

Las garantías y la exigibilidad de las prestaciones sanitarias como factor de cohesión del Sistema Nacional de Salud. Breves reflexiones

José María Antequera Vinagre

*Departamento Desarrollo Directivo y Gestión de Servicios Sanitarios.
Escuela Nacional de Sanidad. Instituto de Salud Carlos III.*

Resumen

El Proyecto de Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (121/000126/2002) y su posterior plasmación en un texto legal, genera expectativas en orden a conformar un SNS sin disfunciones. La tramitación parlamentaria debe aunar esfuerzos, solidaridades, compromisos, y, basarse en los principios de buena fe y confianza recíproca. En el artículo, se analizan de forma somera algunas cuestiones, centradas, en una idea matriz: la cohesión del SNS también se consigue mediante adecuados mecanismos de garantías y exigibilidad de las prestaciones sanitarias; basando, asimismo el funcionamiento del Sistema Nacional de Salud en los principios de ciudadanía, democracia y soberanía sanitaria.

Palabras claves: Prestaciones sanitarias. Cohesión. Sistema Nacional de Salud. Ciudadanía sanitaria. Seguridad jurídica. Exigibilidad.

Summary

The Draft Bill of Cohesion and Quality of the National System of Health (121/000126/2002) and its later representation in a legal text is generating expectations in order to shape a NHS devoid of dysfunctions. The parliamentary proceeding should join forces, solidarities, and commitments, and should be based on the principles of the trust and reciprocal confidence. In this article, some issues relative to a central idea are analyzed superficially: the cohesion of the SNS also is possible through suitable mechanisms of guarantee and demandability of the health benefits; in addition, proper operation of the National Health System should be based on the principles of citizenship, democracy, and health sovereignty.

Key words: Health benefits. Cohesion. National Health System. Health citizenship. Legal safety. Demandability.

Introducción al nuevo debate sobre la cohesión del Sistema Nacional de Salud

Una vez que formalmente desde el 1 de enero del 2002¹ se ha completado el proceso de descentralización sanitaria, se debe definir un nuevo escenario del Sistema Nacional de Salud (SNS), además se han aprobado normas importantes durante el pasado año 2002 que inciden en un aspecto tan esencial y condicionador como la financiación de la asistencia sanitaria², sin duda, el proceso de plena descentralización en la gestión sanitaria, no ha ido en paralelo al lógico proceso de cohesión y coordinación del SNS, necesario, tanto desde un punto jurídico-normativo, como de definición del juego de competencias y roles tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, como de la nueva naturaleza el Sistema Nacional de Salud como el bien jurídico constitucional que debe ser, ya, en el siglo XXI.

La realidad es que se encuentra en el Congreso el Proyecto de Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS) (Proyecto 121/000126/2002) cuya tramitación parlamentaria, sin duda, al menos será interesante, porque con independencia del texto normativo que finalmente se redacte, alrededor de

todo ello, se generará un vivo debate entre todos los agentes que legitiman su actividad en el Sistema Nacional de Salud. La tramitación parlamentaria de la LCCSNS ha de buscar el **consenso** entre todos los grupos parlamentarios, sustrato necesario, que potenciará la legitimación y credibilidad del SNS.

El debate sobre la cohesión y calidad del SNS está impregnado de la opción de nuestro constituyente, y que se inserta en nuestra Constitución de 1978 en el Título VIII y la consiguiente delimitación de competencias del artículo 148 y 149 de la Carta Magna: el engranaje es difícil (sólo hay que revisar los informes del Tribunal Constitucional sobre la litigiosidad entre el Estado y las CC.AA). Pero con independencia de ello, no puede obviarse que la inserción del artículo 43 de la Constitución del derecho a la protección de la salud como un derecho prescricional y como principio rector, no es óbice para que tenga entidad *por aproximación* de derecho fundamental, el derecho a la protección de la salud enraíza con el derecho a la vida y a la integridad física; en consecuencia no debe olvidarse esta visión jurídico-constitucional. Pero, además, esta coherencia constitucional obliga a subordinar lo organizativo-competencial a lo sustantivo en aras a la legitimación de la soberanía y ciudadanía sa-

nitaria; esto es, **lo esencial son los derechos de los ciudadanos y la concreción material de las prestaciones sanitarias.**

El presente artículo desarrolla unas reflexiones en torno a la cohesión del Sistema Nacional de Salud; ideas y pensamientos cuya oportunidad se legitima una vez que en el Congreso se tramita el Proyecto de Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Son muchos los elementos sobre los que puede debatir y analizar; centraré mi análisis en una idea básica: **los derechos de los pacientes y usuarios como factor de cohesión del SNS**, configurado en tres principios rectores: de democracia, soberanía y ciudadanía sanitaria. Esta premisa tiene una vital importancia en aras a cohesionar y coordinar el SNS; en muchas ocasiones se puede extraer la conclusión que cuando se discute sobre dichos aspectos, los agentes activos y únicos son el Estado y las Comunidades Autónomas y la regulación de sus correspondientes ámbitos competenciales; la delimitación de las competencias de conformidad con el Título VIII de la Constitución tiene importancias en orden a engarzar subsistemas en el sistema que es el Sistema Nacional de Salud; no obstante, esa trascendencia es un elemento más del factor de cohesión; hay

otra igualmente importante, esto es, unificar *los derechos de todos los ciudadanos y ciudadanas en relación con las prestaciones sanitarias*, un esfuerzo en dicha armonización será un activo elemento de coordinación y cohesión del SNS.

Constitución, Prestaciones Sanitarias y principio de igualdad. Una necesaria visión constitucional de garantías de las prestaciones sanitarias como elemento de cohesión del Sistema Nacional de Salud

El *café para todos versus iguales prestaciones para todos*. La apuesta constitucional por la descentralización política en las Comunidades Autónomas, pese a los 25 años de vigencia de la misma, siempre genera debate sobre si todos los ciudadanos de todas las CC.AA deben tener los mismos e iguales derechos, también, es cierto que en la actualidad muchas CC.AA han ampliado su catálogo de prestaciones sanitarias³. Este debate muy recurrente, adquiere en fase de elaboración de una ley de cohesión del SNS, una rejuvenecida importancia, porque el desarrollo del Catálogo de Prestaciones y de la Cartera de Servicios ha de poseer una suficiente solvencia constitucional; que se ha de conseguir, si el principio de

igualdad efectiva (y de desvinculación territorial de las prestaciones) tienen suficiente fuerza en aquél. En esta nueva realidad se me antoja necesario insertar ciertas previsiones que realiza nuestra Carta Magna, en la lógica de favorecer la necesaria reflexión:

Artículo 1.1. España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Artículo 9.2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos que la integran sean reales y efectivas.

Título I. De los derechos y deberes fundamentales. Artículo 10.1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley, y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. Artículo 14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición personal o social.

Artículo 15. Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...

Y dentro del Capítulo III. De los Principios Rectores de la Política Social y Económica:

Artículo 43.

1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas

preventivas y de las prestaciones y servicios sanitarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respeto.

Artículo 149.1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

1.ª 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 constitucionales⁴.

Constitución, prestaciones sanitarias e igualdad, es una tríada, en ocasiones de difícil simbiosis, pero que son esenciales para una efectiva cohesión y *coordinación* del Sistema Nacional de Salud; la opción constituyente por el Estado de las Autonomías, no puede ser obstáculo para que la ciudadanía sanitaria no sea única y homogénea. Debemos avanzar en la consideración del derecho a la protección de la salud como un derecho fundamental de naturaleza sanitaria; si bien es cierto, que el artículo 43.1 CE es un principio rector, no es menos cierto, que cuando una Administración Sanitaria toma una opción (en este caso sobre prestaciones sanitarias), **el principio rector muta a derecho fundamental porque toma decisiones que afectan a potencialidad sobre la vida y la integridad física de las personas** (artículo 15 CE), esta mutación sustantiva de principio rector a derecho fundamental como consecuencia de una decisión político-administrativa no es baladí, porque dicha

evolución su íntima naturaleza, es lo que posibilitará una adecuada cohesión y calidad del SNS. Además, para que la triada previa, tenga una buena *vascularización constitucional*, considero que en orden al desarrollo de las prestaciones sanitarias, *toda prestación sanitaria que supere el marco de las básicas, sean consideradas universales y de susceptible titularidad de todos los ciudadanos sanitarios del Sistema Nacional de Salud.*

De algunos principios para cohesionar ¡Coordinar!⁵ el Sistema Nacional de Salud

En este período de transición del SNS se han de articular nuevos principios que lo legitimen y vertebran. Los principios no son meras abstracciones o conceptos vacíos, sino que su inserción y formulación en una *Ley de Cohesión* tendrá importantes consecuencias, tanto en los desarrollos normativos ulteriores, sino también como *criterio luz* en situaciones de conflictos interpretativos:

a) Informará los desarrollos y las previsiones normativas del propio articulado.

b) Tendrá una importante trascendencia en los ámbitos jurisdiccionales en el sentido de interpretación de las normas jurídicas lo más favorecedoras para la salvaguarda de los principios.

c) Favorecerá el carácter integral como un bien jurídico constitucional del SNS.

Los principios son fuerzas vitales que impregnan a las estructuras que son tributarias.

El SNS como estructura constitucional de protección del derecho a la protección de la salud ha de poseer unos principios que lo vertebran y lo legitimen desde la *soberanía y democracia sanitaria*, y que refuercen la verdadera importancia de la *ciudadanía sanitaria*. En la Ley 14/1986 General de Sanidad inserta como principios del SNS lo siguientes:

Artículo 3.

1. Los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades.
2. La asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española. El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva.
3. La política de salud estará orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales.

Entre los nuevos principios que deben inspirar la configuración en el nuevo escenario que se desarrollará tras la aprobación del actual Proyecto de Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud y que desde este artículo postulo, se encontrarían:

De ciudadanía sanitaria, los usuarios y pacientes de los centros y servicios sanitarios deben ser titulares y legitimadores del SNS, pues poseen el *pleno dominio* de dicho ente. El SNS del siglo XXI debe nucleares en torno al ciudadano sanitario como verdadero artífice del mismo.

De soberanía sanitaria, los ciudadanos del SNS son los verdaderos depositarios de dicha soberanía sanitaria; aquélla es la base material de legitimación del SNS. El soberano sanitario que en su plenitud, se justifica como salvaguarda de la afectación a lo público de la prestación sanitaria.

De garantía constitucional de las prestaciones sanitarias, posibilita envolver la prestación sanitaria como un bien jurídico constitucional, que enraíza en el derecho fundamental a la vida y a la integridad física, y que supone considerar al SNS como un bien de relevancia constitucional. Un entendimiento de tal manera, supone que se dinamice constitucionalmente el principio de igualdad efectiva en todo el Estado.

De cohesión y coordinación del Sistema Nacional de Salud, la descentralización en la gestión de los servicios sanitarios no debe obviar la regulación jurídico-constitucional de la cohesión y coordinación del SNS: la cohesión como principio político y de consenso (un espacio común del Estado y las CC.AA) y la coordina-

ción como obligación constitucional para garantizar la protección de la salud de todos los ciudadanos y ciudadanas, y evitar así situaciones de vulneración del derecho reconocido en el artículo 43.1 de la Constitución Española.

De democracia sanitaria, los usuarios y pacientes, ya, como plenos ciudadanos sanitarios en el SNS, deben legitimarlo mediante la inserción de instrumentos de participación democrática en aquél.

De tutela pública de las prestaciones sanitarias, las prestaciones sanitarias deben tener una envoltura de continuidad y tutela de las distintas Administraciones Públicas Sanitarias. El binomio prestaciones sanitarias-tutela pública refuerza al SNS como un bien jurídico constitucional.

De libre circulación de pacientes y usuarios (de ciudadanos sanitarios), la descentralización en la gestión de los servicios sanitarios no puede suponer *de facto* la inserción de 17 estructuras de gestión de salud que limite y condicione la asistencia sanitaria en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos. Se impone así, que el propio SNS reconozca la libre circulación de ciudadanos sanitarios⁶ como contrapeso a las fronteras competenciales entre las CC.AA.

De desvinculación territorial de las prestaciones sanitarias, la opción constitucional

plasmada en el Título VIII de la Constitución reconociendo la personalidad jurídico-política de las CC.AA, no fracciona a la ciudadanía sanitaria. Ésta no se divide en función del elemento de ubicación territorial. Las prestaciones sanitarias deben ser únicas, e incluso las prestaciones financiadas con cargo a fondos propios de las CC.AA deben tener la consideración de prestaciones del SNS. Vincular prestaciones sanitarias a un elemento como la territorialidad supone una quiebra del principio de igualdad reconocido constitucionalmente, sin que tenga justificación objetiva ni racionalmente proporcionada. Esta posición es una clara garantía para los ciudadanos del SNS, luego, las distintas Administraciones Públicas deberán articular los mecanismos adecuados de compensación y flujos financieros.

De recepción universal de los servicios sanitarios, el SNS debe ser un espacio abierto en donde los servicios sanitarios gestionados por las CC.AA sean receptores incondicionados de otros ciudadanos sanitarios no ubicados en el ámbito de dicha CC.AA. Esta visión fomenta la migración de pacientes y usuarios entre CC.AA.

Del carácter supranacional y supracomunitario de la protección a la salud, se deben lanzar el debate entre el Estado y las CC.AA en el sentido de configurar y analizar el derecho a la protección de la

salud como una cuestión de Estado, que enlaza con el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho. Además, la inserción de España en la Unión Europea añade una nueva visión de dicho derecho en el entorno de la UE⁽¹⁾, pues ya está adquiriendo *corpus* la libre circulación de pacientes como una realidad y un derecho a tutelar.

En la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley 121/000126/2002 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, todos los grupos parlamentarios han de dimensionar bien la naturaleza de una norma jurídica de tal entidad: *la delimitación de competencias es un elemento importante, pero no deja de ser accesorio en relación con el derecho a la protección a la salud de todos los ciudadanos sanitarios*.

Propuestas para la cohesión del Sistema Nacional de Salud

De la garantías jurídicas en la cohesión del Sistema Nacional de Salud

La vertebración y cohesión del Sistema Nacional de Salud en la arquitectura

⁽¹⁾ En la actualidad la Convención sobre el Futuro de Europa está postulando por la una Constitución Europea, y una de las líneas de reflexión es la salud. Se puede obtener mayor información en <http://european-convention.eu.int>

constitucional de nuestro modelo social y democrático de derecho hace necesario articular un procedimiento básico y único para la exigibilidad de las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad efectiva y en tiempo adecuado. No incluir en el debate y en el texto normativo de un procedimiento administrativo y judicial adecuado al escenario de plena descentralización en la gestión sanitaria, la cohesión y la calidad del SNS se limitaría a delimitar las competencias entre el Estado y las CC.AA: *la cohesión es más*. El reconocimiento y desarrollo de derechos para los ciudadanos, debe ir unido a un esfuerzo para envolver dichos derechos, mediante unas esenciales garantías para la exigibilidad de los mismos; de manera, que la seguridad jurídica impregnaría todo el ámbito de las prestaciones sanitarias, y se reduciría las posibles bolsas de discrecionalidad administrativa, y en consecuencia se fortalecería el principio de ciudadanía sanitaria.

La exigibilidad y las garantías de las prestaciones sanitarias ha de tener un suficiente espacio en el Proyecto de Ley de Cohesión del SNS, y en consecuencia, es necesario instaurar un procedimiento *ad hoc* para la tutela administrativa y judicial de los derechos que se reconozcan en el Catálogo de Prestaciones y en la Cartera de Servicios del SNS. En esta lí-

nea, se pueden avanzar como ideas vinculadas a tal propósito:

1. Insertar nuevos principios que favorezcan al SNS adaptarse al nuevo escenario de plena descentralización en la gestión sanitaria.

2. Fomentar los mecanismos de arbitrajes, y los procedimientos de conciliación entre los ciudadanos sanitarios y las distintas Administraciones Sanitarias para la resolución de cuestiones litigiosas que surjan sobre las prestaciones sanitarias. Esta nueva dinámica disminuiría la judicialización de la asistencia sanitaria; este formato de arbitraje y conciliación supondría favorecer la democracia sanitaria y la efectividad del derecho a la protección de la salud. Un foro adecuado, como sedimento de confluencia de la voluntad del Estado y las CC.AA sería el Consejo Interterritorial (CI); ésta podría canalizar la inserción de estos procedimientos de arbitraje y conciliación en todo el SNS, y crear como entes adscritos al CI los jurados de garantías de las prestaciones sanitarias.

3. Articular un procedimiento en vía administrativa y judicial propio para la exigibilidad de las prestaciones sanitarias, y, en esta línea dichos procedimientos deben ser ágiles, flexibles y tutelares del derecho a la protección de la salud y que gozarán del privilegio de preferencia y

sumariedad. Las normas procedimentales que requieren una modificación es el Decreto-Legislativo 2/1995, de 7 abril, del Texto Refundido de Procedimiento Laboral, y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Título X).

Íntimamente unido a lo anterior, en ocasiones las Administraciones Sanitarias no son autosuficientes para que las prestaciones sanitarias tengan una efectividad en tiempo. Existe toda una línea legislativa en aras de la regulación de los tiempos de espera en la asistencia sanitaria para favorecer un marco de seguridad y confianza a los pacientes y usuarios de los servicios sanitarios; asimismo, el Real Decreto 63/1995, de 20 enero, de Ordenación de Prestaciones del Sistema Nacional de Salud regula el supuesto de urgencia vital como supuesto para el reintegro de gastos originados⁷, esta previsión debe ser superada e insertar otros supuestos en donde la materialización de la asistencia sanitaria se pueda concretar por medios ajenos al SNS, y que se han de concretar en los desarrollos normativos sobre tiempos de espera y del Catálogo de Prestaciones y Cartera de Servicios; los presupuestos podrían ser:

1. En los supuestos de urgencia vital, con la variable que la carga de la prueba

de la imposibilidad para usar medios propios del SNS, ha de ser en todo caso de las Administraciones Sanitarias competentes.

2. Cuando no se preste en *tiempo adecuado*⁸. Esta hipótesis debe ser desarrollada porque el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha determinado que la no asistencia en tiempo adecuado es causa legítima para el reintegro de gastos ocasionados en otro Estado Miembro de la Unión Europea.

3. Cuando se superen los tiempos máximo de espera, que tanto a nivel estatal y autonómico se regulen. Sin duda, la delimitación de los tiempos de espera genera una obligación de carácter contractual con los ciudadanos sanitarios del SNS, y en coherencia, la superación de dichos plazos sin asistencia sanitaria genera para la Administración una obligación *ex lege* al pago de dicha prestación sanitaria sin posibilidad de revisión ni en vía administrativa ni judicial. La objetiva superación del tiempo de espera otorga al ciudadano sanitario un título ejecutivo de exigibilidad jurídica incondicionada, impregnándose así el SNS de calidad democrática y de seguridad jurídica.

Delimitados los supuestos en los cuales se genera **transportabilidad del derecho a la protección de la salud**, analizaré algunas apuestas de futuro des-

de una perspectiva de reforma procedimental; así en primer lugar, es obvio indicar que el marco actual tanto en la vía social como contencioso-administrativo es inadecuado para que el derecho a la protección a la salud recogido en el artículo 43.1 CE se concrete también en dicho ámbito. En mi opinión es el procedimiento laboral, el ámbito natural para la exigibilidad material de las prestaciones sanitarias. En línea de debate debería articularse un capítulo específico para el reconocimiento judicial de aquéllas:

a) En primer lugar, esta inserción en la norma rituarial de la jurisdicción social se plasmaría la verdadera importancia que en un Estado de bienestar tiene la protección de la salud.

b) En segundo lugar, el contexto social otorga más fluidez a dicha exigibilidad. El procedimiento judicial específico sobre prestaciones sanitarias estaría investido por los principios de preferencia y sumariedad.

c) En tercer lugar, que el procedimiento sea gratuito en todas las instancias.

d) En cuarto lugar, que el procedimiento sea de una única instancia en el supuesto de reconocimiento del derecho al paciente.

e) En quinto lugar, en coherencia con lo anterior y para fomentar el compromiso de las Administraciones Públicas

Sanitarias en la tutela de los derechos del ciudadano sanitario, la no respuesta en el plazo de un mes otorgaría los efectos de *silencio positivo*.

En relación con el procedimiento administrativo y el contencioso-administrativo, no es novedoso indicar, que no se ajusta a la celeridad y rapidez que exige una verdadera tutela del derecho a la protección de la salud: *no está adaptado a la necesaria rapidez que la exigibilidad de las prestaciones sanitarias tienen para la efectividad del derecho constitucional a la protección de la salud*. Para mantener la coherencia con el *status quo* en relación con la Ley 13/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, se debe mantener su conocimiento en materia relacionadas con el daño sanitario como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración Sanitaria; pero esto no es óbice, para que la reforma legislativa instaure un procedimiento urgente sobre reclamación del daño sanitario en el ámbito de las Administraciones Públicas Sanitarias; el lapso de tiempo que transcurre entre la demanda y la sentencia, es un claro ejemplo de vulneración *ex post* del derecho a la protección de la salud.

En ocasiones, la demora en la asistencia sanitaria genera daños antijurídicos que en visión constitucional deberían re-

sarcirse de manera inmediata, la tardanza en los procesos contencioso-administrativos, de *facto* ocasionan un añadido daño antijurídico en la asistencia sanitaria (**double daño antijurídico**): daño de la asistencia sanitaria *per se* y por un tardío resarcimiento. En consecuencia, se debe modificar el Título X de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en el sentido⁽²⁾:

a) Indicar un período máximo de resolución del expediente administrativo, cuya superación generaría los efectos del *silencio positivo*.

b) Eliminar el preceptivo informe del Consejo de Estado.

c) Insertar mecanismos ágiles de arbitraje para favorecer la resolución extrajudicial.

d) Eliminar el derecho de repetición contra los profesionales sanitarios; esta derogación posibilitaría un marco de mayor seguridad jurídica y psíquica del conjunto de los profesionales sanitarios que realicen sus funciones asistenciales dentro de las Administraciones Públicas Sanitarias⁹.

e) La jurisdicción contencioso-administrativo el procedimiento es especial y sumario.

f) El procedimiento debería ser gratuito.

Los ciudadanos sanitarios legitimados por la democracia sanitaria deben contar en la estructura del Sistema Nacional de Salud de unos adecuados procedimientos administrativos y judiciales para las garantías y la exigibilidad de las prestaciones sanitarias, **si el debate sobre la cohesión no añade dicho elemento, quedará huérfano de legitimación desde la perspectiva de la soberanía y ciudadanía sanitaria**. Es de desear que en la tramitación parlamentaria el consenso y el debate en solidaridad y confianza, sustente los previos criterios de seguridad jurídica en su dimensión y en el lugar que le corresponden.

Conclusión no demagógica: ¡Viva Montesquieu!

Ya existen pronunciamientos judiciales que otorgan un valor relevante al principio de igualdad efectiva en relación con las prestaciones sanitarias con desvinculación del principio de territorialidad¹⁰; si el texto del Proyecto de Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional adolece en exceso de generalidad y no cohesiona,

⁽²⁾ La lógica dimensión de un artículo de reflexión me obligan a esbozar y no desarrollar en la extensión que se merece los aspectos que postulo como reformas necesarias y urgentes.

coordina y tutela el derecho a la protección a la salud a través de las prestaciones sanitarias de todos los ciudadanos sanitarios con acceso en condiciones de igualdad constitucional, la norma estará huérfana de legitimación ciudadana y constitucional. No puede escorarse todo el debate hacia una mera división de competencias entre el Estado y las CC.AA, y minimizar la vital importancia de los derechos de los ciudadanos sanitarios como el verdadero factor de cohesión del SNS: El Estado y las CC.AA son Podes Ejecutivos, existe el contrapeso del Poder Judicial, que puede actuar como compensador para equilibrar y tutelar efectivamente a los ciudadanos sanitarios¹¹.

No es demagógico, ni simplista preguntarse si es constitucionalmente sostenible que ciudadanos de una Comunidad Autónoma tengan ahora y en el futuro prestaciones sanitarias diferentes por el mero hecho de vivir en un lugar determinado, sobre todo

cuando se trata de asistencia sanitaria ¿es derecho a la integridad física y a la vida? Considero que sí..., por eso tal vez, *Voltaire* será más feliz allí donde se encuentre.

Referencias consultadas

- Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 1/1982.
- STC 32/1985.
- STC 144/1985.
- STC 197/1997.
- STC 54/1990.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio del 2002.
- www.tribunalconstitucional.es
- www.poderjudicial.es¹²
- Proyecto de Ley 121/000126/2002 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. www.congreso.es
- Real Decreto 63/1995, de Ordenación de las Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. Real Decreto 1471/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso al Principado de Asturias de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.
Real Decreto 1472/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Cantabria de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.
Real Decreto 1473/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de La Rioja de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.
Real Decreto 1474/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.
Real Decreto 1475/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Aragón de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.
Real Decreto 1476/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.
Real Decreto 1477/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Extremadura de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.
Real Decreto 1478/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.
Real Decreto 1479/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad de Madrid de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.
Real Decreto 1480/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad de Castilla y León de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.
2. Ley Orgánica 7/2001, de 27 diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de Financiación de las CC.AA; Ley 21/2001, de 27 diciembre, que regula las Medidas Fiscales y Administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, Real Decreto 1247/2002, de

- 3 diciembre, que regula el Fondo de Cohesión Sanitaria.
3. Real Decreto 63/1995, de Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud. *Disposición Adicional Quinta: Lo dispuesto en este Real Decreto no afecta a las actividades y prestaciones sanitarias realizadas por las Comunidades Autónomas, con cargo a sus propios recursos o mediante precios, tasas u otros ingresos, con arreglo a sus Estatutos de Autonomía y normas de desarrollo.*
4. STC 239/2002: En relación con el alcance del art. 149.1.1 CE hemos declarado que “sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario... quedaría desbordado el ámbito y sentido del art. 149.1.1 CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento”. Sobre este presupuesto, el art. 149.1.1 CE “permite al Estado una regulación, aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico”, lo que conlleva que dicho título competencial
- “no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica” (STC 61/1997, de 20 de marzo F. 7 b). Se puede acceder al texto completo en: www.tribunalconstitucional.es
5. Sobre el contenido de coordinación el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, enuncio una de ellas la STC 54/1990 a modo ilustrativo, y para favorecer el debate:
- “Al respecto, se dijo en la STC 32/1983 que **‘la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias’**, caracterización de la coordinación general que fue recogida en el artículo 73 de la actual Ley General de Sanidad. **Y dicha coordinación presupone la existencia de competencias de las Comunidades Autónomas, que en su grado mínimo deben ser cuanto menos competencias de ejecución a partir de las que el Estado pueda ejercer su competencia de coordinación.**”

6. Artículo 139.1 de la Constitución: “Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio nacional.”

7. Artículo 5.3.: En los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción.

8. Sentencias Smit-Perbooms. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de Julio del 2001.

9. Artículo 145 Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común:

Artículo 145. Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños

y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

10. Sentencia Tribunal Superior de Justicia Murcia núm. 1563/2001 (Sala de lo Social), de 29 octubre:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

“1. Doña en la actualidad cuenta con la edad de 38 años y es portadora de una alteración genética denominada como síndrome X frágil, y además padece en una traslocación cromosómica equilibrada, fruto de lo

cual ha sufrido en la actualidad cinco abortos, siendo madre de un niño afectado por el síndrome referido, y para el supuesto de un nuevo y futuro embarazo natural, existe un altísimo porcentaje de riesgo para sufrir lo que sería el sexto de los abortos, o bien concebir nuevamente otro hijo afectado. Es beneficiaria de la asistencia sanitaria del Instituto Nacional de la Salud.

II. Que la única posibilidad existente para concebir un hijo que no esté afectado por la citada enfermedad consiste en el sometimiento a la técnica de 'diagnóstico genético preimplantacional' que consiste en la fecundación de los ovocitos in-vitro, y una vez fecundados proceder al análisis de su carga genética, descartándose aquellos embriones que expresen la patología genética concreta objeto del estudio preimplantacional, y transferir al útero materno sólo aquellos embriones libres de la citada patología. Dicha técnica se lleva a cabo en la Unión Europea en el Hospital 'AZVUB' de Bruselas (Bélgica). Para ello es preciso someterse previamente a un tratamiento de estimulación médico y farmacológico necesario como preparación para posteriormente realizar la citada técnica en Bruselas. Actualmente..."

PRIMERO La actora doña presentó demanda contra el INSALUD, en reclamación del derecho a la obtención del formulario E-112 a fin de lograr tratamiento preventivo; demanda que fue estimada por el Juzgado "a quo" al considerar que la asistencia sanitaria pública se ha de extender a toda la población española en condiciones de igualdad, sin que pueda haber desequilibrios entre las diferen-

tes Comunidades Autónomas, ni discriminación en temas que afectan a los derechos fundamentales, como la vida, la salud y la familia. Frente a dicho pronunciamiento se plantea el presente recurso por el INSALUD, basado en el examen del derecho aplicado, a tenor del artículo 191, c) de la Ley de Procedimiento Laboral por infracción del artículo 38 de la Ley General de la Seguridad Social Exposición de Motivos de la Ley 14/1986, de 25 de abril General de Sanidad, artículos 3, 4, 6, 12 y 46 de dicha Ley, en relación con el artículo 149.1.16.ª de la Constitución y artículo 43 de dicho texto constitucional e inaplicación de los Reglamentos 1408/1971 y Circular de INSALUD, y del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero así como la jurisprudencia que se cita.

SEGUNDO Si analizamos el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, que regula la Ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, se observa, en su Exposición de Motivos, que, en base al artículo 3.1 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, "los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades", mediante los fondos correspondientes, lo que es función capital, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 41 y 43.2 de la Constitución desarrollados por los artículos 3.2, 6, 18 y 45 y concordantes de la Ley General de Sanidad; introduciéndose el principio de la universalización del derecho a la asistencia sanitaria, cuyo acceso, incluidas **las prestaciones sanitarias, se llevará a cabo en condiciones de igualdad efectiva, consecuencia del artículo 14 de la Constitución, debiendo regular el Estado las condi-**

ciones básicas que garanticen esa igualdad, cuando están en juego derechos fundamentales como la vida y salud de las personas, pero no es de recibo que nacionales del Estado español puedan recibir unos determinados tratamientos sanitarios y asistenciales, mientras que otros no, en razón a un elemento de simple territorialidad, que es lo que sucede en el caso analizado, pues, residentes en Comunidades Autónomas, como la Valenciana, pueden acceder al formulario E-112, y a los que residen en la Comunidad Murciana no se les admite tal posibilidad. Por otro lado,

si bien la concesión del mencionado formulario se realiza en base a criterios técnicos de valoración, es lo cierto que debe valorarse el grado de eficacia de la técnica que va a ser empleada y para la que se solicita el formulario, que es el diagnóstico genético preimplantacional, y esta técnica se lleva a cabo con plena satisfacción, como se recoge en los hechos probados de la sentencia recurrida, en el Hospital AZVUB de Bruselas, pero el tratamiento previo, de concedérsele la solicitud, se podría dispensar en la Ciudad Sanitaria de Murcia; estando probada la contribución eficaz de dicha técnica a la prevención de enfermedades genéticas, prueba de ello es que se autoriza en otras Comunidades Autónomas.

Por lo que, siguiendo el criterio de que la referida técnica es eficaz para la prevención de enfermedades genéticas, pudiendo incluirse en las prestaciones sanitarias, en base a la prueba practicada y, especialmente, a tenor de

la violación del principio de igualdad en la asistencia sanitaria de los ciudadanos españoles, cuya gracieable concesión violaría dicho principio constitucional, al no otorgarse esa prestación asistencial en territorios sin transferencia de competencias en el ámbito sanitario, y sí en los que tienen esas transferencias, hemos de llegar a la conclusión expresada por el Magistrado de instancia en su resolución, cuyos argumentos se aceptan y no se repiten.

Por todo ello, debe desestimarse el recurso planteado por el INSALUD, confirmándose la sentencia recurrida.

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Salud frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Murcia, de fecha 25 de mayo de 2001, en virtud de demanda interpuesta por doña contra el organismo recurrente, en reclamación de gastos y confirmar, como confirmamos, el pronunciamiento de instancia.

Es una Sentencia que de forma preclara analiza un supuesto, ya real, pero que se puede estigmatizar de forma general al SNS.

11. Nota 12.

12. Web que enlaza con la página del Tribunal Supremo, donde se puede encontrar información actualizada sobre los últimos pronunciamientos judiciales de las distintas Salas del Tribunal Supremo.

