

POSICIONAMIENTO DE LA ASOCIACIÓN DE JURISTAS DE LA SALUD ANTE EL REAL DECRETO LEY 16/2012, DE MEDIDAS URGENTES PARA GARANTIZAR LA SOSTENIBILIDAD DEL SNS Y MEJORAR LA CALIDAD Y SEGURIDAD DE SUS PRESTACIONES

Josefa Cantero Martínez. La presidente.

El Real Decreto Ley 16/2012 ha supuesto cambios trascendentales en la configuración del derecho a la protección de la salud. Su exposición de motivos comienza ensalzando las bondades del sistema. Reconoce que *“la creación del Sistema Nacional de Salud ha sido uno de los grandes logros de nuestro Estado del bienestar, dada su calidad, su vocación universal, la amplitud de sus prestaciones, su sustentación en el esquema progresivo de los impuestos y la solidaridad con los menos favorecidos, lo que le ha situado en la vanguardia sanitaria como un modelo de referencia mundial”*.

Aun siendo esto así, la nueva regulación altera por completo todos estos valores: disminuye considerablemente el ámbito de las prestaciones al establecer una nueva categorización de la cartera de servicios del SNS, introduce el copago en algunas de las prestaciones que antes eran gratuitas, pone un punto de inflexión en la tendencia a la universalidad, que prácticamente estaba ya conseguida, al dejar fuera a importantes colectivos de personal (inmigrantes irregulares y a los perceptores de determinadas rentas dinerarias, entre otros) y de manera extraña vuelve a los conceptos propios de la regulación sanitaria del siglo pasado al recuperar los conceptos de beneficiario y asegurado, regulados ahora por el *Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del SNS*. Además establece algunos otros cambios de menor alcance que afectan a las prestaciones farmacéuticas, a la formación de los profesionales sanitarios, a la integración de algunos cuerpos funcionariales en la condición de personal estatutario, a la creación de registros administrativos y a algunos otros aspectos menores relativos a los recursos humanos. Da una vuelta a todo el ordenamiento sanitario y modifica prácticamente todas las normas que conforman el bloque de lo que llamamos Derecho Sanitario.

Aun siendo conscientes de la amplitud de la reforma, pretendemos realizar una primera lectura general centrándonos exclusivamente en tres aspectos que son los que, a nuestro juicio, plantearían mayores problemas y dudas de constitucionalidad: el relativo al instrumento elegido para la reforma, el relativo a la libertad de que dispone el legislador a la hora de dotar de contenido al derecho constitucional a la protección de la salud y, por último, el referido al reparto de competencias sanitarias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

1. El relativo al instrumento elegido para realizar la reforma: el Real Decreto Ley.

El Real Decreto Ley es un instrumento que habilita al Gobierno de la nación para elaborar una norma a la que se le va a reconocer rango de ley. Ahora bien, hay que tener en cuenta que este instrumento supone una excepción o alteración de uno de los principios básicos de los Estados democráticos de Derecho como es el de la separación

de los poderes de un Estado. Implica un desplazamiento del poder legislativo de las Cortes Generales hacia el Gobierno de turno que hurta a aquéllas del ejercicio de la potestad legislativa que el art. 66.2 de nuestra Constitución les reconoce, precisamente en la medida en que ellas son las depositarias de la soberanía nacional, las que representan al pueblo español (art. 66.1 de la Constitución). Por eso precisamente este mecanismo sólo puede ser empleado por el Gobierno ante circunstancias extraordinarias que requieran una actuación urgente por parte del Gobierno.

El art. 86 de nuestra Constitución, efectivamente, sólo habilita al Gobierno para el uso de este instrumento en “**caso de extraordinaria y urgente necesidad**”. Podrá entonces adoptar disposiciones legislativas provisionales que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades regulados en el Título primero de la Constitución, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al derecho electoral general.

Como recientemente ha reconocido la STC 137/2011, de 14 de septiembre, en la medida en que el RD Ley supone una sustitución del Parlamento por el Gobierno, constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que éste dispensa y, como tal, sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de todos los presupuestos circunstanciales y materiales enunciados en el precepto constitucional que lo legitima. Esta figura está prevista “*como un instrumento del que es posible hacer uso para ordenar situaciones que, por razones difíciles de prever, reclaman una acción normativa inmediata*” o que por su compleja concurrencia, no pueda acudir a la medida legislativa ordinaria, sin hacer quebrar la efectividad de la acción requerida, bien por el tiempo a invertir en el procedimiento legislativo o por la necesidad de la inmediatez de la medida” (STC 111/1983, de 2 de diciembre, y STC 137/2011, de 14 de septiembre). La situación de grave crisis económica y financiera que estamos padeciendo es, sin duda, un presupuesto habilitante para su utilización, pero también tiene límites. No todo vale en nuestro ordenamiento jurídico.

Según la STC 137/2011, resulta evidente que el concepto “**extraordinaria y urgente necesidad**” que se contiene en la Constitución no es, en modo alguno, una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes. Y en este sentido, sin perjuicio del peso que en la apreciación de lo que haya de considerarse como caso de extraordinaria y urgente necesidad haya de concederse al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado, es función propia del Tribunal Constitucional el aseguramiento de estos límites, la garantía de que en el ejercicio de esta facultad, como de cualquier otra, los poderes públicos se mueven dentro del marco trazado por la Constitución, de forma que el TC podrá, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como de “extraordinaria y urgente necesidad” y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de un real decreto-ley por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución.

Pues bien, si analizamos la concurrencia de estos requisitos en el Real Decreto Ley no resulta difícil concluir que algunas de las medidas adoptadas tiene más que ver con la precipitación y el arrebato que con la urgencia. Buena prueba de ello dio la publicación

en el BOE, unos días después de su entrada en vigor, de diversas páginas de corrección de errores técnicos que se refieren no solo a errores tipográficos o lingüísticos sino que también, en algunos casos, vienen a introducir verdaderas modificaciones sustantivas de los preceptos aprobados y ya en vigor (BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2012). A la misma conclusión se puede llegar si tenemos en cuenta que unas semanas después de su convalidación se han vuelto a introducir importantes modificaciones, esta vez a través del *Real decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios*. La misma idea nos sugiere el intento de rescatar a algunos de los colectivos que inicialmente parecían quedar fuera de su ámbito de aplicación a través de la definición de asegurado y beneficiario que detalla el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, antes mencionado.

Aunque no se trata, pues, de sustituir el juicio político o de oportunidad que realiza el Gobierno, el Tribunal Constitucional debe verificar que no se realiza un uso abusivo o desviado de esta figura. Para ello debe controlar varios aspectos:

1. Que la situación extraordinaria y de urgente necesidad sea explícita y razonada. En este sentido, el TC no acepta el uso de fórmulas estereotipadas para justificar el recurso al RD Ley. En la Sentencia 137/2011 ha considerado que “la concurrencia del presupuesto habilitante tampoco puede entenderse justificada con el recurso que se hace en el último párrafo de la exposición de motivos del Real Decreto-ley a la genérica y abstracta fórmula de que *“en la adopción de estas medidas... concurren, por naturaleza y finalidad de las mismas, la circunstancia de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución para la utilización del Real Decreto-ley”*. El empleo de esta fórmula estereotipada “tampoco satisface la exigencia de una fundamentación explícita y razonada de los motivos que llevan al Gobierno al optar por el uso de esta fuente del Derecho” (STC 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 6).

2. Que exista conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que se adoptan en el RD Ley, de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar. Habría que analizar más detenidamente y desde una estricta perspectiva económica si las medidas adoptadas constituyen un ahorro para el erario público. No cabría duda alguna de que la introducción de copagos para algunas prestaciones que antes eran gratuitas o la necesidad de contribuir al pago de las prestaciones farmacéuticas de algún colectivo cumplirían ese canon. Ahora bien, la norma ha adoptado algunas otras medidas que difícilmente pasarían este canon constitucional de proporcionalidad entre la dureza de la medida adoptada y el ahorro producido. Piénsese, por ejemplo, en la exclusión del colectivo de los inmigrantes irregulares, en la regulación de las áreas de capacitación específica, en la creación de registros del personal estatutario o en otras de las múltiples medidas que contiene la norma y que poco tienen que ver con los pretendidos ahorros.

3. Que el fin que justifica la legislación de urgencia, que no es otro que subvenir a *“situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes”* (SSTC 11/2002, de 17 de enero, 137/2003, de 3 de julio y 137/2011, de 14 de septiembre, entre otras muchas). Aunque el TC ha considerado que la situación extraordinaria y urgente puede ser independiente de su previsibilidad, debe

en todo caso existir una excepcionalidad que constituya una necesidad urgente, hasta el punto de que la adopción de esas medidas no pueda demorarse durante el tiempo necesario para permitir su tramitación por el procedimiento legislativo ordinario o urgente sin hacer quebrar la efectividad de la acción requerida, bien por el tiempo a invertir en su tramitación o bien por la necesidad de inmediatez de la medida. Por ello, cuando se trata de situaciones estructurales, no coyunturales, debe darse necesariamente el requisito de la existencia de una situación especialmente cualificada por las notas de gravedad, imprevisibilidad o relevancia para poder valorar si se satisfacen los estrictos límites a los que la Constitución ha sometido el ejercicio del poder legislativo del Gobierno.

De no aplicar estos estrictos límites se permitiría excluir por se el procedimiento legislativo para la regulación de cualquier eventualidad, lo que obviamente no se corresponde con nuestro modelo constitucional de fuentes. No se puede obviar que estamos ante una situación muy compleja -que ha sido incluso calificada de auténtica emergencia- que resulta poco compatible con los valores y formas jurídicas tradicionales. Ahora bien, nuestro deber de juristas sigue siendo el de poner de manifiesto estas disfunciones. Hay que ser especialmente cauteloso en estos tiempos de dura crisis que nos ha tocado vivir y en el nuevo marco en el que nos estamos moviendo de estabilidad presupuestaria y de cumplimiento de objetivos de déficit. No todo vale. De lo contrario estaríamos admitiendo que basta alegar las razones económicas para recurrir a esta vía excepcional y para dar cobertura a cualquier tipo de medida con tal que supusiera ahorro de gasto, desconociendo así un pilar básico de nuestro Estado de Derecho como es el de separación de poderes y la atribución de la potestad legislativa al órgano en el que recae la soberanía nacional, las Cortes Generales.

Pues bien, también si aplicamos este parámetro encontramos indicios importantes para una posible declaración de inconstitucionalidad del Real Decreto Ley ante la falta del requisito de “imprevisibilidad”. De hecho, la propia exposición de motivos nos remite a situaciones estructurales –que no coyunturales- que se tratan de afrontar. Así, se reconoce explícitamente que la nueva regulación “*tiene como objetivo fundamental afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo*”. Ciertamente es que el SNS estaba y sigue estando en una grave situación de dificultad económica, que existe una alta morosidad y un insostenible déficit de las cuentas públicas sanitarias que pueden justificar la adopción de medidas urgentes tendentes a garantizar el futuro del sistema público sanitario. Ahora bien, si se pretende ir más allá de la adopción de medidas puntuales para modificar los consensos básicos que en su día llevaron a la configuración del SNS, sería razonable que este cambio estructural del modelo se acordara en las Cortes Generales tras su previo debate político y social. Lo contrario nos parece un uso excesivo –por no decir fraudulento- del Real Decreto Ley.

En el mismo sentido, el punto VI de su exposición de motivos se refiere a la necesidad de adoptar medidas “destinadas a corregir determinadas situaciones estructurales en relación con los recursos humanos”. Obviamente, si se trata de cuestiones estructurales no concurre la nota de imprevisibilidad, urgencia y necesidad que justifican su utilización según la consolidada doctrina del TC. Así, cabría plantearse si es realmente necesario regular a través de un Real Decreto Ley las medidas para definir “homogéneamente” para todo el SNS las categorías profesionales y el sistema de

equivalencia, los criterios generales reguladores del sistema retributivo o de la acción social, las áreas de capacitación específica, la formación de especialistas, la resolución de las solicitudes de acreditación de centros docentes, así como su auditoría y evaluación. También podríamos plantearnos si es materia propia de un decreto ley la creación de un Registro Estatal de Profesionales Sanitarios o el establecimiento de la obligación de que determinados cuerpos funcionariales se integren como personal estatutario, más que nada porque dicha integración se demora hasta finales del año 2013. Evidentemente no se aprecia la extraordinaria urgencia que requiere la utilización de esta figura. Más bien todo parece apuntar a un exceso y un uso abusivo de la figura excepcional que debe ser el Real Decreto Ley.

En fin, un detenido análisis de las razones de la nueva norma nos obliga a realizar varias reflexiones. Es por todos conocida la situación de deuda multimillonaria que arrastra desde su creación del SNS y la necesidad de contener —e incluso reducir el gasto— para contribuir desde este sector al cumplimiento de los objetivos de déficit. Desde este estricto parámetro económico se justificarían posiblemente algunas de las medidas que se adoptan y que tienen como objetivo inmediato el ahorro de dinero público (exclusión de colectivos, copagos sanitarios, centrales de compra sanitaria, etc.). Ahora bien, la propia Exposición de Motivos no oculta que han existido también otras razones que, a nuestro juicio, estarían bastante más alejadas de las causas habilitantes del uso de esta norma y que podrían reflejar también un exceso y uso abusivo del Real Decreto Ley, toda vez que se utiliza para cambiar absolutamente todo el ordenamiento sanitario y buscar otras soluciones frente a lo que son situaciones claramente estructurales. En estas condiciones es lícito dudar si se cumple el supuesto habilitante de esta norma: *“situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal”*.

Así, no parece que concurra esta nota de imprevisibilidad cuando es la propia norma la que reconoce sin pudor en su exposición de motivos que se pretende dar respuesta a problemas y situaciones estructurales y no coyunturales. Se dice que *“los **datos estructurales** y las cifras más significativas del gasto sanitario público muestran que la sanidad pública no puede obviar por más tiempo una situación claramente incompatible con su imprescindible sostenibilidad”*. A las mismas razones estructurales se refieren otros de los motivos justificadores de la adopción de este instrumento. Así, se habla de que el *“Sistema Nacional de Salud **viene sufriendo situaciones de descoordinación** entre los servicios de salud autonómicos lo que se traduce en la aparición de considerables diferencias en las prestaciones y en los servicios a los que acceden los pacientes en las distintas comunidades autónomas”*. Se hace referencia a la *“**ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento** en todo el territorio nacional”*, al crecimiento desigual en las prestaciones del catálogo o a la falta de adecuación de algunas de ellas a la realidad socioeconómica, etc.

En estas condiciones es realmente complicado apreciar la nota de “imprevisibilidad” de la situación que se trata de corregir con el recurso a un Real Decreto-Ley. Las medidas adoptadas van más allá de lo que es la mera situación económica urgente para afrontar una revisión de los rasgos básicos y configuradores de nuestro sistema público sanitario, especialmente el referido a su universalidad. Si esta es la finalidad que pretende la norma, tal como parece desprenderse de su propia exposición de motivos, resulta obvio que el recurso al Real Decreto Ley no parece que sea el instrumento más idóneo para

acometer estos cambios tan sustanciales al margen del debate parlamentario y de un mínimo consenso social básico.

Además se observan otros importantes defectos de técnica jurídica en la utilización de esta fuente. Así sucede, sin más, cuando se utiliza un Real Decreto Ley con la intención de transponer al ordenamiento español algunos aspectos de algunas Directivas comunitarias que datan del año 2004 y que podían haber sido transpuestas a nuestro ordenamiento desde hace 8 años y a través meramente de una norma reglamentaria (Real Decreto), sin perturbar todo el sistema de fuentes. Tampoco en estas condiciones parece que pueda apreciarse el requisito de la urgencia e imprevisibilidad que habilita para la utilización de este instrumento. Así sucede con las medidas relativas a la *Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*. En este caso, el pretexto ha sido que no se había transpuesto en el artículo 7 del *Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*, que regula las condiciones que se deben cumplir en aquellos casos en los que un ciudadano europeo desee residir en otro Estado miembro, distinto del que es originario, por un periodo superior a tres meses. Lo mismo sucede con la *Directiva 2004/23/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos*. En otras ocasiones el Real Decreto Ley 16/2012 se utiliza a modo de popurrí para establecer medidas que son meramente de carácter reglamentario y que el Gobierno podía perfectamente haber regulado mediante una norma reglamentaria, esto es, mediante un Real Decreto, como reconoce expresamente su Exposición de Motivos al modificar el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, en cuanto a la autorización para realizar actividades de promoción y apoyo a la donación de células y tejidos humanos y la creación de registros de donantes.

En estos casos se está creando un grave problema de confusión del sistema fuentes. Es obvio que el Gobierno puede en cualquier momento modificar el contenido de sus normas reglamentarias a través de un Real Decreto. Ahora bien, no parece afortunada la utilización del Real Decreto Ley como técnica jurídica modificadora de contenidos reglamentarios. Ello no es sino una prueba más del exceso y desproporción de contenidos que encontramos en la norma analizada: aprovechando la necesidad de adoptar medidas urgentes de ahorro se aprovecha para modificar todo el ordenamiento sanitario. Por lo demás, y para evitar el problema de una congelación o elevación del rango normativo de estos cambios, se ha tenido que incluir una Disposición Final (la segunda) para habilitar nuevamente al Gobierno para que en un futuro pueda modificar estos mismos contenidos a través de las correspondientes normas reglamentarias.

2. En el aspecto relativo a los márgenes de actuación de que dispone el Gobierno para configurar el contenido del derecho a la protección de la salud como un mero principio rector de la política social y económica

El RD Ley ha introducido importantes novedades en los aspectos básicos configuradores de nuestro modelo público de asistencia sanitaria. Entre otras medidas, sin duda las más controvertidas son las que afectan a la universalidad y a la gratuidad de las prestaciones sanitarias. Ha establecido una nueva categorización de la cartera común de prestaciones para introducir el copago o aportación dineraria del usuario en algunas de ellas, ha instaurado para los pensionistas la obligación de realizar estas aportaciones para las prestaciones farmacéuticas, ha elevado los porcentajes de participación de los demás colectivos y ha establecido una nueva regulación de la titularidad del derecho a la asistencia pública sanitaria que ha supuesto la exclusión de un determinado sector de la población mediante el recurso al nuevo concepto de asegurado y de beneficiario. Además de los perceptores de determinadas rentas que superan determinados umbrales, han quedado excluidos respecto del sistema anterior los extranjeros que no sean titulares de una autorización para residir en el territorio español (art. 1.3 del RD Ley). Ahora sólo podrán acceder a las prestaciones sanitarias mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial.

La ruptura en la tendencia hacia la universalidad de las prestaciones sanitarias que inició la Ley General de Sanidad en el año 1986 y que pretendió concluir la Disposición Adicional Sexta de la Ley General de Salud Pública de 2011 es, sin duda, una de las que más dudas plantea. En determinados foros se ha mencionado la inconstitucionalidad de la exclusión de los inmigrantes irregulares porque se aparta de la vocación universal que habían establecido estas Leyes. Sin embargo, conviene señalar que estas leyes no son parámetros para decidir la constitucionalidad o no de esta norma, pues existe un principio básico en el Derecho que dice que la norma posterior deroga a la anterior. Hemos de recordar que el RD Ley es una norma a la que se le conoce rango de ley y, desde esta exclusiva perspectiva, no estaría vinculada a la extensión o contenidos que hayan podido dar al derecho a la protección de la salud leyes anteriores.

El parámetro para analizar la constitucionalidad del RD Ley 16/2012 ha de hacerse conforme a la Constitución, y es aquí donde nos podemos encontrar con el primer escollo dada la especial naturaleza que tiene este derecho, que no es un derecho fundamental –a pesar de su estrecha relación con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física- ni es un derecho subjetivo. Aparece configurado como un mero principio rector de la política económica y social. La protección de la salud, como un derecho social de prestación que implica una carga financiera considerable, es de contenido legal y requiere ineludiblemente de intermediación legislativa. Corresponde al legislador en función de las situaciones de necesidad existentes y de los medios financieros disponibles determinar la acción protectora a dispensar por el SNS y las condiciones para el acceso a las prestaciones. Como ha señalado la STC 245/2004, de 16 de diciembre, esta característica de derechos prestacionales que requieren una base financiera sólida y una administración de recursos escasos permiten al legislador una amplia libertad de configuración.

Efectivamente, el art. 53.3 de la Constitución recalca este aspecto al disponer el valor que tienen los principios rectores. La protección de la salud debe informar “la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos” y sólo podrá ser “alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Es decir, hay una remisión casi libre al legislador ordinario para que, atendiendo fundamentalmente a las circunstancias económicas del país, determine en cada momento concreto el contenido y extensión de este derecho. Y a ello recurre precisamente el Gobierno en la Exposición de Motivos del RD Ley 16/2012.

Esta especial naturaleza del derecho a la protección de la salud ha sido aprovechada por el Gobierno para justificar la importante reforma sustrayéndola al debate parlamentario. Así se desprende del punto VIII de la exposición de motivos del Real Decreto Ley 16/2012, que justifica precisamente su adopción en la especial naturaleza del derecho de protección de la salud que se deriva de la ubicación del art. 43 en el capítulo III del Título I de la Constitución como un mero principio rector de la política social y económica del país lo que supondría, una “relajación” de las exigencias del Real Decreto Ley. Efectivamente, la existencia de una reserva de ley para regular los derechos y deberes de todos respecto de la protección de la salud no significa que un Real Decreto Ley no pueda regularlos (STC 182/1997, de 28 de octubre y 245/2004, de 16 de diciembre), sino que puede penetrar en dicha materia siempre que se den los requisitos constitucionales de presupuesto habilitante y no afecte, en el sentido constitucional del término, a las materias excluidas en el art. 86 de la Constitución, *“aspecto que necesariamente se relaja al encontrarnos en presencia de un principio rector de la política social y económica del capítulo III del Título I de la Constitución”*.

Según nuestro modelo constitucional corresponde al legislador regular el contenido y las condiciones para el disfrute del derecho a la protección de la salud, eso sí, respetando los valores y principios constitucionales. Aunque el marco constitucional se ha interpretado como un mandato de optimización, de mejora continua y de progresión en los llamados derechos sociales o prestaciones, la protección de la salud es un derecho susceptible de ser modulado. Significa ello que la universalización y la gratuidad en las prestaciones y los servicios sanitarios no se deriva ni imperativamente ni de manera inmediata de la Constitución. La legislación en materia de salud puede supeditar el acceso a las prestaciones sanitarias con cargo a los fondos públicos al pago de una determinada aportación dineraria (copago), a la vinculación con la Seguridad Social o a la posesión de una determinada autorización administrativa, como ha sido el caso para los extranjeros, a quienes se les exige a partir de ahora disponer de una residencia autorizada administrativamente por el Estado y del correspondiente vínculo con la Seguridad Social (STC 236/2007). De acuerdo con estos estrictos parámetros, algunas de las soluciones más novedosas que contiene el RD Ley 16/2003 no serían contrarias al art. 43 de la Constitución, en relación con su art. 13 (que es el que se refiere a los extranjeros en España).

Ello significa que, al menos en principio, el legislador tiene una amplísima libertad para determinar en cada momento concreto, atendiendo fundamentalmente a la situación económica, la extensión de las prestaciones públicas sanitarias gratuitas o bonificadas, así como las condiciones que han de reunir los titulares de este derecho. Desde esta perspectiva, la exclusión de determinados medicamentos del sistema público subvencionado, el aumento de porcentaje de aportación de los ciudadanos o el pase a un sistema de aportación pecuniaria para disfrutar de determinados servicios que antes eran gratuitos (transporte sanitario no urgente o prestaciones ortoprotésicas, por ejemplo) se situarían en el marco de opciones de políticas públicas que corresponde regular y ejecutar a nuestros poderes públicos, de acuerdo con las prioridades políticas y las condiciones sociales y económicas de cada momento histórico en concreto. Doctrinalmente se ha aceptado la reversibilidad de los derechos sociales pero, aun así, se discute sobre cuáles sean las condiciones y los límites en que ésta pueda producirse.

A partir de esta configuración constitucional del derecho a la protección de la salud podemos plantearnos si existe o no algún límite para el legislador ordinario pues, dentro de estos amplísimos márgenes de libertad que nuestro ordenamiento le reconoce,

no es lo mismo no seguir avanzando en la extensión del contenido de este derecho que reducir el contenido de sus prestaciones o excluir a determinados colectivos de ciudadanos. Renunciar a derechos que ya se tienen es mucho más dramático y doloroso que no seguir progresando en algo que todavía no se tiene.

Efectivamente, el Real Decreto Ley ha adoptado una medida que reviste especial gravedad. Nos referimos a la exclusión de un importante colectivo especialmente vulnerable que sí disfrutaba antes del sistema público por el mero hecho del empadronamiento en su municipio de residencia. Nos referimos al de los extranjeros sin autorización de residencia o inmigrantes en situación irregular o sin papeles. Con la nueva normativa, la atención en situación de urgencias estaría garantizada, al igual que la atención a los menores de edad y a las mujeres embarazadas. Según considera el *Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña 6/2012, de 1 de junio, sobre el Real Decreto Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones*, con esta prestación mínima se estaría salvaguardando el derecho fundamental a la vida y a la integridad física de los inmigrantes irregulares, de manera que conectarían con el contenido mínimo que hace reconocible el mandato imperativo que los poderes públicos deben asegurar y prestar (art. 43 CE) en cualquier circunstancia a cualquier persona con el fin de preservar el derecho fundamental a la vida y la integridad física contenido en el artículo 15 CE. No compartimos, sin embargo, esta visión.

La eficacia en sí de esta medida regresiva de carácter excluyente es muy dudosa. No parece que el objetivo de reducir el gasto sanitario vaya a solucionar el grave problema de financiación que presenta nuestro sistema sanitario y por ello entendemos que no está justificada la privación del derecho a la protección de la salud de los extranjeros en esa situación. Son muchos los argumentos humanitarios, sanitarios, contables e incluso jurídicos que podrían buscarse. Comporta riesgos potenciales para la salud pública y colectiva porque no sabemos a ciencia cierta las repercusiones que puede tener un seguimiento insuficiente de este grupo de personas que va a quedar excluido del circuito ordinario de los servicios de atención médica. A mayor abundamiento, la medida puede tener unos perversos efectos colaterales porque puede llevar a un colapso de los servicios de urgencias en determinados momentos (pensemos, por ejemplo, en un pico de epidemia de gripe) y puede suponer la intervención de los servicios públicos cuando la salud del inmigrante esté ya muy deteriorada por la falta de una atención médica previa, con lo cual, la atención a su salud podrá salir mucho más cara.

Tampoco se justifica adecuadamente en la exposición de motivos, donde se hace una especial referencia a los problemas detectados por el Tribunal de Cuentas en su informe de *fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los reglamentos y convenios internacionales de la Seguridad Social*, de 29 de marzo de 2012. En sus páginas 38 y siguientes reconoce el Tribunal que en el año 2010 residían en España 453.349 personas con derecho a la asistencia sanitaria gratuita a cargo de la Seguridad Social española por carecer de recursos económicos suficientes. El informe detecta carencias importantes en la facturación de estos gastos a sus países de origen y en el control por parte de las autoridades españolas del cumplimiento de los requisitos que dan derecho a la asistencia sanitaria a las personas sin recursos. De hecho, expresa que “al menos 284 personas habían realizado un uso irregular de la tarjeta”. La emisión de estas Tarjetas Sanitarias Europeas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social a personas de otras nacionalidades sin recursos económicos suficientes pone de manifiesto la existencia de deficiencias específicas en el control sobre este

colectivo, situación que –conforme señala el Tribunal- habría sido evitada con la simple consulta informática al Fichero General de Afiliación de la Tesorería General de la Seguridad Social, donde se recogen las personas que tienen la condición de *“personas sin recursos económicos suficientes”*. Por ello, el informe recomienda al Gobierno de la Nación que impulse las medidas legislativas oportunas para que el coste de esta asistencia sanitaria pueda ser derivado, en su caso, a sus respectivos países de origen y que agudice el sistema de control para evitar situaciones fraudulentas. En modo alguno recomienda la exclusión de este colectivo del sistema público sanitario.

Dada esta valoración técnica podríamos plantearnos si, en rigor, la adopción de esta medida es ajustada a los fines de ahorro público que teóricamente se tratan de conseguir. A las dificultades que entrañaría realizar este juicio de proporcionalidad se ha referido el propio presidente del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña en su Dictamen 6/2012, de 1 de junio, a través de un voto particular en el que, entre otros muchos motivos, hace referencia a diversos informes técnicos que han demostrado que el gasto sanitario de los inmigrantes es muy inferior al de los nacionales, entre otras razones porque su promedio de edad es más joven¹. Por ello precisamente parece difícil relacionar directamente el gasto sanitario de este colectivo con los grandes problemas financieros de la sanidad.

Por otro lado, si lo que se pretende es controlar abusos, se podría mejorar la técnica del empadronamiento, ejercer adecuadamente las tareas de supervisión o fiscalización que corresponden a la Administración o simplemente mejorar las técnicas de facturación que denuncia el informe del Tribunal de Cuentas. A nuestro juicio, resulta completamente ilógico y desproporcionado intentar solucionar lo que es meramente un problema de gestión de facturas con una limitación tan grave de derechos sociales a un colectivo especialmente vulnerable como es el de los inmigrantes irregulares.

También desde un estricto punto de vista jurídico podríamos plantearnos si la libertad de nuestro legislador ordinario es absoluta y puede llegar hasta estos extremos máximos de exclusión de colectivos especialmente sensibles. Esta presunta “relajación” que menciona la Exposición de Motivos ha de ser matizada necesariamente en atención al marco en el cual se encuadran en nuestra Constitución los principios rectores y, sobre todo, en atención a los textos de carácter internacional que ha suscrito el Estado español y que vinculan, no sólo al Gobierno de turno, sino también y especialmente al legislador. La configuración de la protección de la salud como un principio rector no significa, en modo alguno, que el Gobierno tenga las manos absolutamente libres para configurarlo a su antojo. Esto nos sitúa directamente ante la polémica y nada fácil cuestión relativa al valor que tienen los principios rectores de la actividad económica y social y, en consecuencia, de los ámbitos de libertad de que dispone el legislador para su configuración y, en este caso concreto, el Gobierno de la nación.

¹ Señala el voto particular la especial coyuntura de la inmigración ante el aumento desbocado del desempleo. Ello hace que una gran mayoría de inmigrantes irregulares sean sobrevenidos, es decir, que han perdido la autorización de residencia, después de tenerla durante diversos años, porque han perdido el trabajo, y ello les impide la renovación de la residencia. Esta situación alcanza una gravedad especial porque la mayoría de los inmigrantes irregulares pueden continuar en territorio español sin ser expulsados, pero no tendrán derecho a la protección sanitaria.

El Tribunal Constitucional ha afirmado que “el valor normativo inmediato de los artículos 39 a 52 de la Constitución ha de ser modulado en los términos del artículo 53.3 de la Norma Fundamental” (STC 80/1982, de 20 de diciembre) , precepto que “impide considerarlos normas sin contenido, obligando a los poderes públicos a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes” (SSTC 19/1982, de 5 de mayo y 14/1992, de 10 de febrero, entre otras). Nuestra Constitución ha optado por un determinado modelo de Estado, el Estado social (art. 1) que propugna como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico la igualdad de todos los ciudadanos. A mayor abundamiento, su art. 9.2 encarga a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. Este es el contexto y marco constitucional que hay que tener en cuenta a la hora de valorar la conformidad o no a la Constitución de algunas de las medidas establecidas en el RDLey, especialmente la relativa a la exclusión de un colectivo especialmente vulnerable como es el de los inmigrantes irregulares, superando así una visión exclusivamente economicista y presupuestaria del problema.

El artículo 43 CE debe ser considerado como un principio rector constitucional dirigido a orientar y determinar la actuación de los poderes públicos. En este sentido, la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional también ha declarado que: «el “derecho a la protección de la salud” (art. 43.1 CE) representa uno de los “principios rectores de la política social y económica” proclamados por la Constitución, cuyo reconocimiento, respeto y protección ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE)» (ATC 221/2009, de 21 de julio, FJ 4), y, asimismo, lo ha identificado como «un valor de indudable relevancia constitucional» (ATC 96/2011, de 21 de junio, FJ 5). Por tanto, la Constitución, interpretada por la jurisprudencia constitucional, de acuerdo con el valor esencial de la salud pública y su articulación en condiciones que promuevan la igualdad real de los ciudadanos (art. 9.2 CE), ordena a los poderes públicos que regulen, establezcan y controlen un sistema que debe proveer con carácter universal las correspondientes prestaciones y servicios sanitarios (STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 5, y 87/1985, de 16 de julio, FJ 2).

Sobre los condicionantes económicos de los derechos sociales y, en concreto, respecto del modelo de la Seguridad Social (art. 41 CE), se ha pronunciado el Tribunal Constitucional reiteradamente (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17; 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3, y 78/2004, de 29 de abril, FJ 3), y también sobre la racionalización del gasto en el sistema sanitario. Sobre esta última cuestión, recientemente, el alto tribunal ha considerado que la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracterizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema (ATC 96/2011, de 21 de junio, FJ 6). Con base a esta argumentación, por ejemplo, se ha considerado que no debe confundirse el derecho al acceso universal al sistema de salud pública, de «todos», con el derecho al régimen de prestaciones sanitarias gratuitas o bonificadas. El alcance y la graduación de la gratuidad, así como de las bonificaciones económicas en las prestaciones sanitarias y farmacéuticas, dependerán de la regulación que en cada momento histórico o temporal apruebe al legislador, de acuerdo con las exigencias derivadas de las circunstancias cambiantes, respetando los límites constitucionales.

A nuestro juicio, sin embargo, podría hacerse otro planteamiento diferente. En este sentido no podemos obviar que España firmó el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y este Pacto, que tiene el valor de los tratados internacionales, vincula y compromete seriamente al Estado español, vinculando también al legislador ordinario y, por razones obvias, también al Gobierno cuando utiliza el Real Decreto Ley. Además, en los últimos años se ha producido una especial circunstancia que afecta a esta labor interpretativa que estamos realizando. Nos referimos a que el derecho a la protección de la salud ha sido dotado desde una perspectiva internacional de un determinado contenido que vincularía al Estado español a través de la Observación General sobre dicho derecho realizada en el año 2000 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Significa ello que también hay que hacer la interpretación de los derechos económicos y sociales reconocidos por nuestra Constitución conforme, en el caso que nos ocupa, al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito en Nueva York en 1966 en el seno de la ONU. Es más, parece lógico interpretar el contenido de estos derechos conforme a la interpretación realizada por sus órganos especializados. El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 (firmado por el Estado Español el 28 de septiembre de 1976 y ratificado el 27 de abril de 1977) consagra en su artículo 12 el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Pues bien, entre las múltiples medidas que deberán adoptar los Estados para lograr la efectividad de este derecho figuran, entre otras, la creación de condiciones que aseguren a todos los ciudadanos la asistencia médica en caso de enfermedad.

Para ello, cada Estado se ha comprometido a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, **hasta el máximo de los recursos de que disponga**, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas (art. 2). Es más, el compromiso de los Estados llega a garantizar que este derecho se ejerza sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Sólo se establecen especialidades para los “países en desarrollo” que, teniendo en cuenta su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizan estos derechos a personas que no sean nacionales suyos.

Es decir, España, como Estado firmante del Pacto, está obligada a dar plena efectividad al derecho a la protección de la salud “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. De ello se deriva una obligación de prioridad de gasto al adoptar decisiones sobre el gasto público respecto de otras partidas discrecionales y, en todo caso, deberá justificar y motivar adecuadamente por qué reduce el gasto público respecto de la salud. Obviamente en un contexto de grave crisis económica y en el marco del principio de estabilidad presupuestaria que ha consagrado recientemente el art. 135 de nuestra Constitución no resultará fácil cumplir las condiciones del Pacto para esta rebaja del gasto sanitario, especialmente si tenemos en cuenta que la nueva redacción de este precepto otorga prioridad absoluta en el gasto, no al desarrollo de los derechos sociales, sino al pago de los intereses y el capital de la deuda de nuestras Administraciones Públicas.

Conviene tener en cuenta que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), que es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto por los Estados firmantes² y el encargado de interpretar sus disposiciones en forma de Observaciones Generales, ha dado contenido a este derecho y ha determinado las obligaciones de los Estados firmantes en esta materia. Precisamente, en su reunión de 12 de mayo de 2000, el Comité adoptó la *Observación General n° 14 respecto del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. En ella ha definido la salud como “**un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos**”. En el párrafo 43 interpreta que es obligación básica de los Estados, como mínimo, la de garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial, por lo que respecta a grupos vulnerables o marginados, así como facilitar medicamentos esenciales.

Es obligación básica y esencial de los Estados la de adoptar medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga. “*Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del art. 12 del Pacto*”. Si la limitación de los recursos imposibilita el pleno cumplimiento de estas obligaciones, “*el Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones señaladas supra. Cabe señalar sin embargo, que un Estado parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 supra, que son inderogables*”.

Es decir, respecto de los inmigrantes sin papeles, podríamos decir que el Estado Español ha incumplido una de las obligaciones básicas e indisponibles previstas por el Pacto como es la relativa a la obligación de garantizar el derecho de acceso a centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados. Las razones económicas no justifican desde el punto de vista del Pacto esta limitación a este concreto colectivo de personal.

En el párrafo 48 de la Observación General prohíbe la adopción de cualesquiera medidas regresivas respecto de la salud. “*Constituye una violación del Pacto la revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales o internacionales relativas al derecho a la salud*”. Estas actitudes por parte del Estado se califican como actos de comisión. Entre las violaciones por actos de omisión figuran, según su párrafo 49, “*no adoptar las medidas apropiadas para dar plena efectividad al derecho universal a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental*”.

² Para la realización de esta tarea de supervisión, todos los Estados partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan esos derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar informes a los dos años de la aceptación del Pacto y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "observaciones finales". Por el momento, el Comité no puede examinar las denuncias de los particulares, aunque se está estudiando un proyecto de Protocolo Facultativo de Pacto que facultaría al Comité para ello.

En todo caso, si analizamos las medidas adoptadas por el Real Decreto Ley 16/2012 que excluyen a los inmigrantes sin papeles, podríamos decir que se ha producido una violación de las obligaciones de cumplir que incumben a los Estados firmantes según lo dispuesto en el párrafo 50 de la Observación General. Dicha violación se produce cuando *“los Estados partes no adoptan todas las medidas necesarias para dar efectividad al derecho a la salud. Cabe citar entre ellas la no adopción o aplicación de una política nacional de salud con miras a garantizar el derecho a la salud de todos; los gastos insuficientes o la asignación inadecuada de recursos públicos que impiden el disfrute del derecho a la salud por los particulares o grupos, en particular las personas vulnerables o marginadas...”*.

Habrà que ver, no obstante, la lectura final que de este nuevo marco internacional acaba realizando el Tribunal Constitucional cuando se resuelvan los recursos de inconstitucionalidad que han planteado algunas Comunidades Autónomas frente a este Real Decreto Ley. En todo caso, el Pacto debería ser utilizado como un instrumento que permita delimitar -al menos en estos aspectos básicos y esenciales- el margen de discrecionalidad de que dispone el legislador para la configuración de este derecho.

3. En el aspecto relativo al ámbito competencial y posible invasión de competencias autonómicas

Otro de los aspectos del Real Decreto Ley 16/2012 que puede plantear problemas es el relativo al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia fundamentalmente sanitaria. Hablamos de materia sanitaria porque el RD Ley es tan amplio que incluye varios títulos competenciales más. De hecho, esta norma ha sido ya objeto de interposición de varios recursos de inconstitucionalidad ante nuestro Tribunal Constitucional por parte, entre otras, de Andalucía, Cataluña, Aragón o Asturias.

La valoración de este concreto aspecto es enormemente complicada en la medida en que dependerà de lo que se denomina bloque de constitucionalidad y, en suma, de las concretas competencias asumidas por cada Comunidad Autónoma en su respectivo Estatuto de Autonomía. Aunque no nos vamos a detener en ello, resulta indudable que la nueva regulación deja a algunas Comunidades Autónomas, especialmente las que han reformado recientemente sus Estatutos de Autonomía, en una situación comprometida en la medida en que han recogido en ellos importantes derechos sanitarios de carácter avanzado que tendrán que quedar inaplicados y desplazados por la nueva regulación básica. Asimismo, habría que realizar un concienzudo y detallado análisis de los distintos títulos competenciales en los que se ha amparado el RD Ley para regular todas y cada una de las múltiples y heterogéneas materias que regula. La tarea, como es obvio, excederìa con creces de nuestras pretensiones en este caso. Por ello, simplemente nos vamos a dedicar a resaltar alguna idea general al respecto.

El Decreto-ley, siempre que se cumplan los demás requisitos constitucionales exigibles, puede establecer "disposiciones legislativas" que contengan bases o normas básicas. Según se estableció tempranamente en la STC 23/1993, de 21 de enero, no existe obstáculo constitucional alguno para que el Decreto-ley, en el ámbito de la competencia legislativa que corresponde al Estado, pueda regular materias en las que una Comunidad Autónoma tenga competencias, pero en las que incida una competencia legislativa del Estado y siempre que esa regulación no tenga como fin atribuir competencias o

delimitar positivamente la esfera de competencias de las Comunidades Autónomas (STC 23/1993, de 21 de enero).

Pues bien, la propia exposición de motivos del RD Ley aclara cuál ha sido la intención del Gobierno en este ámbito, lo que nos permitiría realizar una lectura en clave “recentralizadora” de algunas de las materias reguladas. Se habla, así, de la necesidad de afrontar una reforma estructural del SNS para, entre otras cosas, reforzar las medidas de cohesión del sistema y para dar respuesta a las demandas internas de mejora de equidad que exige la ciudadanía. Se justifican las nuevas medidas en que el SNS viene sufriendo situaciones de descoordinación entre los servicios de salud autonómicos, lo que se traduce en la aparición de considerables diferencias en las prestaciones y en los servicios a los que acceden los pacientes en las distintas comunidades autónomas. Se llega a afirmar incluso que *“la cohesión territorial y la equidad se han visto puestas en cuestión con determinadas medidas adoptadas durante estos últimos años”*. En suma, el Gobierno ha realizado un diagnóstico de los grandes problemas a abordar y que irían, según se expresa literalmente en la Exposición de Motivos del RD Ley, desde la ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento en todo el territorio nacional hasta el crecimiento desigual en las prestaciones del catálogo o la falta de adecuación de algunas de ellas a la realidad socioeconómica.

Una de las medidas más novedosas que ha previsto la norma ha sido la limitación del derecho a la asistencia sanitaria pública a las personas que ostenten la condición de asegurado o beneficiario, lo que automáticamente remite al título competencial establecido en el art. 149.1.17 de la Constitución sobre Seguridad Social que, como es sabido, es bastante más extenso e intenso que el establecido en el art. 149.1.16 en materia de sanidad. Se ha producido así un desplazamiento o “baile” –si se permite la expresión– de títulos competenciales con importantes consecuencias para las Comunidades Autónomas. Ello casa mal con la doctrina establecida en la STC 98/2004, de 25 de mayo, de la que se deduce que esta materia es propia del título competencial relativo a la sanidad y no a la Seguridad Social, a pesar de la estrecha vinculación que existe entre ambos. Esto, a juicio del TC, resulta avalado porque *“la descentralización de la gestión de los servicios sanitarios y el traspaso de servicios y funciones efectuada por la Administración del Estado en materia de sanidad a favor de las distintas Comunidades Autónomas se ha visto acompañada de una nueva forma de financiación de la asistencia sanitaria, que abandonando la específica partida presupuestaria de la Seguridad Social se ha integrado en el sistema general de financiación autonómica junto al resto de las partidas presupuestarias”*. Con esa delimitación material de lo básico se evita que puedan dejarse sin contenido o cercenarse las competencias autonómicas, ya que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma.

Pues bien, a partir de este marco convendría matizar el doble lenguaje que ha utilizado la nueva norma. No se puede hablar de situación de grave problema de descoordinación por el mero hecho de que existan prestaciones diferentes en el ámbito de las CC.AA porque, asegurado un mínimo de prestaciones que son iguales para todo el territorio nacional, es consustancial a nuestro modelo de Estado descentralizado que, a partir de estas posiciones jurídicas fundamentales básicas, puedan establecerse mayores ámbitos de prestaciones si así lo consideran oportuno las Comunidades Autónomas. Y esto, por mucho que diga el RD Ley y a pesar de la nueva categorización de la cartera de

prestaciones sanitarias, va a seguir siendo igual. Lo que ha realizado la nueva norma ha sido configurar de otro modo la cartera de prestaciones para poder introducir copagos y aportaciones dinerarias de los asegurados y beneficiarios con mayor facilidad en prestaciones que antes eran gratuitas. Esto lo puede hacer perfectamente el legislador porque entraría dentro de su esfera de libertad a la hora de configurar el contenido del derecho a la protección de la salud sin necesidad de recurrir a este tipo de excusas paladinas. Lo que sí ha hecho, como novedad, ha sido establecer un sistema de garantías para que las CC.AA sólo puedan aumentar la cartera autonómica de prestaciones en la medida en que tengan recursos económicos para hacerlo. En este caso, se atribuye un mayor protagonismo al órgano de coordinación que es el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, toda vez que será preceptiva la garantía previa de suficiencia financiera de la misma en el cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria, debiendo asumir estos nuevos costes con cargo a sus propios presupuestos. Como garantía de ello se ha establecido la obligación de información al Consejo Interterritorial del SNS, que deberá ser informado de forma motivada de toda nueva incorporación y podrá emitir recomendaciones sobre ellas. El nuevo sistema no parece que suponga ningún desconocimiento del bloque de la constitucionalidad.

En otros aspectos más puntuales sí que pueden surgir estas dudas. Da la sensación de que se han pretendido buscar soluciones centralizadoras para solucionar los grandes males del sistema público sanitario. Sin embargo, la extensión que se ha dado a algunas de ellas puede plantear dudas de constitucionalidad por desconocimiento de las competencias autonómicas. Así, aunque resulta desde el punto de vista constitucional aceptable el establecimiento de nuevas normas para la definición del concepto de asegurado o beneficiario del sistema público sanitario, resultan de dudosa constitucionalidad las que se refieren a las funciones de reconocimiento y control de la condición de asegurado o beneficiario, así como las funciones instrumentales de tratamiento de datos al INSS y al Instituto Social de la Marina. Su atribución formal al Estado no se justifica por la necesidad de unificar la interpretación y aplicación de la normativa, porque esta no presenta márgenes de discrecionalidad ni elementos valorativos que puedan generar divergencias interpretativas, ni tampoco por la existencia de intereses supracomunitarios cuya gestión no sea susceptible de fraccionamiento. Nos encontramos ante un acto estatal que constituye el ejercicio de una función ejecutiva que corresponde a las comunidades autónomas y que se traduce, en esta materia, en el reconocimiento del derecho de acceso a la asistencia sanitaria mediante la expedición de la correspondiente tarjeta sanitaria. Por el contrario, una vez que han quedado determinados por el Estado los requisitos que deben reunirse para tener la condición de asegurado (art. 3), los trámites administrativos subsiguientes para su reconocimiento o posterior control constituyen meras funciones ejecutivas que deben corresponder a la Comunidad Autónoma.

La misma argumentación podría realizarse para algunas otras cuestiones que afectan a los recursos humanos, donde la competencia que tienen las CC.AA para regular al personal funcionario y al personal estatutario a partir de la legislación básica estatal es clara e incontrovertida. Así sucedería, por citar tan sólo algún ejemplo, con la obligación de integración de los médicos, practicantes y matronas de los servicios sanitarios locales de integrarse en los servicios de salud como personal estatutario fijo, sin perjuicio de los derechos consolidados. Si no es así, tendrán que ser adscritos a otros órganos administrativos autonómicos que no pertenezcan a las instituciones sanitarias públicas. Esto, que ahora se configura como una obligación, tenía en la Disposición

Adicional Decimosexta de la *ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, carácter voluntario en la medida en que incide de ello en las potestades organizativas de cada Administración que, como es sabido, son competencias autonómicas.

En fin, habría que ir analizando con gran detalle cada una de las medidas adoptadas, su extensión y los títulos competenciales asumidos por cada Comunidad Autónoma en sus Estatutos de Autonomía, con la interpretación realizada al respecto por la doctrina del Tribunal Constitucional, para poder realizar este deslinde y poder concluir con mejor criterio si el RD Ley contiene medidas que contravengan el reparto competencial. Por el momento, los aspectos analizados nos permiten dudar seriamente de la constitucionalidad de la reforma.