

RESTRICCIONES DE GASTO, GESTION PRIVADA Y COPAGO EN EL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD

Pablo Acosta Gallo

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: La crisis financiera que azota Europa se ha traducido en políticas económicas que pretenden aumentar los ingresos del Estado a la vez que disminuyen los gastos. Una de las partidas que está sufriendo los recortes es la dedicada a los servicios públicos de salud. En España, los gobiernos en sus diferentes niveles territoriales están aprobando medidas que repercuten en el usuario parte del coste de estos servicios. Estas medidas pueden afectar al derecho a la salud, al derecho a una calidad asistencial adecuada y a la igualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias.

Palabras clave: salud, sanidad, derecho a la salud, sistema nacional de salud, servicio público, privatizaciones, copago, recortes

Title: Budget cuts, private management and shared payment in the public health system

Abstract: The financial crisis that is battering Europe is forcing States to drive public economic policies with two main objectives: income increasing and spending cuts. The consequent cutbacks are affecting the Spanish National Health System. Governments in the different territorial levels (State, regions and local) are adopting decisions that charge on the users part of the costs in public health services. These decisions may damage citizen's right to health, healthcare quality and equal access to the National Health System.

Keywords: health, healthcare, right to health, national health system, public service, privatization, shared payment, cutbacks.

SUMARIO: 1. ¿Qué es el copago? 2. Configuración constitucional del derecho a la salud 3. El servicio público de salud 4. Atención sanitaria y principio de igualdad 5. El principio de eficiencia y la oportunidad de la medida 6. Posible inconstitucionalidad del copago farmacéutico desde el orden competencial 7. A modo de valoración y conclusión

La crisis que se inició en los mercados financieros en 2007, calificada por los expertos como la más grave desde 1929, se ha extendido imparable durante los últimos cinco años hasta alcanzar de lleno la economía real, abriendo una brecha en la línea de flotación de las economías nacionales europeas, que es la deuda soberana. En la misma línea que otros ejecutivos europeos, el Gobierno de España ha trasladado sus problemas de financiación externa a los presupuestos generales del Estado mediante dos vías: mayor presión tributaria para aumentar los ingresos y reducción de partidas para reducir el gasto.

Una de las primeras consecuencias de esta política regresiva es que las Administraciones Públicas en sus distintos niveles territoriales -general del Estado, autonómico y local- han decidido reducir el gasto sanitario mediante la modificación de las correspondientes partidas presupuestarias. Para conseguir este fin, se han adoptado además medidas concretas y contundentes. Algunas, como la reasignación de medios materiales y humanos, se corresponden con la facultad de gestión del servicio. Otras, como la externalización (privatización) de servicios o la implantación del copago por servicio, son decisiones políticas que alteran la esencia del servicio público y modifican el statu quo de la relación jurídica entre el ciudadano y la administración que presta el servicio.

Se pretende aquí abordar el fenómeno no desde una perspectiva social ni política, sino jurídica, desde el punto de vista del Derecho y de su aplicación. Sin embargo, este es un tema extremadamente politizado, en el que ni siquiera los términos son inocentes. Decir "copago" no es lo mismo que "repago", ni "recorte" es lo mismo que "ajuste". La opción por uno u otro término coloca inevitablemente al que los usa en una clara opción ideológica o en su contraria. En cualquier caso, la medida por la que se obliga al ciudadano a pagar por su atención sanitaria no es una medida exclusivamente económica, sino que puede y debe ser analizada desde la óptica del Derecho.

1. ¿Qué es el copago?

Las dos principales consecuencias de la crisis financiera en cuanto a lo que aquí nos ocupa -la reducción de gastos del Estado junto con el aumento de sus cargas financieras- han sido trasladadas a la financiación de los servicios públicos a través de distintos instrumentos; unos presupuestarios y otros que trasladan el coste de los servicios públicos a los usuarios.

El primero de estos instrumentos es la congelación o disminución de la partida presupuestaria correspondiente a los recursos humanos y materiales del servicio. Esta es una medida organizativa cuyo principal reproche es que no suele basarse en evaluación alguna del servicio ni en ningún tipo de estudio,

sino que viene por la vía de los hechos. Por tanto, el impacto de la reducción presupuestaria es una incógnita; puede afectar en menor medida a servicios prestados por estructuras sobredimensionadas, pero en el resto de los casos puede llegar a estrangular la prestación del servicio, cosa que sólo puede comprobarse con el paso del tiempo.

La segunda vía de disminución del gasto público es imputar al usuario parte del servicio. En apariencia, esta medida parece responder a cierta justicia matemática -paga más quien más usa-, pero basta añadir un factor para comprender lo falaz de dicha impresión: las diferencias de renta entre ciudadanos hacen que lo que para unos es poco, para otros pueda ser disuasorio del uso del servicio público.

Se ha dado en llamar copago a la tasa o precio público que se impone por la utilización de un servicio sanitario. El concepto de tasa está contenido en la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos, que las define como "tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado" (art. 6). A su vez, son precios públicos "las contraprestaciones pecuniarias que se satisfagan por la prestación de servicios o la realización de actividades efectuadas en régimen de Derecho público cuando, prestándose también tales servicios o actividades por el sector privado, sean de solicitud voluntaria por parte de los administrados" (art. 24). En principio, la ley exige que el precio público cubra los costes reales del servicio, pero admite excepciones a esta regla "cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen" (art. 25.2). Las comunidades autónomas tienen normas muy similares que se aplican a los servicios que tienen transferidos.

La denominación de copago es equívoca y un tanto inexacta, pues no se trata de un pago compartido entre la Administración y el usuario, sino entre todos los ciudadanos, vía impuestos, y el usuario final, vía pago de la tasa o precio público. En este sentido ha sido considerada por algunos un "repago" en vez de un "copago", pues el servicio público acaba siendo abonado por el usuario dos veces. En todo caso, la medida ha sido enarbolada por algunas comunidades autónomas y por el propio Estado al amparo de dos argumentos: la falta de fondos y el efecto disuasorio ante los excesos de algunos usuarios que, supuestamente, abusan de la gratuidad del sistema.

La consecuencia práctica para el ciudadano es que algunos servicios que eran gratuitos, como los traslados en ambulancia, pasan a ser de pago; y que ventajas tales como la subvención de medicamentos disminuyen o desaparecen, al igual que las ayudas sociales para situaciones de necesidad (drogas, pacientes psiquiátricos, tercera edad o dependientes).

Una tercera medida, la más radical, ha consistido en la exclusión de colectivos enteros de la asistencia sanitaria pública, cosa que ha ocurrido con los inmigrantes indocumentados, asunto que está pendiente del pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional¹.

Cataluña ha implantado ya el denominado copago farmacéutico mediante la imposición al ciudadano del pago de un euro por receta expedida. La Comunidad de Madrid ha anunciado que va a adoptar esta misma medida. Otras comunidades han anunciado pasos en la misma dirección, como la disminución de ayudas públicas a personas y colectivos en situación de necesidad o dependencia, aumentando el porcentaje de gasto que se repercute sobre los pacientes. El Estado también ha adoptado medidas como el copago en los traslados de ambulancia no urgentes. La reducción o desaparición de las ayudas económicas a personas en situación de necesidad provoca dolorosas situaciones personales de las que se hace eco la prensa. El descontento social es evidente, y el sufrimiento de los más desprotegidos, también. En unos pocos años España, que era hace sólo cinco años un país próspero y potente con un alto nivel de vida, ha pasado a estar al borde del rescate financiero. El año 2012 nos ha dejado noticias terribles de las que se ha hecho eco la prensa: suicidios ante la inminencia de un desahucio, personas dependientes que no reciben ayuda pública, cierre de servicios sociales destinados a personas en riesgo de exclusión social, pacientes psiquiátricos que abandonan el centro en el que son atendidos y vuelven al domicilio familiar... La crisis impacta de manera muy diferente en las vidas de los particulares, pero los más débiles la sufren con mayor crudeza.

2. Configuración constitucional del derecho a la salud

La salud es uno de los valores esenciales para la persona, una aspiración sin la cual una vida de calidad no es posible. Por esta razón, ya en los orígenes de nuestro Derecho se encuentra la protección del valor humano básico que es la vida y su integridad. El Derecho cumple una insustituible función en la protección del bien jurídico que constituye la salud de las personas. La salud es uno de los bienes jurídicos superiores que el Derecho tutela. El derecho a la protección de la salud está reconocido en el artículo 43 de la Constitución española, en el Capítulo III de su Título I, dedicado a los principios rectores de la política social y económica. Aunque resulta evidente la no inclusión del derecho a la salud entre los derechos fundamentales protegidos por el artículo 53.2 de la Constitución, la protección de la salud no es un simple principio

¹ Algunas Comunidades Autónomas han optado por no aplicar esta medida bien aprobando normas en contra (País Vasco) o bien por la vía de los hechos, prestando asistencia sanitaria a los miembros de este colectivo (Andalucía). El 17 de diciembre del 2012, el Tribunal Constitucional ha dado a conocer un auto que se pronuncia sobre el recurso del Gobierno central contra el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre el régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en el que se regulaba tanto el repago farmacéutico como la atención a los inmigrantes sin papeles. Sin perjuicio de la sentencia definitiva, el TC levanta la suspensión cautelar de la aplicación de algunos de los artículos del reglamento autonómico, considerando que el argumento del ahorro, no puede prevalecer sobre el interés general de preservar la salud.

rector de la actuación de los poderes públicos, ya que su formulación no deja duda sobre su naturaleza de auténtico derecho: "Se reconoce el derecho a la protección de la salud". El reconocimiento de este derecho no es puramente retórico, ya que la misma norma atribuye a los poderes públicos su efectiva tutela, y tanto el legislador como las distintas administraciones públicas están obligados a procurar su salvaguarda en base a lo dispuesto en el artículo 53.3, y están obligados a hacerlo de modo eficaz, en aplicación del principio recogido en el artículo 103.1 del texto constitucional.

Dado que nuestro texto constitucional establece que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 CE), los principios y reglas contenidos en dicho Capítulo (artículos 39 a 52) suponen una vinculación, una verdadera regla de conducta que se impone a los poderes públicos, sin distinción de ideología. En nuestro sistema jurídico, la protección de la salud no es una elección del partido que gobierna, sino una obligación vinculante para todos los poderes públicos.

De esta forma, los poderes públicos están obligados a salvaguardar la salud en un sentido amplio, y obligados también a hacerlo de modo eficaz, pues así lo dispone de forma expresa el artículo 103.1 de la Constitución. La salud, tanto en su vertiente personal como pública, es condición y presupuesto de la dignidad y la calidad de vida, pero también de la libertad (Parejo Alfonso). Sin la intervención activa de los poderes públicos en materia de protección de la salud no sería posible mantener la dignidad de las personas y el libre desarrollo de la personalidad, valores que el artículo 10.1 de la Constitución considera fundamento del orden político y de la paz social. El derecho a la salud opera como un derecho de libertad que permite oponerse a aquellas actuaciones de los poderes públicos que lo alteren o limiten (Muñoz Machado). El derecho a la salud encuentra así su engarce con otras normas constitucionales, resultando una especie de entramado donde distintos derechos no pueden ser contemplados de forma aislada, ya que todos ellos responden a la consecución de un fin común: el libre desarrollo de la personalidad y la digna calidad de vida que la Constitución contempla ya en su Preámbulo.

A diferencia de otros derechos, que pueden ejercerse de forma completa y satisfactoria, el derecho a la salud siempre conlleva cierto grado de insatisfacción por dos motivos: porque la salud nunca es plena y porque, resuelta una aspiración, aparece otra. Erradicadas muchas de las enfermedades que en siglos anteriores provocaban altas tasas de mortandad, la Medicina se enfrenta hoy a los retos que plantea la prolongación de la vida humana. El derecho a la salud es un derecho aspiracional, tendencial. Es un derecho a los medios, no a los fines. El ciudadano no puede pretender de los poderes públicos que le garanticen su buena salud, sino que pongan a su disposición los medios que hagan posible el más alto nivel de salud posible (Beato Espejo). El derecho a la salud no implica una obligación de resultados, pero sí una obligación de medios. En este sentido, la Carta Social Europea de 1961, ratificada por España en 1977, refleja esta idea sobre la protección de la salud en el párrafo 11º de su

parte I: "Todas las personas tienen el derecho a beneficiarse de todas las medidas que les permitan disfrutar del mejor estado de salud que puedan obtener".

El derecho a la salud goza en nuestro país de reconocimiento formal, tanto constitucional como legal. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, lo proclama en su artículo primero, mientras que la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, detalla los instrumentos mediante los cuales se hace efectiva la protección del derecho. Por último, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, inserta en la reciente y desafortunada costumbre de complicar el ordenamiento jurídico aprobando leyes que proclaman grandes principios pero que tienen una escasa aplicabilidad, poco añade al panorama anterior en cuanto a la delimitación del derecho a la salud, más allá de adjetivarlo (art. 3) con los principios generales de "equidad, salud en todas las políticas, pertinencia, precaución, evaluación, transparencia, integralidad y seguridad".

3. El servicio público de salud

En las naciones avanzadas de Occidente, el periodo que transcurre entre finales del XIX y 1970 muestra con carácter general un progresivo acercamiento entre clases sociales que hizo que las sociedades fueran cada vez menos desiguales. El Estado actuó como factor igualador a través de la provisión social y de los mecanismos del Estado de Bienestar, sobre todo a partir del final de la segunda gran guerra.

Ese periodo se caracteriza por la creencia común de que el Estado tiene un papel insustituible en la regulación de las relaciones sociales y en el sostenimiento del interés general (Judt). Este estado de cosas sucumbió a la discusión sobre el poder público y sus limitaciones. El punto de inflexión lo marcan las políticas privatizadoras de Margaret Thatcher en el Reino Unido y Ronald Reagan en Estados Unidos, firmes defensores del ultraliberalismo, bajo las creencias fundamentales de que la iniciativa particular es menos onerosa para los contribuyentes y que el interés particular es el factor ideal de creación de riqueza. Bajo la proclama de más libertad individual, menos impuestos y menos Estado comenzó la ola de privatizaciones de los servicios públicos que ha durado décadas. Tanto éxito ha tenido esta tendencia que, en el caso concreto de España, los sucesivos gobiernos de distinta ideología no han mostrado grandes diferencias a la hora de sustituir el espacio público por el privado desprendiéndose de una u otra manera de servicios que habían sido monopolios estatales.

Así, la doctrina tuvo que revisar el concepto jurídico de servicio público. Los autores de los años 60 y 70 del pasado siglo entendían que el régimen de servicio público se definía técnicamente por el principio de intervención estatal, lo que convertía al Estado en empresario de los más variados fines públicos, muchas veces en situación de monopolio. Se entendía de forma pacífica que el servicio a los ciudadanos exigía una acción positiva encaminada a prestar las

condiciones necesarias para el desenvolvimiento de la personalidad (Sánchez Agesta) y, de hecho, esta concepción fue amparada por nuestro texto constitucional.

En cualquier caso, la idea de servicio público ha convivido en un difícil equilibrio con el régimen liberal, pues el intervencionismo del Estado se compadece mal con la idea de libertad individual, que en su versión más literal no debería admitir limitaciones. El liberalismo económico, doctrina de larga tradición intelectual, sostiene que el bien común se construye a partir del interés individual. Adam Smith escribió en 1776 que "no es de la benevolencia del carnicero, cervecero o panadero de donde obtendremos nuestra cena, sino de su preocupación por sus propios intereses".

Sin embargo, el liberalismo social del XIX superó la concepción individualista y atomística del viejo liberalismo mediante una concepción orgánica que se centra en la sociedad, no en el individuo, propugnando la decidida intervención del Estado en el campo de lo social. Santamaría de Paredes advertía en torno a 1880 que el fin del Estado es mantener la armonía social. Así, la búsqueda del bienestar de todos los ciudadanos conduce a una especie de pacto social para la desaparición de la pobreza y el reparto más equilibrado y equitativo de la riqueza, dando lugar en el campo de lo político a la idea de Estado de Bienestar, idea que se consolidó en la Europa occidental a partir de la Segunda Guerra Mundial.

El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental fue consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España el 13 de abril de 1977. El proclamado derecho a la protección de la salud ha obligado a los Estados firmantes a desarrollar políticas efectivas de prevención y actuación ante la enfermedad. Estas políticas se reflejan en los distintos modos de prestación del servicio público de salud a través de distintos modelos de sistema nacional de salud, pues no existe uno solo, y sin que en el ámbito de la Unión Europea quepa ignorar la acción de las autoridades comunitarias en la materia.

La intervención del Estado en materia de salud es inherente a la fórmula del Estado Social de Derecho que consagra nuestra norma fundamental. El artículo 43.2 de la Constitución implica que la sanidad es, por imperativo constitucional, un servicio público, pues así se establece al atribuir a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública "a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios". Esto significa que el Estado goza de título jurídico habilitante para intervenir en la actividad, regulándola y controlándola, e incluso ejerciéndola directamente, pero sin que esto signifique necesariamente un monopolio de gestión, pues la actividad asumida por el Estado convive con una actividad privada paralela. Se trata por tanto de un servicio público que, como otros (educación), permite la intervención de particulares, característica que permite afirmar que se trata de un servicio público de mínimos, garantía de unas bases de protección de la salud pública

que cubren a todos los ciudadanos sin distinción. Es por tanto un servicio público compatible con la actividad privada pero irrenunciable en su ejercicio.

De esta manera, el Estado asumió en toda Europa el papel protector de la salud individual, además de la pública. Este objetivo se ha cubierto de distintas maneras, ya que no hay un único modelo de sistema de salud en el Derecho comparado. Cada país responde de distinta forma a las necesidades sanitarias, mediante políticas públicas de salud que difieren y dan lugar a distintos modelos de sistemas sanitarios públicos. Los diferentes países escogen diversos modelos no sólo en base a la disponibilidad presupuestaria, sino también en función de la orientación política de los respectivos gobiernos. No obstante, todos los sistemas sanitarios sin excepción sufren en común la actual situación de crisis. Las dificultades financieras impiden no sólo el desarrollo, sino incluso el normal funcionamiento de los sistemas sanitarios. Pero la crisis no es sólo financiera, sino también de legitimidad. Todos los modelos ensayados cuentan con virtudes, pero también con contradicciones. Los modelos más liberales, como el estadounidense, han generado grandes bolsas de pobreza al haber dejado en manos del ahorro individual la capacidad aseguradora y previsora de las familias. Por el contrario, los modelos universalistas han creado una pesada burocracia y pecan de gigantismo, por lo que han acabado teniendo que incorporar a su gestión técnicas del seguro privado.

En consecuencia, el Estado de Bienestar que surgió de las bases teóricas recogidas en el denominado Primer Informe Beveridge de 1942 (Social Insurance and Allied Services) no tuvo una larga vida. Una ola de privatizaciones ha recorrido Europa desde los años 70, convirtiendo al Estado prestador de servicios públicos en Estado vigilante de la prestación de servicios públicos por los particulares, en garante de la prestación por terceros de la actividad que tenía antes asumida como propia.

En estos tiempos de descrédito de la cosa pública, ha calado la idea de que la gestión pública es menos eficiente que la privada. Este aserto, que carece de la menor base empírica, supone que la gestión pública es más cara y ofrece peores resultados que la privada. Cierto es que la imagen que han ofrecido las Administraciones Públicas españolas durante los últimos años no ha contribuido a modificar esta impresión; la duplicidad de competencias, el derroche de fondos públicos, el desvanecimiento de la responsabilidad política, que se subordina a la penal, y los numerosos casos de corrupción, nepotismo y patrimonialización de lo público por parte de los partidos políticos han dado al traste con la idea de que los poderes públicos sirven el interés general. Pero también hay corrupción y derroche en la empresa privada, de lo que son ejemplo las entidades financieras necesitadas ahora del rescate con fondos públicos, o los procesos judiciales en los que son imputados relevantes empresarios.

Lo cierto es que la eficiencia no depende de la naturaleza pública o privada de la gestión, sino del modelo de gestión que se adopte. Un modelo de gestión bien diseñado y adecuado a las circunstancias será exitoso tanto en el plano público como en el privado. Algunas de nuestras áreas de actividad administrativa son

un modelo de logro de resultados a bajo coste, y su gestión es absolutamente pública. Otras empresas privadas siguen un modelo equivocado de gestión y quiebran, sin que se ponga en duda la validez del modelo de empresa privada.

En cualquier caso, la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, reconoció la posibilidad de administrar los centros sanitarios conforme a cualquier forma jurídico-privada, eso sí, matizando que la gestión indirecta debería hacerse "garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público". La consideración de la sanidad como servicio público es algo que está política y socialmente asumido, pero desde un punto de vista legal, nada obsta a que se pueda realizar la gestión indirecta del servicio público por parte de las administraciones competentes (Fuentetaja Pastor), esto es, "con medios ajenos a ellas" (art. 90.1 de la Ley General de Sanidad). Pero las suspicacias que levantan estas formas de colaboración jurídico-privadas (concertos y concesiones) tienen justificación en la medida en que pueden ser interpretadas como privatizaciones encubiertas. Por mucho que la Administración vigile la prestación del servicio, existe una diferencia insalvable entre las administraciones públicas y las empresas privadas; la motivación de las primeras es el interés general, mientras que las segundas representan inevitablemente el interés particular y la necesidad de generar beneficios.

4. Atención sanitaria y principio de igualdad

El artículo 3.2 de la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril) establece que el acceso a las prestaciones sanitarias se realizará en condiciones de igualdad efectiva, idea en la que insiste la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, cuyo artículo 23 dispone que "todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a las prestaciones sanitarias reconocidas en esta Ley en condiciones de igualdad efectiva". En efecto, la garantía de accesibilidad es una derivación del más genérico principio de igualdad ante la ley.

Puede resultar una obviedad decirlo, pero la igualdad se predica de "todos", no de la mayoría ni de algunos. Como es natural, la igualdad plena no existe en el campo de los hechos, sino en el jurídico; desgraciadamente, en el mundo de lo real existen las desigualdades. El Derecho establece no lo que "es", sino lo que "debe ser".

Durante las últimas décadas, el principio de igualdad ante la atención sanitaria pública ha estado basado en la gratuidad de las prestaciones ofrecidas. De esta manera, se ha intentado evitar que las diferencias sociales o de renta personal pudieran impedir o dificultar la garantía de accesibilidad a la atención sanitaria. Que la atención sea gratuita no significa, como es obvio, que no tenga un coste. Sólo que el coste se ha repercutido a "todos" por vía de impuestos, para que el usuario no tenga que hacer desembolso económico alguno con ocasión de utilizar el servicio.

Los derechos de los usuarios ante las administraciones públicas sanitarias están recogidos en el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Son derechos instrumentales del derecho a la salud, y se predicán, de modo universal, de todas las personas. Se trata de un derecho con la máxima amplitud en la configuración de su ámbito subjetivo, ya que se reconoce a favor de todos y cada uno de los individuos residentes en territorio nacional. En el caso de extranjeros no residentes se habrá de estar a lo que dispongan las leyes y los convenios internacionales. Y en relación con los inmigrantes irregulares, nada se estipula en la norma.

En el mismo sentido, la Ley General de Salud Pública de 2011 establece que "todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad sin que pueda producirse discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Establecida, en el plano teórico, la igualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias, los poderes públicos deben verificar que esa igualdad es también efectiva. La dotación presupuestaria de los distintos servicios y unidades sanitarias debe garantizar el acceso real en condiciones de igualdad, en razón de las circunstancias que se produzcan en cada caso concreto. Una disminución cuantitativa puede suponer un cambio cualitativo; esto es, que la insuficiencia presupuestaria puede conllevar la infracción del principio de igualdad. La calidad asistencial puede oscilar entre ciertos límites mínimo y máximo en función de los medios económicos disponibles, pero no puede disminuir a un punto en el que quiebre el principio de igualdad. Los poderes públicos, por imperativo legal, no pueden permitir que esto ocurra.

5. El principio de eficiencia y la oportunidad de la medida

Ha calado en nuestra clase política y en nuestra ciudadanía la idea de inevitabilidad de los recortes en las políticas públicas. El "no hay dinero" lleva a la consecuencia ineludible de la disminución o cancelación de determinados servicios. Se simplifica así el problema, pues resulta evidente que si no se presta el servicio se ahorra el coste, confundiendo de forma grosera la eficacia (la capacidad de lograr objetivos) con la eficiencia (el coste de conseguir objetivos). Hay una razón para esto: la Administración española ha venido adoleciendo de falta de estudios de eficiencia. Los análisis de calidad y eficiencia económica -en definitiva, las evaluaciones de las políticas públicas- vienen siendo una rareza en nuestra tradición administrativa.

No es así en otros países. Alemania ha suprimido para 2013 el copago trimestral por acudir a la sanidad pública. Los pacientes alemanes ya no tendrán que abonar 10 euros trimestrales por acudir a la consulta médica o al servicio de urgencias de un hospital. El pago aumentaba en 10 euros adicionales cuando el paciente acudía al especialista sin el volante de su médico de cabecera, o sea, sin previa prescripción. Esta medida, que se implantó en 2004, tenía como

finalidad reducir el número de consultas médicas innecesarias y evitar que los enfermos acudieran al especialista sin el filtro previo del médico generalista. La evaluación de estas medidas reveló que sólo resultaban disuasorias para las familias de rentas más bajas, mientras que el número total de consultas no sólo no se redujo, sino que continuó creciendo. Por otro lado, la facturación del copago implicaba un alto coste de administración: el médico invertía una media de 120 horas anuales en gestionar el cobro de las correspondientes cantidades, que eran parte de su retribución. Fue un notorio fracaso que ahora se pretende corregir.

Ya hemos dicho que la Ley General de Sanidad establece el principio de igualdad efectiva en el acceso a las prestaciones sanitarias. En este sentido, la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud contiene un catálogo de prestaciones financiadas con cargo a la Seguridad Social, catálogo que desarrolla el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y se detalla el procedimiento para su actualización. El catálogo de prestaciones tiene por objeto garantizar a los usuarios del sistema en todo el territorio nacional las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y de nivel adecuado. La cartera de servicios comunes puede actualizarse mediante orden del Ministerio de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. El propio Real Decreto detalla los principios que han de tenerse en cuenta para la definición y actualización del catálogo: la seguridad, eficacia, eficiencia, efectividad y utilidad terapéuticas de las técnicas, tecnologías y procedimientos, así como las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales y su impacto económico y organizativo.

La Ley 16/2003 también contempla la exclusión de una técnica, tecnología o procedimiento actualmente incluido en la cartera de servicios, pero sólo por causas objetivas y tasadas: evidenciarse su falta de eficacia, efectividad o eficiencia, o que el balance entre beneficio y riesgo sea significativamente desfavorable; haber perdido su interés sanitario como consecuencia del desarrollo tecnológico y científico; dejar de cumplir los requisitos establecidos por la legislación vigente. De esta manera, la pérdida de eficiencia de un tratamiento concreto puede ser motivo para su exclusión del Sistema Nacional de Salud, pero la insuficiencia de recursos financieros no está contemplada en la ley como motivo de exclusión.

No cabe duda de que la inclusión o exclusión de elementos de la cartera de servicios se ha de poner en relación con la capacidad del sistema de ofrecer prestaciones concretas. Esto significa que el derecho a obtener prestaciones no es a recibir todas las posibles, sino aquéllas que estén disponibles. La capacidad financiera del sistema limita el número de prestaciones sanitarias, de forma que no todas ellas son ofrecidas por el servicio público de salud. Además, el catálogo de prestaciones que ofrece el Sistema Nacional de Salud no es fijo, pues varía según las decisiones políticas sobre el destino de los recursos financieros y de personal. Se puede concluir que no existe el derecho a que el Sistema Nacional de Salud se haga cargo de una terapia en concreto, siendo ésta una decisión

que en cualquier caso se debería evaluar desde el prisma del principio de eficacia, no desde una inexistente exigibilidad jurídica por los ciudadanos. Cosa distinta es la reducción presupuestaria que afecta a la prestación del servicio, circunstancia que, por no estar prevista en la ley, en nada reduce el ámbito del derecho a la salud, y que por tanto debe ser manejada con una precaución extrema.

En todo caso, la evaluación de las políticas públicas en materia de salud no es una opción de los equipos de gobierno, sino una verdadera obligación legal, ya que el art. 35.1 de la Ley General de Salud Pública establece que "las Administraciones públicas deberán someter a evaluación del impacto en salud, las normas, planes, programas y proyectos que seleccionen por tener un impacto significativo en la salud, en los términos previstos en esta ley". Este no parece ser el caso de España, país donde la evaluación de políticas públicas es la excepción y donde medidas como la implantación de tasas sobre servicios sanitarios se pueden llegar a implantar contra la opinión casi unánime de los colectivos profesionales implicados.

La cuestión es ¿en qué consisten la eficiencia y la ineficiencia en la provisión de un servicio público? y ¿cómo se miden? El coste es un factor que no puede ignorarse, pero no es el factor determinante. Entre varias medidas, deberá escogerse la menos gravosa para el contribuyente. Pero cuando se trate de opciones contradictorias, habrá que considerar también los costes de oportunidad, esto es, lo que se pierde cuando se adopta la decisión equivocada (Judt).

6. Posible inconstitucionalidad del copago farmacéutico desde el orden competencial

El Consejo de Estado, máximo órgano consultivo de nuestro país, ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la legalidad de la medida de copago farmacéutico, en concreto sobre la implantada por la Generalitat de Catalunya mediante la Ley 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos.

En su dictamen 623/2012, de 21 de junio, el Consejo de Estado analiza la constitucionalidad de esta Ley, cuya exposición de motivos no deja ninguna duda en cuanto a su causa: "la necesidad urgente de adoptar medidas encaminadas a combatir las consecuencias que en Cataluña está teniendo la crisis económica y financiera internacional".

El Consejo de Estado estudia si existen fundamentos jurídicos suficientes para la interposición por el Presidente de Gobierno de recurso de inconstitucionalidad contra algunos de los artículos de esta Ley. A tal efecto examina, entre otras previsiones, la contenida en el artículo 41 del citado texto legal, por la que se crea la "tasa sobre los actos preparatorios y los servicios accesorios de mejora de la información inherentes al proceso para la prescripción y dispensación de

medicamentos y productos sanitarios mediante la emisión de recetas médicas y órdenes de dispensación". Tras este estrambótico nombre se esconde lo que se ha dado en llamar "euro por receta". El hecho imponible queda ya identificado en la propia denominación de la tasa, cuyo sujeto pasivo es la persona física a la que se prescribe el medicamento, siendo el importe de un euro por receta u orden de dispensación, si bien se establecen diversas exenciones objetivas y subjetivas. En este sentido, el Consejo no reprocha una eventual falta de competencia de la Generalidad para el establecimiento de tributos propios, pues entiende que no cabe cuestionar su potestad tributaria, sino el hecho de que la instauración de la tasa, como consecuencia del ámbito sobre el que se proyecta, vulnera el orden dispuesto por el art. 149.1.16ª del texto constitucional, que establece la competencia exclusiva del Estado sobre las bases y coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos.

El Consejo argumenta que el Tribunal Constitucional ya se pronunció sobre el alcance de esta competencia en su Sentencia 98/2004, en la que se declaró que "la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español". Esta Sentencia declara, además, que dentro de ese sistema normativo sanitario nacional, el establecimiento de la prestación farmacéutica y su financiación pública "constituyen un criterio básico en materia de sanidad, pues satisfacen las exigencias formales y materiales de la legislación básica"; y profundiza en esta idea señalando que "la financiación pública del medicamento a través del establecimiento de precios de referencia o sistema equivalente es, ciertamente, un aspecto esencial o nuclear de la regulación de la prestación farmacéutica, al ser un presupuesto necesario para el acceso de los ciudadanos a los medicamentos en condiciones de igualdad, a precio razonable y con un precio público ajustado. Partiendo del carácter básico de la materia en cuestión dentro del marco normativo que regula la sanidad, forzosamente se ha de afirmar que al Estado corresponde su regulación". En consecuencia y a renglón seguido, se considera que "el acceso al mismo [al medicamento] en condiciones de igualdad presupone necesariamente una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español que establezca un sistema de precios de referencia a los efectos de determinar el alcance de su financiación pública, de tal modo que quede garantizado a todos los ciudadanos, con independencia de la Comunidad Autónoma en que residan, el disfrute de medicamentos financiados públicamente al menos en un mismo porcentaje mínimo, susceptible, como ha quedado ya dicho, de ser incrementado en virtud de las disponibilidades financieras de cada Comunidad en cuestión".

La conclusión que extrae de esta Sentencia el Consejo de Estado es que las Comunidades Autónomas no pueden incidir, ni directa ni indirectamente, en la fijación de los precios de los medicamentos que son objeto de financiación pública, por ser esta una cuestión que forma parte de la competencia exclusiva estatal consagrada en el artículo 149.1.16ª de la Constitución.

Entiende también el Consejo de Estado que el precepto autonómico también vulnera lo dispuesto en el 149.1.1ª, a cuyo tenor corresponde al Estado la

competencia exclusiva para "la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales". Entiende que este es uno de los títulos competenciales en que se funda la Ley estatal 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que, al enunciar los principios generales que la informan, menciona expresamente "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" (letras a) y e) del artículo 2). En esta misma línea, el artículo 23 de esta norma previene que "todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a las prestaciones sanitarias reconocidas en esta Ley en condiciones de igualdad efectiva".

En definitiva, el Consejo de Estado concluye que procede por parte del Presidente de Gobierno la impugnación del artículo 41 de la Ley 5/2012 por vía de recurso de inconstitucionalidad.

Los argumentos del Consejo de Estado se mueven por tanto en el terreno del reparto de competencias, pero es previsible que el Tribunal Constitucional acabe pronunciándose sobre cómo afectan los recortes a los derechos fundamentales. El Alto Tribunal tiene pendiente de resolver el conflicto positivo de competencias promovido por el Gobierno central contra el decreto sanitario vasco que, entre otras cosas, evita la retirada de la tarjeta sanitaria a los inmigrantes irregulares, medida que había adoptado el Gobierno de la Nación. En un auto de medidas cautelares del que acaba de tener noticia la prensa (aunque no ha sido aún publicado), el Tribunal levanta la suspensión que tenía acordada sobre esta medida, y lo interesante es la argumentación que utiliza: en primer lugar, que limitar el acceso a la sanidad para determinados colectivos puede afectar no solo a su salud, sino a la salud pública en general; segundo, que el derecho a la salud, que consagra la Constitución, debe prevalecer sobre el beneficio económico vinculado al ahorro que la discriminación en la atención sanitaria supone. Es posible que el auto esté anticipando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este asunto, pero habrá que esperar a la sentencia para confirmarlo.

7. A modo de valoración y conclusión

El capitalismo se basa en un mito: el del crecimiento infinito. Este dogma, que ha conseguido implantarse en lo más profundo del pensamiento político y económico de los últimos 120 años, tiene por cierto que el único destino de la economía es el crecimiento de la actividad económica y por ende de los beneficios generados. El PIB debe crecer año tras año de la mano de la renta per capita mientras la sociedad, cada vez más rica, aumenta el consumo de productos y servicios cada vez más caros (inflación) y sofisticados. Es el círculo virtuoso del libre mercado, del que ningún país puede apartarse so pena de hundirse en el aislamiento y la pobreza. Esta visión de las cosas se ve puesta en entredicho por las grandes crisis, que además son cíclicas (1929, 1973,

2007...), pero sus defensores sostienen que tales crisis son factor inseparable del crecimiento; algunas ramas pueden enfermar, pero si se podan el crecimiento sano del árbol está garantizado.

Un segundo mito complementa al anterior: el del avance social constante, esto es, que las sociedades avanzadas siempre van a mejor. Este mito ha sido alimentado durante siglo y medio por los avances constantes de la ciencia y la tecnología, avances que han supuesto formidables progresos en distintos campos y disciplinas. Pero basta recordar que las décadas anteriores a la I Guerra Mundial cundió el optimismo en el mantenimiento de la paz y la prosperidad; las pequeñas rencillas nacionales y nacionalistas parecían anacrónicas e insuficientes para producir una guerra que, en todo caso sería extremadamente cara y cruel por los avances en tecnología bélica. Sin embargo, la gran guerra estalló, e incluso se reprodujo en una segunda gran guerra. Y la economía europea no recuperó los niveles de 1913 hasta mediados los 50. Las sociedades modernas, en su soberbia, olvidan que a lo largo de la historia son muchos los grandes imperios que han caído y las grandes civilizaciones que han desaparecido.

En definitiva, la economía sin intervención del Estado conduce al desastre. Las ingentes sumas de dinero que los gobiernos han inyectado en la banca enferma demuestran que los más acérrimos neoliberales partidarios del libre mercado y de la reducción del Estado acuden a éste cuando la crisis arrecia. Solicitan ayuda pública para un problema privado argumentando que si ellos caen, cae toda la sociedad.

En cualquier caso, los viejos paradigmas ya no son hoy válidos. En las décadas de prosperidad europea y norteamericana de la posguerra, el éxito del Estado de Bienestar se apoyaba en el equilibrio entre la producción de riqueza y su redistribución, ambas bajo el control del Estado. Pero la llamada globalización sacó del control del Estado la producción, que ahora es internacional. Perdido el control simultáneo sobre ambos factores -producción y distribución del beneficio-, las estructuras de bienestar quedan desnudas por falta de financiación y muestran el que, a ojos de sus detractores, es su principal defecto: son caras e ineficientes.

El ciudadano infantilizado y desvalido que describía Pascal Bruckner en su obra *La tentación de la inocencia* se enfrenta a una realidad compleja que no puede asimilar y se siente desolado por la inesperada pérdida de un modelo social que garantizaba su bienestar.

El hecho de la aparente nimiedad de las medidas -"solo" un euro por receta, "solo" 5 euros por traslado en ambulancia- no puede ocultar el impacto económico que puede tener en algunas rentas. Ha de tenerse en cuenta que cada receta del Sistema Nacional de Salud se refiere a un único medicamento, y que los tratamientos habituales suelen consistir en la prescripción de más de uno, puede que durante un tiempo prolongado. Aquí está la verdadera ruptura del principio de igualdad: la enfermedad no es una opción personal, sino una circunstancia personal inevitable. La renta personal va a ser un factor de

diferencia entre los ciudadanos en relación con su acceso al Sistema Nacional de Salud.

En cuanto a la idea de que estas medidas de ahorro estimulan la eficiencia del sistema, hay que señalar que es muy probable que el copago reduzca el consumo innecesario, pero también el necesario, como indica la experiencia alemana. Por otro lado, las reducciones presupuestarias excesivas pueden llegar a estrangular el funcionamiento de algunos servicios o perjudicar gravemente la calidad asistencial. Y no se puede obviar el coste burocrático que genera la facturación de pequeñas sumas de dinero.

En cuanto al papel del Derecho en todo este problema, cabe afirmar que la tarea de los juristas no puede limitarse a la aplicación mecánica del Derecho positivo. Algunos jueces de lo civil han dado un ejemplo de esto cuando se han negado a ejecutar desahucios que afectaban a personas en situación de necesidad; han rehusado convertirse en oficinas de cobro de las entidades bancarias y han aplicado los principios de justicia a los que están obligados por el texto constitucional que juraron en su toma de posesión. Siempre se ha dicho que el Derecho va por detrás de la realidad, y difícilmente por delante. Sin embargo, el Derecho tiene una vocación transformadora de la realidad. No puede permitirse que la realidad arrolle el Derecho, que la crisis transforme categorías jurídicas por decreto-ley. El Estado de Bienestar en España ha sido el fruto de grandes consensos y del trabajo continuado de muchos profesionales. Como cualquier otra creación humana, es perfectible, pero no puede ser desmantelado sin más por razones de insuficiencia presupuestaria.

El problema es que el debate político ha sido desplazado por el discurso económico; la filosofía política anulada por la economía. Y la economía es una ciencia que describe la realidad e incluso intenta predecirla, pero no la modifica; la guía de una sociedad, el motor para su transformación, se encuentra en la Política y en el Derecho, no en la Economía. La sanidad no puede gestionarse de forma competitiva, únicamente guiada por el discurso económico, porque es al mismo tiempo una actividad económica y un bien público esencial.

Es cierto que el Sistema Nacional de Salud precisa de grandes reformas. Pero como advirtió Keynes, la austeridad debe aplicarse en tiempos de bonanza, no en plena crisis. No es cierto que haya un solo camino posible, el de la restricción ciega del gasto, pues en la medida en que los recortes puedan lesionar la calidad asistencial, los poderes públicos estarán infringiendo sus deberes constitucionales.

Es indispensable que los poderes públicos persigan objetivos más allá de la reducción del déficit público, pues una sociedad sin destino está destinada al fracaso.

Nota bibliográfica

ACOSTA GALLO, P., *Salud, profesiones sanitarias y Constitución Española*, Ed. Mapfre, Madrid 2002; BEATO ESPECJO, M., "Derechos de los usuarios del sistema sanitario a los diez años de la aprobación de la Ley General de Sanidad", *Revista de Administración Pública*, septiembre-diciembre, núm. 141, 1996; BRUCKNER, P., *La tentación de la inocencia*, Ed. Anagrama, Madrid 1993; FUENTETAJA PASTOR, J.A., "La intervención de la Administración en la sanidad", en la obra colectiva *Parte especial del Derecho Administrativo, la intervención de la Administración en la sociedad*, coordinado por E. Linde Paniagua, Ed. Colex, Madrid 2007; JUDD, T., *Algo va mal*, Ed. Taurus-Santillana, Madrid 2010; KEYNES, J.M., *The General Theory of Employment, Interest and Money* (1936), MacMillan, Cambridge University Press for the Royal Economic Society, 1993; MARTIN MATEO, R., "Medicina preventiva, Economía y Derecho. Un sistema inescindible", *Revista de Administración Pública*, núm. 145, 1998; MUÑOZ MACHADO, M., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid 1995; PAREJO ALFONSO, L., "Algunas reflexiones generales sobre la sanidad y la salud a modo de prólogo" en el estudio preliminar al *Manual jurídico de la profesión médica* coordinado por A. Palomar Olmeda, Ed. Dykinson, Madrid 1998; SANCHEZ AGESTA, L., *Principios de teoría política*, Editora Nacional, Madrid 1979; SMITH, ADAM, *La riqueza de las naciones*, 1776.