup>35</sup> El Ministerio se está refiriendo a los mismos niveles de calidad en la prestación de la asistencia sanitaria.

existe riesgo de que la Ley de Coordinación termine siendo, más bien, una Ley de imposición de criterios normativos que limite las competencias de las Comunidades Autónomas para diseñar su propia política sanitaria, lógicamente dentro del marco básico estatal. Realmente, entiendo que con la regulación que de la coordinación general sanitaria hacen los artículos 70 a 77 de la Ley General de Sanidad y con la interpretación que de los mismos hace el Tribunal Constitucional<sup>36</sup>, es más que suficiente a nivel normativo, no siendo necesaria una Ley de Coordinación sino a lo sumo algunos retoques de los artículos de la Ley General de Sanidad reguladores del Consejo Interterritorial de Salud.

Insisto en que la igualdad, la equidad y la cohesión social, son compatibles con la diversidad nacida como consecuencia del Estado autonómico. Las divergencias normativas son el resultado inevitable del Estado autonómico, y no malas en sí mismas consideradas, sino en la mayoría de los casos enriquecedoras, incluso en el ámbito del ejercicio de derechos. Si queremos una legislación totalmente uniforme en todo el país tendríamos que reformar la Constitución y volver al Estado centralista y unitario anterior. En fin, considero bueno y necesario que esta idea de compatibilidad presida todas las actuaciones

del Ministerio, tanto en el orden normativo como en el organizativo. Se trata de satisfacer y hacer compatibles tanto la realidad de nuestro Estado autonómico, esto es, descentralizado políticamente, como la del derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud.

Es obvia la responsabilidad del Estado en la coordinación general de la sanidad. El papel que puede desarrollar el Consejo Interterritorial de Salud como órgano de encuentro e información es, sin duda, importantísimo, pero la coordinación entre las autonomías ha de nacer de ellas mismas. No puede ni debe ser impuesta por el Estado. Para procurar un Sistema Nacional de Salud homogéneo, equilibrado y coordinado, una de las medidas que, a mi juicio, es preciso adoptar urgentemente es la modificación de la actual composición paritaria del Consejo Interterritorial de Salud potenciando la presencia de las Comunidades Autónomas. También conviene modificar las reglas de su funcionamiento e, incluso, algunas de sus funciones potenciándolo como instrumento o cauce de información recíproca.

---

<sup>36</sup> *Téngase en cuenta que conforme a la STC 54/1990, de 28 de marzo, la coordinación general de la sanidad que corresponde al Estado debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias. Y dicha coordinación presupone la existencia de competencias de las Comunidades Autónomas, que en su grado mínimo deben ser cuando menos competencias de ejecución a partir de las que el Estado pueda ejercer su competencia de coordinación.*

*El Tribunal Constitucional, en su sentencia 45/1991, de 28 de febrero, resume de manera sistemática su doctrina sobre la competencia estatal de coordinación en la siguiente forma:*

- a) Persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones o reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían respectivamente, la realidad misma del sistema.*
- b) La competencia estatal de coordinación presupone, lógicamente, la existencia de competencias autonómicas que deben ser coordinadas, competencias que el Estado debe respetar, evitando que la coordinación llegue a tal grado de desarrollo que deje vacías de contenido las correspondientes competencias de las Comunidades Autónomas.*
- c) Dicha coordinación debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades ... estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema.*
- d) La integración de las partes en un conjunto unitario, perseguida por la actividad de coordinación, exige la adopción de las medidas necesarias y suficientes para lograr tal integración.*
- e) Son posibles medidas estatales de coordinación preventiva que establezcan sistemas de relación entre las diversas Administraciones (Consejo Interterritorial de Salud, por ejemplo).*