



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 5 9 / 2 0 1 3

(Pleno)

La Laguna, a 1 de marzo de 2013.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del recurso de inconstitucionalidad frente al 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 (EXP. 15/2013 RI)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

Presupuestos de la solicitud de Dictamen.

a) Solicitud y carácter del Dictamen.

1. El Presidente del Gobierno de Canarias, mediante escrito de 15 de enero de 2013, ha interesado la emisión de preceptivo dictamen por el procedimiento ordinario, al amparo de los arts. 11.1.C.a), 12.1 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación con el Acuerdo de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 1, 3, 4.14, 6, 8.1, 2 y 3 y las disposiciones adicional primera y final sexta del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de Medidas Urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones (RDL 16/2012), adoptado en sesión del Consejo de Gobierno celebrada el día 10 de enero de 2013, al amparo de los arts. 31 a 33 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC, en adelante), 15.4 del Estatuto de Autonomía, en relación con el art. 32.2 LOTC, y 23 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

\* **PONENTE:** Sr. Belda Quintana.

\* **VOTO PARTICULAR:** Sr. Millán Hernández.

De conformidad con el art. 21 LCCC, el Gobierno, a la par que adopta el acuerdo de interposición del recurso, solicita simultáneamente el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias.

El Consejo Consultivo emite el presente Dictamen con carácter preceptivo, a tenor de lo dispuesto en el art. 11.1.C.a) LCCC. Acompaña la solicitud de dictamen el preceptivo certificado (art. 50.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio) de los mencionados Acuerdos gubernativos de interposición del recurso y de simultánea solicitud de dictamen a este Consejo.

Obra asimismo en las actuaciones el preceptivo informe de la Dirección General del Servicio Jurídico [art. 20.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del mencionado Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero), de 24 de noviembre de 2011, que fundamenta la impugnabilidad de los preceptos cuestionados.

El Real Decreto Ley cuestionado fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 24 de abril de 2012. De conformidad con el art. 33.2 LOTC, se constituyó la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma, acordándose iniciar negociaciones para resolver las discrepancias. Comunicado el acuerdo al Tribunal Constitucional, de conformidad con el citado art. 33.2 LOTC, el plazo de interposición quedó ampliado a nueve meses. Finalizadas las negociaciones -cuyo sentido y alcance no constan-, no se llegó a acuerdo alguno, adoptándose el acuerdo para la interposición del recurso el 10 de enero de 2013, antes, pues, del vencimiento del plazo de interposición del mismo (24 de enero de 2013).

2. Con carácter preliminar, hemos de efectuar una observación formal -otras veces realizada en anteriores dictámenes sobre recursos de inconstitucionalidad-relativa al hecho, legalmente previsto por otra parte, de que el Gobierno haya solicitado el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo simultáneamente con el acuerdo de interposición del recurso de inconstitucionalidad.

Es cierto que la Ley de este Consejo (art. 21) permite al Gobierno la simultánea solicitud. Sin embargo, no impone esa solicitud simultánea. El Consejo Consultivo es un órgano preventivo de legalidad, de constitucionalidad de las leyes autonómicas y, como en este caso, de defensa de las competencias de la Comunidad frente a las leyes del Estado. La regla, pues, es que tal defensa sea, en cuanto preventiva, materialmente eficaz e institucionalmente coherente. En este sentido, en el apartado 3 del Acuerdo del Gobierno se solicita simultáneamente Dictamen

preceptivo a este Consejo “respecto de la interposición del recurso de referencia”, simultaneidad que permite también el art. 9.3 del Reglamento y Organización de este Consejo, si bien, añade el citado precepto, “para que pueda disponerse del mismo con antelación suficiente que permita el conocimiento de su contenido por el órgano solicitante”. Sin embargo, como también advertimos en los Dictámenes 523/2012 y 591/2012, dicha simultaneidad difícilmente se podrá alcanzar ya que por providencia de fecha 12 de febrero de 2013 y publicada en el Boletín Oficial del Estado número 46 de 22 de febrero de 2013, el Pleno del TC acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de Canarias contra los preceptos ya señalados del RDL 16/2012. En definitiva, la solicitud de Dictamen simultáneamente a la adopción del acuerdo de interposición tiene una indudable incidencia en la efectividad del pronunciamiento de este Consejo, debiendo haberse acompañado del correspondiente borrador o proyecto de recurso antes de haberse interpuesto ante el TC, para que las observaciones de este Organismo consultivo pudieran haberse tenido en cuenta en el contenido del mismo.

Lo anterior no obsta para que, con la finalidad antedicha, se hubiera solicitado un dictamen facultativo a este Consejo sobre la constitucionalidad de la norma legal en cuestión, siguiendo los términos del precepto al efecto recogidos en su Ley (art. 14), pero con carácter abstracto y sin concreción sobre el recurso. Máxime cuando en este caso, por haberse constituido la Comisión Bilateral Mixta, ha habido nueve meses para que sobre alguno o algunos de los preceptos cuestionados pudiera solicitarse el parecer de este Consejo.

#### **b) Legitimación del Gobierno de Canarias.**

El art. 162.1.a) de la Constitución Española (CE) reconoce legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad a los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas. Asimismo, el art. 32.2 LOTC atribuye legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad a los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto, si se trata de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado, que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía.

Igualmente, la legitimación del Gobierno de Canarias para interponer recurso de inconstitucionalidad resulta de los artículos 15.4 del Estatuto de Autonomía de Canarias y 23 de la Ley 1/1983.

La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 199/1987 considera que “la Comunidad Autónoma que recurre contra una Ley del Estado, está legitimada para actuar no sólo en defensa de su propia competencia en la materia, sino también para la depuración objetiva del ordenamiento jurídico que regula, en la medida que en el ejercicio o despliegue de las funciones que le corresponden puede verse afectado - como textualmente dispone el art. 32.2 de la Ley Orgánica de este Tribunal- por la norma recurrida”.

El Gobierno de Canarias ha considerado que el RDL 16/2012 vulnera el bloque de constitucionalidad, por lo que ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra el mismo.

c) Plazo de interposición del recurso.

El ya citado RDL se publicó en el BOE número 98, de 24 de abril de 2012. De conformidad con lo dispuesto en el art. 33.1 LOTC, se dispone de un plazo de tres meses para interponer el recurso a contar desde la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley que se recurra. Ahora bien, conforme con el art. 33.2 LOTC el plazo de tres meses se amplía a nueve si se reúne la Comisión Bilateral de Cooperación, se adopta acuerdo sobre iniciación de negociaciones para resolver las discrepancias y dicho acuerdo es puesto en conocimiento del Tribunal Constitucional dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la Ley.

En este caso, de conformidad con el citado art. 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, el Gobierno de Canarias planteó la apertura de negociaciones al amparo del artículo 33.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, lo que se formalizó mediante acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Canarias de 12 de julio de 2012 (BOC nº 162 de 20 de agosto y BOE nº 199 de 20 de agosto) dando conocimiento del mismo al Tribunal Constitucional conforme prescribe la ley orgánica. Durante el plazo de seis meses habilitado para las negociaciones se han intentado éstas en el marco de la Comisión Bilateral de Cooperación, sin resultado positivo alguno.

## **2. Objeto del Dictamen.**

Como se ha indicado, se interesa Dictamen a este Consejo Consultivo sobre el Acuerdo de interposición de recurso de inconstitucionalidad respecto a los artículos 1, 3, 4.14, 6, 8.1, 2 y 3 y las disposiciones adicional primera y final sexta del 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 las prestaciones.

## II

### Fundamentos del recurso de inconstitucionalidad.

Se interpone recurso de inconstitucionalidad contra el citado RDL 16/2012, aprobado, según su disposición final primera, al amparo de las competencias previstas en los apartados 2, 16, 17, 18 y 30 del art. 149.1 CE.

Según la fundamentación del acuerdo, la utilización del Real Decreto-ley exige el concurso de los requisitos de “necesidad y urgencia” que no se cumplen respecto de todo el contenido de la norma cuestionada; particularmente, las medidas “organizativas o estructurales” que no solo no tienen inmediata repercusión económica sino que, de conformidad con la disposición transitoria primera, demoran cuatro meses su efectividad.

Desde esta perspectiva, se cuestiona la introducción y regulación del concepto de asegurado (art. 1 RDL 16/2012); la creación del Fondo de Garantía Asistencial (art. 3 RDL 16/2012); la modificación de la legislación en materia de profesiones sanitarias (art. 8 RDL 16/2012); la creación del Registro Estatal de Profesionales Sanitarios (art. 9 RDL 16/2012); la modificación normativa en materia de trasplantes de órganos y tejidos (disposición final sexta RDL 16/2012); y el régimen de los españoles residentes en el exterior (disposición adicional primera RDL 16/2012).

Además, según el Gobierno, el contenido de Real Decreto-ley “puede rebasar” los límites materiales establecidos por el art. 86 CE, al considerarse que afecta a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título 1 CE.

Continúa el acuerdo del Gobierno mencionando que el art. 43.1 CE, recoge como principio rector de la política social y económica el derecho a la protección a la salud, y el art. 41 CE, contempla la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo.

En este sentido, se argumenta que la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, creó un Sistema Nacional de Salud de carácter público, universal y gratuito, “en condiciones de igualdad efectiva”. Luego, la Ley 49/1998, de 30 de diciembre,

de Presupuestos Generales del Estado para 1999, previó una financiación exclusivamente presupuestaria; la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, disponía que son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000; y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, extiende el derecho a la asistencia sanitaria pública a todos los españoles residentes el territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del Ordenamiento jurídico ("ciudadanía sanitaria").

El sistema, pues, deja de ser universal, sustrayéndose tanto de la progresión de la efectividad del derecho a la protección de la salud previsto en los arts. 2.1 y 12.2.d) del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, como de la propia doctrina del Tribunal Constitucional que, obiter dicta, se ha pronunciado, si se quiere implícitamente, sobre el carácter universal de la asistencia sanitaria.

Continúa la fundamentación del acuerdo haciendo referencia al reciente Auto de 13 de diciembre de 2012, recaído en un conflicto de competencia planteado frente al Gobierno Vasco en relación con el régimen de prestaciones sanitarias, el Tribunal Constitucional pondera los intereses en conflicto primando el interés general de preservar el derecho a la salud del art. 43 CE sobre el interés general derivado constituido por el beneficio económico asociado al ahorro vinculado a las medidas adoptadas por el RDL 16/2012. Incluso llega a afirmar que impedir a los inmigrantes sin permiso de residencia el acceso a los servicios sanitarios públicos de forma gratuita repercutiría no sólo en su salud individual, sino en la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infecto contagiosas.

Por ello, según el Gobierno, el RDL 16/2012 implica la "despatrimonialización" - que incluso se califica de "expropiación legal" - para un sector de población española, incluidos ciudadanos españoles, del derecho a la salud que tenían integrado en su patrimonio jurídico desde la Ley General de Salud Pública. Lo que contraría el "espíritu universal" de un derecho que la Constitución atribuye a todos; el sistema de financiación; a la obligación de España en cuanto firmante del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966; y a lo que se espera de un Estado que, por mandato constitucional, debe ser social y propugnar valores como la justicia y la igualdad.

Por tales razones, argumenta el acuerdo, la modificación que el art. 1. uno RDL 16/2012 opera sobre el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, y en particular las restricciones del acceso a las prestaciones sanitarias públicas que se contienen en el apartado 3 de este último precepto legal, deben reputarse contrarias al principio de igualdad establecido en el art. 14 CE y al derecho de protección de la salud del art. 43 CE.

Sigue fundamentándose que la gestión del sistema sanitario, aun tratándose de una competencia compartida, recae mayoritariamente en las Comunidades Autónomas, reservándose el Estado las competencias de dictar las bases y de coordinación (art. 149.1.16ª CE). En Canarias, el art. 32.10 EAC atribuye a la Comunidad Autónoma competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de sanidad e higiene, por lo que las funciones de reconocimiento y control de la condición de asegurado -que el art. 1. dos RDL 16/2012 incorpora al nuevo art. 3. bis de la Ley 16/2003- tienen un carácter marcadamente ejecutivo y su atribución al instituto Nacional de la Seguridad Social no está justificada desde la perspectiva de la función de coordinación estatal, por lo que comprometen el ámbito competencial autonómico.

Canarias, continúa la fundamentación, tiene asimismo competencias exclusivas en relación con la ordenación de los establecimientos farmacéuticos (art. 30.31 EAC), por lo que las prescripciones de los arts. 4.14 y 6 del RDL 16/2012 no resultan compatibles con el mismo, por cuanto que el contenido de los mismos se trata de expresiones típicas de la competencia ejecutiva o que entran en una regulación de detalle que vacía el campo normativo de la Comunidad Autónoma.

Por consiguiente, a la vista de los argumentos del acuerdo del Gobierno, en el presente Dictamen pasaremos a analizar, en nuestro fundamento jurídico III, los límites formales y materiales de los decretos leyes derivados de artículo 86 de la Constitución y su incidencia sobre los preceptos impugnados; en el fundamento IV los distintos títulos competenciales contenidos en el RDL citado; en el fundamento V diversas consideraciones generales sobre la naturaleza y garantías del derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 de la Constitución; y en el fundamento VI el análisis de la constitucionalidad de diversos preceptos impugnados partiendo de las consideraciones efectuadas en los fundamentos IV y V.

### III

**Límites formales y materiales de los decretos leyes derivados de artículo 86 de la Constitución y su incidencia sobre los preceptos impugnados.**

El art. 86 CE limita el uso del Decreto ley a los supuestos de “extraordinaria y urgente necesidad”. La utilización de este instrumento normativo descansa en última instancia en un juicio político o de oportunidad que, sin embargo, puede ser controlado por el Tribunal Constitucional, tanto en sus elementos internos como en sus límites externos (SSTC 182/1997, de 28 de octubre; 11/2002, de 17 de enero; 137/2003, de 3 de julio; 189/2005; de 7 de julio; 329/2005, de 15 de diciembre; 568/2007, de 28 de marzo; 31/2011, de 17 de marzo, y 137/2011, de 14 de septiembre).

El Decreto-ley es un instrumento constitucionalmente previsto para hacer frente a “situaciones concretas (...) que, por razones difíciles de prever, requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes” (SSTC 6/1983, de 4 de febrero; 11/2002, de 17 de enero; y 137/2003, de 3 de julio). Con tales fundamentos, ha sido instrumento utilizado de forma correcta ante situaciones de “coyunturas económicas problemáticas” (SSTC 23/1993, de 21 de enero; 6/1983, de 4 de febrero; STC 111/1983, de 2 de diciembre; 29/1986, de 20 de febrero; 60/1986, de 20 de mayo; 23/1993, de 21 de enero; 182/1997, de 28 de octubre; y 137/2003, de 3 de julio).

En razón de su naturaleza excepcional, el Decreto ley no puede contener -aun respetando los requisitos y límites constitucionales- cualquier género de disposiciones, sino aquellas conexas con las razones de su origen. Por eso, no puede contener las que “por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquellas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad” (STC 29/1982 de 31 de mayo). Esta necesidad de congruencia debe resultar del preámbulo, del debate parlamentario de convalidación, del propio expediente de elaboración y de los objetivos de la norma (SSTC 29/1982, de 31 de mayo; 182/1997, de 28 de octubre; 11/2002, de 17 de enero; y 137/2003, de 3 de julio).



Tampoco puede contener normas "con vocación de mayor alcance". Deben ser "medidas concretas y de eficacia inmediata y, por tanto, dado su carácter, no pueden alterar la estructura del Ordenamiento" (SSTC 41/1983, de 18 de mayo; 111/1983, de 2 de diciembre; 29/1986, de 20 de febrero; y 60/1986, de 20 de mayo), aunque hay casos en los que el Decreto ley puede producir una modificación estructural "indispensable" (STC 29/1982, de 31 de mayo).

En cuanto a los límites de índole material, según el art. 86 CE resulta que las normas del Decreto ley "no podrán afectar" al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas o al Derecho electoral general. El concepto *afectar* o afección ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional de forma restrictiva, "de modo tal que ni reduzca a la nada" el Decreto-ley -que es un instrumento normativo previsto por la Constitución- ni permita que por Decreto-ley se regulen los ámbitos exentos. El límite se encuentra en la *estructura o contenido esenciales* de tales instituciones, derechos y normas, por lo que la excepción "no alcanza a otros aspectos accidentales o singulares de las mismas (STC 60/1986, de 20 de mayo).

En cuanto a la efectiva concurrencia de una "situación extraordinaria", el preámbulo del RDL 16/2012 se refiere a una situación de grave dificultad económica sin precedentes desde la creación del Sistema Nacional de Salud, a una alta morosidad y al insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias.

Tras afirmar la necesidad de garantizar "el mantenimiento del modelo español de Sistema Nacional de Salud", apela al Tribunal de Cuentas para afirmar que resulta imprescindible regular, sin más demora, la condición de asegurado con el fin de evitar algunas situaciones de prestación de asistencia sanitaria que están debilitando de forma alarmante la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. Por otra parte, el debate de convalidación del Real Decreto-Ley 16/2012 suple la parquedad de la motivación del preámbulo (v. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 31, de 17 de mayo, correspondiente a la sesión plenaria núm. 30) ofreciendo datos tan contundentes como los siguientes: Una deuda cercana a los 16.000 millones de euros, que ha puesto en serio riesgo nuestro sistema sanitario público; el problema del llamado turismo sanitario (que ha ocasionado gastos indebidos por valor de más de 1.000 millones de euros en el año 2009 por la atención a 700.000 personas), utilizado además por personas que tenían cubierta su asistencia sanitaria bien por sus

instituciones de Seguridad Social en su país de origen o bien por esquema de seguros privados; el crecimiento del gasto farmacéutico en España (con recetas que suponen el 19,3% del gasto sanitario total que se eleva al 20% si se añade la farmacia hospitalaria): el uso poco racional de los medicamentos (que ha determinado que en los puntos de desecho Sigre se acumulen más de 3.770 toneladas de envases, por un valor de cerca de 1.000 millones de euros desperdiciados); y el escaso uso de genéricos (que en España supone el 33% de los medicamentos dispensados a través de receta, mientras en otros países lo utilizan entre el 40 y el 60%). Se trata, desde luego, de una situación extraordinaria.

Respecto de la urgente necesidad, el preámbulo del RDL 16/2012 indica que se hace preciso en el actual contexto socioeconómico que dichas medidas “se materialicen en un instrumento normativo de efecto inmediato que dé respuesta, sin demora, a las demandas internas de mejora de la equidad que exige la ciudadanía, de eficiencia que exige el Tribunal de Cuentas y de seguridad que exige el sector sanitario, y a las externas de transparencia y viabilidad que exige la Unión Europea”.

Con tales presupuestos, el preámbulo del RDL 16/2012 llama la atención sobre el régimen transitorio de acceso a la asistencia sanitaria, que queda demorado hasta el día 31 de agosto de 2012. Esta duda sobre el carácter urgente del RDL no se confirma luego en el alcance del acuerdo impugnatorio -que no menciona la citada disposición transitoria-, por lo que nada podemos decir al respecto. Aunque puede considerarse que la adopción de un cambio “estructural” del sistema sanitario requiere, justamente por ser estructural, un periodo de necesaria adaptación, razonable por lo demás, por parte de los potenciales usuarios o excluidos del nuevo sistema, por lo que no parece que tal transitoriedad sea constitucionalmente cuestionable.

La constitucionalidad de la norma no solo se predica respecto del citado cambio estructural (básicamente, el art. 1 del RDL 16/2012) sino también -por conexión el citado alcance estructural y económico de las medidas adoptadas- respecto del los arts. 3 (Fondo de Garantía Asistencial), 4.14 (protección de datos personales), y la disposición adicional primera (Régimen de los españoles residentes en el exterior) del RDL 16/2012. Medidas todas ellas que, de una u otra forma, ayudan a perfilar el alcance y efectos de la condición de asegurado, eje de las medidas.

Por el contrario, hay otras normas en el RDL 16/2012 que no parecen guardar la necesaria conexión entre la situación de urgencia -en los términos económicos con que la entendió el Gobierno- y las medidas adoptadas, careciendo por ello de las

condiciones de eficiencia, racionalidad o congruencia que justificarían su aprobación por Decreto-ley.

Es el caso de las medidas contenidas en los arts. 6 (Atención farmacéutica en centros hospitalarios, asistenciales y psiquiátricos), 8.1, 2 y 3 (Formación en Áreas de Capacitación Específica; Acreditación de centros y unidades docentes; Comités de Áreas de Capacitación específica), 9 (Registro Estatal de Profesionales Sanitarios) y disposición final sexta (Normas de calidad y seguridad para la donación, obtención, la evaluación, el procesamiento, la presentación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y aprobación de las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos). Al margen, dicho sea de paso, de que el Estado posea en efecto competencia material para adoptar tales medidas, pero no por Decreto-ley.

Respecto de los límites materiales de los Decretos-leyes, el preámbulo del RDL 16/2012 recuerda, con cita de las SSTC 182/1997, de 28 de octubre, y 245/2004, de 16 de diciembre, que “el hecho de que una materia esté sujeta al principio de reserva de ley no permite concluir que la misma se encuentre excluida del ámbito de regulación del Real Decreto-Ley, el cual puede penetrar en dicha materia siempre que se den los requisitos constitucionales de presupuesto habilitante y no afecte, en el sentido constitucional del término, a las materias excluidas en el art. 86 de la Constitución”.

El Decreto ley cumple, pues con la reserva de ley que el art. 53.1 CE exige para la regulación de los derechos del Título I CE. Debemos asimismo recordar que el art. 43 CE no es un derecho fundamental sino un derecho prestacional con naturaleza de principio rector, razón por la que carece de contenido constitucionalmente esencial, pues el derecho a la salud “es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél” (STC 37/1994, de 10 de febrero).

No hay, pues, afección de los citados límites, los únicos relevantes en este caso. Puede, en efecto, que haya afección puntual e hipotética del derecho a la integridad física del art. 15 CE -derecho ciertamente “fundamental”-, pero se trata de una incidencia no normativa sino meramente material, hipotética por lo demás. También hay una incidencia refleja en el estatuto -derechos y deberes- de los extranjeros en España, pero tal incidencia no llega a tener la consistencia constitucional necesaria

para constituir un límite efectivo al Decreto-ley, pues la exclusión de la condición de asegurado a los extranjeros que no gocen de autorización para residir en España, puede ser criticable desde la perspectiva de la equidad o justicia, pero se trata de una lícita medida de opción política, no arbitraria que no quiebra la igualdad ante la ley al tomar como razón de la distinción situaciones distintas que hacen concluir en una diferencia de trato pero sin llegar a ser discriminatorio.

El RDL 16/2012 no traspasa, pues, los límites materiales que para tal clase de normas excepcionales dispone la Constitución, sin perjuicio de la vulneración de los límites formales del art. 86 CE, tal y como se ha razonado con anterioridad.

## IV

### Títulos competenciales contenidos en el RDL citado

La disposición final primera del RDL 16/2012 establece que éste se dicta al amparo de lo establecido en el art. 149.1.2ª, 16ª, 17ª, 18ª y 30ª CE, que conciernen, respectivamente, a los títulos competenciales: "extranjería", "bases y coordinación general de la sanidad", "legislación sobre productos farmacéuticos", "legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social", "bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios, y "regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales".

El art. 149.1.16ª CE reconoce al Estado competencia exclusiva tanto sobre la "sanidad exterior" como sobre las "bases y coordinación general de la sanidad". Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Canarias establece en su art. 32.10 que, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en la materia de sanidad e higiene y coordinación hospitalaria. Asimismo, el art. 33.3 de la misma norma estatutaria prevé que le corresponde a esta Comunidad Autónoma la competencia de ejecución en materia de "gestión de las prestaciones sanitarias y sociales del sistema de la Seguridad Social y de los servicios del Instituto Nacional de la Salud, Instituto Nacional de Servicios Sociales e Instituto Social de la Marina".

La competencia de fijación de bases persigue la finalidad de imponer una "regulación uniforme y de vigencia en todo el territorio nacional"; es decir, de un "común denominador normativo" a partir del cual cada Comunidad podrá establecer las "peculiaridades que estime convenientes dentro del marco de competencias que

la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre la misma materia" (STC 22/2012, de 16 de febrero). Lo básico es, de esta forma, "lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas" (STC 22/2012, de 16 de febrero), sin que en ese proceso el Estado pueda "agotar la regulación de la materia, pues "debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma" (SSTC 1/1982, de 28 de enero; 69/1988, de 19 de abril; y 102/1995, de 26 de junio).

Tales normas básicas deben poseer rango de ley (STC 111/2012, de 24 de mayo), por ser la forma normativa que, por "razones de estabilidad y certeza", resulta más adecuada, aunque es posible predicar el carácter básico de "normas reglamentarias y de actos de ejecución del Estado" (STC 235/1999, de 16 de diciembre).

Por lo que respecta a la competencia estatal en materia de "coordinación general", el otro título de intervención que el constituyente pone a disposición del Estado en materia de sanidad, el mismo "persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones, y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema" (STC 22/2012, de 16 de febrero). Se trata de una competencia "distinta a la de fijación de bases" que "presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado, esto es, presupone la existencia de competencias de las Comunidades en materia de sanidad"; aunque también que "esa coordinación le corresponde hacerla al Estado" (STC id.). Tal coordinación debe ser entendida como "la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario" (SSTC 32/1983, de 28 de abril, y 42/1983, de 20 de mayo).

Por lo que respecta a la legislación farmacéutica, competencia estatal prevista en el art. 149.1.16ª CE, la STC 52/2003, de 17 de julio, distingue entre medidas que gravitan sobre el medicamento desde su consideración como "sustancia potencialmente peligrosa para la salud" -parte de la materia objeto de la "legislación sobre productos farmacéuticos"- y aquellas que regulan "aspectos relativos a la función de las farmacias al dispensarlos" (que el Tribunal Constitucional denomina "ordenación farmacéutica") y que no se limitan a la mera ejecución de la

legislación del Estado, pues la Comunidad posee en este ámbito potestades normativas. Es decir, al Estado le corresponde la competencia de fijar las normas que regulan la "fabricación y comercialización" -a través de las correspondientes actividades de evaluación, registro, autorización, inspección y vigilancia- de medicamentos. A la Comunidad Autónoma, la ordenación del medicamento en su dimensión de "prestación sanitaria" del Sistema de Salud (STC 98/2004, de 25 de mayo).

Por lo que atañe a la distinción entre los títulos "sanidad" (art. 149.1.16.<sup>a</sup> CE) y "Seguridad Social" (art. 149.1.17.<sup>a</sup> CE), la STC 98/2004, de 25 de mayo, precisa que el Sistema Nacional de Salud <<tiene por objeto y finalidad garantizar la protección de la salud de los ciudadanos, cometido que se instrumentaliza a través de un conjunto de servicios y prestaciones sanitarias de carácter preventivo, terapéutico, de diagnóstico, de rehabilitación, así como de promoción y mantenimiento de la salud. De este modo, proporciona a todos los ciudadanos una serie de prestaciones de atención sanitaria de índole diversa, como la atención primaria y especializada, las prestaciones complementarias (entre ellas, la prestación ortoprotésica y el transporte sanitario), los servicios de información y documentación sanitaria, y la "prestación farmacéutica" (configurada tanto por los "medicamentos" como por los "productos Sanitarios" necesarios para conservar o restablecer la salud de acuerdo con las concretas necesidades clínicas de los usuarios)>>.

Por ello, "el establecimiento de una prestación farmacéutica y su financiación pública constituyen un criterio básico en materia de "sanidad", pues satisface las exigencias formales y materiales de la legislación básica (STC 98/2004, cit.), en sus dos perspectivas. En cuanto a la formal, por su inclusión en norma de rango legal. En cuanto a la material, porque la financiación pública del medicamento, a través del establecimiento de precios de referencia o sistema equivalente, es, ciertamente, un aspecto esencial o nuclear de la regulación de la prestación farmacéutica, "al ser un presupuesto necesario para el acceso de los ciudadanos a los medicamentos en condiciones de igualdad, a precio razonable y con un precio público ajustado" (STC 98/2004, cit.).

Por el contrario, la competencia sobre Seguridad Social comprende sus bases y régimen económico, es decir, sus recursos financieros regidos por el principio de "caja única" (STC 98/2004, cit.).

## V

**Consideraciones generales sobre la naturaleza y garantías del derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 de la Constitución.**

El art. 43 CE, por su ubicación en el texto constitucional, es uno de los "principios rectores de la política social y económica", por lo que sólo "podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen" (art. 53.3 CE), sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección informen la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Al no ser un derecho sino un principio rector, no cuenta con la protección reforzada prevista en el art. art. 53.1 y 2 CE. En consecuencia, no poseen contenido mínimo esencial, para su desarrollo se exige ley ordinaria, y no cuentan con eficacia directa.

No estamos, pues, ante uno de esos derechos fundamentales que son "judicialmente actuables" (STC 36/1991, de 14 de febrero), aunque tampoco es un mero "catálogo de principios" (STC 80/1982, de 20 de diciembre), por lo que el Legislador no puede "contrariar el mandato de defender(lo)" correspondiendo al Tribunal Constitucional la función de "contrastar las normas legales, o su interpretación y aplicación, con tales principios" (STC 14/1992, de 10 de febrero).

Ciertamente, no se puede ignorar la conexión del derecho a la salud con la cláusula del Estado social y democrático de Derecho del art. 1 CE y con el compromiso jurídico que incumbe a todos los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean "reales y efectivas" y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE). De ahí que el Tribunal Constitucional considere, por un lado, que del art. 43 y preceptos conexos se infiere "la exigencia constitucional de que exista un sistema normativo de la sanidad nacional"; por otro, que a todos se les garantiza por el Estado la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio del mismo (STC 32/1983, de 28 de abril).

Las previsiones constitucionales han dado lugar al nacimiento de un Sistema Nacional de Salud, que ha sido doctrinalmente interpretado como "garantía institucional".

En efecto, el derecho a la protección de la salud se ha ido construyendo y generalizando hasta el punto que se define por el principio de "universalidad", pues si el Servicio nació ligado al sistema de Seguridad Social, lentamente se fue universalizando. Primero, con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (que extendía sus servicios a toda la población y preveía la financiación mediante recursos de las Administraciones Públicas, aunque no establecía una desvinculación absoluta con respecto a la Seguridad Social y el acceso no era incondicionado y gratuito para todos los residentes en territorio español); luego, la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, estableció que la acción protectora de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva y universal se financiaría mediante "aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social"; la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999, previó la asunción por el Estado de la totalidad de la financiación de la asistencia sanitaria, a través del Presupuesto del Instituto Nacional de la Salud, "suprimiéndose la referencia a la aportación procedente de cotizaciones sociales", produciéndose la desvinculación total de la Seguridad Social en el plano financiero; la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, proclamó el "aseguramiento universal y público" por parte del Estado como uno de sus principios informadores; y, finalmente, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, extendió el derecho de acceso a la asistencia sanitaria pública "a todos los españoles residentes en territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico", lo que de suyo implicaba que la universalización era una tendencia del sistema.

Ahora bien, hay que precisar que la universalización de la prestación gratuita no era absoluta (pues existían colectivos sin derecho a la asistencia sanitaria gratuita: Parados no perceptores de subsidios asistenciales de desempleo, que perciben rentas o recursos anuales superiores al límite fijado; personas que no han trabajado nunca y disponen de recursos suficientes; personas con recursos superiores a los niveles medios de la población, no incluidos en alguno de los regímenes de la Seguridad Social; personas que ejercen profesiones liberales incluidos en Colegios Profesionales, no integrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social; españoles residentes en países sin Convenio Internacional bilateral cuando se trasladan a España y extranjeros en España que posean recursos económicos suficientes y no tengan cobertura con base en los convenios internacionales de Seguridad Social), por lo que no era una realidad absoluta. Por



otra parte, deducir de la tendencia del sistema un contenido institucionalmente garantizado implicaba desnaturalizar el derecho concernido y los límites del propio sistema.

Justamente, el RDL 16/2012 vuelve de forma expresa a la antedicha conexión entre *sanidad y Seguridad Social*, lo que de suyo pudiera interpretarse como una restricción -regresión, dice el preámbulo del Acuerdo de interposición- del principio de universalidad de la asistencia, en este caso derivada de exigencias financieras y presupuestarias que, se recuerda, son el límite natural de las prestaciones del Estado social.

Ciertamente, no podemos negar que tal evolución evidencia una tendencia del sistema coherente con las posibilidades financieras que permitieron, de forma flexible, hacer casi real el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias. Pero sólo eso. Por intensa que sea el nivel de prestación, por general y universal que sea la garantía institucional del derecho, éste no deja de ser prestacional; no se convierte en derecho fundamental, ni su contenido en esencial. Ciertamente, un Estado que se califica como *social* en el pórtico constitucional (art. 1 CE), debiera haber garantizado -o podría haberlo hecho- un cierto contenido o haber delimitado subjetivamente el alcance mínimo del derecho a la salud -prestación esencial del Estado social- que pasaría a estar dotado de una suerte de protección constitucional. Al fin y al cabo, se insiste, se trata de un derecho que, con los de educación y vivienda, dan sentido al Estado social.

El sistema ha ido dotando a este derecho de un contenido, de suyo elástico, cada vez más amplio objetiva y subjetivamente porque el sistema contaba con los recursos que lo permitían. Pero tal circunstancia no ha hecho perder al *derecho de que se trata* de su naturaleza de principio rector, íntimamente ligado a las disponibilidades presupuestarias, ahora limitadas desde que se ha incorporado a la Constitución el principio de estabilidad presupuestaria del que es consustancial y complementario el de contención del déficit (art. 135 CE).

Lo relevante en este punto es que la evolutiva dotación de contenido al derecho de que se trata -justamente porque el mismo informó la actuación de los poderes públicos- no consolidaba un contenido esencial que fuera irresistible a futuras novaciones normativas de carácter *in peius*; es decir, no resultaba inmune a las leyes. Es lo que ha hecho el RDL 16/2012, al situar al asegurado como eje del modelo prestacional y limitar, además, la cobertura a los extranjeros. Pero esta contracción

del modelo prestacional no resulta *per se* constitucionalmente infundada, por lo que no cabe derivar de la evolución expansiva del principio de universalidad -que por otra parte nunca fue absoluto- un recreado derecho consolidado a las prestaciones sanitarias, restricción que la fundamentación del acuerdo de interposición del recurso califica de “despatrimonialización” o “expropiación legal”.

Tampoco se comparten las demás razones de la fundamentación del acuerdo de interposición del recurso conexas con tal premisa. Se dice que la medida es contraria: Al sistema de financiación, ya que “excluye a quien, sin embargo, contribuye por vía impositiva a la financiación pública del Sistema Nacional de Salud” (ignorándose que la condición de asegurado no es sino consecuencia de una residencia legal y de un contrato de trabajo); al principio de “progresión en la protección en el ámbito de la salud” derivado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966 (pues tal progresividad no puede desconocer las posibilidades reales del sistema); y contraria a lo que se espera de un Estado que, por mandato constitucional, “debe ser social y propugnar valores como la justicia y la igualdad” (pues la justicia e igualdad deben conseguirse de conformidad con la Constitución y no por encima de ella, sin que se pueda olvidar que los principios rectores no poseen contenido esencial, que la prestación sanitaria nunca ha sido absolutamente universal -pues había excepciones- y que el sistema de financiación es el efecto y no la causa del modelo sanitario prestacional elegido).

## VI

**Análisis de la constitucionalidad de diversos preceptos impugnados partiendo de las consideraciones efectuadas en los fundamentos anteriores.**

1. El art. 1 RDL 16/2012 modifica la Ley 16/2003 con un doble alcance. Por un lado, modificando el art. 3 definiendo la “condición de asegurado” (apartado uno), que, como se ha expresado, se convierte en el eje del nuevo modelo prestacional sanitario. Por otro, añadiendo un nuevo art. 3 *bis* (apartado dos), conforme al cual el reconocimiento y control de la condición de asegurado se atribuye a las instituciones del Estado, sin participación, pues, de las Comunidades Autónomas.

Partiendo de consideraciones efectuadas en los anteriores fundamentos IV y V - en los que se convino que el cambio de modelo por sí solo no es contrario a la Constitución-, desde el punto de vista competencial, el Estado considera que la construcción del modelo prestacional sobre la condición del asegurado es una medida

idónea para evitar la erosión de las capacidades financieras del sistema, lastrado por la prestación de asistencia sanitaria a personas que “ya la tienen cubierta, bien por sus instituciones de seguridad social en origen, bien por esquemas de seguridad privados”. Por ello, el RDL 16/2012 trata de conseguir “una clarificación armonizada de la condición de asegurado”, que debe ser común a todo el sistema, por lo que parece que se incluye de forma pacífica en la competencia del estado sobre las bases en la materia.

La STC 136/2012, de 19 de junio, sentó que tales bases deben establecer “un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos”. Por ello es por lo que “cabe concluir que la decisión acerca de quienes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias y cuáles sean dichas prestaciones, pertenece indudablemente al núcleo de lo básico, pues define los ámbitos objetivo y subjetivo de la propia materia”. Queda pues descartado que “la Comunidad Autónoma ostente competencia para establecer quiénes tienen acceso al sistema público de salud, y descartado también que pueda definir las prestaciones básicas del sistema nacional de salud o las condiciones en las que éstas se prestan” (STC 136/2012, cit.).

Se trata, en suma, de una decisión que entra naturalmente en el ámbito material de las materias de “sanidad” (art. 149.1.16ª y 17ª CE).

2. Ahora bien, es más matizable la opinión cuando se trata de justificar la centralización de la competencia ejecutiva para el reconocimiento de la condición de asegurado, tal y como se dispone en el art. 1, apartado dos, del RDL 16/2012, que añade un nuevo art. 3 bis a la Ley 16/2003.

Como ya vimos, las bases de una materia deben asegurar un ámbito de intervención normativa autonómica, correspondiendo asimismo a la Comunidad el desarrollo normativo y ejecución de tales normas. No parece cuestionable que el agotamiento estatal de la condición de asegurado sea conforme a la Constitución. Se trata de una medida estructural que pertenece *in toto* a la competencia básica del Estado. Ahora bien, el reconocimiento de tal condición -pura ejecución- es atribuido asimismo al Estado por el RDL 16/2012.

Se recuerda al respecto que el Tribunal Constitucional ha admitido la necesidad de que determinados actos sean dictados por una instancia estatal, aplicando e interpretando de forma unitaria su base jurídica (STC 86/1989, de 11 de mayo) por

así exigirle la conservación y eficacia del modelo. En favor de esta opción, se insiste en que el nuevo modelo se construye sobre la base de la condición de asegurado, de fijación estatal, por lo que parecería razonable que sea el Estado quien ejerciera la competencia ejecutiva de controlar el cumplimiento de los requisitos que permiten acceder a la condición de tal. Al fin y al cabo, sólo la Administración estatal cuenta con los recursos de información (procedente de los órganos competentes en materia de extranjería, Seguridad Social y tributos) para su verificación.

Sin embargo, en la exposición del RDL 16/2012 nada hay que fundamente de forma explícita tal centralización ejecutiva, salvo la genérica "clarificación armonizada" de la condición de asegurado. Nada impediría que el Estado facilite a las Comunidades Autónomas la información precisa para que fueran éstas las que reconocieran o no la condición de asegurado; al fin y al cabo, son tales Comunidades las competentes para la prestación asistencial. Los inconvenientes de este sistema no pueden servir de excusa para la laminación de las competencias autonómicas constitucional y estatutariamente previstas. Tampoco las dificultades resultantes de la necesaria cooperación a la que se verían abocadas ambas Administraciones.

Se trata de una competencia de mera ejecución que corresponde, en este caso, a la Comunidad Autónoma de Canarias, de conformidad con el bloque de constitucionalidad. Por tanto, las dificultades del modelo no pueden ser causa para su inaplicación.

Hay que hacer notar, en efecto, que el precepto presenta una regulación detallada referida a una actividad material y jurídica, claramente ejecutiva, cual es el tratamiento de datos, reconocimiento y control de la condición de asegurado y comunicación de variaciones para que surtan los efectos oportunos ante las Administraciones sanitarias, que serán las que expidan la tarjeta sanitaria individual y faciliten el acceso de los ciudadanos a las prestaciones correspondientes. Además, regula qué entidades son competentes para llevar a cabo dicha actividad: el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina.

Este Consejo Consultivo comparte las consideraciones que se realizan en la fundamentación del acuerdo del Consejo de Gobierno sobre el alcance de lo básico en cuanto a este punto y sobre la excepcionalidad del ejercicio de competencias ejecutivas por el Estado, pues *«la aplicación ordinaria y general de la normativa básica deben realizarla las Comunidades Autónomas»* (STC 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 7).

Tal y como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 168/1993, de 27 de mayo (FJ 5) «la potestad para dictar normas básicas supone, sustancialmente, el ejercicio de facultades normativas a efectuar preferentemente por Ley -o por normas reglamentarias complementarias de ésta- y sólo en supuestos muy limitados y muy excepcionales abarca concretas potestades de simple ejecución, en la medida indispensable para asegurar las finalidades unitarias a las que las bases responden; todo ello con el fin de impedir que las bases estatales lleguen a tal grado de desarrollo que vacíen de contenido las competencias autonómicas [entre otras, SSTC 1/1982, FJ 1.º; 25/1983, FJ 6.º; 42/1983, FJ 5.º; 57/1983, FJ 7.º; 158/1986, FJ 3.º; 49/1988, FJ 16 y 135/1992, FJ 5.º]».

Dado que la regulación del artículo 3 de la Ley 16/2003 permite el “reconocimiento automático” (término empleado por el art. 3 bis ahora comentado) en el supuesto de las personas incluidas en el apartado 2 del artículo 3 y exige una verificación reglada de los requisitos que han de cumplir los potenciales asegurados a los que se refiere el apartado 3 del artículo 3, dicha competencia ejecutiva podría ser llevada a cabo por las Comunidades Autónomas, por lo que afecta a la constitucionalidad del precepto por menoscabo de la competencia autonómica prevista en el artículo 32.18 del Estatuto de Autonomía, que atribuye a la Comunidad Autónoma de Canarias el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de seguridad social, así como de la competencia de ejecución, prevista en el art. 33.3 del Estatuto de Autonomía, en materia de gestión de las prestaciones sanitarias y sociales del sistema de la Seguridad Social y de los servicios del Instituto Nacional de la Salud, Instituto Nacional de Servicios Sociales e Instituto Social de la Marina.

3. Especial mención debe realizarse a la situación de los extranjeros sin autorización de residencia (art. 1, apartado tres del RDL 16/2012).

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su original redacción, extendía el derecho sanitario a los extranjeros “que se encuentren en España inscritos en el padrón del Municipio en el que residan habitualmente”, en las mismas condiciones que los españoles”. Asimismo, tenían derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. Los extranjeros menores de dieciocho años tenían derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles; y las extranjeras embarazadas que se

encontraran en España, tendrían derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto (art. 12).

El RDL 16/2012 dispone que los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria, lo que reenvía al art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Si conforme a este precepto no pudieran adquirir la condición de asegurado, el apartado 3 permite que los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español puedan ostentar tal condición siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente. Tales normas se completan con el nuevo art. 3. *ter*, añadido por el art. 1, apartado tres RDL 16/2012, que, bajo el título "asistencia sanitaria en situaciones especiales" dispone lo siguiente:

*"Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades:*

*a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica.*

*De asistencia al embarazo, parto y postparto.*

*En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles".*

Al margen de cualquier otra valoración de justicia, igualdad o equidad, tal regulación entra dentro del margen de libre configuración del Legislador y es conforme a la jurisprudencia constitucional en la materia.

El art. 13.1 CE garantiza que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas garantizadas en el título I CE, en los términos que establezcan los tratados y la ley, entre ellos, "el reconocimiento del derecho a la salud" del art. 43 CE (STC 95/2000, de 10 de abril). Tal Sentencia diferencia entre derechos que los extranjeros ostentan en "condiciones plenamente equiparables a los españoles" -por pertenecer a la persona en cuanto tal e imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE)- de los derechos de los que podrán ser titulares "en la medida y condiciones que se establezcan en los tratados y leyes", siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales.

En este grupo de derechos sitúa el Tribunal Constitucional el derecho a la salud, de modo que el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria será determinado y podrá ser limitado por las normas correspondientes.

Para esta determinación, el Legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y, por ello, exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que “por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español” (STC 236/2007, de 7 de noviembre).

Por otra parte, la restricción de derechos no obedece al ánimo de diferenciar sino a la conservación de bienes o intereses constitucionalmente protegidos -viabilidad del sistema; garantía de suficiencia financiera etc.), siendo además una medida no arbitraria y sin embargo proporcional -en cuanto se adecua al cumplimiento de razonables y no abusivos requisitos administrativos: La residencia, lo que impide la consideración de desigualdad en la ley; además, la restricción no es absoluta, pues hay excepciones.

Así, el RDL 16/2012 contempla la asistencia a las embarazadas y equipara a los menores extranjeros en situación irregular con la de los menores españoles (lo que es conforme con el art. 24 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989). Por otro lado, también se presta asistencia en casos de enfermedad grave y accidente, preserva la asistencia en casos de peligro grave y cierto para la salud del afectado y, por tanto, atiende a situaciones de mayor riesgo y de más intensa conexión del derecho a la salud con el derecho a la física (lo que es conforme con línea jurisprudencial de las SSTC 5/2000, de 14 de enero; 119/2001, de 24 de mayo; 220/2005, de 12 de septiembre; y 5/2002, de 14 de enero).

Tampoco son asumibles las afirmaciones sobre el presunto incumplimiento por parte de España de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos sociales (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales), parámetro de interpretación de nuestro sistema de derechos.

El Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradas ocasiones que los textos internacionales ratificados por España son útiles “para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el art. 10.2 CE” (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; y 84/1989, de 10 de mayo), pero ello “no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos

fundamentales". Los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 son "una fuente interpretativa" (STC 64/1991, de 22 de marzo), por lo que no es posible que "un precepto legal pueda infringir autónomamente el art. 10.2 CE (STC 36/1991, de 14 de febrero) al margen de los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución enmarca (STC 36/1991, cit.).

Los tratados y convenios internacionales no son canon de constitucionalidad de los preceptos recurridos, como pretende el Gobierno de Canarias. Las normas legales impugnadas deben ser contrastadas con los correspondientes preceptos constitucionales que proclaman los derechos y libertades de los extranjeros en España, interpretados de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios. En consecuencia, "sólo podrá declararse su inconstitucionalidad si aquellas normas con rango de Ley vulneran el contenido constitucionalmente declarado de tales derechos y libertades" (STC 236/2007, de 7 de noviembre).

Por tales consideraciones, se considera que art. 1, apartado tres del RDL 16/2012 no es inconstitucional, pues su contenido no solo entra de lleno en la competencia básica del Estado (art. 149.1.16ª CE), sino que no limita ni lesiona derechos constitucional alguno, incluso de conformidad con lo dispuesto por los tratados y convenios internacionales suscritos por España.

4. El art. 4, apartado catorce, del RDL 16/2012 introduce un nuevo art. 94 *ter* en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, relativo al tratamiento de datos por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina.

La fundamentación jurídica del acuerdo del Consejo de Gobierno indica que la función descrita "constituye una expresión típica de la competencia ejecutiva, y por tanto es propia del ámbito de atribuciones de la Comunidad Autónoma, sin que bajo el título estatal de la coordinación pueda ampararse una avocación total de la competencia".

Se trata de una competencia ejecutiva que se atribuye al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, al Instituto Social de la Marina, a fin de determinar "la cuantía de la aportación de los beneficiarios en la prestación farmacéutica". La norma no justifica la necesidad excepcional de centralización en una única instancia, única posibilidad de que una competencia ejecutiva sea básica. Siendo así, la competencia debe entenderse corresponde a la Comunidad Autónoma.



No se trata -y de ello no se hace cuestión- de una regulación o incidencia normativamente relevante en el régimen de protección de datos, pues el RDL 16/2012 dispone justamente que el tratamiento de datos que contempla “se someterá plenamente a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, reguladora de la Protección de Datos de Carácter Personal”.

La norma transcrita hace referencia, ciertamente, a una competencia ejecutiva, en la medida en que autoriza al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, al Instituto Social de la Marina, para tratar los datos obrantes en los ficheros de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y de las entidades que colaboran con las mismas “que resulten imprescindibles para determinar la cuantía de la aportación de los beneficiarios en la prestación farmacéutica”.

Aun teniendo en cuenta que la complejidad que introduce el hecho de considerar flujos de datos de diversa procedencia para determinar el nivel de aportación que corresponda a cada usuario, no se justifica la necesidad excepcional de centralización en una única instancia. El respeto al orden constitucional y estatutario de competencias exigiría acreditar que existen obstáculos insalvables para que la competencia ejecutiva en cuestión pueda ser ejercida por las Comunidades Autónomas.

Por ello, las mismas consideraciones que se realizaron en relación con el artículo 1, apartado dos, del RDL, que añade un nuevo artículo 3 bis a la Ley 16/2003 son trasladables, *mutandis mutandis*, a esta norma, considerando la excepcionalidad del ejercicio de competencias ejecutivas por el Estado en la materia, en la medida en que «*la aplicación ordinaria y general de la normativa básica deben realizarla las Comunidades Autónomas*» (STC 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 7).

5. El art. 6 del RDL 16/2012 establece medidas relativas a la atención farmacéutica en los hospitales, en los centros de asistencia social y en los centros psiquiátricos. La fundamentación del acuerdo de interposición considera que la consideración básica de tal precepto excede de la doctrina constitucional en la materia pues no se limita a “establecer un común denominador uniforme en garantía de la prestación del servicio sino que entra en una regulación de detalle que vacía el campo normativo de la Comunidad Autónoma”.

En este caso, debemos descartar el título competencial relativo a la “legislación sobre productos farmacéuticos” (de competencia exclusiva del Estado conforme al 149.1.16ª CE), al no formar parte el precepto impugnado de ese conjunto de normas

que tiene por objeto la ordenación de los medicamentos en cuanto “sustancias” (STC 98/2004, de 25 de mayo).

La norma en cuestión declara obligatoria la existencia de un servicio de farmacia hospitalaria propio en los hospitales, centros asistenciales y centros psiquiátricos con 100 camas o más. No cabe duda que se trata de una norma básica del art. 149.1 17ª CE, en la medida que se conecta de forma directa con el servicio de atención sanitaria con el que guarda íntima conexión la existencia de un servicio farmacéutico.

No se comparte la fundamentación de la propuesta de interposición por cuanto la norma estatal se limita a fijar un mínimo asistencial (100 camas) que puede ser mejorado por la Comunidad, sin que el apartado 1 y el primer inciso del apartado 3 (hasta donde dice “dispondrán de un depósito”) tengan el nivel de detalle que se alega.

Por el contrario, tanto el apartado 2 como el último inciso del apartado 3 sí entran, efectivamente, en un nivel de detalle muy preciso, hasta el punto que ello agota la competencia e impide el ejercicio por parte de la Comunidad Autónoma de sus competencias normativas y de ejecución, por lo que dichos apartados no son reconducibles a las bases y/o a la coordinación estatales en materia de sanidad (art. 149.1.16ª de la CE), vulnerándose lo dispuesto en los arts. 32.10 y 33.3 del EACan.

## C O N C L U S I O N E S

1. La extraordinaria y urgente necesidad de aprobar el RDL 16/2012 se basa en la necesidad de racionalizar el coste a fin de poder conservar la viabilidad del sistema de prestación sanitaria, lo que, con carácter general, se predica respecto de los arts. 1, 3, 4.14 y la disposición adicional primera del RDL 16/2012. No obstante, se considera que los arts. 6, 8, apartados uno, dos y tres, y 9, así como la disposición final sexta, del RDL 16/2012 son contrarios al art. 86 CE en cuanto a los requisitos de extraordinaria y urgente necesidad, de acuerdo con lo razonado en el Fundamento III.

2. El RDL 16/2012 no vulnera ninguno de los límites materiales constitucionalmente dispuestos para la aprobación de un Decreto-ley (Fundamentos III y V).

3. Los arts. 1, apartados uno y tres -en cuanto definen la condición de “asegurado” y el régimen de asistencia en “situaciones especiales”-, 3 (Fondo de

Garantía Asistencial), y 6.1 y primer inciso del apartado 3 (medidas relativas a la atención farmacéutica en los hospitales, en los centros de asistencia social y en los centros psiquiátricos) del RDL 16/2012 se consideran conformes a la Constitución, por cuanto constituyen regulación reconducible a las bases y/o a la coordinación estatales en materia de sanidad (art. 149.1.16ª CE), según se ha razonado en los Fundamentos IV,V y VI, apartados 1, 3 y 5.

4. El art. 1, apartado dos, -en cuanto regula el “reconocimiento y control de la condición de asegurado”-, el art. 4.14 “tratamiento de datos” y el art. 6.2 y 3, último inciso, “medidas relativas a la atención farmacéutica en los hospitales, en los centros de asistencia social y en los centros psiquiátricos”, exceden de la competencia básica y/o de coordinación del Estado, por lo que la centralización de la competencia ejecutiva para el reconocimiento de la condición de asegurado, así como el tratamiento de datos por parte del INSS o, en su caso, el ISM, y el detalle de la atención farmacéutica en los centros hospitalarios, de asistencia social o psiquiátricos, son reparables desde el punto de vista constitucional, al tratarse de competencias de mera ejecución o que regulan con excesivo detalle la competencia que corresponde a la Comunidad Autónoma, vulnerándose lo dispuesto en los arts. 32.10, 32.18 y 33.3 EAC (Fundamentos IV, V y VI, apartados 2, 4 y 5).

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. DON CARLOS MILLÁN HERNÁNDEZ AL DICTAMEN Nº 59/2013, SOBRE EL Recurso de inconstitucionalidad frente al 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 (EXP. 15/2013 RI).**

En aplicación del art. 17.2 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias expreso mi discrepancia parcial con la conclusión y fundamentación del Dictamen aprobado por mayoría.

El art. 1, apartado Dos, del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de Medidas Urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, añade un nuevo art. 3.bis a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, “*reconocimiento y control de la condición de asegurado*”, que atribuye “al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, al Instituto Social de la Marina a través de sus Direcciones Provinciales”. 2. Una vez reconocida la condición de asegurado o

beneficiario del mismo, el derecho a la asistencia sanitaria se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes, que facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual”.

La centralización en una sola instancia del reconocimiento y control de la condición de asegurado no tiene otro alcance que determinar el ámbito de personas con acceso a las prestaciones sanitarias de manera igual para todo el Estado. Como señala el Tribunal Constitucional “la definición de quiénes pueden considerarse asegurados y en consecuencia tener acceso al sistema nacional de salud, así como las concretas prestaciones sanitarias que deben ser garantizadas a todas ellas, por integrarse en la cartera común, permite establecer un común denominador dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad el acceso a la sanidad por parte de los ciudadanos” (STC 136/2012, de 19 de junio).

Por otro lado, la regulación y tratamiento de datos, reconocimiento y control de la condición de asegurado y comunicaciones de variaciones, puede considerarse una medida indispensable para asegurar las finalidades unitarias a las que las bases responden, sin que ello suponga vaciamiento alguno del contenido de las competencias autonómicas. Más aún cuando el TC permite para supuestos concretos que determinados actos sean dictados por una instancia estatal aplicando e interpretando de forma unitaria su base jurídica (STC 86/1989, de 11 de mayo).

2. Respecto al art. 4.14 que añade un nuevo art. 94.ter en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantía y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios “protección de datos personales”, el dictamen aprobado por mayoría no se detiene en exceso en la motivación de la inconstitucionalidad que predica para este precepto, limitándose a expresar “que las mismas consideraciones que se realizaron en relación al art. 1, apartado 2, del Real Decreto Ley son trasladables -dice mutandis mutandis (sic) “mutatis mutandi”- a esta norma, considerando la excepcionalidad del ejercicio de competencias ejecutivas por el Estado en la materia (...)”, llegando a la conclusión de que “el respeto al orden constitucional y estatuario de competencias exigiría acreditar que existen obstáculos insalvables para que la competencia ejecutiva en cuestión pueda ser ejercida por las Comunidades Autónomas”, redacción que procede literalmente del Dictamen 575/2012, de 11 de julio, del Consejo Consultivo de Andalucía, y que parece expresar que la competencia ejecutiva debería corresponder a las Comunidades Autónomas y no al Estado.

Este precepto permite al Instituto Nacional de la Seguridad Social tratar los datos obrantes en los ficheros de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social que resultan imprescindibles para determinar la cuantía de la aportación de los beneficiarios en la prestación farmacéutica, que no requerirá el consentimiento de los interesados, y que se sujetará a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de enero, de Protección de Datos.

La disposición de datos sin consentimiento de la persona afectada está prevista en el art. 11 de la citada Ley orgánica 15/1999, siempre que la cesión esté autorizada por una ley, como la que se recurre, y por otro lado, desde el aspecto competencial el nuevo modelo se construye sobre la base de la condición de asegurado de fijación estatal, por lo que es razonable que por eficacia del modelo pueda el propio Estado ejercer la competencia ejecutiva para tratar los datos obrantes en los ficheros de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y de las entidades que colaboran con las mismas que resulten imprescindibles para determinar la cuantía de la aportación de los beneficiarios de la prestación farmacéutica. Teniendo en cuenta que la determinación de esa cuantía para la que se tomará razón de la información facilitada, entre otros por la Administración competente en materia de extranjería, seguridad social y tributos, incide en el régimen económico de la Seguridad Social, para cuya determinación el Estado tiene competencia exclusiva (art. 141.1.17 CE), correspondiendo a la Comunidad Autónoma la ejecución de sus servicios que no alcanza su régimen económico.

3. El numeral 2 del art. 6 “Medidas relativas a la atención farmacéutica en los hospitales, en los centros de asistencia social y en los centros psiquiátricos” dispone: “No obstante lo anterior, la consejería responsable en materia de prestación farmacéutica podrá establecer acuerdos o convenios con los centros mencionados en el apartado anterior, eximiéndoles de dicha exigencia (de un servicio de farmacia hospitalaria), siempre y cuando dispongan de un depósito de medicamentos vinculado al servicio de farmacia hospitalaria del hospital de la red pública que sea el de referencia en el área o zona sanitaria de influencia correspondiente”.

Y en el numeral 3. “Asimismo los centros hospitalarios, los centros de asistencia social que presten asistencia sanitaria específica y los centros psiquiátricos que no cuenten con un servicio de farmacia propio y que no estén obligados a tenerlo, dispondrán de un depósito, que estará vinculado, a un servicio de farmacia del área

sanitaria y bajo la responsabilidad del Jefe del Servicio en el caso de hospitales del sector público y, a una oficina de farmacia establecida en la misma zona farmacéutica o a un servicio de farmacia hospitalaria, en el supuesto de que se trate de un hospital del sector privado”.

Según el dictamen aprobado por mayoría esta regulación conlleva “un nivel de detalle muy preciso hasta el punto -señala- que ello agota la competencia e impide el ejercicio por parte de la Comunidad Autónoma de sus competencias normativas y de ejecución” (...) “vulnerándose lo dispuesto en los art. 32.10 y 33 del EACan”.

La argumentación del dictamen es, en cierto modo, contradictoria ya que, por un lado, mantiene la constitucionalidad del primer apartado del art. 6 que establece con carácter obligatorio el establecimiento de un servicio de farmacia hospitalario propio, en determinados hospitales, centros de asistencia y psiquiátricos, cuando reconoce que tal regulación no impide el ejercicio de las competencias autonómicas, al existir margen normativo propio por cuanto la norma estatal se limita a fijar un mínimo asistencial que puede ser mejorado por la Comunidad Autónoma de Canarias, argumentación que posteriormente descarta para el numeral 2 del mismo artículo (6) que permite a la Consejería responsable en materia de prestación farmacéutica establecer acuerdos o convenios con los centros correspondientes eximiéndoles de dicha exigencia, siempre que dispongan de un depósito de medicamentos, vinculado al servicio de farmacia hospitalaria del hospital de la red pública que sea de referencia en el área o zona sanitaria de influencia correspondiente.

El citado art. 6 es una norma básica y desde la perspectiva material pretende garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar de manera unitaria y en condiciones de igualdad los intereses generales, sin que ello impida a la Comunidad Autónoma de Canarias establecer, incorporar las cuestiones que considere convenientes dentro de su marco competencial. De tal modo que cuando contempla que en base a determinados acuerdos o convenios con los centros mencionados se le exima del contenido del apartado anterior, la mera condición “de disponer de un depósito de medicamentos vinculados al servicio de farmacia hospitalaria de la red pública que sea de referencia en el área o zona sanitaria de influencia correspondiente no supone en modo alguno que agote la competencia normativa y de ejecución sobre la materia, ya que existe margen suficiente de desarrollo y ejecución.

Lo mismo acontece en relación con el numeral 3 del art. 6, por cuanto su regulación ni impide ni deja sin contenido las mencionadas competencias autonómicas.