

¿SISTEMA NACIONAL DE SALUD O ASISTENCIA SANITARIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL?

Juan Luis Beltrán Aguirre
Presidente de la Asociación “Juristas de la Salud”
jbeltran@defensornavarra.com

I. EL DEBATE EN TORNO A LA CONCEPCIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA COMO SERVICIO DE SALUD UNIVERSAL O PRESTACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

1. Posiciones doctrinales al respecto.

Es bien conocido el rico debate conceptual o teórico que se ha desarrollado y todavía se mantiene sobre si la asistencia sanitaria pública debe ser una prestación más del Sistema de Seguridad Social, es decir, debe formar parte de la materia Seguridad Social o si, por el contrario, debe configurarse como un Servicio de Salud universal, gratuito y totalmente desgajado y diferenciado del sistema de la Seguridad Social.

En el marco del Bloque de Constitucionalidad, la doctrina científica se ha preguntado: a) si toda la asistencia sanitaria debe concebirse como una prestación de la Seguridad Social, ello sin perjuicio de que la asistencia sanitaria por enfermedad común, accidente no laboral y maternidad se gestione y se preste por los Servicios de Salud autonómicos; b) si la Constitución permite un doble anclaje de la asistencia sanitaria, es decir, si paralelamente a los Servicios de Salud autonómicos la Seguridad Social puede y debe tener servicios de asistencia sanitaria como una prestación más; asistencia sanitaria, por tanto, de naturaleza distinta a los que se presta

por el Sistema Nacional de Salud; c) si, por el contrario, toda la asistencia sanitaria debe ubicarse en la materia “sanidad” y en los Servicios de Salud autonómicos que integran el Sistema Nacional de Salud y, por tanto, al margen y desvinculada de la Seguridad Social.

Ciertamente, no hay unanimidad doctrinal al respecto, si bien puede afirmarse que ha sido y es mayoritaria la opción por encuadrar la asistencia sanitaria en el marco conceptual, material y competencial descrito en el apartado c) ²³.

23 Entre los administrativistas y economistas, defienden esta concepción, entre otros: MUÑOZ MACHADO, S., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 96; M. VAQUER CABALLERÍA, “La consideración constitucional de los servicios sanitarios”, en el libro colectivo *Jornadas sobre descentralización y transferencias sanitarias*, Madrid, CCOO, 2001, pp. 41 a 62.; J. TORNOS MÁS, “Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud”, *Revista de Derecho y Salud*, vol. 10, núm. 1, 2002, p. 5; J. VIDA FERNÁNDEZ “La redistribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de medicamentos”, *REDA*, núm. 117, 2003, pp. 67 a 94; J. L. BELTRÁN AGUIRRE “Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 10, núm. 1, pp. 15 y ss; BARDAJIVÍÑAS, en el volumen coordinado por G. LÓPEZ CASASNOVAS, *Evaluación de las políticas de servicios sanitarios en el Estado de las Autonomías*, Fundación BBC-IEA, 2001, p. 32.

Entre los laboristas, también la defienden: BORRAJO DACRUZ, E., “La Seguridad Social en la Constitución Española” en el libro colectivo *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, p.1492; ALONSO OLEA, M., *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 19 y 20; DE LA VILLA GIL, L. E., “El modelo constitucional de protección social”, *Aranzadi Social*, núm 3/2004, pp.12 y 13; MONTOLYA MELGAR, A., “Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al sistema nacional de salud (apunte para un estudio)”, *Aranzadi Social*, núm. 5/2004, pp. 1 a 6.

No es preciso hacer referencia aquí a las diversas conceptualizaciones elaboradas por ser ya suficientemente conocidas. Me limitaré a describir las ventajas e inconvenientes que se atribuyen a las opciones a) y c).

2. Ventajas e inconvenientes de las dos opciones.

A la opción de la vinculación de la asistencia sanitaria a la Seguridad Social se le atribuyen las siguientes ventajas:

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.

La uniformidad del sistema normativo de la sanidad nacional y la uniformidad de las condiciones de vida -principios que adquieren especial relevancia en el caso de los derechos prestaciones- exigen que se expresen a través del artículo 149.1.1 CE que garantiza dicha uniformidad, y un sistema uniforme se alcanza mejor en el marco de la Seguridad Social cuyo régimen económico es competencia exclusiva del Estado.

La vinculación de la asistencia sanitaria a la Seguridad Social habilita a postular un cierto grado de centralización de actividades y servicios cuya gestión centralizada evidencia ventajas (sistema de información sanitaria, mercado nacional de compras, negociación colectiva de salarios, etc.).

A la opción de encuadrar la asistencia sanitaria en el marco conceptual, material y competencial "sanidad" mediante un Servicio de Salud universalista, gratuito y descentralizado territorialmente, se le atribuye las siguientes ventajas:

Posibilitar la efectiva construcción de un sistema de salud integral e integrado.

Acercar la capacidad de decisión a los ciudadanos.

Un mayor y más efectivo control de la gestión y calidad de los servicios.

Se le imputa las siguientes desventajas:

Fragmentar el Sistema Nacional de Salud y, por ende, la asistencia sanitaria como consecuencia de la descentralización política del Estado en Comunidades Autónomas y la atribución a éstas de competencia en materia "sanidad" (fragmentación del sistema de información sanitaria, etc.).

Generar desigualdades territoriales en el nivel de servicios y prestaciones sanitarias.

Dificultar la solidaridad, cohesión y la equidad del sistema.

Debilitar al Estado en su competencia y capacidad de ordenar y dirigir el sistema²⁴.

II. LA ERRÁTICA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA ASISTENCIA SANITARIA. LAS DIFERENTES POSICIONES DEL LEGISLADOR.

La Constitución.

La Constitución de 1978 es el punto de partida para la independización de la asistencia sanitaria pública respecto del sistema de Seguridad

En el ámbito de entidades y colectivos, se han pronunciado a favor de la necesaria separación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, SESPAS en su Informe SESPAS 2002: Invertir para la salud. Prioridades en salud pública. Edición de la Generalitat Valenciana, 2002, pp. 227 a 238, y el X Congreso Derecho y Salud, celebrado en Palma de Mallorca en noviembre de 2001, que, entre sus conclusiones, asumió la necesidad de desvincular totalmente la asistencia sanitaria pública respecto de la Seguridad Social.

*Por el contrario, su consideración como prestación de la Seguridad Social es defendida por las instancias centrales en múltiples declaraciones que se han reflejado, como veremos más adelante, en el ámbito legislativo. También se ha defendido conceptualmente, entre otros, por J. M. FREIRE CAMPO, "La cobertura poblacional del SNS: importancia y retos de la universalización y la equidad en el aseguramiento", en el libro colectivo *Un nuevo contrato social para un Sistema Nacional de Salud sostenible*, Ariel, Barcelona, 2005, y por SEVILLA, F., "La reforma de la Seguridad Social y la atención sanitaria." *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra 06, junio de 2006, pp. 131 a 145.*

*24 DE LA CUADRA SALCEDO, T., "Igualdad, derechos de los pacientes y cohesión del Sistema Nacional de Salud", en el libro colectivo *La reforma del Sistema Nacional de Salud*, Universidad Carlos III-Marcial Pons, Madrid, 2004, p.17, haciendo referencia a la disposición final de la Ley de Cohesión y Calidad del SNS, que utiliza como título competencial los apartados 16 y 17 del artículo 149.1.1 CE, escribe lo siguiente: "No es descabellado pensar que el Estado creyese que en el título Seguridad Social encontraba mayores asideros para hacer una política de mayor garantía de la igualdad si analizamos sus motivos con buena voluntad. O, si se analiza con mayor malicia, puede pensarse que lo pretendido era, sin más, retener mayores competencias, invocando, al efecto, un nuevo título competencial."*

Social puesto que deslinda claramente las materias Salud Pública -expresión equiparable a Sanidad- (artículo 43) y Seguridad Social (artículo 41), disponiendo distintos títulos competenciales para las mismas: artículo 149.1.16: Sanidad; y artículo 149.1.17: Seguridad Social. La doctrina administrativa más autorizada²⁵ no duda en entender que la expresión “salud pública” del artículo 43.2 es comprensiva tanto de la sanidad preventiva como de la curativa, de manera que la “asistencia sanitaria” ha de encajarse en este precepto antes que en el artículo 41 y de donde resulta que la asistencia sanitaria es Sanidad no Seguridad Social. Tal construcción permite a PEMÁN GAVÍN afirmar que dicha estructura constitucional contenía elementos que desbordaban claramente la concepción y alcance que había venido teniendo la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y que postulaban el tránsito hacia un sistema sanitario construido autónomamente respecto al sistema protector de la Seguridad Social²⁶.

Los Estatutos de Autonomía del artículo 151 CE.

Este deslinde constitucional tiene su inmediato reflejo en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas 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. Se asume también la gestión del régimen económico de la Seguridad Social. Pero importa resaltar que en ninguno de estos Estatutos se hace referencia expresa a la

materia “asistencia sanitaria”. Simplemente, se considera un subsistema del sistema sanidad²⁷.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Siguiendo la construcción constitucional mencionada, en 1986 se promulga la Ley General de Sanidad con el objeto, según su artículo 1º, de regular las actuaciones que hagan efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 CE, y, según su artículo 2º, con el carácter de legislación básica al amparo del título competencial 149.1.16 CE, esto es, al cobijo del título competencial sanidad. No cita, pues, ni el artículo 41 ni el artículo 149.1.17 del texto constitucional. Diseña un modelo sanitario 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 que 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” deberán 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 cuya gestión iba a continuar en manos del INSALUD respecto de las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE²⁸. Lo que hacen estos preceptos es contemplar la realidad del momento, pero sin pretender configurar el futuro en el sentido de declarar que la asistencia sanitaria será de la Seguridad Social²⁹. 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 Social³⁰. En su

25 Véanse, entre otros, GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, segunda edición, 1985, pp. 777 y 789; PEMÁN GAVÍN, J., *Derecho a la salud y administración sanitaria*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1989, pp. 65 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 96.

26 PEMÁN GAVÍN, J., *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Estudios jurídicos, Editorial Comares, Granada, 2005, p. 148.

27 Por el contrario, esta interpretación no es extensible sin más a los Estatutos de Autonomía de las CCAA del artículo 143 CE, dado que inicialmente no asumen competencia alguna en materia de Seguridad Social y no se les transfiere el INSALUD.

28 De ahí que también se contemplase como una de las fuentes de financiación las cotizaciones sociales (art. 79.1.a.).

29 Véanse las consideraciones que en este sentido hace el catedrático laboralista MONTOYA MELGAR, A., cit. p. 3.

30 En cuanto al proceso transferencial conviene recordar que los Reales Decretos de traspasos no transfieren competencias pues éstas se asumen

ma, la Ley General de Sanidad se desenvuelve en el marco de lo previsto en los artículos 43 y 149.1.16 CE.

4. 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.

Ignorando las posiciones descritas hasta ahora, el Texto Refundido establece en su artículo 38.1.a)³¹ que la acción protectora del sistema de Seguridad Social comprende la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sea o no de trabajo. No obstante, es de hacer notar que, cumpliendo el mandato de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, cuya disposición final ordenó una basta refundición de las normas básicas de Seguridad Social, exceptúa de la refundición la materia relativa a la asistencia sanitaria, lo que, sin duda, es significativo. ALONSO OLEA³² afirma al respecto que se trata de consumir así, al menos formalmente, un ordenamiento separado para la asistencia sanitaria, distinto del de la Seguridad Social, y, ciertamente, este es el único sentido que cabe atribuir a esta excepción.

5. El Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

Este reglamento básico, 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, en ejercicio de las competencias del Estado para dictar las bases en

materia de sanidad y la legislación básica en materia de seguridad social. De ahí que no deslinde 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). En definitiva, elude definirse sobre si las prestaciones de asistencia sanitaria que regula pertenecen sólo a la materia "sanidad" o también pertenece a la materia "seguridad social" En fin, elude conformarse expresamente como una normativa distinta y separada del ordenamiento propio de la Seguridad Social.

6. La Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización 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 se reitera la integración en la acción protectora de la Seguridad Social de 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.)³³. El cambio sustancial que hace es el de configurar la asistencia sanitaria como una prestación no contributiva y universal de la Seguridad Social³⁴, lo que, ciertamente, significa un acercamiento o convergencia con los postulados de la Constitución y de la Ley General de Sanidad. Pero, aunque no contributiva y universal, la encuadra como prestación de la Seguridad Social. Evidentemente, desde la óptica de dicha evolución, esta sorpresiva determinación legal obliga a la doctrina científica a retomar posiciones³⁵.

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 traspa no es la competencia sino la mera gestión, y de que la disposición transitoria tercera prevea la desaparición del INSALUD con la culminación de las transferencias. No obstante, los primeros traspasos del INSALUD hablan de transferir a la Comunidad 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.

³¹ DE LA VILLA GIL, cit. p. 12, tilda este artículo de anacrónico

³² Cit. p. 20.

³³ A las prestaciones sanitarias por accidente de trabajo y enfermedad profesional se les otorga naturaleza contributiva (art. 86).

³⁴ Configurarla así supone, a su vez, una quiebra o ruptura con las reglas esenciales que conforman la noción de prestación no contributiva de la Seguridad Social: ser prestaciones exclusivamente económicas, no asistenciales, y para tener derecho a ellas no superar un nivel máximo de ingresos.

³⁵ Así, ALARCÓN CARACUEL "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,

En cualquier caso, a pesar de las vinculaciones legales a la Seguridad Social, atendiendo a la organización y estructuración autonómica de la asistencia sanitaria así como a su progresiva financiación pública vía presupuestos generales, es decir, vía impuestos, en lugar de vía cotizaciones a la Seguridad Social, evolución ya totalmente culminada a partir de la Ley de presupuestos para el año 2000, obligado era concluir que la asistencia sanitaria pública caminaba hacia una plena integración en la materia sanidad y, por tanto, se enganchaba en el título competencial del artículo 149.1.16 CE. Y, ciertamente, analizando el marco legislativo descrito, un sector de la doctrina científica alcanzó con bastante certeza esta conclusión. Así, ALONSO OLEA³⁶, uno de los mayores especialistas en este ámbito del Derecho de la Seguridad Social, reconoció abiertamente -y cito literalmente- *la tendencia evidente a la independencia de la asistencia sanitaria respecto del complejo de la seguridad social*.

7. La modificación de los Estatutos de Autonomía del artículo 143 CE.

Esta nueva conformación operada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, tiene su reflejo, como seguidamente veremos, en la modificación de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE operada entre los años 1996 y 1999.

Esa nueva configuración de la asistencia sanitaria como universal y no contributiva no impedía, en mi criterio, que toda la organización

prestacional se desgaje definitivamente del Sistema de Seguridad Social y se integrase en el Sistema Nacional de Salud, que prestaría la asistencia sanitaria a todos los ciudadanos por el simple hecho de serlos (universalización). En suma, tales determinaciones legales no prejuzgaban que la asistencia sanitaria (de la Seguridad Social) no pudiera colgarse en las reformas estatutarias de la materia y título competencial Sanidad. Sin embargo, como comprobaremos seguidamente, no lo entendió así el Estado. El hilo conductor de la reforma de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE fue que la asistencia sanitaria del INSALUD a transferir colgase del título competencial Seguridad Social, título que permitía al Estado un mayor control e intervención de la política asistencial de esas Comunidades Autónomas toda vez que, además de tener la competencia exclusiva sobre el régimen económico de la Seguridad Social, no se les iba a atribuir estatutariamente competencia de desarrollo legislativo de la legislación básica de Seguridad Social.

En los años 1996 a 1999, se procede a la modificación de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE³⁷. 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, como he anunciado, dicha asunción competencial 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 Comunidades Autónomas históricas y asimiladas, los Estatutos hacen expresa referencia a la materia “asistencia sanitaria”.

El Estatuto de Canarias dispone en su artículo 32 que corresponde a la Comunidad Autó-

hablaba de la relativa independización de la asistencia sanitaria respecto del tronco común de la Seguridad Social. Razonaba 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. Por su parte, PEMÁN GAVÍN, “Del Seguro Obligatorio de Enfermedad al Sistema Nacional de Salud. El cambio en la concepción de la asistencia sanitaria pública durante el último cuarto del siglo XX”, Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 13, 1998, p. 95, a la vista de esta Ley, también 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.

³⁶ “Las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud”, Civitas, segunda edición, 1999, pp. 19-23. La primera edición la tituló “Prestaciones sanitarias de la Seguridad Social.”

³⁷ 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).

noma el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de Seguridad Social, excepto el régimen económico, y en el artículo 33 le atribuye 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.”*³⁸

La diferencia con los Estatutos de Autonomía de las Comunidades históricas y asimiladas es, pues, bien notable. A tenor de estos últimos, que no contienen referencia expresa a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social³⁹, 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 sanitaria⁴⁰. Por contra, para las Comunidades Autónomas del 143 CE la asistencia sanitaria del transferido INSALUD 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.

En definitiva, comparando ambos grupos de Estatutos, comprobamos que en el caso de las Comunidades históricas y asimiladas estamos ante una verdadera descentralización política en los que la asistencia sanitaria se incardina en la materia y título competencial “sanidad”, y en el de las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE ante una mera descentralización administrativa en los que la asistencia sanitaria del antiguo INSALUD se incardina en el título competencial “Seguridad Social”⁴¹. En fin, la desigualdad de trato en la Ley (estatutos de autonomía) entre los dos grupos de Comunidades Autónomas es notable y sorprendente.⁴²

³⁸ 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, conviene precisar 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.

³⁹ Incorporan referencia al “desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado” en materia de Seguridad Social, así como la gestión del régimen económico, pero sin mencionar de forma expresa la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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).

⁴² 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 competenciales deciden asumir. En suma, la Constitución admite que el Estado autonómico sea asimétrico.

8. La Ley 21/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación autonómico.

Esta Ley, mediante su artículo 69, 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.

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

Las descritas determinaciones legales mediante las que se intenta mantener la conexión de la asistencia sanitaria a la Seguridad Social, fueron objeto de serias críticas por un importante sector de la doctrina científica, como hemos visto antes.

Pues bien, el proyecto de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud aprobado por el Gobierno central y presentado a las Cortes Generales⁴³, posiblemente asumiendo tales críticas y situándose en línea con esta doctrina, trató y reguló la cuestión en mi criterio de una forma acertada. En dicho proyecto se ligó la asistencia sanitaria únicamente al “Sistema Nacional de Salud” -artículo 4-, sin referencia alguna al “Sistema de Seguridad Social”, y, por tanto, se encuadró en la materia sanidad y en el título competencial “Sanidad”. Determinante de tal posición lo era la disposición final primera en la que se aludía como título competencial para la promulgación de la Ley exclusivamente al artículo 149.1.16 CE, no haciendo referencia alguna al apartado 17, que, como sabemos, atribuye al Estado la competencia en materia de bases de la Seguridad Social y su régimen económico entero. Así pues, el tratamiento dado en el proyecto de Ley a esta cuestión implicaba un importante apoyo legislativo y un espaldarazo a la ansiada y definitiva desvinculación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

Sin embargo, el Grupo Parlamentario Socialista presentó tres enmiendas al proyecto -al preámbulo, al artículo primero y a la disposición final primera-⁴⁴ con el propósito de dejar explícito en la Ley que la asistencia sanitaria es una prestación de la Seguridad Social, reiterando así nuevamente la pretendida conexión de la misma con el sistema de Seguridad Social. Desafortunadamente, en mi modesto criterio, prosperaron las enmiendas a la exposición de motivos y a la disposición final primera, no la del artículo primero, y en el texto definitivo de la Ley podemos leer en el inicio del apartado primero de la exposición de motivos una referencia al artículo 41 CE y al artículo 38.1a) de la Ley General de Seguridad Social, y en el apartado 1 de la disposición final primera se significa que la Ley se dicta al amparo de los apartados 1º y 16º del artículo 149.1 CE y, lo que es perturbador, también al amparo del apartado 17º de dicho artículo⁴⁵.

10. El Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

Su disposición final primera establece que se dicta al amparo del artículo 149.1.ª, 16.ª y 17.ª CE.

Deroga y sustituye al Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. Como he apuntado antes, quizás pudiera tener sentido que el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, en la medida en que regulaba la asistencia sanitaria cuya prestación era entonces en gran parte del territorio del Estado responsabilidad de la Seguridad Social vía INSALUD, se dictara al amparo del artículo 149.1.16 y 17 CE. Empero,

⁴³ BOCG de 13 de diciembre de 2002, Serie A, núm. 126-1.

⁴⁴ Enmienda núm. 319 a la exposición de motivos; enmienda 320 al artículo 1 y enmienda 409 a la disposición final primera. BOCG de 4 de marzo de 2003, Serie A, núm. 126-8.

⁴⁵ Este apartado 1 de la disposición final primera, reelaborado en la tramitación parlamentaria, tiene, además, una redacción deficiente pues respecto del apartado 17º sólo se alude al régimen económico de la Seguridad Social y no a la legislación básica, aunque creo que la falta de referencia a la legislación básica es intencionada, es decir, se trata de anular la asistencia sanitaria al régimen económico respecto del que el Estado tiene competencia plena y exclusiva posibilitando así la imposición de vinculaciones financieras a las Comunidades Autónomas en la prestación de la “asistencia sanitaria de la Seguridad Social”.

una vez transferida la asistencia sanitaria a todas las CCAA, desaparecido el INSALUD, median-do ya el importante pronunciamiento del Tribunal Constitucional hecho en la Sentencia 98/2004, de 25 de mayo, y por todo lo que razonaré seguidamente, no encuentro justificación jurídico-constitucional alguna para seguir en-ganchando esta normativa en el título competen-cial “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social”.

III. LA PROGRESIVA CONFORMACIÓN ORGÁNICO-INSTITUCIONAL DE LA ASISTENCIA SANITARIA COMO UN SERVICIO DE SALUD UNIVERSALIZADO DESVINCULADO DE LA SEGURIDAD SO- CIAL.

Elementos conformadores.

De todos modos, al margen de los intentos del legislador estatal por mantener anudada la asistencia sanitaria a la Seguridad Social, lo que resulta inobjetable es que la organización del sistema de asistencia sanitaria, tanto de los centros y servicios propios como de los transferidos del INSALUD, se ha conformado y se sigue conformando y estructurando por las Comuni-dades Autónomas históricas y asimiladas en sus respectivos Servicios de Salud al cobijo del tí-tulo competencial “sanidad” y, por ende, de la materia “sanidad”, no de la materia “seguridad social”. Ello con base a los siguientes postula-dos:

- En términos constitucionales, la asistencia sanitaria no es algo innato a la Seguridad Social en el sentido de tener que pertenecer necesaria-mente a la misma, sino, como ya hemos visto, fue intención del constituyente desvincularla de la Seguridad Social para conformarla como una prestación asistencial pública, universal y gra-tuita.

- El carácter no contributivo y universalista de la asistencia sanitaria y su entera financiación vía presupuestos generales⁴⁶, la convierten en el

típico Servicio Público asistencial lo que choca frontalmente con la pretendida conexión a la Se-guridad Social, que no es un Servicio Público, y con su régimen económico, pues tanto la natu-raleza como los respectivos sistemas de finan-ciación son antagónicos. El nuevo sistema de fi-nanciación instaurado por la Ley 21/2001 re-fuerza esta idea.

- En un Servicio de Salud universalizado desaparece, por carecer de sentido, el concepto “aseguramiento”, concepto ligado siempre a la afiliación expresa a un sistema asegurador o a la concurrencia de determinados requisitos⁴⁷. Aho-ra se tiene derecho por la simple condición de ciudadano.

- En la Seguridad Social el derecho a la asistencia sanitaria sólo surge cuando aparece la contingencia protegida (la enfermedad o la le-sión física) y la acción es sólo reparadora. Con-cepción ésta, desde luego incompatible con un sistema sanitario integral (preventivo, curativo, rehabilitador) y universal. El Servicio Público de la sanidad no debe reaccionar sólo cuando aparece una contingencia protegida, esto es, una situación de lesión o enfermedad para repararla, sino que debe velar y actuar para que el ciuda-dano sano siga siéndolo, promoviendo y prote-giendo su salud.

- La asistencia sanitaria es constitucional-mente un subsistema del sistema Sanidad, por lo que el título competencial de desarrollo legisla-tivo de la legislación básica en materia de sani-dad interior habilita a todas las Comunidades Autónomas sin excepción a legislar sobre asis-tencia sanitaria, hasta el punto de que necesari-mente ha de conceptuarse como “sanidad”, no como “asistencia sanitaria de la Seguridad So-cial”. Recordemos como, a juicio de ALONSO OLEA, el propio Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 propicia

sancionado por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, al sentar la financiación de la sanidad vía presupuestos generales, excluyendo totalmente la financiación vía cotizaciones a la Seguridad Social.

⁴⁷ *Piénsese que el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, de extensión de la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a personas sin recursos económicos, fijó como requisito la insuficiencia económica, es decir, no tener rentas que superasen el salario mínimo interprofesional.*

⁴⁶ *La Ley 24/1997, de 15 de julio, dispuso que la asistencia sanitaria, en cuanto prestación no contributiva, se financiaría íntegramente con cargo a los presupuestos generales del Estado*⁴⁶, lo que es posteriormente

la existencia de un ordenamiento separado para la asistencia sanitaria, distinto del de la Seguridad Social.

- Como consecuencia inevitable de esta evolución, el ordenamiento jurisdiccional termina residenciando las cuestiones de responsabilidad patrimonial y de personal estatutario en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Estos postulados han sido el norte en la construcción de los Servicios de Salud autonómicos y, por ende, del Sistema Nacional de Salud. No obstante, se ha dicho⁴⁸ que el Sistema Nacional de Salud no sustituyó a la Seguridad Social como nueva forma de organizar la protección de la Salud, sino que se superpuso. Cierta es tal afirmación vista la cuestión desde la óptica de la regulación legal, puesto que la asistencia sanitaria de la Seguridad Social se prestaría por entidades ajenas a la Seguridad Social, pero, a tenor de los preceptos legales citados *supra*, seguiría siendo una prestación de la Seguridad Social. No obstante, yo daría un paso más afirmando que de facto hay sustitución, no superposición. Ello porque los gobiernos autonómicos de las Comunidades Autónomas históricas y asimiladas, que han marcado y seguirán marcando la pauta, ordenan y gestionan la asistencia sanitaria por maternidad, accidente no laboral y enfermedad común como una materia totalmente desvinculada de la Seguridad Social, esto es, en el ámbito material y competencial de la "sanidad". Dejan a la ordenación y gestión por la Seguridad Social la asistencia sanitaria por accidentes laborales y enfermedades profesionales

2. Quiebras en la conformación integradora de la asistencia sanitaria y en su efectiva universalización.

Sobre la integración de la asistencia sanitaria.

Uno de los pilares o principios organizativos básicos del Sistema Nacional de Salud conforme a la Ley General de Sanidad fue la integración de todos los servicios sanitarios, en pri-

mer lugar en el ámbito de cada Comunidad Autónoma y, en segundo lugar, a escala nacional en el Sistema Nacional de Salud. En cumplimiento de este mandato legal, las Administraciones autonómicas responsables iniciaron inmediatamente el proceso de integración en los nuevos Servicios de Salud autonómicos de los servicios sanitarios existentes en cada territorio dependientes de distintas entidades, principalmente Diputaciones y Ayuntamientos. Posteriormente, con la transferencia de los servicios sanitarios del INSALUD tempranamente a las históricas y más tarde a las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE y su integración en los respectivos Servicios de Salud, este proceso avanzó enormemente.

Pero, para completar el proceso falta la integración de dos importantes grupos de centros y servicios sanitarios: a) los dependientes de las Instituciones Penitenciarias; b) los dependientes de las mutualidades, entidades colaboradoras y mutuas con responsabilidades de cobertura de asistencia sanitaria pública (accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, colectivos de funcionarios, etc.)⁴⁹.

La Ley General de Sanidad intento resolver esta cuestión ordenando la armonización y refundición de la normativa de estos colectivos en un plazo de 18 meses (disp. final segunda), mandato evidentemente incumplido. La Ley de Cohesión y Calidad la resuelve parcialmente al disponer la transferencia a las Comunidades Autónomas de los servicios sanitarios de las Instituciones Penitenciarias para su plena integración en los correspondientes servicios autonómicos de salud⁵⁰.

Empero, opta por mantener desintegradas de los respectivos Servicios de Salud autonómicos a las entidades colaboradoras y mutuas con responsabilidades de cobertura de asistencia sa-

⁴⁸ SEVILLA, F., "La reforma de la Seguridad Social y la atención sanitaria" *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra 06, junio de 2006, p. 135.

⁴⁹

Un extenso y detallado estudio de estas empresas colaboradoras y colectivos de funcionarios en J. PEMA GAVIN, cit. pp. 81 a 92 y J. M. FREIRE CAMPO, "La cobertura poblacional del SNS: importancia y retos de la universalización y la equidad en el aseguramiento", en el libro colectivo Un nuevo contrato social para un Sistema Nacional de Salud sostenible, Ariel, Barcelona, 2005.

⁵⁰

Esta transferencia había de realizarse en un plazo máximo de 18 meses desde la entrada en vigor de la Ley, plazo evidentemente incumplido. Sólo se ha transferido a Cataluña.

nitaria pública. No encuentro justificación alguna a que perviva esta situación por cuanto es generadora de innecesarias disfuncionalidades. Es cierto que la legislación de la Seguridad Social reconoce a las prestaciones sanitarias por accidente de trabajo y enfermedad profesional naturaleza contributiva, y en virtud del artículo 77 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 existen empresas (Mutualidades de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) que gestionan directamente la prestación de asistencia sanitaria a sus trabajadores, pero incluso aceptado que las prestaciones sanitarias por quebranto de la salud en el ámbito laboral tengan naturaleza contributiva y el empresario abone la asistencia prestada, lo que es adecuado para estimular el celo de las empresas en la prevención de riesgos laborales, ello no es óbice legal para que la concreta prestación sanitario-asistencial sea en estos casos responsabilidad de los Servicios de Salud autonómicos y éstos la cobren al empresario correspondiente⁵¹.

También opta por mantener la regulación específica en el marco de regímenes especiales de la Seguridad Social de tres colectivos de funcionarios -funcionarios civiles del Estado, personal de las Fuerzas Armadas y personal de la Administración de Justicia- cuya asistencia sanitaria se enmarca en planteamientos de carácter mutualista y profesionalizado y, por tanto, de carácter contributivo, lo que ciertamente resulta contradictorio con el postulado de la propia Ley de Cohesión y Calidad de sancionar definitivamente una asistencia sanitaria universal y pública con cargo a presupuestos generales. Además, como oportunamente ha puesto de manifiesto FREIRE CAMPO estos regímenes especiales implican una desigualdad de trato intolerable.

Sobre la universalización de la asistencia sanitaria.

La plena universalización de la asistencia sanitaria no es todavía un hecho. De un lado,

quedan algunos colectivos de ciudadanos a los que no se les reconoce formalmente el derecho a la asistencia sanitaria pública (profesionales que no ejercen como autónomos y personas no afiliadas a la Seguridad Social con recursos económicos superiores a los fijados por el RD 1088/1989). De otro lado, no existe todavía una normativa ni una práctica común a todas las Comunidades Autónomas respecto al reconocimiento del derecho, si bien paulatinamente se va unificando a través de la Tarjeta Individual Sanitaria.

IV. EL ENCUADRE COMPETENCIAL Y MATERIAL DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El Tribunal Constitucional, sin duda, atento a la realidad derivada de la conformación orgánico-institucional de la asistencia sanitaria a la que ya he aludido *supra*, en su reciente Sentencia 98/2004, de 25 de mayo, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Estado frente a varios preceptos de la Ley 5/1996, de 27 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 1997, encuadra la asistencia sanitaria pública en el título competencial del artículo 149.1.16 de la Constitución y, por ende, en el ámbito material de la sanidad. Al respecto, en el fundamento jurídico quinto razona lo siguiente:

“Rechazada la posibilidad de incardinar la controversia planteada en el título competencial antes apuntado, es preciso analizar si es posible encuadrarla dentro del título -también esgrimido por el Abogado del Estado- relativo al régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17 CE). Tal posibilidad, sin embargo, ha de ser rehusada, pues en tanto que el precepto aquí impugnado se refiere a la fijación del sistema de financiación pública de una de las prestaciones (los medicamentos) proporcionadas por el «Sistema Nacional de Salud», nuestro control de la constitucionalidad determina que el marco conceptual y competencial específico aplicable aquí sea el de la «sanidad» (art. 149.1.16 CE) y no el de la «Seguridad Social» (art. 149.1.17 CE). En efecto, el «Sistema Na-

⁵¹ El Grupo Parlamentario Socialista del 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 especificidad por cuanto resultaba anacrónica y disfuncional. No prosperó.

cional de Salud» tiene por objeto y finalidad garantizar la protección de la salud de los ciudadanos, cometido que se instrumentaliza a través de un conjunto de servicios y prestaciones sanitarias de carácter preventivo, terapéutico, de diagnóstico, de rehabilitación, así como de promoción y mantenimiento de la salud. De este modo, proporciona a todos los ciudadanos una serie de prestaciones de atención sanitaria de índole diversa, como la atención primaria y especializada, las prestaciones complementarias (entre ellas, la prestación ortoprotésica y el transporte sanitario), los servicios de información y documentación sanitaria, y la «prestación farmacéutica» (configurada tanto por los «medicamentos» como por los «productos sanitarios» necesarios para conservar o restablecer la salud de acuerdo con las concretas necesidades clínicas de los usuarios), siendo esta última a la que el precepto impugnado se refiere, al regular uno de los aspectos que garantizan el acceso a ella a través de la financiación pública selectiva del medicamento.

A pesar de la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social, que dentro de su acción protectora incluye la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en los casos de maternidad, enfermedad (común y profesional) y accidente (común y de trabajo), no cabe subsumir la materia aquí cuestionada en el título competencial relativo a ella (art. 149.1.17 CE). Como se ha dicho con anterioridad, el precepto impugnado no se circunscribe a la asistencia sanitaria que es dispensada por el sistema de Seguridad Social a favor de los beneficiarios que se encuentran dentro de su campo de aplicación, sino, más ampliamente, a la financiación pública de una prestación sanitaria (el medicamento) proporcionada por el Sistema Nacional de Salud con carácter universalista a todos los ciudadanos. En este sentido, se aprecia que la norma canaria no afecta al régimen económico de la Seguridad Social, ni a sus recursos financieros, ni a la vigencia del principio de «caja única» por el que se rige. Y ello resulta avalado porque la descentralización de la gestión de los servicios sanitarios y el traspaso de servicios y funciones efectuada por la Administración del Estado en materia de sanidad a favor de las distintas Co-

munidades Autónomas se ha visto acompañada de una nueva forma de financiación de la asistencia sanitaria, que abandonando la específica partida presupuestaria de la Seguridad Social se ha integrado en el sistema general de financiación autonómica junto al resto de las partidas presupuestarias (proceso éste que ha culminado con la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con estatuto de autonomía).

Lo anterior se confirma también por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud que, según su art. 1, tiene por objeto el establecimiento del «marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas Sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias». Entre los principios generales que informan dicha Ley, de acuerdo con su art. 2 a) y e), se encuentran «la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad» y «la financiación pública del Sistema Nacional de Salud de acuerdo con el vigente sistema de financiación autonómica», principios que se concretan en un catálogo de prestaciones entre las que se incluye la «prestación farmacéutica» (art. 7.1), siendo relevante que esta prestación, como las restantes previstas en dicha Ley son responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencias y el actual sistema de financiación autonómica, quedando garantizada la suficiencia financiera por lo previsto en la citada Ley 21/2001 (art. 10.1 y 2).

En suma, la cuestión debatida se encuadra en el ámbito material correspondiente a la «sanidad» (art. 149.1.16 CE).”

En fin, la limpieza y rigurosidad del discurso seguido por el Tribunal Constitucional, exime de comentarios o aclaraciones por mi parte⁵². Lo

⁵² No puedo resistirme a expresar el grado de satisfacción que me ha reportado ver finalmente ratificada por el Tribunal Constitucional la tesis que he venido defendiendo públicamente en diversos foros y publicaciones. Felizmente, como personalmente esperaba y deseaba, el Tribunal Constitucional ha sancionado la que, en mi criterio, es la posición más acertada. Es de esperar que este posicionamiento sea

único que deseo resaltar es que el Tribunal Constitucional, para llegar a la posición que adopta, incluso se apoya en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, ello a pesar de que, como ya sabemos, el apartado 1 de su disposición final primera establece que la Ley se dicta al amparo de los apartados 1º y 16º y también al amparo del apartado 17º del artículo 149.1 CE, precepto éste que, desde luego, no se le ha ocultado al Tribunal Constitucional. Ocurre, al menos en mi criterio, que el Tribunal Constitucional, está más atento a los postulados de la propia Constitución, que son su guía esencial para resolver, y a la realidad de las cosas, dejando de lado, por tanto, una determinación legal inoperante. Este acertado pronunciamiento del Tribunal Constitucional puede tenerse, además, como un aviso para que se reconduzcan los Estatutos de Autonomía del artículo 143 CE en las próximas reformas de los mismos.

V. POSICIÓN QUE MANTENGO AL RESPECTO.

Para el Tribunal Constitucional y la generalidad de la doctrina científica la opción del constituyente fue clara: la construcción de un sistema de salud universal, integral e integrado, descentralizado territorialmente y totalmente desvinculado del sistema de Seguridad Social. Muy posiblemente fue una consecuencia inevitable y coherente con el diseño del Estado autonómico y la concepción universalista de la asistencia sanitaria como derecho cívico. Podrá valorarse y discutirse sobre si esta opción del constituyente fue o no acertada. Lo cierto es que el constituyente optó decididamente por el Estado autonómico, forma de Estado que tiene sus grandezas -acercamiento del poder político a los ciudadanos y gestión por estos de sus propios intereses a través de los entes autonómicos- y sus servidumbres -generación de divergencias, asimetrías e, incluso, desigualdades en la posición de ciudadanos residentes en distintas Comunidades Autónomas-. En lo que hace a la sanidad asumo plenamente la opción del constituyente pues desde la óptica política acerca el sis-

tema sanitario a los ciudadanos facilitándoles una mayor participación en su conformación y gestión, y desde la óptica técnico-asistencial posibilita y facilita la construcción de un sistema integral e integrado abierto al ciudadano en su condición de tal.

El gran pero que se le pone a al modelo sanitario surgido de la construcción del Estado autonómico es que es un sistema de difícil cohesión y que genera o puede generar desigualdades en la posición del ciudadano/usuario respecto a la protección de su salud, quebrando la equidad del sistema. Pues bien, para evitar un grado de desigualdad intolerable el constituyente reservó al Estado la competencia para fijar las bases de la sanidad. La fijación de estas bases garantiza sobradamente la igualdad constitucionalmente necesaria o imprescindible, pues, como acertadamente ha señalado JIMÉNEZ PALACIOS⁵³, en la materia que nos ocupa, lo básico no es sinónimo de mínimos, sino más bien de todo lo contrario. Y, en efecto, las desigualdades surgidas y que puedan aparecer en el futuro son mínimas toda vez que los contenidos básicos del catálogo de prestaciones y cartera de servicios fijados por el Estado son amplísimos⁵⁴. En cualquier caso, conviene tener presente que esas desigualdades son resultado de la libre y voluntaria opción política hecha por cada Comunidad Autónoma. Al respecto, creo oportuno traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la autonomía política y la igualdad de posiciones de los ciudadanos en todo el territorio nacional. En su Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, dijo⁵⁵:

“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

finalmente asumido sin reservas por todas las instituciones y responsables de la gestión sanitaria.

⁵³ “El Sistema Nacional de Salud 20 años después”, *Revista de Administración Sanitaria*, 2006; 4-2, p. 318.

⁵⁴ Basta con dar un repaso al Real Decreto 1030/2006, por el que se establece la cartera de servicios comunes del SNS.

⁵⁵ Doctrina reiterada en otras muchas sentencias, como las SSTC 186/1993, de 7 de junio, 225/1993, de 8 de julio, 284/1993, de 30 de septiembre, 319/1993, de 30 de noviembre y 337/1994, de 23 de diciembre.

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 artículos 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1.^a de la Constitución, 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 cabe complementarla con la desarrollada en la citada STC 98/2004, de 25 de mayo, en la que afirma que la uniformidad estatal que asegura un nivel mínimo homogéneo (nivel de suficiencia) de las prestaciones sanitarias, puede ser susceptible de mejora por parte de las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia sustantiva y de la autonomía financiera.

Creo, pues, que sin duda es preferible la solución expansiva de los sistemas de salud autonómicos absorbiendo todas las prestaciones de asistencia sanitaria que prestaba y sigue prestando la Seguridad Social. Ello, en mi criterio, obliga a una redefinición del Consejo Interterritorial de Salud atribuyéndole funciones ejecutivas y de coordinación⁵⁶.

⁵⁶ Sobre esta cuestión puede verse lo que ya he escrito al respecto en varios trabajos. Por todos, puede consultarse mi libro *Derecho Sanitario de Navarra, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2005, pp.122 a 128.*