

COHESIÓN Y CALIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.

COMENTARIO A LA LEY 16/2003, DE 28 DE MAYO

Por

NOEMÍ SERRANO ARGÜELLO

Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. AIRES REFORMATORES PARA LA SANIDAD PÚBLICA.- II. EL PATRIMONIO CONJUNTO DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.- III. LOS SOPORTES VITALES DE LA NUEVA LEY: 1. *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud.* 2. *El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.* 3. *La Alta Inspección.*- IV. OTRAS REGLAS PARA LA COHESIÓN Y LA CALIDAD DEL SISTEMA.- V. VALORACIÓN FINAL.

I. AIRES REFORMATORES PARA LA SANIDAD PÚBLICA

Hasta que el Estado no transfirió las competencias en atención sanitaria a todas las CCAA en enero de 2002 no llegó a constatar que había venido efectuando *de ipso* una dejación de funciones de la coordinación general de la sanidad que tenía encomendada. Atareado con la gestión sanitaria, función que absorbía la casi totalidad de sus esfuerzos -a través del INSALUD-, olvidaba cuál era su papel en cuanto Administración Central del Estado en una administración sanitaria que debía ser descentralizada pero que sólo en parte lo era, dejando hacer y deshacer con regulaciones propias a las CCAA que ya venían asumiendo sus competencias en asistencia sanitaria de la Seguridad Social y restantes materias relativas a la sanidad.

Desde que se promulgó la Ley General de Sanidad en 1986 venía siendo necesaria una norma que adaptara al diseño y organización territorial de la sanidad algunos de los principios que en ella se recogían de una manera liviana. Sin embargo, el legislador ha demorado esta tarea y su regulación hasta que se da por concluido el proceso de transferencias de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a todas las CCAA, con la excepción las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla (debido a que sus Estatutos de Autonomía no contienen, por el momento, la posibilidad de asumir tales competencias), las únicas en las que la competencia sigue residiendo en el Estado¹, y son gestionadas

¹ Vid. DA 1.^a de la Ley 16/2003, de 28 de mayo.

por la entidad gestora que desde agosto de 2002 ha venido a suceder al INSALUD el denominado Instituto Nacional de Gestión Sanitaria² –INGESA-.

Las páginas que siguen se dedican a realizar un breve análisis de los aspectos más relevantes de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. El título de la norma que comentamos al referirse a la cohesión del Sistema Nacional de Salud nos acerca a la cuestión de la sanidad y atención sanitaria como uno de los instrumentos nucleares que vertebran el Estado de las Autonomías dentro de su vertiente de la cohesión social.

En la introducción de la Ley se nos recuerda el diseño constitucional del Título VIII, donde se reconoce a la organización territorial del Estado anclada en las CCAA, perteneciendo también a esta división las competencias de sanidad sin perjuicio de las reservas estatales de la regulación de las bases y la coordinación general de la sanidad, nos encontramos ante un reparto de competencias concurrentes entre el Estado y las CCAA (arts. 148.1.21.^a y 149.1.16.^a de la CE).

La argumentación más recurrente para residenciar en las CCAA las más importantes funciones gestoras de la sanidad ha sido acercar ésta a los ciudadanos y se ha preferido la unidad autonómica a la local. El fundamento para la opción autonomista de la sanidad se sustenta sobre la estructura y recursos que se le atribuyen a estos entes, lo cual permite dar un buen servicio al ciudadano y facilita el conocimiento próximo de sus demandas, también juega una función importante en la adaptación –más rápida y flexible- a las necesidades sanitarias de la ciudadanía, aunque no se descarta para el futuro una segunda descentralización en la materia sanitaria que iría de las autonomías a los entes locales (precisamente en el ámbito local surgió la asistencia sanitaria de base benéfica ya en la época de la Ilustración a partir de 1778 con las Diputaciones de Barrio).

La cohesión es la única vía de entender que nos encontramos ante un Sistema Nacional de Salud, por su propia definición todo sistema exige una ordenación de los elementos que lo conforman, de ahí que los Servicios de Salud necesiten ser ligados entre sí y agrupados para el logro de su objetivo: la protección integral de la salud, bajo bases y criterios de coordinación comunes a todo el Estado.

La pretensión de la Ley es remarcar un Sistema que responda los principios de unidad y solidaridad, respetando el de autonomía, para ofrecer unas garantías y derechos básicos y comunes a los ciudadanos.

El otro aspecto que aborda la Ley 16/2003, de 28 de mayo, entra dentro de lo que podríamos denominar un afán normativo –muy presente en los últimos años- que se detiene en la perspectiva cualitativa, donde todas las disposiciones que se promulgan se

² Vid. RD 840/2002, de 2 de agosto.

refieren a este objetivo y buscan la calidad de lo estipulado -cómo no podía ser menos pues es lo que se espera de todo servicio gestionado por las Administraciones Públicas, al ser una característica inherente a la naturaleza del mismo-.

Ya no es suficiente con crear un cuerpo normativo que dé respuestas a situaciones concretas, sino que dicha regulación ha de adecuarse a unos estándares mínimos de calidad. Demanda de calidad que corre el riesgo de diluirse cuando los centros de toma de decisiones en la gestión sanitaria han dejado de ser uno y han pasado a ser diecisiete. También el Estado de las Autonomías está tras todas estas consideraciones y reivindicaciones en torno a la calidad.

Por otro lado, esta Ley es un paso intermedio en la reforma sanitaria que se nos anuncia, los sistemas sanitarios europeos se encuentran en un proceso de transición (esta frase ha sido acuñada por el Observatorio europeo de Sistemas Sanitarios ³).

Dicha reforma –en la medida que pudiera ser considerada la Ley 16/2003, de 28 de mayo, como tal- no puede entenderse como un hecho aislado sino al contrario como un eslabón más de la cadena, muy importante, eso sí, pero que necesitará ligarse a otras Leyes: ya promulgadas como lo fue la LGSS, la Ley General de Sanidad, y la Ley del medicamento, y en tiempo más próximo a nuestros días el nuevo sistema de financiación de las CCAA de régimen común con la plena asunción de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social o la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información clínica, o a sendos Proyectos de Ley relativos al *Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud y de ordenación de las profesiones sanitarias* que se están tramitando en este momento en las Cortes Generales ⁴.

No obstante, siendo cierto lo anterior, sí podemos entender que esta nueva Ley constituye el paso más importante que se ha dado tras la publicación de la LGS de 1986 y es un complemento necesario e indispensable de aquélla: a la LGS le correspondía

³ Que se dedica a realizar estudios de los diferentes países para proponer reformas sanitarias necesarias, cuatro son los bloques que analiza: la estructura organizativa y de gestión, la financiación y el gasto sanitario, la provisión de servicios sanitarios y los cambios legislativos que se proyectan una vez evaluada la situación de cada Sistema Sanitario. En este organismo participan la Oficina Regional Europea de la OMS, los gobiernos de España, Grecia y Noruega, además de otros organismos, entre ellos: Banco Europeo de Inversiones, Open Society Institute, Banco Mundial, London School of Economics and Political Science y London School of Hygiene and Tropical Medicine. Los informes que periódicamente publica pueden consultarse en la web <http://www.observatory.dk>

⁴ BOCG de 23 de mayo de 2003, serie A, núm. 151-1 y BOCG de 23 de mayo de 2003, serie A, núm. 150-1, respectivamente.

fijar las bases y a la Ley de cohesión y calidad del SNS la coordinación general de la sanidad (aunque este binomio no es exacto).

Por lo cual la Ley 16/2003, de 28 de mayo, se convierte en algo más que la antesala para una importante transformación de las estructuras sanitarias en España. Con su aprobación se produce un cambio en la velocidad de acomodación de las normas en materia sanitaria al ordenamiento jurídico postconstitucional, que hasta la fecha habían permanecido estancadas. Ello a pesar de trabajarse durante los últimos diecisiete años en numerosas iniciativas que nunca llegaron a incorporarse conjuntamente al trámite legislativo ni tan siquiera como proyectos de ley, pero que han servido de acicate para abrir un gran debate sobre estas cuestiones en muy distintas vertientes, y de forma aislada introducir notables cambios normativos: de la gestión sanitaria y la posible participación de nuevas instituciones públicas y privadas en la provisión del servicio público de la sanidad y asistencia sanitaria, del personal al servicio de la sanidad pública, de la financiación sanitaria, de las posibilidades ampliación del catálogo de prestaciones, etc. Los dos hitos más importantes en el análisis, evaluación y propuestas para el Sistema Nacional de Salud realizados en este período fueron el Informe Abril de 1991 y el Acuerdo Parlamentario de 1997.

Después de esa parálisis normativa parece que de repente el ritmo de producción se acelera y roza lo vertiginoso, no otra cosa puede deducirse de la rapidez con la que se trató esta Ley 16/2003, de 28 de mayo: escasos cinco meses. También en la aprobación de la Ley se ha demostrado un consenso poco frecuente entre las diferentes opciones políticas de las cámaras, ya que la norma ha obtenido, salvo en cuestiones muy puntuales, el respaldo casi unánime de los parlamentarios presentes⁵.

El retraso de año y medio entre el cierre de las transferencias sanitarias y la publicación de la Ley de cohesión y calidad del SNS encuentra su justificación en la inicial falta de conformidad de algunas autonomías –incluso entre aquellas regidas por el mismo partido que ostentaba el gobierno de la nación- siendo en buena medida la principal causante de esa demora⁶. Por otro lado, a los primeros borradores de proyecto de Ley se les calificó desde las filas autonomistas catalanas de “nueva LOAPA” por entender que las pretensiones allí descritas superaban las competencias estatales del

⁵ Doscientos setenta y cuatro diputados estaban en el Congreso de los Diputados el 14 de mayo de 2003 cuando se aprueba la Ley.

⁶ En este ínterim el grupo parlamentario socialista presentó en las Cortes Generales una proposición de Ley de coordinación, que finalmente fue retirado, adelantándose al anunciado proyecto de Ley del Ministerio de Sanidad y Consumo.

art. 149.1.16.^a de la CE y suponían, en consecuencia, una intromisión abusiva en sus competencias.

Creemos que habría sido necesaria una norma como la que ahora se aprueba simultánea en el tiempo al momento en el que se realizó el primer proceso de transferencias a las CCAA en materia de sanidad y asistencia sanitaria. Nos preguntamos si la organización de la sanidad centrada en el Estado autonómico se ha construido un poco en contra de los cánones deseables, cosa que resulta fácil de entender cuando llegaron primero las transferencias sanitarias -en un dilatado proceso que ha durado veinte años (desde la asunción de las competencias por Cataluña en el año 1981, sin ni siquiera estar dictada la LGS, hasta que en el pasado año 2001 se completaba este proceso con las últimas transferencias a las CCAA pendientes de asumir en esa fecha: las competencias relativas a la asistencia sanitaria)- y luego se han reforzado los pilares de las competencias estatales para la ordenación, coordinación, colaboración y cooperación territorial de la sanidad fijados en la Constitución Española. Debería haberse realizado el proceso de forma invertida a lo que ha sucedido en la práctica: primero dictándose una Ley de cohesión (recogiendo los principios que en ella aparecen) y después sobre esa plataforma incentivar la realización del proceso transferencial. Lamentablemente no fue así, el deber ser no triunfó en la incorporación de las CCAA a la ordenación sanitaria española.

De ello era consciente el legislador de 1986 al disponer en la Exposición de Motivos de la LGS que la creación de los Servicios de Salud por parte de las CCAA sería realizada de forma paulatina. La Ley de 1986 incorporó a la sanidad la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA, pero lo hizo en algunos puntos de manera muy superficial por ello era necesaria la promulgación de una Ley (como la que ahora comentamos) que profundizara en aquellos aspectos y los adaptase a la realidad actual.

Quizá la demora en la asunción de algunas de las competencias sanitarias por parte de algunas de las CCAA de la llamada vía lenta (diez en concreto ⁷) haya sido sólo el argumento "expiatorio", que goza de la virtud de ser causa y a la vez consecuencia de esta situación.

En este proceso de transferencias en la materia sanitaria, que el propio Tribunal Constitucional llegó a calificar de seguir un ritmo muy desigual ⁸, se distinguen dos grandes bloques diferenciados: las primeras serían las competencias concernientes a la salud pública y a los centros integrados -hasta esa fecha- en AISNA que llegaron a las

⁷ Estas CCAA son: Murcia, Madrid, Castilla La Mancha, Castilla y León, Aragón, Cantabria, Baleares, Asturias, Extremadura y La Rioja.

⁸ STC 182/1988, de 13 de octubre.

Autonomías entre 1979 y 1985; las segundas, las relativas a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, éstas últimas son las que han hecho que el tiempo se prorrogase más allá de lo inicialmente estimado y de lo razonablemente deseado pues, como hemos dicho, no se ve concluido el proceso hasta enero de 2002.

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, tiene su anclaje constitucional principalmente en dos artículos: el art. 43 y el art. 41 de la CE y en correlación con esos preceptos por lo que se refiere a los títulos competenciales del Estado: los arts. 149.1.1.^a, 149.1.16.^a y 149.1.17.^a de la CE⁹. Inexplicablemente el proyecto de Ley del gobierno no contenía ninguna mención a los preceptos constitucionales vinculados a la Seguridad Social¹⁰ - corrección que introduce el debate legislativo de las cámaras- a pesar de regular en su articulado las prestaciones de asistencia sanitaria, que desde el nacimiento de la Seguridad Social –ya sea desde el análisis del derecho interno o también fijándonos en el derecho internacional (Convenio 102 de la OIT y Reglamento CEE 1408/1971)- han sido prestaciones incluidas en su acción protectora.

La norma trata de aspectos que no pueden ser en exclusiva incardinados en lo que sería la salud pública o vertiente colectiva de la sanidad, sino que dentro del gran bloque de la sanidad se trata, junto a aquéllas, de cuestiones relativas a la asistencia sanitaria, que, aún siendo un elemento integrante de la sanidad, en el vigente Derecho español sigue formando parte de la Seguridad Social como una prestación más del Sistema.

En su primera línea la exposición de motivos enmienda el grave defecto que presentaba el proyecto de Ley redactado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, y hace mención a la Seguridad Social e incluso al art. 38.1.a) de la LGSS, que contempla, dentro de la acción protectora de la Seguridad Social, en primer lugar, la asistencia sanitaria.

Se trata de una Ley aplicable en toda la nación, en tanto en cuanto contiene las bases y coordinación general de la sanidad, así como la legislación básica de la Seguridad Social –no mencionada en el texto- y su régimen económico¹¹.

II. EL PATRIMONIO CONJUNTO DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Si entendemos que la Ley de cohesión y calidad del SNS persigue dar una norma común para todo el territorio nacional que permita afianzar principios que ya eran

⁹ Otras cuestiones tratadas por esta norma se ven amparadas en los números 14.^a y 15.^a, del art. 149.1 de la CE.

¹⁰ BOCG de 13 de diciembre de 2002, serie A, núm. 126-1.

¹¹ Vid. DF primera de la Ley 16/2003, de 28 de mayo.

predicables del SNS pero no habían sido agrupados bajo un único texto (que se entendía desde muchos sectores que era imprescindible como ley delimitadora de las competencias estatales y las autonómicas en materia de salud y asistencia sanitaria en tanto en cuanto con ella se clarificasen tales atribuciones de ambas Administraciones Públicas) hemos de decir que son tres los ejes que hacen necesaria esta Ley: 1.- la delimitación de las prestaciones ofrecidas por todo el SNS, 2.- la concreción del papel que le corresponde al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y 3.- la fijación y delimitación de la Alta Inspección del Estado como competencia atinente en exclusiva a éste. El resto de las cuestiones que aborda la Ley o inciden en alguno de estos tres grandes bloques o sirven de complemento a los objetivos perseguidos por ella.

La ley enuncia su cometido de otro modo al que nosotros acabamos de exponer pero con un trasfondo muy similar, entendiendo que lo que establece es el marco legal *"para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas sanitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias"*¹².

En el art. 2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo¹³, aparecen enunciados sus principios. Principios que informan la Ley pero no resultan novedosos para nuestra legislación ya que aparecían contemplados en las otras normas que, aunque dispersas, son parte del complejo entramado jurídico de la protección de la salud en España, tanto la LGSS (no sólo el actual texto refundido de 1994 sino también la parte aún vigente de su texto de 1974 sobre la asistencia sanitaria) como la LGS de 1986 y, en lo referente a aspectos relacionados con los productos farmacéuticos la Ley del medicamento de 1990. Todas estas Leyes ya contienen los mismos argumentos "principales".

La nueva Ley tiene la ventaja de agrupar esos principios, ese parece que es su cometido -quizá no buscado de manera consciente-; la norma quiere acabar, en buena parte, con la dispersión que históricamente ha caracterizado a la legislación en materia de salud y que tradicionalmente ha convivido desde al menos dos centros nucleares de imputación: de un lado, la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social y, de otro, las cuestiones relativas a la salud pública y las propias de la organización sanitaria. Tarea que habían iniciado tímidamente otras normas, entre ellas la propia LGS.

Estos principios generales agrupados en unidades homogéneas serían:

1.- La confirmación de encontrarnos ante un único Sistema Nacional de Salud -y no diecisiete invertebrados Servicios de Salud-. Como lógica consecuencia de ello se explicitan las posibilidades de movilidad del ciudadano en todo el ámbito nacional con

¹² Art. 1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo.

¹³ Precepto éste que junto con los arts. 3 y 4, se incorporan a la Ley en el trámite legislativo.

independencia de su lugar de residencia, desde la perspectiva de la igualdad en el acceso al sistema. La ley indica que la prestación de servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud se hará en condiciones de igualdad efectiva y calidad. Para hacer efectivo el principio de igualdad territorial se hace necesaria la cooperación y coordinación de las distintas Administraciones Públicas competentes en la materia. Por otro lado, es necesaria la colaboración entre los servicios sanitarios públicos y privados sobre todo cuando éstos últimos prestan sus servicios al SNS a través de acuerdos - básicamente mediante la celebración de conciertos-.

El principio de igualdad también es predictable de los prestadores de la asistencia sanitaria pública, por ello se refiere a la igualdad de oportunidades de los profesionales y a su libertad de circulación -movilidad- en el conjunto del SNS por todo el territorio nacional.

2.- El asentimiento, aunque la Ley no lo diga expresamente, de la asistencia sanitaria como una prestación propia de Seguridad Social al reconocerse el aseguramiento universal y público por parte del Estado. Derivado directamente de esta apreciación se extrae que la financiación ha de ser pública, la de la prestación -que desde la aprobación de la Ley 21/2002, de 27 de diciembre es responsabilidad financiera de las CCAA (art. 10)- y la de todo el SNS. Tampoco las referencias a la prestación farmacéutica podrían entenderse sino es dentro de la concepción de una prestación ligada a la Seguridad Social, de ahí las exigencias de colaboración de las oficinas de farmacia con el SNS.

En este apartado se concentran los tres criterios básicos que configuran el SNS, son: su carácter público, la universalidad y la gratuidad.

3.- La salud es protegida desde una atención integral siguiendo la concepción que se predica desde la OMS en su doble vertiente individual y colectiva ¹⁴, pues no se detiene en la asistencia reparadora y en su caso rehabilitadora sino que abarca al tiempo, y en unidad de tratamiento, las facetas preventiva y de promoción.

4.- Al enunciarse muchos de estos principios al final de ellos se hace una referencia cruzada a la calidad como principio transversal e informador de toda la Ley, procurando alcanzar un alto nivel de calidad.

El ámbito subjetivo del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, se contiene en su art. 3. La Ley no aporta nada nuevo con respecto a dicha titularidad sino que recopila lo ya establecido tanto en la LGS (arts.1.2 y 3.2) como en la Ley Orgánica

¹⁴ Vid. Constitución de la OMS de 1946.

de extranjería en su art. 12¹⁵, es por tanto un recordatorio de quiénes son los titulares de los mencionados derechos, dentro de las pretensiones de universalidad que desde sus inicios han guiado la protección pública de la salud. Si bien, sí parece que quiera al tiempo delimitarse cuál es la extensión de estos derechos tratándose de ciudadanos no españoles, y diferenciando los de los Estados Miembros de la Unión Europea de los restantes extranjeros. Pero la norma no es un fiel reflejo de exactitud o precisión jurídica en dos ocasiones, por una parte porque las normas de Derecho Comunitario son extensibles también a los ciudadanos del Espacio económico Europeo e incluso a Suiza, y no en exclusiva a los nacionales de los países Miembros de la Unión; en segundo lugar, si al referirse a los derechos que tienen los extranjeros no comunitarios, que nos dice serán los "que les reconozcan las leyes, los tratados y los convenios suscritos"¹⁶, se quiere con esta dicción limitar o restringir el contenido de la atención sanitaria que contiene el art. 12 de la LOEx.

En su segundo párrafo el art. 3 incorpora el principio de no discriminación desde una peculiar óptica que introduce las denominadas medidas de acción positiva, dirigidas a los poderes públicos para que con sus acciones en materia de salud incorporen medidas activas que impidan la discriminación de los colectivos que por circunstancias diversas tengan especial dificultad para el acceso efectivo a las prestaciones del SNS¹⁷.

La ley también contiene en el art. 4 algunas importantes cuestiones, que sirven nuevamente a modo de recapitulación parcial, como son los derechos que asisten a los ciudadanos como usuarios del SNS. Sólo enuncia tres de ellos -ya que no creemos que la enumeración agote todos los derechos de los ciudadanos- quizás porque son los que se quieren destacar en el conjunto del SNS: el derecho a disponer de una segunda opinión -que después reitera como una garantía de calidad el art. 28.1-, derecho a recibir asistencia sanitaria en su comunidad autónoma en un tiempo máximo o lo que es lo mismo la limitación de los tiempos de espera (a los que luego hará mención el art. 25) y por último, en caso de desplazamientos intranacionales, el derecho a recibir la asistencia sanitaria allí donde se encuentre desplazado en igualdad de condiciones que los residentes en esa Comunidad Autónoma.

¹⁵ LO 4/2002, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

¹⁶ Este mismo texto se contempla por el RD 1247/2002, de 3 de diciembre, al delimitar los casos en los que se sufragará por el Estado la atención médica prestada a los extranjeros.

¹⁷ La Ley acoge en este punto el principio de no discriminación contenido en la Constitución de la OMS.

Las tres cuestiones son de máxima relevancia pero no pueden subsumirse en ellas todos los derechos que asisten en su conjunto a los usuarios de un servicio público esencial, cual es el prestado a través del SNS. Sobre los tres derechos el gobierno deberá desarrollar los criterios comunes aplicables a todo el SNS, ya existe un desarrollo relativo a la atención a los desplazados desde la vertiente de la financiación de esa atención sanitaria a través del fondo de cohesión sanitaria ¹⁸, en materia de segunda opinión sólo existe una nutrida regulación autonómica ¹⁹ junto a algunas normas estatales que eran de exclusiva aplicación al territorio INSALUD, también los tiempos de espera han sido regulados y lo están siendo todavía ahora por muchas CCAA que incorporan criterios variados al garantizar un tiempo máximo de espera ²⁰. Se trata de un debate hoy abierto que habrá que esperar a que el gobierno redacte el Real Decreto sobre este asunto.

A la par que se aprobaba esta Ley se dicta por el gobierno el RD 605/2003, de 23 de mayo, por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre listas de espera en el SNS. Al ser de fecha anterior a la Ley que comentamos, se promulga cinco días antes, el RD no contiene ninguna referencia a la misma a pesar de que su capítulo V regulará el Sistema de información sanitaria, lo que refleja una falta de coordinación interna del Ministerio que, a nuestro juicio, debería haber esperado a la aprobación de la Ley –más aún cuando la fecha de publicación en el BOE del RD es siete días posterior a la de la Ley 16/2003, de 28 de mayo- ajustándose

¹⁸ RD 1247/2002, de 3 de diciembre.

¹⁹ Por ejemplo Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, lo permite en Navarra y por citar una Comunidad Autónoma con competencias sanitarias recientes, la Ley de salud 10/2001 de Extremadura también contempla esta posibilidad. Esta medida se extiende en los últimos años, y el derecho reconocido en las leyes es desarrollado a través de Decretos, vid. D. 127/2003, de 13 de mayo, por el que se establece el ejercicio de derecho a la segunda opinión médica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía (BOJA de 30 de mayo de 2003).

²⁰ En particular los previos a una intervención quirúrgica, así nos encontramos con el Decreto 97/1996, de 21 de mayo, de la Comunidad Valenciana que fija la espera en 90 días; mientras que se amplían a 180 días en los casos de la Ley andaluza 2/1998, de 15 de junio (desarrollada por Decreto 209/2001, de 18 de septiembre) y la Ley Foral 12/1999, de 6 de abril (que aun se rige por la Orden Foral de 1998), el Decreto de tiempos de espera de Castilla La Mancha de enero de este año establece 180 días, el mismo tiempo que fija la ley gallega LOSGA (que se está tramitando en estos días de 2003), y, en fin, también el Decreto 83/2003, de 29 de abril, del Gobierno de Aragón, sobre garantía de plazo en la atención quirúrgica en el Sistema de Salud de Aragón (BOA de 19 de mayo de 2003).

así no sólo a los criterios de la LGS en materia de información (art. 40.13.º, 15.º y 16.º) sino también a los que introduce esta nueva norma.

Junto a estos derechos debemos mencionar las garantías que agrupadas bajo el epígrafe de garantías de las prestaciones aparecen en los arts. 23 a 29 de la Ley. La denominación elegida no esconde sin embargo que se trata, en muchas ocasiones, de derechos –parte de ellos aparecen como tales en el art. 10 de la LGS y en Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (debido a que algunos de los apartados del precepto a que nos referimos de la LGS –art. 10- han sido recientemente derogados y sustituidos por la citada Ley)-. En la Ley de cohesión y calidad del SNS se ha preferido utilizar un vocablo (garantías) teóricamente menos incisivo -medido en términos exigibilidad- para los poderes públicos, a quienes se les exige velar por su cumplimiento, al tiempo también la palabra utilizada permite que dichas garantías -concretamente las de seguridad y calidad- se prediquen de todos los centros sanitarios: públicos y privados, aunque no creemos que si se hubiera preferido calificarlos como derechos se hubiera alterado el significado de los mismos.

No obstante lo dicho, la exposición de motivos ofrece un gran peso jurídico a las garantías hasta el punto de afirmar: *"el reconocimiento de un derecho tiene el valor que le concede su garantía"*.

Estas garantías son: de accesibilidad, de movilidad, de tiempo, de información, y también -ahora sí parece que se trata de auténticas garantías- de seguridad, de calidad (aunque aquí se subsume el derecho a la libre elección de facultativo, la obtención de segunda opinión médica, a la que ya nos hemos referido más arriba, o la *humanización* de la asistencia, la accesibilidad a los centros, servicios y prestaciones y el confort) y servicios de referencia.

Merece la pena detenerse en estos últimos, ya que son un instrumento en el logro de la cohesión territorial, capaz de garantizar la libertad de movimiento así como la igualdad en el acceso a los servicios sanitarios, pues con independencia del territorio en el que se sitúen los centros de referencia prestarán su servicio a todo el Sistema ²¹, tal y como venía entendiéndose en el art. 15.2 de la LGS ²². Éstos se crearon para atender de forma conjunta a todos los usuarios del SNS ²³, prefiriendo su concentración y evitando

²¹ Su financiación correrá a cargo del Estado a través del fondo de cohesión, vid. Ley 21/2001, de 27 de diciembre y RD 1247/2002, de 3 de diciembre.

²² El reconocimiento del acceso a estos centros de referencia aparecía desarrollado en el Anexo I punto 3.2.º c) del RD 63/1995, de 20 de enero.

²³ Siguiendo criterios de calidad, seguridad y garantía para los ciudadanos.

así la posible ineficiencia de recursos diagnósticos y terapéuticos (materiales, personales e infraestructuras de alta especialización o tecnología compleja, o también cuando las patologías a tratar no se manifiesten en un número de casos elevados) que supondría reproducir estas unidades en todos y cada unos de los Servicios de Salud de las CCAA, provocando una innecesaria y costosa multiplicación de estos servicios.

III. LOS SOPORTES VITALES DE LA NUEVA LEY

La Ley de cohesión y calidad del SNS aborda desde una perspectiva de conjunto para todo el Estado español –de ahí su carácter básico- distintas cuestiones, aunque todas ellas circundan bajo un telón de fondo común: la colaboración entre las CCAA y el Estado en tanto que Administración Central, que en otras ocasiones es entendida como cohesión del SNS. Sus instrumentos básicos van a ser, por un lado, el Consejo Interterritorial del SNS en el que participarán “*ex aequo*” el Estado y las propias CCAA, organismo básico diseñado en su día por la LGS para este fin, aunque la Ley 16/2003, de 28 de mayo, le da un espíritu nuevo ²⁴. El segundo elemento de cohesión se residencia en exclusiva en el Estado es la Alta Inspección, enunciada en la propia Constitución, la Ley en su proyecto pretendía asumir los criterios que ha dado el Tribunal Constitucional en los últimos años y trasladarlos en buena medida al texto legal y a la nueva situación, aunque finalmente –como más abajo veremos- no ha sido posible esta transformación.

Por otro lado, se articulan bases, procedimientos y organismos para la realización de acciones de coordinación y cooperación, que junto con la colaboración y la cohesión son las finalidades que persigue la norma para que podamos observar un verdadero Sistema Nacional de Salud, armónico en su conjunto, y no un sumatorio poco o nada coherente de Servicios de Salud en cada una de las CCAA.

Los tres objetivos que con ello se persiguen para todo el SNS son ²⁵, la equidad (que en el texto en la exposición de motivos se nombra adoptando el término económico de equidad, pero después, ya en el articulado, recibe su nombre jurídico de igualdad), la calidad (tratada en el capítulo VI) y la participación (entendida como participación social, art. 67).

²⁴ Como más abajo veremos se deroga el art. 47 de la LGS que antes lo regulaba y le otorga funciones desde esa nueva perspectiva, donde todas las CCAA tienen asumidas las competencias en la materia sanitaria, incluida la asistencia sanitaria, que de alguna forma lo adecua a la situación actual distinta de la vivida hasta ahora.

²⁵ Vid. Exposición de Motivos, en la que se repiten hasta en cuatro ocasiones, y el art. 1 de la Ley 16/2002, de 28 de mayo.

Corresponde ahora analizar con mayor detenimiento los tres pivotes de la cohesión y calidad del SNS, verdaderos baluartes en los que se articula la Ley, que al tiempo sirven de comienzo y cierre a la misma, ya que sus primeros artículos se destinan precisamente a las prestaciones (arts. 7 a 29) mientras los últimos describen las competencias y funciones tanto del Consejo Interterritorial (arts. 69 a 75) como de la Alta Inspección del Estado (arts. 76 a 79).

1. Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud

Hasta la fecha las prestaciones que ofrecía el SNS eran las que se reconocían a los beneficiarios de la Seguridad Social (ya fueran gracias al título de contributividad o a través de las prestaciones no contributivas) más las que otorgaban las Administraciones territoriales desde su tarea de promotora de la salud y profiláctica. La ley 16/2003, de 28 de mayo, persigue ofrecernos un único texto en el que de forma integral y conjunta se recojan todas las acciones que desde el Estado se ofrecen para proteger la salud de los ciudadanos. Tres son las actuaciones que se deben desarrollar en materia sanitaria: la acción preventiva, la curativa y la rehabilitadora.

Las medidas protectoras en materia sanitaria se han caracterizado a lo largo de los últimos sesenta años por su inconexión, por un lado aparecían las medidas incorporadas en la acción del seguro de enfermedad –después integradas en el Sistema de Seguridad Social- siguiendo los criterios que en su día fijó la base quinta de la Ley de Bases de la Seguridad Social en 1963- aunque también coexistió con otra sanidad asistencial desvinculada de la Seguridad Social; por el otro, las que ofrecían las Administraciones como salud pública.

Debido a la dispersión normativa de las prestaciones sanitarias, podemos decir que éstas estaban mencionadas genéricamente además de en el art. 38.1.a) de la LGSS de 1994, en la LGSS de 1974 –vigente hoy en su capítulo IV del Título II²⁶-, en varios preceptos de la LGS o a través de la ley del medicamento en lo que se refiere a la prestación farmacéutica. Pero es el RD 63/1995, de 20 de enero, la norma con carácter básico para todo el Estado que concretaba con detalle en qué consistía esta prestación, conteniendo una exhaustiva enumeración y ordenación de las prestaciones sanitarias que se reconocían a los ciudadanos desde los poderes públicos. Su finalidad era agrupar las prestaciones sanitarias tanto de seguridad social como de sanidad, aunque esta norma no llegó a agotar todas las posibilidades de desarrollo de la protección de la

²⁶ Vid., en especial, los arts. 94, 98, 101 y concordantes.

salud ya que convivía con otras disposiciones residuales ²⁷. El RD 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de las prestaciones sanitarias de 1995 permanecerá vigente una vez que ha entrado en vigor la Ley de cohesión y calidad del SNS hasta tanto no se apruebe un nuevo Real Decreto por parte del gobierno que desarrolle la cartera de servicios ²⁸.

Con anterioridad a esa reglamentación y desde que se creara en 1942 el seguro obligatorio de enfermedad en España han ido reconociéndose nuevas prestaciones sanitarias que se adicionaban a las ya implantadas o, en su caso, mejoraban éstas ²⁹. En esta línea “de ampliación” la Ley de cohesión y calidad del SNS incorpora un catálogo de prestaciones sanitarias ³⁰ que acrecienta las reconocidas en el RD 63/1995, de 20 de enero ³¹.

De cinco pasan a ser nueve las prestaciones que ofrecerá el SNS ³², se incorpora al elenco anterior las nuevas prestaciones de: salud pública, la atención sociosanitaria, las urgencias (art. 15) -que son extraídas fuera de los bloques de atención primaria y/o atención especializada- y dentro de las prestaciones complementarias se refiere a la ortoprotésica (art. 17), los productos dietéticos (art. 18) y el transporte sanitario (art.19) (sin citar ahora la oxigenoterapia a domicilio que se puede entender incorporada en la atención primaria o en su caso especializada). La única prestación que se mantiene en idénticas condiciones a las que estaba reconocida en el RD 63/1995, de 20 de enero, sería la prestación farmacéutica (art. 16) -acogiendo, eso sí, su definición de forma más extensa que el lúgido reconocimiento de aquel RD que tan sólo nos remitía a sus

²⁷ Además de los preceptos de la LGSS de 1974 relativos a la asistencia sanitaria, el Decreto 2766/1967 al que vino a sustituir el RD 63/1995.

²⁸ Vid. DT única de la Ley 16/2003.

²⁹ Sobre la regulación de las prestaciones sanitarias, vid., entre otros, ALONSO OLEA M., Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, Civitas, 2.^a ed., Madrid, 1999.

³⁰ Se define este catálogo como el conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción de la salud dirigidos a los ciudadanos.

³¹ El Anexo I del citado RD 63/1995, de 20 de enero, recogía hasta esta fecha las prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas por el Sistema Nacional de Salud y financiadas con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales adscritos a la sanidad.

³² Aunque es lo que nos dice la Ley, deberíamos entender que son siete porque la nueva Ley secciona en tres grupos diferenciados lo que antes era uno: las denominadas prestaciones complementarias.

disposiciones propias ³³- ya que tanto en la atención primaria como en la especializada incorpora nuevas referencias, entre otras, la hospitalización a domicilio o la atención paliativa a enfermos terminales, o precisa algunas de ellas, como lo es la plena integración de la atención a la salud mental (arts. 12 y 13).

Los artículos relativos a las prestaciones que ofrece el SNS aparecen en el Capítulo I de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, la inclusión de estas prestaciones en una norma con rango de Ley responde a una demanda que viene realizándose por diversos sectores administrativistas ³⁴, que consideraban necesario -dada la importancia de las mismas- que éstas se recogieran en un texto emanado de las Cortes Generales. Creían estos autores que la exigencia de reserva de Ley formal se contiene, a su modo de ver, en el art. 43.2 de la CE, no existiendo autorización alguna al gobierno para desarrollar dicha norma –ni desde la LGS ni por parte de la LGSS-, y porque así lo entiende necesario el Tribunal Constitucional cuando se refiere al modo de dictarse por el Estado la legislación básica ³⁵.

Convendría dejar por escrito que la regulación de las prestaciones pertenece a la legislación básica del Estado desde la perspectiva del art. 149.1.16.^a de la CE, pero sobre todo teniendo en cuenta el apartado siguiente del art. 149.1 de la CE que se refiere a la legislación básica de la Seguridad Social, y no de ámbitos de colaboración entre las Administraciones Públicas a que los se refiere la Ley 16/2003, de 28 de mayo, en su Exposición de Motivos.

La primera apreciación que debemos realizar sobre este punto es que el diseño actual desborda los contenidos de las prestaciones que hasta ahora estaban vinculados a la asistencia sanitaria como prestación de la Seguridad Social, ya que introduce -en coherencia con el concepto integral de sanidad que se predica- junto a las prestaciones asistenciales las de salud pública, que por tradición venían diferenciándose en su gestión de la Seguridad Social. Incorpora la Ley en su art. 11 ese conjunto de iniciativas de salud pública desde la perspectiva preventiva y de policía, dirigidas a la colectividad por parte de las Administraciones públicas, siendo cuestiones que tradicionalmente han

³³ Cfr. DA 3.^a del RD 93/1995, de 20 de enero, reenviándonos a la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento.

³⁴ Vid., entre otros, ÁLVAREZ VÉLEZ M.I., "El Principio de igualdad y el derecho de asistencia sanitaria", RAS, n.º 22, abril/junio 2002, pág. 92; PEMÁN GAVÍN J., "La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes", Derecho y Salud, n.º 21, 2001, págs. 91 y ss; o VILLAR ROJAS F.J., La responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: Fundamentos y límites, Barcelona, 1996, pág. 76.

³⁵ STC 69/1988, de 19 de abril.

estado ligadas a los Departamentos de sanidad, se concentran en tres tipos de acciones: preservar, proteger y promover la salud de la población.

La otra gran innovación en materia de prestaciones surge al introducir como una prestación del SNS la atención sociosanitaria (art. 14), ya que esta cuestión se encuentra entre las lindes de lo que es asistencia sanitaria y lo que es asistencia social, y hasta la fecha estas prestaciones las ofrecían algunas CCAA pero desde una concepción más asistencial o de servicios sociales que la propiamente sanitaria³⁶. En este lugar la Ley acoge una demanda contenida en el Acuerdo Parlamentario de consolidación y modernización del SNS, de 18 de diciembre de 1997.

La regulación de la asistencia sociosanitaria partió en un primer momento desde las CCAA hacia el Estado, pues como acabamos de señalar fueron aquéllas las primeras que pusieron en marcha, ante la ausencia de un modelo común de atención sociosanitaria, planes propios para atender las demandas de un conjunto creciente de la población, especialmente desde la atención gerontológica. La opción que presenta la Ley de cohesión y calidad del SNS al incorporar una parte de esta atención a la sanidad abre un abanico de posibilidades para los ciudadanos que ven ahora reconocido un derecho, en tanto en cuanto es atención sanitaria, en vez de una actuación graciable por parte de la Administración, estas atribuciones ya no quedarán al margen de las competencias sanitarias. Aunque ello no significa que pierda totalmente su vertiente de servicio social sino que se ofrece como una acción integrada: sanitaria y social, coordinando la actuación de las diversas Administraciones que participan en ella.

La vertiente sanitaria de la prestación sociosanitaria se concentra en tres aspectos: los cuidados sanitarios de larga duración, la atención sanitaria a la convalecencia y la rehabilitación de pacientes con déficit funcional recuperable.

Por otro lado, la prestación implica, de suyo, crear camas hospitalarias que acojan estancias de larga duración para pacientes crónicos necesitados de internamiento. Esta atención se dirige sobre todo a los enfermos crónicos que necesitan no sólo de los servicios sanitarios sino también -y al tiempo- de los sociales, además cubre una deficiencia histórica de la sanidad española que durante años ha dedicado sus esfuerzos a la atención dirigida a los enfermos agudos descuidando a los crónicos (en lo referente a la falta de infraestructuras, en especial camas hospitalarias, etc.).

³⁶ Fueron ejemplos pioneros el programa catalán de *vida a los años*, que lleva funcionando desde 1984, o las medidas gallegas realizadas en el mismo sentido (que por el momento son las más desarrolladas) a las que se fueron sumando el resto de Comunidades, Valencia, Andalucía y otros territorios en la década de los noventa, conforme iban asumiendo las competencias en materia de servicios sociales.

Para ofrecer a los usuarios de la sanidad pública todas las prestaciones reconocidas en la Ley se elaborará un Real Decreto -que vendrá a sustituir al RD 63/1995, de 20 de enero- relativo a la cartera de servicios del SNS, pues es a través de la cartera de servicios como se hacen efectivas las prestaciones (art. 8), mediante un conjunto de técnicas, tecnologías y procedimientos sanitarios. Ello no obsta para que las CCAA en el ejercicio de sus atribuciones puedan seguir introduciendo servicios distintos a los que se reconocen en el SNS siempre que su financiación corra a cargo de ingresos propios.

La Ley queda abierta para incorporar a la cartera de servicios innovaciones que se vayan produciendo ³⁷ - cuestiones éstas que ya aparecían en las Disposiciones Adicionales 1.^a y 2.^a del RD 63/1995, de 20 de enero-, incluso para excluir aquellos otros procedimientos que quedasen obsoletos desde el punto de vista sanitario o dejen de cumplir los requisitos legales, y, aunque con grandes limitaciones, se permite que se acreciente la cartera de servicios reconocidos cuando aparezcan nuevos procedimientos (art. 20), técnicas o tecnologías siempre que éstos sean contrastados, acercando los avances científicos que se produzcan, llegando, por último, a prever el uso tutelado de nuevas experimentaciones antes de su definitiva inclusión en la financiación pública (art. 22).

Parece claro que no podía permanecer estática la atención a la salud, sino que por su propia naturaleza la Ley ha de responder a la dinamicidad y cambios que se vayan produciendo en el campo de la salud y de la medicina.

2. El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud

La principal peculiaridad de este órgano es que a pesar de reunir a las CCAA y al Estado en la toma de decisiones de cuestiones relacionadas con la sanidad no se trata de una Conferencia sectorial, sino de un órgano del Estado pero de carácter multilateral al formar parte de él también los entes autonómicos. Su función básica es la de coordinación del SNS, como ya manifestara nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 76/1983.

El Consejo Interterritorial es redefinido por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, con esta nueva regulación deja de tener vigencia el art. 47 de la LGS al ser derogado expresamente en la Disposición Derogatoria 1.^a de la norma que comentamos.

³⁷ Se llevará a cabo tras un análisis realizado por parte de la Agencia de Evaluación y de Tecnologías Sanitarias del Instituto de Salud Carlos III siempre que se cumplan los requisitos de eficacia, efectividad o utilidad exigidos en el art. 21, cómo se siga este procedimiento de actualización necesitará de un desarrollo reglamentario.

Su objeto es ser el órgano de coordinación, cooperación, comunicación e información de los entes territoriales que componen el Estado: tanto los autonómicos, como la propia Administración central del Estado. Sus funciones se ejercen a través de la emisión de recomendaciones (adoptadas por consenso) que son recopiladas en el art. 71 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, en cuatro grandes grupos: a).- funciones esenciales –en materias vinculadas, entre otras cuestiones, al desarrollo y actualización de la cartera de servicios, establecimiento de las prestaciones complementarias por parte de las CCAA, uso tutelado, servicios de referencia, apertura de centros sanitarios, cuestiones relacionadas con el personal para que se asegure su movilidad por el territorio nacional, aprobación de planes integrales de salud, criterios generales sobre financiación pública de medicamentos, o cualquier otra función que le sea atribuida al Consejo por una norma de carácter esencial para la configuración del SNS-, b).- funciones de asesoramiento, c).- funciones de coordinación y d).- funciones de cooperación.

Sin embargo, desconoce la Ley cuál es la eficacia jurídica de las recomendaciones que dicta el Consejo Interterritorial no haciéndose mención a la vinculación para sus miembros de los acuerdos adoptados. El reglamento interno del Consejo se elaborará para su correcto funcionamiento, pudiendo funcionar, además de en pleno, en grupos, comisiones o subcomisiones de trabajo.

También podrán firmarse en el seno del Consejo convenios para realizar actuaciones conjuntas relacionadas con cualesquiera de los aspectos sanitarios, muchos de esos convenios vendrán a apoyarse en el art. 145 de la CE para la mejora de los servicios sanitarios que se presten entre CCAA.

La planificación es otra de las funciones esenciales del Estado que ha de compartir con este órgano, así dentro de las funciones atribuidas al Consejo Interterritorial, aunque en parte con carácter asistemático, se le encarga la elaboración de Planes Integrales de salud en la que también participarán las sociedades científicas (art. 64) así como su aprobación (art. 71.1.m.). Las CCAA habrán de acogerse a las directrices comunes detalladas en los citados planes pudiendo organizar sus servicios conforme a sus propias necesidades y a las características particulares del territorio.

3. La Alta Inspección

Desde el Tribunal Constitucional se ha venido diferenciando la inspección ordinaria, que correspondería a cada una de las CCAA en ejercicio de sus atribuciones de inspección y control directo ³⁸, de la Alta Inspección como función de garantía y verificación del cumplimiento de las competencias estatales y de las CCAA en materia

³⁸ STC 54/1990, de 28 de marzo.

de sanidad y de atención sanitaria del SNS. En ningún caso podría entenderse que se le concede al Estado un control indeterminado o genérico, ni que éste pueda neutralizar por esta vía los controles propios de las CCAA, tampoco significa que exista una dependencia jerárquica de las CCAA frente al Estado³⁹.

La Alta Inspección es una actividad de vigilancia y control de legalidad de las normas de las CCAA y la correcta aplicación por éstas, en su ejecución, de las disposiciones emanadas del Estado. La Alta Inspección es encomendada a órganos dependientes del Ministerio de Sanidad y Consumo que, como el resto de cuerpos inspectores, gozan de la consideración de autoridad pública.

La nueva regulación a su vez también deroga el art. 43 de la LGS⁴⁰, precepto que es ahora sustituido por el nuevo capítulo XI de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, sin embargo de la lectura del art. 76 extraemos que se reitera punto por punto, cual si fuera una copia literal, lo contenido en aquel artículo de la LGS, salvo en dos cuestiones: no sólo se refiere a la sanidad sino también a la atención sanitaria, y al hacer mención al ejercicio por parte del Estado de la alta inspección se dice que se hará de acuerdo con lo establecido además de en la Constitución y en las Leyes añade ahora una referencia a los Estatutos de Autonomía –lo cual parece que enturbia la función pero sobre todo el concepto de Alta Inspección como competencia estatal si ésta puede ser guiada por las Autonomías-.

Al hilo de lo anterior sorprende que se derogue un artículo de la LGS para luego reproducirlo en su práctica totalidad⁴¹. El eserpento resultante en este caso ha salido del debate parlamentario, ya que en el proyecto de Ley presentado por el gobierno sí se aportaban algunas notables diferencias con su antecedente de la LGS que justificaban sobradamente su sustitución por otro precepto. El proyecto otorgaba al Estado nuevas potestades para la vigilancia del cumplimiento de las normas relacionadas con la sanidad y la atención sanitaria, como por ejemplo, verificar las garantías de las prestaciones del SNS en el ámbito de las CCAA, comprobar la inexistencia de cualquier tipo de discriminación en los sistemas de administración y regímenes de prestación de los servicios sanitarios, supervisar el desarrollo y adecuación en las CCAA de los planes integrales, el seguimiento de la ejecución de los convenios adoptados en el seno del

³⁹ Vid. SSTC 32/1983, 45/1983 y 54/1990.

⁴⁰ Vid. la Disposición Derogatoria 1.^a.

⁴¹ De lo que es consciente el legislador al indicarnos que la Alta Inspección se regula en términos análogos a los de la LGS, pero no acierta cuando entiende que recoge una mejor sistematización de sus funciones, porque la nueva sistematización es la misma que aparecía en el art. 43 de la LGS, y tampoco aporta otras nuevas.

Consejo Interterritorial así como de los acuerdos suscritos por el Ministerio con otras Administraciones o entidades públicas o privadas, el seguimiento de la atención sanitaria comprobando que los recursos son destinados a este fin, o ya para concluir, sin ánimo exhaustivo, supervisar el destino y utilización de los fondos y subvenciones propios del Estado asignados a las CCAA que tengan un destino y finalidad determinada ⁴².

La ley regula un plan de inspección sanitaria, que será presentando por el Estado cada año ante el Consejo Interterritorial sobre las actividades que realizará (art. 77 – introducido a través de enmienda en el Parlamento-). En este sentido también se prevé la colaboración entre el Estado y los servicios de inspección de las CCAA. Además se articulan procesos de coordinación y cooperación entre el Estado y las CCAA para luchar contra el fraude, abuso, corrupción o desviación de las prestaciones o servicios sanitarios que ofrece la sanidad pública (art. 79), entre las que destaca la ya consolidada persecución del fraude en materia de incapacidad temporal.

IV. OTRAS REGLAS PARA LA COHESIÓN Y LA CALIDAD DEL SISTEMA

La Ley es muy ambiciosa en sus pretensiones pues como seguidamente veremos abarca un muy amplio espectro de cuestiones, que se entienden necesarias para la cohesión territorial y calidad común en todo el territorio nacional. No en vano cuenta con un capítulo preliminar, once capítulos, nueve disposiciones adicionales, una transitoria única, dos disposiciones derogatorias y seis disposiciones finales.

Contiene, además de los tres elementos analizados en el epígrafe anterior, referencias parciales a aspectos relacionados con los profesionales que trabajan para el SNS, la investigación, la información sanitaria, la búsqueda de la calidad de todo el SNS, la elaboración conjunta de Planes integrales de Salud, la coordinación de las medidas sanitarias que se llevan a cabo y los cauces de participación.

La Ley se inicia recordando la importancia de la coordinación y cooperación entre las distintas Administraciones públicas sanitarias para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud, pero también incide en la perspectiva de la igualdad, buscando con su promulgación reducir las desigualdades existentes en salud.

Seguidamente destacamos algunos de los temas a los que la Ley se dirige:

⁴² Cfr. art. 74 del Proyecto de Ley de cohesión y calidad del SNS. Al lector no le será difícil deducir que muchas de estas funciones, sin entrar ahora a valorar si pertenecen todas ellas o no al objeto de la alta inspección del Estado, eran vistas por las CCAA –sobre todo por aquellas que desde más de una década (dos en el caso de Cataluña) han actuado sin verse sometidos a vigilancia alguna por parte del Estado- como un atentado y/o intromisión en sus competencias.

1.- Cuestiones relativas a los productos de farmacia y las competencias del Estado, se incorpora un art. 31 que define las competencias del Estado en virtud del art. 149.1.16.^a de la CE, que recordemos le compete toda la legislación (básica y de desarrollo) sobre productos farmacéuticos. Con la nueva Ley tan sólo se reordenan esas competencias. La enmienda que modificó el art. 31.2 fue una de las más polémicas en el debate parlamentario, el precepto recuerda la competencia estatal a través de la Dirección General de Farmacia de las funciones en materia de financiación pública y fijación del precio de medicamentos y productos sanitarios.

Las oficinas de farmacia juegan un papel fundamental para la buena administración de la prestación farmacéutica, desde la perspectiva del uso racional del medicamento. Por otro lado, se incide en la dispensación de productos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional.

Tampoco algunas de las reformas que se introducen en la financiación pública de medicamentos a través del sistema de precios de referencia de la Ley del medicamento⁴³ (disposición final 3.^a) reciben el mismo apoyo parlamentario que el resto de la norma.

2.- En su capítulo III la Ley dedica diez preceptos a cuestiones relacionadas con los profesionales de la salud, aborda asimismo los temas relativos a la formación (de pregrado, postgrado, continuada y formación profesional) y sienta las bases para la creación de una Comisión de Recursos Humanos que tendrá el encargo de planificar los programas formativos. En último lugar desarrolla parcialmente aspectos vinculados a la promoción profesional bajo la amplia denominación de desarrollo profesional, dedicando algunas consideraciones tanto a la carrera profesional como a la evaluación de competencias. Y, por último, dedica un precepto a la movilidad de los profesionales (art. 42).

⁴³ En consonancia con esta reforma se derogan por la disposición derogatoria segunda de la Ley que comentamos varios artículos del RD 1035/199, de 18 de junio, relativos al sistema de precios de referencia. La patronal de la industria farmacéutica española, farmaindustria, ha pedido una aplicación gradual de esta reforma para evitar que la introducción del nuevo sistema de precios de referencia genere pérdidas inmediatas y alarmantes en determinados grupos empresariales que a su vez incidir negativamente podrían en la investigación farmacéutica. Colateralmente a esta reforma el gobierno ha aprobado el desarrollo reglamentario del art. 100.2 de la Ley del medicamento por RD 725/2003, de 13 de junio. Por otro lado, se decidió finalmente para evitar que los apoyos de la Ley disminuyesen en el último momento -ante la falta de consenso- retirar algunos cambios introducidos mediante enmiendas en el Senado: se trataba de introducir sanciones a los facultativos que ofrezcan o reciban bonificaciones del sector farmacéutico.

Son cuestiones que deberán ser desarrolladas más extensamente, ya que la Ley aporta criterios marco, pero necesitan de una mayor concreción que traerá, si definitivamente se aprueba, el Estatuto Marco. La exposición de motivos ya nos alerta que las referencias al personal sanitario sólo son esbozadas y necesitan ser desarrolladas por el futuro Estatuto Marco, no obstante, se justifica su regulación en esta Ley debido a su innegable incidencia en el funcionamiento cohesionado del SNS y la calidad del mismo.

3.- A la investigación se le dedica un capítulo completo con el apoyo de la competencia exclusiva del Estado en materia de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica del art. 149.1.15.^a de la CE. La investigación sanitaria es una pieza clave y condición *sine qua non* para el correcto desarrollo de todos y cada unos de los servicios sanitarios que se ofrecen a la ciudadanía, no sólo es importante en este sentido la colaboración entre las Administraciones Públicas sino también la participación cooperativa del sector privado con el público, en especial el farmacéutico.

El gobierno tiene previsto modificar la estructura orgánica del Ministerio –mandato que contiene la DA 4.^a de la Ley- y crear una Secretaría de Estado dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo que asuma estas funciones de dirección y promoción de la investigación, a la que se adscribirá, entre otros organismos, el Instituto de Salud Carlos III.

4.- Tampoco escapa a esta Ley la coordinación del Sistema de información sanitaria que ya contenía el art. 40.13.^º de la LGS ⁴⁴, regulación que, por lo que se refiere a los ciudadanos, se encuentra íntimamente relacionada con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, a la que se hace referencia explícita; sin embargo, el sistema de información es más extenso en cuanto a sus destinatarios dirigiéndose también a las autoridades sanitarias, los profesionales y organizaciones y asociaciones (art. 53).

Para la realización de análisis recopilatorios de información se creará un nuevo organismo denominado Instituto de Información Sanitaria, como ente encargado de recibir información y procesarla para que sea útil a todo el SNS.

Además de una red de comunicaciones del SNS se contempla la realización de estadísticas a nivel supracomunitario cuando éstas sean de interés general para todo el territorio nacional, sí como el intercambio de información.

⁴⁴ Desarrollado en el art. 6 del RD 63/1995, de 20 de enero, así como en su Anexo I.5.^º, para las listas de espera del SNS en el reciente RD 605/2003, de 23 de mayo, y con carácter general en el seno de las Administraciones Públicas en el RD 208/1996, de 9 de febrero.

Destaca, por último, la regulación legal de la tarjeta sanitaria individual que ya nos ofrecen los diferentes Servicios de Salud, pretendiendo que gracias a su implantación se facilite la atención sanitaria al posibilitar la compatibilidad de lectura de datos en todo el Estado, ya que incorporará información útil para ofrecer la asistencia médica en todo el territorio nacional. Estas tarjetas individuales deberán acomodarse a criterios comunes previstos no sólo en el interior de España, sino también, en el ámbito de la Unión Europea cuando sea una realidad (tal y como ya se propuso en la primavera de 2002 en la cumbre de Barcelona, y se está trabajando en ello a través de varios documentos internos de las instituciones comunitarias) la tarjeta sanitaria común europea.

5.- La calidad ocupa un lugar relevante en la Ley, no sólo en su rúbrica sino a su vez en uno de sus fines, y de forma transversal en muchos de sus principios y a lo largo de todo el articulado.

Para lograr niveles óptimos de calidad en el conjunto del SNS se crea la Agencia de calidad del SNS, su función primordial será que las infraestructuras del Sistema sean de calidad; otro nuevo organismo que examinará la calidad va a ser el Observatorio del SNS como entidad encargada de redactar con una periodicidad anual un informe sobre la situación del SNS que se remitirá tanto al Ministerio de Sanidad como al Consejo Interterritorial de Salud para su convalidación. Aquí no se acaba el elenco de instrumentos al servicio de la calidad sino que éstos se complementarán con la elaboración de Planes de calidad del SNS.

La creación de estos nuevos organismos, vigías de la calidad de la sanidad pública, se introduce en nuestro país copiado de otros Estados de nuestro entorno que ya los poseen desde hace unos años.

6.- La salud pública es uno de los baluartes más importantes de la sanidad pública por ello se hace necesaria la acción coordinada entre el Estado y las CCAA, por otro lado, se insta al desarrollo de un Plan de cooperación y armonización entre las Administraciones públicas.

Corresponde al Ministerio declarar las actuaciones coordinadas aunque previamente a su adopción han de haber sido aprobadas por el Consejo Interterritorial, salvo en supuestos excepcionales de urgente necesidad en los que no se pudiera demorar la adopción de tales medidas. Sólo han sido previstas para dos supuestos: bien responder a situaciones de especial riesgo o alarma para la salud pública –nos sorprende la ausencia de cita a la LO 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública-, o bien, dar cumplimiento a acuerdos supranacionales con independencia de que éstos provengan de acuerdos internacionales o de programas derivados de las

exigencias propias de las normas comunitarias en aquellos casos que su desarrollo y cumplimiento deba ser homogéneo en todo el Estado.

En el art. 65.2. se enuncian cuatro posibles modos para realizar las medidas descritas. Estas actuaciones también se extienden a situaciones de seguridad alimentaria como una especie singular de las de salud pública.

7.- La participación social se ve institucionalizada y canalizada a través de tres órganos, que integran el denominado Consejo de Participación Social del SNS, son: el Comité consultivo de carácter permanente con funciones de información, asesoramiento y realización de propuestas; el Foro abierto de salud –siendo éste, por oposición al anterior, de vigencia temporal se creará *ad hoc* para estudios o debates específicos-; y el Foro Virtual, sin parangón con los anteriores, del que la Ley sólo dice que se mantendrá a través de la red informática sin encomendarle funciones específicas.

8.- En varias de las disposiciones adicionales (2.^a, 3.^a y 4.^a respectivamente) se refiere la Ley a cuestiones vinculadas directamente con la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. En primer lugar, al recordar que para los trabajadores españoles (públicos y privados) desplazados en el extranjero la asistencia sanitaria que reciban se regirá por sus disposiciones específicas; en segundo lugar, expone que esta norma no enerva en ningún caso las competencias de las Administraciones Públicas para la realización de conciertos con entidades que les presten servicios sanitarios -al amparo de su legislación específica- con medios ajenos a ellas; y, por último, exige que cuando prestan asistencia sanitaria pública las mutualidades, entidades colaboradoras y mutuas éstas garanticen tanto el contenido idéntico de la cartera de servicios del SNS como las garantías que en él se reconocen a los usuarios del mismo.

9.- Detalla las finalidades que persigue el fondo de cohesión (disposición adicional 5.^a), así aparece en una Ley que podríamos denominar de carácter sustantivo este instrumento básico para garantizar la igualdad en el acceso a la sanidad pública y sus servicios, puesto que hasta ahora el fondo sólo era mencionado en normas de carácter adjetivo o económico. Por otro lado, el desarrollo reglamentario que anuncia ya se ha efectuado en gran medida con el RD 1247/2002, de 3 de diciembre, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria.

La financiación sanitaria es el soporte económico para la realización de cuantas acciones presta el SNS, debido a que los recursos son limitados es necesario intentar aproximarse a un equilibrio financiero del SNS –lo que será muy difícil teniendo en cuenta el crecimiento anual del gasto sanitario con respecto al PIB-, para ello se dispone que el gobierno cree un órgano colegiado interministerial que informe con carácter

preceptivo en las cuestiones sanitarias que tengan implicaciones presupuestarias o de cualquier otra transcendencia económica.

10.- El SNS desde su creación ha tendido a atraer hacia sí y consiguientemente incluir en su modelo de organización territorial a través de los servicios de salud autonómicos las dispersas prestaciones sanitarias de las Administraciones del Estado que ofrecían, en virtud de algún título, asistencia sanitaria a colectivos específicos, en esta línea se aprovecha la ley 16/2003, de 28 de mayo, para habilitar las transferencias a las CCAA de los servicios sanitarios dependientes de instituciones penitenciarias – integración que inicialmente se prevé se realizará en un plazo de 18 meses- (disposición adicional sexta).

11.- Se muestra una atención especial a la Comunidad Autónoma Canaria (disposiciones adicionales octava y novena), basándose en sus características de insularidad y lejanía de la Península, interesando que sea considerada zona estratégica dentro del SNS para fijar en ella servicios de referencia, así como recordando el respeto a su peculiar régimen económico y fiscal para la aplicación de algunos aspectos de la Ley.

12.- La cooperación al desarrollo con otros Estados en materia de salud se incentivará tanto desde el Consejo Interterritorial como desde cada una de las CCAA (disposición adicional séptima).

V. VALORACIÓN FINAL

La Ley 16/2003, de 28 de mayo inventaría el patrimonio existente en el Sistema Nacional de Salud en su conjunto, es su mayor logro y su principal defecto. Actúa más a modo de norma recapitulatoria que creadora o innovadora.

Las expectativas que genera su título no son totalmente cubiertas pues, en su conjunto, nos encontramos ante una Ley clarificadora de la distribución de competencias entre la Administración del Estado y las CCAA ya presentes en la normativa vigente, más que como reguladora de esas atribuciones. Quizá en este aspecto concreto hubiera sido deseable la presencia de una mayor coordinación real entre ésta y las restantes leyes sanitarias para evitar inútiles duplicidades y repeticiones.

No por eso hemos de negar que era necesaria su promulgación en el proceso de reforma sanitaria en el que estamos sumidos en España, una vez asumidas todas las competencias en materia sanitaria por las CCAA y transferida, con carácter finalista, la financiación de esta asistencia -como una responsabilidad de las CCAA al existir un condicionante legal de destinar esos recursos a la gestión de la asistencia sanitaria pública de la Seguridad Social-; para nosotros la Ley forma parte de un gran proceso no

concluido, porque con ella no se ve cerrado el campo en el que se ha de desarrollar la transformación del Sistema Nacional de Salud.

La Ley de cohesión y calidad del SNS en un intento de unidad agrupa diversos elementos que se encontraban dispersos en la compleja normativa aplicable a la sanidad y asistencia sanitaria, pero no consigue romper con aquella tendencia secular de unas normas sanitarias diseminadas. La legislación sanitaria de los últimos años responde a los impulsos de un momento concreto sobre una cuestión singular, sin embargo creemos que necesitamos normas transversales bien articuladas (y sería deseable que fueran codificadas) del nuevo modelo sanitario, capaces de depurar algunos de los defectos señalados. Esta afirmación no es sólo buena para las normas estatales sino también referida a las leyes autonómicas de la ordenación sanitaria, que también están sufriendo un proceso de actualización.

La tácita ecuación que deja entrever la exposición de motivos de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, al entender que LGS actuó como norma reguladora de las bases de la sanidad, y la Ley de cohesión y calidad del SNS se promulga en tanto que reguladora de la coordinación general de la sanidad, no nos parece del todo asumible, pues esta nueva Ley contiene un marco legal que supera las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas, al contener algunas cuestiones que pertenecen a la legislación básica en materia sanitaria, como también sucedió con la LGS en 1986, que no sólo era básica sino que también regulaba algunos elementos esenciales de la coordinación general de la sanidad (entre otros los preceptos ahora derogados sobre el Consejo Interterritorial del SNS y la Alta Inspección).

Su principal aportación al campo jurídico consiste en la elevación a una norma con rango de Ley de las prestaciones del SNS, a la que la norma dedica una atención preferente, agrupando –además- las prestaciones típicas asistenciales con las de salud pública y añadiendo otras nuevas, demandadas por los cambios que vive la sociedad actual, al integrar en la atención sanitaria la asistencia sociosanitaria. Pero la Ley arrastra de su inicial proyecto un lastre pesado, al dejar una vez más dormidas y a la espera de una anunciada refundición, que no se ve llegar, las normas vigentes sobre asistencia sanitaria del texto de la LGSS de 1974 y otras disposiciones propias de Seguridad Social sobre aspectos relativos a la atención sanitaria. Recordemos que el Proyecto de Ley olvidaba por completo el peso de la Seguridad Social en el reconocimiento del catálogo de prestaciones sanitarias.

También introduce nuevas funciones a los organismos ya existentes y de esta forma los reactiva y ha servido para poner las bases para que se puedan crear tres nuevos organismos: el Instituto de Información Sanitaria, la Agencia de calidad del SNS, el

Observatorio del SNS, o fomentar la creación de un órgano colegiado que vele por el equilibrio financiero del SNS.

Si bien su contexto es el sistema público, en cuestiones puntuales relativas a las actividades de información, la salud pública, la formación e investigación y las garantías de seguridad y calidad la Ley desborda el tratamiento público de la sanidad, pues por exigencias del art. 43.2 de la CE sus dictados son exigibles también al sector privado sanitario, ejerciendo los poderes públicos funciones de control de la sanidad privada (art. 6).

Para finalizar, en síntesis, podemos observar que es una norma de encuadramiento en la organización territorial del Estado de toda la sanidad y de reconocimiento explícito del reparto de funciones entre Administraciones.