

El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas

Angel Menéndez Rexach
Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO

I.- Introducción: El cambio de perspectiva en el debate sobre la sanidad y las iniciativas recientes. II.- Derecho a la protección de la salud y derecho a la asistencia sanitaria. III.- El estado y la cuestión en el derecho positivo vigente. IV.- El derecho a la asistencia sanitaria como derecho público subjetivo. V.- Problemas pendientes.

I. INTRODUCCION: EL CAMBIO DE PERSPECTIVA EN EL DEBATE SOBRE LA SANIDAD Y LAS INICIATIVAS RECIENTES¹

En los últimos años y hasta hace pocos meses se ha puesto el acento en el debate sobre las formas de gestión de los servicios sanitarios, dejando de lado los aspectos sustantivos. La transferencia de las competencias de gestión del antiguo INSALUD a las Comunidades Autónomas que aún no las ostentaban ha desplazado el núcleo del debate hacia el contenido de las prestaciones sanitarias y la garantía de la igualdad de los ciudadanos en el ejercicio de su derecho de acceso a dichas prestaciones. En esta línea se han movido las iniciativas más recientes del Gobierno de la Nación, preocupado por definir con mayor precisión las funciones de la Autoridad sanitaria, porque la organización de los Servicios de Salud (y los centros y establecimientos encuadrados en ellos) es competencia y responsabilidad de las Comunidades Autónomas.

¹ El presente trabajo es parte de un estudio más amplio realizado en 1998 para el Ministerio de Sanidad y Consumo y sirvió de base a la ponencia presentada por el autor, bajo el título "La organización territorial de la sanidad y los derechos de los ciudadanos", en el XI Congreso de Derecho y Salud, celebrado en Santa Cruz de Tenerife en noviembre de 2002. Se han incorporado algunas modificaciones legislativas recientes, pero no ha parecido oportuno abordar el estudio del proyecto de ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que justificaría por sí solo un estudio independiente. Lo que aquí se presenta es un conjunto de reflexiones que pueden conservar algún interés con vistas a la reforma de la Ley General de Sanidad. El autor agradece a los organizadores del citado Congreso las facilidades ofrecidas para la publicación en esta Revista.

En el Acuerdo de la Subcomisión Parlamentaria para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud, adoptado el 30 de septiembre de 1997², ya se preveía la instrumentación de la reforma legal adecuada que permita, entre otros objetivos, los siguientes:

a) Fijar los contenidos y el carácter del derecho a la asistencia sanitaria como derecho público subjetivo, personal y no contributivo, y garantizar tanto la igualdad del contenido del derecho de cada uno de los ciudadanos, sin que existan discriminaciones por razones personales, profesionales o territoriales, como el acceso equitativo a sus contenidos materiales.

b) Llevar a cabo la universalización efectiva del derecho a la asistencia sanitaria, extendiéndolo a todos los grupos sociales y desvinculándolo de los regímenes de afiliación de la Seguridad Social".

Por otra parte, dentro del mismo epígrafe y bajo el rótulo "garantizar las prestaciones sanitarias", la Subcomisión manifestaba la necesidad de "profundizar en la estrategia de ordenación normativa de las prestaciones, concebida como un elemento fundamental de determinación de los contenidos del derecho a la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud", señalando que dicha ordenación deberá realizarse por Ley que determine, entre otros contenidos:

² En particular, en el apartado I, relativo al "Aseguramiento y Prestaciones", bajo el rótulo "Consolidar el aseguramiento sanitario universal".

"a) Las competencias de ordenación de manera que, en el nivel central y previo acuerdo del Consejo Interterritorial, se fijará el catálogo de prestaciones comunes en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, y se detallarán expresamente las prestaciones asociadas a nuevas tecnologías, las ligadas a facturación entre servicios, y aquéllas cuya indefinición pudiese generar graves desigualdades en su utilización. Las Comunidades Autónomas con competencias sanitarias plenas podrán complementar este catálogo estableciendo prestaciones adicionales con cargo a sus fondos propios.

b) Las garantías básicas de las prestaciones relativas a equidad en el acceso, libre elección, información, derechos de reclamación y reintegro, calidad y tiempos de espera".

Al servicio de estos objetivos el Ministerio de Sanidad elaboró un borrador de anteproyecto de ley "por el que se establecen acciones integradas en materia sanitaria", con la finalidad de establecer "criterios básicos" que garanticen los derechos de los ciudadanos en condiciones de igualdad efectiva en el conjunto del Sistema Nacional de Salud. El relevo en la jefatura del Ministerio determinó, quizá, la frustración de esta iniciativa o, al menos, la demora en su tramitación.

Más recientemente, en el debate sobre el estado de la Nación celebrado el pasado mes de julio, el Presidente del Gobierno afirmó que "con la culminación de las transferencias se abre también una nueva etapa en el Sistema Nacional de Salud" y anunció el propósito de remitir a las Cortes un proyecto de ley "de Calidad y Coordinación Sanitaria" para el que esperaba conseguir un amplio acuerdo, dada su trascendencia para los ciudadanos. Asimismo, señaló la necesidad de coordinación y cooperación entre las Administraciones para salvaguardar los principios de "equidad y calidad" .

En el marco de esta preocupación por reforzar la condiciones de igualdad en el acceso, calidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud, mucho más trascendente que la polémica sobre las formas de gestión, el presente estudio se propone abordar en primer término las diferencias conceptuales (si es que existen) entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a la asistencia sanitaria,

poniendo de relieve las conexiones y separaciones entre ambos.

Tras esa labor previa de precisión conceptual, se expondrá sintéticamente la configuración de ambos derechos (puesto que se encuentran entremezclados) en el ordenamiento vigente, a la luz de los datos que ofrecen la legislación estatal y autonómica y la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo. Se obtendrá así una síntesis del estado de la cuestión, que permitirá extraer algunas conclusiones sobre los problemas que plantea la situación actual, con sus deficiencias e insuficiencias y también, por supuesto, con sus aciertos.

Con ello se entrará en el núcleo del estudio relativo a la configuración del derecho a la asistencia sanitaria como derecho público subjetivo con sus características, contenido y titularidad. En esta parte se harán también unas consideraciones sobre la asistencia sanitaria como función pública y el carácter de servicio público de las prestaciones correspondientes, tomando como referencia otros supuestos que pueden tener cierta analogía, como es el derecho a la educación.

II. DERECHO A LA PROTECCION DE LA SALUD Y DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA.

Aunque parezca obedecer a un prurito terminológico, conviene hacer una breve referencia a esta cuestión, aportando algunas precisiones. La tesis que se va a mantener es que, como la protección de la salud es un concepto más amplio que la asistencia sanitaria, el derecho a aquélla previsto en el art. 43 de la Constitución ha de tener forzosamente un contenido también más amplio que el derecho a la citada asistencia, que no está explícito en la Ley Fundamental, pero cuyo reconocimiento legislativo es manifiesto, tanto en el marco de la legislación sanitaria (estatal y autonómica) como en el de la legislación reguladora del sistema público de Seguridad Social, cuya existencia impone el art. 41 de la Constitución.

Habida cuenta de la enorme amplitud con que se ha configurado en nuestro ordenamiento el derecho a la protección de la salud (DPS), se puede partir de la hipótesis de que el derecho a la asistencia sanitaria (DAS) representa sólo una parte de su contenido, pues hay otros aspectos del primero que no se satisfacen mediante la implantación por los poderes públicos de un sistema de prestaciones sanitarias conducentes al mantenimiento o recuperación de la salud, sino que requieren la adopción

3

Referencias tomadas de un resumen de Europa Press de 15 de julio de 2002, recogido en "http://diariomedico.recoletos.es/edicion/noticia".

de medidas de diversa índole, que van desde las educativas hasta las que se sitúan claramente en el marco del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45 Constitución), pasando por las que tienden a garantizar la calidad de los alimentos, la adecuación de las condiciones de trabajo o la vivienda digna (art. 47 de la propia Constitución). El Preámbulo del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, confirma rotundamente esa concepción amplia del DPS y lo mismo hacen la jurisprudencia y la propia LGS, al vincular ese derecho a los otros principios constitucionales mencionados, como tendremos ocasión de ver.

La articulación entre ambos derechos como una relación del "todo" a la "parte" es también la que inspira su reconocimiento en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977 (BOE de 30 de abril). En él se manifiesta claramente lo que puede denominarse concepción amplia o "integral" del derecho a la protección de la salud, entre cuyos contenidos figura el derecho a la asistencia sanitaria o médica en caso de enfermedad. Esta es también la opinión dominante en la doctrina española que se ha ocupado del tema. Así, en la monografía quizá más completa sobre el art. 43, se distinguen tres aspectos o dimensiones del "derecho a la salud" (sic):

"a) Derecho a la salud como derecho de todo ciudadano a las prestaciones sanitarias del Estado o, en otros términos, a la atención médica organizada y dispensada por los poderes públicos.

b) Derecho a la salud como posición subjetiva en relación con la actividad desarrollada por los po-

deres públicos para proteger la salubridad pública (actividad relativa a aspectos como la sanidad ambiental, alimenticia, veterinaria, farmacéutica, etc.).

c) Derecho a la salud como derecho de cada persona a que se propia salud no se vea amenazada ni dañada por acciones externas realizadas por cualquier sujeto público o privado. El derecho a la salud se comporta como un derecho absoluto o de exclusión, oponible *erga omnes*; un derecho de la persona sobre un aspecto o cualidad propio defendible frente a todos (como los derechos a la intimidad, a la propia imagen o a la integridad física)"

Dejando de lado esta última afirmación, que es discutible porque parece configurar al DPS como un verdadero derecho subjetivo, pero lo liga a otros derechos constitucionales que sí tienen sustantividad propia y que pueden, desde luego, proyectarse sobre la salud, esta formulación refleja con bastante precisión la amplitud del contenido del art. 43, del que la asistencia sanitaria (y el derecho a recibirla) sería solamente un aspecto. Esta concepción es también coherente con el significado general del precepto constitucional, que, como todos los incluidos en el Capítulo III del Título I, no define verdaderos derechos subjetivos, sino "principios generales" del Derecho, cuyo valor normativo está fuera de duda porque deben inspirar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 de la Constitución).

El art. 43, como los demás principios rectores de la política social y económica contiene una serie de mandatos dirigidos a los poderes públicos para que hagan efectivas las prestaciones que se definen como contenidos del Estado social y a las que los ciudadanos tendrán derecho a acceder en los términos que establezca la legislación positiva. De ahí que, como se ha dicho de forma expresiva, aunque el art. 43 no configure un derecho subjetivo constitucional, de él resulta "el derecho a que se establezcan derechos", que sí serán verdaderos derechos subjetivos de acuerdo con la legislación que los regule.

Entre ellos podrá figurar (así ocurre ya en nuestro ordenamiento), el derecho a la asistencia sanitaria. Su contenido, aunque parcial desde la óptica del art. 43, es seguramente el más relevante para los ciudadanos en su conjunto o, al menos, se refiere a los aspectos de la protección de la salud a que la conciencia social es más

4 Su artículo 12 reconoce "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" y añade que entre las medidas que deberán adoptar los Estados "para asegurar la plena efectividad de este derecho figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortalidad y la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".

5 J. PEMAN GAVIN, "Derecho a la salud y Administración Sanitaria", Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1989, pág. 79-80. En mi opinión, no hay un derecho "a la salud", sino a la protección de la salud, como dice textualmente el art. 43 CE. La salud no integra el contenido de un derecho subjetivo, sino más bien el de un "status" en el sentido de JELINEK.

6 Cfr. J.M. FERNANDEZ PASTRANA, "El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional", Cuadernos Civitas, Madrid, 1984, pág.62.

sensible y respecto de los que la demanda ha experimentado un incremento espectacular en los últimos años, cuantitativa y cualitativamente. A este derecho se refiere de forma reiterada el Acuerdo parlamentario de 1997 a que antes hemos hecho referencia y no al más genérico de la protección de la salud, confirmando que la distinción entre ambos no es un ejercicio intelectual estéril, sino que tiene pleno sentido, al menos en el ámbito jurídico.

III. EL ESTADO DE LA CUESTION EN EL DERECHO POSITIVO VIGENTE.

A) Legislación sanitaria estatal.

La disposición básica a tener en cuenta es, lógicamente, la Ley General de Sanidad de 1986 (LGS). Pero también se debe traer a colación el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, porque en él se hacen importantes referencias a los derechos en cuestión, sobre todo en la Exposición de Motivos.

En un intento de síntesis, obligadamente esquemático, de la regulación contenida en la LGS, hay que destacar los siguientes aspectos:

1. Distinción imprecisa entre derecho a la protección de la salud (DPS) y derecho a la asistencia sanitaria (DAS).

En efecto, la Ley proclama desde el principio su propósito de regular "todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 y concordantes de la Constitución" (art. 1.1), estableciendo a continuación quiénes son titulares "del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria" (art. 1.2). Más adelante se precisa que "la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española" (art. 3.2), si bien esta previsión queda atemperada por la progresividad a que se refiere la Disposición Transitoria 5ª.

La política de salud "*estará orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales*" (art. 3.3), dentro de una "*concepción integral del sistema sanitario*" (art. 4.1), que deberá instrumentarse mediante planes y programas de salud en los que deberá prestarse especial atención a la "sanidad ambiental", que incluye, entre otros aspectos, los relativos a la calidad del aire, aguas, alimentos e industrias alimentarias, residuos orgánicos, suelo y subsuelo, energía, transporte colectivo, sustancias tóxicas y peligrosas, vivienda y urbanismo,

medio escolar y deportivo, medio laboral, lugares e instalaciones de esparcimiento público y cualquier otro aspecto del medio ambiente relacionado con la salud (art. 19). De ello se deduce, obviamente, una concepción amplísima del DPS, cuyo contenido sólo en parte puede estar constituido por la provisión de unas prestaciones sanitarias, que son, sin embargo, en las que se centra la Ley comentada, ya que, al regular los derechos de "todos" con respecto a las distintas Administraciones Públicas Sanitarias, el correspondiente catálogo está centrado en el acceso y recepción de las citadas prestaciones y no en los otros aspectos del DPS.

Por consiguiente, aunque no los distinga con precisión, la LGS parece configurar claramente el DAS como una parte del DPS y no como expresiones sinónimas. El propio DAS se concreta en una serie de derechos más específicos, que figuran en el art. 10 y cuya definición se hace igualmente en términos de gran amplitud, de tal modo que su contenido es también susceptible de concreción ulterior, dando lugar a un proceso de concretización "en cascada" del contenido de las facultades que el legislador quiere atribuir. Lógicamente interesa poner de relieve (pero la Ley no lo hace) cuál es el elemento clave en ese proceso de concreción para determinar los aspectos que tienen cobertura en el art. 43 u otros conexos de la Constitución, los que dependen del legislador ordinario y, en su caso, los que quedan a disposición de la potestad reglamentaria del Gobierno (del Estado o de las Comunidades Autónomas).

2. Catálogo de derechos.

La atribución de ese catálogo de derechos a "todos" (se supone que serán los titulares del DPS según el art. 1.2) es otra de las características de la LGS. Muchos de ellos suponen la mera reiteración en este ámbito de principios y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (respeto a la personalidad, dignidad e intimidad, prohibición de discriminación), otros evocan algunos de los derechos reconocidos con carácter general a los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas (art. 35 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJPAC). Así, el derecho a la información, el de obtener certificados acreditativos de su estado de salud, el de participación en las actividades sanitarias, la constancia escrita de todo el proceso, la utilización de las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. Un tercer grupo, en fin, tiene un carácter más específicamente sanitario, co-

mo la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, el llamado "consentimiento informado", el de negarse al tratamiento y la libre elección de médico en las condiciones que la Ley establece. En rigor, sólo este último grupo puede considerarse parte integrante del contenido del DAS, puesto que los demás derivan de derechos fundamentales o de derechos frente a las organizaciones públicas de alcance mucho más general.

Llama la atención que, pese a su amplitud, este catálogo de derechos con el que la LGS pretende integrar el contenido del DAS (o del DPS, ya que, como hemos dicho, no hay una clara distinción) no incluyen un conjunto delimitado de prestaciones. En otras palabras, la Ley atribuye el derecho a la asistencia sanitaria en abstracto, pero no concreta cuáles son las prestaciones a que efectivamente se tiene derecho. Tal concreción se llevó a cabo por el citado Real Decreto 63/1995, disposición importantísima, aunque de rango normativo discutible y sobre la que más adelante habremos de volver.

Ante una posible reforma de la LGS, conviene subrayar que ésta es una deficiencia de necesaria subsanación, ya que, para configurar un derecho subjetivo que merezca esa denominación es necesario que su contenido esté delimitado con la mayor precisión posible, y eso, desde luego no lo hace la LGS, lo que pone en entredicho su, en apariencia, gran aportación, que es la universalización del DAS.

3. Universalización del derecho a la asistencia.

Como ya se ha indicado, la LGS dispone la extensión de la asistencia sanitaria pública a toda la población española y garantiza el acceso a ella en condiciones de igualdad efectiva (art. 3.2), vinculándose esta igualdad en el acceso a lo dispuesto en los arts. 9.2 y 158.1 de la Constitución (art.12). Esta universalización se proclama de nuevo como una de las características fundamentales del Sistema Nacional de Salud (art. 46.a.).

Las consecuencias de esta "generalización" del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria (de nuevo aparecen unidos, pero diferenciados, ambos conceptos) se extraen en el art. 81, según el cual dicha generalización "*implica la homologación de las atenciones y prestaciones del sistema sanitario público*" y "*se efectuará mediante una asignación de recursos financieros que tengan en cuenta, tanto la población a atender en cada Comunidad Autónoma, como las inversiones sanitarias a realizar para corregir las desigualdades territo-*

riales sanitarias, de acuerdo con lo establecido en el art. 12" .

Al vincular la universalización o generalización del DAS con la financiación pública de las prestaciones, el legislador hizo una apuesta arriesgada, pero tanto más loable cuanto que con ella se persigue claramente la efectividad real del derecho y no sólo su afirmación en el plano formal. De poco serviría, en efecto, la atribución generalizada del derecho a la asistencia si el titular tuviera que abonar el coste del servicio y careciera de recursos para ello. La libertad de acceso, sin financiación pública, y, por tanto, con obligación de pagar el coste de las prestaciones recibidas, impediría, de hecho, el acceso a los potenciales usuarios carentes de recursos. En tal caso, el acceso, aunque "libre", no se produciría en condiciones de "igualdad efectiva" como quiere el art. 3.2 LGS. Es cierto, sin embargo, que esa igualdad efectiva no implica necesariamente la financiación pública íntegra de las prestaciones en todos los casos. Frente a ello se podría objetar que un tal sistema discrimina positivamente a los usuarios de mayor capacidad económica, que reciben gratuitamente unas prestaciones cuyo coste podrían satisfacer sin quebranto patrimonial grave. Hay muchas opciones de financiación posibles y constitucionalmente admisibles, pero ésta es una cuestión en la que no procede entrar aquí.

Lo relevante a los efectos del presente estudio es que la vinculación entre la libertad de acceso y la financiación pública (que se ha tendido a entender como "gratuidad" al menos para las prestaciones garantizadas) ha contribuido a enturbiar los perfiles del derecho que nos ocupa. La universalización de un derecho de contenido prestacional no implica, por sí sola, la gratuidad de las prestaciones. Hay derechos universales de ejercicio oneroso (tarifas en los servicios públicos "clásicos"). A la inversa, hay derechos prestacionales sin coste pero no universales (pensiones no contributivas). Finalmente, puede haber derechos universales y sin coste (enseñanza obligatoria y gratuita). En el caso del DAS, la regulación de la LGS adolece de cierta ambigüedad, al combinar la generalización con la financiación pública sin suficiente precisión.

Otro matiz importante es que la libertad de acceso no es igual para todas las prestaciones. No hay la misma

7

Esta previsión apunta inequívocamente a la financiación pública de las prestaciones, aunque no implica que la cobertura sea total ni excluye la posibilidad (más bien, obligatoriedad) de que se abone el coste de los servicios prestados. Así lo confirman los arts. 82 y 83 LGS.

libertad en todos los niveles de la asistencia, como veremos a continuación.

4. Diferente grado de libertad en el acceso a los distintos niveles de la asistencia

La LGS establece tres niveles de asistencia con distinto grado de libertad para el usuario:

a) Atención primaria en la que, en principio, existe libertad de elección de médico en el marco del Área de Salud. El ejercicio de esta facultad se remite al desarrollo reglamentario, lo que se hizo por Real Decreto 1575/1993, de 10 de septiembre.

b) Asistencia hospitalaria especializada a la que se tiene derecho, también en el marco del Área de Salud, pero sin que parezca existir libertad de elección de centro o establecimiento (art. 15.1).

c) Por último, posibilidad de acceder, ya fuera del ámbito del Área de Salud a los "servicios de referencia" acreditados por el Ministerio, una vez superadas las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de los servicios especializados de la Comunidad Autónoma de residencia (art. 15.2). Aquí tampoco parece existir libertad de elección de centro por parte del usuario, configurándose este nivel asistencial como un correctivo de las desigualdades prestacionales que puedan existir en el ámbito de los Servicios de Salud, al proporcionar a todos los usuarios del SNS la posibilidad de acudir, en último término, a los citados servicios especializados, cualquiera que sea su localización. Aunque la atribución al Ministerio de la facultad de acreditación de estos Servicios ha sido criticada por algún autor⁸, puede estar justificada en garantía de la igualdad sustancial en el ejercicio de los derechos, que incumbe al Estado en virtud del art. 149.1.1^a de la Constitución.

Al regular los tres niveles de asistencia reseñados, la LGS utiliza con preferencia la expresión "usuarios" del SNS, que conviene poner en conexión con la titularidad del derecho a la asistencia. ¿Todos los usuarios del SNS son titulares del derecho? Es evidente que no, porque habrá usuarios con derecho a la asistencia (los españoles y los extranjeros residentes: art. 1.2 LGS) y otros que no son titulares del derecho, pero que podrán recibir asistencia, aunque tengan que pagarla. Así lo prevé el art. 16 cuando se refiere a "los usuarios sin derecho a la asis-

⁸

J.L. Beltrán Aguirre, "Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud: Aspectos Jurídicos", en la Revista Derecho y Salud, Volumen 2, n^o 2, julio-diciembre 1994, pág. 95.

tencia de los Servicios de Salud". Esta es una cuestión conceptual importante sobre la que se volverá más adelante al tratar acerca de la titularidad del DAS, pero conviene subrayar que la LGS adolece en este punto de una cierta imprecisión al no distinguir con nitidez entre los titulares del DAS y los usuarios sin derecho a la asistencia, pero con derecho de acceso al sistema. Lógicamente, esta distinción depende de la configuración que se haga del propio DAS. La misma imprecisión se observa en el art. 3.2 del Real Decreto 63/1995, que utiliza idéntica expresión ("usuarios sin derecho a la asistencia"), condición que, en principio, es característica de los extranjeros no residentes. La cuestión se complica porque cuando se habla del derecho a la asistencia parece presuponerse la financiación pública de la misma, a diferencia de la situación de simple usuario que, al no ser titular del DAS, recibe asistencia pero tiene que pagarla, como paciente "privado". Ahora bien, la cuestión es si estos usuarios también tienen derecho a ser atendidos, aunque deban abonar el coste de los servicios.

Esto nos introduce en otra de las características del régimen vigente que es la relativa a la financiación de las prestaciones.

5. Financiación

Entre las características fundamentales del SNS se incluye también la de que "la financiación de las obligaciones derivadas de esta Ley se realizará mediante recursos de las Administraciones Públicas, cotizaciones y tasas por la prestación de determinados servicios" (art. 46.d. LGS).

⁹

La propia LGS aclara en otro lugar (art. 79.1) que "la financiación de la asistencia prestada se realizará con cargo a:

a) Cotizaciones sociales.

b) Transferencias del Estado que abarcarán:

La participación de la contribución de aquél al sostenimiento de la Seguridad Social.

La compensación por la extensión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a aquellas personas sin recursos económicos.

La compensación por la integración, en su caso, de los hospitales de las Corporaciones locales en el Sistema Nacional de Salud.

c) Tasas por la prestación de determinados servicios.

d) Por aportaciones de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales".

A esta relación se ha añadido "los tributos estatales cedidos" (art. 68.1 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas).

Este sistema de financiación mixta de las prestaciones sanitarias pone de relieve la situación de transición en que se encontraba el legislador de 1986, que no opta decididamente por un determinado "modelo" de financiación, sino que deja abierto un amplio abanico de posibilidades, al arbitrar un conjunto de recursos de muy distinta procedencia y significado jurídico y económico (cotizaciones a la Seguridad Social, recursos presupuestarios de las distintas entidades territoriales y, por último, cantidades aportadas por los usuarios en concepto de tasas por la prestación de servicios) pero sin asignar una determinada fuente de financiación a un determinado tipo de prestaciones .

La situación ha cambiado radicalmente tras la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, fruto del denominado "Pacto de Toledo". Esta Ley modificó el artículo 86.2 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS) en el sentido de atribuir naturaleza no contributiva a las prestaciones sanitarias de dicho sistema. Con posterioridad, la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, ha modificado de nuevo el citado art. 86.2 estableciendo que la financiación de las prestaciones y servicios sanitarios de la Seguridad Social cuya gestión se haya transferido a las Comunidades Autónomas formará parte del sistema de financiación autonómica vigente en cada momento. A este respecto, reitera que dichas prestaciones tienen naturaleza no contributiva .

10

Es evidente que en este marco tan amplio hay muchas combinaciones posibles, con predominio de una u otra de las vías de financiación previstas. La previsión del art. 81 ya citado, según el cual la generalización del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria implica la homologación de las atenciones y prestaciones del sistema sanitario público y se efectuará mediante una asignación de recursos financieros en función de la población y la necesidad de corregir las desigualdades territoriales sanitarias, parece apuntar a un predominio de la financiación presupuestaria, pero esto es más bien una constatación de lo que ha ocurrido en la realidad, que el resultado de una decisión expresa del legislador. También cabría la opción de apoyar la financiación en las tarifas abonadas por los usuarios, que al tener el carácter de tasas, son tan ingresos públicos como los procedentes de otras figuras tributarias (impuestos y contribuciones especiales).

11

Artículo 86.2 LGSS en la nueva redacción introducida por la Ley 21/2001. Por otra parte, se afectan específicamente a la financiación del gasto sanitario los rendimientos del nuevo Impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos, creado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. No obstante, la parte de los recursos derivados de la aplicación de los tipos de gravamen autonómicos puede dedicarse a financiar actuaciones medioambientales (art. 9). Este nuevo tributo es de los cedidos a las Comunidades Autónomas (art. 17.ñ. de la ya citada Ley 21/2001) con el alcance previsto en el art. 36 de la misma Ley. Hay un tipo de gravamen estatal (art. 9.10 Ley 24/2001) y otro autonómico (art. 44.1 Ley 21/2001).

Pero todavía está sin resolver, a mi juicio, la cuestión clave de si el derecho a la asistencia sanitaria implica la gratuidad de las prestaciones. Es obvio que los cotizantes a la Seguridad Social y sus beneficiarios tendrán derecho a prestaciones sanitarias "gratuitas" (en el sentido de financiadas con fondos públicos), pero no por imperativo de la LGS, sino en cuanto afiliados al sistema de la Seguridad Social. En cambio, los ciudadanos no afiliados a la misma, aunque titulares del DAS, estarán obligados, en principio, al pago de las prestaciones recibidas, pese a ser formalmente titulares del derecho según el art. 1.2 de la Ley. De este modo, la titularidad del DAS parece tener consecuencias muy distintas en función de un dato en principio ajeno al SNS como es el encuadramiento o no en la Seguridad Social.

En el mismo sentido, la previsión de tasas a abonar por los usuarios pone claramente de relieve que el derecho a la asistencia no implica sin más la gratuidad de las prestaciones, sino que se puede tener derecho a ellas pero abonando el correspondiente coste, con el resultado de que quienes no tengan capacidad económica para sufragarlo y no estén encuadrados en el sistema de la Seguridad Social serán titulares de un derecho sin contenido efectivo. Por cierto que llama la atención la rotunda configuración como tasas de las contraprestaciones a abonar por la asistencia sanitaria. El legislador de 1986 parece presuponer que ésa es la naturaleza jurídica de tales ingresos, al amparo del art. 13 de la Ley 8/1989 de Tasas y Precios Públicos (que incluye, en efecto, bajo este concepto la prestación de servicios sanitarios), pero no se molesta en regular con suficiente precisión el hecho imponible, sujeto pasivo, el tipo de gravamen y demás elementos que deben ser regulados por Ley en virtud de la reserva que a las normas de este rango se contienen en materia tributaria en el art. 31.3 de la Constitución. Esta es una cuestión que conviene tener en cuenta con vistas a una posible reforma de la LGS.

Por consiguiente, el criterio clave para determinar si el usuario tiene que pagar o no las prestaciones que recibe es el del "aseguramiento". Si está asegurado, por la Seguridad Social o por otra entidad, no tendrá que abonar el coste de las prestaciones (al menos cuando se trate de las cubiertas por el seguro) sin perjuicio de que dicho coste se pueda exigir de la entidad aseguradora obligada al pago. Pero si no hay aseguramiento, aunque el usuario sea formalmente titular del DAS, estará obligado a pagar las tasas correspondientes. Este criterio del aseguramiento resulta, pues, el punto de conexión entre el derecho de acceso a las prestaciones y la gratuidad o no de las mismas. No obstante, es evidente que la atribución de

naturaleza no contributiva a las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social apunta a una financiación puramente presupuestaria .

En síntesis, la relativa indefinición en que la LGS dejó la cuestión clave de la financiación de las prestaciones tiene una incidencia directa sobre la configuración del DAS, que queda también en la ambigüedad en cuanto a si las prestaciones a que se tiene derecho son o no financiadas (total o parcialmente) con fondos públicos. Tenemos, pues, aquí una segunda quiebra o, al menos, insuficiencia en cuanto al contenido del DAS: por un lado, como ya se dijo, la LGS no concreta las prestaciones a que se tiene derecho; por otro, no aclara si se debe o no abonar su importe. La razón es, quizá, que la plena inserción de la asistencia sanitaria pública en el ámbito de la Seguridad Social era en 1986 un condicionamiento demasiado fuerte para el legislador. También es posible que se considerara que la cuestión estaba resuelta en el marco del sistema de la Seguridad Social o que había que abordarla dentro de él. El problema (y la incoherencia del legislador) es que la LGS proclama la universalización del DAS no en el marco de la Seguridad Social sino en el del SNS, pero no extrae las consecuencias de este cambio de perspectiva. De ahí que se haya podido afirmar, con razón, que la universalización proclamada por la LGS se hizo "*en términos que tienen poco más que fuerza orientadora*" .

6. Libertad de empresa en el sector sanitario

Aunque tangencial al objeto de este estudio, interesa destacar, para concluir este reseña de las características básicas del sistema diseñado por la LGS, la incidencia de la libertad de empresa en el sector sanitario (art. 38 de la Constitución y art. 89 de la Ley) y del derecho al ejercicio libre de las profesiones sanitarias (arts. 35 y 36 de la Constitución y art. 88 de la Ley). Ello implica la plena legitimidad de la existencia de centros y establecimientos

¹² La Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2003, regula la financiación de la asistencia sanitaria, a través del presupuesto del nuevo Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (sucesor del INSALUD), mediante dos aportaciones finalistas del Estado, una para operaciones corrientes y otra para operaciones de capital "y con cualquier otro ingreso afectado a aquella entidad", por el importe estimado que se indica (art. 12).

¹³ M. REBOLLO PUIG, en el Capítulo "Sanidad" de la obra colectiva "Las estructuras del bienestar. Derecho, Economía y Sociedad en España", dirigida por S. MUÑOZ MACHADO, J.L. GARCIA DELGADO y L. GONZALEZ SEARA, Escuela Libre Editorial y Editorial Civitas ; Madrid 1997, pág. 217 y ss. (la cita está tomada de la pág. 252).

privados, que prestan asistencia sanitaria en ejercicio de esos derechos fundamentales y que pueden colaborar en la prestación de la asistencia pública mediante convenios de vinculación al SNS (arts. 66 y 67 LGS) y conciertos sanitarios (art. 90 LGS). El dispositivo prestacional de la asistencia sanitaria ofrece así un claro paralelismo con la educación: hay centros públicos, centros privados concertados o vinculados y centros puramente privados, sin perjuicio de la existencia de fórmulas mixtas y del libre ejercicio de la profesión.

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

Para concluir este reseña de la legislación estatal vigente conviene hacer referencia a esta importante disposición, que ya hemos citado varias veces, y cuyo preámbulo realiza un notable esfuerzo en la explicación del significado del DPS, confirmando plenamente la concepción amplia o integral del mismo que se deduce del art. 43 de la Constitución, aunque sin diferenciarlo con nitidez del DAS. El citado preámbulo comienza señalando lo siguiente:

"El contenido de este derecho tiene una doble dimensión, colectiva e individual. La garantía de la primera está en parte cubierta por otro derecho fundamental, el de disfrutar de un medio ambiente adecuado en los términos del art. 45 del propio Texto Constitucional, pero requiere también acciones específicas de defensa de la salud pública, mediante el control sanitario de los alimentos y demás productos de uso o consumo humano, con arreglo a lo dispuesto en la normativa correspondiente, en particular, las reglamentaciones técnico-sanitarias de productos, actividades y servicios, cuya aplicación es controlada por los Servicios de Salud.

La importancia decisiva que reviste la dimensión colectiva del derecho a la protección a la salud se completa con el núcleo irrenunciable de la dimensión personal, es decir, por la relación de toda persona con su propio bienestar físico y mental que debe ser respetado y promovido por los poderes públicos más allá del establecimiento de unas normas o pautas de salubridad en el entorno en que la vida se desarrolla.

Esa faceta personal del derecho requiere la actuación de los poderes públicos en el doble plano de la prevención, para la que es fundamental la labor educativa encaminada a la difusión de hábitos saludables

de conducta en la vida cotidiana, y de la asistencia mediante las necesarias prestaciones cuando la salud se quiebra o decae. Esta manera de enfocar la garantía del derecho está explícita en la formulación del art. 43 de la Constitución al configurarlo como un derecho a la protección de la salud y no como un derecho a la sanidad, contraído exclusivamente a la recepción de una asistencia en caso de accidente o enfermedad".

El Preámbulo continúa señalando que ésta es la concepción que inspira a la LGS y añade que la universalización del DAS introducida en ella "no es sino la aplicación, en este ámbito concreto, del derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 de la Constitución, cuya realización efectiva deben promover los Poderes públicos, correspondiendo en concreto al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen dicha igualdad cuando están en juego derechos fundamentales (art. 149.1.1ª), como ocurre en el presente caso con los reconocidos en los artículos. 41, 43, 49, 50 y 51 todos ellos del Texto Constitucional"

Las palabras del Preámbulo del Real Decreto 63/1995 son suficientemente expresivas de la concepción integral del DPS y de su diferenciación con el DAS, como una parte de aquél. En el articulado, subsisten, sin embargo, las mismas imprecisiones que en la LGS en cuanto a la distinción entre la titularidad del derecho y la condición de usuario del SNS. No obstante, la gran

14

Entre los principios de la LGS que desarrollan y concretan los formulados de un modo más abstracto en los preceptos constitucionales reseñados, el Preámbulo destaca, en lo que aquí nos interesa, los siguientes:

- "La universalización del derecho a la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud.
- En conexión con el anterior, la garantía de la igualdad sustancial de toda la población en cuanto a las prestaciones sanitarias y la inexistencia de cualquier tipo de discriminación en el acceso, administración y régimen de prestación de los servicios sanitarios.
- La homologación de las atenciones y prestaciones del sistema sanitario público que en cuanto son financiadas con cargo a la Seguridad Social con fondos estatales adscritos a la sanidad, han de ajustarse necesariamente a la asignación de recursos financieros, conforme a lo dispuesto en el art. 134.2 de la Constitución, en el art. 81 de la Ley General de Sanidad y en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año.
- La reclamación del coste de los servicios prestados siempre que aparezca un tercero obligado al pago o cuando no constituyan prestaciones de la Seguridad Social..."

15

En efecto, por un lado, se establece la obligación de facilitar atención y asistencia sanitaria "a toda la población", conforme a lo previsto en la LGS, en el propio Real Decreto y demás disposiciones que resulten de aplicación (art. 1º). Pero, por otro, se establece la procedencia de la reclamación del importe de los servicios, además de a los terceros

novedad y el gran mérito (pese a las injustas críticas que ha recibido) del Real Decreto en cuestión es que concreta el contenido de las prestaciones a que se tiene derecho, subsanando así una de las clamorosas deficiencias de la Ley General de Sanidad, como se indicó anteriormente. La consecución de este objetivo se concreta en los tres Anexos referidos, respectivamente, a las siguientes materias:

- Prestaciones sanitarias facilitadas directamente por el SNS y financiadas con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales adscritos a la sanidad (Anexo I).
- Asistencia sanitaria cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago (Anexo II).
- Prestaciones que no son financiadas con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales destinados a la asistencia sanitaria (Anexo III).

El concepto de prestación sanitaria se intenta deslindar frente a la atención de "los problemas o situaciones sociales o asistenciales no sanitarias que concurren en las situaciones de enfermedad o pérdida de la salud", a las que se atribuye la consideración de "atenciones sociales", debiéndose garantizar la continuidad del servicio a través de la adecuada coordinación por las Administraciones Públicas correspondientes de los servicios sanitarios y sociales (Disposición Adicional Cuarta). Esta es otra importante contribución a la precisión del concepto de asistencia sanitaria en el que todavía es necesario profundizar.

Por último, el contenido prestacional delimitado en el Real Decreto se configura como un denominador común a todos los titulares del derecho a la asistencia sanitaria que el Estado garantiza y que puede ser mejorado o complementado por las Comunidades Autónomas, pero, naturalmente, con cargo a sus propios recursos o mediante el pago de los servicios por los usuarios (Disposición Adicional Quinta). Esta disposición refleja una situación que resulta inevitablemente del reparto constitucional de competencias y que da pie para la introducción

obligados al pago, a los "usuarios sin derecho a la asistencia..., admitidos como pacientes privados, conforme a lo establecido en el art. 16 de la Ley General de Sanidad" (art. 3.2). La expresión "pacientes privados" aporta un matiz respecto de la LGS que parece apuntar a que estos usuarios lo son "de pago", de acuerdo con la terminología hospitalaria usual. Pero seguimos sin saber con precisión si estos usuarios sin derecho a la asistencia son sólo los extranjeros no residentes, como resultaría de una interpretación estricta del art. 1.2 LGS o si en ese concepto se incluyen también los titulares del DAS que no estén afiliados a la Seguridad Social o a otra entidad obligada al pago.

de desigualdades entre los diferentes territorios autonómicos.

En síntesis, la contribución del Real Decreto a la definición del contenido del derecho a la asistencia sanitaria se puede esquematizar en la forma siguiente:

- El citado derecho incluye el aseguramiento de las prestaciones del Anexo I, con financiación por la Seguridad Social o fondos estatales destinados a la asistencia sanitaria. El problema, no resuelto explícitamente, es si la cobertura alcanza a los titulares del derecho no afiliados a la Seguridad Social. Cuando haya un tercero obligado al pago, la cuestión se resuelve por aplicación de lo establecido en el Anexo II.
- No incluye la cobertura de las prestaciones del Anexo II. El problema, no resuelto, es si se tiene derecho a esas prestaciones aunque no haya que pagar su coste.

B) Legislación sanitaria autonómica

En ejercicio de sus competencias en esta materia las Comunidades Autónomas han llevado a cabo una importante labor legislativa mediante la promulgación de leyes generales de ordenación sanitaria o, de menor alcance, con el objeto de regular la organización de su respectivo Servicio de Salud. La reseña que se hace a continuación tiene una pretensión meramente ejemplificativa, poniendo especial énfasis en aquellos datos que implican un avance o un salto cualitativo respecto de las previsiones de la LGS.

Se han tomado como referencia la Ley 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria de Cataluña (modificada por la Ley 11/1995, de 29 de septiembre), la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud, la Ley 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla y León y la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi.

Con carácter general se debe subrayar que tampoco en estas leyes hay una distinción clara entre el DPS y el DAS, si bien todas ellas parten de una concepción integral o amplia de la salud, lo mismo que la LGS. También en todas ellas está claro que el DPS tiene un contenido prestacional y que los Poderes públicos están obligados a organizar el correspondiente dispositivo, que algunas leyes como la vasca califican como "*servicio público, universal y equitativo*" (E. de M. I).

Los aspectos a que prestaremos mayor atención serán los relativos a la configuración general del derecho, su universalización, el principio de equidad y lo relativo a la calidad de los servicios.

1. Configuración del derecho

- El DPS se considera como un "derecho inalienable de la población catalana" (art. 6.2.b. de la Ley 15/90) que debe garantizarse por el Servicio de Salud, así como el acceso a curarse en condiciones de un escrupuloso respeto a la intimidad personal y a la libertad individual del usuario.
- Libre elección del médico dentro de las posibilidades que ofrece el sistema sanitario de utilización pública (art. 6.2.b. de la citada Ley 15/90). Esa libertad se amplía al Servicio y Centro en los términos establecidos en ella por la Ley Foral 10/1990, mientras que en Castilla y León se remite a las condiciones que fije el Reglamento (art. 4.1.o.). En principio, esta libertad de elección es más amplia que en la LGS, puesto que no se limita a la atención primaria, aunque sus límites no están claros.
- Se establece un catálogo de funciones a realizar por los Poderes públicos para la efectividad del derecho (art. 8 de la Ley catalana 15/90, art. 13 de la Ley Foral, art. 1.2 de la Ley castellano-leonesa y arts. 1 y 2 de la Ley vasca).
- La titularidad del derecho a la asistencia sanitaria pública corresponde a los ciudadanos residentes (art. 3.1 de la Ley Foral, art. 8.3 de la Ley castellano-leonesa y art. 4.1 de la Ley vasca). Para los no residentes se hace una remisión a la legislación estatal y a lo estipulado en los convenios de colaboración e internacionales, lo que deja la situación un tanto indefinida.
- El catálogo de derechos del ciudadano respecto del sistema sanitario coincide sustancialmente con el de la LGS, pero algunas leyes añaden matices de interés, entre los que cabe destacar los siguientes: a) se configura la cobertura de la seguridad social como un mínimo, al que se añade la asistencia psiquiátrica y se prevé el establecimiento de otras prestaciones complementarias (art. 5.4 de la Ley Foral 10/90 y art. 4 de la Ley vasca 8/97); b) derechos adicionales de los enfermos mentales (art. 11 de la cita-

da Ley Foral y art. 4.3 de la Ley de Castilla y León); c) previsión de la concreción reglamentaria del contenido y alcance de esos derechos y la reparación en caso de incumplimiento (art. 5.1 de la Ley de Castilla y León); d) se refuerza el derecho a la información del paciente, garantizando el derecho a la segunda opinión (art. 9.2 de la Ley Foral 10/90).

- Se prevé la intervención administrativa en las actividades públicas y privadas negativas para la salud, a veces con formulaciones que resultan criticables por su enorme vaguedad, como es la contenida en la citada Ley Foral ("*establecer y acordar las limitaciones y las medidas preventivas que sean exigibles en las actividades públicas y privadas que directa o indirectamente puedan tener consecuencias negativas para la salud*": art. 24.1.a.). Esas limitaciones podrán establecerse pero en muchos casos deberá hacerlo el legislador y no la Administración sanitaria, sin que baste esa autorización legal que constituye un verdadero "cheque en blanco".
- Las acciones u omisiones que dificulten o impidan el disfrute de los derechos reconocidos se configuran como infracciones (art. 27.2.b. de la Ley Foral, arts. 5.3 y 36 de la Ley castellano-leonesa y arts. 35 y ss. de la Ley vasca).

2. Universalización

- La universalización para todos los ciudadanos residentes de los servicios sanitarios de carácter individual o colectivo se proclama como uno de los principios informadores del sistema sanitario (art. 2.c. de la Ley catalana que, sin embargo, se remite a los recursos disponibles, si bien con la previsión de que la universalización sea efectiva en un plazo de 6 meses: Disposiciones Adicionales Cuarta y Novena). En sentido análogo la Ley Foral (art. 3.1) y la de Castilla y León (arts. 2.1.a. y 8.3), así como art. 4 de la Ley vasca. Se debe subrayar que en estas Leyes la universalización implica la extensión del derecho a toda la población residente, pero no comporta en absoluto la financiación pública de las prestaciones, para lo que el legislador autonómico se remite a lo establecido en la ordenación básica (es decir, estatal) del SNS.
- En consecuencia, la legislación autonómica no aporta ningún elemento sustantivo respecto de

la universalización del derecho, lo que parece confirmar que ésta es una cuestión reservada al legislador estatal, no sólo por razones de financiación, sino por razones jurídico-constitucionales de garantía de la igualdad.

3. Equidad

Este es un principio de significado aparentemente claro, pero, en el fondo, bastante críptico, que se recoge en la legislación autonómica desde distintas perspectivas:

- Unido a la superación de las desigualdades territoriales (art. 2.h. de la Ley catalana 15/90). En cambio, la Ley 1/93 de Castilla y León configura la "*superación de las desigualdades socioeconómicas y disminución de desequilibrios territoriales*" como uno de los principios de la ordenación sanitaria de la Comunidad (art. 2.1.j.), sin hacer referencia alguna a la equidad.
- Como principio informador de las actuaciones y servicios sanitarios, vinculado a la igualdad en las condiciones de acceso (equidad en los niveles de salud: art. 4.c. de la Ley Foral 10/90).
- Vinculado a la universalización, como en la Ley vasca 8/97: servicio público "universal y equitativo"; "universalidad, equidad y calidad" como premisas del modelo sanitario adoptado.

La impresión que tiene el autor de este estudio es que el término "equidad" se ha convertido en un tópico en este ámbito, pero se emplea en la legislación sanitaria sin precisión alguna, con un carácter puramente retórico y, desde luego, sin ninguna conexión con el significado del término en el lenguaje jurídico ordinario: la equidad como justicia del caso concreto y, por lo tanto, con un cierto matiz de desigualdad o alejamiento de la norma abstracta y general para dar un tratamiento más apegado a las circunstancias del caso. Como no parece que esto sea lo que se pretende expresar con tal palabra, sería preferible hablar sencillamente de "igualdad" tanto en el acceso como en la recepción de las prestaciones sanitarias.

4. Calidad

La calidad de la asistencia sanitaria está también en la primera línea de las preocupaciones de los legisladores autonómicos que, como en el caso vasco, la vinculan a la universalidad y equidad, y se configura como uno de los objetivos del servicio de salud, vinculado a la modernización de los servicios (arts. 6.1.g. y Disposición Adicional

Quinta de la Ley catalana) o se considera, en la misma línea que uno de los principios de la ordenación sanitaria de la Comunidad es la "*mejora continua de la calidad de los servicios*" (art. 2.1.f. Ley de Castilla y León). Como la calidad está indisolublemente unida a la eficiencia en la gestión se propugna la utilización de las formas jurídicas que resulten más adecuadas, sin excluir las sometidas al Derecho privado, como propone la Exposición de Motivos de la Ley vasca. No obstante, estas cuestiones de organización quedan al margen del presente estudio.

C) Jurisprudencia constitucional

El Tribunal Constitucional no se ha ocupado hasta ahora frontalmente del significado del art. 43, quizá por estar incluido en el Capítulo III del Título I, regulador de materias que no son susceptibles de acceder a aquél por la vía del recurso de amparo, como recordó expresamente el Auto nº 1084 de 12 de diciembre de 1986. No obstante, en diversas sentencias se encuentran referencias incidentales, efectuadas casi siempre desde la perspectiva competencial (al delimitar los ámbitos respectivos del Estado y las Comunidades Autónomas para la efectividad de lo establecido en el citado precepto constitucional). Aquí nos limitaremos a dejar constancia de las afirmaciones que pueden contribuir a esclarecer el significado del DPS.

El Alto Tribunal pone en conexión el art. 43 con el contenido de otros preceptos constitucionales (en especial, los arts. 45 y 51, sobre el derecho al medio ambiente y protección de los consumidores, respectivamente), para extraer de la interpretación sistemática de todos ellos la conclusión de que hay una "*exigencia constitucional de que exista un sistema normativo de la sanidad nacional*", puesto que los derechos que los citados preceptos reconocen

"pertenecen a todos los españoles y a todos se les garantiza por el Estado la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio de los mismos; en igual sentido hay que interpretar las disposiciones constitucionales, no en balde situadas en el mismo contexto, relativas a la regulación por Ley del comercio interior y del régimen de autorización de productos comerciales, pues dada la unidad del mercado, la libre circulación de bienes y la indudable incidencia que en la salud de los ciudadanos pueden tener determinados productos, es obvio que todo ello debe quedar integrado en un mismo sistema normativo" (STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2º)

La exigencia constitucional de que exista un sistema normativo de la sanidad nacional no implica, sin embargo, que su regulación sea unitaria, porque aquí, como en todos los demás ámbitos materiales, incide la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de modo que la integración de ese sistema es una tarea conjunta de ambas esferas territoriales. Para decirlo con las palabras del Tribunal en la misma sentencia:

"Ahora bien, en los preceptos constitucionales examinados hasta aquí sólo se contiene una fijación general de objetivos y de derechos, pero no se establece (salvo por lo que se dice en el artículo 149.1.1) un reparto de competencias entre los 'poderes públicos' a los cuales en bloque se les confiere la misión de 'organizar y tutelar la salud pública' (artículo 43.2 de la CE). Para saber qué aspectos del sistema de la sanidad nacional corresponden al Estado (además del fundamental que se contiene en el artículo 149.1.1, referido allí no sólo al ejercicio de estos derechos, sino en términos más generales) y qué otros pueden ser o son competencia de cada Comunidad Autónoma, es necesario acudir al Título VIII de la Constitución y al correspondiente Estatuto" (ibidem).

Si entrar en la delimitación competencial, lo que interesa destacar aquí es que, dejando de lado la cuestión de si el DPS es o no un verdadero derecho subjetivo (en la que el TC no entra), su atribución a todos los españoles implica la "universalización" de todo el dispositivo de prestaciones que los poderes públicos organicen para la efectividad del art. 43 o, con mayor precisión, que los contenidos de ese derecho deben ser iguales para todos, al menos en la parte "básica" cuya definición se reserva al legislador estatal y que cumple la función de garantizar la igualdad sustancial ("condiciones básicas") en el ejercicio de éste como de los demás derechos constitucionales, conforme a lo previsto en el art. 149.1.1ª, que la sentencia cita reiteradamente.

Esta es una conclusión muy importante para nuestro propósito, porque, si el derecho a la asistencia sanitaria se configura como una parte del DPS del art. 43 o como una manifestación concreta del mismo, le alcanza, lógicamente, la necesidad de su configuración como "universal". Esto significa que la universalización del DAS no es una opción del legislador sino una exigencia constitucional. Cuestión distinta, como ya nos consta, es si ese carácter universal implica la financiación pública (total o

parcial) de las prestaciones, aspecto éste sobre el que la sentencia comentada no aporta luz alguna.

Otro matiz importante a destacar es que la interrelación del art. 43 con otros preceptos constitucionales relativos al medio ambiente, la defensa del consumidor o la libertad de comercio, pone de relieve que el Tribunal parte de la concepción amplia o integral de la protección de la salud que hemos visto reflejada en la legislación positiva, estatal y autonómica, que resulta así acorde con los planteamientos de la jurisprudencia constitucional. Esta concepción se manifiesta en la vinculación al art. 43 de contenidos que van mucho más allá de la asistencia sanitaria. Por ejemplo:

- las reglas aplicables a los productos alimenticios constituyen parte esencial de la protección de la salud (STC 71/82, FJ 6 y la ya citada 32/83, FJ 3, art. 2.2)
- la protección de la salud es, a su vez, encuadrable en el conjunto de medidas de protección del consumidor (STC 71/82, FJ 6), entre las que se incluye el derecho a recibir una información adecuada (ibidem FJ 18)
- el derecho a la reparación por daños a la integridad física y a la salud, así como a los intereses económicos, que tengan su origen en la adquisición, utilización o disfrute de bienes, medios o servicios, para su uso personal, familiar o colectivo, forma parte del régimen de la responsabilidad, que se encuadra en la legislación civil y que, por tanto, corresponde regular al Estado, pues ese régimen "debe ser uno y el mismo para todo el territorio del Estado" (STC 71/1982, FJ 19)
- tampoco pueden las Comunidades Autónomas introducir novedades en materia de legitimación (en el caso, la generalización de la legitimación colectiva y de la legitimación por sustitución en el área de la defensa del consumidor), pues ello afecta a la legislación procesal, competencia del Estado, en virtud del art. 149.1.6ª, lo que se justifica "por la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales" (STC 71/82, FJ 20). En el mismo sentido, la STC 62/91 (FJ 5), que prohíbe a la Comunidad Autónoma establecer un sistema de arbitraje de consumo, por ser materia de competencia estatal en virtud del mismo título (legislación procesal).

- los derechos de la personalidad (a los que afecta la extracción y trasplante de órganos) no están comprendidos en la materia "sanidad", pero la regulación de esas actividades ha de considerarse básica en dicha materia (y, por tanto, competencia del Estado) en cuanto implica el ejercicio de competencias por la Administración sanitaria (STC 80/84, de 20 de julio, FJ 2, con argumentación bastante endeble)
- por último, la eficacia en los procedimientos de protección de la seguridad y salud conforme a lo previsto en el art. 51.1 de la Constitución, exige que cada industria o establecimiento pueda identificarse en un registro unificado de carácter y ámbito nacional (STC 87/85, de 16 de julio, FJ 5)

En resumen, se puede afirmar que la jurisprudencia constitucional no ofrece todavía una construcción perfilada del derecho a la protección de la salud. Sin embargo, de ella se pueden extraer algunas conclusiones relativas a: a) concepción amplia o integral de la salud, cuya protección deriva de un conjunto de preceptos constitucionales y no sólo del art. 43; b) carácter universal del derecho; c) reparto competencial entre el Estado y las Comunidades autónomas para su regulación; d) el reconocimiento del derecho implica la correlativa obligación de los poderes públicos de garantizar su efectividad; e) el incumplimiento de esas obligaciones determina la exigencia de responsabilidad, cuya regulación corresponde al Estado.

Sobre este último aspecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin aportar tampoco una construcción acabada del DPS, ha contribuido a perfilar con mucha mayor nitidez el DAS, como veremos a continuación.

D) Jurisprudencia del Tribunal Supremo

En ella se encuentran algunos pronunciamientos que parten de una concepción amplia del DPS, junto a otros mucho más precisos centrados en el significado del DAS. Con pretensión meramente ejemplificativa, reseñaremos algunas sentencias interesantes para la configuración del derecho a la asistencia como derecho público subjetivo.

Con carácter general y en el marco de la polémica y consiguientes dudas sobre la competencia jurisdiccional para conocer sobre las demandas de responsabilidad por daños y perjuicios sufridos por omisión o defectuosa prestación de la asistencia sanitaria (materia en la que,

como es sabido, confluyen el orden jurisdiccional civil y el social, junto con el contencioso-administrativo, al que se atribuye la competencia general cuando está en juego la responsabilidad de las Administraciones Públicas), el Alto Tribunal ha declarado que la omisión de la asistencia sanitaria supone la infracción del art. 43, lo que produce, al menos, un daño moral, que debe ser reparado en el marco del art. 1902 del Código Civil (Sentencia de 19 de junio de 1990, de la Sala Primera) o, desde la óptica de la jurisdicción social, que la competencia de este orden está amparada en que no se trata de pretensiones de responsabilidad de la Administración por el funcionamiento anormal de un servicio público, sino del incumplimiento de la normativa reguladora de la acción protectora de la Seguridad Social, lo que atrae hacia ese orden la competencia jurisdiccional. Así, entre otras muchas, la sentencia de 9 de febrero de 1996 (Az. 1008), que contiene una buena síntesis del estado de la cuestión. Tras señalar que la misma ha sido ya debatida en numerosas sentencias, resume los argumentos en que se apoya la competencia del orden social en los siguientes términos:

"La prestación sanitaria de tratamiento médico, en cuyo desenvolvimiento acaecen los daños y perjuicios a resarcir, se produce en función de la relación jurídica de aseguramiento protector que vincula a la Seguridad Social con sus titulares y beneficiarios... Exigir las consecuencias de la prestación asistencial deficiente, como exigir la prestación misma o como pedir el reintegro de los gastos ocasionados en los casos reglamentariamente autorizados de utilización de los servicios ajenos a la Seguridad Social, no puede fundarse en la existencia de una culpa extracontractual, sino en el desarrollo

mismo de la acción protectora de la Seguridad Social.

No se ventila una acción contra la Administración por los daños derivados del funcionamiento de un servicio público... En nuestro caso no se le atribuye a la Administración un deber de reparación que arranque de su responsabilidad patrimonial en virtud de una lesión resarcible e indemnizable... La relación que liga al beneficiario de la prestación con la Administración Sanitaria sitúa la cuestión determinante no ya en la responsabilidad que se reclama, sino en la deficiente prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social" (F.D. 2º).

Aquí no nos interesa entrar en los pormenores de la polémica sobre la competencia de los distintos órdenes jurisdiccionales, sino poner de relieve que, como soporte o argumentación para resolver una cuestión procesal (la competencia), el Tribunal acude a un razonamiento sustantivo: la configuración del derecho a la asistencia sanitaria como un verdadero derecho subjetivo de contenido prestacional cuyo incumplimiento o deficiente cumplimiento por parte de la Administración Sanitaria legitima la solicitud de indemnización, no por el principio general de responsabilidad patrimonial de la Administración, sino -hay que insistir- por el incumplimiento de un deber legal que es el correlato del derecho subjetivo a la asistencia sanitaria. La propia sentencia de 9 de febrero de 1996 así lo dice sin vacilación:

" La asistencia sanitaria en un régimen público de Seguridad Social, que garantiza el art. 41 de la Constitución, es una prestación propia de la Seguridad Social, articulada como derecho público subjetivo frente a la Entidad Gestora de la misma, el INSALUD o el Servicio o Instituto de la Comunidad Autónoma al que se haya verificado la transferencia correspondiente. Es una prestación técnica en especie, de finalidad reparadora, consistente en la asistencia de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar y restablecer la salud" (F.D. 2º, subrayado no original).

La afirmación del DAS como verdadero derecho público subjetivo, en cuya virtud se pueden exigir determinadas prestaciones de la Administración Sanitaria, se aborda con mucha mayor amplitud y aparato conceptual en la Sentencia de 21 de diciembre de 1995 (Az. 3183), también de la Sala de lo Social, en la que se plantea el problema del reintegro de unos gastos médicos como consecuencia de haber acudido a la medicina de un país

16 *La vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, refuerza la exclusividad de la competencia de este orden jurisdiccional para conocer de las demandas de responsabilidad frente a las Administraciones Públicas, "cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive", al prohibir expresamente la intervención de los órdenes civil y social ("no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil y social": art.2.e). No obstante, a la vista de lo ocurrido hasta ahora, en que ambos órdenes han seguido afirmando su competencia en un contexto normativo no muy diferente, se puede manifestar un cierto escepticismo ante la virtualidad de esta pretendida unificación jurisdiccional.*

17 *Véase el comentario de J.L. FERNANDEZ COSTALES, en "Derechos Constitucionales y asistencia sanitaria. La Constitución española de 27 de diciembre de 1978", en Actas del 11 Congreso Mundial de Derecho Médico, Sun City, South Africa, 1996, vol. 1, págs. 199-200)*

extranjero al no existir tratamiento en la sanidad pública española. El Tribunal, para resolver el problema, pondera con buen criterio el contraste entre lo que denomina dimensión individual y social del derecho a la protección de la salud, para llegar a la conclusión de que el derecho a las prestaciones no incluye las que no están disponibles en España, "por la elemental razón de que no están ni pueden estar al alcance de todos los beneficiarios de la Seguridad Social".

18

Aunque la cita sea extensa, vale la pena reproducir las consideraciones de la sentencia, porque resume con bastante precisión la doctrina del Tribunal:

"a) El reintegro de los gastos ocasionados por la asistencia médica se mueve entre la exigencia que un enfermo determinado tiene, de disponer de unos medios para la curación o recuperación de la salud y la obligación de la Seguridad Social de prestarlos, por consiguiente, de tener a disposición del beneficiario los mismos. La jurisprudencia ha contemplado normalmente el problema partiendo de las exigencias del enfermo. Sin embargo, la Sentencia de 4 de junio de 1986, cuya doctrina reitera la de 16 de febrero de 1988, señala que la Seguridad Social, como cualquier entidad de análoga naturaleza, tiene que garantizar tanto la eficacia y la igualdad en los servicios prestados, como la necesaria estabilidad financiera del sistema. Ello supone el reconocimiento de unos límites inherentes a la asistencia debida por la Seguridad Social, aunque por su especial naturaleza éstos no se precisan por la norma como ocurre en materia referente a prestaciones dinerarias y así la Sentencia de 16 de febrero de 1988 establece que "el obtener por decisión propia una asistencia conforme a las técnicas más avanzadas no puede razonablemente constituir el contenido de la acción protectora de un sistema caracterizado por la limitación de medios y su proyección hacia una cobertura de vocación universal".

b) El problema de la asistencia debida es una cuestión médica, que jurídicamente sólo obliga a determinar si de hecho era exigida por el enfermo como tal, esa asistencia que la ciencia médica aconseja y si ésta fue o no prestada por la entidad obligada a ello. Pero junto a esta valoración, que parte del enfermo individualmente considerado y prescinde del marco concreto de lugar y medios en que se encuentre, cabe y es necesario contemplar una dirección inversa, partir y hacer pie en el conjunto de medios disponibles de modo concreto, real, y no indeterminado, es decir los meramente existentes para la ciencia médica y con arreglo a ellos medir la asistencia que el enfermo requiere. Este punto de vista es primordialmente social y como cuestión jurídica plantea la determinación de qué medios son los exigibles a la Entidad Gestora para que estén a disposición del beneficiario.

c) La tensión entre uno y otro término, el individual y el social, se encuentra ya en la Constitución pues su artículo 43 se inicia con el reconocimiento del derecho a la protección a la salud, lo que abre de modo indeterminado la expectativa a cuantos medios sean adecuados y conducentes a la conservación y recuperación a la salud, para concluir el párrafo del número segundo, con el mandato de "la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto", con lo que al extender a "todos" el derecho, necesariamente está excluyendo aquellos medios que están fuera del ámbito espacial de soberanía de la ley o, que por su propia índole emergente o limitada, como pueden ser los servicios de un excepcional facultativo, sólo son accesibles a algunos, no a todos.

d) Esta misma tensión entre uno y otro término se encuentra en la normativa de la Seguridad Social; así el art. 98 de la Ley de Seguridad Social de 30 de mayo de 1994, fija como objeto de la asistencia sanitaria los servicios médicos y farmacéuticos condu-

La doctrina de esta sentencia tiene interés porque aborda el problema de los límites del derecho a la asistencia sanitaria, ponderando entre la dimensión individual del derecho, que exigiría la dispensación de los tratamientos más avanzados y la dimensión colectiva que, por la limitación de recursos, sólo permite proporcionar los tratamientos que estén disponibles en la sanidad pública española y, por tanto, sean accesibles a todos.

En esta línea de precisión de los límites del derecho, son numerosas las Sentencias que contienen pronunciamientos de interés (asistencia en el extranjero, prótesis implantadas en servicios ajenos a la Seguridad Social, prótesis especiales, asistencia prestada en centros privados). No hay necesidad de exponer con detalle estas Sentencias, que nos introducirían en un casuismo que podría apartarnos de nuestro propósito (la configuración del DAS como derecho público subjetivo)¹⁹.

centes a conservar y restablecer la salud, sin precisar el ámbito de los mismos, mientras que el artículo 11 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, circunscribe las técnicas terapéuticas y diagnósticas "a todas las que se consideren precisas por los facultativos asistentes" y el propio art. 18 del mismo Decreto al referirse a la denegación injustificada de la prestación debida al enfermo, deja abierta la posibilidad de que aún siendo debida a un enfermo una asistencia médica, su negativa sin embargo está justificada, es decir no está obligada la Seguridad Social a prestarla.

e) Es evidente que aquellos medios que solamente son accesibles y disponibles en países más avanzados y que poseen un nivel científico y de desarrollo técnico superior y que por ello, y sólo por ello, no son disponibles en España, la Seguridad Social no está obligada a prestar la asistencia médica que los incluye, por la elemental razón de que no están ni pueden estar al alcance de todos los beneficiarios de la Seguridad Social."

¹⁹ Veamos algunas afirmaciones de interés:

— "Las prestaciones médicas y las prestaciones farmacéuticas se rigen por el principio de cobertura íntegra, con las limitaciones o exclusiones establecidas en la Ley... La evolución reciente del ordenamiento sanitario no ha eliminado la vigencia de este principio de cobertura íntegra, si bien por razones de economía de la salud se ha incrementado la regulación del mismo y ha crecido la cifra de los tratamientos o prescripciones exceptuadas o limitadas... El principio de cobertura no rige en cambio para las otras prestaciones o prestaciones sanitarias que complementan a las médicas y farmacéuticas... En este grupo... la responsabilidad de la Seguridad Social sólo alcanza a lo expresamente indicado en las Leyes o Reglamentos..." (STS de 26 de mayo de 1994. Az. 4305.F.D.3º)

— En cuanto a la asistencia prestada por centros privados, la Sentencia de 3 de mayo de 1994 (Az. 5353), establece el criterio de que "el Estado debe respetar las creencias religiosas; pero no tiene el deber de financiar aquellos aspectos de las mismas que no sean acreedores de protección o fomento desde el punto de vista general, por lo que en definitiva ha de concluirse que las consecuencias de todo orden (también las económicas) que derivan del precepto religioso que nos ocupa han de ser asumidas por quien al mismo quiera atenerse". Se trataba de si un testigo de Jehová que abandona la sanidad pública para evitar una transfusión

A la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que acaba de reseñarse y, sobre todo, de las aportaciones de la Sala de lo Social desde la óptica de la normativa reguladora de la asistencia sanitaria del sistema público de Seguridad Social, se pueden extraer algunas conclusiones para la configuración del derecho a la asistencia sanitaria como un derecho público subjetivo esgrimible "erga omnes" y, en particular, frente a los poderes públicos obligados a garantizar su efectividad:

- El derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social (pero lo mismo podría decirse de ese derecho en el marco de la sanidad pública en general) es un derecho público subjetivo que comporta la obligación de los poderes públicos de prestar la asistencia y la consiguiente exigencia de indemnización por omisión o deficiente prestación de la misma.
- Ese derecho no se vincula necesariamente al art. 43 de la Constitución, puesto que, como ya hemos visto, la jurisprudencia lo construye a partir del art. 41, pero se caracteriza porque se inserta en la relación entre los ciudadanos y los Poderes públicos, lo que excluye, en principio,

sanguínea y acude a una clínica privada donde se realiza la operación quirúrgica sin transfusiones, tiene o no derecho a ser reintegrado de los gastos ocasionados. La doctrina del Tribunal tiene interés en cuanto que pone de relieve que el derecho a la asistencia sanitaria se enmarca en las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos y, por lo tanto, dentro de los límites establecidos por la sanidad pública, sin alcanzar q las prestaciones que puedan obtenerse en centros privados por decisión personal del interesado, cualquiera que sea la creencia o convicción personal a que obedezca esta decisión.

- *Alguna sentencia aislada pone el acento en los deberes del paciente de seguir las prescripciones médicas como correlato del reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1996 (Sala de lo Militar, Az. 9551), según la cual el reconocimiento del citado derecho lleva aparejado el correlativo deber de seguir las prescripciones médicas, no realizando salidas del domicilio o actos que retrasen la curación. Es cierto, que en el ámbito militar en que se inserta esta conducta da lugar a su tipificación como falta grave de las previstas en el art. 8.9 de la Ley de Disciplina de la Guardia Civil: dejar de prestar servicio amparándose en una supuesta enfermedad o prolongando la baja para el mismo. En el ámbito de la Administración sanitaria civil es evidente que no habría tal infracción, pero tiene interés la reseña de esta Sentencia como expresiva de que la plena efectividad del DAS puede estar supeditada a la observancia de un determinado comportamiento del paciente, acorde con las prescripciones médicas. La cuestión es, sin duda, compleja, porque aquí también entraría en juego el derecho a negarse al tratamiento (art. 10.9 LGS), si bien en tales casos hay que solicitar el alta voluntaria. El problema de los límites derivados del cumplimiento de los deberes de seguir las prescripciones médicas se plantea justamente en los supuestos en que no se haya producido dicha negativa.*

la posibilidad de reclamar su efectividad en centros privados, salvo que estén concertados o vinculados a la sanidad pública. Esta característica del derecho ya había sido puesta de relieve por algún autor²⁰.

- El contenido del derecho tiene una dimensión individual (exigencia del titular a recibir la mejor atención posible de acuerdo con los adelantos de la medicina) y otra colectiva (posibilidad de ofrecer esos tratamientos derivada de la limitación de recursos y de la propia aptitud de los profesionales). El Tribunal Supremo pondera ambas dimensiones y sitúa los límites del derecho en las prestaciones que en cada momento establezca el legislador, por lo que no se extiende a tratamientos existentes en otros países adonde no llega la "soberanía de la Ley" (española) o, lo que es lo mismo, no estarían disponibles para todos los españoles. Esto significa limitar la dimensión individual del derecho por la función social que cumple el sistema público de prestaciones sanitarias y parece plenamente respetuoso con el mandato del art. 43.2 de la Constitución, según el cual "la Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto".
- El Tribunal apunta, aunque no apura, la existencia de deberes positivos de llevar una vida saludable o de cumplir las prescripciones médicas, lo que abre el debate sobre la delimitación del contenido del DAS desde esta perspectiva que, sin embargo, dista mucho de revestir una construcción doctrinal acabada.

IV. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA COMO DERECHO PUBLICO SUBJETIVO

A los efectos del presente estudio no tiene sentido plantearse la configuración del DPS como derecho público subjetivo, habida cuenta de la enorme amplitud que en nuestro ordenamiento tiene la expresión "protección de la salud", vinculada a otros preceptos constitucionales y, en último término, al propio derecho a la vida y a desarrollar ésta en unas condiciones adecuadas de calidad. En el art. 43 no hay propiamente un derecho subjetivo sino más

²⁰ PEMA GAVIN, ob. Cit. pág. 87.

bien, un mandato a los poderes públicos y, en particular, al legislador ordinario, para que establezca los derechos y deberes vinculados a la protección de la salud, conforme a los principios contenidos en el propio precepto constitucional. Se tratará, pues, de derechos subjetivos de configuración legal, uno de los cuales (seguramente, el más importante) es el derecho a la asistencia sanitaria, que no hay dificultad alguna en construir como un verdadero derecho subjetivo frente a los poderes públicos y cuya efectividad puede reclamarse tanto en vía administrativa como posteriormente en la vía judicial competente.

Así lo ha hecho el Tribunal Supremo, bien es cierto que en el marco del art. 41 de la Constitución y, por tanto, como derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Pero no hay inconveniente alguno en extrapolar esta construcción al ámbito del art. 43, ya que el mismo contenido prestacional puede vincularse al mandato de organización y tutela de la salud pública contenido en este último precepto constitucional.

Un intento de construcción de este derecho en el marco del ordenamiento vigente que ponga, al mismo tiempo, de relieve, las insuficiencias o problemas que en él se plantean, ha de fijarse, al menos, en los siguientes aspectos:

- titularidad
- facultades y deberes que definen el contenido del derecho y, por tanto, sus límites
- organización y funcionamiento de los servicios encargados de la provisión de las prestaciones

A) Titularidad del derecho a la asistencia sanitaria

Como ya nos consta, la universalización del derecho es una exigencia derivada del art. 43 de la Constitución, según su máximo intérprete y a la misma conclusión ha llegado el legislador ordinario en el marco de la LGS (y las leyes autonómicas que la desarrollan), así como en el marco del art. 41, al regular el sistema público de Seguridad Social. Este es, pues, un dato que vincula al legislador. Una ley que estableciera exclusiones o discriminaciones en la titularidad del DAS sería, presumiblemente, inconstitucional.

Lo que se acaba de afirmar podría formularse con mayor precisión, matizando que esa universalización y consiguiente igualdad se refiere a las prestaciones sanitarias garantizadas por el Estado, porque en el nivel com-

plementario que pueden incorporar las Comunidades cabe ya la introducción de diferencias, pero de nuevo con el matiz de que esas diferencias serían "interterritoriales". En el ámbito de cada Comunidad, la asistencia sanitaria adicional o complementaria sería igualmente universal para todos los residentes.

Ahora bien, ¿qué supone la "universalización" del DAS? En principio, se puede contestar que la universalización implica la libertad de acceso a las prestaciones en condiciones de igualdad efectiva (art. 3.2 LGS), pero en modo alguno comporta la financiación pública (total o parcial), expresión ésta que es preferible a la simplista de "gratuidad", puesto que la financiación pública puede hacerse por distintas vías y, por otro lado, los ingresos públicos proceden de las aportaciones de los ciudadanos, a través de las distintas figuras tributarias exigibles, de modo que la gratuidad es más que relativa. Hay derechos "universales", cuyo ejercicio no es en absoluto gratuito (así ocurre en el acceso a casi todos los servicios públicos "clásicos"), por lo que se puede argumentar que la tesis de que la universalización del DAS implica la gratuidad de las prestaciones carece de fundamento sólido y está demasiado condicionada por el encuadramiento tradicional de la asistencia sanitaria en el marco de la Seguridad Social. Las prestaciones serán gratuitas (relativamente) si hay un asegurador (público o privado) con el que se haya concertado la asistencia y que, por ello, estará obligado al pago. En caso contrario, habrá libertad de acceso pero pagando las prestaciones que se reciban.

Frente a esta tesis, se podría objetar que si las prestaciones sanitarias no se financian con fondos públicos, la igualdad en el acceso sería ilusoria en la práctica, por lo que aquél no se realizaría en condiciones de igualdad "efectiva", como quiere el legislador. Por consiguiente no es correcto presuponer la desvinculación entre la libertad de acceso y la gratuidad de las prestaciones o, al menos, del conjunto de ellas que se delimite por el legislador. La cuestión debe abordarse, al menos, desde tres perspectivas:

- quiénes son titulares del derecho y tienen, por tanto, acceso a las prestaciones
- si la libertad de acceso implica la financiación pública, total o parcial de las prestaciones
- cuáles son las prestaciones a que se tiene derecho y, en conexión con ello, si el sistema sanitario debe ofrecer también otras, aunque formalmente no se tenga derecho a ellas.

Los dos últimos aspectos encajan en la delimitación del contenido del derecho, por lo que nos centraremos aquí en el primero.

La respuesta del derecho positivo, tanto estatal como autonómico, es inequívoca: son titulares del derecho a la asistencia sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional (art. 1.2 LGS). La legislación autonómica atribuye en general el derecho a los españoles residentes en el territorio de la Comunidad y se remite para los extranjeros a lo establecido en la legislación estatal y en los Convenios internacionales. Esta formulación de la titularidad del derecho plantea, a primera vista, dos problemas:

- Si el derecho se extiende también a los españoles no residentes, pero que podrían solicitar la asistencia en España, sobre todo si se garantiza la financiación pública.
- Si pueden acceder a las prestaciones los extranjeros no residentes, que, aun no siendo titulares del derecho, podrían solicitar la asistencia, abonando el importe de las correspondientes prestaciones.

La primera cuestión parece que debe responderse afirmativamente, puesto que, aunque no residan, se trata de ciudadanos españoles a los que se atribuye la titularidad del derecho, conforme a lo previsto en los arts. 1.2 (aunque depende de cómo se interprete el requisito de la residencia, si aplicable sólo a los extranjeros o también a los españoles) y 3.2.

La segunda también parece tener una respuesta afirmativa en la LGS, al preverse en ella el acceso al Sistema Nacional de Salud de "usuarios sin derecho a la asistencia", que pueden acceder a las prestaciones en calidad de pacientes privados, obligados al pago de las prestaciones (art. 16 LGS).

Habría, pues, en principio, dos situaciones jurídicas:

- a) Titulares del DAS con derecho de acceso a las prestaciones en condiciones de igualdad efectiva.
- b) Usuarios sin derecho a la asistencia, a los que parece garantizárseles también la igualdad en el acceso, con la única diferencia de que están obligados al pago y sin que esa obligación pueda suponer una discriminación positiva en su favor (como ocurriría si, al ser "de pago", reci-

bieran una mejor asistencia), lo que refuerza el criterio igualitario en el acceso.

Si bien se mira, esta distinción no tiene mucho sentido, puesto que, aunque se diga que los usuarios del segundo grupo no tienen derecho a la asistencia, en rigor sí lo tienen, ya que se les garantiza el acceso a las prestaciones, quedando obligados al abono de su importe. La diferencia entre uno y otro grupo no parece residir en la titularidad del derecho sino en la obligación de abonar o no el coste las prestaciones, pero esto, en principio, nada tiene que ver con la universalización del derecho, como antes se ha puesto de relieve. La legislación sanitaria vigente es bastante confusa en este punto capital, en cuanto determinante de la titularidad del derecho y del acceso a las prestaciones. Aquí nos topamos de nuevo con el problema de la vinculación entre universalización y financiación pública (total o parcial) de las prestaciones, pero, en un planteamiento correcto del problema, parece que deberían distinguirse con precisión, al menos, las siguientes situaciones:

- a) Titularidad del derecho a la asistencia concretada en prestaciones financiadas, total o parcialmente, por los poderes públicos.
- b) Titularidad del derecho a la asistencia, lo que implica libre acceso al SNS, pero debiendo abonar el coste de las prestaciones.
- c) Usuarios sin derecho a la asistencia (en principio, los extranjeros no residentes), que podrán acceder a las prestaciones (también en principio, abonando su importe), pero sin que haya que garantizarles la igualdad en el acceso.

B) Universalización y financiación pública

Como antes se ha puesto de relieve, la universalización del derecho no implica por sí sola la financiación pública de las prestaciones, pero la ambigua configuración de la LGS y el presupuesto de que la asistencia está cubierta por la Seguridad Social han vinculado ambos elementos (libertad de acceso y financiación pública) como integrantes del contenido del DAS. Sin embargo, un planteamiento más preciso del problema requiere distinguir, por un lado, la titularidad del derecho y, por otro, la financiación pública (total o parcial) de las prestaciones. En otras palabras, en principio, el DAS puede consistir únicamente en la libertad de acceso en condiciones de igualdad (formal) a las prestaciones que se determinen o bien puede articularse en un doble nivel,

incluyendo la citada financiación pública. Este segundo aspecto marca, a primera vista, la principal diferencia entre la asistencia sanitaria y los servicios públicos "clásicos" (agua, transportes, electricidad, etc.), en los que sólo se garantiza la igualdad en el acceso, pero no la financiación pública, lo que no impide que ésta pueda existir, al menos en parte (precios políticos, que no cubren el coste del servicio) pero por una decisión del legislador.

1. La financiación pública como exigencia constitucional o como decisión del legislador

En el caso de la asistencia sanitaria, puesto que se trata de un derecho de configuración legal, la decisión la tiene, aparentemente, el legislador (art. 43.2 in fine de la Constitución). De este precepto se deduce, como ya nos consta, la universalización del derecho y la obligación de los poderes públicos de organizar y mantener un sistema de prestaciones, pero no la financiación pública de las mismas. Sin embargo, podría extraerse una respuesta favorable a la exigencia constitucional de financiación pública de las prestaciones sanitarias en el marco del sistema público de Seguridad Social, es decir, por imperativo del art. 41. Aunque en este precepto sólo se cita expresamente el desempleo entre las prestaciones a cubrir por el sistema público de Seguridad Social, se puede entender que en él se exige la cobertura de otras contingencias, entre ellas los casos de enfermedad o pérdida de salud, mediante las prestaciones sanitarias, como ha sido tradicional y como ocurría en el marco de la Seguridad Social vigente en el momento de promulgarse la Constitución. Ahora bien, también en ese marco se trataba de una Seguridad Social de carácter fundamentalmente contributivo, nutrida de las cotizaciones satisfechas por los afiliados al sistema. Aunque posteriormente la situación se ha modificado de forma sustancial y en la actualidad las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social se encuadran en la modalidad no contributiva del sistema y se financian, por lo tanto, con cargo a fondos presupuestarios, ambas opciones parecen caber en el art. 41, sin que de él pueda deducirse ni la obligatoriedad de la financiación presupuestaria ni la de la financiación por vía de cotizaciones o cualesquiera otras fórmulas mixtas.

En contra de esta tesis, se podría argumentar que, sea en la modalidad contributiva o en la no contributiva (disyuntiva que depende, desde luego, de la decisión del Legislador), lo característico de un sistema público de Seguridad Social es que el Estado se erige en asegurador de una serie de contingencias, lo que implica la necesidad de financiar las correspondientes prestaciones con fondos públicos, cualquiera que sea su procedencia (tributaria o

cotizaciones sociales). En ambos casos, los ciudadanos contribuyen a la financiación, ya que de ellos proceden, en definitiva, los recursos correspondientes. Al configurarse el derecho a la Seguridad Social como un derecho de todos los españoles (art. 1 LGSS), la efectividad de lo establecido en el art. 41 de la Constitución exige la financiación pública de las prestaciones. De lo contrario, el sistema de SS no sería "público". Lógicamente, este planteamiento requiere la delimitación de las prestaciones cubiertas por el sistema, como se precisará inmediatamente.

La argumentación anterior, que parece sólida, conduce a una conclusión de gran interés para el supuesto de que la asistencia sanitaria se desvincule de la SS y se configure como un servicio público universal en el marco del art. 43. Esa desvinculación sólo parece posible si, en ese marco, se garantiza, como mínimo, el mismo nivel de prestaciones que ya estaba garantizado en el marco del art. 41. De lo contrario, se estaría situando el umbral de la protección sanitaria de los ciudadanos por debajo de los mínimos a que se había llegado en el marco del sistema público de SS. Por consiguiente, la desvinculación de dicho sistema de unas prestaciones financiadas con recursos públicos para encuadrarlas en el marco del art. 43 sólo sería constitucionalmente posible si se mantiene esa financiación para el mismo conjunto de prestaciones. Este razonamiento lleva, pues, al resultado de que hay una garantía constitucional de financiación pública de las prestaciones sanitarias (lo que no significa gratuidad, pues los recursos procederán de los ciudadanos, por distintas vías), bien en el marco del sistema público de SS, bien en el marco de sistema de protección de la salud, configurado como servicio público universal, como ocurre en el caso de la educación, al menos en sus niveles básicos.

2. La financiación pública implica la necesidad de establecer un catálogo de prestaciones

La cuestión estriba en determinar los límites de la financiación pública, tarea que corresponde al legislador y que la jurisprudencia ha facilitado en un notable esfuerzo de precisión, ponderando la dimensión individual y la colectiva del DAS, en los términos más arriba reseñados. En efecto, habida cuenta de la escasez de recursos y, por tanto, la limitación de las posibilidades de financiación pública, resulta imprescindible acotar el contenido de las prestaciones estableciendo un catálogo de las mismas. En este punto la LGS adolece de una gran ambigüedad al no haber incluido en el catálogo de derechos de los titulares del DAS la referencia a un conjunto tasado de prestaciones. Como ya nos consta, esta omisión fue subsanada

por el Real Decreto 63/1995 que, desde esta perspectiva, no se configura como un mero desarrollo de la Ley sino como una pieza clave para completar la configuración del derecho a la asistencia establecido en aquélla²⁷

Por consiguiente, parece haber una exigencia constitucional de financiación pública de un núcleo mínimo de prestaciones sanitarias, sea en el marco de la Seguridad Social sea fuera de ella en el marco del servicio público de la sanidad, lo que implica la necesidad de delimitar las prestaciones que son objeto de dicha financiación. Ahora bien, aunque se admita esa exigencia constitucional, es evidente que el abanico de posibilidades que se abre al legislador es amplísimo.

3. Sobre la supuesta irreversibilidad de las prestaciones en el Estado social

Lo que se acaba de decir sobre la necesidad de limitar las prestaciones en función de los recursos disponibles se vincula a una cuestión de alcance mucho más general: si las "conquistas" que han alcanzado los ciudadanos en el marco del Estado Social son o no reversibles. Supuesto que los poderes públicos hayan garantizado un determinado nivel de prestaciones (típicamente, en materia de asistencia sanitaria o de pensiones de jubilación), ¿esa garantía marca un límite que constituye un mínimo irrenunciable? ¿Es posible la "reformatio in peius", de modo que se rebajen los niveles asistenciales alcanzados y se empobrezca, por tanto, el contenido del Estado Social? ¿Y si no hay recursos suficientes para hacer frente a los compromisos hasta entonces adquiridos?

La cuestión ha suscitado grandes discusiones en la doctrina alemana y en España ha merecido también alguna atención. En el marco de la Constitución de 1978 parece que debe abordarse partiendo de la distinción entre los verdaderos derechos subjetivos y los principios rectores de la política social y económica, que no configuran situaciones concretas de poder jurídico susceptibles de protección e inmediatamente exigibles, sin perjuicio de que las Leyes que los desarrollen deban configurar derechos subjetivos propiamente dichos. Pues bien, lo que no puede hacer nunca el legislador ordinario es apartarse de

²⁷ *El planteamiento de la Ley del Medicamento es a ese respecto mucho más correcto, ya que, aunque no contiene una lista de los medicamentos susceptible de dispensación (lo que resultaría, sin duda, excesivo, por la rigidez que introduciría al congelar esa lista en una norma con rango de Ley), al menos aborda la cuestión fijando unos criterios de inclusión y exclusión en la financiación pública (art. 94) y autorizando al Gobierno para determinar cuándo la financiación será total o parcial (art. 95).*

dichos principios (art. 53.3 de la Constitución), pero sí podrá, sobre todo si se ve obligado por las circunstancias, establecer una regulación que, respetando los principios en cuestión, suponga una modificación "in peius" del régimen vigente con anterioridad, que debería justificarse en la falta de recursos y en la necesidad de distribuir equitativamente los disponibles. Sobre las eventuales consecuencias indemnizatorias (o más bien, su improcedencia) de la adopción de tales medidas restrictivas puede ser ilustrativo lo ocurrido en materia de incompatibilidades y del adelanto de la edad de jubilación de los funcionarios.

En definitiva, la naturaleza de las cosas (aquí la escasez de los recursos) impide, si se es realista, afirmar el carácter irrenunciable e irreductible de todas y cada una de las conquistas que los ciudadanos alcancen en el marco del Estado Social. Esa debe ser la tendencia, en tanto en cuanto la mejora de la calidad de vida sólo puede resultar de un proceso en el que se van consolidando y asumiendo los pasos sucesivos que garantizan un mayor bienestar y el caso de la sanidad lo demuestra de forma paradigmática. Pero no siempre podrá ser así, si los poderes públicos no disponen de recursos no ya para elevar la calidad de vida sino ni siquiera para garantizar la alcanzada. Esta concepción se acoge explícitamente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según el cuál cada Estado firmante se compromete a adoptar medidas para la plena efectividad de estos derechos "hasta el máximo de los recursos de que disponga" (art. 2.1), lo cual implica el compromiso de realizar el máximo esfuerzo pero también marca el límite hasta donde ese esfuerzo es exigible.

C) La organización de las prestaciones sanitarias como servicio público

El derecho a la asistencia sanitaria comporta la obligación de los poderes públicos de organizar y mantener un sistema de prestaciones que garanticen su efectividad (art. 43.2 de la Constitución). El problema es cómo organizar esas prestaciones. La Ley 15/1997, de 25 de abril, se propuso facilitar la gestión, estableciendo que en el ámbito del Sistema Nacional de Salud "la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad públicas admitidas en derecho" (artículo único.1, párrafo 1º).

El precepto puntualiza, además, que el SNS tiene la condición de "servicio público".

No es propósito del presente estudio abordar el problema de las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos²² para lo que el ordenamiento vigente introduce una gran flexibilidad acorde con el principio constitucional de eficacia que deben perseguir las Administraciones Públicas. Es cierto que no todas las formas de gestión son intercambiables, porque no tienen el mismo significado, pero lo que interesa poner aquí de relieve es que el derecho a la asistencia sanitaria no implica el derecho a exigir una determinada forma de gestión. Las prestaciones sanitarias se pueden proporcionar en centros públicos o en centros privados concertados, lo mismo que ocurre en el ámbito de la educación. Lo importante es que la prestación se haga efectiva en las condiciones legalmente previstas. La forma de provisión de esas prestaciones es una opción organizativa que, en el ordenamiento vigente, corresponde en lo fundamental a las Comunidades Autónomas, en cuyo ámbito se estructuran los Servicios de Salud, con sujeción a las bases que pueda fijar el Estado y que se refieren más a las pautas de funcionamiento de los servicios que a las formas de organización administrativa de los mismos. Desde esta perspectiva se deben introducir en el ámbito de la sanidad pública las aportaciones recientes sobre la calidad de los servicios públicos, señalando unas pautas de funcionamiento exigibles por los usuarios, cuya inobservancia podría determinar la exigencia de responsabilidad por funcionamiento anormal de dichos servicios, aparte del control judicial de la inactividad de la Administración sanitaria.

D) ¿Qué prestaciones están obligados a ofrecer los poderes públicos?

Un problema de carácter más teórico que práctico que cabe plantear aquí es si los poderes públicos sólo están obligados a garantizar las prestaciones financiadas total o parcialmente con fondos públicos o si, en los centros y establecimientos de que sean titulares deben ofrecer cualesquiera otras que permita el "estado del arte", aunque el usuario tenga que pagar. La práctica ofrece, sin duda, una respuesta afirmativa en este último sentido, pero en términos estrictamente jurídicos no es fácil responder a esta cuestión, entre otras razones porque tampoco hay un imperativo constitucional de que las prestacio-

nes se ofrezcan por establecimientos de titularidad pública. En principio, los poderes públicos sólo están obligados a garantizar las prestaciones que financian, lo que no impide que ofrezcan otras diferentes en coherencia con una concepción integral de la asistencia sanitaria y de la protección de la salud.

Con este enfoque, el problema se reconduce de nuevo a la delimitación de cuáles sean las prestaciones a financiar con fondos públicos y cuáles quedan fuera de dicha financiación.

E) El control de la inactividad de la Administración sanitaria

La configuración como servicio público de la asistencia sanitaria prestada por los poderes públicos tiene consecuencias importantes desde la óptica de la responsabilidad (por funcionamiento normal o anormal del servicio), lo que justifica la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las pretensiones que al respecto se formulen, "*cualquiera que se la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive*" (art. 2.e. de la LJCA de 13 de julio de 1998). También las tiene desde la perspectiva del control de la inactividad de la Administración sanitaria. En efecto, la citada LJCA ha superado el criterio tradicional que configura a este orden jurisdiccional como "revisor" de actos previamente dictados por la Administración (expresos o presuntos, por silencio administrativo, que era una ficción para mantener ese carácter revisor), sustituyéndolo por un criterio más amplio de control de la "actuación" administrativa, que incluye también los supuestos de inactividad (art. 29.1)²³. La posibilidad de utilizar esta vía depende de que se tenga un derecho reconocido a las prestaciones. De ahí la trascendencia de que el DAS se configure como un derecho subjetivo. Ahora bien, para evitar que este control de la inactividad (cuya incidencia en el ámbito sanitario es manifiesta) pueda tener consecuencias indeseables, es imprescindible definir ya no sólo las prestaciones a qué se tiene derecho sino también los tiempos y condiciones en que son exigibles, lo que remite de nuevo al señalamiento de los estándares de funcionamiento de los servicios a que antes se ha hecho referencia.

²² Cfr. Al respecto, la obra colectiva "La organización de los servicios públicos sanitarios", coordinada por L.PAREJO, F.LOBO y M.VAQUER, Marcial Pons, Madrid 2001, en la que se incluye un trabajo del autor del presente estudio /pág. 71 y ss.)

²³ Para una visión general de esta cuestión puede verse A.MENENDEZ REXACH, "El control judicial de la inactividad en la Administración", en "Derecho y Proceso", Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid nº 5 (2001), coordinado por J. DAMIAN MORENO, pág. 163 y ss.

V. PROBLEMAS PENDIENTES

Con vistas a una posible modificación legislativa de la LGS, se debería aprovechar la ocasión para regular el derecho a la asistencia sanitaria de forma mucho más precisa, para lo que deberían abordarse, al menos, las siguientes cuestiones:

A) Sobre la configuración del derecho

- Mantenimiento del derecho en el marco de la Seguridad Social o encuadramiento con todas sus consecuencias en el marco del sistema nacional de salud. En el primer caso, la garantía de las prestaciones, al estar encuadradas en la modalidad no contributiva, no debería hacerse depender de la afiliación al sistema, cuya cobertura sería así "universal". En el segundo, se debería afirmar expresamente que el derecho incluye la financiación pública de las prestaciones, al menos de las que hoy forman parte del sistema de Seguridad Social. En esta segunda opción se podría prescindir por completo de la idea del "aseguramiento" que es inherente a la primera.
- Definir con precisión las situaciones en que pueden encontrarse los usuarios del SNS: a)

titularidad del DAS con financiación pública de las prestaciones; b) titularidad del DAS sin dicha financiación; c) usuarios sin derecho a la asistencia.

B) Sobre la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud

- Es urgente definir las pautas de funcionamiento de los servicios sanitarios para determinar, desde esta óptica, el alcance del derecho a la asistencia sanitaria y la procedencia de recurso contencioso-administrativo frente a situaciones de inactividad.
- En conexión con lo anterior se deberían establecer los criterios de acceso a los centros privados en caso de imposibilidad de prestar la asistencia en centros públicos o de retraso excesivo de la misma.
- Si se insiste en la configuración de las tarifas por la prestación del servicio sanitario como "tasas" se deben regular con mucha mayor precisión el hecho imponible, sujeto pasivo, tipo de gravamen y los demás elementos afectados por la reserva de ley en materia tributaria.