

LA COHESIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

*Prof. Dr. Santiago Muñoz Machado
Catedrático de Derecho Administrativo*

1.- PLANTEAMIENTO.

La Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003 sin ninguna duda profundiza en los sistemas de cooperación establecidos en la Ley General de Sanidad de 1986, los pormenoriza y los mejora, los aclara y los desarrolla. Lo hace, sin embargo, utilizando unas competencias que el artículo 149.1.16 de la Constitución atribuye al Estado, cuya proyección, en los términos en que lo hace la nueva Ley, puede ser discutible en cuanto supone la recuperación por parte del Estado de competencias que no siempre encajan con facilidad en el concepto de bases de la sanidad.

El esfuerzo de mejora del funcionamiento cohesionado y coordinado del Sistema ha determinado que la Ley haga un enorme despliegue organizativo. Uno de los riesgos que tiene el Estado de las Autonomías es que se añada más complejidad organizativa a la que ya conlleva. Como es bien sabido, existen diecisiete Comunidades Autónomas que se suman a la Administración General del Estado. El riesgo consiste en que, al tener que coordinarse unas y otras se termine creando un nuevo nivel, añadido al estatal y autonómico, un tercer nivel institucional, el nivel de la cooperación, nutrido de una gran cantidad de órganos cooperantes que se ocupan de facilitar esa tarea en unos u otros aspectos; esto es algo que se nota bien en la Ley que vamos a comentar.

Hay un aspecto, también del texto, que me parece subrayable, y es que en muchos extremos opera más bien como Ley modelo que como una Ley que tenga una vigencia y una fuerza ejecutiva propia. De su lectura surge la duda de si no hubiera sido más conveniente remitirse a la cooperación que se pueda organizar en el seno de los órganos de cooperación, en lugar de señalar directamente en la norma, en que debe consistir esa cooperación.

Diré también para concluir esta parte introductoria que la Ley ha cuidado bastante poco lo que son los aspectos puramente ejecutivos y coactivos de sus regulaciones, propone muchas cosas, determina cuantos programas

a de haber, concreta determinados aspectos que deben definir el carácter unitarista del sistema, pero no dice qué ocurre si eso no se cumple, no se sabe cuál es el sistema coactivo que está al servicio del cumplimiento de estas reglas de derecho porque lo único que existen son definiciones muchas veces ingenuas; porque no pone detrás de sus mandatos un aparato coactivo que permita avisar de qué se van a cumplir esos mandatos.

La Ley está llena de buenas intenciones, que duda cabe, lo que pasa es que esas buenas intenciones se marcan en un sistema que nos viene dado, que no es modificable sin reformar la Constitución misma y, por tanto, lo que debemos plantearnos es si la solución de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Sanitario es una vía que pueda tener realmente viabilidad a pesar, insisto, de sus magníficas intenciones.

¿Qué es lo que la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud pretende?

Pues algo que, en principio, es difícil no compartir: que todos los ciudadanos españoles tengan los mismos derechos a la asistencia y a la protección de la salud en todas las partes del territorio nacional. Pero éste no es un problema que concierna solo a los Servicios Sanitarios, es un problema de la totalidad de los servicios que prestan los poderes públicos, en cuanto que se fragmentan en el territorio y, es posible que en unos lugares el contenido de esos servicios pueda ser distinto que en los demás. La fragmentación del sistema sanitario es una consecuencia, a mi juicio, inevitable de lo que establece la Constitución.

El artículo 149.1.16 de la Constitución dice de modo rotundo que corresponde al Estado, la sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos. Para saber qué significa y cuál es el alcance de esa competencia se puede acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre ese precepto y los términos que utiliza, bases, legislación, coordinación, que los ha desglosado e interpretado de un modo preciso. En términos generales, este precepto, como

otros de otros lugares del artículo 149.1 de la Constitución, permiten que un servicio público que tenía una conformación unitaria se divida en tantos servicios como Comunidades Autónomas existan.

Las competencias que tiene el Estado sobre las bases, según lo ha dicho en diferentes ocasiones el Tribunal Constitucional, permite establecer una regulación unitaria de alcance a todo el territorio de la Nación y lo que es más importante, le permite regular mediante Ley el modelo sanitario al que se han de adecuar la totalidad de los servicios de las Comunidades Autónomas; le permite fijar un modelo sanitario general.

Ese modelo sanitario es muy importante para determinar cuál a de ser el contenido del derecho a la salud en España, y es también muy importante para determinar cómo se han de articular las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia.

2.- LA COHESIÓN, LA COORDINACIÓN EN LA LEY GENERAL DE SANIDAD.

Cuando el legislador de 1986 se planteó cual habría de ser el modelo sanitario para el país, el modelo sanitario general, utilizó esa competencia sobre las bases para definirlo y lo hizo del siguiente modo: entonces estaba más de moda que lo que está ahora que los sistemas de salud de los Estados Europeos tenían que aproximarse lo más posible al modelo de Servicio Nacional de Salud que se desarrolló en los años 40 en Inglaterra y ulteriormente en otros países europeos. Todos esos sistemas nacionales de salud estaban contruidos sobre esquemas organizativos centralizados, salvo el italiano que fue el último en llegar a la familia de los servicios nacionales de salud.

El Servicio Nacional de Salud determina que el Estado se compromete mediante una organización propia a ofrecer a los ciudadanos unas prestaciones financiadas unitariamente y de contenidos igualmente uniformes en todo el Estado. Esa es la idea de los servicios nacionales de salud: integración de servicios, igualdad y financiación homogénea. Evidentemente, un servicio nacional de salud de ese porte no cabía en la Constitución Española, por razón del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El único servicio nacional de salud posible era uno que asumiera la integración de centros y la integración de prestaciones, entonces dispersos entre el Estado, la Seguridad Social, las Diputaciones y los Ayuntamientos, en un marco organizativo único, que la Ley de 1986 propicia, pero sometido al control de las Comunidades Autónomas.

¿Por qué? Por la razón de que el Estado no tiene más competencias que las puramente legislativas, de programación y de coordinación. Las competencias ejecutivas, de gestión y de administración pertenecen a las Comunidades Autónomas. Este es el punto de partida constitucional que conduce a que en España en 1986 se llame Sistema Nacional de Salud a algo que no es un sistema nacional de salud y tiene poco de parecido con el original Servicio Nacional de Salud británico que es un servicio de estructura centralizada.

Aquí lo que se crean son 17 servicios nacionales de salud unificados o coordinados en el marco de un sistema que, esto sí, se llama Sistema Nacional de Salud, cuya vertebración y cohesión interna es enormemente difícil de establecer porque el Estado no tiene instrumentos suficientes para establecer la cohesión correspondiente ¿Qué es lo que se hace? Pues se utilizan las nociones constitucionales, bases y coordinación de la sanidad y, otra que viene casi de rebote, procedente de los Estatutos de Autonomía no de la Constitución, que es la noción de Alta Inspección para con estos materiales urdir una pequeña trabazón entre los sistemas de salud de las Comunidades Autónomas y vincularlos todos a un sistema general.

¿En qué consista esa trama que permite unir unos servicios con otros? Lo que da de sí la Ley de Sanidad de 1986 no es demasiado, aunque sí es importante. Por lo pronto es sincera la Ley al definir el Sistema Nacional de Salud en los términos que lo hace el artículo 44. El Sistema Nacional de Salud dice ese precepto, no es otra cosa que, el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, no tiene un carácter unitario, sino que es la aglomeración de esos servicios. Una vertebración que se produce en términos de integración de servicios, en cuanto que, somete a una misma organización, los centros, servicios y establecimientos dependientes de la Comunidad Autónoma, de las Diputaciones, de los Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones Territoriales, de modo que haya una gestión de establecimientos, una gestión de las prestaciones, en la escala territorial de Comunidad Autónoma que sea común.

Partiendo de esa vertebración, que apenas supone una relación o una unión entre esos servicios en el marco general, se establecen unas estructuras y se ponen de pié algunas medidas para darle cohesión y que el funcionamiento sea lo más coordinado posible. Por lo pronto, se define el principio general de coordinación en el artículo 73 de la Ley en términos casi literalmente exactos a como lo había hecho el Tribunal Constitucional tres años antes

en sentencia de 28 de abril de 1983 que, les recuerdo, descalificó un Real Decreto de Coordinación Sanitaria de 1981 aprobado por el Estado, justamente porque dijo que lo que allí se establecía excedía con mucho de las competencias de coordinación del Estado. Dice el artículo 73 que la coordinación general sanitaria se ejercerá por el Estado fijando medios y sistemas de relación para facilitar la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las Administraciones Sanitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se logre la integración de actos parciales (esto es literalmente la Sentencia) en la globalidad del Sistema Nacional de Salud.

Los instrumentos que se establecen en la Ley son: obligar a las Comunidades Autónomas a que formulen planes propios de salud, la posibilidad de planes de las Comunidades Autónomas distintos de los anteriores que son financiados parcialmente por el Estado, los planes de salud conjuntos que se pueden establecer entre dos o más Comunidades Autónomas con cooperación o no del Estado, y el plan integrado de salud, que es la gran herramienta de coordinación de la Ley General de Sanidad, si bien, muy difícil de establecer. Porque un plan integrado de salud supone que lo ha de aprobar un organismo estatal, pero con la plena participación en su formación de todas las Comunidades Autónomas. Asunto éste que no es nada sencillo de organizar porque puede que el plan integrado sea solamente la confluencia de criterios completamente dispares de unos y de otros, de modo que lo que se elabore tenga poco que ver con un plan y más con una acumulación de propuestas inconexas. Para evitarlo la Ley del 86 inventó un procedimiento al que no se ha dado demasiado aire, pero que es importante, que consistía en que el Estado empezaría por fijar lo que allí se denominaban unos criterios de coordinación sanitaria, que se mandaban a las Comunidades Autónomas, para que formularan sus planes conforme a esos criterios de modo que quedaban más o menos unificados los planes territoriales y, luego, volvían al Gobierno para formular el plan general.

Junto a estas medidas, puramente instrumentales, era capital, y sigue siéndolo, la creación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, al que define como órgano permanente de comunicación e información de los distintos sistemas de salud, entre ellos y con la Administración Estatal. Es el órgano que tiene que ocuparse de formular las políticas cohesionadas y se considera como un mecanismo de coordinación, porque allí se desarrolla toda la alta inspección; entendida al menos, tal

y como la habían definido las primeras sentencias del Tribunal Constitucional.

La alta inspección es una función que está vinculada a la potestad estatal de vigilancia, que existe en todos los sistemas federales y, también en el nuestro, cuando las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se reparten en la Constitución, de modo que al Estado corresponde la legislación y a las Comunidades Autónomas la ejecución o gestión de lo establecido en esa legislación. Cuando se produce este reparto el que ejecuta no es el mismo que legisla. El que ejecuta es siempre el mismo poder público que legisla cuando es el Estado el que hace las dos cosas, pero cuando el que legisla es el Estado y las Comunidades Autónomas gestionan o ejecutan se puede producir un decalaje o una desobediencia al legislador: dicte usted la Ley y yo hago en la práctica con la gestión lo que me parezca. De modo que, en todos los sistemas complejos habilitase una función estatal de vigilancia, para comprobar simplemente que el gestor está desarrollando la Ley en el sentido que el legislador ha querido y no reinventándola con ocasión de su aplicación práctica.

Esto es importante porque la alta inspección no tiene nada que ver que con la inspección sanitaria ni de medicamentos, ni de bebidas, ni de establecimientos sanitarios, ni de nada parecido. No es una competencia ejecutiva de aplicación inmediata que permita una inspección sobre la inspección sanitaria. Es una inspección sobre la administración sanitaria autonómica, no sobre la inspección sanitaria autonómica.

Hasta aquí ha llegado la Ley de Sanidad de 1986 con algunos defectos bastante notables y muchas virtudes, porque consiguió establecer, unas reglas generales del juego y diseñar un sistema unitarista o con ciertos matices unitaristas, en un marco constitucional que difícilmente lo permitía, porque encomendaba la gestión de los servicios sanitarios a las Comunidades Autónomas de un modo indiscutible; quedaba claro en el texto de la Constitución, pero más claro lo dejó el Tribunal Constitucional. Realmente, ese sistema no ha empezado a funcionar del todo hasta que se han producido las últimas transferencias de servicios sanitarios de la Seguridad Social. Asimismo, la Ley incurrió en algunas omisiones como, por ejemplo, no definir en concreto cuáles eran las prestaciones que correspondían al sistema sanitario, que se corrigió con un Decreto de 1995, todavía hoy vigente y que, realmente, es una pieza complementaria muy esencial, porque sin él no se sabe, realmente, cuál es el alcance material, el contenido del derecho a la salud, que proclama tanto la Constitución como recoge la Ley a la que me estoy refiriendo.

Lo cierto es que, esta Ley no pudo resolver un problema que no es resoluble con leyes de organización de los sistemas sanitarios: ¿qué ocurre cuando un servicio sanitario o de otro orden que había sido organizado de un modo unitario se fragmenta en diecisiete trozos?

Pues lo que ocurre es que las infraestructuras de todo orden en los diferentes territorios que van a recibir esos servicios, esas partes de lo que antes fue unitario, no van a tener una calidad ni unos contenidos idénticos, de manera que se producen desigualdades territoriales inmediatas, unos reciben grandes dotaciones, otros pocas dotaciones. ¿Qué significa esto desde el punto de vista del derecho a la salud? Pues que este derecho se ejerce, sobre todo, en el territorio en el que uno está asentado, con todas las deficiencias del territorio en el que reside, con todas las ventajas y todos los inconvenientes que esa situación puede tener.

¿Cómo se corrige esto? Pues en la Constitución se les ocurrió una fórmula que no ha dado de sí casi nada, pero que previeron los constituyentes, porque esto ocurre en sanidad y ocurre en carreteras, y en cualquier servicio económico o social antes controlado por el Estado que se haya fragmentado ¿Qué es lo que pensó el constituyente? Algo un poco ingenuo. Pensó que la solución era constituir un Fondo de Compensación Interterritorial, para suplir estas deficiencias. Pero el fondo no dio más de sí o no ha dado mucho de sí o no ha servido, desde luego, para hacerlo en el grado necesario para equiparar a todos los territorios. Un Estado ahorrativo siempre piensa que para qué va a igualar a todas la Comunidades Autónomas en cuanto a los contenidos de los servicios; basta con que lo haga esto en algunas comunidades, los centros de referencia no tienen porque estar en todas las partes, los centros de alta calidad, por señalar un concepto puramente sanitario.

Este tipo de problemas se han de resolver redotando a los que quedan en inferiores condiciones. Además, de las dificultades financieras que esto plantea, también surgen inmediatamente otras conceptuales, otras de principio, difíciles de solventar. Cuando se ha planteado al Tribunal Constitucional cuál es el alcance de la solidaridad interterritorial y la igualdad de todos los ciudadanos españoles ante la Ley y ante los servicios públicos, no ha dudado una sola vez en decir, que la igualdad es un principio constitucional que no debe entenderse en el sentido de que todos los ciudadanos tienen los mismos derechos en todas las partes del Estado. No todos los ciudadanos tienen los mismos derechos en todas las partes del Estado, lo que argumenta el Tribunal, completando esa afirmación, con

otra que dice que si todos tuvieran que tener el mismo derecho a los mismos servicios en todas las partes no habría autonomías, esto sería un sistema centralizado y no dejaríamos a las Comunidades Autónomas que con los servicios que tienen hagan lo que les parezca, los doten más, los doten menos, tengan unas prestaciones superiores y otras inferiores.

Estos son algunos de los problemas de fondo en los que no hago más desarrollo porque a la mayor parte de este auditorio experto le constan y pueden ser, en buena medida, obviedades. Lo que me interesa es hacer algunas consideraciones sobre el modo en que este problema ha sido abordado por la Ley de Cohesión Sanitaria que es en lo que estamos.

3.- LAS INICIATIVAS DE LA LEY DE COHESIÓN DEL SERVICIO NACIONAL DE SALUD.

La Ley de Cohesión pretende evitar estas disparidades; evitar que los derechos de los ciudadanos tengan diferentes contenidos hasta el límite que la Constitución lo permite. Al intentarlo, como dije, es una Ley cargada de buena voluntad, ha realizado un reajuste importante de la posición que el Estado tiene en el Sistema Nacional de Salud y ha vuelto a arbitrar, recrear y ampliar el número de instrumentos y de técnicas de coordinación sanitaria que se pueden emplear en la práctica.

Al hacer estos dos cambios: reordenación competencial y recreación de instrumentos de coordinación y de cooperación, la Ley no ha sido todo lo exquisita y lo meticulosa que fue la Ley General de Sanidad en la articulación de las competencias básicas del Estado y las competencias de las Comunidades Autónomas.

La Ley de Cohesión se ha dictado en ejercicio de la competencia del artículo 149.1.16 de la Constitución, que atribuye al Estado las bases y la coordinación de la sanidad. Este es el título constitucional fundamental que se emplea. Toda la Ley es de aplicación general en todo el territorio porque no se hace en ella ninguna excepción. La Ley es, por su contenido, básica porque se refiere a cuestiones básicas. La jurisprudencia constitucional acepta que es básico aquello que dice el legislador que es básico; es una manera de definir bastante rocambolesca, pero es así, es básico lo que dice el legislador que es básico siempre que se trate del establecimiento de principios que han de tener una aplicación común y general en todo el territorio del Estado. Así que por su contenido esta Ley es indiscutiblemente básica.

Pero, sin embargo, no hace una definición formal de hasta donde alcanzan las competencias del Estado. En este punto, esta Ley retrocede hacia los años 80 cuando la legislación básica se definía solamente con arreglo al criterio material al que he aludido antes: básico es lo que es básico. Como este tipo de hacer leyes producía en la práctica muchos problemas, porque saber lo que es básico no depende de una definición legislativa, sino de la interpretación que se haga por el intérprete o el aplicador de la norma básica en cada caso, el Tribunal Constitucional empezó a exigir, desde finales de los años 80, que cada ley básica hiciera una definición formal de cual era el alcance de su regulación y la medida en que esa regulación se imponía a las Comunidades Autónomas. Se trataba de cortar, definitivamente, un problema de aplicación del derecho que nos estaba arrastrando en España hacia situaciones realmente rocambolescas y difíciles. Las leyes que aprobaba el Estado regulaban una materia y solían añadir con ocasión de regulaciones exhaustivas: “sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas”, de modo que las cláusulas “sin perjuicio” eran en aquel tiempo absolutamente dominantes. La jurisprudencia constitucional exigió al legislador que no siguiera haciendo esto, porque luego en la aplicación de esa Ley el intérprete tenía que decidir si era la decisión estatal o la decisión autonómica la que tenía que tener en cuenta. De modo que las cláusulas sin perjuicio fueron eliminadas en virtud de la Jurisprudencia Constitucional que exigió al Estado que se arriesgara, y cuando creyera que una competencia era suya, dijera esto es mío y no sin perjuicio de las Comunidades Autónomas; esto es mío, y si la Comunidad Autónoma no está de acuerdo que lo impugne, que es otra manera de hacer mucho más clara que la actual. Curiosamente la Ley de Cohesión Sanitaria no ha recogido este criterio y ha vuelto a la fórmula: el Estado regula todo, y lo hace “sin perjuicio de”.

Algunas de estas remisiones, además, son realmente retóricas y no tienen ni siquiera sentido. Cabe destacar la del artículo 71 que advierte (imaginen que obviada) que las funciones del Consejo Interterritorial se ejercerán sin menoscabo de las competencias legislativas de las Cortes Generales (faltaría más) y, en su caso, normativas de la Administración del Estado así como, también, sin perjuicio de las competencias de desarrollo normativo, ejecutivas y organizativas de las Comunidades Autónomas.

Si el ejercicio de las competencias del Consejo Interterritorial depende de todo eso, cosa que ya sabemos, naturalmente su ejercicio de coordinador estará muy notablemente mermado. Reitero que estos sin perjuicios sitúan al aplicador del Derecho en la más absoluta perplejidad.

Como lo que dice la Ley de Cohesión es “sin perjuicio” de lo que digan las Comunidades Autónomas, en caso de que las Comunidades Autónomas se hayan pronunciado sobre el tema, el aplicador dirá: ¿a quién atiendo? Porque lo menos que exijo es un legislador que arriesgue a definir la competencia como suya y si alguien no está de acuerdo que lo impugne, que para eso está el sistema de resolución de conflictos. Lo mismo ocurre todas las veces en que no se define el contenido de las obligaciones de unos u otros poderes públicos, sino que lo que ocurre es que se remite la Ley a acuerdos. Hace definiciones y dice: esto es sin perjuicio o contando con el acuerdo de las Comunidades Autónomas, lo cual es una regulación sobre la que se puede preguntar ¿si la regulación nueva requiere, siempre, un acuerdo previo de las Comunidades Autónomas para qué se hace la regulación nueva? En el Consejo Interterritorial o en cualquier otro órgano se hace el acuerdo y no hace falta una nueva regulación.

Otro aspecto que resuelve la Ley con enorme flexibilidad es una cuestión que ha sido muy polémica en el desarrollo del Estado de las Autonomías. Las Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de abril y 20 de mayo del año 83, que son las primeras que definen en que consiste la coordinación sanitaria y las bases de la sanidad (luego su doctrina se ha reiterado muchas veces) anularon algunos preceptos de un Decreto de 1981 sobre coordinación sanitaria (lo recordarán los más viejos seguidores de la Jurisprudencia Sanitaria del Tribunal Constitucional) porque en opinión del Tribunal lo que es básico y la coordinación no puede establecerse en un Real Decreto, sino que tiene que contenerse en una norma con rango de ley. Desde entonces los juristas hemos dado mil vueltas al concepto “bases” para determinar si las bases tienen que definirse siempre por ley o puede complementarse la definición de las bases por normas reglamentarias. Todo esto haciendo encaje de bolillos realmente, afinando todo lo más que se puede, porque es evidente que en algunos casos lo básico no puede contenerse en normas de rango de ley y requiere una especificación en normas secundarias que sean más flexibles y más variables.

La Ley de Cohesión del 2003 ha pasado por alto un debate constitucional muy serio. La lectura del texto, causa no poca sorpresa, porque en otros sectores, en los que ha habido intentos legislativos de este tipo, se ha provocado una contestación mucho más firme que la que aquí se ha producido. En infinidad de ocasiones la Ley de Cohesión Sanitaria se remite a reales decretos o a órdenes, para establecer muchas determinaciones, algunas tan importantes como el catálogo de prestaciones o la cartera de servicios.

También, la Ley hace una operación importante de recuperación, a favor del Estado, de competencias de carácter ejecutivo. En materia de sanidad el concepto "bases", permite no solo al Estado retener la legislación básica sino reservarse algunas competencias de carácter ejecutivo de intervención o de administración. Hasta ahora, estas competencias de carácter ejecutivo eran excepcionales y justificadas solo en relación con aquellas intervenciones que venían obligadas por intereses que sobrepasaban el ámbito de las Comunidades Autónomas; ahora, en cambio, aparecen muchas intervenciones que no estaban formuladas así en la legislación anterior y suponen un paso en la posición del Estado gestor de servicios sanitarios. Por ejemplo, la autorización del denominado uso tutelado de determinadas técnicas, tecnologías y procedimientos, a efectos de determinar si pueden incorporarse a las carteras de servicios (artículo 22 de la Ley). También las limitaciones que se establecen a las carteras de servicios que pueden aprobar las Comunidades Autónomas, puesto que tienen que hacerse en el marco de un procedimiento y con el cumplimiento de unos requisitos reglamentarios. La remisión a que la cartera de servicios habrá de actualizarse siguiendo un procedimiento que, dice, se determinará reglamentariamente. El Estado establece reglamentariamente cuales son las prestaciones que incluso puede corresponder a las Comunidades Autónomas desarrollar. La fijación de criterios marco, que es una potestad puramente ejecutiva, para definir los tiempos máximos de acceso a la cartera de servicios del Servicio Nacional de Salud que se establecen por Real Decreto. El registro general de centros, establecimientos y servicios sanitarios. La designación de centros de referencia. Todas las políticas sanitarias que se pueden desarrollar con el Fondo de Cohesión Sanitaria porque no es solo un fondo económico lo que hay ahí, sino también, unos recursos que permiten desarrollar ciertas políticas que habrá de articular, arbitrar el Ministerio o el Gobierno del Estado a los efectos de conseguir la cohesión a que está adscrito ese fondo. (cfr. disposición adicional 5ª).

Este último problema alude a otro largo debate que empezó en los años 80 en España y que aún no está concluido del todo pero en la parte que está cerrada lo está en contra del criterio que emplea la Ley. Es la cuestión de si en España nuestra Constitución ha reconocido lo que en los sistemas federales anglosajones en Estados Unidos en particular se denomina el "*spending power*" (el poder de gasto). En Estados Unidos se utiliza como una fórmula para crecer las competencias de la federación, cuando la federación norteamericana quiere hacer algo y no tiene competencias lo que hace es que pone recursos por delante

y los estados miembros se avienen a seguir las políticas que la federación dicta porque sino no les da dinero.

Pues bien, usar el poder de gasto para crear competencias, para articular una competencia nueva es algo que existe en algunos sistemas federales, pero que en el nuestro, en particular, es una cuestión que se ha planteado ante el Tribunal Constitucional repetidas veces, con ocasión de las subvenciones y ayudas tanto comunitarias como estatales que funcionan en nuestro sistema. Y el Tribunal Constitucional ha dicho todas las veces que se le ha planteado este asunto que el poder general de gasto del Estado no existe, entendido en el sentido de que no se puede intentar justificar el ejercicio de una competencia que se ha perdido constitucionalmente, en el hecho de que el Estado tenga dinero para gastar en esto.

En fin, el ámbito en el que ahora estamos, una cosa es que haya un fondo de cohesión sanitaria y otra es que el fondo de cohesión sanitaria permita que se atribuya al Gobierno la formulación de las políticas de cohesión, porque es un extremo que tiene poco que ver, al menos, si no se arbitra de un modo cooperativo y se instrumenta de otra forma distinta.

También se desarrollan en el plano puramente aplicativo programas como los relativos al uso racional del medicamento compartidos, seguramente, por todos, pero que componen desde la educación sanitaria a la formación continua y esto se incardina en el marco de las competencias del Estado en materia de farmacias. Y recuerdo, que la Constitución, cuando se define la competencia estatal en el artículo 149.1.21, dice: "*legislación sobre productos farmacéuticos*". Y el concepto legislación, cuando lo emplea la Constitución, todas las veces que lo emplea, significa "normas". Legislación es dictar normas, todo lo que es el aparato aplicativo de las normas corresponde a las Comunidades Autónomas.

No quiere decir esto, que el Estado no tenga potestades de intervención administrativa en materia de productos farmacéuticos, me parece indiscutible que le corresponda al Estado determinar cuales son las especialidades farmacéuticas que pueden entrar en el mercado o los precios o la regulación de los precios de referencia; pero no por la legislación de productos farmacéuticos, sino por la competencia en materia de bases y coordinación de la sanidad o incluso, por la competencia bases y coordinación general de la actividad económica, que está en el artículo 149.1.13 y es importante a los efectos de ordenación de un sistema que aun siendo un servicio social, tiene enorme repercusión en su organización y el gasto que ahí

se practica en toda la ordenación económica general del país.

Otro aspecto importante de la Ley es la parte orgánica de la cohesión, la parte orgánica de la coordinación. Aquí la Ley modifica sustancialmente el régimen previo; y además lo hace sin quitarle al Ministerio una sola capa de las que ya tenía. Es decir, que no es una operación de sustitución sino una operación de acrecimiento de la organización de la salud en España, de la organización administrativa al servicio de la salud. Junto a la organización del Estado y las Comunidades Autónomas se crea un tercer nivel institucional de órganos dedicados a cooperar, con lo cual no solo es que se pueble la Administración, sino que el ejercicio de las competencias se hace enormemente complicado. Más aún, se crean nuevos órganos que son colegiados, con lo que se agrava la situación.

¿Quién no ha leído en algún libro de Derecho Administrativo la gran fórmula de Roeder, aunque se la atribuyen a Napoleón: *“gobernar es cosa de uno solo y consultar es cosa de muchos”*?

Los regímenes polisinodiales, es decir de consejos, son los que funcionaban en el antiguo régimen. Y el gran invento administrativo de los estados contemporáneos es coger a esos órganos colegiados y no dejarles gobernar, ni administrar sino ponerlos en funciones de consulta y atribuir las funciones ejecutivas a una línea unipersonal, jerarquizada que es la que puede resolver en otro plano.

Pues bien, este tercer nivel institucional, que aquí se desarrolla de un modo abrumador, es un poco el retorno al régimen polisinodial. La exposición de motivos habla por sí sola:

“Se crean órganos especializados que se abren a la participación de las Comunidades Autónomas, son: la Agencia de Evaluación de Tecnologías, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, la Comisión de Recursos Humanos, la Comisión Asesora de Investigación de Salud, el Instituto de Salud Carlos III, el Instituto de Información Sanitaria, la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud y el Observatorio del Sistema Nacional de Salud”.

Y diré que aún se olvidan algunos, que están en la Ley pero no se mencionan en el preámbulo, porque, por ejemplo, en las disposiciones adicionales se prevé la constitución de alguna comisión interministerial para que esté atenta al equilibrio financiero del sistema.

Todo esto es un poco el gran desarrollo organizativo de la cooperación en la Ley. Otros instrumentos funcionales de cooperación que se manejan en la Ley recuerdan

los de la Ley General de Sanidad, que mantiene vigentes, y otros tratan de perfeccionarlos.

Se refiere la Ley a los acuerdos: acuerdos entre el Estado y Comunidades Autónomas, Comunidades Autónomas entre sí, como herramienta de cooperación (artículo 71 y otros). Los criterios generales para desarrollar programas que integren acciones de cooperación al desarrollo sanitario, que es una herramienta técnica al que alude el artículo 71.2. Las acciones sanitarias conjuntas que están en el artículo 72. La cooperación, artículo 66, mediante un plan de cooperación y armonización de actuaciones en el ámbito de la salud pública. Las redes de conocimiento en el artículo 68. Los planes de calidad en el artículo 61. El más novedoso de estos nuevos instrumentos de cooperación son las llamadas “actuaciones coordinadas” que están en el artículo 65, porque resuelven de un modo distinto dos cuestiones que han sido capitales, la primera, en orden al tratamiento de las emergencias sanitarias y, el segundo, en punto a las relaciones Estado, Comunidades Autónomas, Comunidad Europea, que es uno de los grandes temas constitucionales de nuestro tiempo.

Las actuaciones coordinadas, permiten que el Ministerio haga una declaración de acuerdo con el Consejo Interterritorial, que le permite, en base a esa declaración, atribuirse la función de responder a dos cuestiones: las emergencias sanitarias, y en segundo lugar, textualmente: *“dar cumplimiento a acuerdos internacionales así como a programas derivados de las exigencias de la normativa emanada de la Unión Europea cuando su cumplimiento y desarrollo deba ser homogéneo en todo el Estado”*.

Que el cumplimiento y desarrollo de la legislación europea en el territorio del Estado tienen que ser homogéneo es un principio derivado del Derecho Comunitario, se produce siempre. La cuestión de quién debe instrumentar, transponer o integrar en el ordenamiento interno las directivas y otras normas comunitarias ha dado lugar a un extenso debate doctrinal y jurisprudencial concluido, en la jurisprudencia constitucional en el sentido de que corresponde a la Comunidades Autónomas o al Estado ejecutar o trasponer la normativa comunitaria, según quien sea competente en la materia. Esa competencia no está en modo alguno condicionada por la necesidad de que el desarrollo interno sea o no homogéneo o uniforme porque es con carácter general. Y hemos planteado muchas veces qué pasa cuando las Comunidades Autónomas no aplican o integran en tiempo la normativa europea o cuándo lo hacen de un modo no uniforme. En la literatura hay propuestas para evitar esa desuniformación o esa falta de homogeneidad como el uso de las leyes de armonización del artículo 150.3 de la Constitución, artillería mayor

realmente. Aquí está resuelto con toda simplicidad. Cuando se plantea el problema de que una directiva comunitaria tenga que tener una aplicación homogénea en todo el territorio el Ministerio de Sanidad hace una declaración de actuación coordinada y lo hace él. Simplísimo, la verdad es que algunas veces los juristas nos complicamos la vida excesivamente.

En este plano de la recuperación de competencias ejecutivas merece atención la Inspección Sanitaria, regulada en el artículo 76-77. En algunos aspectos parece una inspección de servicios más que una inspección en el sentido de función de vigilancia sobre el cumplimiento de la legislación estatal. Vigilancia de cómo siguen los aplicadores la leyes que aprueba el Estado para que no se desvíen en el contenido de la Ley. Pero está entendida un poco más, también en el sentido de inspección de servicios sanitarios, de funcionamiento de inspección sanitaria como evidencia la llamada coordinación de la Alta Inspección con los servicios de inspección de las Comunidades Autónomas.

En cuanto a la competencia estatal en materia de farmacias, la intervención estatal sobre los precios de los medicamentos plantea un problema serio que tienen difícil respuesta constitucional y que está planteado ya en algunas Comunidades Autónomas.

Los productos farmacéuticos que pueden entrar o no en las prestaciones sanitarias públicas, los que costea el sistema, se definen, por el legislador estatal, por el Ministerio de Sanidad y por la Agencia del Medicamento; sin embargo, los que pagan son las Comunidades Autónomas. Esto produce una tensión inevitable, porque no puede un poder público decirle todos los días a otro cuanto tiene que gastar en medicamentos sin que pueda formular una política propia. Quizás no sea fácil de articular, pero me parece que tiene una extraordinaria lógica: si quien financia son los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, algo tendrán que decir sobre lo que gastan.

4.- REFLEXIÓN FINAL.

La lectura que he hecho de la Ley me reafirma en la calificación inicial: es "ingenua", sin que conozca las razones por las que ha podido aprobarse una Ley que tiene tan pocos contenidos materiales sustantivos, y tan poco aparato coactivo al servicio de su aplicación.

Si es una ley demostración, si es una ley modelo, me parece excelente, hay que aprobar leyes modelo, no con la intención de que se apliquen, sino para que sirvan de referente de lo que hay que hacer. Y todo lo que hay que hacer esté, además, amparado por la gran virtud de la ley y por

su prestigio. De modo que en si mismo ese es un objetivo perfectamente plausible. Aunque no es así. Aprovechando el tirón se produce en ella, una expansión de las competencias ejecutivas vinculadas al Estado; como una competencia que habilita el ejercicio de funciones materiales; algo que está expresamente desautorizado en la jurisprudencia constitucional. Coordinar no es poder que permita al Estado ejercer competencias materiales en materia de sanidad, sino crear los instrumentos para el ejercicio de competencias que ya están atribuidas, no crear competencias nuevas.

Por otra parte, se crea en la Ley el tercer nivel institucional, con ese aparataje burocrático tremendo que dará de sí lo que el tiempo indique.

A pesar de todo esto, la Ley se olvida de completar el régimen jurídico de sus regulaciones porque formula declaraciones, hace propósitos, pero rara vez establece mandatos. Técnicamente una norma se construye estableciendo un mandato y poniendo detrás un aparato coactivo para quien lo incumpla, eso es una norma jurídica, un mandato y una garantía de cumplimiento del mandato. En esta Ley no siempre aparecen los mandatos previamente determinados porque lo que la Ley remite es a acuerdos que se tienen que formular con las Comunidades Autónomas, etc. Pero, cuando hay un mandato no hay la garantía de cumplimiento. Por ejemplo, se dice que se establecerán acuerdos sanitarios; cuando se establece un acuerdo sanitario o un plan sanitario hay que saber en que medida lo acordado en ese plan vincula a las Comunidades Autónomas que participan en él. Esto es importante porque un plan trabado en el marco de una Comisión Interministerial o entre el Estado y Comunidades Autónomas no vincula necesariamente a todas las personas que allí intervienen. Lo que hay que hacer, ulteriormente, es transformar ese acuerdo en derecho propio de la Comunidad Autónoma, transformarlo en normas propias, con lo cual estamos ante una evidente falta de complitud de la regulación de régimen jurídico de estas entidades.

Es clave resolver el problema de la vinculación de las Comunidades Autónomas, si van a estar vinculadas a las decisiones de esos órganos de cooperación, porque, si son de cooperación, producirán propuestas, programas, recomendaciones o consejos pero no, desde luego, normas vinculantes. Y si no producen resoluciones que vinculen, estamos ante una seria dificultad y es difícil entender qué es lo que aporta en este punto de nuevo el texto que analizamos.

Hay en Ley un exceso de reglamentación. Uno de los empeños que la Comunidad Europea tiene ahora, más

reiteradamente expresados y asumidos, es que hay que tratar de convencer a los legisladores para que se abstengan en lo posible de regular tanto como lo hacen. La reglamentación es un elemento altamente inconveniente para el desarrollo en competencia de los mercados y para la fácil prestación de los servicios públicos. Las reglamentaciones habría que reducirlas y constreñirlas a lo imprescindible. Expresiones como estas aparecen en los documentos y normas comunitarias, últimamente, por todas partes, e incluso fueron elevadas a la categoría de anexos en el Tratado de Ámsterdam.

Esos excesos de reglamentación y las demás cuestiones que he abordado, me llevan a formular, al final, la misma pregunta que he hecho al principio. La Ley se llama de Cohesión Sanitaria pero ¿qué es la cohesión sanitaria? ¿qué se pretende con la cohesión sanitaria sino una igualdad entre las infraestructuras y dotaciones de

los diferentes territorios que integran España y una igualdad de los derechos a la salud de todos los ciudadanos españoles, cualesquiera que sea el territorio en el que se ubiquen?

La cuestión es si la Ley, realmente, hace una contribución decisiva a esa igualdad, o antes que ello, si una Ley del Estado puede remediar esta cuestión y si es una Ley, realmente, el lugar donde debe hacer y no en las Leyes de Presupuestos o en algunos otros lugares financieros que recojan.

Que se ha hecho un esfuerzo, sin duda. Los catálogos y carteras de servicios y el fondo de cohesión son esfuerzos en este sentido; bien es cierto que todo está aún por hacer.

