

LA CONFIGURACIÓN DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS PÚBLICAS: CUESTIONES ABIERTAS Y RETOS PENDIENTES*

Juan Pemán Gavín
Catedrático de Derecho Administrativo

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN.

II. SOBRE LOS RASGOS GENERALES QUE CARACTERIZAN A LA ASISTENCIA SANITARIA COMO OBJETO DE PRESTACIONES PÚBLICAS.

III. LAS OPCIONES MÁS RELEVANTES QUE INCORPORA EL DERECHO POSITIVO VIGENTE EN LA REGULACIÓN DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS PÚBLICAS.

1. La determinación del contenido de las prestaciones.
2. La configuración del acceso a las prestaciones como derecho subjetivo.
3. Los sujetos con derecho a la asistencia sanitaria pública.
4. Las opciones fundamentales en las que descansa la organización del sistema público de asistencia sanitaria.

IV. SOBRE LOS RETOS PENDIENTES Y LAS CUESTIONES ABIERTAS QUE SE PLANTEAN EN EL MOMENTO PRESENTE.

1. Preliminar.
2. La determinación del *quantum* prestacional: el carácter abierto y evolutivo del catálogo de prestaciones.

3. La extensión subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria pública. El difícil e incompleto camino hacia la universalización de las prestaciones sanitarias.

4. La dimensión temporal de la asistencia sanitaria: el problema de las listas de espera.

5. Sobre los aspectos cualitativos de las prestaciones sanitarias: el reto de la calidad asistencial.

V. OBSERVACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

Es bien sabido que el sistema público de asistencia sanitaria ha vivido en España un importante proceso de desarrollo y consolidación durante la segunda mitad del siglo XX, etapa durante la cual ha adquirido los perfiles que hoy tiene y que lo sitúan en una posición central y emblemática dentro del conjunto de prestaciones que ofrece el modelo de Estado social hoy existente entre nosotros.

* Ponencia elaborada con ocasión del IX Congreso "Derecho y Salud", organizado por la Asociación "Derecho y salud" en Sevilla los días 15 a 17 de noviembre de 2000 en torno al tema Cambios en el Derecho sanitario: ¿la respuesta adecuada? La versión definitiva del trabajo se cierra en junio de 2001.

La abreviaturas que utilizo en el texto son las siguientes: ADS: "Actualidad del Derecho Sanitario"; Ar.: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi del Tribunal Supremo; BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales; CE: Constitución Española de 1978; DyS: Revista "Derecho y Salud"; LAP: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; LGS: Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; LGSS-1974: Ley General de Seguridad Social de 1974 (Texto Refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo), LGSS-1994: Ley General de Seguridad Social de 1994 (Texto Refundido aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio); LJ: Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio); RAP: Revista de Administración Pública; RArAP: Revista Aragonesa de Administración Pública; ROPS: Reglamento de ordenación de las prestaciones sanitarias (RD 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud); TS: Tribunal Supremo; TSJ: Tribunal Superior de Justicia; SNS: Sistema Nacional de Salud; STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

Surgido en los años 40 sobre la base del esquema institucional propio de los Seguros Sociales –fue la Ley de 14 de diciembre de 1942 la que creó el Seguro Obligatorio de Enfermedad con el objetivo de otorgar una protección sanitaria efectiva a los trabajadores y sus familias-, dicha fórmula institucional arraigaría y experimentaría en las décadas posteriores un proceso de progresiva expansión, tanto en términos de prestaciones otorgadas como de volumen de población protegida, con una transformación paulatina de lo que habían sido sus postulados iniciales hasta llegar al modelo hoy existente. Modelo éste caracterizado por una cobertura virtualmente universalizada, por una financiación pública a través del sistema tributario estatal y por una gestión descentralizada a través de las Comunidades Autónomas; una gestión descentralizada que es la consecuencia de un amplio proceso de descentralización que se ha ido materializando en las dos últimas décadas y que todavía hoy está incompleto, pero cuya culminación se anuncia para un horizonte próximo.

Su germen histórico se encuentra así en la legislación social protectora de los trabajadores y sus familias –de modo que en su origen responde a la idea del aseguramiento de las distintas situaciones de riesgo que inciden sobre la población trabajadora, entre las cuales se encuentra el riesgo de enfermar-, pero el proceso de transformación aludido ha ido borrando de forma progresiva lo que fueron sus perfiles iniciales hasta llegar a configurar un servicio público abierto a todos los ciudadanos de responsabilidad compartida entre el Estado y las Comu-

¹ Los hitos más significativos que habría que destacar en este proceso de transformación son quizás los siguientes: a) la reforma de la Seguridad Social de 1963-1966 (Ley 193/1963, de 28 de diciembre y Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprobó el texto articulado de la Ley de Seguridad Social), b) la reforma organizativa de la Seguridad Social de 1978 (por Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, se suprimió el Instituto Nacional de Previsión y se crearon distintas entidades gestoras de la Seguridad Social, entre ellas el INSALUD), c) las opciones sobre la materia incorporadas a la Constitución de 1978 (afirmación del derecho a la protección de la salud y su tratamiento separado respecto a la Seguridad Social [art. 43] e inclusión de la Sanidad dentro de las competencias asumibles por las CCAA); d) la reordenación general del sistema sanitario acometida por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y e) el tránsito hacia una financiación no contributiva de la asistencia sanitaria pública (cuestión abordada inicialmente en la Ley de Presupuestos para 1989 y culminada en virtud de las Leyes de Presupuestos de la segunda mitad de la década de los 90). Mayores indicaciones al respecto pueden encontrarse en mi trabajo *Del Seguro Obligatorio de Enfermedad al Sistema Nacional de Salud. El cambio en la concepción de la asistencia sanitaria pública durante la segunda mitad del siglo XX*, RArAP 13 (1998), pp. 61 y ss.

nidades Autónomas². Uno de los servicios públicos más importantes y característicos del Estado social de nuestros días que encaja con naturalidad dentro de los esquemas y principios propios de la “Administración prestacional” (universalidad, igualdad, continuidad, financiación pública, etc), y ello tanto si se califica como una prestación no contributiva de cobertura universal de la Seguridad Social (en los términos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social) como si se considera un conjunto articulado de servicios a cargo del denominado “Sistema Nacional de Salud” (en los términos establecidos en la Ley General de Sanidad y en el RD 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de las prestaciones sanitarias).

A través por tanto de un recorrido histórico singular, la asistencia sanitaria pública ha venido a instalarse en el corazón mismo de la ya tradicional Administración prestacional –qué duda cabe de que constituye uno de los exponentes más claros de la idea de “procura existencial” (*Daseinsvorsorge*) que en su día pusiera en circulación Ernst FORSTHOFF³-, y ha mostrado por lo demás una

² Son las Comunidades Autónomas, como ha quedado apuntado, las Administraciones llamadas a asumir la responsabilidad de gestión de los servicios de salud, pero el Estado mantiene una competencia para la regulación básica y para la coordinación del conjunto del Sistema, así como para su financiación. Para un estudio sobre el reparto de competencias en la materia véase mi libro *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1989, pp.161 y ss., 171 y ss. y 214 y ss.

³ Sobre las ideas de FORSTHOFF y su amplia recepción en la doctrina alemana dio amplia cuenta entre nosotros Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, primero en su reseña al libro de FORSTHOFF *Rechtsformen der lesitenden Verwaltung* publicada en RAP 37 (1962), pp. 357 y ss, y posteriormente en su trabajo *La configuración de la Administración pública y el concepto de “Daseinsvorsorge”*, en el n° 38 de la misma revista (1962), pp. 35 y ss. En la búsqueda del equivalente castellano de la expresión *Daseinsvorsorge* el Prof. MARTÍN-RETORTILLO señalaba en este segundo trabajo (p. 38) que equivale a “la idea de preocupación por la existencia humana, de procuración de los presupuestos vitales o, mejor aún, superando la traducción estrictamente literal para referir su contenido ideológico, la idea de asistencia vital o de prestaciones vitales” (subrayado mío). Añadiendo a continuación que la expresión *leistende Verwaltung* -Administración prestacional- alude a “una Administración que abastece, que proporciona, que actúa directamente para poder abastecer y proporcionar bienes y servicios a los administrados”.

Véase también el influyente trabajo de M. GARCIA PELAYO *El Estado social y sus implicaciones*, incluido en su libro *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Madrid, 1977, en cuyas pp. 26-30 se hacía eco de los planteamientos de E. FORSTHOFF.

Sobre los principios y modalidades de la Administración prestacional en Alemania véase el tratamiento que incorpora la

fuerte capacidad de resistencia frente a los aires de crisis y cuestionamiento de los postulados tradicionales del Estado social que han venido presidiendo el debate ideológico y el escenario político y económico en el que nos movemos en los últimos años⁴.

Como corresponde a la extraordinaria relevancia que tiene el sistema público de asistencia sanitaria –tanto desde perspectivas cuantitativas como cualitativas–, ha sucedido en los últimos años que los temas vinculados al mismo no han dejado de estar presentes tanto en la opinión pública y los medios de comunicación como en las contribuciones doctrinales que han ido apareciendo.

Han suscitado así una gran atención las cuestiones relativas a los derechos de los ciudadanos como usuarios de los servicios sanitarios (derecho de los pacientes a la información sobre su estado de salud, acceso a la historia

obra de Hans J. WOLF y Otto BACHOF Verwaltungsrecht, III, 4ª ed. C-H. Beck, Munich, 1978, pp. 179-216. En la doctrina italiana me parece destacable la monografía de R. ALESSI, Le prestazioni amministrative rese ai privati, Milán, 1956, cuyas ideas fundamentales se incorporaron a la obra del mismo autor, Principi di Diritto Amministrativo, I, 4ª ed., Giuffrè, Milán, 1978, pp. 469-504.

La doctrina administrativista española ha abordado tradicionalmente esta materia desde la perspectiva del concepto de servicio público (véanse por ejemplo las exposiciones de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en las sucesivas ediciones del Curso de Derecho Administrativo, II –por ejemplo, 6ª ed., Madrid, 1999, pp. 69-82-, o las de L. MORELL OCAÑA en las distintas ediciones de su Curso de Derecho Administrativo, vol 2º –por ejemplo, pp. 119 y ss de la 1ª ed. Aranzadi, Pamplona, 1996-, o también la monografía de L. MIGUEZ MACHO, Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios, CEDECS, Barcelona, 1999), si bien parece afirmarse últimamente la tendencia a realizar un tratamiento del tema de la Administración prestacional al margen de la noción de servicio público (véase en este sentido la exposición de L. PAREJO ALFONSO en L. PAREJO, L. ORTEGA y A. JIMÉNEZ BLANCO, Manual de Derecho Administrativo, I, 5ª ed. Ariel Barcelona 1998, pp. 511-516 o la obra dirigida por J. BERMEJO VERA, Derecho Administrativo. Parte especial, 4ª ed. Civitas, Madrid, 1999, que dedica su parte II, pp. 145 y ss., a la “Administración de las prestaciones públicas”, redactada en sus epígrafes generales por A. GARCÉS SANAGUSTÍN).

⁴ Véanse al respecto en la bibliografía reciente, desde la perspectiva del Derecho Administrativo, los trabajos de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *La Administración Pública en la llamada crisis del Estado social de Derecho*, incluido en su obra *Fragmentos de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2.000, pp. 203 y ss., José Manuel CASTELLS ARTECHE, *La actual coyuntura de la Administración prestadora de los servicios públicos*, en el vol. col. *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. Ramón Martín Mateo, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000*, y Luciano PAREJO ALFONSO, *El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios públicos*, en *RAP* 153, 2000.

clínica, derecho a la libre prestación del consentimiento en las intervenciones sanitarias, derecho a la intimidad, etc.), o también las relativas a las nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios públicos (como es bien sabido, ha aflorado últimamente una clara tendencia a la personificación de los establecimientos públicos sanitarios –con utilización en ocasiones del Derecho privado–, así como el ensayo de nuevas formas de gestión indirecta de los servicios de asistencia sanitaria) y por supuesto las cuestiones vinculadas a la responsabilidad por daños causados con ocasión de la prestación de la asistencia sanitaria (cuestión ésta que ha venido suscitando últimamente una gran atención desde distintos puntos de vista al hilo de los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales que se han producido y al hilo también de las novedades legislativas introducidas).

Pero no puede decirse lo mismo en lo relativo a la configuración misma de las prestaciones sanitarias, esto es, a la asistencia sanitaria como objeto de prestaciones públicas, en sus aspectos conceptuales y de régimen jurídico, perspectiva ésta que ha suscitado una atención mucho menor, quizás, entre otras razones, porque se ha venido desarrollando en los últimos años en un terreno fronterizo entre el Derecho de la Seguridad Social y el Derecho Administrativo.

Como contribución en la línea apuntada se presentan las reflexiones que a continuación se exponen, que se articulan en los tres bloques siguientes. En primer lugar, se ofrecen algunos apuntes sobre lo que a mi juicio son los rasgos más significativos de la asistencia sanitaria como objeto de prestaciones públicas (epígrafe II). En segundo lugar, se exponen las opciones más relevantes que incorpora nuestro Derecho positivo en la regulación de las prestaciones sanitarias, apuntando también algunos de sus defectos y lagunas (epígrafe III). Y por último se realiza una aproximación a distintas cuestiones que se encuentran pendientes de ser abordadas en la actualidad, o que son objeto de polémica o controversia en el debate técnico y político sobre la Sanidad. Expongo por tanto en primer lugar algunos datos sobre la caracterización de la asistencia sanitaria como prestación asumida por las Administraciones públicas.

II. SOBRE LOS RASGOS GENERALES QUE CARACTERIZAN A LA ASISTENCIA SANITARIA COMO OBJETO DE PRESTACIONES PÚBLICAS.

Cualquier intento de caracterizar a la asistencia sanitaria pública desde un punto de vista jurídico no puede dejar de poner de relieve algunas notas o rasgos generales que las singularizan frente a otros servicios o prestaciones que las Administraciones proporcionan a los ciudadanos. Entre ellas se encuentran las que a continuación se exponen.

A) El primer dato a destacar viene dado a mi juicio por la gran *amplitud* y *heterogeneidad* de las prestaciones sanitarias desde el punto de vista de su contenido.

En los casos más característicos y prototípicos constituyen un *facere* cualificado o técnico a cargo de los correspondientes servicios asistenciales: el tratamiento médico con todo su amplio abanico de variantes y modalidades, que van desde el simple reconocimiento o revisión hasta las intervenciones quirúrgicas más complejas o los tratamientos con aparatos altamente sofisticados. Las prestaciones sanitarias constituyen en efecto muy frecuentemente un servicio desarrollado sobre las personas atendidas con aplicación de los conocimientos y técnicas que proporcionan las ciencias médicas con finalidades preventivas, curativas o rehabilitadoras.

Pero en otras ocasiones, las prestaciones no consisten en hacer algo sino en un *dare*, esto es, la entrega de algún objeto o cosa que requiere la personal atendida (medicamentos y efectos sanitarios, prótesis, vehículos para inválidos, etc)⁵. O incluso hay supuestos en los que la prestación viene dada por la entrega de *dinero*: es el caso de las ayudas económicas⁶ que se otorgan para adquirir determinados productos⁶, o de la posibilidad ex-

⁵ En ocasiones se contempla simplemente el uso de cosas por el beneficiario que luego son susceptibles de utilización por otras personas: así lo prevé el RD 383/1984, de 1 de febrero, sobre sistema de prestaciones a minusválidos, cuyo art. 9.4 contempla la utilización por los beneficiarios de aparatos, sillas de ruedas y elementos auxiliares en los supuestos en que los mismos "sean susceptibles de uso posterior por otras personas", exigiendo en tales casos "una utilización cuidadosa y adecuada de los mismos" (de usufructo habla –impropiamente en realidad– el art. 9.4 del RD 383/1984 al aludir al uso de objetos que posteriormente pueden volver a ser utilizados por otras personas).

⁶ Es el caso de las órtesis y de las prótesis dentarias y especiales a que se refiere el apartado 4.º.1 del Anexo I del ROPS y que

cepcionalmente admitida de una devolución o reintegro de los gastos abonados por el paciente como consecuencia de la atención recibida al margen del sistema asistencial público.

En el amplio elenco de las prestaciones sanitarias encaja también el simple transporte de enfermos o de personas inválidas –el *transporte sanitario* constituye también una de las prestaciones que se contempla en situaciones de urgencia o de imposibilidad física de desplazamiento con los medios ordinarios de transporte hasta el centro sanitario o desde el mismo una vez producida el alta-. O incluso hay supuestos en fin en los que las prestaciones a cargo de los Servicios de Salud se traducen en una actividad formalizada a través de documentos escritos calificables como verdaderos *actos administrativos* (así, los certificados⁷ médicos emitidos por los Servicios públicos de salud).

Pero esta aproximación inicial todavía debería ser objeto de observaciones y matizaciones complementarias si se quiere llegar a reflejar cabalmente toda la rica variedad de supuestos que ofrece la realidad asistencial sanitaria.

a) Habría que tener en cuenta así que normalmente las prestaciones sanitarias son de carácter *complejo*: consisten, por ejemplo, tanto un hacer como un dar, bien de forma simultánea (transfusiones de sangre, implantación de prótesis, trasplante de órganos) o de forma sucesiva (intervención quirúrgica con posterior tratamiento farmacológico), o están integrados por un conjunto de "actos médicos" y de servicios que se complementan entre sí. Es obvio así que en cualquier hospitalización se llevan a cabo una serie de actos médicos de diversa índole (pruebas diagnósticas, intervenciones o tratamientos terapéuticos, cuidados de enfermería, etc) junto con otros servicios de carácter instrumental como son las atenciones del personal auxiliar de clínica y los servicios "hoteleros" –alimentación, limpieza, etc.–, lo que da lugar a un complejo de atenciones y servicios de cuya correcta articulación y coordinación depende el logro de una buena asistencia hospitalaria.

se especifican en los Anexos IV y V de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, de regulación de la prestación ortoprotésica.

⁷ El denominado "reintegro de gastos" se contempla como una posibilidad excepcionalmente prevista para los supuestos de "asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital" que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, previa comprobación de que no se pudieron utilizar los servicios de éste (art. 5.3 ROPS).

⁸ Vid. art. 10.8 LGS y apartado 5 del Anexo I ROPS.

b) Pero sería necesario tener en cuenta también la extraordinaria importancia que tiene la información a los usuarios en el ámbito sanitario y la diversidad de proyecciones que tiene y de funciones que cumple.

Hay así una *información general* sobre los servicios y prestaciones que se ofrecen, sobre los requisitos exigidos y los modos de utilización de tales servicios, los derechos y obligaciones de los usuarios, etc, que es del todo análoga a la que tiene lugar en otros servicios públicos o ámbitos de la actividad administrativa⁹; hay también una *información terapéutica* a los pacientes, que es complementaria de cualquier tratamiento médico o farmacéutico (pautas de conducta a observar por los pacientes, contraindicaciones de los medicamentos, etc) formalmente accesoria respecto a dicho tratamiento, pero de gran importancia en la práctica para su éxito; la información es también un *presupuesto necesario para la prestación del consentimiento* de las intervenciones que hayan de realizarse sobre la persona del paciente –para las que se exige como es bien sabido el denominado “consentimiento informado”-¹⁰. Pero sucede en ocasiones que la información verbal o escrita constituye *el contenido mismo –y único- de la prestación sanitaria*, lo que sucede por ejemplo en las actuaciones asistenciales de carácter meramente diagnóstico, y será del todo habitual en el ámbito de la atención primaria, de cuyo contenido forma parte de manera muy principal todo lo relativo a la información y educación sanitarias,¹¹ la prevención y el diagnóstico precoz de enfermedades¹¹. Atención primaria que se traduce en un *continuum* o relación continuada entre el usuario y los Servicios de Salud con predominio frecuentemente de lo que son meras informaciones, re-

⁹ Para ámbitos distintos del sanitario véase el RD 208/1996, de 9 de febrero, por el que se regulan los servicios de información administrativa y atención al ciudadano, aplicable a la Administración General del Estado. En la esfera sanitaria, véase, dentro de la normativa básica, lo dispuesto en los arts. 9 y 10.2 LGS y en los apartados 5.1º y 2º del Anexo I ROPS.

¹⁰ Recuérdese que el art. 10.6 LGS exige el previo consentimiento escrito del usuario para realizar “cualquier intervención”, salvo en determinados supuestos excepcionales que se especifican en dicho precepto. Por intervenciones cabe entender “todo acto médico que se realiza sobre el cuerpo de un paciente con el fin de diagnosticar o tratar un proceso patológico” según propone el Documento sobre información y documentación clínica de 26 de diciembre de 1997, elaborado por el grupo de expertos creado al efecto por el Ministerio de Sanidad.

¹¹ Repárese en el contenido que es propio de la atención primaria según la descripción que realiza el apartado 2 del Anexo I ROPS.

comendaciones y sugerencias, sobre los tratamientos médicos en sentido propio.

c) Y por otro lado hay que considerar también los aspectos relacionados con la documentación y archivo por parte de los centros sanitarios de la información sobre los pacientes a través de la confección de las denominadas *historias clínicas*.

Se trata de un aspecto en principio instrumental respecto a la actividad asistencial de los centros sanitarios que se manifiesta en la obtención, archivo, custodia y utilización de toda la información recabada con ocasión de la asistencia prestada a los pacientes, pero que en la práctica tiene una gran importancia como exigencia imprescindible para una correcta acción asistencial y que plantea una importante problemática tanto desde el punto de vista de la gestión sanitaria (dado el gran volumen que alcanza la documentación generada en los centros sanitarios) como desde el punto de vista del acceso a dicha información (habida cuenta del carácter confidencial de los datos que figuran en las historias clínicas)¹². Hay por tanto una importante labor de *gestión documental* en la prestación de la asistencia sanitaria –con una fuerte tendencia en la actualidad hacia la utilización de soportes electrónicos en dicha gestión documental- constituyendo por lo demás el *acceso a la historia clínica* una de las prestaciones que se reconocen a favor de los usuarios¹³.

B) Un segundo dato que no podría faltar en la caracterización de la asistencia sanitaria como objeto de prestaciones se refiere a su naturaleza esencialmente

¹² Téngase en cuenta al respecto que el art. 10.11 LGS consagra el derecho de los usuarios “a que quede constancia por escrito de todo su proceso” y que el art. 61 del mismo texto legal establece algunas pautas normativas en relación con las historias clínicas; entre ellas el “principio de historia clínico-sanitaria única” por cada paciente “al menos” dentro de cada institución asistencial, la accesibilidad a la misma por parte del propio paciente y de los facultativos implicados en su asistencia, así como el carácter confidencial de la información contenida en las historias clínicas (aspecto este último que deriva también de lo dispuesto en el art. 10.3, en el que se consagra el derecho de los usuarios a la “confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público”).

En el ámbito de la legislación autonómica debe destacarse en relación con la materia la reciente Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, que contiene una regulación detallada de las historias clínicas.

¹³ El apartado 5.6º del Anexo I ROPS incluye en el catálogo de las prestaciones sanitarias “la comunicación o entrega, a petición del interesado, de un ejemplar de su historia clínica o de determinados datos contenidos en la misma, sin perjuicio de la obligación de su conservación por el centro sanitario”.

dinámica o evolutiva; naturaleza dinámica derivada en primer lugar del progreso técnico y científico, que abre incesantemente nuevas posibilidades asistenciales, pero también de los propios cambios sociales, que hacen aparecer continuamente nuevas patologías y nuevas demandas de atención sanitaria.

Este carácter dinámico o progresivo resulta hoy un dato habitual y generalizable en muchos servicios y actividades —es obvio que la dinamicidad es uno de los “signos de los tiempos” que vivimos—, pero no cabe duda de que en el ámbito sanitario esta circunstancia se vive con una especial intensidad: hay una “cláusula de progreso” o principio de progresión implícito en la acción asistencial sanitaria que tiene numerosas manifestaciones: deber del personal sanitario de actualizar sus conocimientos¹⁴, incorporación de nuevas prestaciones en atención a los progresos de la ciencia médica o a las nuevas patologías que aparecen, incorporación de nuevos medicamentos o de nuevas técnicas y aparatos diagnósticos y terapéuticos que son más eficaces o menos agresivos, etc.

Sucede por ello que el catálogo de las prestaciones sanitarias que se reconocen a los ciudadanos —y de las técnicas instrumentales que se utilizan— no puede ser en modo alguna estático, sino que debe ser objeto de actualización continua. Lo cual impone obviamente una necesaria selección, dentro de lo que en cada momento resulta médicamente factible, de las prestaciones y técnicas que se asumen de manera generalizada por el sistema público asistencial¹⁵.

¹⁴ Téngase en cuenta así que, en materia de responsabilidad profesional de los médicos, se ha venido exigiendo que su actuación responda a los conocimientos actuales de la investigación y la ciencia médicas (véase por ejemplo al respecto Francisco JORDANO FRAGA, Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico, “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 1985,1, pp. 29 y ss., 45-46).

Repárese también en la proyección de este deber de actualización sobre las normas de deontología profesional: según el art. 18.1 del Código de Deontología Médica (aprobado por la Asamblea General de la Organización Médica Colegial el 25 de septiembre de 1999) el médico se compromete “a emplear los recursos de la ciencia médica de manera adecuada a su paciente, según el arte médico, los conocimientos científicos vigentes y las posibilidades a su alcance”. A lo que se añade, en el art. 21.1 de dicho Código que “el ejercicio de la Medicina es un servicio basado en el conocimiento científico, en la destreza técnica y en actitudes éticas, cuyo mantenimiento y actualización son un deber individual del médico y un compromiso de todas las organizaciones y autoridades que intervienen en la regulación de la profesión médica”.

¹⁵ El ROPS contempla esta dinamicidad de las prestaciones en sus Disp. Adicionales 1ª y 2ª, distinguiendo al efecto entre

C) Otro rasgo que es preciso consignar se refiere al hecho de que las prestaciones sanitarias inciden sobre un ámbito de la persona que resulta *especialmente sensible desde el punto de vista de los derechos fundamentales*, concretamente sobre aquellos derechos fundamentales que se refieren a los bienes esenciales del ser humano y que derivan de modo directo de la propia “dignidad de la persona”.

La asistencia sanitaria afecta —por definición— a la salud e integridad física de las personas atendidas —e incluso a su propia vida—, pero también puede incidir sobre otros derechos fundamentales de los pacientes como son la libertad ideológica y religiosa —repárese en los no infrecuentes supuestos en los que se plantean conflictos entre la libertad personal de los pacientes y la protección de su salud, e incluso de su vida—, o el derecho a la intimidad personal. Pero también puede afectar a los derechos fundamentales de terceras persona (reproducción asistida, aborto, etc), o incluso del propio personal sanitario (objeción de conciencia).

De ahí que no sean infrecuentes en el ámbito sanitario las situaciones que son problemáticas desde el punto de vista ético y jurídico, e incluso situaciones en las que entran en conflicto diferentes derechos fundamentales de las personas afectadas. Y de ahí también que haya un espacio muy importante para las regulaciones deontológicas y para el tratamiento legal específico de determinadas actuaciones (hemodonación y transplantes de órganos, experimentación clínica, reproducción asistida, esterilización, etc.)¹⁶.

Pero además, las características de la actividad sanitaria asistencial —en la que las situaciones difíciles y doloras para los enfermos y sus familias no son en absoluto excepcionales— determinan también un perfil diferencial respecto a otros servicios y prestaciones públicas: hacen que la materia no pueda abordarse exclusivamente con meras pautas de gestión burocrática, ni tampoco de simple eficiencia gerencial, sino que se requiere un “su-

nuevas prestaciones sanitarias y nuevas técnicas o procedimientos diagnósticos o terapéuticos.

¹⁶ Para una aproximación general e introductoria sobre el Derecho médico, la Deontología médica y la Bioética véase el libro colectivo coordinado por C. Mª ROMEO CASABONA, Derecho biomédico y Bioética, Comares, Granada, 1998. Una amplia recopilación de regulaciones legales y de normativa deontológica sobre estas materias puede encontrarse en el libro colectivo coordinado por D. SERRAT MORÉ, Manual de normativa médica y sanitaria, Colex, Madrid, 1998.

plemento de alma”¹⁷, una especial atención desde el punto de vista de “la individualización, la dignidad y la humanidad en el trato a los pacientes y sus familiares”¹⁸.

D) Junto a ello, creo que debe destacarse también la gran relevancia que en la prestación de la asistencia sanitaria tienen los *elementos personales* –quién presta la asistencia sanitaria- y *temporales* –cuándo se presta-, así como las *circunstancias del lugar* o contexto físico en que se lleva a cabo.

Por lo que se refiere al primera aspecto, importa subrayar el clima de libertad y confianza que ha presidido tradicionalmente la relación médico-paciente y el carácter no fungible que se ha venido atribuyendo a la prestación de servicios médicos –recabados *intuitu personae*, esto es, en atención a las cualidades profesionales del médico y a la confianza otorgada al mismo-. Características que se intentan preservar en nuestra Sanidad pública mediante la afirmación del principio de libertad de elección de médico –que no rige obviamente con un carácter absoluto, sino que tiene límites y condicionamientos por razones organizativas¹⁹ - junto con otros elementos para personalizar²⁰ la relación entre los Servicios de Salud y los pacientes .

¹⁷ *Me parece que puede aquí tomarse a préstamo una expresión de Bergson que el Prof. J. Ruiz-Jiménez utilizó en su día para describir el espíritu que debía presidir la institución del Defensor del Pueblo (Informe anual a las Cortes Generales presentado por el Defensor del Pueblo correspondiente a su gestión en 1983, BOCG, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie E, 17 de mayo de 1984, p. 493).*

¹⁸ *Palabras que figuran en el art. 4.º de la Ley canaria 11/1994, de 26 de julio, de ordenación sanitaria.*

¹⁹ *Vid. art. 14 LGS, que consagra la libre elección de médico de atención primaria en el marco de la correspondiente Área de Salud y art. 10.13 del mismo texto legal, que reconoce el derecho “a elegir el médico y los demás sanitarios titulados”, si bien en unos términos debilitados al añadir “de acuerdo con las condiciones contempladas en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que se regule el trabajo sanitario en los Centros de Salud”. En el nivel reglamentario, y sin carácter básico, véase el RD 1575/1993, de 10 de septiembre, sobre libre elección de médico en atención primaria y el RD 8/1996, de 15 de enero, sobre libre elección de médico en atención especializada, disposiciones ambas aplicables en el ámbito territorial de gestión del INSALUD.*

²⁰ *Obsérvese al respecto el contenido del apartado 7 del art. 10 LGS que incluye entre los derechos de los usuarios, el derecho “a que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad”. Precepto redactado obviamente con la vista puesta en esos complejos establecimientos asistenciales que son los hospitales actuales y que se orienta a preservar una relación personalizada del paciente con el médico asignado.*

Por lo que se refiere a la dimensión temporal de las prestaciones –el antes o después de la asistencia sanitaria-, es obvio que constituye igualmente un aspecto de la máxima relevancia hasta el punto de que en ocasiones resulta determinante para la posibilidad misma de una asistencia eficaz y que alcance sus objetivos, pues las consecuencias de un retraso pueden ser irreversibles, o incluso fatales. Lo cual se traduce, de una parte, en la necesaria dotación y ordenación de los servicios de urgencia –domiciliaria, ambulatoria y hospitalaria- para hacer frente a las situaciones que reclaman una actuación inmediata y, de otra parte, en la necesidad de fijar criterios para las atenciones no urgentes en las que la limitación de medios disponibles impone algún período de espera, dando lugar a las denominadas *listas de espera*.

Por lo que se refiere a las circunstancias del lugar o contexto físico en el que se llevan a cabo las prestaciones sanitarias, no cabe duda de que tienen una especial importancia en el caso de las hospitalizaciones –que hoy tienden a reducirse al máximo, acortando las estancias o sustituyéndolas por formas de asistencia ambulatoria-. La hospitalización conlleva, como es obvio, una relación especialmente intensa con los Servicios de Salud, lo que otorga una gran importancia a todas las cuestiones vinculadas al acondicionamiento material del enfermo (habitaciones individuales o compartidas, servicios complementarios, comodidades para los acompañantes –cuya presencia es exigida en ocasiones para el propio cuidado del enfermo-, etc). Cuestiones éstas por cierto que tradicionalmente quedaban relegadas a un²¹ plano muy secundario en nuestros hospitales públicos .

E) Por último, constituye también un aspecto destacable a mi modo de ver las dificultades que para la fijación del contenido de las prestaciones sanitarias derivan de la *multidimensionalidad*²² de lo sanitario y del carácter

²¹ *El ROPS contempla tan sólo algún aspecto material de este acondicionamiento material al describir el contenido de la asistencia hospitalaria. Establece concretamente al respecto que la asistencia hospitalaria conlleva la “estancia en habitación compartida”, o bien individual “cuando las especiales circunstancias del paciente lo precisen” (apartado 3.3.i del Anexo I). Sólo contempla por tanto el derecho a la estancia en habitación individual cuando concurren unas circunstancias “especiales” cuyo alcance queda sin perfilar.*

²² *Expresión que tomo de J.L. VILLAR PALASÍ (Prestaciones sanitarias: catálogos. Problemas de su configuración normativa, en el vol. col. La gestión de los servicios sanitarios. Modelos alternativos, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1995, pp. 125 y ss, 177), donde señala al respecto lo siguiente:*

“la Sanidad constituye un componente universal, adpuesto a cualquier vector competencial, aún aparentemente alejado de su núcleo fundamental. La ecología, la medicina pre-

borroso de las fronteras que separan la asistencia sanitaria respecto a otras problemáticas próximas o afines.

Al respecto cabe aludir por ejemplo a las actuaciones que se llevan a cabo en ámbitos sanitarios, pero cuya conexión con la salud de las personas afectadas puede ser tan sólo mediata o indirecta o incluso puede llegar a desaparecer: así, las intervenciones en el ámbito de la cirugía estética o de la cirugía transexual que se incluyen dentro de lo que se considera Medicina no curativa o "voluntaria". En tales casos se hace necesario deslindar, dentro de lo médicamente posible, aquéllo que se asume como prestación pública del sistema sanitario y se reconoce como tal en la normativa correspondiente²³. O en un sentido en cierto modo inverso al mencionado, cabe considerar determinados cuidados corporales que tienen una indudable relación con la salud —como los tratamientos en balnearios y las curas de reposo— pero que quedan al margen del sistema público de asistencia sanitaria²⁴.

En otro orden de cosas, es preciso tener en cuenta que los Servicios de Salud entran en contacto forzosamente con situaciones de necesidad en las que las cuestiones de salud aparecen estrechamente vinculadas a otros aspectos o perspectivas. Es el caso de la atención a las personas con enfermedades crónicas o degenerativas y a las personas de edad avanzada con limitaciones funcionales importantes, atención que requiere una asisten-

ventiva, los ruidos, el medio ambiente, la detección precoz, la alimentación, la familia, el stress y su prevención, el derecho laboral en su faceta de prevención de accidentes y enfermedades laborales, los primeros auxilios, el deporte y tutti quanti elementos vitales apuntan al corazón de la Sanidad".

²³ En la vigente regulación positiva de las prestaciones sanitarias la cirugía estética sólo se asume por el sistema sanitario público cuando guarda relación con un accidente, una enfermedad o una malformación congénita (apartado 3 del Anexo III del ROPS, a contrario), y la cirugía de cambio de sexo, tan sólo en el supuesto de que sea "reparadora de estados intersexuales patológicos" (aparato 5 del Anexo III ROPS).

²⁴ A estos cuidados se refiere el art. 2.3.c) del ROPS, al excluir de las prestaciones sanitarias aquellas atenciones y servicios que constituyan "meras actividades de ocio, descanso, confort, deporte, mejora estética o cosmética, uso de aguas, balnearios o centros residenciales, u otras similares, sin perjuicio de su posible atención por los servicios sociales o de otra naturaleza". También debe tenerse en cuenta al respecto lo dispuesto en el apartado 4 del anexo III del mismo Reglamento, en el que se excluyen de las prestaciones financiadas con cargo a los fondos estatales destinados a la asistencia sanitaria "los tratamientos en balnearios y las curas de reposo".

cia que va más allá de lo estrictamente sanitario²⁵. Y otro tanto puede decirse del tratamiento de las personas con drogodependencias o situaciones afines (alcoholismo, ludopatías, etc.) y de las personas con determinadas enfermedades mentales.

III. LAS OPCIONES MÁS RELEVANTES QUE INCORPORA EL DERECHO POSITIVO VIGENTE EN LA REGULACIÓN DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS PÚBLICAS.

Una vez expuestos los rasgos más significativos que conforman las prestaciones sanitarias públicas desde un punto de vista conceptual, procede que centremos nuestra atención en la regulación positiva en vigor, para exponer de modo sintético las opciones fundamentales que incorpora dicha regulación. Con este objetivo abordamos a continuación de forma separada los siguientes aspectos:

- la determinación del contenido de las prestaciones que se reconocen (1);
- la configuración del acceso a las prestaciones como derecho subjetivo y su plena accionabilidad (2);
- los sujetos con derecho a la asistencia sanitaria pública, esto es, el ámbito personal de destinatarios de dicha asistencia sanitaria (3);
- la vertebración organizativa de los medios instrumentales establecidos para llevar a cabo las prestaciones (4).

1. La determinación del contenido de las prestaciones.

El marco legal general sobre el contenido de las prestaciones sanitarias públicas está constituido por los preceptos que la Ley General de Seguridad Social de

²⁵ El concepto que se ha consolidado al respecto es el de atención o asistencia sociosanitaria, en el que se refleja la confluencia entre aspectos de asistencia sanitaria y de asistencia social. Vid. por ejemplo el art. único de la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Servicio Nacional de Salud, en el que se alude a los servicios y establecimientos de "atención sanitaria o sociosanitaria" y el apartado I. 3 del Acuerdo parlamentario sobre consolidación y modernización del Sistema Nacional de Salud (aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 18 de diciembre de 1997), en el que se formulan una serie de propuestas en relación con la "asistencia sociosanitaria".

1974 dedicó a la asistencia sanitaria (arts. 98 y 103 a 108, todavía en vigor, sin perjuicio de que en no pocos aspectos hayan sido modificados o afectados por leyes posteriores) y por determinadas pautas normativas fijadas en la LGS que vienen a enmarcar la prestación de la asistencia sanitaria, aun sin pretender fijar su contenido propiamente dicho. Entre tales pautas cabe destacar determinadas reglas incluidas entre los “principios generales” del Sistema de salud que establece la Ley (Capítulo I de su Título I)²⁶, o la plasmación en dicho texto legal de determinados criterios organizativos (arts. 56 y ss.) que inciden de modo indirecto sobre la vertebración de las prestaciones sanitarias (así, la adopción de un esquema dual en la ordenación de la asistencia sanitaria - atención primaria y atención especializada-, la concepción de los Centros de Salud como establecimientos de atención primaria, la configuración de las funciones del hospital, etc). En el ámbito específico de las prestaciones farmacéuticas hay que tener en cuenta obviamente lo dispuesto por Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento.

Pero la fijación de lo que constituye propiamente el catálogo de prestaciones se contiene en la normativa reglamentaria sobre la materia aprobada en los años 90, en la que se fijó pormenorizadamente dicho contenido. Especialmente en el ROPS (RD 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud), y por lo que se refiere específicamente a las prestaciones farmacéuticas en los RRDD 83/1993, de 23 de enero, por el que se regula la selección de medicamentos a efectos de su financiación por el Sistema Nacional de Salud, y 16/1996, de 15 de enero, sobre efectos y accesorios sanitarios. Disposiciones éstas que están complementadas²⁷ o desarrolladas en algunos casos por otras posteriores²⁷ y que conforman lo que suele conocerse como *catálogo de prestaciones*.

²⁶ Así, el énfasis en la acción preventiva que se refleja en los arts. 3.1 y 6, los derechos básicos de los usuarios enumerados en el art. 10, el derecho a la libre elección de médico de atención primaria que se establecido en el art. 14, los principios de igualdad y no discriminación en el acceso a las prestaciones que consagran los arts. 3.2, 10.1, 12 y 16, o las reglas sobre utilización de los servicios sanitarios contenidas en los arts. 16, 17 y 18.

²⁷ El ROPS ha sido objeto de desarrollo en relación con determinados aspectos. Así, la Orden de 18 de enero de 1996, de regulación de la prestación ortoprotésica (modificada por OOMM de 23 de julio de 1999 y 30 de marzo de 2000); la Orden de 30 de abril de 1977, sobre tratamientos dietoterápicos complejos; la Orden de 2 de junio de 1998, sobre nutrición enteral domiciliaria; y la Orden de 3 de marzo de 1999, sobre técnicas de terapia respiratoria a domicilio.

Dicho catálogo queda conformado en particular por lo dispuesto en el RD 63/1995, de ordenación de las prestaciones sanitarias, que, en el marco de las pautas generales establecidas en las disposiciones legales antes aludidas, contempla (Anexo I) cinco bloques de prestaciones “facilitadas directamente a las personas por el Sistema Nacional de Salud y financiadas con cargo a [...] fondos estatales adscritos a la Sanidad”²⁸: 1º) Las prestaciones de *atención primaria*, cuyo contenido se explicita tanto con un alcance general como en relación con determinados colectivos de usuarios (atención a la mujer, a la infancia, y al adulto y anciano) e incluye a la atención primaria de urgencia ambulatoria o en el domicilio del paciente. 2º) La *atención especializada*, dentro de la cual se distinguen distintas modalidades: asistencia especializada ambulatoria en *consultas*, asistencia ambulatoria en “*hospital de día*” y asistencia en régimen de *hospitalización*²⁹. 3º) Las *prestaciones farmacéuticas*, cuya regulación concreta no se realiza en el ROPS sino en las disposiciones reglamentarias específicas a las que hemos aludido. 4º) Las denominadas “*prestaciones complementarias*”, entre las que se incluye la *prestación ortoprotésica* (prótesis quirúrgicas y ortopédicas, vehículos para inválidos, etc), *el transporte sanitario*, la *dietoterapia* y la *oxigenoterapia a domicilio*, en los términos fijados por el apartado 4 del Anexo I. 5º) Y por último, se contemplan

En el ámbito de las prestaciones farmacéuticas, el RD 83/1993 debe ser complementado con las disposiciones del RD 1867/1995, de 17 de noviembre, por el que se regula las prestaciones farmacéuticas a enfermos de SIDA, y del RD 1663/1998, de 24 de julio, por el que se excluyen determinados medicamentos de la financiación pública.

Junto a ello, debe tenerse en cuenta la vigencia parcial de algunas normas reglamentarias anteriores como son el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos de la Seguridad Social, o el RD 945/1978, de 14 de abril, sobre participación de los beneficiarios de la Seguridad Social en el precio de los productos farmacéuticos.

²⁸ Literalmente dice “con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales adscritos a la Sanidad”, pero en los momentos actuales se ha eliminado ya totalmente, como es bien sabido, la financiación procedente de la Seguridad Social.

²⁹ A la hospitalización puede accederse por indicación del médico especialista o a través de los servicios de urgencias “cuando el paciente necesite previsiblemente cuidados especiales y continuados, no susceptibles de ser prestados de forma ambulatoria o a domicilio”. El contenido que corresponde a la prestación de asistencia hospitalaria queda perfilado en el apartado 3.3º del Anexo I en unos términos muy amplios (obsérvese por ejemplo la formulación que figura en el apartado 3.3º.b): “Tratamientos o intervenciones quirúrgicas dirigidas a la conservación o mejora de la esperanza de vida, autovalimiento y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento”).

los “servicios de información y documentación sanitarias”, bloque que agrupa diversas modalidades de información al paciente y sus familiares, así como la expedición de certificados médicos, partes de baja y documentos para la valoración de las incapacidades (apartado 5º del Anexo I).

Pero más que los pormenores concretos de esta enumeración de prestaciones³⁰ interesa reparar en algunas reglas de carácter general que se contienen en el ROPS con opciones y criterios que tienen un alcance determinante en la vertebración de nuestro sistema público de prestaciones sanitarias. Entre estas reglas destacamos las siguientes:

a) Las *cláusulas generales de carácter negativo* o de exclusión que incorpora el ROPS y que complementan la *lista positiva* de prestaciones a la que hemos aludido³¹.

b) La configuración de las prestaciones enumeradas con un carácter de mínimo asegurado a todos los ciudadanos por el Sistema Nacional de Salud y financiado con fondos estatales adscritos a la Sanidad, que no excluye la posibilidad de prestaciones adicionales establecidas por las Comunidades Autónomas “con cargo a sus propios recursos, o mediante precios, tasas u otros ingresos” (Disp. Adicional 5ª).

c) La mención de una serie de prestaciones que no se asumen por el sistema sanitario público con cargo a fondos estatales destinados a la asistencia sanitaria, pero que pueden realizarse en el ámbito del Sistema Nacional de Salud “bien sea con cargo a otros fondos públicos o a los particulares que las soliciten”³².

³⁰ Para una exposición general en detalle véase M. ALONSO OLEA, Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, Civitas, Madrid, 1999, pp. 59-126. Como aportaciones sobre aspectos determinados, véase M. BEATO ESPEJO, El derecho a la prestación sanitaria: libertad de prescripción y dispensación, *Dy S*, 1994, 2, pp. 70 y ss. y J. L. BELTRÁN AGUIRRE, Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos, *id.*, pp. 91 y ss.

³¹ Vid. art. 2.3, en el que se excluyen las prestaciones en relación con las cuales no exista suficiente evidencia sobre su “seguridad y eficacia clínicas” o hayan quedado obsoletas (párrafo a) así como aquellas otras en las cuales no esté suficientemente probada su “contribución eficaz” para mejorar la salud del paciente entendida en los términos que precisa el párrafo b. También se excluyen (párrafo c) las actividades de ocio, descanso, confort, deporte, etc. a que hemos aludido supra (nota 23).

³² Vid. art. 4 ROPS que remite a la relación de prestaciones enumerada en el Anexo III.

d) La fijación de otras *cláusulas generales de carácter complementario* como son la explícita mención a los supuestos en los que los Servicios públicos de salud han de reclamar el importe de la asistencia sanitaria prestada si existen terceros obligados al pago de la misma³³ o si el usuario carece del derecho a la asistencia sanitaria³⁴, así como la previsión de los supuestos excepcionales en los que procede la situación inversa: esto es, la posibilidad de que los ciudadanos con derecho a la asistencia sanitaria reclamen el reembolso de determinados gastos por asistencia sanitaria recibida³⁵ fuera de la red asistencial del Sistema Nacional de Salud.

e) Y por último, las *reglas sobre actualización del catálogo de prestaciones* derivables de las Disposiciones Adicionales 1ª y 2ª, que contemplan tanto la incorporación de nuevas prestaciones como la adición de nuevas técnicas diagnósticas o terapéuticas en el marco de las prestaciones ya reconocidas.

El Derecho positivo vigente parte por tanto de un propósito de concreción normativa del catálogo de prestaciones, que en principio tiene un carácter cerrado: sólo se reconoce el derecho a obtener aquellas prestaciones expresamente incluidas en el catálogo al que acaba de aludirse. Aunque el grado de concreción de dicho catálogo no es el mismo en todos los casos³⁶, la opción general

³³ Por ejemplo, asistencia sanitaria prestada en supuestos de Seguros Obligatorios (*Seguro Obligatorio de vehículos a motor, de deportistas federados y profesionales, de viajeros, etc.*) o asistencia sanitaria prestada a los beneficiarios de las Mutualidades funcionariales que no hayan sido adscritos a la red sanitaria de la Seguridad Social a través del procedimiento establecido (vid. art. 3.1 y Anexo II ROPS, que complementan lo dispuesto en el art. 83 LGS y en la Disp. Adicional 22ª LGSS-1994).

Sobre esta cuestión véase el trabajo de A. MORALA GÓMEZ, La responsabilidad en el abono de la asistencia sanitaria por los centros públicos en casos de concurrencia con otros aseguramientos, “*Revista del Poder Judicial*”, 52 (1998), pp. 463 y ss.

³⁴ Vid. art. 16 LGS y art. 3.2 ROPS.

³⁵ Se trata de los casos de “asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud”, cuyo reembolso procede “una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”. Sobre el particular, véase lo que se dice más adelante en el texto.

³⁶ El detallismo es grande en algunos ámbitos (por ejemplo, medicamentos incluidos y excluidos de la prestación farmacéutica) pero en otros casos se utilizan cláusulas abiertas (obsérvese la descripción de las intervenciones quirúrgicas que forman parte de la asistencia hospitalaria –apartado 3.5.b Anexo I ROPS: “tratamientos o intervenciones quirúrgicas dirigidas a la conservación o mejora de la esperanza de vida, autovali-

que incorpora nuestro ordenamiento en este punto consiste en atribuir a las correspondientes disposiciones escritas la fijación del *quantum* prestacional otorgado por el sistema sanitario público, dando con ello un contenido concreto al derecho constitucional a la protección de la salud³⁷.

Ahora bien, debe notarse que en la práctica la jurisprudencia juega también un papel relevante en la determinación concreta del *quantum* prestacional reconocido a los ciudadanos por el sistema sanitario público fijando pautas interpretativas a tener en cuenta en la aplicación de la normativa vigente.

Al margen de las cuestiones interpretativas surgidas en torno a determinados conceptos utilizados por la normativa sobre prestaciones³⁸, debe hacerse mención aquí a

miento y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento” o la genérica referencia a la “rehabilitación” que figura en el apartado 3.5.d, también como contenido de la asistencia hospitalaria). En el caso concreto de los trasplantes, el detallismo de la redacción inicial del ROPS (apartado 3. 5º j: “transplantes de corazón, córnea, hígado, hueso, médula ósea, piel, pulmón y riñón, conforme a la legislación especial en la materia”) fue eliminado mediante una nueva redacción introducida con posterioridad (Disp. Adicional 2ª del RD 2070/1999, de 30 de diciembre, sobre obtención y utilización clínica de órganos humanos y coordinación territorial en materia de trasplante de órganos y tejidos) que se formula en términos de cláusula abierta (ahora se dice: “transplantes de órganos, tejidos y células de origen humano, conforme a la legislación expresa en la materia, y siempre que presenten una eficacia terapéutica comprobada”).

³⁷ Como se desprende de lo que se indica en el texto, la normativa vigente sobre prestaciones sanitarias públicas se caracteriza por un acusado protagonismo de las disposiciones reglamentarias, lo cual resulta objetable desde diversas perspectivas: la indudable relevancia política y jurídica de la regulación, a través de la cual se dota de contenido concreto al derecho constitucional a la protección de la salud, su carácter de legislación básica amparada en las reglas 16ª y 17ª del art. 149.1 CE, así como el propio mandato constitucional (art. 43.2 CE) de que la ley establezca “los derechos y deberes de todos al respecto” (ciertamente menos enérgico que otros preceptos constitucionales que formulan reservas de Ley). Véase sobre ello lo señalado por J. L. BELTRÁN AGUIRRE, *Prestaciones sanitarias*, cit. pp. 93-95.

Creo en particular que no pocas de las previsiones contenidas en el ROPS, que tienen un indudable carácter vertebrador y ordenador del conjunto de prestaciones (así, las que se enuncian en su articulado y también los elementos fundamentales que conforman los distintos bloques de prestaciones perfilados en el Anexo I), deberían estar incluidas en un texto con rango de Ley, sin perjuicio de la remisión al Reglamento para aspectos complementarios y de detalle.

³⁸ Cabe aquí mencionar, a título de ejemplo, la abundante jurisprudencia social recaída a propósito del alcance que debe darse al concepto prótesis especiales utilizado por el art. 108 LGSS-1974 y por el ROPS (apartado 4.1º in fine del Anexo I).

la jurisprudencia (social) producida a propósito del denominado “reintegro de gastos”, así como también a la jurisprudencia dictada en supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de asistencia sanitaria o asistencia sanitaria defectuosa.

Por lo que se refiere al primer tema, procede recordar que el reintegro de gastos fue regulado en su momento por el art. 18 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos de la Seguridad Social, en desarrollo de lo previsto por el art. 102.3 de la Ley General de Seguridad Social de 1966 (precepto éstes último luego incorporado al texto refundido que de dicha Ley se aprobó en 1974). El precepto reglamentario aludido contemplaba concretamente dos supuestos en los se exceptuaba el criterio general contrario al reintegro de los gastos abonados por servicios médicos realizados al margen de la organización asistencial de la Seguridad Social: a) cuando los gastos efectuados fueran consecuencia de una denegación injustificada de la asistencia sanitaria debida por parte de la Entidad gestora de la Seguridad Social (art. 18.3); y b) cuando los gastos se hubieran producido en casos de “asistencia urgente de carácter vital” (art. 18.4)³⁹. Supuestos en relación con los cuales se produjo una amplia litigiosidad y una muy copiosa jurisprudencia que fijó unas pautas interpretativas al respecto, de interés para precisar el alcance concreto de las prestaciones reconocidas a los beneficiarios de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social⁴⁰.

O también, los pronunciamientos (asimismo de la jurisdicción social) producidos en relación con el alcance que debe darse al derecho al suministro de vehículos para inválidos (“vehículos para aquellos inválidos cuya invalidez así lo aconseje”, en los términos que utiliza el art. 108 LGSS-1974 y el apartado 4.1º c del Anexo I ROPS). En relación con este último concepto, se ha planteado concretamente la cuestión de si comprende o no la obligación de suministrar sillas de ruedas de tracción eléctrica (vid. al respecto el Auto del TS de 22 de diciembre de 1998 –Ar. 1999, 379- y las Sentencias del mismo Tribunal de 26 de enero de 2000 –Ar. 1313-, 7 de febrero de 2000 –Ar. 1609- y 5 de abril de 2000 –Ar. 2616-).

³⁹ En términos sustancialmente coincidentes véase, en relación con el personal funcionario incluido en el ámbito de aplicación de la Ley 29/1975, de 27 de junio, de Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado, el art. 19.2 de dicha Ley 29/1975 y el art. 90 del Reglamento General del Mutualismo Administrativo (RD 843/1976, de 18 de marzo).

⁴⁰ Un buen resumen de esta jurisprudencia puede encontrarse en M. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1991, pp. 212-216; exposición que puede completarse con los datos relativos a la jurisprudencia producida en el período 1991-1995 que incorpora el estudio de M. ALARCÓN CARACUEL, *La cartera de prestaciones. Reintegro de gastos*, en el vol. col.

En la actualidad, el marco normativo vigente respecto de esta cuestión resulta todavía más restrictivo, lo cual es consecuencia tanto de la opción contraria al reintegro de gastos que incorpora la LGS⁴¹, como de la redefinición, en un sentido reductor, que vino a realizar el ROPS de los supuestos de reintegro de gastos. En efecto, a diferencia de lo dispuesto en el Decreto 2766/1967, se contempla ahora (art. 5.3 ROPS) un solo supuesto que se formula como “asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital” y que se enmarca además dentro de otras cautelas restrictivas⁴².

Pero a pesar de esta formulación reticente, la cláusula de reintegro de gastos sigue teniendo un juego algo más amplio del que podría derivarse de una primera lectura de las disposiciones que se refieren a la misma y permite a la jurisprudencia fijar algunas pautas que conducen hacia el sistema sanitario público determinados supuestos de asistencia realizada al margen de la red asistencial pública.

Los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios, *Gobierno Vasco, Vitoria, 1996, pp. 115 y ss., 121-134. Véase también M. ALONSO OLEA, Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, Civitas, Madrid, 1994, pp. 47-51.*

⁴¹ *Es el art. 17 LGS el que incorpora de modo explícito dicha opción: “Las Administraciones públicas obligadas a atender sanitariamente a los ciudadanos, no abonarán a éstos los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de servicios sanitarios distintos de aquéllos que les correspondan en virtud de lo dispuesto en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las normas que aprueben las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias”.*

Este precepto parece descansar en la defensa del sistema de provisión pública de la asistencia sanitaria que la LGS vino a respaldar y consolidar. Y expresa un perceptible recelo del legislador ante una fórmula –el reintegro de gastos– cuya aplicación puede dar lugar a utilizaciones abusivas de la misma y a desigualdades entre ciudadanos. Es claro en todo caso que el precepto reproducido –formulado con un laconismo y un rigor acaso excesivos– no ha sido objeto de una interpretación literal, que hubiera conducido a entenderlo como prohibición absoluta de reintegro de gastos con la consiguiente derogación del art. 18.3 y 4 del Decreto 2766/1967. Por el contrario, tras la LGS siguieron aplicándose las excepciones establecidas en dicho artículo, hoy sustituidas por el art. 5.3 ROPS.

⁴² *Los gastos se reembolsarán “una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente” los servicios del Sistema Nacional de Salud “y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”.*

Sobre las diferencias que incorpora la nueva formulación del reintegro de gastos en el ROPS respecto a la redacción contenida en el art. 18 del Decreto 2766/1967, véase ALARCÓN CARACUEL, La cartera de prestaciones. Reintegro de gastos, pp. 140-143, autor que se muestra crítico con la supresión del primer grupo de supuestos que contemplaba el Decreto 2766/1967 (los de denegación injustificada de la asistencia sanitaria debida).

Merece la pena destacar al respecto cómo, por ejemplo, la jurisprudencia social ha venido reconociendo el derecho al reintegro de gastos por asistencia sanitaria a españoles que, encontrándose ocasionalmente en un país extranjero, sufren una enfermedad imprevista que les obliga a ser hospitalizados e intervenidos⁴³, pero no en cambio en los supuestos en los que hay un desplazamiento al extranjero con el objetivo de procurarse una asistencia sanitaria con medios técnicos más avanzados que los existentes en España⁴⁴. También interesa notar

⁴³ *En relación con ello resulta de interés la reciente sentencia de 4 de abril de 2000 (Ar. 2615) relativa a una persona que, encontrándose en Venezuela, donde había viajado para visitar a sus hijos sufre un infarto de miocardio y debe ser hospitalizado e intervenido en un centro sanitario de Caracas. Solicitado el reintegro de los gastos correspondientes, se denegó dicho reintegro tanto en vía administrativa como judicial (Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de mayo de 1999). Pero el TS anula dicha Sentencia al resolver el recurso de casación interpuesto contra la misma y reconoce el derecho al reintegro de los gastos invocando la doctrina sentada por la propia Sala de lo Social del TS en sentencia de 3 de junio de 1975, que resolvió en sentido favorable al reintegro de los gastos producidos “por la curación de una enfermedad inesperadamente padecida en el extranjero y que por su gravedad no permitía el traslado y tratamiento en España” (Fundamento 2º.2 de la Sentencia de 4 de abril de 2000).*

⁴⁴ *Vid en este sentido los pronunciamientos que citan ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA, Compendio, pp. 213-214 y ALARCÓN CARACUEL, La cartera de prestaciones, pp. 123-125.*

En particular, en la STS de 16 de noviembre de 1989 (Ar. 8069), relativa a una operación de corazón que hubiera podido realizarse en España pero en la que se optó por hacerla en Estados Unidos ante las mayores posibilidades de supervivencia –el triple– que se ofrecían en un centro especializado de dicho país, se razonaba al respecto del siguiente modo:

“La Seguridad Social tiene que garantizar tanto la eficacia e igualdad de los servicios prestados, como la estabilidad financiera del sistema [...] y el acudir por decisión propia a una asistencia conforme a las técnicas más avanzadas, no puede razonablemente constituir el contenido de la acción protectora del sistema. El artículo 43 de la Constitución se inicia con el derecho a la protección de la salud, señalando que la Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto, con lo que está excluyendo los que por su índole emergente o limitado sólo son accesibles a algunos, no a todos. Es evidente que respecto a aquellos medios que solamente son accesibles y disponibles en países más avanzados y que poseen un nivel científico y de desarrollo superior y que por ello y sólo por ello no son accesibles en España, la Seguridad Social no está obligada a prestar la asistencia médica por la elemental razón de que no están ni pueden estar al alcance de todos los beneficiarios de la Seguridad Social”.

La postura negativa de la jurisprudencia en este punto, que resulta razonable con carácter general, adquiere con todo un carácter excesivamente rígido – y discutible– en determinados supuestos. Véase así el caso resuelto por la STS de 13 de octubre de 1994 (Ar. 8050) en la que se denegó el reintegro de

cómo la jurisprudencia reciente mantiene el concepto de “error de diagnóstico”, acuñado durante la vigencia del art. 18 del Decreto 2766/1967, para fundamentar la obligación de reintegro de gastos en los supuestos en los que la red asistencial pública ha proporcionado un diagnóstico equivocado o deficiente, y el paciente ha conseguido una curación o mejora en el ámbito asistencial privado⁴⁵. O incluso cabe aludir a algún supuesto excepcional en el que la simple demora consecuencia de la inclusión del paciente en una lista de espera genera la posibilidad de

gastos en relación con una enfermedad ocular denominada “retinosis pigmentaria”- de carácter progresiva e irreversible hasta la ceguera total- para la que no existía en España tratamiento médico y quirúrgico alguno, razón por la cual el paciente se trasladó a Moscú para ser tratado en un Hospital de dicha ciudad.

⁴⁵ *Ilustrativo en este punto resulta el supuesto resuelto por la Sentencia del TSJ de Madrid de 3 de enero de 1996 y al que se alude en la posterior STS (Social) de 8 de noviembre de 1999 (Ar. 9416) que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra una Sentencia del TSJ de Madrid de 21 de junio de 1998 en el que se invocaba como sentencia contradictoria la aludida sentencia del mismo Tribunal de 3 de enero de 1996.*

En el supuesto de hecho que había resuelto esta última sentencia (según el relato de la misma que figura en el fundamento 1º de la STS de 8 de noviembre de 1999), el reclamante del reintegro había sufrido un accidente de tráfico del que derivaron unas lesiones y tras recibir el oportuno tratamiento en el ámbito público, recibió un informe por los servicios médicos asignados en el que se le indicaba que “es técnicamente imposible actuar quirúrgicamente sobre la cadera derecha”, añadiéndose que “pensamos que la situación global es comprometida, sin poder ofrecer una situación factible”. No conforme con este diagnóstico, el interesado acudió a una clínica privada en la que fue intervenido quirúrgicamente, obteniendo una “notable mejoría pues pasó de ir en silla de ruedas a caminar apoyado en un bastón”. Ante estos hechos, el TSJ de Madrid (sentencia de 3 de enero de 1996) consideró que se había producido una denegación de la asistencia y condenó al INSALUD demandado al reintegro de los gastos.

Por su parte, la STS de 8 de noviembre de 1999 desestimó el recurso de casación interpuesto por entender que no existía identidad en los hechos a los que se refería la sentencia recurrida (de 21 de junio de 1998) respecto a la invocada como contradictoria (la de 3 de enero de 1996). Pero importa subrayar que el TS mantiene en esta sentencia la pervivencia de su doctrina sobre el error de diagnóstico en el nuevo marco normativo del reintegro de gastos establecido por el ROPS. Recuerda el Tribunal al respecto la creación judicial de la doctrina del reintegro de gastos en casos de error de diagnóstico, a partir de una sentencia de 3 de junio de 1965, a pesar de que no se contemplaba en la literalidad de la norma reguladora del reintegro de gastos (en su momento, en el art. 73 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Enfermedad de 20 de marzo de 1948), y entiende que esta doctrina debe mantenerse en la actualidad, dentro del marco normativo sobre la materia establecido en el ROPS, pues subsisten las mismas razones que dieron lugar a la creación de esta doctrina (fundamento 2º).

recabar privadamente la asistencia con posterior derecho al reintegro de los gastos correspondientes⁴⁶.

Por lo que se refiere al juego de la institución de la responsabilidad patrimonial en el ámbito de la asistencia sanitaria, es claro que su objetivo primario no se sitúa en la determinación del contenido de las prestaciones sanitarias públicas, sino en la reparación de los daños irrogados a los ciudadanos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios. Pero no menos cierto es que en la práctica determinados pronunciamientos

⁴⁶ *Se trata del caso abordado por la STS de 21 de febrero de 1995 (Ar. 1168), en la que de modo excepcional se rompe el criterio general aplicado por la jurisprudencia de que la simple inclusión en una lista de espera no faculta a los usuarios para acudir a la Medicina privada con posterior derecho al reintegro de los gastos. Esta sentencia se produjo a propósito de un paciente que debía ser operado urgentemente según el diagnóstico de los propios servicios públicos de salud, pero que sin embargo no fue ingresado para la realización de la correspondiente intervención.*

Pero tal como acaba de apuntarse, el criterio general que sostiene la jurisprudencia es el contrario, lo que puede ilustrarse con el caso resuelto por la STS de 7 de octubre de 1996 (Ar. 7496), referida a una enferma de riñón que venía recibiendo asistencia sanitaria del INSALUD –hemodiálisis- y estaba incluida en lista de espera para ser objeto de trasplante y que decidió trasladarse a Estados Unidos para recibir el trasplante en un hospital de Houston. El reintegro de los gastos correspondiente –más de 18 millones de pesetas- fue desestimado en vía administrativa pero conseguido ante la jurisdicción social (Sentencia del TSJ de Madrid de 2 de noviembre de 1995). No obstante, el TS entiende improcedente el reintegro de gastos, y en consecuencia casa la sentencia recurrida, razonando del siguiente modo (fundamento 2º.2):

“el INSALUD prestó asistencia a la beneficiaria demandante, dándole el tratamiento oportuno e incorporándola a la lista de espera para efectuar el trasplante, sin que la demora para la realización de la correspondiente intervención quirúrgica manifestara desatención, teniendo en cuenta las evidentes dificultades para obtener el órgano a transplantar y la existencia de otros muchos beneficiarios en igual necesidad [...] Es obviamente comprensible la conducta observada por la beneficiaria, motivada por su justificado deseo de reestablecer su salud, pero, aún siendo así, el abandono voluntario del servicio médico que tenía asignado, acudiendo a centro hospitalario del extranjero, por su propia voluntad y sin efectuar notificación alguna, excluye el reintegro que pide, en tanto que no encuentra fundamento en el marco legal aplicable, siendo de significar que [la] conclusión contraria supondría, como declara nuestra sentencia de 25 de septiembre de 1986, privilegiar a la hoy recurrida con respecto a otros beneficiarios que aquejan igual mal y que carecen de medios económicos para actuar como lo hizo aquella”.

A ello se añade por el Tribunal la afirmación de que no se trataba de un caso de urgencia vital “pues ésta supone la aparición súbita de un cuadro clínico que requiere inmediata atención, imposibilitando acudir al servicio médico asignado, lo que no acaece en el supuesto controvertido”.

judiciales sobre responsabilidad contribuyen de manera indirecta a fijar el contenido de las prestaciones sanitarias al establecer pautas complementarias que precisan el alcance de las obligaciones de los Servicios de Salud respecto a los ciudadanos que han de atender, especialmente en el ámbito de la asistencia hospitalaria, en relación con la cual se plantean la mayor parte de los supuestos de responsabilidad patrimonial.

En efecto, dentro de la muy abundante casuística jurisprudencial producida en los últimos años⁴⁷, cabría destacar los pronunciamientos en los que se condena a la Administración por daños derivados de situaciones de inasistencia o de asistencia insuficiente⁴⁸, o por una asis-

⁴⁷ Esta jurisprudencia procede de diversos órdenes judiciales, habida cuenta de que tanto la jurisdicción civil como la contencioso-administrativa y la social han venido conociendo en los últimos años de supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración producidos con ocasión de la prestación de la asistencia sanitaria pública. Es sabido no obstante que las reformas legales introducidas por la LJ de 1998 (art. 2.º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, en conexión con el nuevo párrafo 2º introducido en el art. 9.4 la Ley Orgánica del Poder Judicial por la LO 6/1998, de 13 de julio) y por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la LAP (nueva formulación de la Disp. Adicional 12ª de la LAP) modifican esta situación al afirmar de modo expreso la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la materia. Jurisdicción que, salvando los supuestos en los que se siga un proceso penal, resulta ahora de modo inequívoco la única competente para enjuiciar supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración producidos con ocasión de la prestación de la asistencia sanitaria.

⁴⁸ Como ejemplos ilustrativos, cabe citar las condenas a las Administraciones sanitarias a indemnizar los daños causados a los pacientes en los siguientes casos (de los que apunto tan sólo el núcleo de la situación abordada sin entrar en los pormenores de cada uno de ellos):

- Fallecimiento de un paciente en un supuesto de ausencia del personal del servicio de urgencias del hospital con la correspondiente tardanza en la atención e intervención al enfermo. STS de 29 de julio de 1986 (Contencioso-administrativo). Ar. 6908.

- Falta de camas en un hospital público que conlleva la inasistencia a un enfermo urgente. STS de 6 de julio de 1990 (Civil). Ar. 5780.

- Carencia de medios diagnósticos suficientes en un hospital público por encontrarse de vacaciones la única persona que realizaba los encefalogramas. STS de 6 de marzo de 1995 (Civil). Ar. 1782.

- Enfermo con traumatismo craneo-encefálico grave que no es ingresado en el servicio de neurocirugía del hospital sino en el servicio de otorrinolaringología debido a la circunstancia de que el primero estaba reducido a la mitad de su capacidad por vacaciones del personal. STS de 3 de septiembre de 1996 (Civil). Ar. 6501.

- Carencia en el hospital de una unidad coronaria en la que hubiera debido ser ingresado el paciente y retraso en el ingreso

tencia prestada de modo deficiente desde diversos puntos de vista⁴⁹. Pronunciamientos a través de los cuales la

del mismo en otro centro sanitario dotado de tal unidad coronaria. STS de 13 de octubre de 1998 (Contencioso-administrativo). Ar. 7820.

- *Tardanza excesiva del servicio de urgencias domiciliarias en acudir al domicilio del paciente. Sentencia del TSJ de Navarra de 20 de octubre de 1998 (Civil), ADS, 46, 1999, pp. 10-14.*

De particular interés resulta la sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2000 (Contencioso-administrativo, ADS, 63, 2000, pp. 539-540.) que condena a la Administración a indemnizar a los familiares por el fallecimiento de un paciente que se encontraba en lista de espera para ser operado de corazón (la intervención había sido calificada por el Servicio de Cardiología como "preferente", pero no como urgente). En dicha Sentencia se realiza una aproximación general a la cuestión de la responsabilidad patrimonial de la Administración en relación con los pacientes incluidos en listas de espera, con algunos criterios para deslindar los perjuicios que deben ser asumidos por los usuarios –en cuanto que éstos tienen el deber jurídico de soportarlos- de aquéllos otros que son antijurídicos y en consecuencia deben ser indemnizados por la Administración. Entre los primeros menciona "los que se refieren a las molestias de la espera, precauciones y prevenciones que hay que tener en tanto llega el momento de la intervención, la desazón que implica o la rebaja que esto suponga en calidad de vida por controles o vigilancia del padecimiento hasta la operación". En cambio, el perjuicio será indemnizable "cuando venga dado por una lista en sí mal gestionada o irracional, de duración exagerada o cuando hubiere un error en la clasificación de la prioridad del enfermo o cuando en el curso de esa espera se produjesen empeoramientos o deterioros de la salud que lleven a secuelas irreversibles o que sin llegar a anular, sí mitiguen la eficacia de la intervención esperada".

⁴⁹ El caso más frecuente es el de las infecciones intrahospitalarias, esto es, enfermedades contraídas por infecciones durante la estancia en el hospital (véase por ejemplo al respecto la STS de 11 de mayo de 1999 -Contencioso-administrativo, Ar. 4917-, a propósito de la administración de una inyección que produjo al paciente una entrada de gérmenes nocivos desencadenantes de una gangrena fulminante), así como los contagios del SIDA y del virus de la Hepatitis C con ocasión de transfusiones de sangre realizadas en centros sanitarios públicos. Para el estudio específico de esta última cuestión véase J. L. MUGA MUÑOZ, La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el contagio del SIDA, RAP 136, 1995 y O. MIR PUIGPELAT, La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad, Civitas, Madrid, 2000, pp. 285-303.

Pero la casuística jurisprudencial ofrece también un amplio abanico de supuestos distintos de los aludidos entre los que cabe mencionar los siguientes:

- *Defecto de información al paciente sobre los medicamentos contraindicados con una vacuna anatirrábica que se le había administrado y como consecuencia de lo cual se produce una lesión con secuelas de invalidez. STS de 22 de noviembre de 1991 (Contencioso-administrativo). Ar. 8844.*

- *Tornillo que se desprende de un aparato utilizado en una intervención quirúrgica y que queda alojado en el cuerpo de la paciente. STS de 26 de septiembre de 1997 (Civil). Ar. 6458.*

jurisprudencia está de hecho contribuyendo a fijar el alcance y los requisitos mínimos de la asistencia sanitaria pública⁵⁰.

La jurisprudencia juega por tanto en la práctica, a través de las dos vías aludidas, un papel complementario en la fijación del contenido de las prestaciones sanitarias públicas que se manifiesta en el establecimiento de pautas mínimas en cuanto al tiempo, a la calidad y a la diligencia exigibles en la prestación de la asistencia sanitaria pública. Pautas mínimas cuya inobservancia puede dar lugar a una obligación de financiar *a posteriori* los gastos pagados por servicios médicos recabados privadamente o de compensar económicamente los daños causados como consecuencia de las insuficiencias o deficiencias del sistema público asistencial⁵¹.

2. La configuración del acceso a las prestaciones como derecho subjetivo.

La posición jurídica del ciudadano en relación con el acceso a las prestaciones sanitarias reconocidas está sólidamente construida y queda configurada con todas las

características del derecho subjetivo plenamente accionable en vía administrativa y jurisdiccional.

Esta solidez de la posición jurídica del ciudadano en la obtención de las prestaciones sanitarias estaba ya consagrada en nuestro Derecho positivo en la normativa reguladora de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social de los años 60 y 70⁵², que era por ello justamente considerado por la doctrina como un modelo avanzado o perfeccionado en la protección de los ciudadanos en su acceso a las prestaciones ofrecidas por los servicios públicos⁵³. Pero no cabe duda de que en la actualidad esa solidez de la posición jurídica del ciudadano se ha visto todavía más reforzada en virtud de la evolución experimentada por nuestro ordenamiento jurídico en las últimas décadas.

Resulta obvio así en primer lugar el explícito respaldo que recibió la posición jurídica del ciudadano en este ámbito con la consagración constitucional del derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE) —como una de las derivaciones más señaladas de la concepción de nuestro Estado como *social* que propugna la *igualdad* como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico (art.1.1 CE)⁵⁴—, así como con la regulación general de nuestro sistema sanitario contenida en la LGS de 1986,

- Extravío de la historia clínica correspondiente a un paciente ingresado en un hospital en la que consta que padecía el SIDA. Ello dio lugar a su utilización por terceras personas que intentaron chantajear al paciente remitiendo comunicaciones anónimas al propio paciente y al Director del establecimiento docente en el que cursaban estudios sus hijos. STS de 27 de enero de 1997 (Civil). Ar. 21.

⁵⁰ Dejo ahora fuera algún pronunciamiento en el que parece apuntarse que la indemnización por daños es una más de las prestaciones que se reconocen a favor de los ciudadanos con derecho a la asistencia sanitaria pública. Así, en la STSJ de Baleares de 25 de junio de 1999 (ADS, 57, 2000, pp. 40-43, Fundamento 7º) se afirma que la responsabilidad por daños “forma parte del contenido del servicio garantizado” (“La responsabilidad médica y hospitalaria pública debe alcanzar una cobertura prácticamente integral por las lesiones que se le pueden causar al ciudadano con ocasión de la asistencia médica que reclama ya que tal cobertura de riesgos ha de entenderse que forma parte del contenido del servicio garantizado”). Enfoque que a mi juicio no es acertado en la medida en que puede conducir a difuminar equívocamente las esenciales diferencias que hay entre prestaciones sanitarias y responsabilidad por daños desde el punto de vista de su fundamentación legal y de su finalidad.

⁵¹ La jurisprudencia viene a ejercer así, a través de las dos vías apuntadas y mediante la labor propiamente interpretativa de la lista positiva de prestaciones que contiene la normativa en vigor, un papel relevante en la interpretación y aplicación del catálogo de prestaciones. Una interpretación y aplicación que debe hacerse obviamente en el marco del derecho constitucional a la protección de la salud (que en el decir del art. 53.3 CE “informará ... la práctica judicial”).

⁵² Artículos 98 a 108 de la Ley de Seguridad Social de 1966 (texto articulado aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril), desarrollados por el ya citado Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos de la Seguridad Social. Los arts. 98 a 108 de la Ley de Seguridad Social de 1966 fueron incorporados a los arts. de la misma numeración de la LGSS-1974.

⁵³ Véase en este sentido las sucesivas ediciones del Curso de Derecho Administrativo, II, de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, quienes ya en la 1ª edición de dicha obra (Civitas, Madrid, 1977, p. 71) destacaban cómo “la reglamentación del servicio es en este caso especialmente detallada, configurando sus normas auténticos derechos de contenido bien delimitado, cuya determinación remite a una simple aplicación de los preceptos que con carácter general establecen el nivel de cada prestación, con total exclusión en muchas de ellas, de todo margen de discrecionalidad”. En términos similares, p. 76 de la 5ª ed., Civitas, Madrid, 1998.

⁵⁴ Aunque el derecho a la protección de la salud no se integra -dada su ubicación sistemática (en el Capítulo III del Título I)- entre los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, debe tenerse en cuenta el mandato general incorporado al art. 53.3, según el cual los preceptos incluidos en dicho Capítulo III “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”.

Ley que incorporó no pocos elementos de reforzamiento de esa posición⁵⁵.

Y debe repararse también en el dato de que la ya citada normativa reglamentaria sobre catálogo de prestaciones aprobada en los años 90 vino a perfilar el contenido concreto de algunas prestaciones que hasta entonces estaban formuladas tan sólo en términos genéricos, aportando con ello unos mayores niveles de concreción en la determinación del *quantum* prestacional⁵⁶.

Pero junto a ello, no puede pasarse por alto el reforzamiento que para determinados colectivos de personas deriva en este punto de una serie de disposiciones legales que contemplan de modo específico el derecho a la asistencia sanitaria de las personas que se encuentran en alguno de esos colectivos: es el caso de los internos en centros penitenciarios⁵⁷, los minusválidos⁵⁸, los menores⁵⁹ o los extranjeros⁶⁰.

A lo cual debe añadirse el hecho de que el vigente Código Penal de 1995 (LO 10/1995, de 23 de noviembre)

⁵⁵ Piénsese, entre otros aspectos que cabría citar, en la configuración de la asistencia sanitaria como un derecho del que son titulares “todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional” (art. 1.2 LGS), los cuales están legitimados para ejercerlo “tanto en la vía administrativa como judicial” (art. 1.4), el énfasis en la igualdad y no discriminación en el acceso a los servicios sanitarios (arts. 3.2, 3.3, 10.1, 12 y 16), la afirmación del carácter integral de la asistencia sanitaria pública (art. 46.b y e) o algunos de los preceptos que se incluyen en la relación de derechos de los usuarios respecto a las Administraciones sanitarias que contiene el art. 10 de la Ley (véanse en particular los apartados 12 y 14 de dicho artículo).

⁵⁶ Es el caso de la asistencia sanitaria hospitalaria, que en la normativa sobre asistencia sanitaria de la Seguridad Social (art. 104.4 LGSS-1974 y art. 19 del Decreto 2766/1967) quedaba configurada en unos términos muy genéricos y que recibe unos niveles mayores de concreción en el ROPS (apartado 3 del Anexo I), o también de las prestaciones ortoprotésicas (cuyo contenido preciso fue fijado mediante la Orden de 18 de enero de 1996).

⁵⁷ Vid. arts. 36 a 40 de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, objeto de desarrollo por el RD 190/1996, de 9 de febrero, que aprueba el Reglamento Penitenciario.

⁵⁸ Arts. 12 y 13 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, objeto de desarrollo mediante los arts. 4 a 9 del RD 383/1984, de 1 de febrero.

⁵⁹ Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (art. 24) y LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (art. 10.3).

⁶⁰ Art. 12 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

haya introducido una figura delictiva específica de denegación de asistencia sanitaria y abandono de los servicios sanitarios que se incluye en el Título IX (“De la omisión del deber de socorro”) de su Libro II: es concretamente el art. 196 el que formula este delito al castigar al profesional que “estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas”⁶¹.

El precepto citado viene a dar una relevancia penal a determinados incumplimientos de las obligaciones que recaen sobre el personal que desarrolla su actividad en los establecimientos sanitarios, proyectándose obviamente de manera especialmente intensa sobre el personal responsabilizado de los servicios de urgencia de hospitales y centros de salud. A través de este reproche incluido en el Código Penal – que no existe en relación con otras prestaciones o servicios públicos por relevantes que se quede reforzada la posición de la persona necesitada de asistencia sanitaria inmediata, incluso en el supuesto de que se trate de usuarios sin derecho a la asistencia por los Servicios públicos de salud⁶².

Todos estos datos, a los que todavía habría que añadir otros como el criterio de *accesibilidad máxima* que presiden las reglas de funcionamiento de los servicios sanitarios públicos y que tiene muy numerosas manifestaciones (funcionamiento permanente de determinados servicios para la atención sanitaria urgente, facilitación de la información al público sobre servicios y prestaciones, reducción al mínimo de las formalidades administrativas, facilitación del transporte sanitario en situaciones de urgencia mediante ambulancias e incluso mediante helicópteros, etc.) contribuyen a dotar de unos perfiles particularmente enérgicos al derecho de los ciudadanos a la obtención de las prestaciones sanitarias públicas. Un derecho éste cuya tutela judicial corresponde ordinaria-

⁶¹ Como aportaciones doctrinales monográficas sobre este delito, véase P. FARALDO CABANA, El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios, “Revista del Poder Judicial” 55 (1999) y R. HERMOSILLA MARTÍN, El delito de omisión de socorro sanitario: su enjuiciamiento a través de la institución del jurado, en el vol col. La responsabilidad civil y penal del médico, Colegio Oficial de Médicos de Madrid, 1999.

⁶² Téngase en cuenta que, de acuerdo con lo establecido por el art. 16 LGS, tales usuarios tienen derecho a ser atendidos por los Servicios de salud en condiciones de igualdad respecto a los usuarios con derecho a la asistencia sanitaria, sin perjuicio de que se les deba facturar la asistencia recibida con arreglo a los costes efectivos de la misma.

mente a la Juzgados y Tribunales de la Jurisdicción Social⁶³.

3. Los sujetos con derecho a la asistencia sanitaria pública.

Por lo que se refiere al ámbito subjetivo de cobertura de las prestaciones sanitarias públicas, las reglas vigentes en la actualidad son el resultado del proceso de extensión progresiva de dicha cobertura que se ha vivido en nuestro país en las últimas décadas, mediante sucesivas ampliaciones del colectivo de personas que tienen reconocido el derecho a beneficiarse de la asistencia sanitaria pública. Un proceso inspirado claramente en un propósito universalizador que la Constitución y la Ley

⁶³ Vid. art. 2.b del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (RD Legislativo 2/1995, de 7 de abril) y art. 3.a LJ. La competencia es en cambio de la Jurisdicción Contencioso-administrativa cuando se trata de la tutela judicial del derecho a la asistencia sanitaria de los beneficiarios de los regímenes especiales de Seguridad Social de los funcionarios (así, la asistencia sanitaria prestada a los beneficiarios de MUFACE, de acuerdo con lo establecido en la Ley 29/1975, de 27 de junio, de Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado, y en el RD 843/1976, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo).

Con todo, debe observarse que el accionamiento en vía judicial resultará en la práctica un mecanismo escasamente operativo en no pocos supuestos —piénsese en la atención sanitaria de carácter urgente o en la actuación mediante transplante de órganos, necesariamente subordinada a la disponibilidad de órganos de las características requeridas en cada caso y a lo que resulte de unas listas de espera de compleja gestión—. Y ello por más que se perfeccionen las fórmulas de control judicial frente a la inactividad administrativa (como ha hecho la LJ de 1998).

Más operativo resulta en cambio en la práctica la utilización de la vía del denominado “reintegro de gastos”, que comporta la posibilidad de procurarse la asistencia sanitaria al margen del sistema asistencial público, con un posterior derecho a reclamar el reembolso de los gastos pagados a la Administración responsable de prestar la asistencia. Pero debe tenerse en cuenta que esta fórmula tiene en nuestro Derecho positivo un carácter excepcional y está formulada, como hemos tenido ocasión de indicar, en unos términos muy restrictivos, razón por la cual cubre tan sólo un abanico muy reducido de situaciones.

Cabe también por supuesto a posteriori el ejercicio de acciones de responsabilidad en supuestos de inasistencia o asistencia deficiente en los que se hayan irrogado daños a los pacientes afectados (responsabilidad patrimonial o, incluso, responsabilidad penal), pero es obvio que tales acciones en modo alguno pueden lograr el restablecimiento del derecho a la asistencia sanitaria debida, sino tan sólo pueden dar lugar a unas compensaciones económicas por los daños causados a unos bienes de la persona (salud, integridad física y vida) que no son en realidad susceptibles de equivalente económico y, por tanto, no pueden ser objeto de reparación íntegra.

General de Sanidad vinieron a respaldar, pero que no ha llegado a culminar todavía hoy en una universalización plena y sin fisuras del derecho a la asistencia sanitaria.

En efecto, en virtud de un a serie de ampliaciones producidas sobre todo a lo largo de los años 80 vino a romperse el principio contributivo en el que descansaban las prestaciones de asistencia sanitaria de la Seguridad Social; principio en base al cual la cobertura de dichas prestaciones alcanzaba a una parte mayoritaria de la población —trabajadores activos y pensionistas así como los familiares o asimilados a cargo de unos y otros⁶⁴—, pero en modo alguno a toda ella.

Esta ruptura del principio contributivo se manifestó a través de diversas disposiciones que de forma asistémica y dispersa fueron reconociendo el derecho a la asistencia sanitaria a diversos colectivos de personas sin exigir los tradicionales requisitos de afiliación y cotización a la Seguridad Social. Así se hizo en efecto con las viudas y familiares de fallecidos como consecuencia de la Guerra Civil (Ley 5/1979, de 21 de junio, y Orden Ministerial de 27 de enero de 1981), los trabajadores emigrantes retornados a España (Orden Ministerial de 18 de febrero de 1981), los minusválidos con independencia de que desarrollen o no una actividad laboral (Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos)⁶⁵, los desempleados, aunque no perciban prestaciones periódicas por desempleo (Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección del desempleo), los pensionistas de clases pasivas (art. 54 de la Ley 37/1988, de 29 de diciembre), las personas que carecen de un nivel mínimo de recursos económicos (arts. 79.1.b y 80 LGS y RD 1088/1989, de 8 de septiembre), o también los perceptores de prestaciones no contributivas (Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas)⁶⁶.

⁶⁴ Vid. art. 100.1 LGSS-1974 y art. 2 del Decreto 2766/1967, de 18 de noviembre.

⁶⁵ Vid. arts. 12.2 y 13 de la mencionada Ley y arts. 4 a 9 del RD 383/1984, de 1 de febrero, por el que se regula el sistema de prestaciones a los minusválidos. En particular, cabe subrayar el principio de gratuidad total que se establece en el suministro de especialidades farmacéuticas a los beneficiarios incluidos en el ámbito de aplicación de estas normas, así como la amplitud que tienen las prestaciones de “rehabilitación médico-funcional” contempladas en los arts. 7 y 9 del RD 383/1984). Sobre los requisitos subjetivos para acceder a las prestaciones sanitarias que se reconocen a los minusválidos véase el art. 7 de la Ley 13/1982 y los arts. 5 y 8 del RD 383/1984.

⁶⁶ Mayores indicaciones al respecto pueden encontrarse en M. ALARCON CARACUEL, Compendio de Seguridad Social, cit. pp. 191-193, M. ALONSO OLEA, Las prestaciones sanitarias de

Junto a ello hay que tener en cuenta las disposiciones que vinieron a flexibilizar los requisitos exigidos para ser beneficiario de la asistencia sanitaria en concepto de familiar o asimilado a cargo de las personas titulares de dicho derecho⁶⁷, así como las previsiones legales que más recientemente han incidido específicamente sobre el derecho a la asistencia sanitaria de los menores de edad (art. 24 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y art. 10.3 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor) y de los extranjeros en España (art. 12 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁶⁸).

El resultado al que ha conducido este proceso histórico es una situación en la que el tratamiento de esta cuestión en el Derecho positivo vigente hoy en España resulta muy insatisfactorio.

Por un lado, resulta obvio que las reglas vigentes carecen de coherencia interna y adolecen de unas dosis de asistematicidad y complejidad realmente extremas. Pero por otra parte, no consiguen alcanzar todavía el pretendido objetivo de la universalización, pues sigue subsistiendo un colectivo de personas que carecen del derecho a beneficiarse de las prestaciones sanitarias públicas: concretamente aquellas personas que no están incluidas en ninguno de los colectivos a los que se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria pública y disponen de recursos económicos suficientes según el modesto baremo fijado al efecto por el RD 1088/1989, esto es, superan el nivel económico determinado por el Salario Mínimo Interprofesional⁶⁹.

la Seguridad Social, *cit. pp. 40-45 y, del mismo autor*, Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, *cit.*, pp. 52-58. También, M. REBOLLO PUIG, Sanidad, en el vol. col. dirigido por S. MUÑOZ MACHADO y otros, Las estructuras del bienestar. Derecho, Economía y Sociedad en España, Civitas, Madrid, 1997, pp. 252-257.

⁶⁷ Por ejemplo, la Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1984 reconoció el derecho a la asistencia sanitaria a las personas que, sin ser cónyuges, convivan maritalmente con el titular del derecho. Véanse también los RRDD 1377/1984, de 4 de julio, y 1682/1987, de 30 de diciembre, en relación con los descendientes y hermanos a cargo del titular del derecho.

⁶⁸ Sobre el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España, véase lo que se indica más adelante (epígrafe IV.3).

⁶⁹ Estas personas tienen reconocida la posibilidad de acceder a los Servicios públicos de salud, pero como "pacientes privados" que deberán abonar el coste efectivo de la asistencia recibida (art. 16 LGS y art. 3.2 ROPS).

Al margen de ello, debe tenerse en cuenta que se ha mantenido la vigencia de una normativa específica para los beneficiarios de los regímenes especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos, cuyas normas perfilan una asistencia sanitaria con un contenido asimilado al propio del régimen general de la Seguridad Social pero con importantes aspectos diferenciales en cuanto al modo de provisión de dicha asistencia sanitaria⁷⁰.

4. Las opciones fundamentales en las que descansa la organización del sistema público de asistencia sanitaria.

Para finalizar este repaso a los datos más significativos que incorpora nuestro Derecho positivo en la configuración de las prestaciones sanitarias públicas, parece oportuno subrayar las opciones más relevantes que vertebran nuestro sistema público de asistencia sanitaria desde el punto de vista organizativo, sin pretender en modo alguno entrar en los pormenores establecidos en una copiosísima normativa estatal y autonómica que no nos interesa ahora recorrer en su detalle.

A) *Competencias autonómicas*. Formalmente configurado como sistema único -el denominado "Sistema Nacional de Salud", que pretende funcionar como un sistema "coherente, armónico y solidario"⁷¹-, nuestro sistema público de asistencia sanitaria se estructura descentralizadamente, con un amplísimo protagonismo en su gestión por parte de las Comunidades Autónomas.

Son por tanto las Comunidades Autónomas las que asumen la titularidad de los Servicios públicos de salud y las que asumen la prestación de la asistencia sanitaria reconocida a los ciudadanos en el marco de una amplia autonomía organizativa y sin perjuicio del respeto a las

⁷⁰ Vid. por ejemplo, en cuanto a los funcionarios civiles del Estado, lo dispuesto en la citada Ley 29/1975, de 27 de junio (arts. 16 a 19), y en el también citado RD 843/1976, de 18 de marzo (arts. 75 a 93).

De acuerdo con lo previsto en el art. 19.1 de la Ley 29/1975, MUFACE queda habilitada para facilitar la asistencia sanitaria "bien directamente o por concierto con otras Entidades o establecimientos públicos o privados", señalándose que dichos conciertos se establecerán preferentemente con las instituciones de la Seguridad Social.

Sobre esta base legal, MUFACE viene concertando la asistencia sanitaria con diversas entidades privadas de aseguramiento sanitario, y también con la red asistencial pública. Dentro de este contexto, corresponde a los funcionarios incluidos en el campo de aplicación de la Ley 29/1975 la posibilidad de elegir una de las entidades con las que MUFACE tiene concertada la asistencia sanitaria.

⁷¹ Art. 43.2.b LGS.

pautas y criterios generales establecidas por el Estado en el ejercicio de las competencias reservadas al mismo por la LGS (normativa básica, coordinación general sanitaria, alta inspección, etc.)⁷².

Con todo hay que advertir que el principio de descentralización no juega todavía hoy en esta materia de forma homogénea en relación con todas las Comunidades Autónomas, sino que hay que distinguir dos grupos claramente diferenciados. Por un lado, aquellas Comunidades que han recibido ya la transferencia de la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social (Cataluña, Andalucía, País Vasco, Comunidad Valenciana, Galicia, Navarra y Canarias), las cuales gestionan de modo completo la asistencia sanitaria en su respectivo ámbito territorial de modo que en ellas el ciudadano es atendido únicamente por el correspondiente Servicio de Salud autonómico. Y por otro lado, el resto de las Comunidades Autónomas, en las que no se ha producido todavía la transferencia aludida. En estas últimas el Estado sigue teniendo como es sabido una presencia muy importante en la gestión de la asistencia sanitaria, a través de la red asistencial del INSALUD, sin perjuicio de que en ellas exista también un Servicio autonómico de Salud que gestiona determinados servicios y establecimientos en coordinación con el INSALUD estatal.

B) *Niveles asistenciales y demarcaciones territoriales*. La provisión de la asistencia sanitaria se vertebraba actualmente en nuestro sistema sanitario público sobre la base de un esquema organizativo dual: atención primaria y atención especializada, en la que se incluye la asistencia hospitalaria.

El nivel de la *atención primaria*, que ha venido a potenciarse en virtud de una reforma que se inició en 1984 (RD 137/1984, de 11 de enero, sobre estructuras básicas de salud) y que la LGS vino a respaldar plenamente⁷³, se presta a través de los *Centros de Salud* (o denominación equivalente establecida por las Comunidades Autónomas) a la población residente en su zona de

⁷² Sobre el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con la materia, véanse los preceptos incluidos en los Títulos II ("De las competencias de las Administraciones públicas") y III ("De la estructura del Sistema sanitario público") de la LGS.

⁷³ La reforma aludida -implantada de forma paulatina y en la actualidad ya casi concluida- ha pretendido potenciar el nivel de la atención primaria, que había tenido tradicionalmente una ostensible insuficiencia en nuestro sistema sanitario y que se considera el nivel adecuado para una atención integral de los problemas de salud incluyendo las acciones la prevención sanitaria y de promoción de la salud.

influencia (las denominadas *Zonas básicas de Salud*, que constituyen el marco territorial de referencia de los Centros de Salud). La *atención especializada*, engloba tanto la asistencia hospitalaria como la asistencia especializada de carácter ambulatorio y se presta a través de los *hospitales* y de los *centros de especialidades* dependientes de los mismos.

Desde el punto de vista territorial la demarcación fundamental son las denominadas *Áreas de Salud* (con terminología también divergente en algunas Comunidades Autónomas), que constituyen el marco territorial de referencia para la organización de los servicios de asistencia sanitaria. Cada Área de Salud debe contar al menos con un Hospital general y su concreta delimitación corresponde a las Comunidades Autónomas de acuerdo con los criterios generales que establece la LGS (como regla general, extienden su acción a una población comprendida entre los 200.000 mil y los 250.000 habitantes - art. 56.5 LGS-). A los efectos de organización de la atención primaria, las Áreas se subdividen en unas demarcaciones más reducidas: las ya aludidas *Zonas básicas de Salud*, que constituyen el marco territorial en el que operan los distintos Centros de Salud.

C) *Formas de gestión*. La prestación de la asistencia sanitaria ha venido funcionando en nuestro país sobre la base del principio de gestión pública directa, esto es, se ha llevado a cabo de forma predominante mediante una red de establecimientos de titularidad pública y personal propio de los servicios públicos de salud. Y ello sin perjuicio de que, con carácter complementario, se utilizara la fórmula del concierto con entidades públicas o privadas para atender servicios o prestaciones concretas.

Este principio de gestión pública directa inspiró en efecto la prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a partir de los años 50 (entonces, el denominado "Seguro Obligatorio de Enfermedad" gestionado por el Instituto Nacional de Previsión) y fue asumido de forma implícita por la Ley General de Sanidad de 1986, cuyo articulado viene a dar por bueno el protagonismo de la red asistencial pública y sitúa a las formas de gestión de los servicios con "medios ajenos" en un plano claramente subsidiario⁷⁴.

⁷⁴ Véase en particular lo establecido en el art. 90 LGS. Una exposición general sobre el tema puede encontrarse en mi trabajo, Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios (Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio), en el vol. col. Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio 1996, pp. 293 y ss, 295-305.

Hay que notar sin embargo que el estado de cosas que refleja la LGS ha quedado matizado y en buena medida desbordado por la evolución experimentada por nuestra Sanidad pública a lo largo del último decenio. En concreto deben subrayarse al respecto los nuevos planteamientos en materia de formas de gestión de los servicios sanitarios que se han ido abriendo paso, primero en el ámbito de algunas Comunidades Autónomas (en particular, Cataluña, Andalucía y Galicia), y posteriormente también en el ámbito territorial de gestión del INSALUD estatal (Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, y Ley 15/1997, de 25 de abril) y que se proyectan sobre los dos planos siguientes:

a) La clara tendencia hacia una amplia autonomía de gestión de los establecimientos sanitarios públicos, y en particular de los hospitales, lo que se materializa en la atribución de personalidad jurídica a los mismos dentro de un amplio abanico de fórmulas entre las que se incluyen tanto formas de Derecho público (consorcios, fundaciones públicas, entidades de Derecho público sujetas al Derecho privado, etc) como de Derecho privado (Sociedades Anónimas, Fundaciones constituidas al amparo de la legislación general de fundaciones, etc.).

b) Una no menos clara tendencia a la potenciación y diversificación de las formas de prestación de la asistencia sanitaria con "medios ajenos" a los que son propios de la red asistencial pública, y en particular mediante fórmulas contractuales con entidades privadas. Dentro de este ámbito, cabe destacar tanto la potenciación y desarrollo de las fórmulas contempladas en la Ley General de Sanidad (concierto y convenio) como la introducción experimental de algunas fórmulas novedosas en el ámbito de determinadas Comunidades Autónomas⁷⁵.

Sin entrar ahora en los detalles de estas novedades en materia de formas de gestión de los servicios sanitarios, lo que interesa subrayar desde la perspectiva en la que aquí nos situamos es como consecuencia de la creciente apertura del abanico de fórmulas en uso el ciuda-

⁷⁵ Cabe mencionar al respecto dos experiencias novedosas: a) la fórmula utilizada en Cataluña consistente en contratar con entidades de base asociativa formadas por el propio personal de la Sanidad pública que deja de formar parte de la misma; y b) el contrato administrativo celebrado con una entidad privada en la Comunidad Valenciana en virtud del cual dicha entidad construye un hospital general (el hospital de Alcira) y lo gestiona durante el plazo convenido responsabilizándose de la asistencia sanitaria especializada en la correspondiente Área de Salud. Algunas indicaciones sobre estas dos fórmulas pueden encontrarse en mi trabajo *La gestión de obras y servicios públicos. Nuevas entidades instrumentales y nuevas formas de contratación*, RArAP, 17, 2000, pp. 363 y ss., 394-398.

dano va a relacionarse cada vez más con establecimientos que responden a una diversidad de estatus desde el punto de vista de su régimen jurídico, en función de las opciones adoptadas por la Administración competente en cada caso concreto: hay así centros que mantienen el estatus tradicional, como establecimientos sanitarios no personificados integrados en la red asistencial del correspondiente Servicio de Salud, pero hay también centros sanitarios que, siendo de titularidad pública, tienen reconocida la personalidad jurídica en el marco de las diferentes modalidades que hoy se contemplan al respecto y a las que hemos aludido, bien en el ámbito del Derecho público o del Derecho privado, y hay finalmente centros privados que prestan servicios de asistencia sanitaria por cuenta del sistema público en el marco del correspondiente instrumento de colaboración suscrito con la Administración competente (concierto, convenio o concierto sustitutivo, concesión administrativa, etc.)⁷⁶.

IV. SOBRE LOS RETOS PENDIENTES Y LAS CUESTIONES ABIERTAS QUE SE PLANTEAN EN EL MOMENTO PRESENTE.

1. Preliminar.

Son sin duda numerosas las cuestiones que se plantean actualmente en torno a las prestaciones sanitarias públicas con un carácter abierto y controvertido y que afloran como tales en los documentos oficiales -informes del Defensor del Pueblo y de las instituciones autonómicas análogas, Memorias elaboradas por las Administraciones gestoras de la asistencia sanitaria, etc.- y en los propios medios de comunicación, como difícilmente podía dejar de suceder en un ámbito tan relevante y tan dinámico como el sanitario.

En cualquier intento de ofrecer un "inventario" de cuestiones abiertas y retos pendientes en el momento

⁷⁶ Esta situación abre una problemática en gran medida nueva, habida cuenta de que hace preciso diseñar los instrumentos que permiten preservar la igualdad de los ciudadanos y la defensa de sus derechos cualquiera que sea la forma de gestión que se utilice para facilitarle la asistencia sanitaria pública: no sólo el mismo contenido de las prestaciones reconocidas, sino también iguales garantías en cuanto a la calidad de la asistencia que se presta, los mismos derechos que se le reconocen como usuarios respecto a las Administraciones sanitarias, un régimen de responsabilidad por daños cuyo umbral de protección no dependa del estatus jurídico del centro que le atiende, etc.

presente no podría faltar la consideración de los siguientes:

Con una proyección general:

- La tensión entre las tendencias expansivas que inciden sobre el catálogo de prestaciones –con las correspondientes presiones para el reconocimiento de nuevas prestaciones y la ampliación de las ya reconocidas- y el mantenimiento de la suficiencia financiera del sistema.

- Los desajustes entre la demanda asistencial existente en determinadas prestaciones y los medios disponibles para atenderla, que se traducen en elevados períodos de espera para el acceso efectivo a tales prestaciones.

- Los problemas vinculados a la extensión subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria resultantes de la no universalización del derecho y del carácter fragmentario y disperso de la normativa que lo regula. Quedan pendientes asimismo algunos otros “flecós” en la transición hacia un modelo de Servicio de salud universalizado e integrado como son la subsistencia de regímenes públicos específicos de cobertura de la asistencia sanitaria en relación con los empleados públicos⁷⁷ o la pervivencia de ámbitos asistenciales que no han encontrado su encaje todavía en la red sanitaria pública (Sanidad penitenciaria, Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo, “empresas colaboradoras” en la gestión de la asistencia sanitaria⁷⁸, etc.).

- Los problemas relacionados con la igualdad en el acceso a los servicios sanitarios desde una perspectiva territorial, esto es, con independencia del lugar de resi-

⁷⁷ Se encuentran incluidos en estos regímenes especiales los beneficiarios de las Mutualidades funcionariales (MUFACE – Mutualidad de funcionarios civiles del Estado- y MUGEJU – Mutualidad General Judicial-) así como del Instituto Social de las Fuerzas Armadas (personal militar y sus familiares).

Sobre las especialidades de estas modalidades de asistencia sanitaria y las razones que explican su mantenimiento, véanse las consideraciones de J. REY (coordinador), *El futuro de la Sanidad española. Un proyecto de reforma*, Exlibris Ediciones, Madrid, 1999, pp. 18-26.

⁷⁸ Se mantiene en la actualidad la situación surgida al amparo del art. 77 LGSS-1994 (anteriormente, art. 208 LGSS-1974) de que hay empresas (incluyendo algunas Administraciones públicas) que gestionan directamente la prestación de asistencia sanitaria a sus trabajadores. El Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados presentó en 1999 una iniciativa legislativa para suprimir esta posibilidad, por considerar que resultaba anacrónica en el actual marco institucional del Sistema Nacional de Salud (Proposición de Ley sobre “integración de la asistencia sanitaria gestionada por las empresas colaboradoras en el Sistema Nacional de Salud”; BOCG, VI Legislatura, B, 295, 12 de abril de 1999), pero dicha iniciativa no prosperó.

dencia: las fórmulas de equilibrio territorial que corrijan las diferencias que propicia una gestión descentralizada de la asistencia sanitaria por las COMUNIDADES AUTÓNOMAS, la problemática de la asistencia sanitaria en el medio rural con población dispersa –ubicación de centros de salud y farmacias, transporte sanitario, urgencias-, etc.

- Las no excepcionales deficiencias en la calidad de la asistencia sanitaria prestada (errores y negligencias médicas, disfunciones organizativas en aspectos administrativos y asistenciales, etc) que se ponen de manifiesto a través de las quejas y reclamaciones que presentan los usuarios ante las instancias competentes⁷⁹.

-La problemática planteada por la creciente diversidad de las formas de gestión directa e indirecta de los servicios sanitarios, desde el punto de vista del estatus y las garantías de los usuarios⁸⁰.

Con una proyección más específica:

- El reto de una atención suficiente a personas con enfermedades crónicas o degenerativas y con problemas de autovalimiento: la denominada “atención sociosanitaria”⁸¹.

⁷⁹ Me refiero tanto a las propias Administraciones responsables de la gestión de la asistencia sanitaria, como a los Defensores cívicos –Defensor del Pueblo y figuras autonómicas análogas, que vienen desempeñando una importante labor de intermediación y diálogo interinstitucional en éste como en otros ámbitos-, así como también a los Tribunales de Justicia, que son llamados frecuentemente a pronunciarse sobre cuestiones vinculadas con la prestación de la asistencia sanitaria.

⁸⁰ El tema lo hemos apuntado ya supra (epígrafe III.4.C). Por lo que se refiere a las formas de gestión directa, véase lo dispuesto al respecto por el RD 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD, en cuya redacción se tuvo en cuenta muy especialmente esta problemática (vid. al respecto lo dispuesto en sus arts. 7 a 9, 13 y 32 a 35, que contemplan distintos aspectos vinculados a la garantía de los derechos de los usuarios y al aseguramiento de la calidad en las prestaciones reconocidas – aplicables con carácter general a las diversas formas de gestión que se regulan).

⁸¹ El tema fue objeto de atención preferente en el Acuerdo parlamentario de 1997 (Consolidación y modernización del Sistema Nacional de Salud, Acuerdo parlamentario de 18 de diciembre de 1997, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1998), cuyo apartado I. 3 está dedicado a “instrumentar alternativas para la asistencia sociosanitaria”. Sobre la atención sociosanitaria a las personas mayores el Defensor del Pueblo elaboró un informe especial en 1999 asumiendo los estudios realizados al efecto por la Sociedad española de Geriatria y Gerontología y por la Asociación multidisciplinaria de Gerontología (Informe del Defensor del Pueblo sobre la atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos, Defensor del Pueblo, Madrid, 1999).

- Las insuficiencias de los medios disponibles actualmente en el ámbito de la asistencia psiquiátrica, en particular para una atención adecuada a enfermos mentales crónicos y agudos⁸².

- Las dificultades para contener la imparable expansión del gasto público farmacéutico, que ha motivado la adopción en los últimos años de diversas medidas o políticas de ahorro en un ámbito que viene absorbiendo una parte creciente del presupuesto público sanitario: exclusión de determinados fármacos de la financiación pública, reducción de los márgenes comerciales de las farmacias, utilización de medicamentos genéricos, etc.⁸³.

⁸² *En el caso concreto de la Comunidad aragonesa, el Justicia de Aragón ha venido subrayando en sus Informes el problema que supone la escasez de plazas para enfermos que requieren hospitalizaciones de larga estancia (lo que se traduce en listas de espera que demoran los ingresos durante años) y la inexistencia de centros para enfermos mentales que requieren un régimen cerrado o custodial.*

En efecto, la lectura de las consideraciones que esta institución dedicó al tema en sus Informes correspondientes a 1997 1998 y 1999 (Informe Anual 1997, pp. 280-283, Informe Anual 1998, pp. 397-398, e Informe Anual 1999, p. 539), pone de relieve cómo esta cuestión ha venido estando situada en un terreno de nadie, pues el Servicio Aragonés de Salud (dependiente de la Diputación General de Aragón) remitía a estos enfermos al INSALUD, y éste —que carece de establecimientos para el internamiento de enfermos mentales de media y larga estancia— afirmaba que dicho internamiento no es una prestación incluida en la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Lo cual ha ocasionado en algunos casos situaciones muy difíciles para las respectivas familias.

En la práctica se ha producido por tanto una situación de conflicto negativo de competencias propiciado por la diferente interpretación del marco competencial que han mantenido las dos Administraciones gestoras de la asistencia sanitaria en Aragón. Según el INSALUD, la competencia sería de la Diputación General de Aragón por haber sido recibido en su momento la transferencia de los establecimientos del Organismo “Administración institucional de la Sanidad Nacional”, en el que se había integrado el antiguo “Patronato Nacional de Asistencia Psiquiátrica”. Pero para la Diputación General de Aragón, la competencia corresponde al INSALUD en tanto no se produzca la transferencia de la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a la Comunidad Autónoma de Aragón. Esta situación de descoordinación institucional era denunciada por el Justicia de Aragón en su Informe correspondiente a 1998 (p. 398) al decir que la misma “se traduce claramente en un abandono a su suerte de los enfermos psiquiátricos crónicos carentes de la atención médica precisa, provocando situaciones de grave crisis familiar y social”.

⁸³ *Parece que las políticas de ahorro adoptadas hasta la fecha no han tenido los frutos deseados, lo que explica que desde el Ministerio de Sanidad se sigan estudiando medidas al efecto (entre las que se baraja la posibilidad de que se restrinja el principio de gratuidad total de los medicamentos suministrados a los pensionistas, principio que pasaría a beneficiar tan sólo a los que están por debajo de un determinado nivel de renta,*

No es posible por supuesto en el marco del presente trabajo abordar todas las cuestiones aludidas, pues muchas de ellas reclaman, dada su envergadura y complejidad, un tratamiento monográfico: es claro así que requerirían ese tratamiento monográfico temas como los vinculados con la asistencia sociosanitaria, con la equidad territorial en la provisión de servicios sanitarios, la asistencia psiquiátrica o el gasto público en prestaciones farmacéuticas.

Limitaremos por ello nuestra atención de forma selectiva a aquellas cuestiones que tienen mayor interés desde la perspectiva propia del presente trabajo por su una proyección general sobre el conjunto de las prestaciones sanitarias y por su relevancia en la configuración de tales prestaciones desde un punto de vista jurídico: la determinación del *quantum* prestacional (Epígrafe 2), la extensión subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria (Epígrafe 3), la dimensión temporal en el acceso a las prestaciones (Epígrafe 4) y los aspectos cualitativos de las prestaciones sanitarias (Epígrafe 5).

2. La determinación del *quantum* prestacional: el carácter abierto y evolutivo del catálogo de prestaciones.

El catálogo de prestaciones sanitarias tiene inevitablemente un carácter dinámico y experimenta una clara tendencia expansiva como consecuencia de las circunstancias más atrás apuntadas —el progreso técnico y científico, y los cambios sociales que producen modificaciones en los patrones de morbilidad— y como consecuencia también de la legítima aspiración humana a disfrutar de unos niveles óptimos de protección sanitaria⁸⁴.

La Sanidad pública viene experimentando en efecto una fuerte presión incrementalista que se manifiesta en particular en diversos planos: la necesidad de hacer frente a la aparición de enfermedades nuevas o a la intensifica-

según las propuestas últimamente sugeridas por la Ministra de Sanidad). Obsérvese al respecto que a pesar de que los usuarios activos abonamos el 40% del precio del medicamento, el peso cuantitativo que en el consumo de medicamentos que tiene la “tercera edad” hace que en conjunto sólo paguemos algo menos del 8% de su coste total, lo que significa que el Estado financia, como valor medio, el 92% de su precio (datos correspondientes a 1998 que figuran en la Memoria del INSALUD. 1998, Madrid, 1999, pp. 90-95).

⁸⁴ *Las aproximaciones a la Sanidad desde una perspectiva económica —Economía de la salud— han puesto de relieve cómo la Sanidad se comporta como un “bien superior”, en el sentido de que el gasto vinculado a la misma crece de manera más que proporcional al incrementarse los niveles de renta.*

ción de otras ya existentes (en su momento, SIDA, ahora otras como la enfermedad de Alzheimer, la anorexia y bulimia, las ludopatías, etc); la aspiración de atender ámbitos asistenciales escasamente cubiertos tradicionalmente por nuestro sistema sanitario público (prestaciones de salud bucodental); las nuevas posibilidades que abre continuamente el progreso técnico y científico, que permite tanto la incorporación de nuevas prestaciones (nuevas posibilidades de trasplantes de órganos y tejidos o de prótesis quirúrgicas, nuevos medicamentos o nuevos productos vinculados a la movilidad y autovalimiento de las personas con limitaciones) como la incorporación de nuevas tecnologías más modernas y eficaces en el ámbito de las prestaciones ya reconocidas (nuevos instrumentos de diagnóstico y de tratamiento, vehículos para inválidos más modernos, etc); o también, la aspiración a mejorar en los aspectos relativos a las condiciones materiales de privacidad y confortabilidad de las estancias en los centros sanitarios (habitaciones individuales en los hospitales, facilidades para los acompañantes de los pacientes, etc).

La agregación de todos estos factores determina una intensa presión incrementalista sobre las prestaciones sanitarias públicas y genera una fuerte tensión entre la dinámica expansiva generada y las obvia limitación de los medios disponibles. Una limitación existente en cualquier caso, pero especialmente visible y operativa en el escenario de actualidad presupuestaria en el que se desenvuelven ⁸⁵ nuestras Administraciones públicas en los últimos años .

Las coordenadas normativas que presiden la dinámica evolutiva de las prestaciones sanitarias son conocidas, pero merece la pena recordarlas aquí brevemente:

a) La Constitución reconoce el derecho a la asistencia sanitaria pública al consagrar el derecho a la protección de la salud (art. 43), pero deja una amplísima libertad al legislador para determinar las concretas prestacio-

⁸⁵ Para una aproximación general al tema de la limitación o "racionamiento" del gasto público en prestaciones sanitarias véase el vol. col. coordinado por Javier GAFO, El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1999; en particular los trabajos de Azucena COUCEIRO VIDAL, El problema ético de la asignación de recursos sanitarios, y del propio Javier GAFO, Los principios de justicia y solidaridad en bioética, pp. 135 y ss. y 153 y ss. respectivamente, trabajos en los que se muestra cómo la reflexión ética puede aportar criterios que fundamenten aproximaciones equilibradas y justas en torno al tema y se exponen experiencias de interés llevadas a cabo en otros países a la hora de establecer prioridades en materia de asistencia sanitaria.

nes que otorga el sistema asistencial público. Puede considerarse que hay una "cláusula de progreso" o adaptación que está implícita en el propio texto constitucional (art. 9.2, art. 53.3 en relación con el 43.1), pero es lo cierto que la Constitución no fija pautas o criterios de orden concreto que vayan más allá del respeto a los postulados de universalidad e igualdad en la configuración de las prestaciones sanitarias, así como el respecto a un nivel asistencial mínimo que puede considerarse constitucionalmente garantizado. Mínimo asistencial al que cabe atribuir también un carácter evolutivo o dinámico – dada la propia naturaleza de la materia sobre la que recae- y cuyo desconocimiento por ⁸⁶ los poderes públicos podría tacharse de inconstitucional .

b) En el plano de la legislación ordinaria general hay que tener en cuenta por supuesto lo establecido en la LGS, pero dicho texto legal no contiene –como ya nos consta- determinaciones de orden concreto sobre el catálogo de las prestaciones sanitarias que se reconocen, ni tampoco criterios o previsiones que contemplen expresamente la dimensión dinámica del catálogo. Pero es obvio en todo caso que hay un impulso hacia la mejora y la adaptación del *quantum* prestacional que deriva de la propia idea de atención integral de la salud que inspira la LGS y de las formulaciones, sin duda amplias y ambiciosas, que ⁸⁷ utiliza para definir los objetivos del sistema sanitario.

c) Más explícito resulta en cambio como cabía esperar lo que se dice al respecto en el Reglamento de ordenación de las prestaciones sanitarias del SNS (RD 63/1995, de 20 de enero), en cuyas disposiciones adicionales 1ª y 2ª se establecen algunas reglas procedimentales y sustantivas para la ampliación del catálogo de prestaciones en las que queda reflejada de modo ⁸⁸ ostensible una concepción dinámica de dicho catálogo .

⁸⁶ Sobre este tema pueden encontrarse algunas indicaciones en mi libro Derecho a la salud y Administración sanitaria, pp. 83-88.

⁸⁷ Véase al respecto el contenido de los arts. 6, 10.14, 18 y 46. Obsérvese por ejemplo el tenor literal del art. 6.4, en virtud del cual las Administraciones sanitarias estarán orientadas "a garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud", o la amplitud de los compromisos que imponen los diversos apartados del art. 18 (apartado 3: "la asistencia sanitaria especializada, que incluye la asistencia domiciliaria, la hospitalización y la rehabilitación"; apartado 4: "la prestación de los productos terapéuticos precisos").

⁸⁸ Adviértase en todo caso que las modificaciones en el contenido de las prestaciones farmacéuticos –en particular las incorporaciones y exclusiones de medicamentos objeto de financia-

Las disposiciones aludidas distinguen entre nuevas prestaciones propiamente dichas (D. Ad. 2ª) y “nuevas técnicas o procedimientos diagnósticos o terapéuticos” en el ámbito de las prestaciones ya reconocidas (D. Ad. 1ª). Las primeras se incorporarán mediante Real Decreto, previo informe del Consejo Interterritorial del SNS y del Consejo de Estado, teniendo en cuenta “su eficacia, eficiencia, seguridad y utilidad terapéuticas, las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales”. En cambio, en relación con la incorporación de nuevas técnicas o procedimientos diagnósticos o terapéuticos no se exige la elaboración y aprobación de una norma reglamentaria, señalándose tan sólo que “deberá ser valorada, en cuanto a su seguridad, eficacia y eficiencia por la Administración sanitaria del Estado”⁸⁹.

Pero más que el marco jurídico-formal nos interesa ahora el plano del funcionamiento real de nuestro sistema prestacional sanitario para descubrir los criterios que de modo efectivo vienen presidiendo la dinámica del catálogo de prestaciones en los últimos años y que cabe esperar sigan operando en un futuro inmediato.

Pues bien, la tónica general que viene imperando al respecto en el escenario político-sanitario de los últimos años es sin duda el carácter restrictivo con el que se abordan las modificaciones ampliatorias del catálogo de prestaciones. Una vez pasado el momento expansivo que supuso la promulgación de la LGS, la evolución de las prestaciones sanitarias en la última década no ha sido en modo alguno propicia a las ampliaciones prestacionales.

En efecto, la entrada en vigor de la LGS comportó en su momento unos efectos ampliatorios de las prestaciones sanitarias puesto que, aunque no contenía, como ya hemos notado, un catálogo de prestaciones, incorporaba no obstante algunas opciones que tenían una indudable proyección sobre la esfera prestacional. Así sucede en particular con la propia concepción de la atención prima-

ción por el SNS-, se rigen por la normativa específica sobre la materia, conforme a lo establecido por la D. Ad. 3ª ROPS.

⁸⁹ Tanto en relación con las prestaciones como en relación con técnicas y procedimientos, deberá tenerse en cuenta también lo dispuesto en el art. 3.2 ROPS, en particular en sus apartados a (exclusión de aquellas actividades o servicios en los que “no exista suficiente evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínicas o que hayan quedado manifestamente superadas por otras disponibles”) y b (“que no esté suficientemente probada su contribución eficaz a la prevención, tratamiento o curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autovalimiento y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento”).

ria que se plasma en la Ley⁹⁰, que tiene un alcance mucho más amplio sin duda respecto del que tradicionalmente habían tenido los servicios de nivel primario en el ámbito de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y que se sitúa en línea con una reforma de la atención primaria impulsada desde un momento anterior a la promulgación de la LGS (RD 137/1984, de 11 de enero, sobre estructuras básicas de salud)⁹¹ e implantada de forma paulatina en los años posteriores. O también cabe aludir a determinados derechos que se reconocen a los usuarios del SNS, que tienen una indudable proyección prestacional⁹².

Pero a lo largo de los años 90 prevalecieron de hecho unas pautas ciertamente restrictivas en la ampliación del catálogo de prestaciones, como consecuencia de un nuevo escenario político y económico -en el que se mueve ya claramente el Informe Abril de 1991⁹³ - caracterizado por el predominio de la idea de una inviabilidad de nuevos incrementos sustanciales en el contenido prestacional del sistema sanitario público.

Dejando al margen los recortes puntuales que han afectado al contenido de la prestación farmacéutica⁹⁴, debe subrayarse que el ROPS (RD 63/1995) tuvo a estos efectos un valor más bien neutro, pues no aspiraba a

⁹⁰ Vid, por ejemplo, arts. 18.1 y 2, 56.2.a y 62 a 64 LGS.

⁹¹ Los efectos de esta nueva concepción no fueron por tanto inmediatos, sino que quedaron condicionados a un proceso de implantación efectiva del nuevo modelo de atención primaria en las correspondientes Zonas de salud. Proceso de implantación que se ha prolongado durante toda la década de los 90 y que todavía hoy no está totalmente concluido en algunas Comunidades Autónomas.

⁹² Véanse por ejemplo los arts. 10.5 (derecho a la información verbal y escrita a los pacientes), 10.8 (derecho a la obtención de certificados médicos “cuando su exigencia se establezca por una disposición legal o reglamentaria”), 10.11 (entrega del informe de alta) o 61 (acceso de los pacientes a los datos de la historia clínica).

En otros casos, la LGS contiene formulaciones muy ambiciosas, pero que remiten de forma expresa o implícita a disposiciones reglamentarias de desarrollo, de modo que carecen de efectos normativos directos: dispensación de medicamentos y productos sanitarios que resulten necesarios (arts. 10.14 y 18.4), libre elección de médico (art. 10.13 y art. 14), servicios de salud mental (art. 20.3 y 4), etc.

⁹³ Recuérdese en particular en su recomendación de avanzar hacia la supresión del criterio de gratuidad total de las prestaciones “con las excepciones que la equidad requiera” y el énfasis que puso en elevar la “conciencia de gasto” tanto en los usuarios como en los profesionales de la Sanidad pública, dentro de un “entorno de recursos limitados”.

⁹⁴ Mediante la exclusión de determinados medicamentos de su financiación por el SNS (RRDD 83/1993, de 22 de enero, y 1663/1998, de 24 de julio).

ampliar el catálogo de prestaciones –tampoco a reducirlo– sino más bien explicitar y clarificar, en aras de unas mayores cotas de seguridad jurídica y de igualdad, lo que el sistema sanitario público estaba otorgando ya a los ciudadanos⁹⁵. Y en los años posteriores al mismo, las ampliaciones prestacionales han sido más bien tímidas, sin que se trate en rigor de nuevas prestaciones, sino de desarrollos ampliatorios de las ya reconocidas (tratamientos dietoterápicos complejos,⁹⁶ sillas de ruedas de tracción eléctrica, audífonos, etc)⁹⁷ y sólo han tenido lugar tras reiteradas solicitudes y sugerencias formuladas desde diversas instancias sociales e institucionales⁹⁷. Lo cual

⁹⁵ *Adviértase no obstante la previsión de algunas prestaciones complementarias de carácter novedoso (tratamientos dietoterápicos complejos, oxigenoterapia a domicilio) que quedaron pendientes de desarrollo normativo, así como algunas concreciones ampliatorias en el ámbito de la información y documentación sanitarias (apartado 5 del Anexo I ROPS, especialmente puntos 3º, 5º y 6º).*

En cambio, en materia de reintegro de gastos por asistencia recibida al margen del sistema asistencial público, el ROPS incorporó, como ya nos consta, unos criterios claramente restrictivos (art. 5.3).

⁹⁶ *El suministro de tratamientos dietoterápicos complejos estaba previsto en el ROPS (apartado 4.3 del Anexo I), pero sólo sería objeto de concreción y desarrollo mediante la aprobación de la Orden de 30 de abril de 1997. Sobre las sillas para inválidos de tracción eléctrica vid. la Orden de 23 de julio de 1999, que modifica lo dispuesto en este punto por la Orden de 18 de enero de 1996, por la que se reguló la prestación ortoprotésica. En relación con los audífonos, debe notarse que fueron incluidos dentro de la prestación ortoprotésica en relación con los pacientes de menos de 16 años por la Orden de 30 de marzo de 2000, que modificó también la de 18 de enero de 1996.*

⁹⁷ *En relación con las sillas de ruedas de tracción eléctrica véanse las consideraciones críticas formuladas por el Defensor del Pueblo en su Informe correspondiente a 1997 (apartado 7.3.2), a propósito de la formulación restrictiva que incorporaba inicialmente la Orden de 18 de enero de 1996. La misma institución ha venido formulando sugerencias en materia de tratamientos dietoterápicos (Informe 1997, apartado 7.3.4 e Informe 1998, apartado 7.3.5).*

Por lo que se refiere a los audífonos, véase la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de IU en el Congreso de los Diputados en marzo de 1999, referida específicamente a la cuestión (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, 294-1, 29 de marzo de 1999).

En otros supuestos, las solicitudes y sugerencias formuladas para la ampliación del catálogo de prestaciones no han sido todavía atendidas. Es el caso, por ejemplo, de la cirugía transexual que el ROPS limita a la reparación de “estados intersexuales patológicos”, cuya ampliación se ha sugerido por el Defensor del Pueblo (Informe 1998, apartado 7.3.1 e Informe 1999, apartado 7.3.1) y se ha producido en el caso de la Comunidad andaluza. Vid. también al respecto la Proposición no de Ley aprobada por la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados el 14 de abril de 1999.

refleja una actitud general más bien cautelosa y reticente frente a las demandas de crecimiento del catálogo de prestaciones⁹⁸, a lo que hay que añadir el hecho de que pueden detectarse interpretaciones restrictivas en determinados ámbitos prestacionales de carácter complementario⁹⁹ así como una praxis administrativa poco ágil e igualmente restrictiva en el reconocimiento y pago de las compensaciones económicas previstas para determinados supuestos (pago de gastos de transporte y dietas por desplazamiento de enfermos, reintegro de gastos por asistencia prestada al margen del sistema sanitario público, etc)¹⁰⁰.

La tónica general hoy imperante es por tanto muy distinta a la que predominó en los años 80: las ampliaciones prestacionales se someten ahora a una cuidadosa valoración a efectos de incorporar tan sólo aquello que puede asumirse de manera generalizada para el conjunto de los ciudadanos que se encuentran en situaciones com-

⁹⁸ *Me refiero aquí fundamentalmente a las prestaciones reconocidas para el conjunto de los beneficiarios del Sistema Nacional de Salud y financiadas con cargo a fondos estatales. Para las prestaciones adicionales establecidas en el ámbito autonómico, el tema requeriría matizaciones particularizadas, pues hay CCAA que han mantenido una tendencia ampliatoria del catálogo de prestaciones. Es el caso de Andalucía, cuya opción ampliatoria en este terreno se manifiesta tanto en la inclusión de determinadas intervenciones quirúrgicas (cirugía transexual), en la relación de medicamentos dispensables (financiación con cargo a fondos propios de los medicamentos excluidos para el conjunto del SNS por el RD 1663/1998), así como en determinados contenidos de su Ley de Salud (Ley 2/1998, de 15 de junio) que tienen una clara relevancia prestacional (art. 6.1.i: obtención de certificados médicos “cuando así se solicite”; art. 6.1.m: garantía de acceso a las prestaciones sanitarias en el tiempo máximo que reglamentariamente se fije; art. 6.1.o: derecho a “disponer de una segunda opinión facultativa sobre su proceso en los términos que reglamentariamente se establezcan”).*

⁹⁹ *Así, en materia de entrega de copias de los documentos y pruebas diagnósticas incluidas en la historia clínica y en relación con la expedición de certificados médicos (véase lo que se indica sobre ambos aspectos en el Informe del Defensor del Pueblo correspondiente al año 1998, apartado 7.1.1).*

¹⁰⁰ *Esta es en efecto la impresión que se obtiene de la lectura de los últimos Informes anuales del Defensor del Pueblo y del Síndic de Greuges de Cataluña. Véase en particular como muestra de ello los Informes del Defensor del Pueblo correspondientes a 1997 (apartado 7.3.3) y 1998 (apartados 7.3.3 y 7.3.4). También los Informes del Síndic de Greuges de Cataluña correspondientes a 1996 (pp. 224-225 y 229-231), y a 1999 (p. 252); en el primero de ellos el Síndic sugería una interpretación amplia del concepto “asistencia sanitaria urgente de carácter vital” (art. 5.3 ROPS) en el sentido de que incluya también los supuestos de denegación injustificada de la asistencia debida que con anterioridad contemplaba el Decreto 2766/1967.*

parables¹⁰¹, y la preocupación prioritaria de los poderes públicos no se centra ya tanto en el crecimiento del *quantum* prestacional, sino en la efectividad de las prestaciones ya reconocidas y en su mejora desde distintos puntos de vista (mejora en la accesibilidad y cercanía del dispositivo asistencial, reducción de los tiempos de espera, incorporación de técnicas diagnósticas y terapéuticas más eficaces, etc).

Ahora bien, estas estrecheces y reticencias en las ampliaciones prestacionales no deben impedir reconocer el hecho cierto de que en la última década se ha producido un importante ensanchamiento en el contenido efectivo de no pocas de las prestaciones reconocidas, lo cual se manifiesta tanto en términos económicos (el gasto público *per capita* ha crecido considerablemente)¹⁰² y en términos de actividad asistencial (número de consultas, de intervenciones, etc). Lo cual tiene que ver sin duda con el envejecimiento de la población (ha aumentado considerablemente el número de personas en la edad en la que se intensifican las necesidades de asistencia sanitaria) y con las propias mejoras del dispositivo asistencial (en medios disponibles, en accesibilidad, en organización, etc. que le permiten abordar un mayor espectro de situaciones. A lo cual hay que añadir el hecho de que la reforma de la atención primaria, impulsada desde mediados de los años 80, se haya ido implantado de manera efectiva a lo largo de la década de los 90.

Por tanto, la rigidez al alza que experimenta el catálogo formal de prestaciones no debe oscurecer el hecho de que se sigue produciendo un ensanchamiento en el contenido efectivo de las prestaciones ya incorporadas al mismo, buena parte de las cuales admiten un amplio

¹⁰¹ Resulta por ejemplo ilustrativo de este nuevo contexto lo que se indica al respecto en el Acuerdo parlamentario de 18 de diciembre de 1997 sobre consolidación y modernización del SNS, que prevé la financiación de las nuevas prestaciones a través de "fondos específicos" como garantía futura de suficiencia financiera (apartado I.2.c). También cabe mencionar lo dispuesto por el art. 4.2 de la Ley de Salud de Andalucía (Ley 2/1998, de 15 de junio), que contempla la previsión de la "correspondiente financiación" en el supuesto de incorporación de nuevas prestaciones que superen las establecidas con carácter general para el conjunto del SNS.

¹⁰² Compárense por ejemplo las 57.975 pesetas de gasto público sanitario por habitante en España en 1991 con las 102.582 pesetas del año 1999 (según datos que publicaba "El País" del 15 de diciembre de 1999). Y obsérvese también la variación de la partida que anualmente recogen los Presupuestos Generales del Estado para financiar las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que pasó de 3.484.422 millones de pesetas en 1996 a 4.417.835 millones en el año 2.000, es decir, casi un billón más en tan sólo cuatro años ("El Mundo", 28 de febrero de 2.000).

recorrido y son susceptibles en consecuencia de incorporar muy diferentes niveles de cobertura real¹⁰³.

Este contexto deducible del pasado reciente marca a mi juicio las coordenadas de lo que será la evolución del *quantum* prestacional de nuestro Sistema de Salud en un futuro próximo. El centro de gravedad en la materia no parece estar ya en la incorporación de nuevas prestaciones (que sólo cabe esperar de manera puntual y gradual, con vinculación quizás a los propios ahorros que el sistema sanitario sea capaz de generar en determinados ámbitos¹⁰⁴), sino que parece desplazarse a las mejoras en la cobertura real de las prestaciones reconocidas (en cuanto a la incorporación de medios diagnósticos y terapéuticos más modernos y eficaces, en accesibilidad, en acortamiento de los tiempos de espera y en los demás aspectos vinculados a la calidad de la asistencia prestada), lo que no es ciertamente poca cosa y conlleva retos de gran envergadura.

3. La extensión subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria pública. El difícil e incompleto recorrido hacia la universalización de las prestaciones sanitarias.

Como más atrás quedó apuntado (epígrafe III.3), el tratamiento de esta cuestión por el Derecho positivo vigente en la actualidad resulta muy insatisfactorio y requiere en consecuencia una reformulación legal en el marco de la legislación básica sobre Sanidad.

¹⁰³ El caso de los trasplantes de órganos resulta paradigmático al efecto a mi modo de ver: el hecho de que el número de trasplantes que se realizan en nuestro país haya aumentado considerablemente, porque hay más donaciones y porque ha mejorado la capacidad del dispositivo asistencial para llevarlos a cabo, implica que hay un mayor número de personas que puede beneficiarse de la prestación de trasplantes y que la misma se ha ampliado en términos efectivos.

Para comprobar el incremento de la capacidad real de nuestro sistema asistencial en este punto basta consultar las estadísticas sobre trasplantes que publica la admirable Organización Nacional de Trasplantes (<http://www.msc.es/onts/esp/estdisticas/general/evoont.htm>), en las que puede observarse cómo entre 1989 y 2000 el número de trasplantes realizados anualmente en España se ha multiplicado por más de 2.5 (de 1320 en el primer año mencionado se ha pasado a 3.456 en el último).

¹⁰⁴ El Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 27 de noviembre de 1997, mediante el que se estableció el vigente sistema de financiación de los servicios de Sanidad para el período 1998-2001 incorporó ya previsiones específicas en este sentido, en relación con las medidas previstas para reducir el gasto farmacéutico y el gasto en prestaciones económicas por incapacidad temporal.

Dicho tratamiento es el resultado de un largo y paulatino camino hacia la universalización realizado mediante una serie de normas que han contemplado de manera específica a determinados colectivos de personas, lo que ha determinado un crecimiento normativo por acumulación de disposiciones sectoriales.

Así, sobre una base inicial vinculada con el principio contributivo (trabajadores activos y pensionistas, así como los familiares a su cargo, en los términos establecidos en el art. 100.1 de la LGSS-1974), se produjo la sucesiva ampliación del ámbito de extensión del derecho a la asistencia sanitaria mediante su reconocimiento a una serie de colectivos, con desvinculación ya claramente respecto del principio contributivo. Ampliación que se hizo en virtud de disposiciones normativas específicas ya aludidas (minusválidos –Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos-, desempleados –Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección del desempleo, etc).

Esta ostensible tendencia a la universalización quedaría formalmente consagrada con la promulgación de la Ley General de Sanidad de 1986, pero sin que en aquel momento se llegara a materializar plenamente dicha universalización, cuya consecución quedaba aplazada a un momento posterior.

En efecto, dicho texto legal atribuyó la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria a “todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional” (art. 1.2), los cuales quedaban legitimados “para el ejercicio de los derechos que esta Ley establece”, “tanto en vía administrativa como jurisdiccional” (art. 1.3)¹⁰⁵. Pero esta declaración – en apariencia contundente- quedaba desvirtuada por otros preceptos de la propia Ley que le privaban de eficacia normativa inmediata al concebir la universalización como una meta a alcanzar de forma progresiva. Se trata en concreto de los artículos 3.2 y 80 del texto legal: el primero de ellos establece que “la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española”, utilizando con ello un futuro que implica en la práctica un aplazamiento de la universalización a un momento posterior, según una interpretación que la D. Trans. 5ª del propio

¹⁰⁵ En cuanto a los extranjeros no residentes en España y a los españoles fuera del territorio nacional, el apartado 3 del art. 1 se limita a afirmar que tendrán garantizado su derecho a la asistencia sanitaria “en la forma que las leyes y los convenios internacionales establezcan”.

texto legal ratifica de modo expreso¹⁰⁶; por su parte el art. 80 LGS alude tan sólo a la extensión de la asistencia sanitaria a las “personas sin recursos económicos” como objetivo cuyo logro se impone al Gobierno con financiación a cargo de transferencias estatales.

Con posterioridad a la promulgación de la LGS, que careció¹⁰⁷ por tanto en este punto de efectos normativos directos, se mantuvo la misma dinámica de extensión sucesiva del derecho a la asistencia sanitaria a distintos colectivos de personas al amparo de disposiciones específicas dictadas al efecto.

Así sucedió en primer lugar mediante el RD 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se reguló –en desarrollo de lo previsto en el art. 80 de la LGS- la extensión de la asistencia sanitaria a las *personas sin recursos económicos suficientes*, con un alcance por cierto bastante restringido en la medida en que, de una parte, el reconocimiento del derecho quedaba limitado a quienes tuvieran la nacionalidad española¹⁰⁸ y, por otro lado, tal reconocimiento se condicionaba a la no superación de unos niveles de renta muy bajos¹⁰⁹. También cabe mencionar al respecto la extensión del derecho a la asistencia sanitaria pública –financiada a partir de 1989 mediante una aportación finalista del Estado y, de forma sólo minoritaria, mediante cotizaciones sociales- a los *pensionistas de clases pasivas* (art. 55 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989) y a los *perceptores de las prestaciones no contributivas reguladas en la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, sobre prestaciones no contributivas de la Seguridad Social*.

¹⁰⁶ Según el tenor literal de este precepto, “la extensión de la asistencia sanitaria pública a que se refieren los arts. 3.2 y 20 de la presente Ley se efectuará de forma progresiva”.

¹⁰⁷ Para los ciudadanos sin derecho a la asistencia sanitaria pública a la entrada en vigor de la Ley, el nuevo texto legal tan sólo implicaba, de acuerdo con lo previsto en su art. 16, la posibilidad de utilizar los servicios sanitarios públicos como “pacientes privados”, en condiciones de igualdad con los ciudadanos con derecho a la asistencia pero con la obligación de abonar la correspondiente “facturación” sobre la base de los costes efectivos de los servicios recibidos.

¹⁰⁸ Esta exigencia de nacionalidad española no aparece en el art. 80 de la Ley General de Sanidad, que habla de personas sin recurso económicos, y resulta por otro lado incongruente con lo previsto en el art. 1.2 del mismo texto legal, que reconoce la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros residentes en España.

¹⁰⁹ Vid. art. 1 del RD 1088/1989, objeto de desarrollo mediante la Orden de 13 de noviembre de 1989.

Por lo que se refiere a los menores tuvo una clara incidencia la ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas de los derechos del niño (instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990), cuyo art. 24 consagra de modo expreso el derecho a la protección de la salud de los niños –todo ser humano menor de 18 años- comprometiendo a los Estados a otorgar asistencia sanitaria a “*todos los niños*”, así como también *asistencia sanitaria prenatal y postnatal a las madres*¹¹⁰. Y sobre esta materia incidiría también la posterior LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, cuyo art. 10.3 reconoce derecho a la asistencia sanitaria a los *menores extranjeros* que se encuentren en España –aun cuando no residan legalmente en nuestro país- siempre que “se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración Pública competente, aun cuando no residan legalmente en España”.

Por último, hay que mencionar lo dispuesto en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que se refiere de modo expreso al derecho a la asistencia de los extranjeros –frente al silencio que guardaba al respecto la LO 7/1985, de 1 de julio-, reconociendo dicho derecho, en las mismas condiciones que los españoles, a todos los extranjeros que se encuentren en España, con el único requisito de que estén inscritos en el Padrón del Municipio en el que residen habitualmente. Así resulta en efecto de lo dispuesto en el art. 12 (que no ha sido alterado por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la LO 4/2000), cuyo apartado 1 establece que “los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles”. A lo cual hay que añadir lo dispuesto en relación con situaciones específicas por los apartados siguientes de dicho artículo 12 y en especial, lo dispuesto en su apartado 2 en relación con la asistencia sanitaria de urgencia: “los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica”¹¹¹.

¹¹⁰ Véase en particular lo dispuesto en los diversos párrafos del apartado 2 del art. 24 de la Convención.

¹¹¹ Los apartados 3 y 4 del art. 12 establecen lo siguiente:

“3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

*Como consecuencia de todas estas intervenciones sucesivas del legislador se ha llegado a una situación que, como fácilmente puede comprenderse, adolece de unos niveles de dispersión y complejidad muy elevados. Dispersión y complejidad que se incrementan todavía más si se tiene en cuenta la existencia de normativa propia de algunas Comunidades Autónomas sobre la materia*¹¹², así como también el hecho de que no se haya pro-

4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.”

El juego conjunto de los diversos apartados que el art. 12 de la LO 4/2000 dedica a la asistencia sanitaria de los extranjeros conduce a los siguientes resultados:

1º Se ha reconocido el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros “en los mismos términos que los españoles” con el único requisito de la inscripción padronal, y al margen por tanto de el extranjero se encuentre o no en situación de residencia legal (téngase en cuenta al respecto que, conforme a lo dispuesto en el art. 18.2 la Ley de Bases de Régimen Local, la inscripción de los extranjeros en el Padrón Municipal “no constituirá prueba de su residencia legal en España”). Esta equiparación estricta respecto de los españoles determina que, además de la inscripción padronal, los extranjeros necesiten –al igual que los españoles- encontrarse en alguna de las situaciones que hacen nacer el derecho a la asistencia sanitaria (estar de alta en la Seguridad Social, carecer de recursos económicos suficientes en los términos del RD 1088/1989, ser minusválido o desempleado, etc.).

2º Para el derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia a que se refiere el art. 10.2 (en caso de “enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa”) no se establece requisito alguno ni se formula en términos de equiparación respecto de los españoles. Por tanto, no se requiere la inscripción padronal ni tampoco es necesario encontrarse en alguna de las situaciones que hacen nacer el derecho a la asistencia sanitaria.

3º Tampoco se exige requisito alguno, en coherencia con lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño, en relación con la asistencia sanitaria de los menores extranjeros que se encuentren en España (no se exige ya, como hacía el art. 10.3 de la LO 1/1996, que se encuentren en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de una Administración pública), así como en relación con las mujeres extranjeras embarazadas respecto al embarazo, parto y postparto.

¹¹² Cabe mencionar al respecto la normativa reglamentaria sobre “universalización de la asistencia sanitaria” aprobada en 1991 por las Comunidades navarra y catalana (Decreto foral 71/1991, de 21 de febrero y Decreto 178/1991, de 30 de julio, respectivamente) en virtud de la cual se ofreció a las personas sin derecho a la asistencia sanitaria pública una suerte de aseguramiento voluntario en relación con la misma, contemplando la posibilidad de solicitar el reconocimiento del derecho a dicha asistencia pero con la exigencia de colaborar en la financiación del sistema sanitario público mediante el pago de una cantidad que no podía exceder del importe de las “cuotas y otros ingresos destinados a la asistencia sanitaria pública per capita” (vid. art. 6.2 del Decreto catalán y en

parecidos términos, art. 7.2 del Decreto navarro). En la actualidad es obvio que esta fórmula ha quedado fuera de lugar en la medida en que la asistencia sanitaria ya no se financia –ni siquiera parcialmente– mediante cotizaciones sociales, sino exclusivamente a través de los impuestos, de manera que no tiene ningún sentido exigir tan sólo a unos determinados ciudadanos una contribución financiera como requisito para una atención sanitaria que se financia con los impuestos que ellos pagan como los demás contribuyentes.

También incide sobre esta materia lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, cuyo apartado 5 reconoce en Andalucía a todas las personas, “las prestaciones vitales de emergencia”, al margen de que sean o no titulares del derecho a la asistencia sanitaria pública.

Y por último, merece una mención específica la Ley navarra 2/2000, de 25 de mayo, por la que se modifica la Ley foral de Salud (Ley foral 10/1990, de 23 de noviembre) “para extender la cobertura de la asistencia sanitaria del sistema sanitario público de Navarra a todos los inmigrantes en la Comunidad foral”, que es la que tiene un mayor alcance innovador y la que resulta por ello más problemática desde el punto de vista competencial.

El Preámbulo de la Ley declara, tras citar el ya aludido Decreto foral 71/1991, que “la garantía de asistencia sanitaria universal no es una realidad” en la Comunidad navarra y subraya en particular la existencia de un colectivo de unos 2.000 emigrantes no legales sin derecho a la asistencia sanitaria, los cuales se ven obligados a recorrer “un tedioso y desagradable camino” través de trabajadores sociales y Organizaciones No Gubernamentales para acceder a las prestaciones sanitarias. Con el objetivo de incluir también a este colectivo da nueva redacción al art. 3.1 de la Ley 10/1990 introduciendo una formulación que tiene un alcance extraordinariamente amplio: “la asistencia sanitaria pública dentro del territorio de la Comunidad Foral se extenderá a todos los ciudadanos y ciudadanas residentes en cualquiera de los Municipios de Navarra con independencia de su situación legal o administrativa”.

Este enunciado tiene en efecto un alcance muy amplio: incluye por supuesto a los extranjeros (a los que alude de modo expreso el Preámbulo de la Ley) pero también a los españoles –dada la amplitud de su tenor literal– implicando por tanto una plena universalización del derecho a la asistencia sanitaria que hay que entender inmediatamente operativa. En efecto, a la vista del contenido del art. 2 de la misma Ley 2/2000, en el que se establecen previsiones para financiar la asistencia sanitaria de los nuevos beneficiarios y para entregarles la tarjeta sanitaria individual, no cabe duda de que la expresión “se extenderá” hay que entenderla en un sentido preceptivo y no como un compromiso que se aplaza a un momento posterior.

Resulta así que la nueva redacción del art. 3.1 de la Ley navarra de Salud tiene dos importantes consecuencias:

a) Implica la universalización de la asistencia sanitaria para todos los españoles que residen en Navarra, con independencia de que concurran o no alguna de las circunstancias que, de acuerdo con la legislación estatal a la que hemos aludido, determinan el nacimiento del derecho.

b) Implica también el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria del de los extranjeros en Navarra en unos términos diferentes de los que derivan de la LO 4/2000 (a la que por cierto no cita la Ley foral 2/2000 ni siquiera en su –por lo

ducido la unificación de los distintos regímenes públicos de cobertura sanitaria, subsistiendo los regímenes propios del mutualismo funcional¹¹³ .

La LGS sigue proclamando en un lugar muy destacado de la misma (art. 1.2) que son titulares del derecho a la asistencia sanitaria “todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”. Ello debería ser así, pero no es así, pues esta afirmación es ignorada de modo ostensible por el conjunto del ordenamiento positivo vigente en la actualidad, que prescinde en la práctica de la misma y la contradice en un doble sentido:

a) La nacionalidad española y la residencia legal de los extranjeros en España no son títulos jurídicos que hagan nacer el derecho a la asistencia sanitaria (no son por tanto condición suficiente al efecto), puesto que se exige la concurrencia de alguna de las variadas circunstancias a las que la dispersa legislación aludida vincula el nacimiento del derecho a la asistencia sanitaria (estar afiliado a alguno de los regímenes de Seguridad Social, ser pensionista, minusválido o desempleado, ser indigente en los términos del RD 1088/1989, ser familiar a cargo de una persona que sea titular del derecho, etc).

b) Pero sucede además que la condición de español o de extranjero residente legalmente en España no resulta ya siquiera condición necesaria en relación con el derecho a la asistencia sanitaria, puesto que la LO 4/2000, reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a todos los extranjeros empadronados “en las mismas condiciones que los españoles” (por tanto, siempre que

demás bastante explícita- Exposición de Motivos). Esos términos son en parte más amplios (la LO 4/2000 reconoce a los extranjeros empadronados el derecho a la asistencia sanitaria “en las mismas condiciones que los españoles” lo que implica la exigencia de algún título concreto que haga nacer el mencionado derecho –afiliación a la Seguridad Social, minusválido, familiar a cargo, etc-, pero esta exigencia no resulta exigible en cambio a los extranjeros empadronados en Navarra, de acuerdo con la redacción que se ha dado al art. 3.1 de su Ley de Salud), pero en parte son más reducidos (obsérvese que la Ley navarra no ha contemplado los casos de asistencia sanitaria urgente, que la LO 4/2000 ha reconocido en unos términos amplísimos incluyendo a todos los extranjeros “que se encuentren en España”, por tanto también a los que están de manera temporal –turistas, estudiantes, etc- y carecen de inscripción padronal).

¹¹³ Recuérdese que la Ley General de Sanidad contempló en su D. Final 2ª la refundición de los diferentes regímenes públicos de cobertura sanitaria, previendo en particular (D. Final 2ª.1) la refundición de la asistencia sanitaria de los diferentes regímenes de Seguridad Social, pero dicha operación refundidora no se ha llevado a cabo.

se encuentren en alguna de las situaciones aludidas en a) y al margen de la regularidad de su residencia. E incluso en determinadas situaciones (menores y mujeres embarazadas¹¹⁴, asistencia sanitaria de urgencia en caso de accidente o enfermedad grave¹¹⁵) no se exige siquiera el empadronamiento ni ningún otro requisito¹¹⁶.

No cabe duda de que el resultado al que conduce esta situación es objetable desde diversos puntos de vista.

¹¹⁴ Art. 10.3 LO 1/1996 y art. 12.3 y 4 LO 4/2000.

¹¹⁵ Art. 12.2 LO 4/2000.

¹¹⁶ Obsérvese que la LO 4/2000, en su loable deseo de hacer frente a un importante problema social, otorga a los extranjeros derechos que todavía no están reconocidos a los españoles de manera generalizada. Se trata concretamente de la asistencia sanitaria de urgencia por enfermedades graves o accidentes cualquiera que sea su causa, en relación con la cual los extranjeros tienen reconocida la atención sanitaria hasta su situación de alta, sin ningún condicionamiento o requisito. No es necesario por supuesto la residencia legal, ni siquiera el empadronamiento, de modo que alcanza tanto a todos los extranjeros que residen de facto en España (al margen de la regularidad de esta residencia) como también a los extranjeros que se encuentren en España de manera transitoria u ocasional (por motivos turísticos, profesionales, de estudios, etc.).

Los españoles que requieren asistencia sanitaria de urgencia, sólo tienen derecho a la misma en la medida en que sean beneficiarios por algún título de un régimen de cobertura pública de la asistencia sanitaria, pero en otro caso les atiende por los servicios públicos de salud sólo como enfermos de pago (son "pacientes privados", de acuerdo con el art. 16 LGS), situación que en ningún caso se produce en relación con los extranjeros tras la entrada en vigor de la LO 4/2000. Lo mismo puede decirse de los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que se encuentren ocasionalmente en España: no podrán acogerse a la cláusula del art. 12. 2 LO 4/2000 (pues no son extranjeros) y estarán en este punto en una situación peor que si fueran extranjeros, lo que no parece ciertamente de recibo

Hay por tanto en este punto un trato más favorable de los extranjeros respecto de los españoles que no parece sea un resultado voluntariamente querido por el legislador, sino más bien una consecuencia imprevista derivada del modo desordenado y disperso con la que el legislador ha ido abordando esta materia. Lo cual pone en evidencia las lagunas que presenta el proceso de universalización de la asistencia sanitaria en nuestro país y el hecho de que el legislador se ha desviado de lo que hubiera sido un orden secuencial lógico desde el punto de vista institucional y que hubiera debido llevar a abordar primero la universalización de la asistencia sanitaria en relación con los españoles y con los extranjeros residentes en España.

En relación con la asistencia sanitaria a los españoles no residentes cuando se hallen en España, véanse las Proposiciones de Ley que ha presentado el Grupo Socialista en el Congreso, tanto en la anterior Legislatura (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, nº 296, 14 de abril de 1999), como en la presente (id. VII Legislatura, serie B, nº 9, 24 de abril de 2000).

En primer lugar, complica innecesariamente la gestión administrativa vinculada a la materia, al generar no pocas dudas y disfunciones en los procedimientos administrativos de reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria.¹¹⁷ Pero sobre todo, continúa sin alcanzarse el objetivo de la universalización de la asistencia sanitaria, por más que se haya ido incorporando a la gran mayoría de la población y el colectivo de personas sin derecho a la asistencia sanitaria pública sea reducido en términos

¹¹⁷ Son ilustrativos a este respecto las observaciones sobre la materia que vienen recogiendo los sucesivos Informes del Defensor del Pueblo, a través de los cuales queda patente la problemática creada por la situación normativa descrita, tanto en términos de carga para la gestión por parte de las Administraciones competentes en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, como desde la perspectiva del ciudadano, obligado en determinados a seguir largos peregrinajes burocráticos hasta ver reconocido su derecho (véase en particular el contenido del apartado 7.3.1 de los Informes correspondientes a 1997, 1998, y 1999).

Obsérvese por ejemplo el supuesto relatado en el Informe de 1998, que resulta ilustrativo al respecto. Una ciudadana española regresa a España tras vivir unos años en el extranjero y solicita el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria por la vía del RD 1088/1989 (personas sin recursos económicos suficientes). La Dirección provincial competente del INSA-LUD desestima la solicitud por considerar subsidiaria esta vía y entiende que la interesada podría alcanzar el derecho a la asistencia sanitaria como beneficiario de un familiar suyo que es titular de dicha asistencia. Solicitado este reconocimiento ante la Dirección provincial del INSS, el mismo se desestima igualmente por no poder acreditar el requisito de la convivencia con el familiar en cuestión –dado que el empadronamiento de la interesada en el domicilio del familiar era posterior a la primera solicitud–, así como por el hecho de no haber demostrado la existencia de dependencia económica respecto al mencionado familiar. En consecuencia, la solicitante vuelve a intentar la vía del RD 1088/1989, consiguiendo en esta segunda ocasión el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, pero una vez que habían transcurrido 6 meses desde la primera solicitud.

O también cabe mencionar la referencia que se contiene en el Informe correspondiente a 1999 sobre las personas convivientes de orientación homosexual, a propósito de las dificultades para incluirlas entre las situaciones contempladas en la Resolución de la Secretaria de Estado de la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1984, por la que se extendió la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas que, sin ser cónyuge del titular del derecho, conviven maritalmente con él (vid. supra, epígrafe III.3, nota 67). Resolución ésta que según el criterio sostenido por el INSS no resulta aplicable al supuesto aludido.

No parece necesario insistir en que toda esta problemática –estéril y tediosa– es totalmente artificiosa, en la medida en que deriva tan sólo de una normativa fragmentaria y dispersa que ha ido abordando situaciones concretas al margen de la necesaria visión de conjunto, y quedará totalmente superada en el momento en que se universalice de manera plena el derecho a la asistencia sanitaria pública.

porcentuales¹¹⁸, lo cual implica el incumplimiento del mandato de universalización que deriva de la Constitución y que consagra la Ley General de Sanidad.

Por otro lado, resulta patente también la incongruencia de la situación descrita con el sistema de financiación de la asistencia sanitaria hoy en vigor, a través de una aportación del Estado con cargo a los impuestos soportados por el conjunto de los ciudadanos - contribuyentes, habiéndose suprimido ya totalmente, a partir de 1999, la aportación procedente de las cotizaciones sociales: si la asistencia sanitaria se financia con los impuestos pagados por todos, no tiene sentido que haya un colectivo de personas que carecen del derecho a beneficiarse de los servicios públicos de salud y que se mantengan en pie las reglas basadas en el principio contributivo (reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria a los trabajadores activos y a los pensionistas) junto con otras varias vinculadas a ideas de beneficencia (asistencia sanitaria a personas sin recursos económicos) y de protección de colectivos específicos (minusválidos, menores y mujeres embarazadas, etc).

La situación descrita reclama de modo inaplazable una intervención del legislador a través de la cual se lleve a cabo de modo efectivo la plena universalización de la asistencia sanitaria¹¹⁹. Intervención que debe producirse en el ámbito de la legislación básica estatal sobre Sanidad (de acuerdo con lo previsto en los apartados 1^a, 16.^a y 17.^a del artículo 149.1 CE)¹²⁰, la cual debe reconocer el

¹¹⁸ Aunque la cifra precisa de ciudadanos sin derecho a la asistencia sanitaria se desconoce, el Plan de Salud publicado en 1995 por el Ministerio de Sanidad y Consumo (p. 27) lo estimaba en torno al 1.5% de la población española, esto es, una cifra cercana a las 600.000 personas. Más recientemente J. REY (El futuro de la Sanidad española, cit. 1999, p. 19) sitúa en torno al medio millón el colectivo de personas sin derecho a la asistencia sanitaria.

¹¹⁹ Esta universalización que se propugna ha sido realizada en Francia mediante la Ley 99-641, de 27 de julio de 1999, de creación de una cobertura sanitaria universal. A través de esta Ley se reconoció, con efectos a partir de 1 de enero de 2000, el derecho a la asistencia sanitaria de todas las personas residentes de modo estable y regular en territorio francés (vid. J. MOREAU - D. TRUCHET, Droit de la santé publique, 5^a ed. Dalloz, París, 2000, p. 26).

¹²⁰ Las reglas competencial aludidas parecen exigir en efecto una respuesta normativa unitaria en este punto que es incompatible con la existencia de opciones legislativas diversas en cada Comunidad Autónoma. Por eso creo que resulta objetable desde el punto de vista competencial el contenido de la más atrás aludida Ley navarra 2/2000, de 25 de mayo, por la que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria dentro de la Comunidad foral a todos los inmigrantes en la misma, aunque puedan compartirse las opciones materiales que incorpora.

derecho a la asistencia sanitaria a todos los ciudadanos españoles y a los extranjeros residentes legalmente en España, con efectos derogatorios expresos de toda la normativa actualmente en vigor que exige la concurrencia de requisitos subjetivos concretos. Y ello sin perjuicio por supuesto de que puedan conservarse las reglas vigentes que fijan un contenido prestacional adicional para determinados colectivos especialmente vulnerables (personas mayores, minusválidos, enfermos de SIDA, etc) y sin perjuicio de que la legislación de extranjería contemple en términos flexibles -tal como hace la LO 4/2000- la asistencia sanitaria de los extranjeros que se encuentren en situaciones distintas a la residencia legal.

La necesidad de dar este paso está asumida hace ya algún tiempo, tanto en el ámbito doctrinal¹²¹ como en el político¹²², pero lo cierto es que continúa siendo, hoy por hoy, un reto pendiente.

4. La dimensión temporal de la asistencia sanitaria: el problema de las listas de espera.

A). Ya más atrás (epígrafe II.D) quedó apuntada la importancia de la dimensión temporal de la asistencia sanitaria, que conecta directamente con la cuestión de las

Las objeciones que pueden oponerse a esta Ley desde el punto de vista competencial derivan del hecho de que la extensión subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria parece integrarse con naturalidad en ese "sistema normativo de la Sanidad nacional" al que ha aludido el Tribunal Constitucional (Sentencia 32/1983, de 28 de abril, FJ.2) en su jurisprudencia sobre reparto de competencias en materia sanitaria, sistema normativo cuya formulación corresponde al Estado de acuerdo con lo previsto en las reglas 1^a, 16^a y 17^a del art. 149.1 CE. En relación con el estatus de los extranjeros es preciso tener en cuenta también obviamente lo dispuesto en la regla 2^a de dicho art. 149.1 (competencia exclusiva del Estado sobre inmigración y extranjería).

¹²¹ Vid. M. ALARCÓN CARACUEL-S. GONZÁLEZ ORTEGA, Compendio de Seguridad Social, 1991, cit. pp. 195-199 y M. REBOLLO PUIG, Sanidad, en el vol. col. dirigido por S. MUÑOZ MACHADO y otros, Las estructuras del bienestar. Derecho, economía y Sanidad en España, Escuela Libre Editorial y Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 257. Yo mismo me he referido a esta cuestión en mi trabajo, Del Seguro Obligatorio de Enfermedad al Sistema Nacional de Salud. El cambio en la concepción de la asistencia sanitaria pública durante el último cuarto del siglo XX, "Revista Aragonesa de Administración Pública", 13 (1998), pp. 61 y ss, 94-97.

¹²² En este sentido se pronunció ya el Acuerdo parlamentario sobre consolidación y modernización del SNS de 18 de diciembre de 1997, cuyo apartado I.1.b propugna una reforma legal que lleve a cabo "la universalización efectiva del derecho a la asistencia sanitaria, extendiéndolo o todos los grupos sociales y desvinculándolo de los regímenes de afiliación a la Seguridad Social".

listas de espera. Cuestión que es sin duda una de las más problemáticas de las que se han venido planteando en los últimos años en nuestra Sanidad pública.

Una imagen bastante objetiva de la problemática planteada en torno a las listas de espera puede deducirse del contenido de los últimos Informes del Defensor del Pueblo y de las instituciones autonómicas análogas, en los que puede detectarse cómo los Defensores cívicos vienen dedicando una atención continuada al tema, como fruto de las frecuentes quejas que han recibido al respecto.

La lectura de estos Informes¹²³ evidencia que los períodos de espera necesarios para el acceso efectivo a determinadas prestaciones han venido siendo muy considerables –tiempos de espera de 1 año han sido habituales en algunos servicios, e incluso se ha llegado en algún caso extremo a los 3 y 4 años–, lo que revela un claro desajuste entre la elevada demanda asistencial existente en determinados ámbitos y los medios humanos y materiales existentes para atenderla. Lo cual se ha traducido en el hecho de que los pacientes afectados hayan visto obstaculizado el acceso efectivo a las prestaciones aludidas con la carga de soportar un importante desfase entre el diagnóstico y el correspondiente tratamiento. En concreto, se observa que las demoras se han venido produciendo sobre todo en determinadas intervenciones quirúrgicas, en particular traumatología (implantación de prótesis quirúrgicas), oftalmología (cataratas) y cirugía cardiovascular; pero no sólo en cirugía, sino también en la cita para consulta en algunas especialidades, en la realización de determinadas pruebas diagnósticas o en el ámbito de la reproducción asistida.¹²⁴

¹²³ Véase el apartado 7.1.3 de los Informes del Defensor del Pueblo correspondiente a los años 1996, 1997, 1998 y 1999. También los últimos Informes del Síndic de Greuges de Cataluña (Informe al Parlament 1996, pp. 224-231; Informe al Parlament 1997, pp. 235-236, e Informe al Parlament 1999, pp. 238-239).

¹²⁴ Por otro lado, cabe subrayar que en no pocos casos se detectan problemas vinculados no tanto a la existencia misma de las listas de espera, sino a la gestión que los Servicios de Salud -hospitales normalmente- hacen de las mismas: hay así supuestos en los que la derivación del paciente hacia otros hospitales no ha conseguido su objetivo de acortar la espera, sino que se ha traducido por el contrario en un alargamiento de la misma; en otros casos, no se ha informado correctamente a los pacientes sobre las esperas necesarias, con aplazamientos sucesivos de la fecha inicialmente prevista para la intervención o falta de información sobre la misma; o ha sucedido también que en determinados supuestos los efectos perjudiciales de una demora se ven agravados por circunstancias personales del paciente y su entorno familiar, que no han sido tenidas en cuenta por los Servicios de Salud.

B) La posición jurídica del ciudadano ante esta situación carece de consistencia -resulta por el contrario más bien precaria-, por más que el Derecho positivo le reconozca de modo inequívoco el derecho a las prestaciones sanitarias. El tratamiento de la cuestión de los tiempos de espera es sin duda uno de los puntos débiles de la regulación vigente en materia de prestaciones sanitarias, pues no se fijan –salvo alguna excepción a la que luego aludiremos– unos tiempos máximos admisibles al efecto, ni se establecen mecanismos a disposición del paciente para conseguir que las prestaciones sean efectivas en tales en tiempos máximos.

En el marco del ordenamiento vigente la vía que en principio podría resultar más operativa al respecto es sin duda la del *reintegro de gastos* más atrás aludida, que contempla la posibilidad de que el paciente utilice servicios ajenos a los del sistema sanitario público y obtenga *a posteriori* el reembolso de los gastos pagados. Pero este mecanismo será muy excepcionalmente utilizable en relación con pacientes que se encuentren en lista de espera, dado el carácter restrictivo con el que se configura la cláusula de reintegro de gastos en nuestro Derecho positivo. En efecto, como ya nos consta, el reintegro se prevé tan sólo en relación con casos de “asistencia sanitaria urgente inmediata de carácter vital”, situación que muy raramente se planteará en relación con pacientes en listas de espera, que por definición conciernen a patologías o situaciones consideradas no urgentes¹²⁵.

¹²⁵ Son por ello muy excepcionales los supuestos en los que la vía del reintegro de gastos ha prosperado como mecanismo para la eliminación de las demoras derivadas de las listas de espera. Puede citarse al respecto, como caso excepcional en el que así sucedió, el que dio lugar a STS de 21 de febrero de 1995, (Sala de lo Social, Ar. 1168): en el supuesto de hecho abordado por esta sentencia se había detectado a un paciente un tumor cancerígeno que requería una intervención quirúrgica urgente, pero pese a ello, los servicios públicos sanitarios no le proporcionen el correspondiente ingreso hospitalario para la realización, razón por la cual el paciente acudió a un hospital privado, obteniendo posteriormente el reintegro de los gastos correspondientes en la vía jurisdiccional social. Pero lo habitual es por el contrario que se deniegue el reintegro de gastos por asistencia a pacientes en lista de espera, conforme a la doctrina general que se recoge en la STS de 7 de octubre de 1996 (Sala de lo Social, Ar. 7496), relativa a una paciente con insuficiencia renal crónica que recibía tratamiento de hemodiálisis por el INSALUD, encontrándose en lista de espera para trasplante de riñón, y que consiguió por su cuenta dicho trasplante en un hospital de Houston (Estados Unidos). Reclamada por la paciente el reintegro de los gastos correspondientes, obtuvo sentencia favorable de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, pero el TS casa dicha sentencia en base a la doctrina que se expone en el Fundamento de Derecho 2º de la sentencia de 7 de octubre de 1996..

Tampoco podemos considerar que las acciones de responsabilidad patrimonial de la Administración constituyan un remedio eficaz al respecto. Por un lado, dichas acciones sólo serán factibles en un número porcentualmente reducido de los casos afectados por listas de espera, en los que concurran los presupuestos de la responsabilidad patrimonial que hacen nacer la obligación de la Administración de indemnizar los daños. Pero sobre todo, es obvio que en ningún caso conseguirán restablecer al paciente en su derecho a una asistencia sanitaria en tiempo razonable, sino que tan sólo pueden aspirar a paliar –mediante compensaciones económicas– perjuicios normalmente irreversibles en los bienes de la salud e integridad física, o incluso la vida¹²⁶.

En la práctica, la vía más fácilmente accesible a las personas afectadas no es otra que la queja ante el Defensor del pueblo o las instituciones equivalentes de ámbito autonómico, a través de cuyas gestiones mediadoras puede conseguirse, como de hecho ha sucedido en no pocos de los supuestos que se han planteado ante los mismos, solventar determinadas situaciones y lograr un acortamiento de los tiempos de espera que se hubieran producido sin su intervención.

Esta intervención de los Defensores cívicos resulta sin duda útil y muestra las virtualidades que la institución tiene en relación con el amplio campo de la inactividad administrativa, pero es obvio que no soluciona el problema en términos generales, puesto que, en el mejor de los casos, tan sólo consigue paliar, tras las correspondientes gestiones, las situaciones de demora que se plantean ante los mismos; situaciones que son al fin y al cabo un porcentaje reducido respecto al amplísimo colectivo de personas afectadas por las listas de espera¹²⁷.

¹²⁶ Así sucedió en el supuesto resuelto por la sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2000 (ADS, 63, julio – agosto 2000, pp. 539-540), relativa a un caso de fallecimiento de un persona cuando se encontraba en lista de espera para una intervención de cirugía cardiovascular, en la que el Tribunal condena a la Administración (que había entendido que la situación del paciente no era urgente, sino simplemente “preferente”) a abonar una indemnización de 21 millones de pesetas a los familiares del fallecido.

No parece necesario insistir en que fallos como éste (obsérvese que la sentencia se refiere a hechos acaecidos más de cinco años antes al momento de producirse el fallo) no solucionan el problema para la persona afectada por el retraso, aunque impliquen sin duda una importante llamada de atención para las Administraciones gestoras de los Servicios de salud.

¹²⁷ Sobre la operatividad de la institución del Defensor del Pueblo en relación con la inactividad administrativa, véanse las atinadas observaciones que desarrolla M. GÓMEZ PUENTE, en su libro sobre La inactividad administrativa, 2ª ed.,

C) Desde una perspectiva de conjunto, no cabe duda de que el problema de las listas de espera constituye una “asignatura pendiente” de nuestro sistema público de salud, pues si bien parece que en los momentos actuales se plantea en unos términos menos agudos que en etapas anteriores¹²⁸, no es difícil convenir que continúa constituyendo uno de los aspectos menos satisfactorios de nuestra Sanidad pública.

Cierto las listas de espera son difícilmente eliminables en su totalidad, pues en buena medida son una consecuencia inherente a las propias dificultades del dispositivo asistencial público para adaptarse con rapidez a las nuevas demandas que se generan por la continua apertura de nuevas posibilidades asistenciales, las cuales hacen aflorar repentinamente fuertes demandas en relación con aspectos que con anterioridad no venían siendo atendidos. En cierto modo puede considerarse que se trata de una cuestión que tiene un carácter “estructural” que acompaña al propio modo de provisión pública directa de la asistencia sanitaria en la que descansa nuestro Sistema de Salud, frente a los sistemas que descansan en la provisión por centros o profesionales de la elección del paciente con el posterior pago por “acto médico” a cargo del sistema público¹²⁹.

Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 889 y ss. 905-907, donde pueden leerse consideraciones que resultan perfectamente aplicables a la materia que nos ocupa:

“la mediación del Defensor del Pueblo resulta bastante fructífera en la resolución de los problemas singulares que se le plantean, supuestos de inactividad incluidos. Pero la intercesión personal y singular del Defensor, con ser importante, ni elimina las causas estructurales de la inactividad u otros males administrativos, ni evita que, dada prioridad al caso o expediente en que aquél pone su interés, otros muchos, quizás de mayor antigüedad, permanezcan dormidos en los archivos. No bastan, pues, las cualificadas influencias de este tribuno popular para poner remedio al problema. Además, y pese a ser uno de los problemas más frecuentemente examinados por el Defensor del Pueblo, sólo un bajísimo porcentaje de supuestos de inactividad administrativa llegan hasta sus manos”.

¹²⁸ En un documento hecho público por el INSALUD a través de Internet (<http://www.msc.es/insalud/>) se señalaba que la demora quirúrgica media se había reducido notablemente entre junio de 1996 y diciembre de 1999, pasando de 210 días a 62 entre estas dos fechas. El objetivo para finales de 2000 se fijaba en conseguir una demora media de 55 días, con un tope máximo de cinco meses.

¹²⁹ La provisión pública directa tiene sin duda sus ventajas, pero presenta este punto débil frente al sistema de provisión privada con financiación pública de cada acto médico. Este último es en cambio el modelo existente en nuestro país como es sabido en el caso concreto de las prestaciones farmacéuticas, que se suministran por cualquiera oficina de farmacia y cuyo coste se asume, de manera parcial o total según los casos,

Pero ello no puede justificar una actitud de pasividad ante la situación que hemos descrito (que podría llegar a un estado de cosas en que la demora actuase como mecanismo selectivo operando como elemento de disuasión o desincentivación en el acceso a las prestaciones del sistema público y de reconducción hacia la Sanidad privada de las personas con medios económicos para ello), sino que por el contrario debe motivar una acción decidida y continuada de los poderes públicos para reducir al mínimo las demoras inherentes a las listas de espera y para proporcionar a los ciudadanos mecanismos efectivos para defenderse en los supuestos en los que las demoras se extienden más allá de unos límites razonables.

Y esta acción ha de dirigirse en primer lugar obviamente –en línea con las medidas que se han venido adoptando en los últimos años- a la dotación de los medios personales y materiales que permitan atender la demanda asistencial existente, ya sea con carácter permanente mediante la ampliación de determinados servicios, o bien mediante fórmulas de carácter coyuntural que permitan aumentar la actividad asistencial de los hospitales de la red pública o concertar intervenciones con centros ajenos a la misma¹³⁰. Y junto a este incremento en la capacidad del dispositivo asistencial sanitario que permita reducir las listas de espera y los correspondientes períodos de demora, debe también incidirse en la mejora de los aspectos vinculados a la gestión de las listas, de modo que puedan evitarse los problemas y disfunciones que se han venido planteando en relación con dicha gestión y se proporcione¹³¹ más y mejor información a las personas afectadas.

por el Sistema Nacional de Salud. En estas prestaciones no hay por supuesto listas de espera.

¹³⁰ Dentro de esta línea se han venido adoptando en efecto en los últimos años una serie de medidas para reducir las demoras quirúrgicas, medidas que deberán mantenerse y potenciarse. Es el caso, en el ámbito territorial del INSALUD, del “Plan de choque” llevado a cabo en 1996, del “Programa de reducción de la demora quirúrgica” del año 1998 o del “Plan de reducción de la demora en cirugía cardiovascular” del verano de 2000. Algunos datos al respecto pueden encontrarse en la Memoria 1998 del INSALUD, Madrid, 1999, pp. 82-84, con datos sobre las reducciones que se han producido en la demora media de las intervenciones quirúrgicas.

¹³¹ La lectura de los Informes del Defensor del Pueblo y del Síndic catalán que hemos citado al principio de este epígrafe permite detectar los problemas que se han venido planteando en este ámbito de la gestión de las listas de espera: alargamientos de las esperas inicialmente previstas debido a aplazamientos sucesivos, peregrinajes hospitalarios como consecuencia de la derivación de unos centros a otros y la descoordinación entre los mismos, desinformación para los pacientes como consecuencia de una gestión de las listas que carece de la

D). Pero al margen de todo ello, parece claro que, desde una perspectiva jurídico-normativa, la regulación positiva de las prestaciones sanitarias sólo conseguirá abordar satisfactoriamente la cuestión cuando fije de modo taxativo unos períodos máximos de espera en el acceso efectivo a las prestaciones, de modo que el incumplimiento de los mismos determine la entrada en juego de alguna fórmula operativa para que las personas afectadas puedan recabar la inmediata provisión de la

agilidad y transparencia necesarias, etc. En particular, sobre la necesidad de una gestión transparente y de una información correcta al paciente ha venido insistiendo el Síndic de Greuges de Cataluña (Informe al Parlament 1996, pp. 224 y 227; Informe al Parlament 1997, pp. 235-236 e Informe al Parlament 1999, pp. 238-239).

En relación con los criterios materiales que han de presidir la gestión de las listas de espera, debe notarse que la legislación vigente resulta muy poco explícita.

La LGS tan sólo se ocupa de la cuestión para consagrar la existencia de una lista de espera única en los centros hospitalarios, de modo que no haya diferencias entre pacientes en función de la condición que tengan - personas con derecho a la asistencia sanitaria o “pacientes privados- (art. 16.2).

Pero no cabe duda en todo caso de que el “régimen de cola” que es inherente al concepto mismo de lista de espera y que obligaría a atender a los pacientes en función estrictamente de la antigüedad de su espera ha de ser matizado en base a criterios de necesidad clínica. Así lo apunta el Decreto vasco 175/1989, de 18 de julio, por el que se aprobó la carta de derechos y obligaciones de los pacientes y usuarios, en el que se incluyó el derecho “a que en el caso de que existan, las listas de espera reflejen con criterios de equidad únicamente las prioridades de urgencia médica y tiempo de espera. Y a ser informado periódicamente de la demora existente y sus causas” (art. 1.k). Precepto en base al cual queda claro que el tiempo de espera como criterio de prioridad queda complementado por el de la necesidad clínica (“urgencia médica”).

En un terreno especialmente relevante a estos efectos como es el de los trasplantes de órganos existe una toma de posición en el Documento “Puntos éticos de conflicto que puede generar el trasplante de órganos” emitido por la Comisión permanente sobre trasplante de órganos y tejidos del Consejo Interterritorial del SNS en 1992, toma de posición que resulta muy explícita pero que carece obviamente de efectos normativos. En él se dice que el reparto de los órganos obtenidos para trasplante ha de estar presidido por “los principios de justicia distributiva y equidad”. A estos principios, que excluyen “cualquier consideración no equitativa de índole geográfica, racial, sexual, religiosa, de edad, etc.” se añade la exigencia de repartir los órganos en base a “criterios exclusivamente médicos, buscando la más idónea adecuación órgano donado-receptor de este órgano”. A tal efecto se mencionan como criterios médicos a utilizar el de la “necesidad médica del receptor” y el de la “probabilidad de éxito del trasplante”, de acuerdo con los conocimientos científicos vigentes en cada momento, criterios que se complementan con la preferencia del área geográfica en la que se ha generado el órgano, esto es, en la que se ha realizado su donación. Junto a ello se indica que el profesional sanitario que lleve a cabo la selección del receptor “deberá estar siempre en disposición de justificarla”.

prestación de que se trate¹³². Sólo entonces las Administraciones responsables se verán comprometidas por el Derecho positivo de modo permanente a arbitrar los medios para atender las necesidades asistenciales dentro de un plazo máximo –quedará así fijado el *tempus* de las prestaciones sanitarias–, y sólo entonces adquirirá solidez la posición del ciudadano en relación con la dimensión temporal de las prestaciones sanitarias.

La opción que acaba de apuntarse ha venido proponiéndose desde hace ya algunos años –el propio Informe Abril de 1991 apuntaba alguna idea al respecto¹³³ y el más reciente Acuerdo parlamentario sobre consolidación y modernización del SNS se pronunciaba con todo énfasis y rotundidad a favor de dicha opción¹³⁴–, pero lo cierto

¹³² *La fórmula más expeditiva que cabe articular es abrir a los pacientes afectados la posibilidad de acudir al centro sanitario de su elección con traslado del gasto correspondiente al Sistema sanitario público, ya sea a través del pago directo del servicio o por la vía del reembolso de los gastos pagados por el paciente. Pero cabe también la alternativa, como veremos utilizada en la Comunidad valenciana, de imponer al Servicio de Salud responsable la exigencia de que, una vez agotado el plazo máximo previsto, determine el centro sanitario en el que haya de realizarse la prestación incumplida con cargo al Servicio de Salud.*

¹³³ *En su Recomendación nº 54 propugnaba el objetivo de definir unos plazos de tiempo para cada tipo de servicio, “como límites que no debieran rebasarse en una asistencia de calidad razonable”, pero sin precisar las consecuencias vinculadas al incumplimiento de esos plazos.*

Por cierto que dicho Informe aludía a la posible existencia de “intereses velados” en la concertación de procesos en relación con pacientes en listas de espera (es decir, que el propio personal de los servicios públicos de salud pueda beneficiarse de esta concertación), lo que obliga a extremar la cautela al respecto. En particular, parece obligado comprobar que los servicios públicos de salud funcionan en el marco de su capacidad real y que se cumplen las obligaciones de dedicación horaria y las normas sobre incompatibilidades del personal sanitario.

¹³⁴ *Dentro de un planteamiento general en el que se considera necesario definir no sólo el contenido de las prestaciones, sino también las garantías respecto a distintos aspectos de las mismas como son su calidad y los tiempos de espera (apartado I.2.b), se aborda específicamente esta cuestión al final del apartado I.2 en los siguientes términos:*

“En cuanto a la garantía de los tiempos de espera, la Subcomisión recomienda la constitución, en el seno del Consejo Interterritorial de una comisión de prioridades, encargada de indicar, para aquellos procedimientos diagnósticos o terapéuticos que se consideren prioritarios –por resolver o paliar situaciones de incapacidad, de especial gravedad y/o urgencia, o condicionar graves penalidades o sufrimientos– tiempos máximos de espera, superados los cuales el paciente tendrá derecho a ser inmediatamente asistido en el centro donde determine el correspondiente Servicio de Salud/INSALUD”.

También el Defensor del Pueblo y el Síndic de Greuges han venido propugnando la fijación de plazos máximos para el

es que no se ha asumido todavía por nuestro ordenamiento jurídico para el conjunto del SNS, si bien debe subrayarse que algunas Comunidades Autónomas han dado pasos importantes en esta dirección. Dentro de ellas destaca el caso de la Comunidad Valenciana cuyo Decreto 97/1996, de 21 de mayo, fijó un plazo máximo de 90 días aplicable al conjunto de las intervenciones quirúrgicas de su competencia, plazo cuyo transcurso habilita al paciente a solicitar al Servicio Valenciano de Salud la designación del centro sanitario por el que se procederá a realizar la correspondiente intervención¹³⁵. En otras Comunidades Autónomas como Andalucía y Navarra el tema ha tenido un tratamiento mediante norma de mayor rango –una Ley–, pero en unos términos menos concretos que remiten al correspondiente desarrollo reglamentario¹³⁶.

El establecimiento de un sistema de plazos máximos de forma generalizada para el conjunto de nuestro Sistema de Salud presenta ciertamente dificultades que no pueden desconocerse. Así, son cuestiones a dilucidar: a) la determinación del ámbito de aplicación del período máximo de demora: todas las prestaciones o bien solamente una parte de ellas (parece claro que hay algunas que es prudente excluir –así, los trasplantes, obviamente condicionados a la disponibilidad de órganos de las características adecuadas para la persona receptora–); b) la fijación de un plazo único o de plazos diversos en función de las concretas prestaciones (parece que sería preferible fijar plazos distintos, más o menos amplios en función de las situaciones que aborda cada prestación); y c) la determinación de la fórmula sustitutiva para lograr la provisión de la asistencia sanitaria en caso de incumplimiento del plazo: reintegro de gastos (esto es, utilización

acceso a las prestaciones (vid. Informe del Defensor del pueblo 1996, apartado 7.1.3; para el Síndic catalán, Informe al Parlamento 1996, pp. 224 y 227, Informe al Parlament 1997, p. 236).

¹³⁵ *Presentada esa solicitud, el Servicio Valenciano dicta una resolución por la que designa el centro sanitario que realizará la prestación, quedando dicho Servicio comprometido al pago de la asistencia sanitaria por subrogación del paciente (no hay por tanto reintegro de gastos sino pago directo de la factura por el Servicio Valenciano de Salud).*

¹³⁶ *Las aludidas previsiones legales carecen en consecuencia de eficacia normativa directa (vid. art. 6.1.w de la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía y, en Navarra, art. 1 de la Ley foral 12/1999, de 6 de abril, relativa específicamente a las listas de espera quirúrgicas, con remisión en ambos casos al plazo “que reglamentariamente se determine”). En el caso de Andalucía, la prensa ha dado cuenta de la preparación de un Decreto de contenido análogo al valenciano para establecer un plazo máximo en las intervenciones quirúrgicas y arbitrar una fórmula sustitutiva para el caso de que se incumpla dicho plazo.*

por el paciente de un centro privado de su elección con posterior reclamación de los gastos pagados a la Administración) o asignación de centro asistencial por la Administración responsable, con abono por ésta de los gastos al “proveedor” del servicio (la primera fórmula es más expeditiva en la obtención del servicio, pero más gravosa para el paciente desde el punto de vista económico y también probablemente para la propia Administración).

Pero con todo, no cabe duda de que la experiencia que suministra el aludido Decreto 97/1996 de la Comunidad valenciana avala la factibilidad de una regulación normativa de los tiempos máximos de espera para el conjunto del Sistema Nacional de Salud. Una regulación que parece imprescindible si se quiere remediar un aspecto que constituye sin duda en la actualidad uno de los puntos débiles más notorios en la regulación normativa de las prestaciones públicas sanitarias ¹³⁷.

¹³⁷ Respecto a la cuestión del ámbito material de la regulación de los tiempos máximos de espera, el Decreto valenciano abarca, como hemos apuntado, todo el conjunto de la “asistencia quirúrgica” (por tanto, todo el conjunto de los tratamientos quirúrgicos, pero no las actividades de carácter diagnóstico ni otros tratamientos distintos de la cirugía). Por su parte, el Acuerdo parlamentario de 1997 propuso referir los plazos a “aquellos procedimientos diagnósticos o terapéuticos que se consideren prioritarios –por resolver o paliar situaciones de incapacitación, de especial gravedad y/o urgencia, o condicionar graves penalidades o sufrimientos”, lo que apunta a un desarrollo normativo de una cierta complejidad que delimite el ámbito de aplicación de los plazos máximos en función de los criterios que se mencionan.

Respecto a la existencia de un único plazo o de unos plazos diferenciados en función de las prestaciones (una suerte de “catálogo” de plazos), el Acuerdo parlamentario aludido contiene una referencia en plural a los tiempos máximos de espera, lo que implica –frente a la opción por un plazo único de 90 días que incorpora el Decreto valenciano– una diferenciación de los tiempos en atención a las características de las distintas prestaciones.

En cuanto a la fórmula sustitutiva para la provisión de la asistencia sanitaria en caso de incumplimiento del plazo, la opción incorporada al Decreto valenciano (designación del centro sanitario por la Administración responsable) parece ser también el que se contempla en el Acuerdo parlamentario (“derecho a ser inmediatamente asistido en el centro donde determine el correspondiente Servicio de Salud/INSALUD”).

Va de suyo por otro lado que el Acuerdo parlamentario de 1997 contempla la determinación de unos tiempos máximos que serían aplicables al conjunto del SNS –lo que parece claramente factible a la vista de lo previsto en las reglas 1ª, 16ª y 17ª del art. 149.1 CE– y serían por tanto plenamente aplicables en el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas que han asumido en su integridad la gestión de la asistencia sanitaria pública. Lo cual no excluye por supuesto la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan introducir mejoras adi-

5. Sobre los aspectos cualitativos de las prestaciones sanitarias: el reto de la calidad asistencial.

La preocupación por los aspectos cualitativos de la asistencia sanitaria pública no puede decirse en modo alguno que sea algo novedoso. En relación sobre todo con los aspectos propiamente médicos o clínicos puede decirse que está en la base del proceso histórico de surgimiento y consolidación de nuestro sistema público de asistencia sanitaria –cuyo norte no fue otro que asegurar al conjunto de la población unos niveles dignos de atención médica–, y conecta por lo demás plenamente con el espíritu servicial que ha venido caracterizando tradicionalmente al ejercicio de la Medicina y demás profesiones sanitarias ¹³⁸.

La calidad de los servicios que presta el sistema público de asistencia sanitaria constituye en efecto una dimensión extraordinariamente relevante del mismo. De mayor relevancia sin duda que en otros ámbitos de los servicios y prestaciones públicas, habida cuenta de que los servicios sanitarios inciden sobre bienes esenciales de la persona (salud e integridad física, e incluso la propia vida) de modo que su funcionamiento defectuosos puede conducir no sólo al fracaso de los objetivos curativos o rehabilitadores perseguidos por las prestaciones sanitarias, sino que puede llevar a producir perjuicios de gran envergadura e irreversibles para las personas atendidas. Circunstancia ésta que no ha hecho sino incrementarse sin cesar en las últimas décadas, en las que ha aumentado extraordinariamente la capacidad curativa de la Medicina como consecuencia del progreso técnico y científico, pero ha crecido también de forma paralela el potencial dañoso que implica una aplicación defectuosa de muchos procedimientos diagnósticos y terapéuticos.

Por ello no puede sorprender que en la Ley General de Sanidad de 1986 aflore de modo explícito la preocupación por la calidad de la asistencia sanitaria y se insista en ella en particular sobre la *evaluación y control de la calidad* de la asistencia prestada. Una evaluación que se

cionales en la regulación de la dimensión temporal de las prestaciones sanitarias: fijación de unos plazos máximos más reducidos que los establecidos por la normativa estatal para el conjunto del Sistema, extensión de los plazos máximos a otras prestaciones no contempladas en la normativa estatal, etc.

¹³⁸ Como exponente de esta tradición puede verse el Código de Deontología Médica aprobado en 1979 por el Consejo General de Colegio de Médicos, que dedicaba a la “calidad de la atención médica” su Capítulo IV (arts. 26 a 33). En la actualidad, véase el Capítulo V del Código de Deontología Médica aprobado por la Asamblea General de la Organización Médica Colegial el 25 de septiembre de 1999.

concibe como “un proceso continuado que informará todas las actividades del personal de salud y de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud” (art. 69.2), instándose a las Administraciones sanitarias a establecer sistemas de evaluación de la calidad asistencial “oídas las sociedades científicas” y contemplando la participación de los médicos y de los hospitales en dicho proceso¹³⁹. Y ello al margen de las referencias a la exigencia de homologación o acreditación previa en relación con determinadas actividades o establecimientos sanitarios¹⁴⁰.

En los momentos actuales no cabe duda de que esta atención a los aspectos cualitativos de los servicios públicos de salud ha experimentado una perceptible intensificación que se refleja tanto en textos normativos más recientes¹⁴¹ como en las Memorias y documentos elabo-

¹³⁹ El art. 69.2 establece que “los médicos y demás profesionales titulados del centro deberán participar en los órganos encargados de la evaluación de la calidad asistencial del mismo”. Por su parte el apartado 3 del mismo artículo añade que “todos los hospitales deberán posibilitar o facilitar a las unidades de control de calidad externo el cumplimiento de sus cometidos. Asimismo, establecerán los mecanismos adecuados para ofrecer un alto nivel de calidad asistencial”. Vid. también los arts. 18.16 (control y mejora de la calidad de la asistencia sanitaria “en todos sus niveles” como línea de actuación de los Servicios de Salud), 46.e (prestación de una asistencia sanitaria con “altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados como una de las características fundamentales del SNS) y 70.2.d (establecimiento de “criterios mínimos, básicos y comunes de evaluación de la eficacia y rendimiento de los programas, centros o servicios sanitarios” como contenido de la coordinación general sanitaria), todos ellos de la Ley General de Sanidad.

¹⁴⁰ Así, homologación de instalaciones y equipos (art. 40.7), acreditación de centros o servicios para la extracción y trasplante de órganos (art. 40.8), homologación previa de centros sanitarios como requisito para que puedan prestar servicios en el marco de un concierto celebrado con las Administraciones Públicas (art. 90.5), etc.

¹⁴¹ Por ejemplo, cabe citar al respecto el art. 4.f de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de ordenación sanitaria de Canarias, que incluye entre los principios que caracterizan el sistema canario de salud “la mejora continua de la calidad de la atención y asistencia prestada por los servicios, tanto desde el punto de vista de la individualización, la dignidad y la humanidad en el trato a los pacientes y sus familiares, como en la mejor dotación de los servicios sanitarios”. O también, el art. 2.11 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía alude, dentro de los principios en que deben inspirarse las actuaciones sobre protección de la salud, a la “mejora continua en la calidad de los servicios, con un enfoque especial a la atención personal y la confortabilidad del paciente y sus familiares”.

En el ámbito de Cataluña, donde se ha hecho una utilización muy amplia de la prestación de la asistencia sanitaria pública a través de fórmulas contractuales con diversas entidades públicas o privadas, la normativa sanitaria ha incidido especial-

radamente por las Administraciones gestoras de los servicios de salud y en documentos de carácter político¹⁴². Una intensificación cuya explicación deriva a mi juicio de una parte de la dinámica general “modernizadora” en la que se han venido desarrollando las Administraciones Públicas en la última década –la preocupación por la calidad de los servicios públicos que se ofrecen a los ciudadanos es precisamente uno de los núcleos fundamentales de los discursos modernizadores al uso¹⁴³– y, por otra parte, del propio momento en el que se encuentra el ciclo evolutivo de nuestro sistema público de salud, que parece haber cerrado ya las etapas de desarrollo basadas sobre todo en el crecimiento cuantitativo (extensión progresiva del alcance objetivo y subjetivo de las prestaciones sanitarias) para entrar en una nueva etapa caracterizada por la atención prioritaria a los aspectos cualitativos de la asistencia sanitaria¹⁴⁴.

mente sobre la acreditación previa como requisito para la contratación con el Servicio Catalán de la Salud, acreditación que se hace depender del cumplimiento de unos estándares de calidad normativamente definidos. Vid. al respecto los Decretos 169/1996, de 23 de mayo, sobre convenios y contratos de gestión de servicios sanitarios (art. 5), 36/1997, de 18 de febrero, sobre estándares de calidad para la gestión de servicios sanitarios y 309/1997, de 9 de diciembre, sobre requisitos de acreditación de entidades de base asociativa para la gestión de servicios sanitarios, así como la normativa complementaria de estos Decretos.

¹⁴² La preocupación por los aspectos cualitativos es patente en el Acuerdo parlamentario de 1997 ya citado con anterioridad (véase en concreto lo que se indica en sus apartados 2, 8 y 9).

¹⁴³ Como muestra de ello puede verse, por ejemplo el “Plan de modernización de la Administración del Estado” (Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 1991, puesto en marcha en abril de 1992), el RD 208/1996, de 9 de febrero, de regulación de los servicios de información administrativa y atención al ciudadano, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (Exposición de Motivos, apartados III, IV y VI, y arts. 3 y 4), el RD 1259/1999, de 16 de julio, por el que se regulan las cartas de servicios y los premios a la calidad en la Administración General del Estado, así como el “Libro blanco” elaborado por el Ministerio de Administraciones Públicas y presentado al Consejo de Ministros el 4 de febrero de 2000 (Libro blanco para la mejora de los servicios públicos, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2000, en especial, pp. 69-93); documentos todos ellos a través de los cuales puede constatararse en efecto esta preocupación, que impregna las acciones modernizadoras desarrolladas en los últimos años, por la mejora de la calidad de los servicios que ofrecen las Administraciones a los ciudadanos.

¹⁴⁴ No cabe duda de que determinados indicadores de carácter meramente cuantitativo como el número de camas por habitantes, o el número de médicos por habitantes, que tienen una indudable relevancia para países “en desarrollo” (como lo era por ejemplo la España de los años 60) tienen hoy en nuestro país una significación menor.

Una vez constatada esta creciente preocupación por los temas vinculados a la calidad de la asistencia sanitaria, creo importante subrayar tanto la amplitud y la diversidad de las cuestiones que están involucradas en la idea de calidad proyectada sobre el ámbito sanitario –y por tanto la diversidad de perspectivas desde las que es posible aproximarse al tema-, como la multiplicidad de factores o elementos que confluyen en la determinación de los niveles de calidad de la asistencia prestada.

En relación con lo primero, subrayaré tan sólo que el tema puede ser abordado por supuesto desde una perspectiva propiamente médica (calidad de los procedimientos o técnicas diagnósticas y terapéuticas que se utilizan), pero también desde otros puntos de vista como son el de los cuidados de enfermería que requiere una adecuada asistencia sanitaria, la atención personalizada a los pacientes y respetuosa con su intimidad y autonomía personal, la agilidad de los aspectos formales y administrativos vinculados con la prestación de la asistencia sanitaria, la confortabilidad en el acondicionamiento material de los pacientes y sus familiares, etc.

Y por lo que se refiere a los elementos determinantes de la calidad, no cabe duda de que deben tenerse en cuenta una gama de cuestiones no menos amplia: importan por supuesto todos los aspectos vinculados con los recursos humanos –dotación de personal sanitario y formación y especialización del mismo-, con los edificios e instalaciones y con los elementos materiales disponibles –la calidad técnica de los aparatos que se utilizan y el adecuado mantenimiento de los mismos-, e importan también todos los aspectos organizativos de los medios asistenciales existentes, tanto en el ámbito interno de cada centro sanitario como en la coordinación de los diferentes centros y niveles asistenciales. Pero junto a ello, son también relevantes otros aspectos que tienen una relevancia quizás menos inmediata, pero a la larga no menos decisiva: la existencia de un estatus idóneo de los médicos y demás profesionales al servicio de la Sanidad pública (en cuanto a condiciones de acceso, estabilidad y

Véanse las observaciones sobre “la calidad de los servicios públicos de contenidos sanitario y social” contenidas en el Informe del Defensor del Pueblo de 1998 (Apartado 2.6), donde se subraya que en una buena parte de las quejas sobre la materia presentadas ante esa institución subyacen problemas que afectan a los aspectos cualitativos de tales servicios: “aunque el parque de instalaciones sanitarias y sociales existente en España presenta todavía algunas insuficiencias, el lo cierto que, a medida que va disponiéndose de un mayor volumen de recursos, el problema se desplaza paulatinamente desde los aspectos cualitativos hacia los relativos a la calidad y, más allá de ésta, a la excelencia”.

promoción, régimen retributivo, etc.)¹⁴⁵, así como la propia “cultura” sanitaria de los ciudadanos-usuarios de cara a una utilización racional de los servicios que les ofrece el sistema público de salud.

Todo lo cual debe conducir a evitar las aproximaciones simplistas o superficiales al tema, tanto en relación con la medición o evaluación de la calidad asistencial –que engloba una gran cantidad de aspectos muchos de los cuales resultan de medición difícil o cuya medición puede tener un coste que rebase las utilidades esperables de la misma¹⁴⁶ – como en el diseño de los instrumentos al servicios de la mejora de la calidad, cuestiones ambas en relación con las cuales los enfoques parciales o simplistas pueden conducir a efectos inútiles o incluso contraproducentes.

Serían así enfoques parciales, a mi modo de ver, pensar que la calidad asistencial puede aumentarse sustancialmente aplicando miméticamente los esquemas al uso en el ámbito de la empresa privada, sin tener en cuenta debidamente la especificidad del sector público y, de modo particular, del sistema sanitario asistencial¹⁴⁷, o

¹⁴⁵ *Objetivo que no puede decirse que se haya logrado en nuestro sistema sanitario público. Creo por el contrario que los numerosos problemas que se han planteado en los últimos años para alcanzar una renovación general del régimen del personal sanitario público, con las secuelas que de ello ha derivado (pluralidad y diversidad de regímenes jurídicos del personal sanitario, abuso de las interinidades, falta de concursos de traslado, etc) no han dejado de incidir negativamente sobre el funcionamiento del SNS.*

¹⁴⁶ *Es claro así que el ámbito de la Sanidad –como sucede también en la enseñanza- tiene unos perfiles muy peculiares que lo diferencian de otros sectores como por ejemplo la fabricación de productos industriales o la construcción de edificios, que tienen un marcadísimo componente técnico, y en consecuencia no son trasladables los esquemas que se aplican en relación con la calidad industrial (vid. arts. 19 y 20 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria) o con la calidad en la edificación (vid. Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, entre otros, art. 3 apartados 1 y 2, art 13.1 y art. 14).*

¹⁴⁷ *Sobre las dificultades para la evaluación de la calidad de la atención primaria puede ser ilustrativa la sorprendente experiencia ensayada por la Generalidad de Cataluña y de la que dio cuenta en su momento la prensa escrita (“El Mundo”, 22 de mayo de 2000) que consistía en infiltrar actores reclutados al efecto que simulaban una dolencia y acudían a los centros de atención primaria como falsos pacientes con el objetivo de recabar información a efectos de evaluación. En la nota de prensa a la que se alude se subrayaban, como inconvenientes de esta experiencia, los “riesgos” de que los médicos detectarían la simulación (lo que a juicio de los expertos sucedía en un 18% de los casos) y los costes generados por el “elevado coste de reclutamiento, entrenamiento y realización del control de calidad de las simulaciones”.*

bien mediante el simple expediente de crear un órgano *ad hoc* o un organismo responsabilizado de velar por la calidad asistencial. Sería también simplista –e ingenuo– sostener un enfoque exclusivamente normativo o reglamentista –y judicializado– de la calidad: pensar que el tema puede quedar resuelto satisfactoriamente con la mera determinación normativa de estándares de calidad que se imponen a los Servicios de Salud y que están respaldados judicialmente a través de las acciones de responsabilidad¹⁴⁸. Y sería también insuficiente a mi juicio un enfoque centrado exclusivamente en la libertad de elección del médico y del centro sanitario por parte del usuario, perspectiva ésta desde la que se ha venido propugnando como es sabido una concurrencia competitiva

Creo más que dudoso que el resultado de esta técnica de evaluación pueda justificar sus costes, que parecen elevados no sólo en términos de gasto público (que se apuntan en la información resumida) sino sobre todo en términos de pérdida de confianza en la relación entre los gestores y los médicos (éstos difícilmente podrán dejar de percibir esta infiltración de actores en sus consultas como una manifestación de desconfianza hacia ellos) y en la relación médico-paciente (la confianza aquí se verá distorsionada por un elemento de duda -que puede asaltar a los médicos- sobre si los pacientes a los que atienden son auténticos o son simuladores infiltrados).

En relación con la calidad de los centros hospitalarios, cabe aludir a la evaluación llevada a cabo por una empresa privada especializada en la materia (de la que dio cuenta “El País” de 26 de octubre de 2000) en base a la cual dicha empresa había elaborado una lista de los veinte mejores hospitales de España (los Top20 era el término utilizado). Los resultados de esta evaluación eran a mi juicio muy discutibles y poco rigurosos tanto por el criterio de selección de los hospitales evaluados como por los indicadores utilizados para evaluarlos. No puede sorprender por ello que los resultados de esta evaluación fueran contestados con importantes objeciones (vid. de nuevo en torno al tema “El País” de 30 de octubre de 2000).

¹⁴⁸ *Por el contrario, un enfoque centrado exclusivamente en esta perspectiva podría llegar a ser contraproducente para la calidad global del sistema sanitario al propiciar actitudes y prácticas de “Medicina defensiva”.*

Sobre la insuficiencia de una visión reglamentista y judicializada de la cuestión llamó la atención el Sindic de Greuges de Catalunya en su Informe correspondiente a 1996 (Informe al Parlament 1996, p. 223), donde puede leerse al respecto lo siguiente:

“Entendemos que ni las imposiciones reglamentarias ni, por lo que se refiere a los errores médicos, la intervención del Derecho Penal, pueden frenar por sí solas, las desidias y malas actuaciones sanitarias, sino que debe potenciarse la vinculación entre el trabajo bien hecho y las expectativas profesionales, individuales y de las organizaciones en las cuales se insertan (hospital, centro de atención primaria...). Este es uno de los retos de la gestión pública en general y, particularmente, de la sanitaria” (subrayado mío).

entre los distintos “proveedores” de servicios sanitarios dentro del sistema público asistencial¹⁴⁹.

Una vez apuntada la especificidad y la complejidad que presenta el tema, debe subrayarse a renglón seguido la utilidad y validez de los instrumentos que se han venido aplicando últimamente desde las Administraciones gestoras –y de los que se anuncian dentro de un horizonte inmediato– para mejorar la calidad de la asistencia sanitaria. Entre los ya operativos cabe aludir a las acciones encaminadas a disponer de datos e informaciones homogéneas de la actividad de los centros sanitarios –con el objeto de poder evaluar dicha actividad y realizar comparaciones entre distintos centros¹⁵⁰– y los distintas planes o políticas de calidad diseñadas por las Administraciones responsables de la asistencia sanitaria. Planes que han evolucionado desde las acciones centradas en aspectos concretos considerados prioritarios (“Plan de humanización” de la asistencia sanitaria puesto en marcha por el INSALUD en 1984, programa “consentimiento informado”, programa de reducción de la demora quirúrgica, etc.) hacia planteamientos de carácter omnicompreensivo que intentan insertar los diferentes aspectos y perspectivas que presenta la calidad asistencial dentro de un esquema global que se concibe además como un proceso continuo de mejora (“Plan de calidad total” recientemente elaborado en el ámbito del INSALUD)¹⁵¹.

¹⁴⁹ *El presupuesto necesario para que pueda ser operativa la libertad de elección del usuario –la existencia de más de un proveedor del servicio de que se trate– resultará de hecho inviable en muchas zonas rurales de escasa población o de población dispersa e, incluso en zonas urbanas, en servicios muy especializados de coste muy elevado (en cuyo caso las situaciones de proveedor único –un solo hospital, un solo especialista, una sola instalación para realizar la hemodiálisis o las radiografías, etc.– serán difícilmente evitables). Pero al margen de ello, no cabe desconocer las dificultades que para los usuarios conlleva tener una información cabal y objetiva sobre la calidad de los servicios que se les ofrecen y reciben (es obvia la tantas veces subrayada “asimetría” de la información poseída por oferentes y demandantes de servicios sanitarios). Y tampoco cabe desconocer los riesgos y las insuficiencias de un enfoque gerencial centrado exclusivamente en la calidad percibida por los usuarios y de un “marketing” preocupado más por la calidad aparente que por la calidad real de los servicios sanitarios (marketing que conlleva por lo demás un sobrecoste que se acaba trasladando al ciudadano-usuario por una u otra vía).*

¹⁵⁰ *Me refiero al denominado Conjunto Mínimo Básico de Datos (CMBD) definido por el Consejo Interterritorial en 1987 e implantado de forma progresiva que pretende codificar una serie de datos referidos a cada una de las altas que se producen en los hospitales.*

¹⁵¹ *Ya el Plan de Salud 1995 elaborado por el Ministerio de Sanidad y Consumo subrayaba al respecto la transición producida en los enfoques sobre la calidad de los servicios de salud*

Dentro de un horizonte próximo deben mencionarse las denominadas “cartas de servicios” –contempladas normativamente por el RD 1259/1999, de 16 de julio, por el que se regulan las cartas de servicios y los premios a la calidad en la Administración General del Estado¹⁵² –, así como también la posible determinación normativa –propugnada desde diversas instancias- de unos estándares mínimos de calidad que se impondrían a las Administraciones responsables de la prestación de la asistencia sanitaria, con el carácter vinculante derivado de su incorporación a la ordenación legal de las prestaciones¹⁵³.

“desde una idea sobre la calidad centrada fundamentalmente en el aspecto científico-técnico hasta la actual filosofía de la garantía de calidad total”.

Adviértase por otro lado que a partir de 1994 el contrato programa o contrato de gestión que enmarca anualmente la actividad del INSALUD viene incorporando un Plan de Calidad con objetivos específicos de mejora.

Recientemente se ha elaborado el denominado “Plan de calidad total del INSALUD” (difundido a través de Internet: www.msc.es/insalud) en desarrollo de lo previsto en su momento por el Plan Estratégico del INSALUD de 1997 (Plan estratégico. El libro azul, INSALUD, Madrid, 1997, pp. 189-190). En el mencionado Plan de calidad total se explicitan los objetivos generales y específicos, tanto para el conjunto del Organismo (objetivos “corporativos”) como a nivel de centro sanitario y se incluye una interesante documentación complementaria recogida en las “notas técnicas”.

¹⁵² Véanse en particular los arts. 3 y ss. de este RD y las previsiones contenidas en el ya citado Libro blanco para la mejora de los servicios públicos, pp. 143-144. La utilización de este instrumento en el ámbito sanitario fue expresamente recomendada por el Acuerdo parlamentario de 1997 (apartado 2) y es expresamente asumido como objetivo a conseguir por el Plan de calidad total del INSALUD al que hemos aludido (objetivo 1.a).

Sobre la técnica de las “cartas de servicios” véase D. SANZ PEREZ, La posición del usuario frente a la actividad de servicio público: especial atención a los servicios sanitarios, DyS, 6,1 (1998), pp. 2 y ss, 7 y ss y L. MÍGUEZ MACHO, Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios, CEDECS, Barcelona, 1999, pp. 222 y ss., trabajos ambos que son anteriores al RD 1259/1999. También puede verse el documento Cartas de servicios públicos publicado por el INAP dentro de su colección “Documentos INAP”, nº 5, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1995, en cuyas pp. 57 y ss se incluye el esquema general de “carta de los servicios públicos sanitarios” aprobado en Italia por el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 19 de mayo de 1995.

¹⁵³ El Acuerdo parlamentario de 1997 propugna una ordenación legal de las prestaciones sanitarias en la que deben concretarse “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” (apartado 2.b). Por su parte el Defensor del Pueblo incorporó a su Informe correspondiente a 1998 (apartado 2.6 relativo a “la calidad de los servicios públicos de contenido sanitario y social”) una sugerencia en este sentido:

V. OBSERVACIONES FINALES

Una vez completado el repaso a temas que habíamos seleccionado dentro del amplio abanico de cuestiones abiertas o problemáticas en torno a la configuración de las prestaciones sanitarias, me parece todavía conveniente añadir algunas observaciones de conjunto, a la vista de cuanto queda expuesto.

A) No me parece inoportuno en primer lugar reafirmar la plena validez que, en términos generales, tiene el sistema público de asistencia sanitaria hoy existente en España, trabajosamente conseguido a través de un proceso de progresión ininterrumpida que se ha llevado a cabo a lo largo del último medio siglo.

Aunque sea una constatación compartida de forma generalizada, no es ocioso subrayar que constituye una valiosísima pieza de nuestro sistema público de solidaridad, y ello tanto desde el punto de vista *social* –implica sin duda flujos de recursos hacia las población de menor capacidad económica¹⁵⁴ – como también desde el punto de vista *territorial*¹⁵⁵, y quizás sobre todo *intergeneracional* –incorpora en particular un fuerte compromiso hacia las personas de edad avanzada-.

Se trata de una pieza de nuestro sistema de solidaridad –muy importante, como acabo de subrayar- que por lo demás parece resistir bien los aires de crisis que han soplado en los últimos años en relación con el denominado Estado del Bienestar. Aunque haya habido reticencias a las ampliaciones prestacionales, e incluso recortes en aspectos puntuales, no cabe duda de que, en conjunto, nuestro sistema público de asistencia sanitaria ha seguido reforzándose en la última década. Lo cual viene a corro-

“entre los instrumentos para la mejora de la calidad, puede citarse la vinculación de la entidad gestora de dichos servicios al cumplimiento de un determinado nivel de calidad, fijado a través de estándares o patrones, sistema cuyo perfeccionamiento llevará a compensar de forma automática a los usuarios cuando se incumpla el patrón de calidad establecido, sin necesidad de que se produzcan, como sucede en el mecanismo de la responsabilidad patrimonial,, perjuicios evaluables económicamente....”

¹⁵⁴ Las prestaciones sanitarias benefician a todos en condiciones de igualdad –su utilización mayor o menor está tan solo en función de las necesidades de cada uno-, y se financian a través del pago de los impuestos, por tanto en el marco del principio de progresividad que inspira nuestro sistema tributario.

¹⁵⁵ En la medida en que se consiga un aceptable equilibrio territorial en la provisión de servicios, es obvio que hay una transferencia de recursos hacia regiones o zonas de menor nivel de renta y hacia zonas de población envejecida o con demografía escasa o dispersa (en las que el gasto público per capita necesariamente será mayor).

borar a mi juicio la validez del principio básico sobre el que se asienta, que no es otro que el aseguramiento único y universal por el Estado de la protección sanitaria del conjunto de la población, y la superioridad objetiva de esta fórmula con respecto a otras vigentes en nuestro país en otras etapas históricas o actualmente en otros países (así, los sistemas que se basan en el aseguramiento privado voluntario, más o menos incentivado por el Estado, completado con la cobertura estatal de la asistencia sanitaria de los segmentos de población de menor nivel de renta)¹⁵⁶.

B) Pero esta constatación no debe conducir a mantener actitudes de autocomplacencia y estancamiento, pues son muchas como ha quedado expuesto, las cuestiones abiertas y los retos que tiene pendientes nuestro sistema público de prestaciones sanitarias y que están o deberían estar en la “agenda” de legisladores y gestores sanitarios.

En algún caso se trata de cuestiones que admiten y exigen una respuesta inmediata mediante la correspondiente intervención del legislador que las cierre de forma

¹⁵⁶ *Un riesgo como el sanitario que afecta a toda la población, pero que incide muy desigualmente sobre ella, se soporta mejor cuanto más amplio es el colectivo de beneficiarios a los que cubre y que contribuyen a su financiación. En efecto, los riesgos vinculados con la salud de las personas afectan obviamente a todos, pero con una incidencia marcadamente desigual en el coste de la asistencia requerida por unos y otros (junto a las personas que mantienen una salud aceptable con escaso gasto sanitario hay personas con enfermedades crónicas que requieren una atención constante y costosa) y además con una distribución también desigual a lo largo de la vida humana (el gasto sanitario propiciado por una persona presenta como es sabido una fuerte concentración en la etapa final de la vida y, en todo caso, puede obviamente dispararse en cualquier momento como consecuencia de un accidente). Ante esta realidad, no cabe duda de que el aseguramiento universal por el Estado es la fórmula que ensancha al máximo el colectivo de personas entre las que se distribuyen las cargas inherentes a los gastos aludidos –marcadamente desiguales y aleatorios, como se ha indicado- y permite evitar todas las limitaciones que son propias del aseguramiento sanitario privado, que por su propia lógica empresarial tiende a excluir precisamente a las personas que más necesidades sanitarias tienen –enfermos crónicos, discapacitados, personas de edad avanzada, etc.-, por obvias razones de rentabilidad del negocio asegurador (esta es la paradoja que presenta la técnica del seguro privado aplicada al ámbito sanitario: tiende a excluir a quienes más lo necesitan).*

Sucede por otro lado que el aseguramiento único puede encontrar también argumentos a su favor desde la óptica de la reducción de gastos y de la eficiencia: evita los gastos administrativos vinculados a la existencia de una pluralidad de entidades aseguradoras y a las actividades de publicidad y marketing orientadas a la captación de clientes, permite dar la máxima rentabilidad social a determinadas inversiones en relación con enfermedades muy específicas que afectan a grupos muy reducidos de población, etc.

definitiva –así, la plena universalización de la asistencia sanitaria, que debería plasmarse en la legislación estatal básica sobre la materia-. Pero en la mayor parte de los casos –así, las cuestiones relativas al *quantum* prestacional o a la calidad asistencial y, entre las que aquí no hemos podido abordar, el logro del equilibrio territorial en la provisión de servicios o la racionalización del consumo farmacéutico y la contención del gasto asociado al mismo- se trata de temas que requieren aproximaciones sucesivas dentro de un horizonte temporal más amplio, y en las que la propia dinamicidad del sector sanitario hace que resulte ingenuo esperar una solución o cierre definitivo de las mismas a corto plazo.

C) Por último, me parece oportuno subrayar que la indudable trascendencia que tienen todas estas cuestiones, manifestada en su ostensible presencia en los medios de comunicación, no debe hacernos perder de vista el hecho de que nuestro Sistema de Salud tiene algunas importantes “asignaturas pendientes” que están fuera de lo que es propiamente la configuración de las prestaciones de asistencia sanitaria, pero que seguramente son más importantes en términos de salud para el conjunto de la población, esto es, en términos de esperanza de vida media y de calidad de vida media.

Estoy pensando en temas como la altísima siniestralidad por accidentes de tráfico registrados en nuestro país, con sus impresionantes cifras de fallecimientos y secuelas irreversibles –y también, la elevada siniestralidad por accidentes laborales que se registran en muchos sectores-, o la fuerte incidencia de las drogodependencias y otras adiciones (tabaco, alcohol, etc). También, en determinados hábitos o estilos de vida poco “saludables” vinculados al modelo de sociedad “desarrollada” al que se ha incorporado nuestro país¹⁵⁷ –especialmente en las zonas urbanas-, y, en el otro extremo, en la existencia de colectivos de población marginados que están *de facto* fuera del Sistema de Salud, a las que éste no llega o llega tarde, porque carecen de las condiciones mínimas necesarias para una vida saludable (vivienda, entorno familiar,

¹⁵⁷ *Una sociedad que muchas veces concibe a la salud como un bien o mercancía que puede comprarse en el mercado de servicios, o que puede exigirse a un Estado providente, y que, en consecuencia, tiende a ser una sociedad medicalizada y “consumista” –en el peor sentido de la expresión- de servicios de salud y de productos sanitarios-, marginándose en no pocos casos la dimensión de la responsabilidad personal en el cuidado de la propia salud (que, concebida como ese estado de “completo bienestar físico, mental y social” al que un tanto utópicamente alude el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, tiene un complejo abanico de elementos que la determinan).*

educación, etc.) y están en niveles decimonónicos desde el punto de vista de la higiene pública.

Creo que la simple mención de estos temas –en cuyo desarrollo no podemos entrar aquí obviamente- debe servir para recordar que las prestaciones públicas de asistencia sanitaria constituyen tan sólo una parte del

Sistema de Salud –utilizando esta expresión tanto en su acepción institucional como en la sociológica- y debe también ayudar a dimensionar correctamente la relevancia de los retos y cuestiones que se plantean en torno a la configuración de las prestaciones sanitarias.