

LA SALUD COMO DERECHO EN ESPAÑA: REFORMAS EN UN CONTEXTO DE CRISIS ECONÓMICA*

HEALTH AS A RIGHT IN SPAIN: REFORMS IN A CONTEXT OF ECONOMIC CRISIS

ÁNGELES SOLANES CORELLA
Universitat de València

Fecha de recepción: 16-7-13

Fecha de aceptación: 7-10-13

Resumen: *La salud se concreta en numerosos tratados internacionales como un derecho humano esencial por su estricta vinculación a la dignidad humana. Es, además, uno de los derechos sociales que por antonomasia evidencia la función de los modernos Estados de Bienestar. Desde esa importancia capital, este artículo se centra en el contexto español actual para valorar la concepción normativa de la salud como un auténtico derecho, incidiendo en las consecuencias prácticas de la misma. El análisis de cuestiones como el acceso a la asistencia sanitaria, desde los parámetros de universalidad y gratuidad; o la calidad de ésta, nos sirve para evaluar el presente y proyectar alternativas de futuro.*

Abstract: *Health is defined in various international treaties as a fundamental human right, which is essential to its close relationship with human dignity. Furthermore, it is one of the social rights which characteristically demonstrates the purpose of modern Welfare States. This article focuses on the current situation in Spain in order to assess the legal regulations of health as basic right, concentrating on the practical consequences. The analysis of issues such as access and quality to free universal medical assistance helps us to evaluate the current situation and propose alternatives for the future.*

* Este artículo se enmarca en el proyecto Consolider Ingenio *El tiempo de los derechos* CSD-2008-00007, financiado por el Ministerio de Educación; y el proyecto I+D+i *Derechos humanos, sociedades multiculturales y conflictos*, del Ministerio de Economía y Competitividad DER 2012-31771.

Palabras clave: derechos humanos, derechos sociales, salud
Keywords: human rights, social rights, health

1. MARCO LEGAL: LA SALUD COMO DERECHO SOCIAL

En el ámbito internacional, diferentes disposiciones concretan el reconocimiento, acceso y garantía de la salud como uno de los derechos humanos directamente vinculado con la dignidad humana¹. Dentro de éstos se cataloga entre los derechos sociales, junto a la educación o la vivienda, cuya universalidad como exigencia normativa no es renunciable a pesar de que ésta no se haya conseguido o de que no deje de aumentar el contraste abismal entre la aspiración a la misma y el panorama social de realidades como la española².

Desde la configuración de la salud como derecho humano, es relevante señalar que España ha ratificado el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado en Nueva York el 10 de diciembre de 2008, el cual entró en vigor en mayo de 2013³. Este instrumento es fundamental en la evaluación y supervisión del respeto a tales derechos, entre ellos el de la salud, por los Estados parte, permitiendo la presentación de quejas ante Naciones Unidas por vulneraciones y recordando la exigibilidad de es-

¹ Este derecho se recoge en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y su desarrollo en la Observación General número 14; los artículos 11, 13 y 19.2 de la Carta Social Europea; y los artículos 31.3 y 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Fuera del sistema europeo, destaca el artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, los artículos 11, 15. 3 b y 17 del Protocolo de San Salvador, y los artículos 11 y 16 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos. Vid. G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002; J. ANSUATEGUI, "Derechos humanos: entre la universalidad y la diversidad", en E. RUIZ y G. URRUTIA (eds.), *Derechos Humanos en contextos multiculturales ¿Acomodo de derechos o derechos de acomodo?*, Alberdaina, Donosti, 2010, pp. 23-39; y M. C. BARRANCO, *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 47, Madrid, 2011, p. 11.

² J. DE LUCAS, "Los derechos sociales en tiempos difíciles. (Para una discusión genuinamente radical de los derechos sociales)", en V. ZAPATERO y M. I. GARRIDO (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de justicia*, Cuadernos de Democracia y Derechos Humanos, núm. 1, Universidad de Alcalá, 2009, pp. 167-199, p. 171 y M. CARBONELL, "El derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos: las observaciones generales de la ONU", en Ch. COURTIS y R. ÁVILA, *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, 2009, pp. 173-189.

³ BOE de 25 de febrero de 2013.

tos derechos⁴. La ratificación de este Protocolo puede interpretarse como una asunción por parte del legislador de nuevas obligaciones, o de mayores garantías, en relación a los derechos sociales, como un gesto de reconocimiento de la relevancia de los tales derechos sociales en tanto que derechos humanos⁵.

Asimismo hay que tomar en consideración, para el aseguramiento de la salud como un derecho, en aras de adoptar medidas de implementación, los informes presentados ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) así como las recomendaciones al Estado Parte en forma de observaciones finales, los informes periódicos del relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, los informes de la Organización Mundial de la Salud, y las disposiciones internacionales que abordan aspectos puntuales relacionados con este derecho.

El Comité DESC ha interpretado el derecho a la salud como un derecho inclusivo que no comprende solamente la atención oportuna y adecuada de la salud, sino también otros factores como el acceso al agua potable, el suministro adecuado de alimentos en buen estado, una vivienda digna, condiciones sanas en el trabajo, un medio ambiente saludable y el acceso a la educación sobre cuestiones relacionadas con la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante destacado por dicho Comité es la necesidad de que la población participe en todo el proceso de toma de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud⁶. Todos los Estados partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan esos derechos. En cumplimiento de dicha obligación, España presentó el quinto informe periódico que recoge las novedades legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole adoptadas desde el 2004 al 2009⁷. El Comité DESC examinó dicho informe y aprobó las observaciones finales en mayo de 2012 a las que se hará referencia a lo largo de la exposición para contrastar la práctica española con las exigencias de los estándares internacionales de derechos humanos⁸.

⁴ V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 19-64.

⁵ M. J. ANÓN, "Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010 pp. 15-41, p. 41; y G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

⁶ Comité DESC, Observación General nº 14 "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud" (artículo 12), 22º período de sesiones, 2000.

⁷ E/C.12/ESP/5, 31 de enero de 2011.

⁸ Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 48º período de sesiones 30 de abril a 18 de mayo de 2012, *Examen de los informes presentados*

En la dimensión nacional, el artículo 43 de la Constitución establece el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria de los ciudadanos, encomendando para ello a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Por su parte el artículo 51 de la Constitución, consagrada la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

Desde estas directrices constitucionales la salud ha sido entendida como un derecho a recibir cuidados sanitarios frente a la enfermedad, lo que ahonda tanto en la protección de la misma como en la asistencia sanitaria. Este derecho, aunque no esté expresamente incluido entre los principios rectores de la política social y económica se encuentra recogido en un precepto constitucional que como tal ha de informar el conjunto de la legislación positiva y la actuación de los poderes públicos en todos los niveles, de tal forma que éstos quedan obligados a llevar a cabo las actuaciones necesarias para hacerlo efectivo⁹.

Esto no significa que del artículo 43 de la Constitución pueda derivarse una especie de “derecho a estar sano toda la vida” y una correlativa obligación jurídica de resultado de los poderes públicos lo que sería, como en el caso de otros derechos sociales, absurdo. Pero sí la exigencia de prestaciones (de hacer y de no hacer) a los poderes públicos y de implementación de políticas públicas que permitan hacer efectivo y garantizar el derecho¹⁰. Todo ello desde una visión de los derechos humanos no compartimentada¹¹.

por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/ESP/CO/5, 6 de junio de 2012.

⁹ F. GARRIDO, “Comentario al artículo 43”, en VV. AA., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 789-791; S. MUÑOZ, *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza, Madrid, 1995, pp. 96-98; J. PEMÁN, “Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud”, *Derecho y Salud*, vol. 16., núm. 2, 2008, pp. 29-62; R. FERNÁNDEZ, “Dimensión del derecho a la protección a la salud: su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC)”, *Derecho y Salud*, vol. 19, núm. extra 1, 2010, pp. 11-30, y C. LEMA, *Salud, justicia, derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 67-69.

¹⁰ J. PONCE, *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública, Colección Monografías, Madrid, 2013, pp. 38-39.

¹¹ J. ANSUATEGUI, “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en V. ZAPATERO y M. I. GARRIDO (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de justicia, Cuadernos de Democracia y Derechos Humanos*, cit., pp. 143-163; y M. J. AÑÓN, “Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada”, en VV. AA. *Teorías de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. III, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 21-43.

A partir de estas coordenadas, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, estableció como uno de sus ejes centrales, en su artículo 3, que el sistema sanitario se orientase prioritariamente hacia la prevención y la promoción de la salud, estableciendo las bases para la universalización de la asistencia sanitaria. La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, así como la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, a través de su disposición adicional sexta, complementaron la Ley 14/1986. Dicha norma de 2003 estableció entre los principios informadores el de la financiación pública del Sistema Nacional de Salud de acuerdo con el vigente sistema de financiación autonómica plasmado, en sus términos fundamentales, en la Ley 22/2009, de 18 de diciembre. Precisamente con esta norma se considera cumplida la medida 138 del I Plan Nacional de Derechos Humanos del Estado Español, según su evaluación en noviembre de 2012¹². Del conjunto de estas previsiones normativas se desprende que los principios de universalidad y financiación pública configuran el Sistema Nacional de Salud en España¹³.

Una de las previsiones legislativas de mayor impacto en los últimos años ha sido 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. El objetivo teórico básico de esta disposición es intentar garantizar el futuro del Sistema Nacional de Salud que se encuentra, según su preámbulo, "en una situación de grave dificultad económica sin precedentes desde su creación". Ello como consecuencia de medidas, entre otras, como la ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento en todo el territorio nacional, el crecimiento desigual en las prestaciones del catálogo, la falta de adecuación de algunas de ellas a la realidad socioeconómica y la propia falta de rigor y énfasis en la eficiencia del sistema. Así se reconoce que se ha perdido eficacia en la gestión de los recursos disponibles, lo que se ha traducido en una alta morosidad y en un insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias¹⁴.

El Real Decreto-ley 16/2012, generó una gran polémica y ha sido recurrido por inconstitucionalidad por las Comunidades Autónomas de Andalucía,

¹² *Plan de Derechos Humanos, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de diciembre de 2008, y su Informe de Evaluación de noviembre de 2012.*

¹³ J. REY, *Una nueva Ley General de Sanidad para sostener el Sistema Nacional de Salud*, Fundación Alternativas, Madrid, 173/2011.

¹⁴ Tribunal de Cuentas, *Informe de Fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios y Convenios Internacionales de la Seguridad Social*, nº 937, 29 de marzo de 2012. Disponible en <http://www.tcu.es>

Navarra, y el Principado de Asturias¹⁵. Por otra parte, el Defensor del Pueblo optó por no presentar recurso de inconstitucionalidad al no encontrar fundamentos jurídicos suficientes para ello, aunque hace cinco recomendaciones al Ministerio de Sanidad para el mejor funcionamiento del sistema sanitario español¹⁶. En todo caso, el Defensor del Pueblo deja constancia del impacto de esta norma al señalar que entre el 8 y el 20 de mayo de 2012 tuvieron entrada en dicha institución 80 escritos en los que se le solicitaba que interpusiera recurso de inconstitucionalidad¹⁷.

El Real Decreto-ley 16/2012 se completa con el Real Decreto 1192/2012. Este segundo regula, entre otras cuestiones: la condición de persona asegurada y de beneficiaria a efectos del derecho a la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud; y el procedimiento para el reconocimiento de la condición de persona asegurada y beneficiaria por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, del Instituto Social de la Marina, estableciéndose igualmente el control y la extinción de dicha condición a efectos del derecho a la asistencia sanitaria pública.

Por tanto, todas las personas que ostenten la condición de aseguradas o de beneficiarias tendrán garantizada la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, la cual se

¹⁵ Recurso de inconstitucionalidad n.º 4585-2012, contra los artículos 1. uno y dos; 4. uno y cuatro y 10. cuatro y cinco del Real Decreto-ley 16/2012, BOE 21 de septiembre de 2012; Recurso de inconstitucionalidad n.º 4123-2012, contra el art. 1. uno y, por conexión, 1. dos; 2. dos, tres y cinco; 4. doce, trece y catorce y disposición adicional tercera y transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012, BOE 24 de julio de 2012; y Recurso de inconstitucionalidad n.º 4530-2012, contra el artículo 10.4 del Real Decreto-ley 16/2012, BOE 21 de septiembre de 2012. Vid. C. APRELL, "El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: los efectos del real decreto-ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 32, 2013, p. 4.

¹⁶ Defensor del Pueblo, *Resolución de la Defensora del Pueblo (e.f.) con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra 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*, 20 de julio de 2012 (incluye Recomendación 82/2012). Disponible en (consultado el 25 de febrero de 2013):

<http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Recursos/inconstitucionalidad/PDFs/Resolucion.pdf>

¹⁷ Defensor del Pueblo, *Informe Anual a las Cortes Generales 2012*, p. 67. Disponible en (consultado el 26 de marzo de 2013):

http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/Informe_2012.pdf

hará efectiva por las administraciones sanitarias competentes mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual. La Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, establece que aquellas personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud podrán obtener, siempre que no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título, la prestación de asistencia sanitaria mediante la suscripción de un convenio especial cuyos requisitos básicos quedaban diferidos a su regulación por orden de la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

De enorme importancia es también la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 que ha incluido una disposición que establece que las personas desempleadas sin derecho a prestación ni subsidio de desempleo perderán el derecho a la Sanidad Pública española si están 3 meses fuera del Estado español¹⁸.

En este contexto normativo, y aún admitiendo que la situación sea tal como la describe el mencionado Real Decreto-ley 16/2012, lo cual es cuestionable, las medidas arbitradas suponen un ataque frontal al derecho a la salud, especialmente a las bases para la universalización del mismo. Desde la consideración de la salud como un derecho humano, este trabajo pretende ofrecer una panorámica crítica acerca de lo que suponen las actuales previsiones normativas en el acceso a la asistencia sanitaria, desde los parámetros de universalidad y gratuidad; y cómo han impactado en la calidad de ésta a través de los servicios que se prestan desde las diferentes Comunidades Autónomas, agravando problemas como el de las listas de espera, y como se han redefinido las prestaciones farmacéuticas. Todo ello sirve para evaluar el presente, dejando constancia de la inadmisibilidad de medidas de carácter regresivo cuya justificación sea dudosa, y enfatizar la necesidad de proyectar alternativas de futuro que apuesten por alcanzar la meta de la universalidad.

2. ACCESO A LA ASISTENCIA SANITARIA

Desde los parámetros constitucionales y legales indicados, el Sistema Nacional de Salud articula el conjunto coordinado de los servicios de salud de la Administración del Estado y los servicios de salud de las Comunidades Autónomas que integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que son

¹⁸ BOE de 26 de diciembre de 2013.

responsabilidad de los poderes públicos¹⁹. La distribución de competencias en un Estado descentralizado como el español, es fundamental para entender el acceso a la sanidad pública y por tanto al ejercicio y garantía del derecho a la salud desde las directrices de universalidad y gratuidad²⁰.

Para entrar a valorar el ejercicio y garantía del derecho a la salud en España el primer obstáculo, entre muchos otros, es el hecho de que las estadísticas y los datos oficiales de los distintos Ministerios y Administraciones autonómicas implicadas, se presentan con un importante desfase temporal, lo cual en el momento actual tiene una gran trascendencia para el conocimiento de la situación real. En efecto, habiéndose realizado los cambios normativos de mayor calado en el año 2012, las estadísticas e indicadores clave más recientes han sido presentados en marzo de 2013 respecto al año 2011, por tanto, no reflejan el impacto del 2012²¹. En los últimos años la sanidad ha sido una de las áreas de interés por parte de los ciudadanos que la identifican entre los primeros problemas²².

Básicamente desde la perspectiva de la equidad, entendida como el acceso a las prestaciones y el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio y libre circulación de todos los ciudadanos, algunas de las carencias que se ha puesto en evidencia se focalizan en la universalidad del sistema. Sobre estas cuestiones el Defensor del Pueblo ha emitido en los últimos años diversas recomendaciones a las administraciones públicas, relativas a la extensión del derecho a la asistencia sanitaria pública a la totalidad de la población residente en España, insistiendo en la necesidad de impulsar una reforma legal que fijara la asistencia sanitaria como un derecho público subjetivo, personal y no contributivo²³.

¹⁹ J. J. SOLOZABAL, *Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico*, Fundación Alternativas, Madrid, 89/2006.

²⁰ S. MUÑOZ, "La cohesión del Sistema Nacional de Salud", *Derecho y Salud*, vol. 12, núm. extra 1, 2004, pp. 15-24; J. PEMÁN, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Comares, Granada, 2005, pp. 14-16 y F. SEVILLA, *La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social*, Fundación Alternativas, Madrid, 86/2006.

²¹ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, *Informe Anual del Sistema Nacional de Salud, 2011*, Ratificado por el Pleno del Consejo Interterritorial celebrado el 21 de marzo de 2013 y publicado el 27 de marzo de 2013. Disponible en (consultado el 4 de abril de 2013):

<http://www.msc.es/estadEstudios/estadisticas/sisInfSanSNS/tablasEstadisticas/InfAnSNS.htm>

²² CIS, Centro de Investigaciones Sociológicas, Barómetro de Junio de 2013, Disponible en (consultado el 2 de julio de 2013): http://datos.cis.es/pdf/Es2990mar_A.pdf p. 7

²³ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2012*, cit., p. 204.

Las previsiones legales introducidas por el Real Decreto-ley 16/2012 y completadas por el Real Decreto 1192/2012, al concretar el concepto de “asegurado”, han estrechado el lazo entre el derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita y el sistema contributivo de la Seguridad Social. Esta situación no deja de ser preocupante en la medida en que se aleja del sistema de financiación sanitaria universalista, que desde 1999 no se apoya exclusivamente en las cotizaciones sociales vinculadas al trabajo sino en la carga tributaria soportada por todos los contribuyentes, ya que la Ley 24/1997, de 15 de julio de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social estableció la separación y clarificación de las fuentes de financiación de la Seguridad Social, y la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1999, consagró la separación de las fuentes de financiación de la asistencia sanitaria coordinada por el Instituto Nacional de Salud, dando así cumplimiento a uno de los acuerdos alcanzados en los Pactos de Toledo. La universalidad y gratuidad del sistema público sanitario deben conectarse con la idea de que el gasto que conlleva se sostiene por el conjunto de los administrados, de acuerdo con su capacidad económica y mediante un sistema tributario basado en los principios de igualdad y progresividad, según el artículo 31.1 de la Constitución.

El caso más llamativo en lo relativo a la restricción del derecho a la salud es de los inmigrantes irregulares, que ahonda en la situación de desigualdad que marca en general su estatuto jurídico²⁴. La reforma aprobada por el citado Real Decreto-ley 16/2012, modificó el artículo 12 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social incorporando un retroceso en el ámbito de la asistencia sanitaria que ha dejado fuera del disfrute de este derecho a las personas en situación administrativa irregular. Así se ha suprimido el precepto que reconocía dicho derecho con carácter general a los extranjeros que se encontraran en España, con independencia de su situación administrativa pero requiriendo en su dimensión práctica la inscripción padronal. La nueva regulación remite a la legislación vigente en materia sanitaria, en concreto a la ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de la Salud, la cual ha sido a su vez reformada en su artículo 3, por el mencionado Real Decreto-ley para suprimir la referen-

²⁴ J. DE LUCAS, “Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración”, en VV. AA., *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI*, Eurobask, Bilbao, 2012, pp. 11-91.

cia “a todos los españoles y los extranjeros en territorio nacional en los términos previsto en el artículo 12 de la LO 4/2000”, por el reconocimiento de la asistencia sanitaria en situaciones especiales a los extranjeros que no sean residentes en España, tan sólo en supuestos de urgencia por enfermedad grave o accidente, hasta la situación de alta médica y la asistencia al embarazo, el parto y el postparto. Quedan fuera de esta limitación los extranjeros menores de dieciocho años, que recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles²⁵.

Como se ha señalado anteriormente el Real Decreto-ley 16/2012 ha sido recurrido ante el Tribunal Constitucional, entre otras, por esta cuestión. La exclusión del sistema sanitario de los inmigrantes irregulares generó una importante respuesta social y una reacción dispar por parte de las Comunidades Autónomas. Así nueve Comunidades Autónomas aplican la exclusión sanitaria a los extranjeros en situación irregular, aunque de forma diversa. Aragón, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha y Murcia aplican la reforma de forma estricta, otro grupo de autonomías, como son Castilla y León, Comunidad Valenciana, Galicia y Navarra permiten la atención de los extranjeros irregulares por encima de los mínimos establecidos; mientras que Andalucía, Asturias, Cataluña y País Vasco rechazaron desde el principio la aplicación del Real Decreto-ley 16/2012²⁶.

Algunas Comunidades Autónomas, como por ejemplo la valenciana, han aprobado Convenios especiales de prestación de asistencia sanitaria para las personas que no sean aseguradas ni beneficiarias²⁷.

El caso del País Vasco es significativo, puesto que tras negarse a la aplicación de la normativa estatal aprobó el Decreto 114/2012, de 26 de junio, so-

²⁵ Vid. Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, *Dictamen 6/2012, de 1 de junio, sobre 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 la seguridad de sus prestaciones*, disponible en: <http://www.cge.cat/es/dictamens/>. Cfr. M. J. AÑÓN (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; y J. DE LUCAS y A. SOLANES (ed.), *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Dykinson, Madrid, 2009.

²⁶ J. L. BELTRÁN, “Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2012, pp. 7-8.

²⁷ Vid. Decreto 190/2013, de 20 de diciembre, del Consell por el que se regula el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria en el ámbito de la Comunidad Valenciana a personas que no tengan la condición de aseguradas ni beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, DOGV de 24 de diciembre de 2013.

bre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi incluyendo las prestaciones a los inmigrantes irregulares. Este decreto fue recurrido ante el Tribunal Constitucional que ha acordado mantener la suspensión de la vigencia de los artículos que impedían la asistencia sanitaria a las personas en situación irregular en el ámbito de Euskadi²⁸. El Tribunal Constitucional no entra a determinar el conflicto de competencias, pero atiende las alegaciones del Gobierno vasco respecto a que excluir a determinados colectivos de la atención sanitaria supondría poner en riesgo su salud lo que repercutiría no solo en su estado de salud individual sino en la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infecto contagiosas, afectando seriamente a la salud de toda la sociedad.

Apelando a la jurisprudencia constitucional en relación a la posibilidad de que las Comunidades Autónomas pueden dictar normas en materia de sanidad dirigidas a una mejora en su ámbito territorial del común denominador establecido por el Estado en su normativa básica, bien de las propias competencias de gestión o bien de la financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y sus Estatutos, la Comunidad Foral de Navarra ha aprobado la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra. En ella establece que todas las personas con residencia en Navarra tienen derecho de forma gratuita a la asistencia sanitaria primaria o especializada, prestada por el sistema sanitario público de la Comunidad Foral, con cargo a los Presupuestos Generales de Navarra, cualquiera que sea su edad, nacionalidad o situación legal o administrativa. El concepto de residencia a estos efectos no es el de la legislación de extranjería, si no que por tal la propia ley puntualiza que hay que entender el hecho de acreditar, por cualquier medio admitido en Derecho, incluido el empadronamiento, que el domicilio de la persona está en un municipio de Navarra, sin atención a tiempo alguno.

De la difícil situación en la que quedan los colectivos excluidos de la atención sanitaria advierte, por ejemplo, el Defensor del Pueblo que ha dirigido diversas recomendaciones al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e

²⁸ Para seguir garantizando la asistencia universal, el Gobierno vasco argumentó que el colectivo de los inmigrante irregulares es el que resulta más afectado por patologías infecciosas como el VIH, la tuberculosis, la meningitis tuberculosa, el paludismo y la hepatitis B, que presentan una prevalencia en la población inmigrante superior a la española y cuya falta de seguimiento puede dar lugar a un estado de alarma social por deterioro de la salud pública. Tribunal Constitucional, Auto de 13 de diciembre de 2012.

Igualdad para que se adopten las medidas complementarias necesarias que permitan asegurar el acceso efectivo a la protección de la salud para colectivos en situación vulnerable, recomendando en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que se dicten las instrucciones necesarias para la atención de las personas con padecimientos graves, tal como se mantiene, entre otros, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁹.

3. CALIDAD DE LA ATENCIÓN SANITARIA Y DIFERENTES SERVICIOS EN FUNCIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL

Una de las cuestiones fundamentales en la garantía práctica de la salud como derecho es el asegurar la equidad territorial³⁰. Las Comunidades Autónomas deben garantizar la cartera común de servicios a los usuarios del Servicio Nacional de Salud, pudiendo aprobar carteras de servicios complementarias no incluidas en la financiación general de las prestaciones de dicho Sistema³¹. El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud es el órgano de coordinación, cooperación y encuentro entre administraciones públicas sanitarias central y autonómica.

El I Plan Nacional de Derecho Humanos, en su medida 136, aludía a diversas acciones para promover la calidad, la equidad, la cohesión y la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, entre ellas algunas vinculadas a la hoja de ruta del Pacto por la Sanidad y los Servicios Sociales, establecida el 29 de febrero de 2012, y otras que se recogen en el Real Decreto-ley 16/2012. Esta medida se considera cumplida según el informe de evaluación del Plan de noviembre de 2012, y se relaciona con la medida 137 relativa a una estrategia de equidad, salud y género íntimamente conectada al Protocolo común para la actuación sanitaria ante la violencia de género, que ha sido adaptado a determinadas situaciones de especial vulnerabilidad y que se considera en desarrollo³².

²⁹ Defensor del Pueblo, Resolución de 20 de julio de 2012 y Recomendación 82/2012, nº 1, cit.

³⁰ B. GONZÁLEZ y P. BARBER, *Desigualdades territoriales en el Sistema Nacional de Salud (SNS) de España*, Fundación Alternativas, Madrid, 90/2006.

³¹ P. REY y J. REY, *La financiación sanitaria autonómica: un problema sin resolver*, Fundación Alternativas, Madrid, 100/2006.

³² Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, *Protocolo común para la actuación sanitaria ante la violencia de género 2012*, Informes, Estudios e Investigación 2012. Disponible en (consultado el 25 de marzo de 2013):

A pesar de la existencia del mencionado órgano de coordinación y de la proximidad que persigue la transferencia de la competencia en materia de sanidad a las Comunidades Autónomas, una parte de las quejas planteadas reiteradamente ante el Defensor del Pueblo tiene que ver con la calidad de la atención sanitaria y los diferentes servicios complementarios en función del territorio en que se prestan poniendo en evidencia la necesidad de una mayor coordinación entre los servicios de salud y una mayor homogeneidad en las prestaciones³³.

Las diferencias existentes en las carteras de servicios en las distintas Comunidades Autónomas se proyectan en distintas prestaciones³⁴, por ejemplo, en la atención a las enfermedades raras o poco frecuentes³⁵. A éstas hacía referencia la medida 142 del I Plan Nacional de Derechos Humanos desde la perspectiva de la equidad. En los últimos años se han incorporado diversas patologías que son tratadas en los centros, servicios y unidades de referencia del Sistema Nacional de Salud, y tal como apunta el informe de evaluación del mencionado Plan esta medida continuará en desarrollo durante la X Legislatura. En la misma línea, la medida 143 del Plan, que también se evalúa como en desarrollo, recogía el compromiso de universalizar los cuidados paliativos, proporcionando una adecuada atención a las personas que lo necesiten con independencia de su lugar de residencia o de su condición social.

Para hacer efectivo el derecho de las personas desplazadas a recibir la asistencia sanitaria que pudieran requerir en las mismas condiciones e idénticas garantías que los residentes en la Comunidad Autónoma, el Defensor

http://www.seepidemiologia.es/documents/dummy/PROTOCOLO_Violencia%20de%20Genero_2012_70844.pdf

³³ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2010, 2011 y 2012*. Además del Informe 2012 ya citado, los otros dos disponibles en (consultados el 26 de marzo de 2013):

<http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/annual/Documentos/InformeAnualCortesGenerales2010.pdf>

http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/annual/Documentos/Informe_2011.pdf

³⁴ Las notables diferencias entre las Comunidades Autónomas quedan patentes, por ejemplo, en Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, *Informe Anual del Sistema Nacional de Salud, 2011*, cit., pp. 17, 32, 61, 69, 94 y 103.

³⁵ Esta es una de las reivindicaciones recurrentes de la Federación Española de Enfermedades Raras (FEDER vid: <http://www.enfermedades-raras.org/> también por comparación a la situación a nivel europeo cfr. EUCERD (European Union Committee of Experts on Rare Diseases), *2012 Report on the state of the art of rare disease activities in europe of the european union committee of experts on rare diseases part*, disponible en (consultado el 26 de febrero de 2013):

http://ec.europa.eu/health/rare_diseases/docs/eucerd2012_report_state_of_art_rare_diseases_activities_1.pdf

del Pueblo inició de oficio una investigación con el Ministerio de Sanidad³⁶. En respuesta a la misma dicho Ministerio indicó que, en colaboración con el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, se crearía el Fondo de Garantía Asistencial. En efecto, la reforma del Sistema Nacional de Salud articulada por el citado Real Decreto Ley 16/2012, en su artículo 3, contempla la creación de dicho Fondo que estará destinado a la compensación entre las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla por las actuaciones que sus servicios de salud realicen en el marco de la aplicación de la cartera común básica de servicios asistenciales y de la suplementaria a las personas que gocen de la condición de asegurado en el Sistema Nacional de Salud en sus desplazamientos temporales. En teoría, el mecanismo de liquidación permitirá compensar a las Comunidades Autónomas por la atención prestada a aquellos que no residen habitualmente en su territorio.

El Real Decreto-ley 16/2012, como se viene señalando, fracciona la cartera común en tres: básica, suplementaria y de servicios accesorios. Además, introduce el denominado copago (bien como aportación o bien como reembolso) para las prestaciones de dispensación ambulatoria que se incorporen a la Cartera común suplementaria, que incluirá la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, productos dietéticos y el transporte sanitario no urgente, y para los servicios, técnicas y actividades de apoyo a patologías de carácter crónico, que se incorporen a la Cartera común de servicios accesorios. Para concretar la aportación económica se seguirán las normas del copago farmacéutico, pero sin los límites en las cuantías a aportar por los pacientes establecidos para éste³⁷, que se analizará más adelante, cuya eficacia para el mantenimiento de la sostenibilidad del sistema es, al menos, cuestionable³⁸.

³⁶ Defensor del Pueblo, *Informe Anual a las Cortes Generales 2011*, cit., pp. 403-406.

³⁷ Por otra parte, se introducen dos límites que hasta ahora no existían: a) la Cartera complementaria que una Comunidad Autónoma quiera ofertar queda sujeta a la garantía previa de suficiencia financiera de la misma en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria de acuerdo a los planes de ajuste estatales; b) las Comunidades Autónomas han de asumir, con cargo a sus presupuestos, los costes de aplicación de la cartera de servicios complementaria a las personas que tengan la condición de asegurado. No es posible introducir el copago en la prestación complementaria que éstas puedan incorporar. J. L. BELTRÁN, "Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas", cit., pp. 9-10.

³⁸ I. CORREAS, "El copago sanitario ¿un auxilio para el mantenimiento de la sostenibilidad del sistema?", *Derecho y Salud*, vol. 21, núm. 2, 2011, pp. 133-141.

El copago o repago supone que el usuario abona además de mediante el sistema tributario, un segundo pago que va unido a ciertas prestaciones como las médicas o farmacéuticas. Esta medida tiene en común con la reversión o regresión que persigue una misma finalidad teórica que es la de intentar reducir el déficit público y, en principio puede tener unos efectos semejantes en los administrados que se ven en la necesidad de pagar por la obtención de prestaciones. Una parte de la doctrina entiende que su lógica y articulación es distinta, ya que, no implica el recorte del contenido de un derecho sino su pago o encarecimiento y aunque puedan darse puntos comunes, desde un perspectiva técnica jurídica es conveniente su separación³⁹. Resulta difícil justificar dicha diferencia si se atiende al hecho de que la falta de pago supone la exclusión del disfrute de la asistencia sanitaria lo que hace que deje de ser un derecho, para convertirse en una suerte de privilegio en el caso de los usuarios que no puedan costearla. Ciertamente si la salud es un bien al que se tiene un acceso radicalmente desigual según la capacidad de pago, entonces puede afirmarse que los usuarios serán diferentes en la salud y en la enfermedad, no por causas naturales sino sociales, y por ello desiguales en dignidad⁴⁰.

Así se evidencia en el caso del transporte sanitario que es un buen ejemplo en este contexto de reducción sistemática de la asistencia vinculada al derecho a la salud. La situación es más grave para aquellos pacientes sometidos a tratamientos periódicos y de larga duración (quimioterapia, radioterapia, diálisis y rehabilitación, entre otros), que requieren continuos desplazamientos a centros hospitalarios en transporte sanitario. La frecuencia de estos desplazamientos y la imposibilidad de asumir el significativo coste económico del transporte sanitario pueden dar lugar a que no se sea posible continuar con el tratamiento con el consiguiente riesgo para la salud, la vida o la integridad física de dichos pacientes. Por ello el Defensor del Pueblo ha recomendado al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, que se adopten las medidas necesarias para asumir la totalidad del coste del transporte sanitario no urgente, en tales casos, siempre que sean necesarios desplazamientos frecuentes a centros hospitalarios y se acredite insuficiencia de medios económicos⁴¹.

³⁹ J. PONCE, *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, cit., pp. 29-30.

⁴⁰ C. LEMA, *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud. Historia del derecho a la salud en el siglo XX*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 107.

⁴¹ Defensor del Pueblo, Resolución de 20 de julio de 2012 y Recomendación 82/2012, nº 3, cit.

Especialmente preocupante es la realidad de los colectivos en situaciones de vulnerabilidad. Entre ellos, en primer lugar, hay que referirse a las personas con enfermedad mental. De forma reiterada, se han puesto en evidencia los derechos de los pacientes en los centros de internamiento y la necesidad de revisar la figura del internamiento tras la ratificación por España de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que obliga al ordenamiento jurídico español a su adaptación⁴². En 2010, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que la permite, alegando que al tratarse de una medida de privación de libertad debería haberse regulado por ley orgánica. Este medida viene justificada por la necesidad de intervención terapéutica urgente pero, según varias organizaciones civiles, atenta contra los derechos humanos de las personas con discapacidad. El Relator de Naciones Unidas contra la tortura en un informe presentado en julio de 2008 manifestó la incompatibilidad de los internamientos involuntarios por razón de discapacidad con los derechos humanos de este grupo social y por ende con la Convención⁴³.

En la misma línea, en sus Observaciones Finales en 2011, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas recomendó al Estado español que revisara las leyes que contemplan la privación de libertad por motivo de discapacidad, incluyendo la discapacidad mental, psicosocial o intelectual y, así mismo, que derogara las disposiciones que autorizan el internamiento involuntario por una discapacidad aparente o diagnosticada, adoptando medidas que garanticen que los servicios de atención

⁴² F. BARRIOS, "La regulación del internamiento psiquiátrico en España: carencias jurídicas históricas y actuales", *Derecho y Salud*, vol. 22, núm. 1, 2012, pp. 31-56. Cfr. R. DE ASÍS, "Discapacidad y Constitución", *Derechos y Libertades*, núm 29, 2013, pp. 39-52; R. DE ASÍS (coord.), "Capacidad jurídica y discapacidad: propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", Informe *El tiempo de los derechos*, núm. 23, abril 2012; y P. CUENCA, "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español", *Derechos y Libertades*, núm. 24, 2011, pp. 221-257.

⁴³ Vid. G. MERINO, "Autonomía de la voluntad e internamiento psiquiátrico: problemas y tratamiento jurisprudencial", *Derecho y Salud*, vol. 21, núm. 2, 2011, pp. 165-169. En la misma línea la Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental (FEAFES) se ha mostrado reacia a los internamientos. Vid. VV. AA., *Informe conjunto al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con motivo del 5º informe periódico de España*, 48 periodo de sesiones mayo 2012, p. 44. Disponible en (consultado el 2 de marzo de 2013):

<http://www.cesr.org/downloads/Parallel%20Report%20CESCR%2048%20session%20Spain%20March%202012.pdf>

sanitaria (entre ellos todos los de salud mental), se basan en el consentimiento informado de la persona implicada.

Por lo que se refiere al colectivo de los jóvenes, el Comité DESC muestra su preocupación por el aumento del consumo de drogas y del abuso de alcohol, así como la ausencia de una información más detallada sobre este fenómeno y sus posibles causas. Recomienda al Estado español que fortalezca sus estrategias de lucha contra el consumo de drogas y el abuso de alcohol teniendo en cuenta los diferentes factores de riesgo y todos los actores involucrados; que desarrolle servicios de salud y de atención psicosocial adecuados; que incorpore una propuesta metodológica para el tratamiento de desintoxicación; y que implemente medidas administrativas, sociales y educativas para atender estos problemas⁴⁴.

El II Plan Estratégico Nacional de la Infancia y Adolescencia 2013-2016, aprobado el 5 de abril de 2013, incluye medidas de salud integral, entre ellas algunas específicas para promover una buena salud y hábitos saludables en la infancia y adolescencia, dando prioridad a las poblaciones más vulnerables.

En cuanto a los enfermos de VIH/SIDA, en los últimos años se ha reducido el presupuesto para llevar a cabo programas de prevención. Sin duda uno de los mayores logros en relación a este colectivo ha sido la aprobación del Plan Multisectorial frente a la Infección por VIH y el SIDA (2008-2012). La medida 141 del I Plan Nacional de Derechos Humanos hacía referencia al desarrollo de dicho Plan Multisectorial, y su informe de evaluación de noviembre de 2012 la considera cumplida, pero también enfatiza la necesidad del cumplimiento continuado. Es necesario insistir en la permanencia en el tiempo de dichas previsiones, por ejemplo, agilizando el Plan Multisectorial 2013-2017, a partir de los resultados a nivel de cumplimiento del anterior que es imprescindible evaluar.

En relación al colectivo de las mujeres, una primera cuestión hace referencia a la garantía de los derechos sexuales y reproductivos. En sus Observaciones Finales a España en 2004, el Comité DESC mostró su preocupación ante la elevada tasa de abortos entre las adolescentes entre 15 y 19 años instando al Estado español a intensificar los programas de educación sexual y salud reproductiva entre las adolescentes, puesto que entre este colectivo existía, y sigue existiendo un alto índice de embarazos no deseados. Sin embargo en España no se ha realizado ningún plan nacional de educación sexual, ni tampoco exis-

⁴⁴ Consejo Económico y Social, *Observaciones finales del Comité DESC. España. 2012*, cit., p. 25, p. 7.

te una materia obligatoria en el itinerario escolar sobre estas cuestiones. La Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, supuso un avance, sin embargo, en la práctica la decisión de introducir clases de educación sexual depende del centro educativo⁴⁵.

La misma inequidad territorial que ya se ha señalado aparece tanto en la ausencia de un protocolo común a todas las Comunidades Autónomas que regule la objeción de conciencia por parte del personal sanitario a la realización de interrupciones del embarazo; como en el acceso a prácticas de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE). Se aprecia también en el acceso a la anticoncepción, en concreto, a la de emergencia, y en la financiación de los anticonceptivos⁴⁶.

La medida 144 del I Plan Nacional de Derechos Humanos, relativa al compromiso de garantizar la seguridad, la calidad en la atención y la confidencialidad de los datos de las mujeres en las interrupciones voluntarios del embarazo, así como la seguridad jurídica de los profesionales, se consideró cumplida en la evaluación del mismo de noviembre de 2012, por la aprobación de la mencionada norma, del Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la misma y del Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación e interrupción del embarazo.

Por último, en cuanto a las personas mayores, afectadas transversalmente por diversas medidas que impactan en su garantía del derecho a la salud, por ejemplo en su condición de pensionistas, el Parlamento Europeo recuerda a la Comisión que las restricciones y limitaciones en relación con la atención sanitaria, los servicios de asistencia, la protección y la seguridad sociales, aprobadas y aplicadas por la Comisión y/o los Estados miembros con objeto de cumplir con los ahorros financieros y presupuestarios y los recortes en el gasto (sanitario y social) fijados a raíz de la actual crisis económica y financiera, no deben interferir en modo alguno con la dignidad y las necesidades humanas básicas, ni afectarlas negativamente. Dichos ahorros han de ir acompañados de reformas meticulosamente preparadas y orien-

⁴⁵ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, *Estrategia Nacional de Salud Sexual y Reproductiva*, 2011. Disponible en (consultado el 4 de marzo de 2013):

<http://www.msps.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/ENSSR.pdf>

⁴⁶ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, *Interrupción Voluntaria del Embarazo. Datos definitivos correspondientes a 2011*, disponible en (consultado el 4 de marzo de 2013):

http://www.msps.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/docs/IVE_2011.pdf

tadas a los pacientes. De lo contrario, los recortes agravarán la salud global de las personas, las desigualdades en el ámbito de la salud, las desigualdades sociales y la exclusión social, poniendo también en peligro la solidaridad intergeneracional⁴⁷.

4. ATENCIÓN PRIMARIA Y ATENCIÓN ESPECIALIZADA: REDUCCIÓN DE RECURSOS Y LISTAS DE ESPERA

El año 2012 supuso un punto de inflexión en la atención primaria sanitaria⁴⁸ y un claro ejemplo de la progresiva mercantilización que afecta a la salud⁴⁹, con dos problemas que se han agravado significativamente y que se suman a otros que viene reiterándose en el tiempo tales como el envejecimiento de la población, la disponibilidad de nuevas tecnologías sanitarias, el incremento de enfermedades crónicas y la presión asistencial que sufren determinadas zonas.

Estas dos cuestiones que han disparado las quejas a nivel social respecto a la atención primaria, por parte de la ciudadanía pero también de diferentes colectivos profesionales, son la supresión o el cierre en horario nocturno de los denominados puntos de atención continuada (PAC-urgencias extrahospitalarias), y la insuficiente dotación de personal sanitario en los centros de

⁴⁷ Resolución del Parlamento Europeo 6 de febrero de 2013, sobre cooperación europea de innovación para un envejecimiento activo y saludable, 2012/2258 (INI), punto 25. Disponible en (consultado el 4 de marzo de 2013):

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-20130046+0+DOC+XML+V0//ES>

⁴⁸ La situación anterior era diferente. Según los datos del Ministerio de Sanidad, respecto a 2011, más del 70% de los ciudadanos tenían una valoración positiva del funcionamiento del Sistema Nacional de Salud; el 24,2% pensaba que el sistema sanitario funcionaba bastante bien y el 48,9% que funcionaba bien, pero necesitaba cambios, lo que justificaría una posible reforma, que para el 21,9% era más evidente, ya que afirmaban que el sistema sanitario necesitaba cambios fundamentales. La proporción de quienes manifestaban su descontento y reclamaban que el sistema se rehiciera por completo era muy inferior a 1 de cada 10 entrevistados (0,42), manteniéndose similar a las cifras de 2009 y 2010. Sin embargo, como ya se ha indicado, hay que prestar especial atención a las medidas de 2012 cuya valoración no se ha realizado aún. Vid. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, *Informe Anual del Sistema Nacional de Salud, 2011*, cit., 29 y VV. AA., *Reflexiones sobre la atención primaria de salud*, Fundación Alternativas, Madrid, 172/2011.

⁴⁹ J. DE LUCAS, "Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración", op. cit., p. 80.

salud. Estas previsiones dificulta la igualdad real, constante meta del sistema sanitario público⁵⁰.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, el informe del Defensor del Pueblo constata que dicho cierre se ha producido en determinados municipios de Castilla-La Mancha, Castilla y León, y Extremadura. Estas medidas afectan especialmente a colectivos sensibles como la población infantil o los mayores, al tiempo que agravan la situación de desigualdad en la que se colocan aquellas personas afectadas por medidas como, por ejemplo, la supresión de un centro sanitario y su derivación a otro que se encuentra a mayor distancia. Este tipo de previsiones requieren de información acerca de los criterios que las amparan, tales como la planificación sanitaria que motivó en su momento la creación de los PAC y fundamenta ahora su supresión, las futuras previsiones en cuanto al incremento de medios personales y materiales en el centro de salud de la zona básica, así como de transporte sanitario para compensar los posibles efectos derivados del cierre de los centros tomando en consideración la población que necesita atención; y la distancia, calculada en minutos con medios habituales de locomoción, entre el centro de salud y el municipio de la zona básica más alejado del mismo. Con las respuestas pendientes a estas cuestiones, será posible evaluar la proporcionalidad y necesidad de las medidas adoptadas⁵¹.

Por otra parte, la insuficiente dotación de personal en centros de salud y la restricción de los existentes, supera el ámbito de la atención primaria y afecta también a la especializada con problemas que se vienen arrastrando desde hace tiempo pero que han visto en la crisis económica la justificación perfecta para afianzar la disminución de recursos⁵². La falta de profesionales para atender a la demanda existente ha repercutido de forma fundamental en la garantía del derecho a la salud, generando quejas de pacientes y profesionales al respecto, propiciando una creciente saturación de los servicios, y constantes reivindicaciones a través del legítimo derecho de huelga de los profesionales de la salud.

⁵⁰ M. I. GARRIDO, "Los derechos sociales y la igualdad real y efectiva: presupuestos teóricos para una acción práctica de emergencia", en M. I. GARRIDO, *La eficacia de los derechos sociales hoy*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 45-57; y C. LEMA, *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud. Historia del derecho a la salud en el siglo XX*, cit., pp. 91-96.

⁵¹ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2012*, cit., p. 210.

⁵² J. VIDA, "Sostenibilidad del sistema sanitario: crisis económica, prestaciones sanitarias y medidas de ahorro", *Derecho y Salud*, vol. 21, núm. 2, 2011, pp. 13-34.

Precisamente la situación generalizada de recursos escasos ha provocado problemas por el acceso a los servicios más cercanos en relación a la asistencia sanitaria a la población situada en los límites entre Comunidades Autónomas, cuando éstos no pertenecen a la comunidad de origen del usuario. En el mismo sentido, se han suscitado quejas cuando la accesibilidad a los servicios pone en evidencia los desequilibrios territoriales, produciéndose denegaciones por razones territoriales y no clínicas. El caso de los servicios de urgencia y la saturación a la que se ven sometidos los profesionales, cada vez de forma más sistemática, también ha suscitado las denuncias de éstos por episodios de especial calado social ante la imposibilidad de atención sanitaria fluida, con resultados nefastos.

Las medidas de recorte tanto en el ámbito de la atención primaria como en la especializada, se han compaginado con la privatización de los servicios sanitarios públicos, también de forma desigual en las diferentes Comunidades Autónomas, algunas de las cuales como Galicia, Valencia o Murcia han optado por la gestión de las empresas privadas en los centros sanitarios públicos. Un caso notorio es el de Canarias donde el 40% de las camas son privadas y atienden al 37,5% de los procesos agudos financiados públicamente. Incluso se ha optado por las iniciativas de financiación privada para la construcción de hospitales y centros de salud. La restricción de personal sanitario se ha traducido en el empeoramiento de las condiciones de trabajo, el aumento de los horarios, y las disminuciones salariales con el consiguiente deterioro de las condiciones de trabajo que inevitablemente repercutirán, a corto y largo plazo, en la disminución de la calidad de las actuaciones del sistema sanitario⁵³.

En este contexto, las listas de espera podrían constituir un indicador de medida de los resultados en la asistencia sanitaria, puesto que ponen a prueba la efectividad del derecho a la salud y al tiempo tensionan la universalidad y equidad que legalmente se postula de él.

El sistema de información sobre listas de espera en el Sistema Nacional de Salud contiene los datos oficiales tanto en la espera quirúrgica como en la de consultas externas, realizando una distribución por número de pacien-

⁵³ Vid. Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública, *Informe sobre los recortes sanitarios en las Comunidades Autónomas*, Abril 2012, pp. 2-3. Disponible en (consultado el 25 de febrero de 2013): <http://www.fadsp.org/documents/Salud2000/136/S2mil136%2011-15.pdf>

tes, tiempos de espera y distribución por especialidades básicas⁵⁴. La división dual de los datos ministeriales lo que no recoge es la demora real que sufren los pacientes desde que se realiza la primera consulta en el centro de atención primaria hasta que se resuelve su problema de salud. En realidad lo que ocurre es que se producen esperas consecutivas para el paciente desde su visita al centro de atención primaria hasta su remisión al especialista, la dilación para la realización de las pruebas diagnósticas, la demora hasta que vuelve de nuevo al especialista y finalmente el tiempo hasta la intervención quirúrgica. La necesidad de computar esa demora real es precisamente una de las tradicionales medidas para conseguir la igualdad real que viene reivindicando, por ejemplo, la Organización Médica Colegial con propuestas concretas para mejorar el Sistema Nacional de Salud⁵⁵.

Asimismo hay que tener en cuenta otros problemas en relación a estos datos oficiales que los desvirtúan para servir como indicador. Se publican semestralmente, con lo cual llegan con un retraso que va de los seis meses al año y medio, y no están igualmente desglosados por Comunidades Autónomas, lo que hace imposible conocer la actuación de cada una de ellas (así como el impacto que están teniendo los recortes) y asumir como indicador el tiempo medio de espera que aparece en las estadísticas estatales. Las medias nacionales no recogen los máximos y los mínimos en las listas de espera. Además las diferentes Comunidades Autónomas, colaboran de diversa manera a la hora de proporcionar los datos desglosados al respecto,

⁵⁴ Si se comparan estas dos variables según los datos disponibles del 2008 al 2012, ambos inclusive, atendiendo estrictamente a los datos ministeriales, por ejemplo, el número de pacientes en lista de espera quirúrgica por cada mil habitantes, a junio de cada año en 2008 se situaba en el 9,38% mientras que en 2012 alcanzaba el 11,82%; el porcentaje de espera de más de 6 meses estaba en 2008 en 5,82, mientras que en 2012 se situaba en el 9,8% (a pesar de que en 2010 llegó a estar en el 4%). La población total en lista de espera quirúrgica pasó de 372.572 pacientes en 2008 a 536.911 pacientes en 2012. Por lo que se refiere a la espera en consulta, ésta se modera en el mismo período de tiempo de tal forma que el porcentaje de pacientes con espera a más de 60 días se situaba en 2008 en el 33% mientras que en 2012 se encontraba en el 37%. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, *Informe Anual del Sistema Nacional de Salud*, 2011, cit., pp. 59-60; L. GUTIÉRREZ, "Listas de espera: poco transparentes e incomparables", *Diario Médico, Primer Plano*, 11 de marzo de 2013; y SISLE-SNS, *Sistema de información sobre listas de espera en el Sistema Nacional de Salud*, situación a 30 de junio de 2012. Disponible en (consultado el 25 de febrero de 2013): http://www.msps.es/estadEstudios/estadisticas/inforRecopilaciones/docs/LISTAS_PUBLICACION_CI_JUN12_18122012.pdf

⁵⁵ Organización Médica Colegial (OMC), *85 propuestas para hacer sostenible el SNS preservando su calidad y todos sus principios y derechos*, 4 de abril de 2013. Disponible en: <http://www.medicosypacientes.com/articulos/85sns.html>

facilitando solo parcialmente información, como es el caso de la Comunidad Valenciana que detalla la lista quirúrgica pero no la de consultas; incluso algunas como Canarias que de forma sistemática se niega a hacer públicos los datos en relación a las demoras; o Castilla La Mancha que dilata la publicación hasta no facilitarlos. Todo ello hace que pueda afirmarse que las listas de espera no son públicas, y por tanto el análisis global evolutivo no es posible⁵⁶.

No puede obviarse que se han realizado esfuerzos para intentar paliar la situación de las listas de espera. Así, por ejemplo, la consolidación y el fortalecimiento de fórmulas de atención que disminuyen los tiempos de demora, entre ellas, las unidades de cirugía sin ingreso y mayor ambulatoria, junto con la implantación y el desarrollo de consultas de alta resolución, son estrategias cuya eficacia ha sido constatada⁵⁷. Asimismo se ha acudido el mecanismo de reintegro de gastos, que incluye la posibilidad de que el usuario utilice servicios ajenos a los del sistema público de prestaciones sanitarias y obtenga posteriormente el reembolso de los gastos pagados⁵⁸, pero aún así las listas se han mantenido.

Las continuas quejas presentadas y documentadas en los informes del Defensor del Pueblo⁵⁹, dejan constancias de la gran cantidad de demoras en la existencia de un número elevado de pacientes que deben esperar meses o años para ser diagnosticados o recibir un tratamiento. El adecuado conocimiento de las listas de espera exige sistemas de información y registro de los tiempos de espera sólidos, fiables y disponibles, siendo imprescindible consolidar un sistema de información de tiempos de demora común para todos los servicios de salud. El impulso a este modelo debería ser asumido por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y respetado por todas las Comunidades Autónomas para que sea posible gestionar eficazmente formas de actuación⁶⁰.

De momento las listas de espera no son comparables, a pesar del notable esfuerzo que se realizó en 2012, al incluir los datos de la Comunidad de Madrid, que había sido expulsada del sistema de listas de espera en 2005 por

⁵⁶ L. GUTIÉRREZ, "Listas de espera: poco transparentes e incomparables", cit., p. 2.

⁵⁷ A. CAÑIZARES y A. SANTOS GÓMEZ, *Gestión de listas de espera en el Sistema Nacional de Salud. Una breve aproximación a su análisis*, Fundación Alternativas, Madrid, 174/2011, p. 74.

⁵⁸ J. PONCE, *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, cit., p. 45.

⁵⁹ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2012*, op, cit., p. 209.

⁶⁰ A. CAÑIZARES y A. SANTOS, *Gestión de listas de espera en el Sistema Nacional de Salud*, cit., p. 73.

contabilizar las demoras de forma diferente al resto de autonomías, contando el retraso desde que el paciente había visto al anestesista y había realizado las pruebas preoperatorias en lugar de hacerlo desde el momento en el que la intervención quirúrgica había sido prescrita por el médico. Aunque dicha Comunidad no ha modificado su forma de cómputo el Ministerio ha optado por realizar una estimación de datos, igual que en el caso de Cataluña.

Por tanto, más que caminar hacia una cierta homogenización que permita comparar los datos de las diferentes Comunidades, cada una de ellas opta por hacer divisiones diferentes. Por ejemplo, Madrid y Andalucía, dividen los pacientes en espera quirúrgica programable y en espera “transitoriamente no programable”, incluyendo en este último concepto a los que esperan cita para las pruebas de preoperatorio o anestesia, pero disminuyendo artificialmente a la baja. Otras como Murcia o Galicia, presentan los datos desglosados por pacientes graves y no graves sin detallar quiénes están en cada grupo, mostrando que en los graves la espera es corta aun cuando en los considerados no graves se haya incrementado fuertemente el número de los que esperan más de seis meses. Además como el Ministerio no desglosa los datos por Comunidades, no es posible saber si las autonomías aportan el dato global o sólo el desglose para los más graves. Para hacer frente a esta situación, mantenida en el tiempo, sería necesario un registro de lista de espera con criterios de priorización donde se incluyan variables clínicas, funcionales y sociales, de carácter unificado para todas las Comunidades Autónomas, que debería impulsarse a través de grupos de consenso con profesionales sanitarios, ciudadanos y organismos de investigación e información sanitaria.

En este contexto, resulta prácticamente imposible entrar a valorar el alcance que han tenido las medidas del 2012 en las listas de espera. Sólo a modo de tentativa pueden compararse los datos de 2011 y 2012 en las diferentes Comunidades Autónomas a propósito de la estimación del efecto de los recortes, en alza de demoras, atendiendo a los días de demora media quirúrgica, teniendo en cuenta que de Castilla-La Mancha y Canarias no hay datos. La media nacional pasaría de 64 días de demora media quirúrgica en 2011 a 76 en 2012. Estos datos no sirven, en todo caso, para dar cuenta del verdadero alcance de la reducción de recursos, de la eliminación de las denominadas comúnmente como *peonadas* (en referencia a los programas extraordinarios de consultas o quirófanos que se han generalizado en los últimos años en el Sistema Nacional de Salud, con el objetivo de disminuir las listas de espera),

la congelación del presupuesto de inversiones en tecnología diagnóstica, o el despido de personal eventual⁶¹.

Como el informe del Ministerio de Sanidad confirma, incluso antes de 2012, las listas de espera siguen siendo un motivo de preocupación para los ciudadanos. Si se les pregunta qué piensan sobre la actuación que llevan a cabo las autoridades sanitarias para mejorar las listas de espera, el 33,2% de ciudadanos cree que se realizan acciones, opinión que supone un empeoramiento de 3,7 puntos con respecto a 2010; el 36,3% piensa que no se hacen actividades para la mejora y el 30,2% dice desconocer este extremo⁶².

Ciertamente la cuestión de los tiempos de espera en el ámbito sanitario continua siendo uno de los puntos débiles de la actual regulación en materia de prestaciones sanitarias, puesto que aunque en algunos casos se establecen plazos máximos (especialmente en el ámbito de la normativa autonómica), no se arbitran mecanismos específicos a disposición del paciente para conseguir que las prestaciones sean efectivas en tales tiempos máximos⁶³. Como se ha apuntado por una parte de la doctrina, si la inclusión en lista de espera durante largos periodos de tiempo provoca cualquier daño antijurídico, el solicitante (cuando concurren el resto de requisitos exigidos en el artículo 106.2 Constitución y los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), podría solicitar la compensación del mismo dentro de la institución de la responsabilidad patrimonial. Ello supone entender que existen algunos daños que pueden considerarse que han de soportarse por quien espera la prestación, pero otros podrían llegar a ser incluidos en el concepto de antijurídicos⁶⁴.

⁶¹ Así en la comparación en Andalucía se pasa de 57 a 54 días de demora, en Aragón de 65 a 73 días, en Asturias de 62 a 79 días, en Baleares de 74 a 121,9 días, en Cantabria de 109,4 a 139,4 días, en Castilla y León de 52 a 97 días, en Cataluña de 164,4 a 138,3 días, en Extremadura, de 132,3 a 93,6 días, en Galicia, de 83,8 a 83,4 días, en Madrid de 9,5 a 9,6 días, en Murcia de 63 a 74 días, en Navarra de 47 a 79 días, en la Comunidad Valenciana de 42 a 56 días, en el País Vasco de 51,8 a 52,1 y en la Rioja se mantiene en 58 días. Vid. L. GUTIÉRREZ, "Listas de espera: poco transparentes e incomparables", cit., p. 3.

⁶² Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, *Informe Anual del Sistema Nacional de Salud, 2011*, cit., p. 71.

⁶³ Por ejemplo, en el caso vasco el Decreto 65/2006, de 21 de marzo, por el que se establecen los plazos máximos de acceso a procedimientos quirúrgicos programados y no urgentes a cargo del sistema sanitario de Euskadi. Cfr. J. M. PEMÁN, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, cit., p. 10.

⁶⁴ Así, por ejemplo, la Audiencia Nacional, en sentencia de 31 de mayo de 2000, condenó a la Administración a indemnizar por daños como consecuencia de la muerte de un

5. PRESTACIONES FARMACÉUTICAS

Es imprescindible señalar que el citado Real Decreto-ley 16/2012 introdujo también la modificación más trascendente en el nuevo sistema de copago de la prestación farmacéutica. La aportación, que ahora han de asumir los pacientes, activos y pensionistas, se prevé como proporcional al nivel de renta. En principio, de esta obligación de aportación quedan exentos los afectados de síndrome tóxico y discapacitados; los perceptores de rentas de integración social; los pensionistas en la modalidad no contributiva; los parados que hayan perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo en tanto subsista su situación, y los tratamientos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Esta normativa ha generado multitud de quejas por las vulneraciones de derechos que puede conllevar. Entre ellas un primer bloque se refiere, básicamente, a que dicha aportación no es proporcional al nivel de renta tal como aparentemente se presenta. Por ejemplo, inicialmente se tomó como referencia en la medida la declaración del impuesto de la renta de las personas físicas correspondiente al año 2010, cuando la realidad económica en el año 2012 podía ser completamente diversa debido a circunstancias sobrevenidas (desempleo, discapacidad, enfermedad, jubilación, etc.). El Defensor del Pueblo ha solicitado información al Ministerio de Sanidad sobre la viabilidad de proceder a la periódica actualización del nivel de renta, para evitar los desajustes entre la información tributaria y la situación económica real de los interesados en cada momento. Estas previsiones impactan sobre todo en colectivos especialmente vulnerables como el de los pensionistas, los enfermos crónicos y los disminuidos. En el caso de los pensionistas, siendo los que tienen mayores problemas de salud, pueden ver limitado su acceso a las prestaciones farmacéuticas por razones de escasa capacidad económica, lo que como en otros casos, supondría una vulneración del derecho a la protección de la salud y, por extensión, una vulneración de su derecho fundamental a la integridad física por los efectos perniciosos derivados de la no medicación. Precisamente en relación a estos colectivos, la mencionada Institución recoge dos tipos de quejas⁶⁵.

Por una parte, no es fácil determinar los supuestos en los que las personas con discapacidad están exentas de aportación en la adquisición de medica-

paciente mientras esperaba una operación de corazón, aludiendo a los daños antijurídicos. J. PONCE, *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, cit. pp. 44 y 142.

⁶⁵ Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2012*, cit., p. 214.

mentos, tomando en consideración la ampliación del ámbito de cobertura de la prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud y la diferente realidad de protección en el momento de aprobación de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI) y el Real Decreto-ley 16/2012. La LISMI establece que la dispensación de medicamentos será gratuita para las personas discapacitadas, siempre que no tengan derecho por otra vía a la asistencia sanitaria del sistema público. Puesto que tras la publicación de la mencionada norma de 2012, buena parte de las personas residentes en España tiene la condición de asegurado a efectos de la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud, la previsión de gratuidad en el acceso de los medicamentos de las personas discapacitadas podría entenderse que ha quedado vacía de contenido. Podría incluso llegarse al sinsentido de entender que las personas discapacitadas tendrían que abonar los medicamentos, según la normativa general, salvo que como ésta contempla acreditaran disponer de recursos superiores a cien mil euros anuales, en cuyo caso al estar fuera de la cobertura pública tendrían derecho según la LISMI a la total gratuidad de los medicamentos. Por ello el Defensor del Pueblo, ha impulsado una reforma legal para que las personas con discapacidad, en grado igual o superior al 33 por ciento y con independencia del momento en el que adquirieron tal condición, para que estén exentas de aportación en la citada prestación.

Otras quejas afecta al mencionado colectivo de los pensionistas del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) en la prestación farmacéutica ambulatoria del Sistema Nacional de Salud, que han de financiar el 10 por ciento del coste de los medicamentos, mientras que otros colectivos, como las personas perceptoras de pensiones no contributivas están exentas de dicha aportación, aún cuando las cuantías económicas de las pensiones SOVI y las no contributivas son idénticas⁶⁶.

⁶⁶ Por Resolución de 21 de enero de 2013, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, se fija en 4,20 euros la aportación máxima a soportar por usuarios y beneficiarios en el copago de medicamentos y productos sanitarios de aportación reducida, y se establece en 8,14 €, 18,32 € y 61,08 €, los límites máximos de aportación mensual en la prestación farmacéutica ambulatoria para los pensionistas y sus beneficiarios. Así mismo se actualizan los límites máximos de aportación mensual para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria, en este caso de acuerdo con el incremento del IPC en el periodo comprendido entre agosto y diciembre de 2012. A partir del 1 de febrero de 2013 y según la renta consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del IRPF el límite máximo de aportación mensual es de 8,14 euros, para rentas inferiores a 18.000 euros; 18,32 euros, para rentas iguales o superiores a 18.000 euros e inferior a 100.000, y 61,08 euros, para rentas superiores a 100.000 euros.

Con la finalidad de amortiguar el impacto del Real Decreto-ley 16/2012, pueden realizarse dos recomendaciones. En primer lugar, que se valore la necesidad de revisar el nuevo sistema de fijación de precios para medicamentos financiados, ya que con la normativa de 2012 se permite comercializar un medicamento a precio libre en tanto se decida el precio de financiación. En segundo lugar, sería conveniente elaborar una nueva regulación en materia de prescripción de medicamentos para indicaciones diferentes a las autorizadas, habida cuenta de los peligros que encierra la posibilidad de abrir esta vía con carácter general, ya que ello supone, en la práctica, investigar con pacientes en indicaciones que no han sido suficientemente evaluadas y carecen, por tanto, de las garantías éticas y legales de los adecuados ensayos clínicos⁶⁷.

La regulación de 2012 incide también en el derecho a la protección de datos personales de los pacientes, y en su derecho a la protección de la salud. El artículo 94 contempla la posibilidad de que para determinar la cuantía de la aportación de los beneficiarios, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá tratar los datos obrantes en los ficheros de las entidades gestoras, servicios comunes y entidades que colaboran con éstas, sin el consentimiento del interesado. Igualmente podrá recibir comunicación de la administración tributaria competente sobre los datos necesarios para determinar el nivel de renta requerido.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social comunica a las Administraciones sanitarias el dato sobre el nivel de aportación de cada paciente, y éstas lo incorporarán a la tarjeta individual sanitaria mediante códigos de clasificación. Aunque no hay una cesión directa de datos económicos del paciente, la clasificación que conocerán el médico, el farmacéutico y otro personal que gestione las recetas, permite saber el tramo de renta en la que se encuentra el paciente, sin que se haya dado su consentimiento o una previsión legal que exima de ese requisito. Sin embargo, el Real Decreto-Ley no se pronuncia al respecto.

A estas cuestiones ha dado respuesta la Agencia Nacional de Protección de Datos, señalando que la mencionada cesión de datos encuentra su legitimación en la habilitación legal del artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999, tomando en consideración que se limitará exclusivamente a los datos necesarios para poder determinar si el interesado se encuentra en cada uno de

⁶⁷ Defensor del Pueblo, Resolución de 20 de julio de 2012 y Recomendación 82/2012, nº 4 y 5, cit.

los supuestos previstos en los apartados a) a c) del artículo 94 bis.5 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; indicando por tanto sólo si el interesado es perceptor de rentas menores de 18.000 euros, de entre 18.000 y 100.000 euros o superiores a 100.000 euros, sin que pueda conocerse el lugar en que el usuario concreto se encuentre dentro de dicha escala. Este dato será el único necesario para determinar el nivel de aportación o devolución que proceda en relación con quienes tengan la condición de pensionista conforme a lo dispuesto en los apartados 5 d) y 6 del citado artículo 94 bis, de acuerdo con el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999⁶⁸.

La medida 147 del I Plan Nacional de Derechos Humanos hacía referencia al desarrollo de la mencionada Ley 29/2006 para incrementar la seguridad y la calidad de los medicamentos disponibles reforzando la farmacovigilancia, hacer posible la implementación de un sistema de trazabilidad de los medicamentos, regular la distribución de los medicamentos de forma que se garantice que llegan a todo el territorio nacional e incorporar nuevas herramientas contra los medicamentos falsificados. Dicha medida se considera en la evaluación de noviembre de 2012 en desarrollo y se prevé que su cumplimiento abarque la X Legislatura.

Por lo que se refiere a aquellas personas que pueden intervenir en el proceso asistencial y en la prestación farmacéutica, el artículo 5.1 del Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, reformado por el Real Decreto-ley 16/2012, se limita exclusivamente a la inclusión de hasta siete posibles códigos en las recetas, dependiendo la aplicación de algunos de ellos del nivel de renta, quedando reducida la aplicación del criterio, y el conocimiento de estos datos por la Administración sanitaria a la finalidad para la que fueron recabados, en la misma línea que se señalaba anteriormente. El tratamiento o utilización posterior de los datos que pudieran vincular al interesado con un determinado nivel de rentas, implicaría una actuación contraria a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 y susceptible de sanción conforme a la misma.

⁶⁸ Agencia Española de Protección de Datos, *Informe 0256/2012*. Disponible en (consultado el 12 de marzo de 2013):

http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/common/pdf_destacados/2012-0256_INTERNO.-IMPLICACIONES-REAL-DECRETO-LEY-REFORMA-SANITARIA..pdf. Cfr. J. GARCÍA AMEZ, "La protección de datos del usuario de la sanidad: derecho a la intimidad y asistencia sanitaria", *Derecho y Salud*, vol. 20, núm. 1, pp. 43-69.

El nuevo artículo 89.1 tras la redacción del Real Decreto-ley 16/2012, para garantizar el acceso en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, haciendo uso de la competencia derivada del artículo 149.1.1º de la Constitución, limita la capacidad de actuación de las Comunidades Autónomas. Sobre esta cuestión la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 4 de mayo de 2011, señala que es competencia estatal la decisión de si los medicamentos se dispensan en las farmacias o en la farmacia hospitalaria, y anula la prohibición autonómica de venta de determinados fármacos de diagnóstico hospitalario en las farmacias, imponiendo su dispensación sólo en la farmacia hospitalaria. Además concluye que es competencia del Ministerio de Sanidad y Política Social, no de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas, establecer reservas singulares de prescripción y dispensación de los medicamentos.

No se puede obviar que el artículo 88 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios reconoce el derecho de los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias. Así algunas han aprobado normas tendentes a racionalizar el gasto farmacéutico, realizando reservas singulares específicas (entre ellas Madrid, Valencia, Aragón, Cantabria, La Rioja, Murcia, Andalucía), y otras han incorporado prestaciones complementarias de medicamentos, como por ejemplo Navarra.

Precisamente respecto a la Comunidad de Navarra, el Tribunal Constitucional ha admitido el recurso del Gobierno contra la Ley Foral 18/2012, de 19 de octubre, sobre la complementación de las prestaciones farmacéuticas en la Comunidad Foral de Navarra, que establecía la no aplicación del copago farmacéutico regulado en la normativa nacional, en la misma línea del recurso que se indicaba anteriormente a propósito de la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares en el País Vasco.

6. RECAPITULANDO: PERSPECTIVAS DE FUTURO

El conjunto de medidas hasta aquí analizadas y su impacto práctico, cuya valoración global no es posible por la falta de datos durante su período de aplicación, tensionan la universalidad y gratuidad del derecho a la salud en España, entendido desde la equidad, y lleva aparejada una suerte de diferenciación explícita que puede traducirse en una obvia discriminación

y en un incumplimiento de las disposiciones internacionales asumidas por España en el ámbito de los derechos humanos, en concreto de los sociales.

En este sentido el Comité DESC ha mostrado su preocupación por el hecho de que los inmigrantes y los gitanos sigan siendo objeto de discriminación en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular en lo que respecta al empleo, la vivienda, la salud y la educación. También preocupa al Comité la persistencia de actitudes hostiles e intolerantes hacia estos colectivos. Por ello, recomienda incrementar las medidas adoptadas para erradicar la discriminación que sufren los inmigrantes y los gitanos, y sancionar todo tipo de práctica discriminatoria⁶⁹.

El Comité DESC, en el caso de los inmigrantes irregulares, emplaza al Estado español para que asegure, de conformidad con la mencionada Observación general n.º 14 (2000) y con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, que las reformas adoptadas no limiten el acceso de las personas que residen en el Estado parte a los servicios de salud, cualquiera que sea su situación legal. Recomendado, al mismo tiempo, que se evalúe el impacto de toda propuesta de recorte en cuanto al acceso de las personas y colectivos desfavorecidos y marginados a los servicios de salud⁷⁰.

Por su parte, la ECRI había valorado positivamente, antes de la reforma de 2012, la posibilidad de que los inmigrantes irregulares tuvieran acceso a la asistencia sanitaria si bien insistía en que se tomaran las medidas necesarias para que no existiera discriminación en la misma y en los servicios sociales. En el mismo sentido esta Comisión valoraba positivamente que el Plan Estratégico de Ciudadanía e Inclusión (entonces primer PEI, ahora ya el segundo 2011-2014) tuvieran como área de intervención la salud⁷¹.

⁶⁹ En concreto señala a la atención del Estado parte su Observación General N.º 20 (2009), relativa a la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2, párr. 2 del Pacto). Cfr. J. GARCÍA ANÓN, "Discriminación, exclusión social y conflicto en sociedades multiculturales: la identificación por perfil étnico", y M. RUIZ "Contradicciones argumentales sobre la discriminación étnica y racial: el caso de la pensión de viudedad ante la boda gitana", ambos en J. GARCÍA ANÓN y M. RUIZ (eds), *Discriminación racial y étnica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, respectivamente pp. 281-316 y pp. 317- 351.

⁷⁰ Consejo Económico y Social, *Observaciones finales del Comité DESC. España. 2012*, cit., p. 11, p. 3 y p. 19, p. 5.

⁷¹ European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), *Cuarto Informe sobre España de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia*, de 8 de febrero de 2011, pp. 21-22 y 37. Disponible en (consultado el 27 de febrero de 2013):

<http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/country-by-country/spain/ESP-CBC-IV-2011-004-ESP.pdf>

Como se ha señalado, esa misma diferenciación en el disfrute del derecho a la salud se produce también como resultado de la distribución territorial y de la ausencia de una concreta atención a los colectivos en situaciones de especial vulnerabilidad.

El Comité DESC ha mostrado su preocupación porque la descentralización de las competencias relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales haya resultado en un disfrute dispar de estos derechos en las diferentes Comunidades Autónomas. Así insta al Estado para velar por que las disparidades entre éstas en términos de inversión social y de los diferentes recortes realizados en los servicios públicos de bienestar social, no resulten en un disfrute inequitativo o discriminatorio de los derechos económicos, sociales y culturales.

En concreto, el Comité DESC ha mostrado su preocupación por las dificultades encontradas por las mujeres, en función de su lugar de residencia, para acceder al aborto. Le preocupa también que, en la mayor parte de las Comunidades Autónomas, los impedimentos burocráticos y temporales obligan a muchas mujeres a acudir a clínicas privadas. Por eso recomienda al Estado español que garantice la plena aplicación de la mencionada Ley Orgánica 2/2010 que puede verse afectada por diversas reformas en todo el territorio nacional adoptando un procedimiento básico común a todas las Comunidades Autónomas para garantizar un acceso equitativo a la interrupción voluntaria del embarazo; para asegurar que el ejercicio de la objeción de conciencia por parte de médicos y de otros miembros del personal sanitario no constituya un obstáculo para las mujeres que quieran poner fin a un embarazo; y para prestar una atención especial a la situación de las adolescentes y mujeres migrantes⁷².

En la misma línea, el Defensor del Pueblo insta a que se dicten instrucciones, en el marco del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, para habilitar la adecuada atención de aquellas personas con padecimientos graves, para evitar la posible responsabilidad de España por el incumplimiento de obligaciones internacionales, entre otras, las derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de derechos fundamentales de la UE y otros instrumentos que establecen obligaciones positivas⁷³.

⁷² Consejo Económico y Social, *Observaciones finales del Comité DESC. España. 2012*, cit., p. 9, p. 3 y p. 24, pp. 6-7.

⁷³ Defensor del Pueblo, Resolución de 20 de julio de 2012 y Recomendación 82/2012, nº 2, cit.

En general, en relación a la situación de los pensionistas el Comité DESC ha constatado con preocupación que los niveles de las pensiones son, en muchos casos, inferiores al de subsistencia mínimo, lo que pone a sus beneficiarios en riesgo de pobreza, siendo especialmente preocupante la situación de las mujeres que reciben pensiones de viudedad más bajas. Por ello el Comité recomienda al Estado español que revise la cuantía de las pensiones contributivas y no contributivas, con la finalidad de garantizar un nivel de vida adecuado a todos sus beneficiarios, inclusive en tiempos de crisis económica y financiera⁷⁴.

Además, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover, enfatiza que el derecho a la salud entraña una obligación clara de que los medicamentos estén disponibles y sean accesibles, aceptables y de buena calidad para que lleguen a las poblaciones que los necesitan en todo el mundo sin discriminación, de tal modo que los países cumplan sus obligaciones de respetar, proteger y realizar el derecho a la salud⁷⁵.

Junto con todas estas consideraciones, la persistencia de las listas de espera, cuyos datos no permiten la comparación entre las diferentes Comunidades Autónomas, ni la evaluación del impacto real de las mismas, así como el recurso a la gestión privada de los servicios públicos o el recorte de éstos, obligan a reflexionar de cara al futuro sobre dos cuestiones clave para asegurar los derechos sociales, y en concreto el de la salud. Por una parte, es imprescindible delimitar la posibilidad de regresividad en todas las medidas que afectan a este derecho; y al mismo tiempo debería especificarse su contenido mínimo y esencial.

No se trata ahora de ahondar en la prohibición o limitación de la regresividad en relación a los derechos sociales, lo cual supera la posibilidades de este trabajo, sino tan solo de insistir en su conexión con el juicio de razonabilidad a los efectos del impacto que pueden tener sobre el derecho a la salud las medidas que se han analizado. En efecto, en el caso de derechos humanos

⁷⁴ Consejo Económico y Social, *Observaciones finales del Comité DESC. España. 2012*, cit., p. 20, p. 6.

⁷⁵ Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Anand Grover*, A/HRC/11/12, 31 de marzo de 2009, p. 94, p. 30. Disponible en (consultado el 27 de febrero de 2013):

http://www.observatoriopolicasocial.org/images/stories/biblioteca/pdf/documentos-sistema-naciones-unidas/Informes_relatores_especiales/Informes_salud/2009_grover_acceso_medicinas_propiedad_int_31_marzo.pdf

y fundamentales, particularmente en el de derechos sociales como el de la salud, que están consagrados por instrumentos internacionales y de jerarquía constitucional (respecto a los cuales es imprescindible tomar en consideración el principio de subsunción a la hora de concretar medidas normativas), las restricciones necesariamente han de ser razonables, no infundadas o arbitrarias, de tal manera que estén justificadas por los hechos que las originan y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionales a los fines que se pretende alcanzar con ellas⁷⁶.

El Comité DESC viene insistiendo, desde la Observación general n° 3 (1990), en que todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo “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”⁷⁷.

Por tanto, la inclusión normativa de la cláusula de progresividad en materia de derechos sociales, en la línea que contempla el PIDESC como pauta general, y la necesidad de fundamentar y justificar especialmente la regresión en este ámbito sería una recomendación inaplazable de cara al futuro, sin perjuicio de que sea obligatoria la implementación de medidas que evalúen el alcance de las actuales políticas⁷⁸.

Precisamente para ponderar cuál es el impacto de dichas decisiones sobre todo el sistema teniendo en cuenta la complejidad de los múltiples intereses en juego, debe concretarse el contenido mínimo del derecho a la salud⁷⁹. Las normas relativas a dicho derecho y a las prestaciones de servicio público asociadas, deberían explicitar que se ha de considerar como contenido mínimo.

La determinación de dicho contenido mínimo le corresponde en primera instancia al legislador. Ciertamente que el grueso de la actividad legislativa, jurisdiccional e incluso doctrinal se haya dedicado a abordar el alcance de los

⁷⁶ V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 98-99.

⁷⁷ Observación General n° 3 (1990) sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), E/1991/23, anexo III.

⁷⁸ J. PONCE, *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, cit., p. 113. Cfr. VV. AA., *Informe conjunto al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con motivo del 5º informe periódico de España*, 48 periodo de sesiones mayo 2012, pp. 3-4.

⁷⁹ V. ABRAMOVICH, “Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados”, *SUR, Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2007, vol. 2, núm. 2, pp. 195-232.

derechos civiles y políticos no obedece a una suerte de insalvable oscuridad estructural de los derechos sociales, sino a una opción deliberada, muchas veces fundada en simples prejuicios ideológicos. No existen impedimentos para que se desarrollen criterios o indicadores que delimiten cuestiones como al más alto nivel posible de salud. Son los órganos legitimados constitucionalmente quienes deben tomar en consideración qué tipo de derecho social es el de la salud y el momento temporal, para poder determinar ese núcleo mínimo vinculado a la dignidad, atendiendo también a la imagen y relevancia social de tal derecho⁸⁰.

Precisamente la ausencia de esa justificación de regresividad, mas allá de la difusa referencia presupuestaria, y la vulneración del contenido mínimo y esencial del derecho a la salud desde los estándares internacionales, al menos, claramente en colectivos como el de los inmigrantes en situación irregulares, pero también con limitaciones discutibles para otros, hace que la descomposición de los principios del Estado social y democrático de derecho sea patente. El retroceso que están sufriendo los derechos sociales, no sólo el derecho a la salud, en España, retrotrae las actuales exigencias a las demandas a lo largo de la historia de los derechos humanos, pues hoy como siempre, tales derechos han ido unidos a la lucha por su reconocimiento, ejercicio, garantía y exigibilidad.

ÁNGELES SOLANES CORELLA
Facultat de Dret. Campus Tarongers
Universitat de València
46071 Valencia
e-mail: Angeles.Solanes@uv.es

⁸⁰ G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, cit., p. 68 y pp. 85-90.

