

La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico

The universality of the fundamental social right to the healthcare in question and the right to autonomous self-government

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL
DIRECTOR DE LA “REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM”

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

CONTRATADO PREDOCTORAL FPU DEL MEC
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

Este trabajo de investigación tiene por objeto acometer un análisis del carácter universalista de la asistencia sanitaria recientemente cuestionado por nuestro Tribunal Constitucional. La consecuencia de penalizar el ejercicio del derecho al autogobierno autonómico ha tenido como resultado –o daño colateral– la des-universalización de la protección sanitaria –a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional 134/2017, de 16 de noviembre– pretendiéndose consagrar la sostenibilidad del sistema de salud a costa de la reducción del ámbito subjetivo de la protección social. En efecto, se mercantiliza el acceso a una prestación tan vital y fundamental como es la sanitaria, sin permitir, vía competencia autonómica, establecer un nivel superior de protección a través de la mejora de la regulación básica –y mínima– del Estado.

Palabras clave

Universal, solidaridad, salud, sanitario, racionalidad social

Abstract

This research work aims to undertake an analysis of the universalist nature of healthcare recently questioned by our Constitutional Court. The consequence of penalising the exercise of the right to autonomous self-government has had as a result –or collateral damage– the de-universalisation of health protection –following the ruling of the Constitutional Court 134/2017, of 16th November– which aimed to enshrine the sustainability of the health system at the expense of reducing the subjective scope of social protection. In effect, access to such a vital and fundamental service as healthcare is commercialised, without allowing, through autonomic competence, to establish a higher level of protection through the improvement of the basic –and minimum– regulation of the State.

Keywords

Universal; solidarity; health; medical; social rationality

“...Vivir es pensar. Es registrar la existencia como un ilimitado flujo del pensamiento”

GEORGE STEINER¹

¹ STEINER, G.: *Lecciones de los maestros*, trad. María Condor, Madrid, Ed. Siruela, 2ª ed., 2004, pág. 103.

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA UNIDAD DEL ESTADO Y EL EJERCICIO DEL DERECHO AL AUTOGOBIERNO DE LAS CCAA

En el reparto de competencias –más en materia sanitaria– nos enfrentamos a un tema sumamente polémico ya que afecta a las bases de la conformación territorial del Estado. Por eso toda cautela es poca a la hora de atribuir luces y sombras a los Textos Autonómicos que a lo largo de los años anteriores han sido objeto de redefinición: poner el acento en el contenido recogido en los Estatutos de Autonomía e insistir en que han supuesto la ampliación contundente del marco competencial autonómico, desplaza el debate hacia la constitucionalidad de las reformas; por el contrario, relativizar en exceso la originalidad del articulado de los nuevos Estatutos, subrayando los aspectos meramente formales, si bien contribuye a diluir las dudas en torno a su constitucionalidad, no responde a la realidad de su contenido y –al mismo tiempo– devalúa el papel que están llamados a desempeñar en el siglo XXI².

Los posicionamientos sobre el tema competencial autonómico no han sido unívocos. De este modo, podemos constatar que existen múltiples tesis en torno al alcance político-jurídico de los Estatutos de Autonomía: por un lado, encontramos a quienes afirman que lo que se está edificando realmente es un “nuevo Estado Autonómico”, que introduce cambios esenciales en los postulados originarios contenidos en el Texto Constitucional en relación a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas³; por otro lado, se alinean los que defienden que los Estatutos no hacen sino adaptarse a la realidad autonómica que se ha ido configurando a lo largo de los años, restando así importancia a la tesis de quienes entienden que los textos autonómicos introducen novedades sustanciales en el marco competencial⁴; finalmente, y esta interpretación ecléctica es la más acertada a nuestro juicio, se pronuncian quienes, reconociendo que efectivamente los nuevos Estatutos –en gran medida– han incorporado a su articulado las “experiencias jurídicas del Estado de las Autonomías”, sí que aciertan a distinguir nuevas competencias autonómicas, hecho éste que conducirá, inexorablemente, al planteamiento de conflictos para deslindar el margen competencial de actuación entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Profundizando en esta idea, algunos autores afirman que asistimos a un proceso de reforma estatutaria de “segunda generación”, ya que si bien es cierto que los Estatutos responden al deseo de alcanzar el techo competencial permitido por la Constitución, no lo es menos que también plantean una “redefinición institucional de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas”⁵. Ello comporta, pues, una redefinición del modelo de Estado Autonómico.

² MONEREO PÉREZ, J. L. y DÍAZ AZNARTE, M^a. T.: “El marco competencial diseñado por el Estatuto de Autonomía de Andalucía en materia de políticas sociolaborales”, en AA. VV.: *Políticas laborales y de protección social en el marco competencial del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Sevilla, Mergablum, CARL, 2008, p. 72; *Ibid.*, ampliamente, *El Estado Social Autonómico*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2008, *passim*.

³ CRUZ VILLALÓN, P.: “La reforma del Estado de las Autonomías”, en *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 2, 2006, p. 79.

⁴ MONTILLA MARTOS, J. A.: “La incidencia de las Reformas en el Modelo Autonómico”, en AA. VV.: *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía. Un estudio particular de los Estatutos Andaluz y Catalán*, CARL, 2007, p. 26.

⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “El reparto constitucional de competencias en materia laboral a la prueba de las reformas estatutarias”, en AA. VV.: *La dimensión socio-laboral de los nuevos estatutos de autonomía. Un* (...)

En cualquier caso, asumir el carácter “relativamente innovador” de los actuales Estatutos de Autonomía no evita que aflore una “fuerte tensión entre el poder unificador (principio de unidad) y poderes de diversificación (principio de autonomía)”, y ello a pesar de que los procesos de reforma autonómica se han desarrollado conforme al procedimiento previsto en el artículo 147.2 CE⁶, lo cual, demuestra la flexibilidad del modelo constitucional⁷.

Interesa hacer notar el hecho de que en un sistema político democrático se reconozca la diversidad cultural y la existencia de “países” (“nacionalidades”) y “regiones” dentro de un mismo sistema político, –en el sentido de Jellinek, que vincula la idea de país (y, en general a los que denomina significativamente “Fragmentos de Estado”⁸) con la existencia de comunidades diferenciadas que dan lugar a formaciones políticas dotadas de autonomía–, no puede sino considerarse como un fenómeno positivo para la democratización del Estado. Ahora bien, admitido esto, el problema reside en establecer la distribución de competencias y sus límites (la línea de demarcación competencial) para conjugar el hecho diferencial (país o región) con la exigencias de unidad y homogeneidad que imponen los valores fundamentales que también consagra el texto constitucional (igualdad, solidaridad y libertad real para todos en el cuadro de un sistema de Estado social pluralista –Estado democrático/social–, que es dónde realmente pueden tener juego). Pero lo que es obvio es que la Constitución tiene la fuerza jurídica suficiente como para aplicarse a uno de sus objetivos fundamentales como es la transformación de la organización y de las estructuras del Estado⁹.

Llegados a este momento, y para aprehender el alcance real de la cuestión que se plantea, debemos centrar el debate superando en la medida de lo posible consideraciones estrictamente políticas –tarea ardua cuando nos adentramos en esta materia–, reconduciendo la discusión hacia la perspectiva técnico-jurídica de la materia¹⁰.

En efecto, el establecimiento por el Sistema de Seguridad Social de un derecho a las prestaciones sanitarias está íntimamente relacionado con los principios de solidaridad y obligatoriedad: en virtud de los citados principios todos deben pertenecer al esquema protector y contribuir al sostenimiento del sistema mediante la redistribución de rentas de

estudio particular de los estatutos andaluz y catalán”, Sevilla, Mergablum, Carl, 2007, p. 128. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “La dimensión competencial: el posible “reparto de competencias” en el Estado Autonómico”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N. *et al*: *La Seguridad Social ante las reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Granada, Comares, 2008.

⁶ “La reforma de los Estatutos se ajustará al procedimiento establecido en los mismos y requerirá, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica”.

⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Competencias en materia de políticas de empleo e inmigración”, en AA. VV.: *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía. Un estudio particular de los Estatutos Andaluz y Catalán*, CARL, 2007, p. 151.

⁸ JELLINEK, G.: *Fragmentos de Estado*, introducción de M. Herrero de Miñón, Madrid, Civitas, 1981.

⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y DÍAZ AZNARTE, M^a. T.: “El marco competencial diseñado por el Estatuto de Autonomía de Andalucía en materia de políticas sociolaborales”, en AA. VV.: *Políticas laborales y de protección social en el marco competencial del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Sevilla, Mergablum, CARL, 2008, pp. 77 y 78.

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y DÍAZ AZNARTE, M^a. T.: “El marco competencial diseñado por el Estatuto de Autonomía de Andalucía en materia de políticas sociolaborales”, en AA. VV.: *Políticas laborales y de protección social en el marco competencial del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Sevilla, Mergablum, CARL, 2008, p. 73.

manera que los sanos aportan para los enfermos según la capacidad de cada sujeto¹¹. En efecto, el individuo mediante el pago, no por supuesto de todo el costo, pero de una parte sustancial de este como una contribución, puede sentir que está obteniendo seguridad no como una caridad sino como un derecho¹².

Todo ello permite comprender la importancia de acometer un estudio científico riguroso de la conformación de nuestro Estado autonómico en el actual proceso de redefinición constituyente autonómico en la dirección de una ampliación del espacio de competencias regulativas (señaladamente en el ámbito sociolaboral). La línea de tendencia es el reforzamiento de un modelo de Estado complejo o compuesto, que se construye con base a la pluralidad efectivamente existente de centros articulados de impulso político en nuestro espacio geopolítico interno.

El artículo 2 CE reconoce y garantiza el derecho de autonomía de las nacionalidades y regiones (“Fragmentos de Estado”, en terminología de Georg Jellinek) que integran la Nación Española. Dicho precepto acoge el fundamento político-jurídico en base al cual se ha de organizar el reparto territorial del poder, a saber: la solidaridad como principio unificador en la dialéctica unidad y autonomía. El principio de solidaridad es inherente al constitucionalismo social por contraposición al constitucionalismo liberal. El valor de la solidaridad se proyecta entre las organizaciones o unidades políticas en las que se vertebra y articula internamente el Estado Autonómico (solidaridad entre las autonomías territoriales) y, asimismo, como elemento base de la construcción de la teoría de los derechos y libertades fundamentales (y no sólo de los derechos sociales).

Ese derecho de autonomía se conjuga con el principio de unidad de la Nación que fundamenta el texto constitucional. En lo jurídico ello se traduce en la unidad jurídica (“cohesión formal”): se conforma un sistema jurídico complejo, que se concreta en una forma de Estado plurilegislativo en cuyo marco se produce una coexistencia articulada e integrada de diversos centros de producción normativa (Estado central y entidades políticas territoriales). La unidad lo es también desde un punto de vista jurídico material (racionalidad jurídica de fondo o material), pues se ha de procurar la cohesión material en la Constitución con base a los principios de solidaridad e igualdad material (artículos 1 y 9.2 CE).

Es, en efecto, un sistema articulado e integrador porque el mismo texto constitucional diseña un cuadro de competencias (principio de competencia, como técnica jurídica del reparto funcional) y criterios de cohesión social (principio de solidaridad) y de coordinación internormativa dentro de un modelo de Estado autonómico necesariamente abierto (aunque sólo relativamente por la existencia de reglas de juego y el obligado respeto a un conjunto de valores fundamentales sobre los cuales se ha elaborado la Constitución). En este sentido la Constitución –acto e instrumento del poder Constituyente– refleja una decisión política previa¹³ sobre la organización de una comunidad política y de los valores fundamentales que la inspiran, donde adquiere una importancia extraordinaria el control de constitucionalidad

¹¹ APARICIO TOVAR, J.: “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria”, en AA. VV.: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, p. 1560.

¹² Plan de Beveridge, 1942.

¹³ Se ha advertido por Carl Schmitt que la Constitución es una decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política concreta. Véase SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, espec., pp.45 y ss.

realizado por el Tribunal Constitucional. Es la Constitución el instrumento de decisión jurídico-político fundamental de organización de una determinada comunidad política. Pero la Constitución no es cualquier tipo de decisión fundamental: es una decisión política que se orienta hacia la integración (Smend)¹⁴ de la comunidad política reconociendo el pluralismo existente y la homogeneidad social (Heller)¹⁵. Preside la pluralidad de ordenamientos jurídicos (públicos y privados) y la conformación polisistémica interna del ordenamiento jurídico del Estado social autonómico¹⁶.

Desde la perspectiva estrictamente jurídica ello se traduce en una pluralidad de las fuentes de producción jurídica en el ordenamiento estatal, en el Estado Social Autonómico. Ese ordenamiento polisistémico realiza la complejidad de la organización del poder público racionalizador (esa enorme maquinaria maxweberiana de racionalización). El ordenamiento jurídico que se crea en España con el desarrollo de las previsiones constitucionales se compone de dos subsistemas diferenciados, el estatal general y el territorial autonómico, que es también múltiple; ambos subsistemas se vinculan y articulan entorno al pilar de procedencia que representa la Constitución como centro de referencia de todo el sistema jurídico. Es el mismo texto constitucional el que establece distintos mecanismos de conexión entre las normas derivadas de los ordenamientos (centralizado y descentralizados). Es la Constitución el elemento unificador de ese ordenamiento polisistémico (Irti; Teubner; Arnaud). Ese carácter unificador se manifiesta en la articulación ordenamiento estatal-ordenamientos autonómicos a través de la instrumentación del principio de distribución competencial (principio de competencia), sobreañadido al principio de jerarquía normativa, y de la predisposición de típicas reglas de conflicto, esto es, criterios de solución y creación de un organismo especializado que entiende de la solución de los conflictos de competencia que se susciten (nos referimos al Tribunal Constitucional).

Es lo cierto que el grupo normativo regulador de la distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas presenta arduos problemas de adaptación entre las ordenaciones normativas en el marco del Estado plurilegislativo. Ello hace necesario establecer mecanismos de cohesión e integración interna para evitar la ruptura de un Estado autonómico que podría devenir en unidades políticas y jurídicas inconexas y desestructuradas, con lo que fracasaría en la práctica el modelo de Estado autonómico abierto dibujado en la Constitución. Entre los distintos círculos de producción normativa se sitúa la Constitución, donde se aprecia la técnica de cohesión internormativa y de articulación sistémica que el propio Tribunal Constitucional ha venido denominando “bloque de constitucionalidad”, noción ésta que contribuye a preservar la unidad del sistema jurídico general. La dialéctica entre unidad y autonomía está funcionarizada a la realización de los principios constitucionales (artículos 2, 149.1.1 y 148.1 CE). Es el propio artículo 2 CE quien formula sintéticamente esa necesaria conciliación entre unidad-pluralismo autonómico (*unitas multiplex*) al establecer que “*la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad*

¹⁴ SMEND, R.: *Constitución y Derecho constitucional*, trad. J. M^o. Beneyto Pérez, Madrid, CEC, 1985, espec., pp. 62 y ss., y 225 y ss.

¹⁵ HELLER, H.: *Teoría del Estado*, Estudio preliminar, a cargo de J. L. Monereo, Granada, Comares, 2002; ID.: *Escritos políticos*, edición de A. López Pina, Madrid, Alianza, 1987.

¹⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y DÍAZ AZNARTE, M^o. T.: “El marco competencial diseñado por el Estatuto de Autonomía de Andalucía en materia de políticas sociolaborales”, en AA. VV.: *Políticas laborales y de protección social en el marco competencial del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Sevilla, Mergablum, CARL, 2008, p. 78 y 79.

de la Nación española”, y “reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”.

Todo lo anterior obliga a tomar en consideración el hecho de que el Derecho estatal es complejo internamente (Estado Autonómico) y que ha de coexistir, atendiendo a esa complejidad interna, con el Derecho de la Unión Europea que le enmarca en gran medida y le penetra fuertemente.

Este proceso constituyente estatutario pone al día aquella concepción según la cual la Constitución no contiene un modelo acabado, sino que establece una atribución sólo potencial de competencias a las CCAA abierto al tiempo histórico¹⁷. Por ello, desde hace tiempo el TC había observado que la propia “*configuración del Estado español y la existencia de entidades con autonomía política, como las Comunidades Autónomas, supone necesariamente, la diversidad de regímenes jurídicos*”, dentro de una necesaria armonización entre unidad y autonomía¹⁸. Ello exige reforzar los mecanismos de colaboración legislativa entre ambos titulares (Estado central y Unidades políticas autonómicas) del poder legislativo. Se busca conciliar la unidad del Estado (y la tutela de intereses generales en todo el Estado Autonómico) y el ejercicio del derecho al autogobierno de las CCAA (y la tutela diferenciada de intereses específicos en el ámbito geopolítico de cada unidad política territorial autónoma)¹⁹.

Vista la unidad del Estado y el ejercicio del derecho al autogobierno de las CCAA, dando un paso más e introduciéndonos en la materia de examen de esta investigación, debemos referirnos a que el goce del bien “salud” no es algo que pueda garantizar el Derecho porque depende de muchas variables que escapan a su control; de ahí que no pueda existir en sentido propio un “derecho a la salud”. Pero la protección de la salud de las personas que están presentes en una determinada comunidad sí es un auténtico valor superior, propugnado por todo Estado que se precie y se tenga por moderno y civilizado. Queda claro que el valor de la salud se ha de realizar a través de diferentes ámbitos de actuación, que a su vez conforman diversos (sub)ordenamientos jurídicos, pero no puede entenderse la protección de la salud sin el reconocimiento y garantía efectiva de un derecho subjetivo de las personas a un adecuado sistema de prestaciones de asistencia sanitaria. En consecuencia, y conectando con el siguiente epígrafe, no es posible separar íntegramente el derecho reconocido ex artículo 41 CE –derecho a la Seguridad Social– del reconocido ex artículo 43 CE –derecho a la protección de la salud–. Cosa bien distinta será que el derecho a la asistencia sanitaria se preste a través del Sistema Nacional de Salud²⁰.

¹⁷ Vid. ARAGÓN, M. y RUBIO, F.: “La Jurisdicción constitucional en la Constitución Española de 1978”, en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y PREDIERI, A. (Dirs.) et al: *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, Civitas, 1980, p. 810.

¹⁸ STC 88/1986, de 1 de julio, f.j.6º.

¹⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y DÍAZ AZNARTE, Mª. T.: “El marco competencial diseñado por el Estatuto de Autonomía de Andalucía en materia de políticas sociolaborales”, en AA. VV.: *Políticas laborales y de protección social en el marco competencial del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Sevilla, Mergablum, CARL, 2008, p. 99.

²⁰ MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2017, pp. 512.

No obstante, reiteramos que no puede predicarse una absoluta independencia conceptual y normativa de la Asistencia Sanitaria respecto de la Seguridad Social, por más que sea una tendencia político-institucional defendida –y defendible– desde muchos puntos de vista.

La asistencia sanitaria se configura en el ordenamiento jurídico español como un derecho subjetivo, pero constitucionalmente se reconoce a través de una técnica de garantía débil, como es la de los “principios rectores de la política social y económica”. En consecuencia, sin perjuicio de su naturaleza de auténtico derecho constitucional y su innegable valor normativo, lo cierto es que su sentido y alcance dependerán prácticamente de la concreción que le den las leyes de desarrollo (artículo 53.3 CE).

2. EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA SALUD Y SU CARÁCTER JURÍDICO DE PROTECCIÓN UNIVERSALISTA

Si la delimitación competencial entre Estado y CCAA en materia de Seguridad Social genera problemas interpretativos y aplicativos, la distribución competencial en materia sanitaria se encuentra con la dificultad añadida de la dualidad de previsiones existentes dentro del texto constitucional²¹. En este sentido, es extremadamente complejo clarificar si dentro del concepto de Seguridad Social del artículo 41 CE debería considerarse incluida la asistencia sanitaria o, por especialidad, hay que estar en exclusiva al artículo 43 CE²².

Lo único evidente es que la CE recoge un Sistema de Protección Social Pública, en el que es posible encuadrar, a la vez, la Seguridad Social Pública (reducido a prestaciones de carácter económico y de naturaleza preferentemente contributiva) con la Asistencia Social Pública (con prestaciones económicas preferentemente de carácter no contributivo), con los servicios sociales (nacionales y territoriales) y, en fin, con un servicio (tanto estatal como territorial) de salud como concepto integrador de diversas posibilidades constitucionales²³.

En cualquier caso, la CE no es neutra en materia de Seguridad Social, ya que establece unos parámetros dentro de los cuales ha de moverse el legislador, escogiendo el que juzgue más idóneo para cada momento histórico pero respetando, en todo caso, las directrices constitucionales. El más claro de estos parámetros es la universalización subjetiva de la cobertura de la Seguridad Social (régimen público para todos los ciudadanos), en el sentido de que en la CE se detecta una vocación universalista, pro-asistencial, aunque sin llegar al extremo de afirmar la existencia de un modelo acabado de corte universalista²⁴. En efecto, la CE marca como camino a seguir por los poderes públicos (*ex* artículos 53.3 y 9.1 CE) la extensión de la protección social a todos los ciudadanos, de forma que el ideal de

²¹ MONTOYA MELGAR, A.: “Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al sistema nacional de salud (apunte para un estudio), en *Aranzadi Social*, núm.5, 2004.

²² MALDONADO MOLINA, J. A.: “Los niveles del derecho a la protección de la salud: competencias autonómicas en asistencia sanitaria”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Granada, Comares, 2007, p. 99.

²³ BORRAJO DACRUZ, E.: “La seguridad social en la Constitución española”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (Coord.) *et al: Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, p. 1492.

²⁴ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y constitución*, Madrid, Civitas, 1995, p. 35.

cobertura constitucional será que toda la población esté protegida ante situaciones de necesidad²⁵.

El derecho a salud (como derecho de estructura jurídica compleja que comprende, entre otros derechos, el derecho a la asistencia sanitaria) recogido en los textos internacionales sobre derechos humanos tiene una formulación universalista²⁶, toda vez que se atribuye a toda persona, lo que es coherente con la elevación de reconocimiento de la “persona” (más allá del simple “sujeto” de derecho) en los textos de valor o rango fundamental. Estos textos se sitúan en la estela de la misma configuración subjetiva que la consagrada en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el artículo 12 del Pacto Internacional (“*derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”). Todo lo anterior pone de manifiesto que estamos ante un derecho generalizadamente reconocido como un derecho social fundamental *universalista*²⁷.

El derecho a la salud no puede ser un simple principio programático; en efecto, como derecho atribuido a la “persona”, no puede quedar limitado a los “ciudadanos” (o mejor dicho, a determinados ciudadanos), lo que debe ser extensible a todas las personas que se encuentren en el espacio de la Unión Europea y requieran de atención sanitaria en cualquiera de sus manifestaciones. Es una consecuencia de su configuración como derecho social de prestación universalista de toda persona necesitada de protección de su salud –titularidad subjetiva universalista donde cuenta, ante todo, el *status de persona* en situación de necesidad–. Por tanto, el derecho a la salud es uno de los derechos fundamentales que consideran a la persona en su dimensión existencial. No obstante, se trata de un derecho social supeditado a las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales.

El contenido mínimo (no máximo) de este derecho no queda diferido sin más a los Estados pues es obligatorio remitirse al PIDESC (artículo 12)²⁸, a la Carta Social Europea, los Convenios de la OIT y a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros de la Unión.

Igualmente, el derecho a la protección de la salud es un derecho social fundamental de desmercantilización de los modos de satisfacción del conjunto de las necesidades a él vinculadas y de carácter primario –derecho fundamental básico–. La protección de la salud y, en particular, de la asistencia sanitaria, constituye uno de los pilares fundamentales del

²⁵ MALDONADO MOLINA, J. A.: “Los niveles del derecho a la protección de la salud: competencias autonómicas en asistencia sanitaria”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Granada, Comares, 2007, pp. 101 y 102.

²⁶ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: “Protección de la salud”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ (Dir. y Coord.) et al: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012. MONEREO PÉREZ, J. L.: “La salud como derecho humano fundamental”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 9, 2014, pp. 53 y ss. MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derecho a la salud”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ (Dir. y Coord.) et al: *El sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Comares, 2014, *passim*.

²⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, p. 835.

²⁸ Para el CDESC, el concepto del “más alto nivel posible de salud”, al que hace referencia el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado.

constitucionalismo democrático-social mundial y europeo y un núcleo principal del Estado Social. Como ya hemos indicado, se sitúa a la persona en el centro de su atención. Y así es reconocido en la Normativa Internacional, General y Europea, sobre los derechos fundamentales, que lo consagran con una protección universalista²⁹.

En este sentido, las políticas de salud tienen que poner límites precisos a la esfera de mercado a través de medidas de desmercantilización y determinación de “intercambios obstruidos” entendidos como garantía de posiciones jurídicas blindadas frente a la esfera mercantil. Tiene, pues, una lógica de “propiedad social” públicamente organizada, frente a la lógica individualista propietaria que impera en el ámbito mercantil de la salud. Ello impone a los poderes públicos la indicación de límites al mercado en la esfera sanitaria y, en general y más ampliamente, de la salud pública. Es necesario hacer prevalecer –aunque sin poder ignorarla– la racionalidad social sobre la racionalidad estrictamente económica (vinculada al “gasto sanitario”) que coexisten inevitablemente en la materia relativa a la salud. Lo que constituye un límite intrínseco respecto a la preocupante tendencia actual a convertir el derecho a la salud en una especie de derecho fuertemente “condicionado” a través de distintos cauces (vinculados mayormente a las estrategias de “contención” o “reducción” del gasto público en materia de salud; y con una peligrosa apertura hacia la *re-mercantilización* de espacios de protección de la salud antes reservados al sistema público a través del sector privado de la sanidad). En definitiva, el derecho a la integridad de la persona es un derecho absoluto (que no debe confundirse nunca con “ilimitado” o “incondicionado”) desde el punto de vista técnico-jurídico³⁰.

De acuerdo con el artículo 12.2.d) del Pacto Internacional, los Estados nacionales deben garantizar las “*condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad*”. Por tanto, este derecho a la protección de la salud impone un comportamiento institucional activo (no pasivo y menos negativo) por parte de los poderes públicos para la predisposición de los servicios y medidas preventivas frente al surgimiento de los riesgos sobre la salud.

Por otro lado, no debe desconocerse que la asistencia sanitaria constituye una de las prestaciones o ramas específicas de Seguridad Social, y por tanto vinculada con el derecho a la Seguridad Social en la normativa internacional y europea *ex* artículo 34 de la CDFUE. Esto no queda neutralizado por el dato normativo de que tenga un reconocimiento específico, precisamente para reforzar su tutela dentro del sistema jurídico. En este sentido, no debe confundirse lo que es técnica y conceptualmente “Seguridad Social” de los diversos modelos jurídico-materiales de instrumentar el sistema institucional predispuesto para organizar su protección pública dentro del ordenamiento jurídico. Esa “pertenencia” y “encuadramiento” lo es también en el ordenamiento jurídico de la Unión, pues el propio artículo 34.1 CDFUE establece que la “*Unión reconoce y respeta el derecho a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la*

²⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derecho a la protección de salud. Artículo 11 de la Carta Social Europea”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coords.) *et al*: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Granada, Comares, 2017, p. 597 y 598.

³⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, p. 839.

enfermedad...”, y, en coherencia, con las normas de coordinación europea de la Seguridad Social, que incluye especialmente la asistencia sanitaria (Reglamento (CE) nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social; Reglamento (CE) nº 987/2009, de 16 de diciembre, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004. El Reglamento (CE) nº 883/2004, incluye dentro de su campo de aplicación material a “*las prestaciones de enfermedad*”, artículo 3, y el capítulo I del título III regula las “*Prestaciones de enfermedad, de maternidad y de paternidad asimiladas*”).

Se puede apreciar en el mismo PIDESC y en las *Observaciones Generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas* –a la que posteriormente nos referiremos–, como el derecho a la salud pertenece –tanto histórica como actualmente en la tradición de los derechos humanos del constitucionalismo democrático-social– al más amplio y comprensivo derecho a la Seguridad Social. Pero sucede, no obstante, que su extraordinaria importancia ha determinado la conveniencia político-jurídica de su *especificación y diferenciación* precisamente para garantizar una garantía más efectiva y adecuada, pero sin perder de vista los nexos inescindibles que presenta con el derecho matriz a la Seguridad Social que lo enmarca a todos los efectos.

En nuestro país –pese a su ubicación sistemática inadecuada y deficiente dentro del capítulo III del Texto Fundamental (artículo 43 CE) y el sistema debilitado de garantías *ex* artículo 53 CE³¹– no cabe duda que el derecho social a la salud –como rama específica dentro de la Seguridad Social– es, como la mayoría de los derechos sociales, un derecho social a prestaciones, un derecho social de desmercantilización que pretende lograr mediante la atribución de una posición estatutaria un grado suficiente de inmunidad del individuo respecto a su posición de poder jurídico en las relaciones de mercado. Por lo demás, en una interpretación sistemática del texto constitucional, la cláusula de interpretación de reenvío a la normativa internacional de carácter fundamental regulador de la materia en el artículo 10.2 CE permite *incorporar el estándar mundial y europeo conseguido como delimitado del alcance específico del derecho a la Salud y a la asistencia sanitaria en particular*. Obvio es decir que los “derechos fundamentales sociales” son verdaderos derechos en sentido jurídico.

Por otra parte, una característica potencial y sistemáticamente distorsionante del tratamiento constitucional de la Seguridad Social –en la que se inserta la rama de la protección de la salud y en particular la asistencia sanitaria– es la dispersión en diversos preceptos que no obstante forman parte de un mismo grupo o bloque normativo constitucional de conformación diversificada y en ciertos aspectos heterogénea (artículos 41, 43 –precepto que constitucionaliza el derecho social a la salud y que en sentido estricto debe quedar comprendido dentro de la acción protectora de la Seguridad Social–, 49, 50, 149.1.17^a; y todos ellos en relación con el canon hermenéutico *ex* artículo 10.2 de la Constitución). La consecuencia sistemática es la disgregación del contenido clásico de la Seguridad Social. Pero ese tratamiento diversificado por categorías de prestaciones o ramas de protección viene a reproducir una técnica garantista habitual en la normativa internacional general y europea y no tiene por qué afectar por sí mismo a la relación jurídico-constitucional de un *grupo o bloque normativo constitucional de orientación finalista* en

³¹ ORTEGA LOZANO, P. G.: “La responsabilidad patrimonial de la administración por una deficiente asistencia sanitaria”, en AA. VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016, pp. 847 y ss.

cuanto encaminado a la garantía efectiva e institucional del derecho a la Seguridad Social y en particular al derecho a la salud como uno de los típicos y clásicos derechos de Seguridad Social³².

En el sentido indicado, no es posible separar el derecho reconocido *ex* artículo 41 CE –derecho a la Seguridad Social– del reconocido *ex* artículo 43 CE –derecho a la protección de la salud–. Cuestión diversa será, por supuesto, que en el ejercicio de la libertad de opción que tiene el legislador para llevar a la práctica este derecho se instrumente, esto es, se organice, se gestione y se preste el derecho a la asistencia sanitaria como contenido inexorable del derecho a la acción protectora de la Seguridad Social, desde un subsistema protector institucional diferente o diferenciado, como es el Sistema Nacional de Salud. Éste resulta plenamente reconducible a aquélla desde un concepto amplio de la misma. Ni el modo o instrumento de financiación de la prestación sanitaria –ya sólo a cargo de los Presupuestos Generales del Estado–, ni la atribución orgánica de las competencias de dirección política a un Ministerio específico, ni tan siquiera la mayor capacidad normativa, a raíz de la concurrencia de otros títulos competenciales –artículo 148.1.21ª CE: Sanidad e Higiene– que pueden esgrimir las Comunidades Autónomas, son razones suficientes para predicar la independencia conceptual y normativa de la Asistencia Sanitaria respecto de la Seguridad Social, por más que sea una tendencia político-institucional defendida desde muchos puntos de vista.

En definitiva, es innegable que la protección de la salud y, en particular, de la asistencia sanitaria constituye uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo democrático-social mundial y europeo y su forma política: el Estado Social de Derecho. La salud se configura como un derecho social fundamental de carácter primario vinculado al derecho a la vida y a la dignidad de la persona. De este modo se sitúa a la persona en el centro de su atención. Y así es reconocido en la Normativa Internacional, General y Europea, sobre los derechos fundamentales, que lo consagran con una proyección universalista. Esta formulación universalista es coherente con la elevación del reconocimiento de la “persona” en los textos de valor y de rango fundamental. Es un derecho inclusivo e indispensable para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. El derecho a la salud impone a los poderes públicos la obligación de que, en vía jurídica y de política del Derecho, garanticen efectivamente los servicios, prestaciones y cuidados exigidos para la satisfacción plena de este derecho social³³.

Por todo lo anterior, analicemos ahora la sentencia del Tribunal Constitucional 134/2017, de 16 de noviembre, que avala la regresión del principio universal en materia sanitaria –a la que le han seguido otras sentencias como la STC 140/2017, de 30 de noviembre, y la STC 145/2017, de 14 de diciembre–, y que han quedado en “papel mojado” ya que, con el cambio de Gobierno, se ha aprobado el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, texto normativo al que nos

³² MONEREO PÉREZ, J. L.: “El derecho a la Seguridad Social”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, Mª. N. (Dirs) *et al*: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, p. 1430 y pp. 1438 y 1439.

³³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, p. 845.

referimos en las conclusiones de esta investigación, y que ha traído otro tipo de consecuencias como la retirada del recurso que estaba pendiente ante el Tribunal Constitucional por la Ley de sanidad universal de Cataluña.

3. EL RETROCESO EN MATERIA SANITARIA AVALADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA “DES-UNIVERSALIZACIÓN” DEL DERECHO A LA SALUD

Resuelve el Tribunal Constitucional, en sentencia de fecha 16 de noviembre de 2017, el conflicto positivo de competencia planteado contra los artículos 1, 2 (apartados 2 y 3), 3, 4, 5, 6 (apartados 1 y 2), 7 (apartados 2 y 3), 8 (apartados 1 y 2) y Disposición Final Primera del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Para el Pleno del Tribunal Constitucional el ámbito material más estrechamente relacionado con la controversia constitucional es el correspondiente a la sanidad –artículo 149.1.16 CE–. En este sentido, en lo que respecta a la determinación de las condiciones de asegurado y de beneficiario del sistema de salud y la complementación de las condiciones financieras básicas en que se desarrolla la prestación farmacéutica, es el título competencial previsto en el artículo 149.1.16 CE –sobre sanidad– el que tiene carácter prevalente.

En efecto, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, *“el título competencial específico sobre sanidad recogido en el artículo 149.1.16 CE prevalece sobre el referido a la materia de Seguridad Social previsto en el artículo 149.1.17 CE”*, pues se ha afirmado que el hecho de que *“el Real Decreto-ley 16/2012 se haya decantado por configurar un régimen de acceso a la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, basado en el principio del aseguramiento no determina que la materia haya de encuadrarse en el título competencial de Seguridad Social”*. Así, de acuerdo con la doctrina del Tribunal, *“a pesar de la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social, que dentro de su acción protectora incluye la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en los casos de maternidad, enfermedad (común y profesional) y accidente (común y de trabajo), no cabe subsumir la materia aquí cuestionada en el título competencial relativo a ella (artículo 149.1.17 CE)”* (SSTC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 5; 136/2012, de 19 de junio, FJ 3; y más recientemente 64/2017, de 25 de mayo, FJ 3).

La doctrina de este tribunal ha desarrollado la concepción de las bases como un mínimo común uniforme pero mejorable por parte de las Comunidades Autónomas al hilo de interpretar el alcance de lo básico en una serie de materias como es la de las prestaciones sanitarias, en la que el Estado dispone, *ex artículo 149.1.16 CE*, de la capacidad para establecer las normas básicas y la coordinación, correspondiendo a las Comunidades Autónomas el desarrollo normativo de las bases y la ejecución. En este sentido, si bien es la primera vez que se plantea ante este Tribunal de un modo directo la cuestión de la naturaleza de la regulación básica del elemento subjetivo del Sistema de Salud, en las SSTC 63/2017 y 64/2017, ambas de 25 de mayo, a propósito del ámbito objetivo de dicho sistema, ya se constató que, en este último, las bases dejaban un margen de mejora a las Comunidades Autónomas, pero no así en cuanto a la determinación de quienes podían ser asegurados o beneficiarios –ámbito subjetivo–. Más concretamente, la STC 64/2017 estableció que *“la exigencia de permitir a las Comunidades Autónomas un margen suficiente para ejercer su*

competencia de desarrollo legislativo de la normativa básica se predica del conjunto de la materia –en este caso, la “sanidad interior”–, no de aspectos concretos de la misma. No son infrecuentes los casos en los que resulta posible que la legislación básica agote legítimamente el espacio normativo en un subsector de aquella materia”.

Pues bien, una vez que el Tribunal Constitucional ya ha reconocido como básico el artículo 3 de la Ley 16/2003, en la redacción proporcionada por el artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 16/2012 –éste último precepto es el que delimita, a efectos del Sistema Nacional de Salud, el ámbito de quiénes ostentan la condición de asegurado y de beneficiario– lo que ahora procede es determinar si la normativa básica estatal colma en su integridad el ámbito subjetivo del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias, de tal manera que en el Sistema Nacional de Salud establecido para todo el territorio del Estado el derecho de acceso a la cartera de prestaciones sanitarias tenga el mismo nivel de cobertura subjetiva.

Para el Tribunal Constitucional el artículo 3 de la Ley 16/2003, en la redacción proporcionada por el artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 16/2012, permite advertir la clara vocación de exhaustividad de este precepto: el eje central sobre el que se asienta el derecho a las prestaciones sanitarias viene delimitado por los conceptos nucleares de asegurado y beneficiario, que son los títulos jurídicos que habilitan para el ejercicio de aquel derecho. El Real Decreto-Ley 16/2012 ha diseñado un sistema de bases que, en palabras de la STC 139/2016, “*supone un giro en la anterior política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, a partir de la creación del Sistema Nacional de Salud*”, toda vez que los criterios de delimitación de la titularidad del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias, ahora seleccionados, son diferentes a los que establecía la anterior redacción del artículo 3 de la Ley 16/2003, que atendía a otros parámetros distintos.

Por tanto, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, la normativa básica estatal cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo para configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de asegurado o de beneficiario que han establecido las bases recogidas en el artículo 3 de la Ley 16/2003, a excepción del supuesto residual de la suscripción del convenio especial previsto en el apartado 5 del citado precepto.

El artículo 2 del Decreto 114/2012, de 26 de junio, después de disponer que “*en la Comunidad Autónoma de Euskadi podrán recibir las prestaciones de la cartera de servicios del Sistema Vasco de Salud las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por tener la condición de asegurados o beneficiarios del mismo*” (artículo 2.1 no impugnado), dispone en sus apartados 2 y 3 que “*también recibirán idénticas prestaciones sanitarias*”, en primer lugar, los que dispusieran “*de Tarjeta Individual Sanitaria emitida en la Comunidad Autónoma de Euskadi con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2012*” y, en segundo término, aquellas “*personas que cumplan simultáneamente los siguientes requisitos*” recogidos en el apartado 3 del citado precepto: empadronamiento en cualquier municipio de Euskadi con antigüedad de un año inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud del reconocimiento de la prestación sanitaria, percepción de prestaciones integradas en el Sistema Vasco de Garantía de Ingresos o tener ingresos inferiores a lo determinado para la renta básica de inclusión y protección social, y carecer de toda posibilidad de acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título.

Para el Tribunal Constitucional se aprecia que el precepto reglamentario vasco –artículo 2.2 del Decreto 114/2012, de 26 de junio– se halla en contradicción con la normativa básica estatal, toda vez que mientras que la norma vasca reconoce indefinidamente el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias, la normativa estatal únicamente lo limita temporalmente hasta el 31 de agosto de 2012, de tal manera que, a partir de esa fecha y conforme a la normativa estatal, tales personas habrían perdido el derecho de acceso a la cobertura sanitaria financiada con fondos públicos. En suma, *“conforme al sistema de distribución de competencias anteriormente examinado, el apartado de la norma vasca de referencia resulta, pues, contrario a la normativa básica estatal, que sólo reconoció a estas personas el derecho a la prestación sanitaria durante un período de tiempo muy limitado y no de modo indefinido, resultando, en consecuencia, ambas regulaciones incompatibles, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad y nulidad”*.

En lo que atañe al artículo 2.3 del Decreto 114/2012, de 26 de junio, para el Tribunal Constitucional, también se aprecia una contradicción incompatible con la regulación de la normativa básica del Estado: *“el establecimiento en la normativa autonómica de un derecho de acceso a las prestaciones sanitarias en las mismas condiciones que los beneficiarios y asegurados supone desconocer la previsión estatal referida, que exige para que se pueda dar tal acceso la existencia de una contraprestación o pago de una cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. Se constata así que existe una efectiva e insalvable contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica que determina que deba estimarse el conflicto en este punto y declararse, también, la inconstitucionalidad y nulidad del apartado 3 del artículo 2 del Decreto 114/2012, de 26 de junio”*.

En el fallo de la sentencia, el Tribunal Constitucional decide estimar parcialmente el presente conflicto positivo de competencia, y declarar que son contrarios al orden constitucional de distribución de competencias y, en consecuencia, inconstitucionales y nulos los preceptos del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi que a continuación se enuncian: a) Del artículo 1, el inciso *“a aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por no tener la condición de asegurados ni de beneficiarios del mismo”*. b) Los artículos 2 (apartados 2 y 3), 3, 4 y 5.c). Del artículo 7, apartado 2, el inciso: *“así como las personas a las que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 2 de este Decreto”*. d) Del artículo 8.1: el apartado a). Del apartado b): los incisos *“pensionistas”*, *“mayores de 65 años”*, *“personas viudas”*, *“personas huérfanas menores de 18 años”* y *“personas con minusvalía en grado igual o superior al 33%”*. e) De la Disposición Final Primera, el inciso: *“para dictar las disposiciones precisas para la emisión del documento identificativo previsto en el artículo 5 y...”*.

Frente a la decisión del Pleno del Tribunal Constitucional se localizan dos Votos Particulares. Para el primer de ellos –Voto Particular que formula el magistrado D^o. Antonio Narváez Rodríguez– el conflicto debería haber sido desestimado y haberse declarado la capacidad de la Comunidad Autónoma del País Vasco de ampliar el ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias. La razón no es otra que la de considerar que una doctrina, que se encuentra ya consolidada en el ámbito objetivo de las prestaciones sanitarias, tendría, también, que haber sido aplicada por el Tribunal Constitucional al mencionado ámbito subjetivo de las prestaciones. En otros términos, *“las Comunidades Autónomas pueden, respetando el mínimo*

establecido por el Estado, mejorar las prestaciones sanitarias para sus residentes, asumiendo el coste de estas mejoras, que en ningún caso deben estar incluidas en la financiación general de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud". En efecto, *"el precepto estatal de referencia no restringe la capacidad de las Comunidades Autónomas para establecer una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, siempre que, lógicamente, sea respetado tal mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional del derecho al disfrute de las prestaciones sanitarias"*. Y en este sentido, una vez cumplido el mínimo común denominador establecido por el Estado, no se *"excluye la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan ampliar el ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias"*.

El segundo de los Votos Particulares –que lo formulan los Magistrados D^o. Fernando Valdés Dal-Ré, D^o. Juan Antonio Xiol Ríos, D^o. Cándido Conde-Pumpido Tourón y la Magistrada D^a. María Luisa Balaguer Callejón– discrepa con la totalidad de la sentencia del Tribunal Constitucional. De acuerdo con este Voto Particular, ante la constatación de que la reforma del Sistema Nacional de Salud ha dejado sin cobertura sanitaria a determinados colectivos, el mínimo estatal, antes universal, resulta ahora susceptible de mejora por las Comunidades Autónomas, con fundamento general en el principio de autonomía y fundamento específico en la competencia autonómica de desarrollo legislativo en materia de sanidad.

En efecto, en este voto se defiende que las prestaciones públicas sanitarias son susceptibles de mejora si así lo deciden las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos territoriales: *"al hacerlo así actúan en el espacio normativo que es propio de la competencia autonómica de desarrollo legislativo en materia de sanidad, sometida al principio de solidaridad y a la existencia de financiación propia, principios que condicionan pero en modo alguno cercenan el principio de autonomía"*.

Así lo señaló la STC 98/2004, de 25 de mayo (fundamento jurídico 7), añadiendo que esa regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español debe ser entendida, sin perjuicio, *"bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias [...], dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos"*.

Al entrar a contrastar la norma vasca con la legislación básica estatal, el Tribunal Constitucional convierte *"la legislación básica en un muro rígido e infranqueable, que impide por completo el despliegue de las competencias autonómicas de desarrollo legislativo"* lo que termina por actuar en contra *"de las competencias normativas compartidas en un Estado de estructura plural"*. En efecto, no puede el Estado iniciar y finalizar el desarrollo legislativo de una competencia compartida: *"no puede hacerlo con un grado tal de detalle y de forma tan acabada o completa que prácticamente impida la adopción por parte de las Comunidades Autónomas de políticas propias en la materia mediante el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo"*.

En efecto, lo que está vedado al legislador autonómico es precisamente lo contrario: no puede empeorar el régimen de financiación de la prestación farmacéutica haciéndolo más gravoso para el usuario. Sin embargo, con esta sentencia se introduce una quiebra en la

jurisprudencia constitucional que hasta el momento presente ha delimitado las competencias estatales y autonómicas en materia de sanidad, pues se *“anula una norma autonómica que trata de garantizar el derecho a la protección de la salud de colectivos especialmente vulnerables, mediante una ampliación de las prestaciones sanitarias que encaja perfectamente en el modelo constitucional de distribución de competencias”*.

Por último, en este Voto Particular, se realizan unas reflexiones generales, las cuáles, no podemos pasar desapercibidas. Al respecto, se afirma que algunas Comunidades Autónomas han procedido, como es el caso del País Vasco, afrontar el problema de manera abierta y directa, plasmando dichas medidas en disposiciones de carácter normativo; en cambio, la mayoría de las Comunidades Autónomas han elegido opciones políticas extremas y camufladas de carácter indirecto e informal, al estilo del dictado de instrucciones a los centros sanitarios de su competencia de que faciliten a todos los ciudadanos, con criterios de gratuidad y al margen de su situación jurídica o de su nacionalidad, las prestaciones sanitarias precisas para garantizar su derecho a la salud.

El interrogante que de manera inmediata emerge en este entorno fáctico es el siguiente: *“la vía informal de mejora de la legislación básica en materia de sanidad ¿constituye el único recurso del que pueden disponer las Comunidades Autónomas para procurar combatir la exclusión social derivada de una política restrictiva y centralizadora en materia sanitaria que, además y a nuestro juicio, resulta de todo punto incompatible con el concepto constitucional de bases tal y como el mismo ha sido acuñado por este Tribunal? Una respuesta afirmativa, que es la que de manera silente ha venido a validar la sentencia de nuestra discrepancia, no solo confronta con la cláusula social enunciada en el art. 1.1 de nuestro texto constitucional; adicionalmente cuestiona tanto el principio de seguridad jurídica, en su condición de pilar y motor del Estado de Derecho, como la estructura compleja de nuestro sistema político”*.

4. BALANCE Y PERSPECTIVAS: CONCLUSIONES

Partimos de que el Estado se conforma como un Estado plurilegislativo donde el poder legislativo se distribuye entre las distintas Unidades Territoriales cuya legitimidad está constitucionalizada. En esta dirección, un examen atento y detenido de los artículos 149.1.16 CE (*“Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos”*) y 148.1.21ª CE (*“Sanidad e higiene”*) pone de relieve que, con mayor o menor intensidad, se contienen auténticas competencias compartidas (o, incluso en algún caso “concurrentes” en sentido débil, esto es, de legislación “no básica”) por el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con la asistencia sanitaria. Junto a los artículos 149.1.16 CE –competencia exclusiva estatal en materia de sanidad exterior– y 148.1.21 CE –competencias autonómicas en materia de sanidad e higiene–, debe tenerse presente el artículo 149.1.17 CE, según el cual, el Estado tiene competencia exclusiva en la *“legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”*.

Pero al mismo tiempo también debe tenerse presente el artículo 149.1.1 CE, el cual, atribuye al Estado la competencia exclusiva en *“la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”*. Precepto en modo alguno irreducible al

campo sanitario y que se erige en forma de límite a la actuación autonómica: en efecto, “*lo hace asignando al Estado una competencia exclusivamente de tipo normativo y no directamente ejecutivo capaz de impedir por oposición cualquier intervención autonómica que amenace el disfrute de derechos en clave de igualdad, cualquier política autonómica que origine, por tanto, desigualdades en las posiciones jurídicas fundamentales*”³⁴.

En efecto, la regulación de las condiciones básicas corresponde por entero y en exclusiva al Estado, pero con tal normación no se agota su entero régimen jurídico³⁵. Lo básico, desde una perspectiva constitucional, consiste en el común denominador normativo para todos –tiene carácter mínimo–. La regulación de lo básico por el Estado cumple más bien una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden –y deben– permitir que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia establezcan niveles de protección superiores³⁶.

En los planos conceptual y normativo, el sistema constitucional sanitario español es el resultado de un elevado grado de descentralización. Elección que obedece a opciones de política de derecho al margen de las razones de eficacia y eficiencia que puedan concurrir, aunque no sean irrelevantes, como no lo son las razones de equidad que dominan la arquitectura de todo el Sistema Sanitario. Por eso, a la complejidad sustantiva de la política social de protección de la salud hay que añadir, en España, la no menos complejidad de nuestra organización territorial del Estado Social de Derecho definido a su vez como Estado Autonómico de Derecho³⁷.

En todo caso, las fronteras entre una sanidad estatal (artículo 149.1.16 CE) y una sanidad autonómica como acción complementaria o suplementaria de aquélla (artículo 148.1.21ª CE) son difusas a efectos competenciales y, en gran medida, dependientes de la opción de política legislativa que se adopte desde el primer ámbito, siempre y cuando (y esto constituye un límite intrínseco de la potestad estatal de determinación) no suponga una restricción del ámbito propio de la Asistencia Sanitaria externa que suponga un vaciamiento de competencias autonómicas en materia asistencial al privar a las CCAA de espacio vital (STC 76/1986, de 6 de junio; STC 239/2002, de 11 de diciembre, fundamento jurídico 5).

Por tanto, la legislación del Estado ha de limitarse a la regulación de las condiciones básicas pero no puede establecer un diseño completo y acabado de su régimen jurídico porque ello supondría un vaciamiento del espacio competencial específico de las CCAA (STC 61/1997, de 20 de marzo, STC 118/2001, de 20 de septiembre y STC 212/2005).

³⁴ RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: *El derecho a la protección de la salud: las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, tesis doctoral de la Universidad de Granada, 2016, p. 98.

³⁵ STC 61/1997, de 20 marzo [RTC 1997\61].

³⁶ STC 102/1995, de 26 junio [RTC 1995\102].

³⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “La asistencia sanitaria como derecho fundamental y el sistema nacional de salud como garantía institucional: balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Granada, Comares, 2007, p. 27. También MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Configuración y delimitación técnica: la asistencia sanitaria como acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2008, p. 382.

En el reparto de competencias dentro del Estado autonómico, de acuerdo con el artículo 149.1.1.^a CE, lo que dicho precepto permite es la regulación de las condiciones básicas, no la regulación total y homogénea de la materia de que se trate (STC 61/1997, de 20 de marzo y STC 239/2002, de 11 de diciembre). En efecto, el marco constitucional diseña un modelo relativamente abierto y flexible de distribución de competencias. Esto es, está abierto al tiempo histórico; no puede entenderse como un “sistema cerrado” o “rígido” de atribución competencial. Toda norma, también las constitucionales, han de ser interpretadas y aplicadas con arreglo a su finalidad y las circunstancias históricas imperantes en el momento de su aplicación³⁸.

En suma, la competencia en materia de asistencia sanitaria se encuentra compartida entre las CCAA y el Estado (artículos 148.1.21^a en relación con el artículo 149.1.16^a CE)³⁹. Por tanto, las Comunidades Autónomas han recibido las transferencias en materia de gestión de la asistencia sanitaria, creando sus propios servicios de salud y aprobando normas sobre organización sanitaria y prestación de asistencia sanitaria.

Pero fue el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, quien dio un grave giro al contenido de la Ley General de Sanidad. Cambio de modelo que, sin embargo, fue respaldado por el Tribunal Constitucional al considerar que *“la nueva regulación de la condición de asegurado del SNS supone un cambio en la política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, que se aprecia a partir de la creación del SNS y de la gradual incorporación como titulares de las prestaciones de colectivos a los que no alcanzaba la condición de asegurado de la Seguridad Social. Como es evidente, el sólo hecho del cambio de criterio del legislador en nada afecta a la constitucionalidad de la medida, ya que la Constitución no ha prefigurado directamente un contenido prestacional que el legislador deba reconocer necesariamente a cualquier persona, sino que el artículo 43.2 CE impone un mandato a los poderes públicos, y en particular al legislador, para establecer los derechos derivados del apartado 1 de ese mismo precepto. Como ya se ha señalado, se trata de un derecho de configuración legal y que, por tanto, permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo”*⁴⁰.

Es esta última sentencia la que considera que el Gobierno sí razonaba suficientemente la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, centrada en la exigencia de tomar medidas inmediatas para hacer frente a un insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias, admitiendo que la normativa de 2012 supuso un giro a la anterior normativa de extensión progresiva de la asistencia sanitaria y confirmando que el principio de universalidad del artículo 43 CE no supone el derecho incondicionado de toda persona que se encuentra en España a recibir gratuitamente todo tipo de prestaciones sanitarias: *“la universalidad, en lo que significa como derecho de acceso y la correlativa obligación de los*

³⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 100, 2009, p. 316.

³⁹ VID. ORTEGA LOZANO, P. G.: “La responsabilidad patrimonial de la administración por una deficiente asistencia sanitaria”, en AA. VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016, *passim*.

⁴⁰ STC 139/2016, de 21 julio [RTC 2016\139].

*servicios sanitarios del SNS de atender a los usuarios que reclaman atención sanitaria, no puede, en suma, confundirse con un derecho a la gratuidad en las prestaciones y los servicios sanitarios*⁴¹. Por tanto, para el TC, antes de la nueva normativa recientemente en vigor, era constitucional exigir el permiso de residencia para poder acceder a las prestaciones sanitarias –salvaguardando las prestaciones de urgencia vital–. No obstante, la STC 139/2016, de 21 de julio, también poseía tres votos particulares, los que, en resumidas cuentas, vienen a considerar que los establecimientos de requisitos legales internos que vulneren el contenido esencial del derecho a la salud y pongan en peligro la integridad física o la vida del ciudadano, es evidente que suponen una vulneración de los derechos fundamentales universales, debiendo prevalecer siempre la perspectiva sanitaria sobre posibles criterios de ahorro del gasto público⁴².

La consecuencia era obvia: se produjo la superposición del plano económico sobre el social prevaleciendo la lógica de racionalidad económica a la lógica de los derechos sociales⁴³. A su vez, la doble consecuencia de esta afirmación es preocupante: se pretendía consagrar la sostenibilidad del sistema de salud a costa de la reducción del ámbito subjetivo de la protección social⁴⁴.

Pero hay más: lo que la doctrina mayoritaria del Tribunal Constitucional parecía desatender es la *vigencia jurídica* de una garantía multinivel del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria, al cual, remite el canon hermenéutico *ex* artículo 10.2 CE⁴⁵. Ello obligaría desde el punto de vista estrictamente técnico-jurídico a considerar que estamos ante un verdadero derecho social fundamental que disfruta de un contenido esencial identificable en el garantismo multinivel (paradigmáticamente, y evitando referir a todos los niveles de garantía, ese contenido esencial puede apreciarse nitidamente en el artículo 11 de la Carta Social Europea Revisada de 1996)⁴⁶. Siendo ello así, no puede entenderse que estemos ante

⁴¹ STC 139/2016, de 21 julio [RTC 2016/139].

⁴² TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “Los requisitos exigidos para ser asegurado o beneficiario”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, p. 75. BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “Varapalo de Tribunal Constitucional a los recortes en el acceso a la asistencia sanitaria pública”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2014, *passim*.

⁴³ MONEREO PÉREZ, J. L. *La protección de los derechos fundamentales: modelo europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009, *passim*.

⁴⁴ RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: *El derecho a la protección de la salud: las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, tesis doctoral de la Universidad de Granada, 2016, p. 251.

⁴⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La salud como derecho humano fundamental”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 9, 2014; *Ibid.*, “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016; RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: *El sistema multinivel de asistencia sanitaria: tensiones y desafíos en su articulación*, Granada, Ed. Comares, 2017.

⁴⁶ Dicho artículo 11, al reconocer el “*Derecho a la protección de la salud*”, acoge la garantía del contenido social del mismo: “*para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines: 1 eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; 2 establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; 3 prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes*”. Disposición que ha de interpretarse en necesaria conexión finalista y sistemática con el contenido esencial del derecho a la Seguridad Social reconocido también

(...)

un derecho de “estricta configuración legal” y como tal en la praxis legislativa plenamente disponible en su contenido y alcance por el legislador infraconstitucional que desarrolle las previsiones constitucionales, pues es un derecho constitucional dotado de un contenido esencial (núcleo resistente) identificable en el sistema multinivel de garantía del derecho a la salud (confróntese artículo 43 en relación con el grupo normativo constitucional del cual necesariamente forma parte sistemáticamente el artículo 10.2 de nuestra Carta Magna).

En este sentido, es evidente la imposibilidad de alcanzar una sanidad de “alta calidad” y universal sin la garantía de sostenibilidad financiera, a su vez imposible en un contexto de descontrol del gasto y/o falta de transparencia, evaluación y uso racional de los servicios encargados de proveer las prestaciones sanitarias. Pero no creemos que el deber de velar porque toda la población que reside en España pueda acceder a una asistencia sanitaria de calidad e igual para todos no puede ser de peor condición, ni tener menos presencia, que el deber de reformar permanentemente el sistema para asegurar la suficiencia financiera de las prestaciones como un ritmo de evolución viable de su cobertura pública⁴⁷.

Antes de que se dictase el recentísimo Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, la regulación del derecho a la asistencia sanitaria dejaba de ser universal exigiéndose tener la condición de asegurado o de beneficiario para tener derecho a asistencia sanitaria. En caso contrario, para recibir asistencia sanitaria se requería el pago de una contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un Convenio Especial con el Servicio Público de salud. Se dejaba la decisión en manos, no del legislador con la colaboración del reglamento, sino exclusivamente a disposición de la determinación reglamentaria del Gobierno⁴⁸. No obstante, bien es cierto –como establecen los citados votos particulares– que, *de facto*, las CCAA han venido atendiendo y reconociendo el derecho universal a la salud a las personas que con la anterior normativa habían sido expulsadas de este derecho.

Lo cierto es que eran muy pocos los que se podían imaginar que el TC fuera a declarar inconstitucional los preceptos de la normativa del País Vasco, más cuando este mismo tribunal había levantado la suspensión que se había producido por el recurso de inconstitucionalidad que el Gobierno había presentado contra la citada norma autonómica, reiteramos, hoy ya “papel mojado”.

Además, este mismo tribunal en jurisprudencia anterior ya había declarado que “*en materia de sanidad, la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige*

en el artículo 12 (“*Derecho a la Seguridad Social*”) del mismo instrumento normativo con rango de Tratado Internacional Europeo.

⁴⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “La asistencia sanitaria como derecho fundamental y el sistema nacional de salud como garantía institucional: balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Granada, Comares, 2007, p. 15. También MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Configuración y delimitación técnica: la asistencia sanitaria como acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2008, pp. 371 y 372.

⁴⁸ Véase la excelente argumentación de TORTUERO PLAZA, J. L.: “El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, p. 60.

que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos. Y se lo exige cuando en el art. 149.1.16 CE le atribuye las bases en materia de "sanidad", para asegurar –como se ha dicho– el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos”⁴⁹.

Una de las consecuencias que existía en el trasfondo de la sentencia constitucional era la referida a las distintas reacciones de las CCAA en función de la coincidencia o no del signo político existente en el Gobierno autonómico y el Gobierno central. Véase, al respecto, las CCAA que habían decidido una estricta aplicación del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, negando la asistencia sanitaria a los inmigrantes en situación irregular: Castilla La Mancha, Castilla y León, Islas Baleares, La Rioja y Murcia. En contra de este criterio se encontraban aquellas CCAA que no aplicaban estrictamente la citada normativa: Andalucía, Asturias, País Vasco, Navarra y Cataluña; o aquellas otras CCAA que a través de la confección de mecanismos internos habían decidido continuar otorgando asistencia sanitaria a los inmigrantes: Madrid, Valencia, Canarias, Galicia y Aragón⁵⁰.

Y en referencia expresa al País Vasco, tema central de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional y, de una u otra forma, aplicable también a las restantes autonomías –véase la reciente STC 140/2017, de 30 de noviembre, que versa sobre la inconstitucionalidad contra la Ley Foral 18/2012, de 19 de octubre, sobre la complementación de las prestaciones farmacéuticas de la Comunidad Foral de Navarra; o la también reciente STC 145/2017, de 14 de diciembre, que versa sobre la inconstitucionalidad del Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana–, el título competencial de la citada CCAA en materia de sanidad interna se localiza en el artículo 18.1 del Estatuto de Autonomía cuando establece que *“corresponde al País Vasco el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior”*. Desarrollo de dicha competencia que ha sido configurada en torno a la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación sanitaria de Euskadi, y cuya exposición de motivos ya adelantaba que *“la ley de Ordenación sanitaria de Euskadi constituye un instrumento fundamental para articular el compromiso que adquieren los poderes públicos vascos con la ciudadanía respecto al desarrollo y aplicación de un derecho tan relevante como el relacionado con la protección y el cuidado de la salud. A través de esta ley se contribuye a completar una de las más importantes facetas del principio de legalidad en sus vertientes democrática y social,*

⁴⁹ STC 22/2012, de 16 febrero [RTC 2012\22].

⁵⁰ Vid. BENLLOCH SANZ, P.: “La asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular: situación actual y perspectivas”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, p. 163.

dotando a la Comunidad Autónoma de Euskadi de una organización y funcionamiento adecuados a nuestro modelo social”.

Título competencial de la CCAA que, en el precepto 6 de la citada ley y en referencia a los principios informadores, establece que *“informan el sistema sanitario de Euskadi los principios de universalidad, solidaridad, equidad, calidad de los servicios y participación ciudadana. Las directrices de política sanitaria, y los objetivos de salud respecto a los cuales se formulen, se ajustarán a dichos principios, persiguiendo una constante adecuación de la planificación de las actuaciones y de los recursos a las necesidades sanitarias de la población”.*

La propia exposición de motivos de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación sanitaria de Euskadi, bien establece que *“el sistema sanitario de Euskadi se configura dentro del sistema nacional de salud en los términos que establece la ley General de Sanidad, asumiendo los mecanismos que se articulan desde los principios básicos de la misma”,* lo que no creemos que fuera óbice –más bien todo lo contrario– para habilitar al Gobierno Vasco a ampliar el catálogo de prestaciones, determinando su ámbito subjetivo y las condiciones de acceso y cobertura financiera, obviamente, con cargo a los Presupuestos Generales de la propia Comunidad Autónoma de Euskadi. En este sentido, es el propio artículo 4.1 quien se refiere al carácter universal del derecho a la protección de la salud cuando establece que *“el derecho a la protección de la salud tiene carácter universal en el territorio de Euskadi para todas las personas residentes, así como para las transeúntes, en la forma y condiciones previstas en la legislación general, en los convenios de colaboración e internacionales”.* Estableciendo el propio artículo 4.4 que el Gobierno Vasco podrá ampliar, en el territorio de Euskadi, el catálogo de prestaciones, *“determinando su ámbito subjetivo y las condiciones de acceso y cobertura financiera, bien con cargo a los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi o con cargo a las personas que las soliciten, estableciéndose criterios que atiendan a la suficiencia financiera de los recursos económicos de los solicitantes y a la tipología de las prestaciones. Asimismo establecerá los supuestos en que proceda la reclamación del importe de los servicios realizados a los terceros obligados al pago”.* Todo lo anterior dentro del principio programático de *“la suficiencia del marco de financiación pública del catálogo de prestaciones sanitarias que asegura la Comunidad Autónoma de Euskadi”* –artículo 8.f)–⁵¹.

Son todos los preceptos anteriores –obviamente en relación con la CE– los que otorgan, en nuestra opinión, el título competencial habilitante para ampliar el ámbito subjetivo de la CCAA de Euskadi en materia de prestaciones sanitarias (hoy ya, una vez más, “papel mojado”), ejecutado por el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, y que por sentencia del TC se estipulaba la más que dudosa inconstitucionalidad de los preceptos a los que hace referencia la propia resolución –lo anterior, en grave detrimento del principio universalista de la salud del que hoy, desde el 30 de julio de 2018, sí se disfruta en España–.

⁵¹ Vid. ARRIETA IDIAKEZ, F. J.: “El régimen económico de la asistencia sanitaria en el ámbito de la comunidad autónoma de Euskadi”, en AA. VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, p. 608.

No obstante, en este tema, lo comentado también se veía mezclado y confundido con la mercantilización del acceso a una prestación tan vital y fundamental como es la sanitaria. Este cambio de criterio constitucional (a partir de julio de 2018, reiteramos, sin valor alguno), al final, solo pretendía reducir el gasto público sanitario. En este sentido, el paciente como titular del derecho a la asistencia sanitaria –tristemente– también terminaba actuando como sujeto del mercado y de las leyes que lo regulaban.

Y en relación a este retroceso sanitario o des-universalización, el cual, ha sido bastante efímero, creemos que es conveniente contemplar y trasladarnos a la Observación General número 14, titulada “*el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*”, más concretamente cuando establece que “*al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte*”⁵².

Y en la Observación General número 3, titulada “*la índole de las obligaciones de los Estados Partes*”, se establece que “*además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*”⁵³. Continúa estableciéndose en esta Observación General que “*el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos de que disponga". Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas*”.

Es por todo lo anterior por lo que puede afirmarse que la actual regulación sanitaria ha introducido reformas y modificaciones de carácter restrictivo “*sin emplear justificaciones suficientes ni convincentes, desatendiendo lo instado por el CDESC*”⁵⁴.

⁵² De fecha 11 de agosto de 2000.

⁵³ De fecha 14 de diciembre de 1990.

⁵⁴ RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: “¿Evolución o involución sanitaria tras las últimas reformas?: Propuestas de blindaje del contenido básico de la protección de la salud ante las tensiones socio-económicas del sistema”, en (...)

Y en este caso no es que el Estado no haya aplicado el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles, sino que fue el propio Gobierno, avalado por el Tribunal Constitucional, quién consideró inconstitucional una norma autónoma favorable que solo venía a complementar a la norma mínima estatal. Por tanto, y atendiendo al derecho que se encontraba en juego –nada más y nada menos que el derecho de todos a la salud–, no podíamos estar nada de acuerdo con la interpretación y fundamentación jurídica del mismísimo Tribunal Constitucional confirmando, una vez más, la pretensión de des-universalización que se pretendía de este derecho. No obstante, todo este régimen se ha visto recientemente modificado con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, consecuencia del cambio de gobierno por moción de censura.

En definitiva, corresponde al Estado dictar las normas básicas, mientras que las Comunidades Autónomas pueden asumir –en sus respectivos Estatutos– competencias para desarrollar aquéllas por la vía legislativa y reglamentaria, y la correspondiente función ejecutiva, así como mejorar los niveles comunes y mínimos de protección estatal (SSTC 44/1982, 32/1983, 80/1988 y 102/1995, entre otras). Por tanto, la competencia estatal se ha de circunscribir al establecimiento de un “común denominador normativo”, sin que en ningún caso las Comunidades Autónomas se puedan ver privadas de la posibilidad de adaptar las bases fijadas estatalmente a sus propias peculiaridades, en virtud de las competencias que la propia Constitución y sus Estatutos de Autonomía les atribuyen⁵⁵.

Ha de buscarse una lógica de intervención que respete las reglas mínimas de regulación estatal. Debe aceptarse el pluralismo jurídico-institucional en la Asistencia Sanitaria autonómica siempre que se respete el mínimo regulatorio marcado por el Estado. Debe crearse un mínimo nivel de calidad en las prestaciones sanitarias, en la sostenibilidad financiera y en la compatibilidad de los sistemas sanitarios con el conjunto de principios de articulación.

Es sensato plantearse la constitucionalidad de la normativa que se encarga de regular la asistencia sanitaria pues es evidente que la salud y su protección se encuentran íntimamente relacionadas con otros derechos fundamentales como el derecho a la vida y a la integridad física, pero no es prudente proceder al detrimento de la universalidad de un derecho tan fundamental como es el derecho a la salud; o lo que es lo mismo, el derecho a seguir viviendo dignamente.

En definitiva, la propia condición de persona no puede verse desvirtuada por criterios económicos de ahorro del gasto público.

No obstante, las sentencias del Tribunal Constitucional que caminaban y respaldaban la des-universalización de la protección sanitaria quedan malogradas una vez que se aprueba

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016, p. 882.

⁵⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y DÍAZ AZNARTE, M^a. T.: “El marco competencial diseñado por el Estatuto de Autonomía de Andalucía en materia de políticas sociolaborales”, en AA. VV.: *Políticas laborales y de protección social en el marco competencial del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Sevilla, Mergablum, CARL, 2008, p. 93.

el recentísimo Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

En efecto, en fecha de 30 de julio de 2018, se ha publicado, en el Boletín Oficial del Estado, el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. Y de acuerdo con la normativa recientemente aprobada, *“el acceso al Sistema Nacional de Salud en condiciones de equidad y de universalidad es un derecho primordial de toda persona”*. Continúa la normativa estableciendo lo siguiente: *“la garantía del ejercicio de este derecho y la protección efectiva de la salud de la ciudadanía cobra aún mayor importancia cuando quienes se ven privados de una asistencia sanitaria normalizada son colectivos de una especial vulnerabilidad, amenazados por la exclusión social, como es el caso de la población extranjera no registrada ni autorizada a residir en España”*.

Al hilo de lo anterior, el presente real decreto-ley obedece fundamentalmente a la necesidad de garantizar la universalidad de la asistencia, es decir, a garantizar el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, en las mismas condiciones, a todas las personas que se encuentren en el Estado Español.

El nuevo modelo desliga el aseguramiento con cargo a los fondos públicos de la Seguridad Social y se vincula a la residencia en España, así como a aquellas personas que, sin residir habitualmente en el territorio español, tengan reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, tal sería el caso, por ejemplo, de aquellas personas que bajo la acción protectora de la seguridad social tienen derecho a la asistencia sanitaria, así como la de los trabajadores y pensionistas a los que el Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados, les reconoce su derecho a la asistencia sanitaria.

Asimismo, partiendo de las necesarias cautelas dirigidas a no comprometer la sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Salud, se establecen criterios para evitar el uso inapropiado del derecho a la asistencia sanitaria, como son que la asistencia será con cargo a fondos públicos siempre que no exista un tercero obligado al pago, o que no se tenga la obligación de acreditar la cobertura obligatoria por otra vía, o bien, que no se pueda exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia.

Por otra parte, se establece la aportación farmacéutica para las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, por el necesario acceso a la prestación farmacéutica en igualdad de condiciones.

Por todo lo anterior se modifica la Ley 16/2003, de 28 de mayo, en lo que respecta al derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, y el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, en cuanto a la aportación farmacéutica.

Sin entrar a realizar más indicaciones sobre la normativa recientemente aprobada, lo cierto es que llegamos a una conclusión: no creemos que un derecho tan fundamental como la asistencia sanitaria deba ser modificado cada vez que haya un cambio de ideología política en el gobierno de España.