



CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES
DE CATALUNYA

**D I C T A M E N 6/2012, d'1 de juny,
sobre el Reial decret llei 16/2012, de 20 d'abril, de mesures urgents
per garantir la sostenibilitat del Sistema Nacional de Salut i millorar
la qualitat i la seguretat de les seves prestacions**

El Consell de Garanties Estatutàries, amb l'assistència del president Eliseo Aja, del conseller Pere Jover Presa, del vicepresident Joan Egea Fernández, del conseller Marc Carrillo, de la consellera Antonia Agulló Agüero, del conseller secretari Jaume Vernet Llobet, i dels consellers Enric Fossas Espadaler i Àlex Bas Vilafranca, ha acordat emetre el següent

D I C T A M E N

Sol·licitat pels grups parlamentaris Socialista, d'Iniciativa per Catalunya Verds–Esquerra Unida i Alternativa i d'Esquerra Republicana de Catalunya, i pel Govern de la Generalitat, sobre el Reial decret llei 16/2012, de 20 d'abril, de mesures urgents per garantir la sostenibilitat del Sistema Nacional de Salut i millorar la qualitat i la seguretat de les seves prestacions (BOE núm. 98, de 24 d'abril de 2012; correcció d'errades: BOE núm. 116, de 15 de maig de 2012).

ANTECEDENTS

1. El dia 4 de maig de 2012 va tenir entrada en el Registre del Consell de Garanties Estatutàries un escrit de la presidenta del Parlament de Catalunya, de la mateixa data (Reg. núm. 2276), pel qual es comunicava al Consell l'admissió interna, per part de la Mesa del Parlament, de la sol·licitud de dictamen presentada el 2 de maig de 2012 pels grups parlamentaris Socialista, d'Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa i d'Esquerra Republicana de Catalunya, sobre el Reial decret llei 16/2012, de 20 d'abril, de mesures urgents per garantir la sostenibilitat del Sistema Nacional de Salut i millorar la qualitat i la seguretat de les seves prestacions, d'acord amb allò que preveuen els articles 16.2.a i 23.f de la Llei 2/2009, de 12 de febrer, del Consell de Garanties Estatutàries.

2. El Consell de Garanties Estatutàries, en la sessió del dia 8 de maig de 2012, després d'examinar la legitimació i el contingut de la sol·licitud de dictamen, la va admetre a tràmit i es va declarar competent per emetre el dictamen corresponent. A continuació, es va designar ponent el vicepresident Joan Egea Fernández.

Així mateix, d'acord amb l'article 25, apartats 4 i 5, de la seva Llei reguladora, el Consell va acordar adreçar-se als sol·licitants, als altres grups parlamentaris, i també al Govern, a fi de demanar-los la informació i la documentació complementàries de què disposessin amb relació a la matèria sotmesa a dictamen.

3. En data 16 de maig de 2012 va tenir entrada en el Registre del Consell un

escrit de la vicepresidenta del Govern, de data 15 de maig de 2012 (Reg. núm. 2308), pel qual trametia el certificat de l'Acord de Govern de sol·licitud de dictamen al Consell sobre el Reial decret llei 16/2012, de 20 d'abril, de mesures urgents per garantir la sostenibilitat del Sistema Nacional de Salut i millorar la qualitat i la seguretat de les seves prestacions.

4. El Consell de Garanties Estatutàries, en la sessió del dia 17 de maig de 2012, després d'examinar la legitimació i el contingut de la sol·licitud de dictamen, la va admetre a tràmit i es va declarar competent per emetre el dictamen corresponent. A continuació, es va designar el conseller Àlex Bas Vilafranca ponent per al dictamen demanat per aquesta segona sol·licitud.

5. En la mateixa sessió del dia 17 de maig, segons el que estableixen els articles 19.2 de la Llei 2/2009, de 12 de febrer, del Consell de Garanties Estatutàries, i 31 del Reglament d'organització i funcionament del Consell, i en vista que ambdues sol·licituds tenen objectes substancialment connexos que justifiquen la unitat de tramitació i decisió, ja que recauen sobre la mateixa norma legal i coincideixen en algunes de les disposicions qüestionades, es va acordar obrir el tràmit d'audiència perquè els sol·licitants formulessin les al·legacions que estimessin oportunes sobre la possibilitat d'acumulació per part del Consell dels dos procediments de dictamen.

Finalment, d'acord amb l'article 25, apartat 5, de la seva Llei reguladora, el Consell va acordar adreçar-se al Govern, a fi de sol·licitar-li la informació i la documentació complementàries de què disposés amb relació a la matèria sotmesa a dictamen.

6. En data 21 de maig de 2012 va tenir entrada en el Registre del Consell (Reg. núm. 2320) un escrit dels portaveus dels grups parlamentaris Socialista, d'Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa i

d'Esquerra Republicana de Catalunya, sol·licitants de la primera petició de dictamen sobre el Reial decret llei 16/2012, de 20 d'abril, en el qual es manifestava la seva conformitat amb l'acumulació dels dos procediments en un únic dictamen.

7. En la sessió del 24 de maig de 2012, en vista de l'anterior i un cop transcorregut el termini per a la realització d'aquest tràmit, el Consell va acordar acumular la sol·licitud de dictamen presentada pel Govern de la Generalitat de Catalunya a la sol·licitud de dictamen presentada pels grups parlamentaris Socialista, d'Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa i d'Esquerra Republicana de Catalunya.

Així mateix, d'acord amb l'article 32 del Reglament d'organització i funcionament del Consell, es va considerar convenient designar una ponència conjunta per a l'elaboració del dictamen sobre el Reial decret llei 16/2012, de 20 d'abril, i es van designar com a components el vicepresident Joan Egea i el conseller Àlex Bas.

8. Finalment, després de les corresponents sessions de deliberació, es va fixar com a data per a la votació i per a l'aprovació del Dictamen el dia 1 de juny de 2012.

FONAMENTS JURÍDICS

Primer. L'objecte del Dictamen

El present Dictamen té per objecte el Reial decret llei 16/2012, de 20 d'abril, de mesures urgents per garantir la sostenibilitat del Sistema Nacional de

Salut i millorar la qualitat i la seguretat de les seves prestacions (en endavant, RDL 16/2012), i dóna resposta a les sol·licituds presentades, tal com ha quedat reflectit en els antecedents, per tres grups parlamentaris i pel Govern, amb caràcter previ a la interposició davant del Tribunal Constitucional d'un recurs d'inconstitucionalitat per part del Parlament de Catalunya i del Govern de la Generalitat, respectivament (art. 76.3 EAC). D'acord amb allò previst a l'article 19.2 de la nostra Llei, atesa la connexió d'objectes d'ambdues sol·licituds, s'ha considerat justificada la seva tramitació i decisió unitària.

Amb caràcter previ a l'exposició del contingut dels preceptes concrets respecte dels quals s'han expressat dubtes de constitucionalitat i d'estatutarietat i de les raons que fonamenten aquests dubtes, cal fer esment del contingut de la norma en la qual s'insereixen i que els dóna sentit.

1. El RDL 16/2012 té per objecte escometre una reforma estructural del Sistema Nacional de Salut amb l'objectiu, segons la seva exposició de motius, de dotar-lo de solvència i de viabilitat i de fer-lo sostenible en el temps. En aquest sentit, suposa un punt d'inflexió respecte de tota una evolució de les normes en matèria sanitària que, arran de la Constitució, es va iniciar amb la Llei 14/1986, de 25 d'abril, general de sanitat, que va crear el Sistema Nacional de Salut, i que havia culminat, recentment, amb la Llei 33/2011, de 4 d'octubre, general de salut pública. Pel que fa a aquesta evolució normativa i perquè resulta il·lustrativa als efectes de l'objecte del Dictamen, ens remetem a allò que exposarem a bastament en el fonament jurídic tercer.

La reforma del Sistema Nacional de Salut, segons el preàmbul del Decret Llei, obeeix a un doble ordre de consideracions. D'una banda, es parteix de la constatació que aquest Sistema es troba en «una situació de dificultat

econòmica greu sense precedents des que es va crear» com a conseqüència de la concurrència de diferents factors («l'absència de normes comunes sobre l'assegurament a tot el territori nacional, el creixement desigual en les prestacions del catàleg, la manca d'adequació d'algunes d'aquestes a la realitat socioeconòmica i la mateixa manca de rigor i èmfasi en l'eficiència del sistema»). De l'altra, respon a la necessitat «inajornable» de «respondre als reptes actuals de l'assistència sanitària» derivats de l'envelliment de la població i dels avenços i progressos mèdics i farmacèutics (medicina molecular, innovacions terapèutiques, desenvolupament de la genòmica i la proteòmica, nous fàrmacs) que «suposaran, sens dubte, un increment de la despesa sanitària».

El RDL 16/2012 està integrat per deu articles, estructurats en cinc capítols, quatre disposicions addicionals, tres de transitòries, una de derogatòria i nou de finals. El capítol I es dedica principalment a la modificació de la Llei 16/2003, de 28 de maig, de cohesió i qualitat del Sistema Nacional de Salut (en endavant, LCCSNS), en els aspectes relatius a la prestació de serveis sanitaris amb càrrec als fons públics a través del Sistema Nacional de Salut, i imposa una regulació harmonitzada de la condició d'assegurats d'aquest Sistema, del seu reconeixement i control i de la prestació d'assistència sanitària en situacions especials. El capítol II dóna nova redacció a determinats preceptes de l'esmentada Llei 16/2003 pel que fa a la categorització de la cartera comuna dels serveis del Sistema Nacional de Salut, que se subdivideix en tres modalitats: la bàsica, que serà totalment gratuïta, i la suplementària i la de serveis accessoris, que estaran subjectes a aportació de l'usuari. El capítol III, referit a les mesures de cohesió i garantia financera del Sistema, crea el Fons de garantia assistencial per tal de garantir la cobertura dels desplaçaments entre comunitats autònomes i les ciutats de Ceuta i Melilla. El capítol IV, dedicat a mesures de finançament de medicaments i productes sanitaris, modifica diversos preceptes de la Llei

29/2006, de 26 de juliol, de garanties i ús racional dels medicaments i els productes sanitaris. I el capítol V conté un seguit de mesures destinades a corregir situacions estructurals en relació amb els recursos humans dels serveis de salut, mitjançant la modificació d'algunes previsions normatives de la Llei 44/2003, de 21 de novembre, d'ordenació de les professions sanitàries, i de la Llei 55/2003, de 16 de desembre, de l'estatut marc del personal estatutari dels serveis de salut (en endavant, LEMPESS). Finalment, s'hi inclouen un conjunt de mesures addicionals de diversa índole i naturalesa, algunes de caràcter instrumental i d'altres més substantives. Així, des de les previstes per assolir una major eficiència i gestió centralitzada dels recursos i l'estalvi energètic fins a les relacionades amb les normes sobre qualitat i seguretat en la donació de cèl·lules i teixits humans.

Cal esmentar que el dia 15 de maig de 2012 es va publicar al BOE una àmplia i prolixa correcció d'errades del RDL 16/2012, que afecta alguns dels preceptes sol·licitats, i també se n'ha modificat l'article 5 mitjançant el RDL 19/2012, de 25 de maig, de mesures urgents de liberalització del comerç i de determinats serveis. En conseqüència, la nostra anàlisi s'haurà de projectar sobre el text legal corregit, el qual, eventualment, seria objecte d'impugnació davant del Tribunal Constitucional.

2. Els dos escrits de sol·licitud de dictamen qüestionen el compliment dels límits formals i materials del decret llei (art. 86 CE) per part del RDL 16/2012. L'escrit del Govern projecta aquest últim motiu concretament en l'article 1, apartat u, la disposició transitòria primera i la disposició final tercera RDL 16/2012, en relació amb els articles 10.1, 13.1, 14, 15 i 43 CE. D'altra banda, la petició dels grups parlamentaris invoca la possible vulneració del principi de separació de poders i de l'article 81.2 CE, pel fet que la disposició final tercera modifica l'article 12 de la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre els drets i les llibertats dels estrangers a Espanya i la

seva integració social, així com el principi de jerarquia normativa (art. 9.3 CE) perquè el Reial decret llei contradiu «lleis que tenen un rang normatiu superior a ell (lleis orgàniques)».

Així mateix, ambdues peticions plantegen dubtes de constitucionalitat i d'estatutarietat amb referència a determinats preceptes del Decret llei, tant per raons substantives, derivades de la seva eventual no-conformitat amb drets constitucionals, com per raons competencials. En particular, la sol·licitud dels grups parlamentaris demana el nostre parer respecte de l'article 1, apartats u, dos i tres; l'article 2, apartats dos, tres i cinc; el capítol IV i, en especial, els articles 5, 6 i 7; el capítol V; les disposicions addicionals tercera, transitòria primera, finals tercera, quarta, sisena i setena, i disposició derogatòria única. I la del Govern de la Generalitat, sobre l'article 1, apartats u i dos; l'article 2, apartat quatre; l'article 4, apartats u, quatre, cinc i catorze; l'article 6; l'article 8, apartats u i dos; l'article 10, apartats quatre, cinc, sis i set; les disposicions transitòria primera, finals segona (apt. 3), tercera i sisena (apt. u), i derogatòria única.

En vista de la varietat de preceptes qüestionats i dels dubtes plantejats, descriurem a continuació, succintament, el contingut dels primers agrupant-los en funció del tipus de retrets d'inconstitucionalitat i d'antiestatutarietat que s'hi formulen.

a) En primer lloc, els preceptes respecte dels quals s'expressen dubtes de constitucionalitat o d'estatutarietat de caràcter substantiu són els següents:

– L'article 1, apartat u, RDL 16/2012, que modifica l'article 3 LCQSN, i regula la condició d'assegurat del Sistema Nacional de Salut i, per connexió, la disposició transitòria primera. En relació amb aquest precepte, les sol·licituds consideren que el precepte limita el dret a les prestacions

sanitàries als assegurats i als seus beneficiaris, la qual cosa comportaria «el finiment de la universalitat de la prestació sanitària» i podria vulnerar els articles 10, 13.1, 14, 15, 41 i 43 CE, i els articles 23, 41 i 42.4 EAC. En aquest sentit, l'escrit dels grups parlamentaris concreta que s'exclou de l'assistència sanitària els estrangers majors d'edat en situació no regular i les persones de més de 26 anys que no tinguin la condició d'assegurat o de beneficiari del sistema. Per connexió amb aquest precepte i per les mateixes raons, qüestionen l'article 2, apartats dos i tres, RDL 16/2012, que afegeix els articles 8 bis i ter a la LCQSNS, sobre la cartera comuna bàsica i la suplementària de serveis assistencials del Sistema Nacional de Salut, i la disposició final setena, que modifica determinats apartats de l'article 5 del Reial decret 1718/2010, de 17 de desembre, sobre recepta mèdica i ordres de dispensació.

– L'article 1, apartat tres, RDL 16/2012, que afegeix un nou article 3 ter a la LCQSNS, sobre l'assistència sanitària en situacions especials, a parer dels grups parlamentaris sol·licitants podria vulnerar els preceptes constitucionals i estatutaris, esmentats, que reconeixen drets, així com la Directiva 2011/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 9 de març de 2011, relativa a l'aplicació dels drets dels pacients en l'assistència sanitària transfronterera.

– L'article 10, apartat cinc, RDL 16/2012 introdueix una nova disposició addicional dissetena LEMPRESS, i l'apartat set modifica la lletra f de l'apartat 1 de la disposició derogatòria única LEMPRESS, per tal de derogar l'article 151 de l'Ordre de 26 d'abril de 1973, de millora de pensions. A parer de l'escrit de la sol·licitud del Govern, aquestes disposicions podrien vulnerar la prohibició de la retroactivitat de les disposicions restrictives de drets individuals.

– Les disposicions addicional tercera i final quarta RDL 16/2012 tracten la cessió, entre administracions, de dades tributàries sobre els nivells de renda dels usuaris del Sistema Nacional de Salut per determinar el percentatge de participació en el pagament de les prestacions de la cartera comuna de serveis subjectes a aportació. La sol·licitud dels grups parlamentaris al·lega que ambdós preceptes podrien vulnerar els articles 18 i 9.3 CE.

b) Les sol·licituds de dictamen formulen un seguit de dubtes de constitucionalitat i d'estatutarietat vinculats a l'ordre de distribució de competències en relació amb els preceptes següents:

– L'article 1, apartat dos, RDL 16/2012, que afegeix un nou article 3 bis a la LCQSNS, referit al reconeixement i el control de la condició d'assegurats o de beneficiaris d'aquest, en la mesura que podria suposar una vulneració de les competències executives de la Generalitat en matèria de sanitat (art. 162 EAC).

– L'article 2, apartat quatre, RDL 16/2012, que incorpora un nou article 8 quater a la LCQSNS, regula la cartera comuna de serveis accessoris del SNS. Segons la sol·licitud del Govern, podria haver incorregut en un possible excés de regulació, en detriment de les competències autonòmiques, atès que afecta serveis no essencials del Sistema.

– L'article 2, apartat cinc, RDL 16/2012 addiciona un article 8 quinquies a la LCQSNS, que conté algunes previsions sobre el finançament de la cartera de serveis complementària de les comunitats autònomes. A parer de la sol·licitud dels grups parlamentaris, si l'accés a les prestacions sanitàries depèn del reconeixement previ de la condició d'assegurats o de beneficiaris, «l'Estat hauria de tornar a un sistema de finançament *finalista* de la sanitat

de les Comunitats Autònomes»; en cas contrari, el precepte podria vulnerar l'article 149.1.17 CE.

- El capítol IV RDL 16/2012, que modifica aspectes substancials de la Llei 29/2006, de 26 de juliol, de garanties i ús racional dels medicaments i productes sanitaris, integra els articles 4 a 7 i conté un conjunt de mesures relatives a la prestació farmacèutica que els òrgans sol·licitants consideren contràries a la competència de la Generalitat en matèria d'ordenació farmacèutica (art. 162.2 EAC).

- El capítol V RDL 16/2012 comprèn els articles 8, 9 i 10, referits a mesures en matèria de recursos humans, que modifiquen, respectivament, la Llei 44/2003, de 21 de novembre, d'ordenació de les professions sanitàries; la Llei 16/2003, de 28 de maig, de cohesió i qualitat del Sistema Nacional de Salut, i la Llei 55/2003, de 16 de desembre, de l'estatut marc del personal estatutari dels serveis de salut. Les diverses qüestions regulades, entre d'altres, amb relació a la capacitació específica dels professionals sanitaris, les mesures de reorganització de funcionaris d'aquest sector i el règim de retribucions, plantegen dubtes als òrgans sol·licitants pel que fa a la vulneració de les competències de sanitat de la Generalitat i, més concretament, sobre formació sanitària especialitzada (art. 162.3.d EAC) i funció pública (art. 136.a EAC), i, en alguns casos, quant a la possible lesió de la seva autonomia de despesa i el principi de lleialtat institucional.

Finalment, es demana el nostre parer respecte de la disposició final segona, apartat 3, relativa al desenvolupament reglamentari del RDL 16/2012, ja que, a parer del Govern, suscita dubtes sobre si respecta les competències de desenvolupament normatiu de la Generalitat en matèria de sanitat (art. 162 EAC). I també sobre la disposició final sisena, que modifica el Reial decret 1301/2006, de 10 de novembre, pel qual s'estableixen les normes de

qualitat i seguretat per a la donació, l'obtenció, l'avaluació, el processament, la preservació, l'emmagatzematge i la distribució de cèl·lules i teixits humans, i s'aproven les normes de coordinació i funcionament per a l'ús en éssers humans, perquè, segons les dues peticions de dictamen, podria envair les competències de la Generalitat en matèria de salut pública (art. 162.3.b EAC).

3. Una vegada exposats els preceptes del Reial decret llei 16/2012 que qüestionen les sol·licituds, tot indicant els principals dubtes de constitucionalitat i d'estatutarietat que susciten, ens correspon exposar l'estructura del nostre Dictamen per tal donar-hi una resposta adequada.

En el fonament jurídic segon analitzarem el compliment per part del Decret llei dels requisits als quals, per expressa previsió constitucional (art. 86.1 CE), s'ha de sotmetre aquest tipus de norma d'origen governamental: el pressupòsit habilitant i els límits materials, en aquest darrer cas, respecte a la possible afectació del «dret a la protecció de la salut», proclamat a l'article 43.1CE.

En el fonament jurídic tercer estudiarem més àmpliament el contingut, la naturalesa i l'eficàcia de l'article 43 CE, en relació amb altres valors i principis constitucionals, així com l'evolució del sistema sanitari durant les darreres dècades. En el fonament jurídic quart abordarem l'anàlisi dels motius d'inconstitucionalitat d'ordre substantiu que fonamenten les sol·licituds de dictamen pel que fa als preceptes sol·licitats; en especial, els referits a la condició d'assegurat i a altres qüestions sobre la configuració legal del dret a la protecció de la salut.

En els fonaments jurítics cinquè i sisè examinarem els dubtes de caràcter competencial que suscita el Reial decret llei 16/2012: en primer lloc, el marc

constitucional i estatutari de distribució de competències, tot fixant el paràmetre que hem de tenir en compte per aplicar-lo, en segon lloc, als preceptes sol·licitats. Finalment, en el fonament jurídic setè estudiarem els dubtes relacionats amb la doble imposició pel que fa al règim d'aportació dels usuaris i els seus beneficiaris a la prestació farmacèutica ambulatoria previst a l'article 4, apartat tretze, RDL 16/2012, i la seva relació amb la taxa creada per l'article 41 de la Llei catalana 5/2012, de 20 de març.

Segon. El control del compliment dels requisits constitucionals del Decret llei d'acord amb l'article 86 CE

Un cop hem establert l'objecte del Dictamen, examinarem l'adequació del Decret llei als requisits constitucionals que estableix l'article 86.1 CE.

En primer lloc, però, exposarem de manera sintètica els fonaments de la doctrina constitucional que ens han de servir com a paràmetre de constitucionalitat per controlar la concurrència dels elements exigits al supòsit de fet habilitant, així com dels límits materials que també han de respectar aquest tipus de disposicions legals aprovades pel Govern de l'Estat que, com és sabut, constitueixen una excepció a la potestat legislativa de les Corts (art. 66.2 CE).

1. Tal com hem indicat en diversos dictàmens previs (DCC núm. 270, de 28 de setembre de 2005, F II, i 295, de 29 de juliol de 2009, F II; i DCGE 5/2012, de 3 d'abril, FJ 2), el requisit de l'extraordinària i urgent necessitat integra dos elements de previsió constitucional, i exigeix una connexió, establerta per la jurisprudència, de congruència entre la situació i les mesures que pretén implementar el decret llei.

Quant a l'extraordinària necessitat, el Tribunal Constitucional ha indicat repetidament que fa referència a la situació que justifica l'adopció de la norma amb rang de llei. D'aquesta manera, el nostre text constitucional habilita el Govern de l'Estat per aprovar-lo quan apreciï, en l'exercici de la seva funció de direcció política, unes circumstàncies de gravetat, imprevisibilitat o rellevància que requereixin la seva aprovació immediata, amb la finalitat d'incidir en un supòsit de fet en el qual concorren notes d'excepcionalitat, que generalment coincideixen amb un context de «coyunturas económicas problemáticas» (STC 68/2007, de 28 de març, FJ 10).

Així mateix, el Tribunal ha indicat que aquesta actuació normativa ha d'anar acompanyada també d'una impossibilitat d'obtenir l'aprovació de la mateixa disposició per la via del procediment parlamentari, de manera que exigeix que al caràcter d'extraordinària necessitat de la situació s'hi sumi l'element d'urgència en el sentit que la norma no pugui ser tramitada per la via legislativa ordinària amb la celeritat indispensable per garantir l'obtenció de la finalitat perseguida per les mesures que conté. Aquesta exigència, que actua com a límit a l'exercici de la funció legislativa per part del Govern, deriva, òbviament, de la posició d'especial rellevància dels parlaments, com a institucions representatives, en la nostra forma d'estat.

D'aquesta manera, els conceptes de la urgent i l'extraordinària necessitat componen el pressupòsit habilitant, que, al seu torn, com acabem d'indicar, exigeix una «correspondència» de congruència amb la regulació que incorpora el decret llei. Una adequada connexió de sentit que, com també ha prescrit el Tribunal Constitucional, no s'ha d'identificar amb un control sobre l'oportunitat, l'eficàcia o la bondat tècnica de les mesures adoptades, sinó únicament com l'existència d'un vincle raonable entre aquestes i la situació

que exigeix l'acció normativa reformadora (STC 1/2012, de 13 de gener, FJ 6, 7 i 11).

Finalment, i des d'un punt de vista formal, el Tribunal Constitucional també ha establert que el pressupòsit habilitant ha de ser verificable i, per tant, els motius de la seva justificació han de constar de manera expressa. Una evidència que s'ha de desprendre en tot cas de l'anàlisi conjunta del preàmbul de la norma, dels documents que acompanyen el seu expedient de tramitació i del debat parlamentari de la seva convalidació.

Un cop sintetitzats els fonaments de la doctrina, hem de procedir a l'examen del Reial decret llei 16/2012, tot projectant el cànon de constitucionalitat respecte del compliment dels requisits del pressupòsit habilitant. El preàmbul sosté que la norma té com a objectiu principal «afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salut dotant-lo de solvència, viabilitat i reforçant les mesures de cohesió per fer-lo sostenible en el temps, cosa que fa necessari que aquestes s'apliquin com més aviat millor. Es fa necessari, en el context socioeconòmic actual, que les mesures esmentades es materialitzin en un instrument normatiu d'efecte immediat que doni resposta, sense demora, a les demandes internes de millora de l'equitat que exigeix la ciutadania, d'eficiència que exigeix el Tribunal de Comptes i de seguretat que exigeix el sector sanitari, i a les externes de transparència i viabilitat que exigeix la Unió Europea». I, com es recull explícitament també en el mateix text, la necessària reforma estructural del sistema sanitari públic resulta «inajornable» com a conseqüència d'unes circumstàncies i unes polítiques desenvolupades «durant aquests últims anys» que han «posat en qüestió» la «cohesió territorial i l'equitat».

Si tenim en compte el *Diari de Sessions del Congrés dels Diputats* que transcriu el debat parlamentari de la seva convalidació (núm. 31, de 17 de

maig de 2012), observem com el representant del Govern situa l'èmfasi, com en el cas del preàmbul, en tres factors que configuren el pressupòsit habilitant: una situació d'especial rellevància i gravetat que afecta la sostenibilitat i la viabilitat econòmica del Sistema Nacional de Salut; que té els seus orígens i la seva diagnosi en anys precedents i que requereix una reforma estructural d'ampli abast que s'ha d'escometre amb caràcter inajornable i imminent.

Les dades que s'aporten per justificar la situació de crisi del sistema públic, més enllà d'afirmar que existeixen i que afecten nombrosos àmbits, sectors i matèries vinculats a la sanitat, es limiten principalment a l'Informe que s'adjunta del Tribunal de Comptes, l'objecte principal del qual se centra en les conseqüències econòmiques de les prestacions sanitàries dispensades als estrangers en territori estatal.

De la valoració conjunta d'aquests textos ens pertoca dur a terme, com a òrgan consultiu, un control extern i eminentment formal, d'acord amb el criteri que hem adoptat en altres dictàmens (DCGE 7/2010, de 22 d'abril, FJ 3; 1/2011, de 22 de febrer, FJ 3.2; 1/2012, de 10 de gener, FJ 2). Ara bé, tot i que el nostre examen està delimitat per les dues fonts disponibles (preàmbul i debat parlamentari de convalidació), aquest fet no significa que no constitueixi un autèntic control jurídic dels requisits que ha de respectar el Govern a l'hora d'aprovar un decret llei.

Així, tal com acabem d'exposar, el caràcter rellevant o greu de la situació, adduït pel Govern, resulta justificat, o, com a mínim, de la documentació analitzada no es dedueix cap evidència que permeti obtenir una conclusió de signe divers: el sistema sanitari públic es troba sotmès des de fa anys a una important situació de dèficit que en fa perillar la viabilitat de futur. Probablement, aquestes circumstàncies s'han agreujat en els darrers temps

com a conseqüència de l'actual context de crisi econòmica, que ha incrementat la precarietat del seu finançament. I, des d'aquesta perspectiva de conjunt, podem també afegir que les mesures articulades pel Reial decret llei objecte de dictamen podrien ser considerades com a congruents, en el sentit de la jurisprudència constitucional, amb l'objectiu perseguit de racionalització i de reducció de les despeses del sistema públic de salut.

No obstant això, de la mateixa manera que aquesta realitat fàctica resulta inqüestionable des del punt de vista del nostre control formal, per contra, el seu caràcter imprevisible no concorreria amb la mateixa intensitat, atès que és notori que la situació és coneguda des de fa anys, tal com ho reconeix el mateix Govern. No obstant això, cal afegir que el Tribunal Constitucional, en la seva jurisprudència, ha admès que la concurrència de la gravetat o la rellevància són suficients per legitimar l'aprovació del decret llei amb independència del seu caràcter sobtat o imprevist: «la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad e, incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno siempre que concurra efectivamente la excepcionalidad de la situación, pues "lo que aquí debe importar no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurren" (STC 11/2002, de 17 de enero, FJ 6)» (STC 1/2012, de 13 de gener, FJ 6). En conseqüència, respecte de l'element de l'extraordinària necessitat, que inclou la necessitat d'actuar mitjançant una disposició legislativa provisional, com és el decret llei, hem de declarar que el Reial decret llei 16/2012 és respectuós amb el límit de l'article 86 CE.

Ara bé, tal com he assenyalat a l'inici d'aquest fonament jurídic, aquesta situació de fet excepcional no és suficient sinó que cal sumar-hi la urgència, en el sentit que les mesures que es pretén adoptar no puguin ser aprovades

mitjançant el procediment legislatiu corresponent. En aquest sentit s'ha manifestat recentment la jurisprudència constitucional, precisament amb una lectura més restrictiva del pressupòsit habilitant: «Sin embargo, como se ha advertido, en el presente caso nada hay que indique que la regulación introducida trate de dar respuesta a una situación de naturaleza excepcional o constituya una necesidad urgente, hasta el punto de que su efectividad no pueda demorarse durante el tiempo necesario para permitir su tramitación por el procedimiento legislativo ordinario sin hacer quebrar la efectividad de la acción requerida, bien por el tiempo a invertir o por la necesidad de inmediatez de la medida» (STC 137/2011, de 14 de setembre, FJ 7).

D'acord amb el que acabem d'exposar, a la necessitat d'intervenció per raó de la situació extraordinària cal exigir-hi també el requisit de la impossibilitat d'obtenir el mateix resultat mitjançant l'aprovació d'una disposició que segueixi la tramitació ordinària o urgent en les cambres legislatives. És a dir, l'excepcionalitat de la necessitat ha d'anar acompanyada de la constatació, motivada i expressa, que el procediment en seu parlamentària afectaria decisivament, per raons de temps excessiu, l'obtenció de l'efecte o els resultats cercats per les mesures exigides per tal de fer-hi front. I és precisament en aquest aspecte que el Reial decret llei 16/2012 no exposa ni de manera explícita ni raonada els motius que impedièren en primera instància l'aprovació de la reforma sanitària a les Corts Generals.

Val a dir que aquest escrutini del pressupòsit habilitant parteix d'una concepció estricta del control del límit formal del Reial decret llei dictaminat, però considerem que, atesos la naturalesa i l'abast del seu contingut, està plenament justificat i és adequat a la prescripció constitucional de l'article 86.1 CE. En aquest sentit, hem de recordar i remarcar que estem davant d'una extensa i profunda reforma del sistema sanitari públic. És més, consisteix en una intervenció normativa amb una incidència estructural tant

en l'àmbit dels drets subjectius de configuració legal com en la mateixa reordenació del sistema pel que fa a l'exercici de les competències per part de les diferents administracions. Pel que fa al primer aspecte, s'introdueixen significatives modificacions de contingut restrictiu amb relació a l'ordenament vigent fins a l'entrada en vigor del Reial decret llei; i quant al segon, la profunditat de la reestructuració afecta gran nombre dels serveis i del personal que desenvolupa les seves funcions en el marc del sistema de salut públic estatal.

Certament, a ulls de la jurisprudència constitucional, aquests elements per si mateixos no haurien estat suficients per determinar la inconstitucionalitat de l'ús de la figura del decret llei (STC 137/2011, FJ 7), però sí, com hem indicat, quan no s'acredita de cap manera la raó d'urgència ineludible per la qual s'exclou la seva aprovació mitjançant una llei ordinària. I en el present cas, més enllà d'una mera declaració formal de la necessitat d'aprovació ràpida i imminent, el Govern no aporta la més mínima motivació de les raons que impossibiliten l'assoliment de l'eficàcia de les mesures preteses mitjançant la seva tramitació i aprovació parlamentària. Una manca de justificació, no únicament pel que fa a la urgència sinó també sobre la congruència entre la situació d'extraordinària necessitat i la regulació adoptada, que esdevé especialment reprobable si tenim en compte que es tracta d'una disposició legislativa provisional d'abast estructural i, per tant, susceptible de ser controlada de manera exigent en els seus requisits formals.

Així, en el preàmbul del Reial decret llei en qüestió afirma els valors següents: «El Govern ha expressat el seu desig d'abordar aquestes i totes les altres reformes que siguin necessàries o convenientes, no només mitjançant normes, sinó també impulsant bones pràctiques i posant en comú experiències, sempre sobre la base del diàleg i comptant amb la col·laboració

de les comunitats autònomes, dels grups polítics i de totes les associacions i entitats que actuen en aquest àmbit, i vetllar així per la millor atenció als pacients, que són el veritable centre del sistema». I en el pla juridicoconstitucional, el Tribunal també ha subratllat en diverses resolucions el valor del debat parlamentari en la configuració de la voluntat pública en el si de l'Estat social i democràtic de dret que consagra l'article 1.1 CE:

«[E]s conveniente detenerse en la singularidad que los procesos previos de dialogo social aportan al procedimiento legislativo. Es indudable, y no parece necesario recordarlo aquí, el valor trascendente del diálogo social en nuestro Estado social y democrático de Derecho (art.1.1 CE) [...] Es claro también que estos procesos de dialogo social, precisamente por venir en numerosas ocasiones referidos a proyectos de reforma [...] de los sistemas de protección social, pueden estar condicionados por la necesidad de dar respuesta inmediata a coyunturas económicas o sociales problemáticas, en las que la utilización de la legislación de urgencia, tras la conclusión del proceso de diálogo, puede aparecer plenamente justificada (STC 23/1993, de 21 de enero, FJ 5).» (STC 68/2007, FJ 11)

En conseqüència, si el Govern de l'Estat considerava que, a efectes del Reial decret llei, concorria la urgència exigida constitucionalment que l'habilitava per aprovar-lo, més enllà d'afirmar-la sense més l'hauria d'haver justificat convenientment, és a dir, de manera expressa i motivada, tant en el preàmbul com en el debat parlamentari de la convalidació.

Per contra, del text del Decret llei es desprèn que la implantació del nou sistema sanitari, en els seus aspectes principals, es demora més de quatre mesos (disposició transitòria primera) i, per tant, es tracta de mesures que «no modifiquen de manera instantània la situació jurídica existent» (STC 29/1982, FJ 3, i 1/2012, FJ 11). Pel que fa a això, en favor de les tesis del Govern es podria argumentar que l'esmentat termini és necessari per

implantar el sistema, però aquest fet tampoc no està justificat en el preàmbul del Reial decret llei, que només conté una al·legació genèrica de la necessitat d'utilitzar un instrument normatiu d'efecte immediat perquè les mesures que persegueixen garantir la sostenibilitat del sistema s'apliquin amb la major urgència possible. Una omisió que encara resulta més palesa quan es recorre a la transcripció del debat de convalidació en què ni tan sols es fa referència a aquesta qüestió.

Una opció respectuosa amb el límit de l'article 86.1 CE hauria pogut consistir a dedicar part d'aquest temps de demora perquè les Corts Generals, per la via d'urgència si era necessari, debatessin, amb la participació del Govern i dels grups parlamentaris, la modificació del sistema legal vigent, i mentrestant preparar, paral·lelament, les actuacions necessàries per iniciar la seva aplicació en el termini desitjat. D'aquesta manera, probablement, s'haurien evitat efectes inconvenients que tenen més a veure amb la precipitació que amb la urgència, com per exemple la publicació, pocs dies després de l'entrada en vigor del Reial decret llei 16/2012, de diversos fulls de correcció d'errades tècniques, que es refereixen no únicament a qüestions d'errades tipogràfiques o lingüístiques sinó que també introdueixen, en alguns casos, veritables modificacions substantives amb relació als preceptes aprovats i en vigor de l'articulat original (BOE núm. 116, de 15 de maig de 2012). Circumstància que s'agreuja pel fet que, subsegüentment a la seva convalidació (Resolució de 17 de maig de 2012, BOE núm. 125, de 25 de maig), no se'n va acordar la tramitació com a projecte de llei, manllevant a les Corts l'oportunitat d'esmenar el text esmenat del Decret llei. Finalment i pocs dies abans de ser aprovat aquest mateix Dictamen, ha tingut lloc una nova modificació del Decret llei examinat per part del Reial decret llei 19/2012, de 25 de maig, de mesures urgents de liberalització del comerç i de determinats serveis.

Per tant, com a conseqüència del que acabem d'exposar, concloem que el Reial decret llei 16/2012 és contrari a l'article 86.1 CE, atès que no justifica de manera motivada i expressa la raó de la urgència que exigeix l'ordenament constitucional al pressupòsit habilitant dels decrets llei.

2. Un cop examinat el pressupòsit habilitant del Reial decret llei 16/2012, analitzarem a continuació l'altre límit constitucional de l'article 86.1 CE, relatiu a les matèries excloses de l'acció reguladora d'aquest tipus de normes amb rang de llei aprovades pel Govern.

Les sol·licituds de dictamen expressen els seus dubtes respecte de la legitimitat del Reial decret llei a l'hora d'adoptar una regulació que podria ser susceptible d'afectar els drets del títol I de la Constitució.

El Tribunal Constitucional ha dotat de contingut el concepte *afectar* en el sentit que no s'ha d'identificar només amb la prohibició d'establir el règim general del dret de previsió constitucional mitjançant decret llei, sinó que aquest tampoc no pot alterar-lo ni modificar-ne els elements essencials (STC 182/1997, de 28 d'octubre, FJ 6 i 7; 111/1983, de 2 de desembre, FJ 8).

En aquesta línia ens hem pronunciat en el nostre darrer Dictamen sobre el Reial decret llei 3/2012, de 10 de febrer, de mesures urgents per a la reforma del mercat laboral, amb motiu de la presumpta afectació de l'article 37.1 del capítol segon de la Constitució:

«[H]em de subratllar, d'acord amb la doctrina jurisprudencial citada, que aquesta ha estat essencialment concebuda per evitar la inaplicació de fet de la figura del decret llei que es derivaria d'una interpretació literal i, per tant, molt estricta, del concepte "afectar" que la Constitució va incorporar. A partir d'aquí, podem fixar dos criteris bàsics que cal retenir a fi de determinar

l'abast de l'esmentada clàusula restrictiva sobre el decret llei i que es concreten en dos aspectes: d'una banda, que la legislació d'urgència no reguli el règim general dels drets, els deures i les llibertats del títol I CE i que la interpretació constitucionalment adequada tingui en compte la configuració constitucional dels drets en qüestió, la seva ubicació sistemàtica en el títol I CE; i, de l'altra, el major o menor grau d'intensitat o rigor de les garanties de les quals gaudeixen, en virtut del que estableix l'article 53 CE. D'acord amb aquest referent fixat per la doctrina jurisprudencial, entenem que el "règim general" d'un dret, d'un deure o d'una llibertat és equiparable a l'establiment del seu règim jurídic, és a dir, a l'ordenació de les regles relatives a la titularitat, a l'objecte, a la forma o al procediment que defineixen el dret, a més de les referides als límits i a les garanties per al seu exercici, tots ells elements essencials del dret.» (DCGE 5/2012, de 3 d'abril, FJ 2)

Per aplicar, però, aquest canó i avaluar si es produeix una afectació en els termes de la doctrina constitucional, que acabem de reproduir, amb caràcter previ i decisiu hauríem de determinar la naturalesa del dret a què fa referència l'apartat 1 de l'article 43 CE.

Quant a aquest aspecte, però, tal com s'acreditarà amb detall en el fonament jurídic següent, hem d'avançar que l'esmentat article s'ubica entre els principis rectors de la política social i econòmica, els quals, formalment, gaudeixen de les garanties previstes a l'article 53.3 CE. I, per tant, el seu reconeixement, respecte i protecció «informen la legislació positiva, la pràctica judicial i l'actuació dels poders públics», estatals i autonòmics. Així mateix, només es poden al·legar davant la jurisdicció ordinària d'acord amb allò que disposin les lleis que els desenvolupin. Per tant, *prima facie*, el dret a la protecció de la salut no és un dret subjectiu en el mateix sentit que els drets del capítol segon, del títol I, de la Constitució, sinó que consisteix en un principi rector, dels diversos previstos al capítol tercer, que comporta un mandat vinculant per als poders públics.

Òbviament això no significa que el legislador, en la seva àmplia llibertat de configuració, no hagi de respectar determinades previsions constitucionals imperatives, com més endavant s'examinarà; però, a efectes de l'examen del Reial decret llei 16/2012 segons l'article 86.1 CE, hem de concloure que no estem davant d'un dret subjectiu constitucional en el sentit establert per la norma fonamental com a límit material dels decrets llei.

Finalment, i amb relació als dubtes expressats per la sol·licitud sobre el límit projectat sobre les matèries que són objecte de la reserva de llei orgànica prevista a l'article 81 CE, és a dir, dels drets i llibertats de la secció 1a del capítol segon del títol I, únicament hem d'indicar que, tal com hem avançat i desenvolupem en el fonament jurídic següent, la naturalesa de principi rector de l'article 43 CE també fa decaure qualsevol objecció de constitucionalitat en aquest aspecte.

En conseqüència i ja de manera conclusiva, el Reial decret llei 16/2012 no vulnera l'article 86.1 CE pel que fa al límit material.

Tercer. El contingut i l'eficàcia del dret a la protecció de la salut de l'article 43 CE

Un cop hem examinat el Reial decret llei 16/2012 des de la perspectiva dels límits constitucionals de l'article 86.1 CE, en el present fonament jurídic donarem resposta als dubtes de constitucionalitat que planteja la sol·licitud amb relació als articles 1 i 2 d'aquesta norma, que regulen principalment els requisits d'accés a la condició d'assegurat, així com a les prestacions sanitàries del Sistema Nacional de Salut.

1. Iniciarem, però, la nostra anàlisi per l'article 43 CE, atès el seu contingut específic relatiu a la previsió constitucional del sistema de salut pública i del principi rector del dret a la protecció de la salut, la regulació dels quals esdevé, com resulta evident, l'objecte principal del Reial decret llei que estem avaluant.

Com és sabut, l'article 43 CE, ubicat en el capítol tercer del títol I de la Constitució, en el seu apartat primer preveu: «Es reconeix el dret a la protecció de la salut» i, a continuació, en el segon apartat, estableix: «Correspon als poders públics organitzar i tutelar la salut pública a través de mesures preventives i a través de les prestacions i dels serveis necessaris. La llei establirà els drets i els deures de tothom en aquest punt». Quant a la interpretació del seu contingut constitucional, especialment respecte del principi rector que incorpora, la doctrina, d'ençà de l'entrada en vigor de la Constitució, ha debatut sobre la seva naturalesa i el seu règim de garanties. La salut constitueix un dels principals pilars de l'Estat social contemporani, fet que, per raons més que evidents, ha accentuat la rellevància del tractament de les qüestions a l'entorn d'aquest precepte, no únicament en el pla jurídic sinó també en els àmbits públic i ciutadà.

Recuperant el fil de la doctrina jurisprudencial dels anys noranta (STC 36/1991, de 14 de febrer, FJ 5), aquesta ja va assenyalar que els preceptes del capítol tercer del títol I, tot i el seu contingut heterogeni, d'acord amb la posició sistemàtica que ocupen en l'articulat constitucional, havien de ser categoritzats en conjunt de manera diferent dels drets constitucionals del capítol segon.

Els preceptes del capítol tercer, entre els quals s'inclou, com hem indicat, l'article 43 CE, fan referència als *drets socials*, però malgrat la seva rellevància en la conformació de l'Estat social (art. 1.1 CE) o, fins i tot la

denominació formal que adopten (de dret, en el cas de l'art. 43.1 CE), no gaudeixen de la naturalesa de drets subjectius públics en el mateix sentit constitucional que altres drets constitucionals. Així, l'article 53.3 CE, quan estableix el seu règim de garanties, tot i que els atribueix protecció jurisdiccional, remet la seva concreció a allò que disposin les lleis que els desenvolupin. I també, de manera general, el Tribunal Constitucional ha reiterat que els principis rectors no incorporen drets fonamentals, però al mateix temps ha subratllat que no són meres declaracions de propòsits sinó veritables proposicions vinculants que es desprenen inequívocament dels articles 9 i 53 CE (STC 233/2007, de 5 de novembre, FJ 7; 154/2006, de 22 de maig, FJ 8, i 14/1997, de 28 de gener, FJ 11).

En conseqüència, l'article 43 CE ha de ser considerat com un principi rector constitucional adreçat a orientar i determinar l'actuació dels poders públics. En aquest sentit, la jurisprudència recent del Tribunal Constitucional també ha dit que: «el "derecho a la protección de la salud" (art. 43.1 CE) representa uno de los "principios rectores de la política social y económica" proclamados por la Constitución, cuyo reconocimiento, respeto y protección ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE)» (ITC 221/2009, de 21 de juliol, FJ 4), i, així mateix, l'ha identificat com «un valor de indudable relevancia constitucional» (ITC 96/2011, de 21 de juny, FJ 5).

La seva naturalesa de principi rector, compartida amb altres preceptes del capítol tercer, malgrat les peculiaritats pròpies de cadascun, no ens ha de dur a interpretar-lo com si es tractés d'una norma programàtica sense un contingut constitucional d'obligat compliment. Ans al contrari, de manera similar a com l'article 41 CE incorpora una garantia institucional constitucional, consistent en l'obligació de l'Estat de dotar-se d'un sistema públic de seguretat social al qual els ciutadans puguin accedir en condicions

d'igualtat, respectant els trets que la fan recognizable en l'estat actual de la consciència social (STC 206/1997, de 27 de novembre, FJ 5), l'article 43 CE comporta un mandat imperatiu objectiu d'actuació envers els poders públics, especialment el poder legislatiu, derivat del valor de la salut en la forma d'Estat social que prescriu l'article 1.1 CE.

Així, el contingut del mandat de l'article 43 CE rau en l'obligació dels poders públics «d'organitzar» la salut pública i de «tutelar-la mitjançant les mesures, les prestacions i els serveis necessaris» (STC 95/2000, de 10 d'abril, FJ 3). Per tant, la Constitució, interpretada per la jurisprudència constitucional, d'acord amb el valor essencial de la salut pública i la seva articulació en condicions que promoguin la igualtat real dels ciutadans (art. 9.2 CE), comanda els poders públics per tal que regulin, estableixin i controlin un sistema que ha de proveir amb caràcter universal les corresponents prestacions i serveis sanitaris (STC 98/2004, de 25 de maig, FJ 5, i 87/1985, de 16 de juliol, FJ 2).

Ara bé, aquest dret d'accés a les prestacions sanitàries, que, com acabem de dir, és universal, en la mesura que no pot excloure cap ciutadà del dret a ser atès, es configura i concreta d'acord amb allò que disposa la llei. En altres paraules, el desenvolupament de l'article 43 CE i l'articulació del dret a la protecció de la salut és una facultat que correspon al legislador, el qual ha de regular les condicions i els termes en què accedeixen els ciutadans a les prestacions i els serveis sanitaris, tot respectant el contingut del mandat garantit constitucionalment i, per descomptat, els principis, els valors i els drets constitucionals que presenten una connexió amb aquest, entre els quals destaca el de la igualtat, previst a l'article 14 CE. D'aquesta manera, i a tall d'exemple de dret comparat, l'ordre constitucional espanyol no admetria l'articulació d'un sistema de sanitat com el dels Estats Units, de matriu eminentment privada, i en el qual precisament la llei aprovada a

iniciativa de la Presidència d'Obama i actualment pendent del veredict del Tribunal Suprem (*the Affordable Care Act*, 2010) pretén assegurar l'accés universal a la sanitat de prop d'una sisena part de la població nord-americana que en restava exclosa.

D'aquesta manera, no s'ha de confondre el dret a l'accés universal al sistema de salut pública, de «tothom», amb el dret al règim de prestacions sanitàries gratuïtes o bonificades. L'abast i la graduació de la gratuïtat, així com de les bonificacions econòmiques en les prestacions sanitàries i farmacèutiques, dependran de la regulació que en cada moment històric o temporal aprovi el legislador, d'acord amb les exigències derivades de les circumstàncies canviants, tot respectant els límits constitucionals.

En conseqüència, el model que s'acabi adoptant no resulta determinat en origen pel text constitucional, sinó que el legislador disposa d'una àmplia llibertat per modular l'acció protectora del sistema sanitari, en atenció a les circumstàncies econòmiques i socials que, d'altra banda, són imprescindibles per a la seva viabilitat i eficàcia. Sobre els condicionaments econòmics dels drets socials i, en concret, respecte del model de la Seguretat Social (art. 41 CE), s'ha pronunciat el Tribunal Constitucional de forma reiterada (STC 65/1987, de 21 de maig, FJ 17; 37/1994, de 10 de febrer, FJ 3, i 78/2004, de 29 d'abril, FJ 3), i també sobre la racionalització de la despesa en el sistema sanitari. Sobre aquesta darrera qüestió, recentment, l'alt tribunal ha considerat que la sostenibilitat del sistema sanitari públic imposa als poders públics la necessitat d'adoptar mesures de racionalització de la despesa sanitària, necessàries en una situació caracteritzada per una exigent reducció de la despesa pública, de manera que les administracions públiques competents tenen l'obligació de distribuir equitativament els recursos públics disponibles i afavorir un ús racional d'aquest Sistema (ITC 96/2011, de 21 de juny, FJ 6).

D'altra banda, referint-se a l'article 41 CE, el Tribunal ha dit que la identitat en el nivell de protecció de tots els ciutadans constitueix quelcom desitjable des d'un punt de vista social, però no constitueix un imperatiu jurídic ni vulnera el principi d'igualtat (STC 103/1984, de 12 de novembre; 27/1988, de 23 de febrer; 77/1995, de 22 de maig; 78/2004, de 29 d'abril).

2. I en l'àmbit que ara ens ocupa, el de la sanitat, el legislador estatal ha adoptat el model que se sustenta principalment en la connexió entre la cotització al Sistema de la Seguretat Social i el dret a rebre en condicions de gratuïtat o de bonificació les corresponents prestacions sanitàries. Connexió que, d'una manera o altra, amb més o menys intensitat, ha estat present fins a la data, com seguidament i a grans trets ho exposarem.

Si fem l'exercici il·lustratiu de sintetitzar l'evolució històrica del model de la sanitat, podem comprovar com la primera norma legal significativa que va desenvolupar l'article 43.1 CE va ser la Llei 14/1986, de 25 d'abril, general de sanitat (en endavant, LGS). Prèviament, però, s'havien aprovat alguns reglaments sobre estructures bàsiques de salut i ampliacions de la cobertura sanitària (RD 137/1984, d'11 de gener) i traspassos de competències en la matèria (així, per a Catalunya, el RD 1517/1981, de 8 de juliol). Simultàniament, també s'elaborà la Llei orgànica 3/1986, de 14 d'abril, de mesures especials en matèria de salut pública, que permet a les autoritats sanitàries adoptar determinades mesures per raons d'urgència o necessitat.

La LGS va establir un model de salut pública que preveia la creació del Sistema Nacional de Salut (en endavant, SNS) i, en el mateix sentit que la Constitució espanyola, va declarar que són titulars del dret a la protecció de la salut i a l'atenció sanitària tots els espanyols i els ciutadans estrangers que tinguin establerta la seva residència en el territori nacional (art. 1.2). Així, es

va dictar amb la pretensió d'estendre, progressivament, el seu àmbit d'actuació i cobertura a tota la població i de garantir l'accés a les prestacions en condicions d'igualtat efectiva (art. 3.2). En coherència amb aquestes declaracions, la disposició transitòria cinquena de la Llei anuncia l'extensió gradual de l'assistència sanitària gratuïta o bonificada, però no fixa els termes formals ni els temporals per tal de fer-la efectiva. Tot i així, com comprovarem, el model, amb orígens que es remunten als temps previs a la democràcia, no arribarà mai a dissoldre del tot el vincle de connexió entre el sistema de prestacions de la sanitat pública i les cotitzacions a la Seguretat Social.

Més de quinze anys després de l'aprovació de la LGS, s'aprovà la Llei 16/2003, de 28 de maig, de cohesió i qualitat del Sistema Nacional de Salut (en endavant, LCQSNS), que va confirmar el model d'assegurament universal i públic per part de l'Estat (art. 2.b), tot i que encara no havia estat assolit, i va concretar, per primera vegada, les prestacions i els serveis del Sistema. Quant a l'ampliació de la gratuïtat de l'assistència sanitària, aquesta Llei no va introduir modificacions substancials per a la població espanyola, tot i que hi afegeix els estrangers, els nacionals dels estats de la Unió Europea i els qui tenen drets reconeguts per les lleis, els tractats i els convenis internacionals (art. 3.1).

Aquest procés per al reconeixement del dret a les prestacions i els serveis sanitaris té com a punt de partida la base subjectiva de la Seguretat Social, raó per la qual s'ha mantingut vigent una normativa que resulta en part contradictòria amb les aspiracions d'universalitat en la gratuïtat o la bonificació de la Llei general de la Seguretat Social (LGS) (art. 100 LGSS, aprovada pel Decret 2065/1974, de 30 de maig, parcialment vigent, sobre els beneficiaris de l'assistència sanitària canalitzada per la Seguretat Social). D'altra banda, la LGSS de 1994 també disposa que l'acció protectora de la

Seguretat Social comprèn l'assistència sanitària de caràcter no contributiu i universal per als casos de malaltia comuna (art. 38.1.a i 86.2.b RDLEG 1/1994, de 20 de juny). De manera paral·lela, la sanitat i, especialment, el seu model de finançament s'han anat separant gradualment de la Seguretat Social. El primer pas d'aquesta singularització té lloc amb la Llei 24/1997, de 15 de juliol, de consolidació i racionalització del Sistema de Seguretat Social, que disposa que l'assistència sanitària es configura com una prestació no contributiva de la Seguretat Social (art. 1, apt. u, que dóna nova redacció a l'art. 86.2 TRLGSS). En coherència amb això, la Llei 49/1998, de 30 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per a 1999 (capítol III del títol I), va determinar que l'assistència sanitària anés amb càrrec als pressupostos generals, en lloc de les cotitzacions de la Seguretat Social. I l'any 2001 el finançament del SNS es va integrar en el sistema general de finançament de les comunitats autònomes, moment a partir del qual els pressupostos autonòmics comptabilitzaran la despesa corresponent (Llei orgànica 7/2001, de 27 de desembre, i Llei 21/2001, de 27 de desembre).

Tot i la contribució que la LGS va suposar en relació amb l'ampliació de la xarxa assistencial i l'abast del dret dels ciutadans a les prestacions i els serveis sanitaris (consolidada i millorada per la LCCS), l'objectiu de l'extensió de l'assistència sanitària gratuïta a tota la població ha estat un procés complex i, com ja hem indicat, no assolit plenament a la pràctica. Entre altres raons, perquè l'ampliació progressiva dels col·lectius, que ha obeït a diferents títols, s'ha dut a terme de forma fragmentada i s'ha anat disposant en normes de regulació específica. Aquest seria el cas, per exemple, dels pensionistes de classes passives (art. 55 Llei 37/1988, de 28 de desembre); les persones sense recursos econòmics suficients (RD 1088/1989, de 8 de setembre); els perceptors de prestacions no contributives (Llei 26/1990, de 20 de desembre); els menors d'edat (art. 3 LO 1/1996, de 15 de gener, i Convenció de les Nacions Unides sobre els drets del nen, de 20 de novembre

de 1989); els estrangers residents en territori espanyol, amb autorització o sense (art. 12 LO 4/2000, d'11 de gener); els treballadors per compte aliè, que siguin espanyols d'origen residents a l'exterior, que es desplacin temporalment a Espanya, o els retornats de més de 65 anys o pensionistes, en determinades circumstàncies (RD 8/2008, d'11 de gener).

De fet, podem afirmar que, malgrat els avenços normatius esmentats, no es va arribar a preveure una cobertura plena per al conjunt de la població, atès que l'accés a la sanitat bonificada ha continuat supeditat al llarg del temps a la necessitat de disposar d'un títol jurídic que acrediti la persona com a usuària del servei, l'expedició del qual requereix un vincle institucional previ, generalment amb el SNSS. Per aquesta raó, pel fet que part de les prestacions sanitàries es troben encara incloses en l'acció protectora del Sistema de la Seguretat Social, malgrat que són finançades per tots els contribuents mitjançant impostos, ha continuat existint un sector de la població espanyola exclòs de l'àmbit de protecció del SNS. Es tracta de persones en situacions heterogènies que, en principi i per diverses vies (atribució directa, assimilació a la situació d'alta o subscripció de convenis especials), poden beneficiar-se de les prestacions sanitàries públiques, si bé mitjançant la corresponent contraprestació econòmica, a satisfer en tot o en part per elles mateixes o per determinats organismes públics (art. 16, 46.1.d, 79.1.c i 83 LGS, que permeten la facturació dels serveis sanitaris o l'establiment de taxes). Es trobarien en aquesta situació, per exemple, les persones que no desenvolupen cap activitat laboral o professional perquè no es troben assimilades al treballador per compte aliè o propi i que disposen de rendes o mitjans econòmics suficients, o els aturats que han esgotat el subsidi per desocupació i tenen rendes superiors al salari mínim interprofessional. També, els espanyols emigrants que no són treballadors per compte aliè en països de fora de l'espai econòmic europeu i sense conveni internacional bilateral quan es desplacin temporalment a Espanya. I,

a l'últim, es podrien afegir a aquesta categoria diversos grups de persones sotmeses a règims específics i no incloses en el de la Seguretat Social, com ara les afiliades a mutualitats generals de funcionaris (art. 10.2.d LGSS de 1994), els professionals liberals que no estiguin integrats en el règim de treballadors autònoms de la Seguretat Social o els religiosos.

Finalment, ja en la nostra exposició, hem d'indicar que el darrer pas per desvincular la sanitat i la Seguretat Social la va dur a terme la Llei 33/2011, de 4 d'octubre, general de salut pública. Aquesta Llei conté una disposició addicional sisena sobre l'extensió del dret a l'assistència sanitària pública, que connecta la titularitat universal del dret amb la gratuïtat de l'assistència sanitària pública, coherentment amb el sistema de finançament per via impositiva de les prestacions, i amb la pretensió d'eliminar definitivament la dependència del SNS respecte de la Seguretat Social, si bé tampoc no aconsegueix resoldre-la definitivament. En aquest sentit, amplia el dret d'accés a l'assistència sanitària gratuïta a tots els espanyols residents en el territori estatal que no el tenien reconegut en aplicació d'altres normes de l'ordenament jurídic, però manté l'exigència de les obligacions dels tercers legalment obligats al pagament de l'assistència segons el que estableixen la LGSS, els reglaments comunitaris i els convenis internacionals en la matèria. Així mateix, continuen sotmeses a un règim específic les persones afiliades a règims especials de la Seguretat Social (MUFACE, MUGEJU o ISFAS).

Com se sap, però, aquesta Llei, que en els seus principals aspectes no ha arribat a aplicar-se ni a produir efectes plens, ha estat modificada pel Reial decret llei objecte de dictamen, que torna a vincular el dret d'accés a l'assistència sanitària pública gratuïta amb la cotització a la Seguretat Social. Val a dir, però, que Catalunya, des de la Llei 21/2010, de 7 de juliol, d'accés a l'assistència sanitària de cobertura pública a càrrec del Servei Català de la Salut, estén el dret a l'assistència sanitària pública gratuïta a les persones

empadronades en qualsevol municipi del seu territori que acreditin que no tenen accés a l'assistència sanitària de cobertura pública a càrrec d'una altra entitat diferent de l'esmentat Servei (per tant, als col·lectius als quals les normes de la Seguretat Social no havien fet extensiva l'assistència sanitària pública gratuïta), així com a les persones no empadronades que pertanyin a col·lectius en situació de risc d'exclusió social (art. 2.2).

No hi ha dubte que poden existir altres formes d'organització i, fins i tot, altres models. I malgrat que la Llei 33/2011, de 4 d'octubre, general de salut pública va anar més lluny en la universalització del model de protecció sanitària gratuïta, a la pràctica i des d'una perspectiva històrica recent, no s'ha arribat a trencar totalment el vincle entre el Sistema Nacional de Salut i la Seguretat Social.

Ara bé, si tenim en compte que la sanitat pública d'ençà de l'any 1998 ja no es nodreix de fons econòmics provinents de la Seguretat Social sinó d'altres recursos derivats d'altres ingressos tributaris, probablement arribaríem a la conclusió que el model més equitatiu esdevindria aquell que més s'aproximés a la realitat contributiva del sistema de finançament de la sanitat. Així, no es pot obviar que la sanitat pública és sostinguda per tots els ciutadans que, d'una manera o altra, contribueixen a la hisenda pública, i no únicament per aquells que cotitzen o tenen vincles amb la Seguretat Social. I, en conseqüència, l'articulació d'un model de prestacions que mantingui la màxima correspondència entre prestacions i contribució a l'erari públic és més respectuosa amb l'article 31 CE i amb el principi d'igualtat. De fet, malgrat la regulació resultant que acaba vinculant un altre cop el sistema sanitari i la Seguretat Social, el preàmbul del Reial decret llei 16/2012 arriba a afirmar: «S'imposa, doncs un aclariment harmonitzat de la condició d'assegurat, als efectes de la prestació de serveis sanitaris i socio-sanitaris, de manera que aquesta quedi vinculada de forma efectiva al finançament per

impostos i al caràcter de solidaritat social que l'esquema progressiu d'aquest té al nostre país».

Dit això, i com ja ho hem reiterat a bastament, el legislador, d'acord amb l'inherent component de flexibilitat que caracteritza el marc constitucional, segons les circumstàncies econòmiques i socials i la legítima llibertat d'elecció de les polítiques públiques en cada moment, disposa d'un ampli marge de configuració amb relació als preceptes inclosos al capítol tercer de la Constitució.

I, en conseqüència, és des del paràmetre constitucional que acabem d'exposar sobre el principi rector de l'article 43 CE que hem de procedir, a continuació, a avaluar els preceptes sol·licitats del Reial decret Llei 16/2012.

Quart. L'examen de constitucionalitat dels preceptes relatius a la condició d'assegurat i a d'altres qüestions sobre la configuració legal del dret a la protecció de la salut

A continuació, examinarem l'article 1, apartats u i tres, RDL 16/2012, que modifica l'article 3 de la Llei 16/2003, de 28 de maig, de cohesió i qualitat del Sistema Nacional de Salut (LCQSNS). Pel que fa a aquest precepte, els sol·licitants expressen els seus dubtes de constitucionalitat amb relació als articles 10, 13.1, 14, 15, 41 i 43 CE, a més dels articles 4, 23 i 42.4 EAC i dels articles 1 i 3.2 LGS. En concret, la sol·licitud d'origen parlamentari considera que aquests preceptes constitucionals i estatutaris resulten vulnerats per «[l]'exclusió de l'assistència sanitària pública de les persones immigrants en situació no regular i dels majors de 26 anys que no hagin treballat amb contracte laboral, en les mateixes condicions que les persones

“assegurades”». I la segona, pel fet que la nova regulació limita el dret a les prestacions sanitàries «als assegurats i als seus beneficiaris».

Com a qüestió preliminar, i tal com hem avançat en el fonament jurídic primer, hem de recordar que el contingut dels articles 23 i 42.4 EAC, ubicats en el títol I, «Dels drets, deures i principis rectors», no constitueix paràmetre de constitucionalitat a l'hora d'avaluar els preceptes de normes estatals que són sotmeses al nostre dictamen. Així, els anomenats drets estatutaris únicament han de ser presos en consideració per al contrast de la normativa aprovada per la Generalitat, àmbit en el qual sí que poden proporcionar una garantia addicional sobre els drets i les llibertats establerts a la Constitució (DCGE 5/2012, FJ 5).

1. Precisat aquest aspecte, l'article 1 RDL 16/2012, sobre els requisits per a l'adquisició de la condició d'assegurat i de beneficiari del SNS, és el precepte que configura el règim d'accés a l'assistència sanitària a Espanya amb càrrec als fons públics, la qual es fa efectiva mitjançant la cartera comuna dels serveis del SNS. El model subjacent, com ja ho hem explicat anteriorment, parteix del principi que la condició d'assegurat deriva de la relació o del vincle de la persona amb la Seguretat Social. D'aquesta manera, segons l'apartat u de l'article 1 RDL 16/2012, que modifica l'apartat 2 de l'article 3 LCQSNS, tenen aquesta condició d'assegurat: els ciutadans de nacionalitat espanyola o els estrangers afiliats a la Seguretat Social com a treballadors per compte d'altri o propi, en situació d'alta o assimilada a l'alta; els pensionistes del Sistema de Seguretat Social; els perceptors de qualsevol altra prestació periòdica de la Seguretat Social (incloent-hi la prestació i el subsidi d'atur); i els inscrits en les oficines de treball, un cop hagin esgotat la prestació o el subsidi d'atur.

A continuació, l'apartat 3 del mateix article 3 LCQSNS amplia el col·lectiu de persones que poden accedir a la condició d'assegurat, tot i que no compleixin cap dels requisits anteriors, a aquelles que tinguin la nacionalitat espanyola o d'algun altre estat de la Unió europea, de l'Espai Econòmic Europeu o de Suïssa, i als estrangers titulars d'una autorització per residir en el territori espanyol, sempre que no superin el límit d'ingressos que es determini reglamentàriament.

Tot seguit, l'apartat 4 estén la cobertura que es deriva del règim d'assegurats a una altra tipologia de persones que, en principi, i a diferència dels supòsits de l'apartat 2, tampoc no mantenen una vinculació personal directa amb el Sistema de la Seguretat Social. Aquest col·lectiu rep la denominació de *beneficiaris* i comprèn els cònjuges i les persones amb una relació assimilada jurídicament; els excònjuges a càrrec de l'assegurat; els descendents i persones assimilades (aquestes darreres segons la correcció d'errades publicada al BOE), que siguin menors de 26 anys o que tinguin una discapacitat de grau igual o superior al 65%.

Així mateix, l'apartat 5 preveu l'accés a les prestacions sanitàries de totes les persones que no tinguin la condició d'assegurat o de beneficiari mitjançant la corresponent contraprestació o pagament d'una quota derivada de la subscripció d'un conveni especial; i en l'apartat 6 es manté el règim específic de gestió indirecta de l'assistència sanitària per a les persones titulars o beneficiàries dels règims especials de la Seguretat Social gestionats per diverses mutualitats.

Finalment, la disposició transitòria RDL 16/2012, modificada substancialment per la correcció d'errades publicada al BOE, preveu que les persones que tenien accés a l'assistència sanitària a Espanya abans de l'entrada en vigor del Reial decret llei en continuaran tenint, sense necessitat d'acreditar la

condició d'assegurat o beneficiari, fins al 31 d'agost de 2012. En aquesta data, doncs, es preveu la implantació de les noves condicions per accedir al SNS, que els usuaris hauran d'acreditar.

2. Seguidament, analitzarem diversos aspectes de l'apartat u de l'article 1 RDL 16/2012, en vista dels esmentats preceptes constitucionals i dels dubtes plantejats pels òrgans sol·licitants.

Abans, però, sobre la invocació a les sol·licituds del contingut de l'article 10 CE, únicament hem de consignar que la «dignitat» és un valor jurídic fonamental reconegut per la Constitució com a nucli dels drets inherents a la persona i «fonament de l'ordre polític i de la pau social», que ha de ser respectat per tots els poders públics en l'exercici de les seves funcions. La jurisprudència constitucional, que s'hi ha referit sovint, ha dit que es manifesta singularment en l'autodeterminació conscient i responsable de la pròpia vida i comporta el seu respecte per part de tercers (STC 53/1985, d'11 d'abril, FJ 3 i 8); i que es tracta d'un mínim invulnerable de tota persona, en virtut de la seva condició d'ésser humà, que qualsevol estatut jurídic ha d'assegurar, sens perjudici de les possibles limitacions en el gaudi dels drets individuals (STC 120/1990, de 27 de juny, FJ 4). A efectes del control de constitucionalitat, però, el contingut d'aquest valor, previst a l'article 10 CE, no es configura com un dret fonamental en el sentit del règim jurídic de l'article 53 CE (STC 337/1994, de 27 de desembre, FJ 12, i 5/1981, de 13 de febrer, FJ 7). Per tant, no es pot invocar autònomament i no té conseqüències directes i immediates sinó que en tot cas es projecta sobre la integritat del sistema dels drets constitucionals, que l'han de garantir i han de contribuir a preservar-lo (STC 204/1997, de 25 de novembre, FJ 1; 136/1994, de 9 de maig, FJ 3, i 99/1994, d'11 d'abril, FJ 5).

La regulació de la condició d'assegurat de l'article 3, apartats 1 i 2, LCQSNS, efectuada per l'article 1, apartat u, RDL 16/2012, s'articula sobre la ja reiterada connexió entre el Sistema Nacional de Salut i el Sistema de la Seguretat Social (art. 41 CE). Ara bé, malgrat la crítica ja indicada pel que fa a la seva escassa coherència amb l'actual model de finançament de la sanitat, que es nodreix amb la contribució dels ciutadans en general a la hisenda pública, aquesta opció del legislador esdevé possible i vàlida constitucionalment.

Com hem indicat, el dret a la protecció de la salut s'insereix en el règim propi dels principis rectors del capítol tercer de la Constitució, en aquest cas de l'article 43, i, per tant, és de configuració legal pel que fa als termes i les condicions del seu exercici. Tot i això, aquesta regulació s'ha de manifestar respectuosa amb altres previsions constitucionals, com serien la del principi d'igualtat referida als espanyols (art. 14 CE), i el règim dels drets i les llibertats públiques del títol I CE, de què gaudeixen els estrangers, en els termes que estableixen els tractats i la llei (art. 13 CE), que els sol·licitants del dictamen consideren vulnerats.

Des d'aquesta perspectiva, la regulació de la condició d'assegurat que efectua el nou article 3.2 LCQSNS no distingeix entre persones de nacionalitat espanyola i estrangeres amb autorització per residir legalment en territori espanyol, atès que si les segones acrediten algun dels vincles requerits legalment amb el sistema de la Seguretat Social adquireixen l'esmentada condició amb els mateixos requisits i conseqüències jurídiques que els ciutadans de nacionalitat espanyola. En aquest sentit es va pronunciar la STC 95/2000, de 10 d'abril, que va considerar que s'havia de reconèixer el dret a l'assistència sanitària a la persona estrangera que complia els requisits exigits per la legislació vigent en matèria de sanitat i Seguretat Social.

Per tant, d'aquesta previsió legal no únicament se'n desprèn l'adequació a l'article 13 CE, sinó també, atès el seu règim d'identitat de tracte, l'ajustament al principi d'igualtat de l'article 14 CE. Quant a la igualtat amb relació als estrangers sense autorització de residència, ens remetem al que direm més endavant en aquest mateix fonament.

A continuació, tractarem l'apartat 3 de l'article 3 LCQSNS, en la nova redacció que hi dóna l'article 1, apartat u, RDL 16/2012, que regula el règim d'accés a la condició d'assegurat per a aquelles persones que no es trobin en cap dels supòsits de l'apartat 2:

«En els casos en què no es compleixi cap dels supòsits anteriorment establerts, les persones de nacionalitat espanyola o d'algun Estat membre de la Unió Europea, de l'Espai Econòmic Europeu o de Suïssa que resideixin a Espanya i els estrangers titulars d'una autorització per residir en territori espanyol poden tenir la condició d'assegurat sempre que acreditin que no superen el límit d'ingressos determinat reglamentàriament.»

En aquest apartat, el legislador ha establert l'extensió de la condició d'assegurat a un segment de la població, ja es tracti de persones amb nacionalitat espanyola o d'estrangers comunitaris o extracomunitaris que, a títol individual, no mantenen cap mena de vincle amb la Seguretat Social. D'aquesta manera, la norma pretén delimitar els efectes de la regulació de l'apartat 2, que exclou del sistema de cobertura totes aquelles persones que no puguin acollir-se a cap dels seus supòsits, tot i que ho fa de manera força limitada: únicament podran optar a ser-hi incloses les que acreditin un nivell baix d'ingressos determinat reglamentàriament.

Aquesta opció, en si mateixa, sobre la base del principi de configuració legal de l'article 43 CE, com ja hem indicat reiteradament, és legítima jurídicament. Ara bé, els dubtes sobre la seva constitucionalitat emergeixen quan es compara amb el règim aplicable a les persones incloses en l'apartat 4, que poden accedir a les prestacions sanitàries gratuïtes o bonificades mitjançant la condició de beneficiaris:

«Als efectes del que estableix el present article, tenen la condició de beneficiaris d'un assegurat, sempre que resideixin a Espanya, el cònjuge o la persona amb una relació d'afectivitat anàloga, que ha d'acreditar la inscripció oficial corresponent, l'excònjuge a càrrec de l'assegurat, així com els descendents i persones assimilades a càrrec d'aquest que siguin menors de 26 anys o que tinguin una discapacitat en un grau igual o superior al 65%.»

D'acord amb això, cal que contrastem, segons el principi d'igualtat de l'article 14 CE, el règim d'accés a les prestacions sanitàries gratuïtes o bonificades dels beneficiaris a què fa referència l'apartat 4 de l'article 3 LCQSNS, amb la resta de persones incloses en l'apartat 3 del mateix precepte, que tampoc no manifesten individualment un vincle amb la Seguretat Social, però que per adquirir la condició d'assegurat resten supeditades a un nivell màxim d'ingressos.

Amb la normativa vigent del Reial decret llei, les persones majors d'edat, que no tinguin vincles amb la Seguretat Social i que no comptin amb la possibilitat de ser beneficiàries d'un assegurat, així com les persones més grans de 26 anys que tampoc no tinguin aquesta vinculació amb la Seguretat Social, no poden ser titulars del dret a les prestacions sanitàries gratuïtes o bonificades si disposen d'uns ingressos superiors al llindar econòmic que s'ha d'establir reglamentàriament, però que amb la literalitat del Reial decret llei 16/2012 és impossible de determinar per l'absència de previsió explícita de

cap mena de criteri. I això anterior, malgrat que probablement ja contribueixen a la hisenda pública mitjançant el sistema tributari general o especial i, per tant, també a les finances del Sistema Nacional de Salut.

Sobre l'element de l'edat, a efectes del nostre Dictamen, no considerem rellevant la fixació del topall dels 26 anys des de la perspectiva de l'adequació constitucional. Tal com hem indicat, la capacitat del legislador a l'hora d'establir el model de sanitat i els condicionaments per a l'accés als seus beneficis també comprèn l'establiment de requisits d'edat vinculats a l'elecció reguladora escollida, sempre que derivin d'un criteri raonable i d'una justificació objectiva. En el present cas, considerem que obeeix raonablement a una edat estimada d'accés al mercat de treball (així, per exemple, segons l'art. 133 ter 1.a LGSS de 1994, l'edat és determinant per exigir un període mínim de cotització per ser beneficiari de la Seguretat Social, que es fixa a partir dels 21 anys).

En aquest sentit s'ha pronunciat el Tribunal Constitucional, amb motiu de les prestacions del Sistema de la Seguretat Social, quan ha dit: «Así las cosas, subrayando que "en materia de Seguridad Social puede la edad suponer un criterio de distinción que responda a razones objetivas y razonables" (STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 3) y admitiendo la viabilidad de la fijación de una concreta edad como límite para los derechos de los beneficiarios "probablemente atendiendo a condicionamientos financieros" (STC 137/1987, de 22 de julio, FJ 3)"» (STC 78/2004, de 29 d'abril, FJ 2).

Dit això anterior, cal remarcar que els principals dubtes d'inconstitucionalitat que suscita el supòsit que estem analitzant deriven de la possible desigualtat de tracte del grup de persones previst al nou apartat 3 de l'article 3 LCQSNS respecte del de l'apartat 4. D'aquesta manera, l'esmentada regulació pot comportar un resultat inadmissible constitucionalment, atesa la desproporció

de les conseqüències jurídiques entre ciutadans que, *a priori*, parteixen de situacions de fet i de dret comparables. Així, entre aquests dos apartats hi ha una diversitat de tractament per a dos col·lectius de persones que parteixen d'una mateixa desvinculació amb la Seguretat Social i, per tant, de situacions subjectives equiparables.

Formalment, el legislador els col·loca en categories diferents. Ara bé, la finalitat d'ambdós apartats vindria a ser equivalent, en la mesura que pretenen ampliar el cercle de persones amb dret a la cobertura pública sanitària malgrat que no mantinguin vincles a títol individual amb la Seguretat Social. Sens dubte, es tracta de dues normes amb un objectiu legítim però que, tal com estan configurades, produeixen unes conseqüències de desigualtat que resulten desproporcionades en relació amb l'objecte pretès.

Sobre el caràcter reprovable del tracte desigual que produeix una desproporcionalitat, el Tribunal Constitucional, de manera reiterada, ha manifestat que:

«Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de

enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4 y 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, por todas).» (STC 200/2001, de 4 d'octubre, FJ 4.a)

I quant al desequilibri a què dóna lloc l'article 1, apartat u, RDL 16/2012, en el supòsit previst de l'article 3.3 LCQSNS, hem d'afegir que en cap cas pot ser salvat per la garantia de cobertura de les persones «que acreditin que no superen el límit d'ingressos determinat reglamentàriament», perquè el contingut d'aquest element (un nivell mínim d'ingressos), que és remès en blanc al reglament, constitueix el nucli essencial a l'entorn del qual s'hauria d'haver configurat legalment aquest dret, tot minimitzant el risc d'exclusió d'aquells ciutadans amb rendes mínimes o mitjanes baixes però insuficients per fer front a tractaments mèdics i sanitaris costosos. Per contra, aquest apartat 3 no únicament remet totalment al reglament la concreció o la fixació quantitativa del llindar econòmic fins al qual es garanteix la cobertura de la gratuïtat o la bonificació de les prestacions sanitàries, sinó que tampoc no preveu cap mena de criteri específic o substantiu que permeti identificar amb un mínim de certesa els supòsits que quedarien assegurats o beneficiats. D'altra banda, la variació de les xifres dels ingressos al llarg del temps tampoc no podria esdevenir una justificació per a aquesta manca de previsió legal, tenint en compte que el mateix Reial decret llei els estableix amb precisió respecte dels assegurats i els beneficiaris en el cas de la contribució parcial en l'adquisició de medicaments (art. 4, apt. tretze, RDL 16/2012).

Sobre l'opció del Reial decret llei d'estendre al major nombre possible de persones els beneficis del sistema públic de salut, mitjançant la regulació del règim de beneficiaris de l'apartat 4 de l'article 3 LCQSNS, modificat per l'article 1, apartat u, RDL 16/2012, dictaminat, ja hem indicat que és una

finalitat legítima del legislador i que, fins i tot, constitueix un objectiu irrenunciable de la legislació pròpia de l'Estat social. Ara bé, no és menys cert que l'ampliació de la cobertura s'ha de dur a terme de manera curosa sense produir resultats desproporcionats respecte d'altres col·lectius en situacions equiparables. I en aquest sentit, si presumiblement el límit màxim d'ingressos se situa prop del salari mínim interprofessional, com es feia fins ara per incloure en el SNS les persones sense recursos suficients en l'assistència sanitària de la Seguretat Social (RD 1088/1989, de 8 de setembre), els resultats de l'aplicació del nou apartat 3 de l'article 3 LCQSNS respecte del 4 són clarament desproporcionats, tenint en compte, a més, que el col·lectiu potencialment exclòs contribueix, molt probablement, al finançament del sistema de salut mitjançant altres vies impositives que nodreixen la hisenda pública. En altres paraules, mentre que en la norma de l'apartat 4 n'hi ha prou amb tenir un familiar o assimilat amb vincles amb la Seguretat Social per obtenir unes plenes prestacions mèdiques o farmacèutiques amb càrrec als fons públics, en el cas de l'apartat 3 per tenir-hi dret s'ha d'acreditar una situació d'insuficiència econòmica perquè, en cas contrari, la conseqüència és l'exclusió total de l'assistència suportada pels pressupostos públics. Aquesta regulació, en un entorn de tractaments mèdics cada cop més cars, genera una problemàtica individual i social d'indubtable gravetat, que no supera el test constitucional de la justificació raonable de la finalitat, de la igualtat de tracte entre ciutadans en situacions equivalents, ni de la proporció de les conseqüències resultants de l'actuació dels poders públics d'un estat social i democràtic de dret.

En conseqüència, la finalitat pretesament legítima del legislador, consistent a fer compatible una ordenació econòmicament sostenible del SNS i, alhora, amb una base de cobertura al més àmplia possible socialment, s'ha articulada mitjançant una regulació que, en els supòsits de l'apartat 3 comparat amb el 4, del precepte 1, apartat u, RDL 16/2012, no compleix les exigències

constitucionals de la configuració legal dels requisits bàsics d'accés a la titularitat del dret subjectiu públic i que genera un resultat de conseqüències desproporcionades.

Finalment, podríem afegir, en suport de l'afirmació que l'apartat 3 de l'esmentat article 3 LCQSNS no compleix l'exigència de proporcionalitat, el fet paradoxal que, fins i tot, el seu text literal arriba a ometre la previsió explícita de l'assistència sanitària mínima en cas d'urgència, per raó d'accident o malaltia greu, per als ciutadans residents que superin aquest indeterminat llindar d'ingressos mínims, i que, per contra, es garanteix explícitament a les persones estrangeres en situació de residència irregular o no registrada.

Per tant, i ja com a conclusió, tenint en compte la insuficiència manifesta del contingut mínim exigible en la configuració legal d'aquest dret que no permet eliminar el resultat desproporcionat entre grups de persones que parteixen d'una situació equiparable, és a dir, aquelles que no tenen encaix en els supòsits dels epígrafs *a*, *b*, *c* i *d* de l'apartat 2 de l'article 3 LCQSNS, considerem que l'apartat u de l'article 1 RDL 16/2012, en la redacció que dóna a l'apartat 3 de l'article 3 LCQSNS, és contrari al principi d'igualtat de l'article 14 CE i a la reserva de llei de l'article 43 CE, i, per tant, vulnera l'ordre constitucional.

Per connexió, també ho és la disposició transitòria primera RDL 16/2012, en la mesura que, a partir del termini que fixa (31 d'agost de 2012), aquest col·lectiu, tal com està regulat per l'article 3.3 LCQSNS, no tindrà accés a l'assistència sanitària espanyola amb càrrec als pressupostos públics.

A continuació, amb referència a aquest article 1, apartat u, RDL 16/2012, hem d'analitzar, a efectes també de l'article 14 CE, el règim jurídic divers

que estableix el nou apartat 6 de l'article 3 LCQSNS per a determinats col·lectius:

«El que disposen els apartats anteriors d'aquest article no modifica el règim d'assistència sanitària de les persones titulars o beneficiàries dels règims especials de la Seguretat Social gestionats per la Mutualitat General de Funcionaris Civils de l'Estat, la Mutualitat General Judicial i l'Institut Social de les Forces Armades, que mantenen el seu règim jurídic específic.

En aquest aspecte, les persones enquadrades en les mutualitats esmentades que hagin optat per rebre assistència sanitària a través de les entitats d'assegurança han de ser ateses en els centres sanitaris concertats per aquestes entitats. En cas de rebre assistència en centres sanitaris públics, la despesa corresponent a l'assistència prestada s'ha de reclamar al tercer obligat, d'acord amb la normativa vigent.»

Aquest precepte manté els règims especials de la Seguretat Social que continuaven subsistint, fins i tot després de la Llei 33/2011, a què s'ha fet referència en el fonament jurídic anterior. En aquest context, les persones beneficiàries d'aquests règims tenen accés a les prestacions i als serveis sanitaris en les mateixes condicions que els assegurats i els beneficiaris, amb l'únic condicionament que s'han de dirigir als centres sanitaris concertats.

Sobre aquesta qüestió no ens estendrem més enllà de la breu referència a una jurisprudència constitucional que ha considerat que «[l]a identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico» (STC 78/2004, de 29 d'abril, FJ 3, i, en el mateix sentit, STC 103/1984 i 27/1988), «ni vulnera el principio de igualdad» (STC 77/1995, de 22 de maig, FJ 4).

En conseqüència, l'apartat u de l'article 1 RDL 16/2012, en la redacció que dóna a l'apartat 6 de l'article 3 LCQSNS, no és contrari a l'article 14 CE.

3. Com a darrera qüestió relativa a l'àmbit substantiu del dret subjectiu de configuració legal de protecció de la salut, hem de referir-nos a la debatuda regulació de l'accés al sistema de sanitat pública per part de les persones estrangeres sense autorització de residència, els anomenats *immigrants en situació irregular*.

Sobre aquesta qüestió hem d'indicar que l'apartat tres de l'article 1 RDL 16/2012 afegeix un nou article 3 ter a la LCQSNS, amb la denominació «Assistència sanitària en situacions especials», que disposa que:

«Els estrangers no registrats ni autoritzats com a residents a Espanya reben assistència sanitària en les modalitats següents:

- a) D'urgència per malaltia greu o accident, sigui quina sigui la causa, fins a la situació d'alta mèdica.
- b) D'assistència a l'embaràs, part i postpart.

En tot cas, els estrangers menors de divuit anys reben assistència sanitària en les mateixes condicions que els espanyols.»

En primer lloc, cal destacar que aquest article no exclou el dret dels immigrants en situació irregular a l'assistència sanitària, que, com hem indicat, és de titularitat universal. Una qüestió distinta és, tal com ja ho hem reiterat anteriorment, el nivell d'accés i de cobertura a les prestacions sanitàries de forma gratuïta o bonificada, que en el cas dels estrangers sense autorització de residència es limita, segons els termes del Decret Llei, a les urgències en supòsits de malaltia greu o accident, qualsevol que en sigui la causa, fins a l'alta mèdica.

Abans de procedir a l'examen concret del precepte, cal exposar breument el paràmetre de constitucionalitat en aquesta matèria. El Tribunal Constitucional, amb relació a l'article 13.1 CE, ha considerat que el legislador disposa d'una àmplia llibertat per regular els drets dels estrangers a Espanya, de manera que pot establir determinats condicionaments per al seu exercici. Ara bé, l'expressió «llibertats públiques» no s'ha d'interpretar en sentit restrictiu, i tampoc la remissió que fa a la llei pot ser entesa com «una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros puesto que el legislador, [...], se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del Título I de la Constitución, y especialmente los contenidos en los apartados primero y segundo del art. 10 CE». I, ahora, una interpretació sistemàtica del precepte constitucional també impedeix concloure que els estrangers gaudiran només dels drets i les llibertats que estableixin els tractats i dels que decideixi el legislador (STC 107/1984, de 23 de novembre, FJ 3, i 99/1985, de 30 de setembre, FJ 2).

El Tribunal ha elaborat una classificació de drets, entre els quals hi ha un grup que, per mandat constitucional, correspon també als estrangers, sigui quina sigui la seva situació, i amb relació al qual és vedat el tractament desigual respecte dels espanyols, atesos el seu contingut i naturalesa. Són els drets que es consideren inherents i imprescindibles per a la dignitat humana (STC 236/2007, de 7 de novembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de setembre, FJ 2, i 130/1995, d'11 de setembre, FJ 2). La doctrina constitucional ha anat elaborant, amb caràcter no exhaustiu, una llista dels que formarien part d'aquest nivell: el dret a la vida i a la integritat física i moral (art. 15 CE), a la intimitat (art. 18 CE), a la llibertat ideològica (art. 20.1.a CE), a la tutela judicial efectiva i l'assistència jurídica gratuïta (art. 24 CE), a la llibertat i la seguretat (art. 17 CE) i a no ser discriminat (art. 14 CE) (STC 107/1984, FJ 3; 99/1985, FJ 2; 95/2003, de 22 de maig, FJ 4; 144/1990, de 26 de setembre, FJ 5, i 137/2000, de 29 de maig, FJ 1).

En un altre nivell d'aquesta categorització es trobarien els drets que corresponen als estrangers en les condicions fixades per les normes corresponents, i llavors seria admissible la diferència de tractament quant al seu exercici (STC 107/1984, de 23 de novembre, FJ 4). Aquest seria el cas del dret a la protecció de la salut, que, com hem dit, correspon regular al legislador respectant els valors i els principis constitucionals, així com el contingut que es desprèn de l'article 43 CE i que el fa reconoscible per a la societat. En aquest sentit, cal recordar que és un dret susceptible de ser modulats i, per tant, la universalització de la gratuïtat en les prestacions i els serveis sanitaris no es deriva ni imperativament ni de manera immediata de la Constitució. Així, la legislació en matèria de salut pública pot supeditar l'accés a les prestacions sanitàries amb càrrec als fons públics, és a dir, gratuïtes o bonificades, a una determinada situació jurídica, vinculada, en el cas que ens ocupa, al fet de disposar d'una residència autoritzada administrativament per l'Estat i del corresponent vincle amb la Seguretat Social. En aquest sentit, i de manera clara, s'ha pronunciat el Tribunal Constitucional quan ha reconegut la indicada llibertat de configuració dels drets subjectius públics per part del legislador:

«De todo ello no se concluye que el legislador no esté facultado ex art. 13.1 CE para configurar las condiciones de ejercicio de determinados derechos por parte de los extranjeros, teniendo en cuenta la diversidad de estatus jurídico que existe entre los que no gozan de la condición de españoles, como ha hecho la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, en relación con los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (añadiendo un nuevo apartado al art. 1 de la Ley Orgánica 4/2000). En concreto, como ya se ha avanzado, el legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y 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. Esta opción no es constitucionalmente ilegítima, como ya ha sido puesto de manifiesto por diversas decisiones de este Tribunal.» (STC 236/2007, FJ 4).

I a continuació, la mateixa Sentència, referint-se al dret a la protecció de la salut i a l'atenció sanitària, recorda que:

«Finalmente, en la STC 95/2000, de 10 de abril, se debatió si la demandante cumplía la condición exigida a los extranjeros por el art. 1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad para poder acceder al derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, a saber, "que tengan establecida su residencia en el territorio nacional", sin discutir la constitucionalidad de tal requisito.» (FJ 4)

Així, d'acord amb el paràmetre que acabem de sintetitzar, l'opció que adopta l'apartat tres de l'article 1 RDL 16/2012, sobre l'accés a l'assistència sanitària de les persones estrangeres sense autorització de residència, no comporta una regulació contrària a l'article 13 CE en relació amb l'article 43 CE.

Una qüestió diferent és l'oportunitat o la bondat tècnica de la mesura adoptada. En aquest sentit, no pot formar part de les nostres funcions, limitades a l'examen de constitucionalitat, valorar si serà eficaç a la seva finalitat, entre altres raons fàctiques, pel risc potencial que pot comportar per a la salut pública i col·lectiva el seguiment insuficient d'aquest grup de persones que restarà exclòs del circuit ordinari dels serveis d'atenció mèdica; així com el col·lapse que es pot arribar a produir en determinats moments dels serveis d'urgències, atès que esdevindran l'única via d'accés a les prestacions públiques dels estrangers en situació irregular. Altres solucions legislatives podrien haver resultat més adients a l'hora de mantenir els estrangers en situació irregular dins del sistema de cobertura amb càrrec als

fons públics i, al mateix temps, assegurar-ne la pertinent contribució econòmica, com en el cas dels espanyols, ajustada a la seva específica situació econòmica. En aquest sentit, l'apartat 5 de l'article 3 LCQSNS, en la nova redacció que hi dóna l'article 1, apartat u, RDL 16/2012, preveu determinats mecanismes i instruments que potser podrien coadjuvar a compatibilitzar les exigències de la sostenibilitat econòmica del sistema amb l'atenció de les problemàtiques que hem assenyalat, especialment d'aquelles persones que amb l'ordenament anterior sí que tenien reconegut el dret en virtut del seu empadronament en territori de l'Estat. Tot i així, i tal com acabem de concloure, aquesta consideració, formulada en termes d'oportunitat, no pot desvirtuar, des del punt de vista constitucional, la legitimitat del legislador per adoptar el model que consideri més apropiat, en la mateixa línia, d'altra banda, que la majoria d'estats de la Unió Europea.

Dit això, hem d'indicar que les urgències a les quals fa referència el nou article 3 ter LCQSNS s'entenen prestades en supòsits de risc greu per a la salut i fins i tot per a la vida, de manera que connectarien amb el contingut mínim que fa recognoscible el mandat imperatiu que els poders públics han d'assegurar i prestar (art. 43 CE) en qualsevol circumstància a qualsevol persona per tal de preservar el dret fonamental a la vida i la integritat física contingut a l'article 15 CE.

Quant a aquest, hem de recordar que el dret que no es perjudiqui la salut queda comprès en el dret a la integritat personal (art. 15 CE), tot i que no qualsevol supòsit de risc o de dany per a la salut implica una vulneració d'aquest dret, sinó «tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma» (STC 37/2011, de 28 de març; 119/2001, de 24 de maig, FJ 6, i 5/2002, de 14 de gener, FJ 4). I, en aquest sentit, el Tribunal Constitucional ha declarat que aquest dret fonamental es podria lesionar, no només per accions sinó també per omissions dels poders públics (STC 62/2007, de 27

de març, FJ 3). Allò que, de manera pròxima, ha denominat la *Corte Costituzionale* italiana «il nucleo irriducibile del diritto alla salute» en casos en els quals l'assistència esdevingui «indifferibili ed urgenti» (Sentenze núm. 252 de 2001 i núm. 435 de 2005).

El que resulta clar és que els supòsits que preveu el precepte que ara s'examina només inclouen els casos excepcionals per raó d'una situació d'urgència; ara bé, aquesta pretesa delimitació decau en gran part en la mesura que els conceptes d'*accident* i, sobretot, el de *malaltia greu* s'incorporen a la norma de manera genèrica i indeterminada.

Així, aquesta tècnica legislativa no únicament és insuficient a l'hora de proveir una major certesa sinó que l'aplicació de la norma pot comportar el trasllat de la responsabilitat als professionals del sector sanitari públic, llevat que es reguli mitjançant algun futur reglament, norma o protocol d'actuació. És una circumstància que hem de deixar apuntada des de la perspectiva de l'anàlisi jurídica que ens és pròpia però que, probablement, des d'una altra orientació pot esdevenir adequada, en la mesura que atorga la darrera decisió als facultatius i al personal sanitari, que han d'atendre el pacient i que són els qui millor poden avaluar la situació.

Un règim sensiblement diferent seria el que preveu aquest mateix precepte per a les dones embarassades i els menors, que constitueix una ampliació de la protecció del sistema sanitari públic a determinats col·lectius, com a finalitat legítima del legislador basada en criteris objectius i raonables. En aquest sentit, el Tribunal Constitucional ha avalat, des del punt de vista de l'article 14 CE, que el legislador pugui establir, tenint en compte l'ampli marge de decisió de què gaudeix, un marc legal diferenciat i un tractament divers per a situacions concretes (així, en el cas de la vellesa i la invalidesa, a la STC 78/2004, FJ 2). Cal afegir que, en el cas dels menors estrangers en

situació irregular, el nivell de cobertura gratuïta de les prestacions sanitàries s'equipara a la dels espanyols menors d'edat (art. 24 i 25 de la Convenció internacional sobre els drets dels nens de 1989).

D'altra banda, amb relació a aquest mateix apartat tres, la sol·licitud dels grups parlamentaris considera que el seu redactat podria vulnerar la Directiva 2011/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 9 de març de 2011, relativa a l'aplicació dels drets dels pacients a l'assistència sanitària transfronterera, tot i que fins al 25 d'octubre de 2013 els estats no estan obligats a transposar-la. Quant a aquest aspecte, únicament hem d'indicar dues qüestions: en primer lloc, que la Directiva esmentada no és d'aplicació directa i que el nostre pronunciament esdevindria improcedent en la mesura que tindria caràcter preventiu, ja que la normativa europea esmentada no ha estat encara transposada; i, en segon lloc, cal recordar que, tal com ja vam dir en el DCGE 5/2012, de 3 d'abril, el dret de la Unió, en el marc de la nostra funció consultiva, no actua com a paràmetre de constitucionalitat de normes amb rang de llei (FJ 5.1).

Finalment, i des de la perspectiva formal, atès el dubte que expressa també la sol·licitud de dictamen dels grups parlamentaris sobre la reserva de llei orgànica que podria afectar la reforma que opera l'article 1, apartat tres, RDL 16/2012 i, més concretament, la disposició final tercera RDL 16/2012, respecte de l'article 12 de la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, hem d'indicar que aquest article, d'acord amb la mateixa disposició final quarta de la Llei orgànica esmentada, no té naturalesa orgànica. Per tant, malgrat que el seu contingut afecti el dret a la protecció de la salut dels estrangers tal com estava previst fins ara, atès que es tracta d'un dret de configuració legal, es pot modificar mitjançant la norma d'origen governamental que es dictamina.

En conseqüència, l'article 1, apartat tres, RDL 16/2012, que afegeix un nou article 3 ter a la LCQSNS, d'acord amb els articles 43, 13 i 14 CE, no és contrari a la Constitució, com tampoc no ho és la disposició final tercera.

4. Els apartats dos i tres de l'article 2 i la disposició final setena RDL 16/2012 també plantegen dubtes de constitucionalitat de caràcter substantiu per als sol·licitants.

Amb relació al contingut de l'article 8 bis, que l'article 2, apartat dos, RDL 16/2012 addiciona a la LCQSNS, aquest estableix quines són les activitats assistencials que integren la cartera comuna bàsica de serveis assistencials del SNS per a tota la població coberta, que es financen completament amb fons públics, així com els principis que informen la prestació d'aquests serveis. Quant a l'expressió «població coberta» que conté el segon apartat del nou article 8 bis LCQSNS i que qüestiona la sol·licitud dels grups parlamentaris, ens remetem a les consideracions que hem efectuat amb relació a la regulació de la condició d'assegurat per a l'article 1, apartat u, RDL 16/2012.

Quant a l'apartat tres de l'article 2 RDL 16/2012, que afegeix un nou article 8 ter, la petició de dictamen dels grups parlamentaris fa referència expressament a la consideració del «transport sanitari no urgent» com a prestació assistencial sotmesa a un nivell d'aportació per part de l'usuari, equivalent al de la prestació farmacèutica. Es tracta d'una prestació que s'encabeix en la cartera comuna suplementària del Sistema Nacional de Salut i que, per disposició del Reial decret llei dictaminat, no tindrà caràcter totalment gratuït per als usuaris.

Arribats en aquest punt, hem de reiterar la doctrina que hem anat exposant en el present Dictamen respecte de la legítima llibertat de configuració del

legislador amb relació a les condicions i els termes d'accés a les prestacions sanitàries i gratuïtes. Per tant, aquesta qüestió tampoc no presenta objeccions de constitucionalitat i se situa en el marc de les opcions de polítiques públiques que correspon regular i executar als poders públics, d'acord amb les prioritats i les condicions socials i econòmiques que considerin més adients en cada moment històric. I en aquest cas, val a dir que, deixant de banda l'oportunitat d'aquesta opció legislativa, les prestacions sotmeses a aportació econòmica dels usuaris no formen part de la cartera principal i bàsica del SNS, la qual continua essent coberta completament pel finançament públic. Així mateix, la contribució econòmica dels usuaris prevista en el transport sanitari no urgent respon al principi constitucional de progressivitat (art. 31.1 CE), segons el nivell d'ingressos de les persones sol·licitants d'aquest servei, amb el corresponent topall d'aportació econòmica anual introduït, per cert, mitjançant el Reial decret llei a través de la poc ortodoxa i molt reprobable tècnica de la correcció d'errades publicada en el *Butlletí Oficial de l'Estat* en data 15 de maig de 2012 (p. 35407).

Pel que fa a la disposició final setena RDL 16/2012, modifica determinats apartats de l'article 5 del Reial decret 1718/2010, de 17 de desembre, sobre recepta mèdica i ordres de dispensació. L'escrit de la sol·licitud d'origen parlamentari considera que «el fet que segons el nivell de renda a l'usuari se li doni un tipus de targeta o un altre» pot suposar una vulneració dels articles 9.3, 41 i 43.2 CE, els articles 23 i 42.4 EAC i els articles 1 i 3.2 LGS. Per tant, qüestiona la modificació dels paràgrafs segon i tercer de l'apartat 1 de l'article 5 de l'esmentat Reglament, en els quals es fixen els codis que hauran de figurar impresos en les receptes en funció del nivell d'aportació corresponent de l'usuari. Quant a aquesta qüestió, ens hem de remetre a les consideracions efectuades al llarg d'aquest Dictamen i, en especial, sobre l'article 2, apartat tres, RDL 16/2012, que regula les aportacions

econòmiques dels usuaris respecte de la cartera comuna suplementària del SNS. En concret, a l'ampli marge de què disposa el legislador a l'hora de regular l'abast del dret a les prestacions sanitàries gratuïtes o bonificades i, consegüentment, de les prestacions farmacèutiques, que també formen part del SNS, que empara l'establiment d'una aportació econòmica i progressiva dels usuaris, en funció dels seus nivells de renda, per costejar una part de la despesa de la prestació farmacèutica.

En conclusió, els apartats 2 i 3 de l'article 2 i la disposició final setena RDL 16/2012, apartats u i dos, no són contraris a la Constitució.

5. Finalment, i en darrer lloc, abordarem els dubtes relacionats amb la possible afectació de l'article 18 CE per part del Decret Llei, en concret per la seva disposició addicional tercera, sobre «Cessió d'informació tributària». Aquesta disposició, de caràcter instrumental, es dicta amb la finalitat de fer efectiva la previsió normativa regulada a l'article 2, apartat tres, RDL 16/2012, que introdueix un nou article 8 ter a la LCQSNS. En concret, la disposició addicional tercera articula un mecanisme de cessió de dades tributàries entre administracions per fer possible el càlcul del percentatge d'aportació econòmica dels usuaris respecte de les prestacions de la cartera comuna de serveis que no són totalment gratuïtes. Els sol·licitants es qüestionen si la previsió que introdueix l'esmentada disposició addicional amb relació a la comunicació de dades entre l'Administració tributària de l'Estat i l'Administració pública responsable del reconeixement i control de la condició d'assegurat o de beneficiari és respectuosa amb el marc constitucional, en la mesura que no exigeix l'autorització prèvia de les persones afectades.

Certament, tal com ha reiterat la jurisprudència constitucional, el dret fonamental a la intimitat inclou la protecció de les dades de caràcter

personal, i el consentiment del titular esdevé un dels elements essencials del seu règim jurídic, en la mesura que el fa recognoscible com a tal (STC 292/2000, de 30 de novembre).

Tot i així, l'*habeas data*, establert a l'article 18.4 CE, amb relació al poder de disposició sobre determinades dades, com són les de naturalesa tributària, forma part del segon perímetre de la informació susceptible d'afectar la intimitat de les persones, en contrast amb la relativa al nucli més protegit de la vida privada, que resta exclòs de qualsevol mena de coneixement no autoritzat per part de la persona titular. D'aquesta manera, les dades vinculades a la renda o al nivell d'ingressos poden ser accessibles als poders públics en determinades condicions. En aquest sentit es va manifestar el Tribunal Constitucional quan va admetre la capacitat de l'Administració d'accedir-hi amb la finalitat de comprovar el compliment dels deures tributaris d'un ciutadà segons la seva situació patrimonial (STC 110/1984, de 26 de novembre, FJ 5).

En conseqüència, la regulació en la qual concorri una finalitat legítima que es manifesti respectuosa amb l'ordre constitucional i compleixi els requisits legals de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal, no contravindria l'article 18.4 CE.

En el cas que ens ocupa, la finalitat legítima consisteix en l'obtenció de la informació i les dades necessàries per fer possible la materialització efectiva del model universal de salut pública que preveu la contribució progressiva dels ciutadans assegurats o dels seus beneficiaris del Sistema Nacional de Salut, segons el seu nivell de renda, a les prestacions sanitàries i farmacèutiques. Així mateix, l'article 11 de la Llei orgànica 15/1999 preveu el supòsit excepcional de comunicació de dades sense necessitat del consentiment de la persona afectada quan la cessió sigui autoritzada per una

lleï, condició que compleix el Reial decret llei 16/2012, que, a més, en la seva disposició final quarta, preveu també la incorporació d'un nou epígraf a l'article 95 de la Llei 58/2003, de 17 de desembre, general tributària, amb la mateixa finalitat de possibilitar la col·laboració entre òrgans de l'Administració per a la determinació del nivell d'aportació de cada usuari en les prestacions del SNS.

Dit això, no podem obviar la posició crítica que sosté que el model de transmissió de dades que autoritza la norma dictaminada no és el més garant possible, en la mesura que estableix un mecanisme permanent i automàtic, en lloc de puntual, i que no requereix en cap moment, a partir de la seva entrada en vigor, l'autorització dels afectats. Així mateix, tal com ho hem indicat en altres apartats d'aquest Dictamen, la figura del decret llei no és la més idònia, des de la perspectiva de la conformació de la voluntat política, per regular drets subjectius ni per establir excepcions.

No obstant aquesta darrera consideració, el Decret llei compleix formalment els requisits constitucionalment i legalment exigits. Per tant, hem de concloure que les disposicions addicional tercera i final quarta RDL 16/2012 no són contràries a l'article 18.4 CE.

Cinquè. El marc constitucional i estatutari de distribució de competències en l'àmbit de les prestacions sanitàries

1. D'acord amb l'ordre expositiu que ha quedat enunciat en el fonament jurídic primer, procedirem ara a l'enquadrament, en la corresponent matèria competencial, dels preceptes sobre els quals se sol·licita el nostre parer consultiu.

En primer lloc, cal tenir en compte que, d'acord amb la disposició final primera RDL 16/2012, aquest es dicta a l'empara del que estableix l'article 149.1.2 CE, «Estrangeria»; l'article 149.1.16 CE, «Bases i coordinació general de la sanitat i legislació sobre productes farmacèutics»; l'article 149.1.17 CE, «Legislació bàsica i règim econòmic de la Seguretat Social»; l'article 149.1.18 CE, «Bases del règim jurídic de les administracions públiques i del règim estatutari dels seus funcionaris»; i l'article 149.1.30 CE, «Regulació de les condicions d'obtenció, expedició i homologació de títols acadèmics i professionals».

D'altra banda, la sol·licitud presentada pels grups parlamentaris considera el següent: que l'article 1, apartat dos, RDL 16/2012, que afegeix un nou article 3 bis a la Llei 16/2003, podria vulnerar l'article 162.3.a EAC, que atribueix a la Generalitat la competència compartida sobre «[l]ordenació, la planificació, la determinació, la regulació i l'execució de les prestacions i els serveis sanitaris [...] en tots els nivells i per a tots els ciutadans»; que tot el capítol V RDL 16/2012 podria vulnerar també, a més de l'anteriorment esmentada lletra a de l'article 162.3 EAC, la lletra e, que reconeix a la Generalitat la competència compartida sobre «el règim estatutari i la formació del personal que presta serveis en el sistema sanitari públic»; que la disposició final sisena, que modifica el RD 1301/2006, de 10 de novembre, podria vulnerar el mateix article 162.3 EAC, ara pel que fa a la lletra b, que es refereix a «[l]ordenació, la planificació, la determinació, la regulació i l'execució de les mesures i les actuacions destinades a preservar, protegir i promoure la salut pública en tots els àmbits»; que tot el capítol IV del RDL 16/2012 podria vulnerar l'article 162.2 EAC, que atribueix a la Generalitat «l'ordenació farmacèutica, en el marc de l'article 149.1.16 CE», i que l'article 2, apartat cinc, del mateix RDL 16/2012, que afegeix un nou article 8 quinques a la Llei 16/2003, de 28 de maig, podria vulnerar l'article 149.1.17 CE, «Legislació bàsica de la Seguretat Social».

En darrer lloc, la sol·licitud del Govern de la Generalitat entén que el Reial decret llei dictaminat envaeix les competències de la Generalitat en matèria d'«autoorganització» (art. 150 EAC), de «sanitat, salut pública, ordenació farmacèutica i productes farmacèutics» (art. 162 EAC) i de «funció pública» (art. 136.a EAC).

2. Davant la diversitat de títols competencials invocats en l'esmentada disposició final primera, hem d'aplicar la jurisprudència constitucional, recollida en anteriors dictàmens d'aquest Consell, per tal de determinar el títol prevalent en els supòsits de concurrència d'una pluralitat de títols (vegeu, per tots, per esmentar només el més recent, el nostre Dictamen 5/2012, de 3 d'abril, FJ 3.1). Concretament, ens hi fèiem ressò de la jurisprudència reiterada que ha declarat que els títols competencials no són intercanviables i que, en els supòsits de concurrència, s'ha de determinar quin és en cada cas el títol competencial prevalent, tenint en compte la raó o la finalitat de la norma atributiva de competències i el contingut del precepte qüestionat (vegeu, per totes, la STC 8/2012, de 18 de gener, FJ 3).

Un altre criteri que també cal tenir present, davant la indiferenciada al·legació de títols competencials, és el de la prevalença del títol més específic sobre el més genèric (STC 71/1982, de 30 de novembre, FJ 6; 192/1990, de 29 de novembre, FJ 2 i 3; i 67/1996, de 18 d'abril, FJ 2), per bé que el Tribunal Constitucional no li atorga un valor absolut, sinó que el vincula a la importància del sector en el conjunt de l'activitat econòmica (STC 223/2000, de 21 de setembre, FJ 5).

Partint, doncs, d'aquestes premisses, hem d'identificar el títol competencial prevalent en el qual s'han d'enquadrar els preceptes del RDL 16/2012 que, d'acord amb les dues sol·licituds, susciten dubtes de constitucionalitat de

base competencial. Així, seguint el referent interpretatiu que es conté en l'esmentada jurisprudència constitucional, és a dir, si ens atenim a la raó o a la finalitat de la norma (que és garantir la sostenibilitat del Sistema Nacional de Salut i millorar la qualitat i la seguretat de les prestacions sanitàries), tot sembla indicar que el RDL 16/2012 troba el seu encaix principal en l'àmbit competencial «sanitat» (article 149.1.16 CE) i és aquest títol competencial el paràmetre constitucionalment adequat per enjudiciar-lo, sens perjudici de les matisacions que farem en relació amb alguns dels títols invocats. Efectivament, amb caràcter general, es pot dir que les actuacions i mesures que es contenen en el RDL 16/2012, d'acord amb la seva exposició de motius, s'adrecen a «garantir als ciutadans una assistència sanitària pública, gratuïta i universal», per la via d'«afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salut, dotant-lo de solvència, viabilitat i reforçant les mesures de cohesió per fer-lo sostenible en el temps» o, el que és el mateix, realitzar actuacions que repercuteixin en la reducció de la despesa.

Aquest enquadrament en l'àmbit competencial «sanitat» és el que resulta també de l'anàlisi específica dels preceptes concrets que, segons ambdues sol·licituds de dictamen, presenten dubtes d'ordre competencial. En efecte, aquesta és la naturalesa que cal atribuir a la regulació del reconeixement i el control de la condició d'assegurat o de beneficiari del Sistema Nacional de Salut (art. 1, apt. dos); a la categorització de la cartera de serveis (art. 2, apt. cinc); a la incorporació de mesures relacionades amb la prestació farmacèutica (capítol IV), a saber: la forma de la prescripció dels medicaments, la recepta electrònica, els medicaments inclosos i exclosos de la prestació farmacèutica, el sistema de fixació de preus, l'atenció farmacèutica als hospitals i altres centres assistencials, etc. Tot això, sense oblidar les actuacions destinades específicament a resoldre els problemes de suficiència financera, en la mesura que, tot i ser qualificades de mesures

addicionals, la seva finalitat fonamental també és, òbviament, garantir l'assistència sanitària pública.

3. De tot el que s'ha exposat fins ara, en resulta que el títol que té caràcter prevalent i en el qual es poden enquadrar els preceptes que, segons els sol·licitants, presenten dubtes de constitucionalitat, és el contingut a l'article 149.1.16 CE, «Bases i coordinació general de la sanitat». El Tribunal Constitucional ha tingut ocasió de delimitar, amb precisió, l'abast d'aquest títol competencial distingint, d'una banda, allò que es refereix a les «bases i coordinació general de la sanitat» i, de l'altra, la «legislació sobre productes farmacèutics». Val a dir, començant per aquesta darrera expressió, que per a l'alt tribunal la matèria «productes farmacèutics» no comprèn tot allò que es refereixi a medicaments, sinó que es concreta, específicament, en la seva ordenació «[...] en cuanto "sustancias" cuya fabricación y comercialización está sometida —a través de las correspondientes actividades de evaluación, registro, autorización, inspección y vigilancia— al control de los poderes públicos, en orden a garantizar los derechos de los pacientes y usuarios que los consumen» (STC 98/2004, de 25 de maig, FJ 5).

D'aquí es deriva, implícitament, una altra conclusió: allò que afecta la dispensació dels medicaments i d'altres productes sanitaris pels establiments i serveis farmacèutics, així com la planificació, l'autorització i les condicions d'accés a llur titularitat, la transmissió i les normes que han de regir-ne el funcionament, pertanyen a l'ordenació farmacèutica (art. 162.2 EAC), la qual s'inscriu en el concepte més ampli d'atenció sanitària o «sanitat». Quant a aquesta, com veurem tot seguit, correspon a l'Estat la legislació bàsica i a la Generalitat el seu desenvolupament.

Convé recordar també que, en aquella mateixa sentència, el Tribunal va haver de distingir entre la matèria «sanitat» continguda a l'article 149.1.16

CE i el títol competencial «legislació bàsica i règim econòmic de la seguretat social» de l'article 149.1.17 CE, atesa la proximitat evident que, originàriament, hi havia hagut entre ambdues. I ho va fer partint del fet que aquest darrer títol es refereix, a banda de a la unitat de regulació jurídica, a la garantia de la unitat del Sistema de Seguretat Social quant als recursos financers i «caixa única» (STC 195/1996, de 28 de novembre, FJ 6).

Avui, la diferenciació entre «seguretat social» i «sanitat» s'accentua encara més pel fet que, ja des de la Llei general de sanitat de 1986, el legislador ha optat per unificar tota la matèria sanitària en un sol títol competencial, la «sanitat», en crear, al marge de la Seguretat Social, el Sistema Nacional de Salut i procedir a la consegüent modificació del sistema de finançament, ara integrat en el sistema general de finançament autonòmic. És a dir, als efectes del sistema de distribució de competències, es pot afirmar que l'assistència sanitària, en tots els seus vessants prestacionals, s'integra en el concepte material «sanitat interior», i no en la matèria «Seguretat Social» (STC 98/2004, de 25 de maig, FJ 5).

Arribats a aquest punt, havent determinat que la matèria en què s'incardinen els preceptes que susciten els dubtes competencials és «sanitat», passarem a examinar quina és la distribució entre l'Estat i la Generalitat realitzada pel bloc de la constitucionalitat, és a dir, el tantes vegades citat article 149.1.16 CE, que atribueix a l'Estat la competència exclusiva sobre les «Bases i coordinació general de la sanitat», i l'article 162 EAC, que atribueix a la Generalitat la competència compartida per al desenvolupament de les bases i també l'execució de la legislació estatal.

Pel que fa a l'abast i la significació del títol competencial de l'Estat, hem de partir de la jurisprudència constitucional sobre el concepte de *bases de la sanitat* —entesa com a sanitat interior—, segons la qual per *bases*:

«[...] han de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. 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 que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto.» (Vegeu, per totes, la STC 22/2012, de 16 de febrer, FJ 3.)

Es tracta d'una delimitació material amb la qual l'alt tribunal ha volgut evitar que l'Estat pogués acabar deixant buides de contingut les competències autonòmiques, en el sentit que li impedeix exhaurir tota la regulació de la matèria. Per això, el mateix Tribunal ha determinat també que l'Estat «[...] debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma» (STC 22/2012, de 16 de febrer, FJ 3, amb citació de la jurisprudència anterior).

L'esmentada STC 22/2012 afegeix, de forma conclusiva i estenent-ho també a la competència sobre coordinació, que:

«Por tanto, ni la fijación de las bases ni la coordinación general a la que también se refiere la regla 16 del art. 149.1 CE (que persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones [...]) deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias que la Comunidades Autónomas hayan asumido en la materia.» (STC 22/2012, de 16 de febrer, FJ 3)

D'altra banda, la fixació de les bases per part de l'Estat ha de satisfer una doble exigència, una de formal (la seva inclusió en una norma de rang legal)

i una altra de material (que constitueixi un aspecte essencial o nuclear, en aquest cas de les prestacions sanitàries). Des de la perspectiva material, que és la que aquí ens interessa, perquè la formal queda coberta pel rang legal de la norma que estem dictaminant, les bases garanteixen una uniformitat mínima en l'assistència i les prestacions sanitàries, al marge de quin sigui el lloc de l'Estat on hom resideixi, tot evitant la introducció de factors de desigualtat en la protecció bàsica de la salut (STC 98/2004, de 25 de maig, FJ 7). En aquest sentit, la STC 22/2012, de 16 de febrer (FJ 3), reitera que la Constitució no només atribueix a l'Estat una facultat, sinó que:

«[...] exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias (por todas, SSTC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7; 173/1998, de 23 de julio, FJ 9; 188/2001, de 29 de septiembre, FJ 12; 37/2002, de 14 de febrero, FJ 12; y 152/2003, de 17 de julio, FJ 3), dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos.»

És clar, doncs, que la Generalitat ha de tenir marge per desenvolupar i, si és el cas, millorar en l'àmbit català aquell mínim comú denominador a través de l'exercici de les competències estatutàriament reconegudes. Millores que el Tribunal Constitucional vincula a l'autonomia financera de la comunitat i a les quals posa l'únic límit que «[...] con ello, no se contravengan las exigencias que impone el principio de solidaridad (arts. 2 y 138 CE)» (STC 98/2004, de 25 de maig, FJ 7).

Pel que fa a l'altre aspecte d'aquest mateix títol competencial inclòs a l'article 149.1.16 CE, «Coordinació general de la sanitat», el Tribunal Constitucional, diferenciant-lo clarament de la competència relativa a la fixació de bases, ha perfilat els seus contorns a partir de la finalitat que persegueix, a saber: «[...] 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 32/1983, de 28 d'abril, FJ 2; 42/1983, de 20 de maig, FJ 3; 80/1985, de 4 de juliol, FJ 2, i 22/2012, de 16 de febrer). En qualsevol cas, atès que la coordinació pressuposa l'exercici de competències per les comunitats autònomes en matèria de sanitat, l'Estat, en coordinar-les, les ha de respectar. Quant a l'aspecte instrumental que ha de servir per a la dita coordinació, el mateix Tribunal ha afirmat que la coordinació general:

«[...] 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.» (STC 42/1983, de 20 de maig, FJ 3.C)

D'acord amb la interpretació constitucional, i tal com ho ha recollit la nostra doctrina consultiva, «la idea mateixa de coordinació rebutja l'ocupació estatal de la competència i requereix la persistència de les competències de les comunitats autònomes que es coordinen» (DCGE 4/2011, de 14 d'abril, FJ 3).

4. Un esment apart mereix el capítol V, relatiu a les «Mesures en matèria de recursos humans», ja que el seu enquadrament competencial presenta una problemàtica específica. Ens referim a l'àmbit de la formació especialitzada

en àrees de capacitació específica i a l'acreditació de centres i unitats docents per a la formació d'especialistes, que són matèries que, d'una banda, poden arribar a afectar la «regulació de les condicions d'obtenció, expedició i homologació de títols acadèmics i professionals» (art. 149.1.30 CE), que és precisament el títol en què es va emparar la Llei 44/2003, de 21 de novembre, d'ordenació de les professions sanitàries, avui reformada pel RDL 16/2012, i, de l'altra, la matèria «sanitat», en la mesura que l'article 162.3.d EAC atribueix a la Generalitat la competència compartida sobre «participació en l'elaboració de convocatòries, la gestió de programes de formació d'especialitats i les àrees de capacitació específica i d'expedició de diplomes d'àrees de capacitació específica».

És per això que, en aquest àmbit de la formació especialitzada, la nostra anàlisi ha de començar per l'examen de la significació i l'abast que té l'article 149.1.30 CE. Per fer-ho, ens hem de remetre necessàriament a la STC 122/1989, de 6 de juliol, que, recollint sentències anteriors, va declarar que aquest incloïa:

«[...] la competencia para establecer los títulos correspondientes a cada nivel y ciclo educativo, en sus distintas modalidades, con valor habilitante tanto desde el punto de vista académico como para el ejercicio de las profesiones tituladas, es decir, aquellas cuyo ejercicio exige un título [...], así como comprende también la competencia para expedir los títulos correspondientes y para homologar los que no sean expedidos por el Estado.» (FJ 3)

A partir d'aquí, el Tribunal Constitucional ha projectat aquest paràmetre sobre la formació contínua dels professionals sanitaris, distingint-la de la que habilita per a l'exercici d'una professió titulada. En aquest sentit, la STC 1/2011, de 14 de febrer (FJ 5), ha resolt que la formació contínua de les professions sanitàries es projecta sobre professionals que ja disposen de la

titulació acadèmica requerida per a l'exercici de la seva professió, és a dir, s'adreça a actualitzar i millorar les aptituds necessàries per dur a terme cada professió. Per aquest motiu va poder afirmar també que, com que la matèria en qüestió comprenia accions per a la formació contínua, no s'integrava com a part del sistema educatiu. Concretament, va traslladar a l'àmbit de la formació del personal sanitari el mateix criteri que ja havia adoptat per a la formació dels treballadors ocupats i per a les accions de formació que realitzen les administracions, per acabar resolent que:

«[...] debemos descartar también en este supuesto que las mismas se incardinan en la materia "educación", pues, como reconoce el Abogado del Estado, no se ha establecido un sistema de retitulación dentro del sistema educativo general para la formación continua de estos profesionales. Por el contrario, puesto que la formación de los mismos tiene obvia repercusión en el ámbito de la salud humana [...] debemos concluir que los Convenios que nos ocupan se incardinan en la materia "sanidad", en la que el Estado tiene atribuida la competencia para el establecimiento de las normas básicas y coordinación (art. 149.1.16 CE) y la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia exclusiva "respetando lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución" (art. 71.55 EAAr), esto es, respetando las bases y la coordinación dictadas por el Estado en dicha materia.» (STC 1/2011, de 14 de febrer, FJ 5).

D'aquesta doctrina en resulta, doncs, que la seu competencial escaient per a les normes que habiliten per a l'exercici d'una professió titulada és l'article 149.1.30 CE, mentre que les que se circumscriuen a la formació especialitzada del personal que ja ocupa un lloc de treball s'han d'ubicar en la seu material pròpia de l'activitat que es desenvolupa.

5. Quelcom semblant, és a dir, la possible intervenció d'una dualitat de títols competencials, es planteja en relació amb la regulació que el RDL 16/2012 fa

de certs aspectes del règim estatutari del personal que presta serveis en el sistema sanitari públic. En efecte, en aquest punt es tracta d'una regulació que podria trobar empara en la competència de l'article 149.1.18 CE, «Bases del règim estatutari dels seus funcionaris», però que també té una vinculació molt directa amb la matèria «sanitat» fins al punt que l'article 162.3.e EAC la ubica en el seu si, fent prevaler així aquest aspecte material. Concretament, l'esmentat precepte estatutari atribueix a la Generalitat la competència compartida sobre «el règim estatutari [...] del personal que presta serveis al sistema sanitari públic». En qualsevol cas, la diferència que hi ha entre ubicar aquesta matèria en un o altre títol competencial no és gaire significativa, atès que en ambdós casos l'Estat exerceix un títol d'intervenció que li permet fixar les bases (en el primer en virtut de l'art. 149.1.18 i en el segon, de l'art. 149.1.16 CE).

De fet, aquesta interrelació o complementarietat entre els títols «funció pública» i «sanitat», basada en les particularitats derivades d'aquesta darrera, sempre ha estat present en les previsions contingudes en la legislació bàsica i troba el seu fonament en la singularitat d'aquest tipus de servei que presta el personal sanitari. Això és el que justifica l'aprovació d'una normativa de personal específica per a l'àmbit de la sanitat, que entra en concurrència amb la general en matèria de funció pública, que pertany a l'Estat, la qual cosa implica, indirectament, un reforçament de l'àmbit d'autonomia de les comunitats autònomes, que gestionen el servei en qüestió. En aquest sentit, l'article 1.2 de la Llei 30/1984, de 2 d'agost, de mesures per a la reforma de la funció pública, ja preveia que, en la seva aplicació, es poguessin dictar normes específiques per tal d'adequar-la a les peculiaritats del personal sanitari. Igualment, l'article 2.3 de l'EBEP estableix que el personal estatutari dels serveis de salut s'ha de regir per la legislació específica dictada per l'Estat i per les comunitats autònomes en l'àmbit de les seves respectives competències.

La mateixa Llei 55/2003, de 16 de desembre, de l'Estatut marc del personal estatutari dels serveis de salut, dictada a l'empara de l'article 149.1.18 CE, en justificar la conveniència d'una normativa pròpia per a aquest personal, també posa en relació aquest títol competencial amb la matèria sanitat. Així, en la seva exposició de motius justifica el caràcter de norma especial en la «[...] necessitat de que el seu règim jurídic s'adapti a les característiques específiques, de l'exercici de les professions sanitàries i del servei sanitari assistencial».

La jurisprudència constitucional també ha reconegut la incidència remarcable de la competència autonòmica sobre el desenvolupament de les bases en matèria de sanitat respecte de la regulació de funció pública vinculada a l'ordenació dels serveis sanitaris (STC 87/2009, de 20 d'abril, FJ 5, i STC 137/2009, de 15 de juny, FJ 2). Ara bé, cal tenir present que el mateix Tribunal Constitucional ha assenyalat que les qüestions relacionades amb la carrera professional i les retribucions que s'hi vinculen formen part del règim estatutari dels funcionaris públics (art. 149.1.18 CE), atès que configuren les relacions entre aquest i l'Administració a la qual serveixen, i això amb independència que es tracti del personal sanitari. És a dir, en aquest punt no fa prevaler la seva consideració com a personal regit per «una relació funcional especial». És per això que ha afirmat que, d'acord amb l'article 149.1.18 CE, correspon a l'Estat l'establiment de les bases sobre el règim estatutari dels funcionaris públics que comprèn els diferents aspectes de la carrera administrativa (que inclou «[...] la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al

servicio de las Administraciones públicas»; STC 37/2002, de 14 de febrer, FJ 8, amb citació de les STC 99/1987, d'11 de juny, FJ 3.c, i 56/1990, de 29 de març, FJ 19). També ha considerat l'alt tribunal que correspon a l'Estat, en virtut de l'article 149.1.18 CE, l'establiment de les «previsiones relativas a las retribuciones de los funcionarios comunes a todas las Administraciones públicas, lo que, a su vez, hallaría fundamento en los principios constitucionales de igualdad y solidaridad» (STC 63/1986, de 21 de maig, FJ 11, i STC 237/1992, de 15 de desembre, FJ 4).

Precisament, coincidint amb aquell corrent legislatiu que va atorgar un cert caràcter absorbent a la matèria «sanitat» respecte d'allò que afecta les particularitats organitzatives del personal relacionades amb aquesta, l'article 162.3.e EAC ha adoptat un criteri finalista i ha inclòs el règim estatutari del personal al servei del sistema sanitari públic en el títol competencial «sanitat», atribuïnt, per tant, en aquest àmbit la competència compartida a la Generalitat.

A partir d'aquí, entenem que és aplicable també la nostra doctrina consultiva continguda en el Dictamen 5/2010, de 20 d'abril (FJ 3), on vàrem assenyalar, citant la STC 251/2006, de 25 de juliol (FJ 9), que no es pot atribuir la mateixa extensió i intensitat a les bases estatals quan es refereixen a aspectes organitzatius interns que no afecten directament l'activitat externa de l'Administració i els administrats, que als aspectes en els quals aquella afectació no es produeix. Pel seu interès, quant a la interpretació del seu significat en allò que pot resultar d'aplicació a la norma que estem dictaminant, és aclaridora la STC 50/1999, de 6 d'abril, quan precisa l'abast de les bases previstes a l'article 149.1.18 CE i afirma que tenen la finalitat de:

«[...] garantizar "a los administrados un tratamiento común ante ellas" [las Comunidades Autónomas] y no cabe duda de que cuanto menor sea la posibilidad de incidencia externa de las cuestiones reguladas por los preceptos impugnados, más remota resultará la necesidad de asegurar ese tratamiento común y, por el contrario, mayor relieve y amplitud adquirirá la capacidad de las Comunidades Autónomas de organizar su propia Administración.» (FJ 3)

D'aquí podem concloure que l'Estat és competent per dictar les bases en matèria de personal estatutari, les quals, en qualsevol cas, han de garantir als administrats un tractament comú davant l'Administració sanitària, i que també ho és en tot allò que afecta l'ordenació de la posició jurídica del funcionari amb l'Administració a la qual serveix. Hem d'excloure, en canvi, qualsevol possibilitat d'intervenció de l'Estat que es fonamenti en consideracions d'organització o gestió del servei ja que la competència de la Generalitat en matèria de «sanitat» es projecta sobre tots aquells preceptes la finalitat dels quals sigui adaptar el règim del personal a les peculiaritats organitzatives dels propis serveis, que, òbviament, hauran de respectar els límits que deriven dels drets inclosos en les bases. Aquesta dimensió interna de la competència en matèria de sanitat s'intensifica atenent a la competència d'autoorganització que correspon a la Generalitat (art. 150 EAC).

Un cop hem exposat la doctrina constitucional relativa al sistema de distribució de competències en matèria de sanitat i, en la part en què es relaciona amb aquesta, la referida a les «bases del règim estatutari dels funcionaris» i a la «regulació de les condicions d'obtenció, expedició i homologació de títols acadèmics i professionals», en el fonament jurídic següent analitzarem si s'ha produït la invasió competencial que denuncien els sol·licitants, és a dir, si aquestes normes suposen l'exercici, per part de

l'Estat, de competències de desenvolupament legislatiu i d'execució que l'Estatut atribueix a la Generalitat de Catalunya.

Sisè. L'adequació dels preceptes sol·licitats del RDL 16/2012 a l'ordre constitucional i estatutari de distribució de competències

En aquest fonament jurídic procedirem a l'anàlisi dels preceptes sol·licitats que presenten dubtes d'ordre competencial, agrupant-los segons la mateixa distribució sistemàtica del Reial decret llei dictaminat: 1) reconeixement de la condició d'assegurat; 2) categorització de la cartera de serveis del SNS; 3) mesures sobre prestació farmacèutica; 4) mesures en matèria de recursos humans, i 5) part final del RDL 16/2012.

1. El primer bloc inclou només l'article 1, apartat dos, RDL 16/2012, que afegeix un nou article 3 bis a la Llei 16/2003, de 28 de maig, de cohesió i qualitat del Sistema Nacional de Salut. Concretament, el precepte que s'hi afegeix regula el reconeixement i el control de la condició d'assegurat o de beneficiari d'aquest, l'expedició de la targeta sanitària individual per la comunitat autònoma i, com a element instrumental de l'anterior, autoritza la comunicació de dades personals a l'INSS, per part dels òrgans competents en matèria d'estrangeria o d'altres administracions públiques. El reconeixement de la condició d'assegurat o de beneficiari se centralitza en les direccions provincials de l'INSS i és automàtic en el cas dels afiliats a la Seguretat Social, de pensionistes, de perceptors de prestacions periòdiques de la Seguretat Social i també de les persones que han esgotat el subsidi de desocupació i figuren inscrites com a demandants d'ocupació. Cal afegir-hi que, d'acord amb la correcció d'errades del RDL 16/2012, les referències que fa aquest nou article 3 bis a l'INSS han d'anar acompanyades de l'expressió «o, si escau, l'Institut Social de la Marina». En relació amb aquesta ampliació

dels òrgans estatals als quals s'atribueixen funcions executives en aquesta matèria, s'ha de tenir en compte que, en virtut del RD 1049/1997, de 27 de juny, es va aprovar l'Acord de la Comissió Mixta de Transferències en el qual es traspassaven a la Generalitat, dins el seu àmbit territorial, les funcions i els serveis que realitzava l'Institut Social de la Marina en matèria d'assistència sanitària de la Seguretat Social. Per això, els raonaments que expressarem en relació amb les funcions atribuïdes a l'INSS s'han d'estendre també a l'Institut Social de la Marina.

El Govern considera que l'atribució a l'INSS de la competència executiva per reconèixer i controlar la condició d'assegurat o de beneficiari als efectes de l'expedició de la targeta sanitària pot vulnerar les competències executives en matèria de sanitat i ordenació farmacèutica, que l'article 162 EAC atribueix a la Generalitat de Catalunya. D'altra banda, la sol·licitud dels grups parlamentaris centra els seus dubtes en els apartats 1 i 2 del nou article 3 bis. Considera que l'apartat 1, en atribuir el control i el reconeixement de la condició de persona assegurada o de beneficiària a l'INSS, podria suposar una vulneració de l'article 162.3 EAC, en la seva lletra a, i qüestiona l'incís «expedició de la targeta sanitària individual» de l'apartat 2 del precepte afegit, amb la mateixa fonamentació.

L'examen de l'apartat dos de l'article 1 RDL 16/2012 (nou art. 3 bis LCQSNS), en allò que es refereix al reconeixement i al control de la condició d'assegurat o de beneficiari d'aquest, ha de tenir necessàriament com a punt de referència la regulació continguda a l'apartat u del mateix precepte (art. 3 LCQSNS) ja que és on s'enumeren, amb caràcter taxat, les persones que tenen garantida l'assistència sanitària pública a través del Sistema Nacional de Salut. Precisament, per aquest vincle evident entre l'un i l'altre, tot i que cap de les sol·licituds qüestiona la constitucionalitat de l'article 1, apartat u, RDL 16/2012 des d'una perspectiva competencial, cal que efectuem algunes

consideracions sobre la seva qualificació com a norma bàsica. Per raó de la matèria, la determinació de les persones que tenen dret a l'assistència sanitària amb càrrec als fons públics, es tracta d'un element essencial, nuclear o imprescindible d'aquest àmbit de la sanitat. Això vol dir que la condició d'assegurat o de beneficiari d'aquest hauria de constituir un mínim susceptible de ser ampliat (per millorar-lo) per les comunitats autònomes amb competències de desenvolupament normatiu en matèria de sanitat. Tot això en el benentès que, prèviament a la inclusió d'altres col·lectius en els serveis sanitaris autonòmics, hauria de quedar garantida la suficiència financera per tal de donar compliment als criteris d'estabilitat pressupostària.

Dit això, però, la interpretació de l'abast de l'article 3 LCQSNS, en vista de l'exposició de motius del Decret llei, que diu que «s'imposa un aclariment harmonitzat de la condició d'assegurat», podria donar a entendre que no es preveu aquest desenvolupament. Per tant, si fos així, el precepte esmentat comportaria una limitació de les competències de la Generalitat que, de fet, ja havia exercit l'any 2010 mitjançant l'article 2.2 de la Llei catalana 21/2010, de 7 de juliol, d'accés a l'assistència sanitària de cobertura pública a càrrec del Servei Català de la Salut.

Un cop efectuades aquestes consideracions, examinarem la naturalesa de les funcions de reconeixement i control previstes a l'apartat 1 del nou article 3 bis LCQSNS. Ens trobem davant de funcions de naturalesa clarament executiva que, com a regla, no integren l'abast funcional de les bases sobre una matèria perquè, com ha afirmat el Tribunal Constitucional, «la aplicación ordinaria y general de la normativa básica deben realizarla las Comunidades Autónomas» (STC 194/2004, de 4 de novembre, FJ 7). En efecte, de la jurisprudència constitucional, se'n deriva un criteri restrictiu respecte de la constitucionalitat dels anomenats actes executius bàsics d'acord amb el qual la intervenció executiva de l'Estat emparada en un títol sobre les bases d'una

matèria «debe tener un carácter puntual y concreto» (STC 194/2004, FJ 7) que tan sols es justifica en supòsits en què els actes d'execució afectin directament interessos supracomunitaris quan comportin amplis marges de discrecionalitat que exigeixin la centralització de la instància decisora per garantir la unitat de criteri, o quan ens trobem davant d'una situació d'urgència que obligui a actuar per evitar danys irreparables (STC 86/1989, d'11 de maig, FJ 13, i 127/1994, de 5 de maig, FJ 8.A, entre d'altres). D'acord amb aquesta interpretació constitucional, la nostra doctrina consultiva ha pogut qualificar els actes executius de caràcter bàsic com a «excepcionals» (DCGE 2/2011, de 21 de març, FJ 4; 3/2011, de 24 de març, FJ 3, i 4/2011, de 14 d'abril, FJ 2).

L'apartat 1 de l'article 3 bis LCQSNS configura com un acte reglat l'aplicació per part de l'INSS de la normació bàsica sobre la delimitació subjectiva de l'accés a l'assistència sanitària prestada pels serveis de salut integrats al SNS continguda al nou article 3 LCQSNS, segons la modificació introduïda per l'article 1, apartat u, RDL 16/2012. La centralització de les funcions de reconeixement i control de la condició d'assegurats o de beneficiaris no es justifica per la necessitat d'unificar la interpretació i aplicació de la normativa, perquè aquesta no presenta marges de discrecionalitat ni elements valoratius que puguin generar divergències interpretatives, ni tampoc per l'existència d'interessos supracomunitaris la gestió dels quals no sigui susceptible de fraccionament. Ens trobem davant d'un acte estatal que constitueix l'exercici d'una funció executiva que correspon a les comunitats autònomes i que es tradueix, en aquesta matèria, en el reconeixement del dret d'accés a l'assistència sanitària mitjançant l'expedició de la corresponent targeta sanitària. Per tant, és obvi que l'apartat 1 de l'article 3 bis LCQSNS no constitueix un aspecte essencial o nuclear de la regulació de la prestació dels serveis sanitaris i socio-sanitaris que justifiqui el seu caràcter bàsic i, consegüentment, l'atribució competencial a l'Estat. Ans al contrari, un cop

han quedat determinats per l'Estat els requisits que hom ha de reunir per tenir la condició d'assegurat (art. 3), els tràmits administratius subsegüents per al seu reconeixement o posterior control constitueixen meres funcions executives que han de correspondre a la Generalitat de Catalunya a l'empara de l'article 162.2.a EAC.

El mateix s'ha de dir respecte de l'apartat 3, ja que es refereix a un aspecte merament instrumental d'aquell reconeixement, de caire, a més, estrictament de gestió, com és la comunicació, per part d'altres òrgans administratius (els competents en matèria d'estrangeria o d'altres administracions públiques), de les dades imprescindibles perquè l'INSS o l'Institut Social de la Marina puguin comprovar la concurrència dels requisits a què es refereixen els apartats 3 i 4 de l'article 3 de la Llei modificada. És a dir, un cop hem conclòs que les funcions de reconeixement i control, tant de la condició d'assegurat com de beneficiari, han de correspondre a la Generalitat de Catalunya, necessàriament hem de concloure també que la cessió de les dades, per al seu tractament, hauria de tenir com a subjecte receptor la mateixa Generalitat i, per tant, en no preveure-ho, l'apartat 3 també vulnera l'article 162.3 EAC.

En canvi, pel que fa a l'apartat 2 de l'article 3 bis, segons el qual, una vegada reconeguda la condició d'assegurat, el dret a l'assistència sanitària el fan efectiu les administracions sanitàries competents, que faciliten l'accés a les prestacions mitjançant l'expedició de la targeta sanitària, hem de dir que no presenta cap objecció d'inconstitucionalitat o d'antiestatutarietat, ja que es tracta d'una competència executiva que el precepte qüestionat atribueix directament a les comunitats autònomes.

Així doncs, per les raons que acabem d'exposar, l'article 1, apartat dos, RDL 16/2012, que afegeix un nou article 3 bis LCQSNS, exclusió feta de l'apartat

2 del precepte afegit, vulnera l'ordre constitucional i estatutari de distribució de competències (art. 149.1.16 CE i art. 162.3.a EAC), en la mesura que atribueix les funcions de reconeixement i control de la condició d'assegurat i beneficiari, i les funcions instrumentals de tractament de dades, a l'INSS o, si escau, a l'Institut Social de la Marina.

2. Passant al grup de preceptes relatius a la cartera comuna de serveis del SNS, els dubtes de constitucionalitat per raons competencials se centren en els apartats quatre i cinc de l'article 2 RDL 16/2012.

a) El primer afegeix un nou article 8 quater LCQSNS, en què es regula la cartera comuna de serveis accessoris, que compren les activitats, els serveis o les tècniques, sense caràcter de prestació, que no es consideren essencials i/o que són coadjuvants o de suport per a la millora d'una patologia de caràcter crònic. Els serveis que s'hi inclouen, les condicions econòmiques i les modalitats d'aportació els aprova el Ministeri de Sanitat, Serveis Socials i Igualtat, amb l'acord previ del Consell Interterritorial del SNS.

El Govern de la Generalitat qüestiona, concretament, que els serveis que integren l'esmentada cartera s'hagin de considerar fonamentals del sistema sanitari i que hagin de formar part de la cartera de serveis reservada a l'Estat i, per aquest motiu, entén que el Reial decret llei 16/2012, ha incorregut en un excés de regulació.

L'establiment d'una categorització homogènia per a tot l'Estat d'una cartera comuna de serveis del Sistema Nacional de Salut constitueix un element nuclear o essencial de les prestacions sanitàries, en la mesura que conforma una garantia per a tots els usuaris del sistema i, consegüentment, es justifica la seva regulació amb caràcter bàsic. Ara bé, el dubte pot sorgir, com suggereix el Govern, respecte de la cartera de serveis accessoris —la que

aquí ens ocupa—, que aprova el Ministeri, que està sotmesa a aportació per part de l'usuari i que la mateixa norma defineix com a inclusiva d'activitats, serveis o tècniques «sense caràcter de prestació, que no es consideren essencials». És a dir, aquesta manca d'essencialitat de les activitats, serveis o tècniques podria fer pensar que exclou la possibilitat del fet que la norma pugui ser considerada bàsica, perquè li mancaria el principal requisit que exigeix la jurisprudència constitucional, el que defineix allò que pot ser bàsic.

El fet que els serveis, les activitats i les tècniques que s'inclouen en la cartera comuna de serveis accessoris no es considerin essencials, des del punt de vista terapèutic, no treu que l'Estat els pugui atribuir caràcter bàsic conferint-los la condició de mínim comú denominador de necessària vigència a tot el territori de l'Estat. D'aquesta manera, s'assegura un nivell mínim de suficiència també per a aquells casos en què, «sense caràcter de prestació», s'apliquen determinades tècniques o es presten serveis que coadjuven a fer més suportables o, fins i tot, millorar les patologies cròniques, per la vinculació que aquestes situacions continuen tenint amb el dret a la protecció de la salut (art. 43.1 CE), i això, amb el mateix sistema de finançament públic que regeix per a la prestació farmacèutica.

En conseqüència, l'apartat quatre de l'article 2 RDL 16/2012 no vulnera l'ordre constitucional i estatutari de distribució de competències.

b) L'altre precepte d'aquest segon bloc que hem d'analitzar és l'apartat cinc de l'article 2 RDL 16/2012, que afegeix un nou article 8 quinquies a la Llei 16/2003, de 28 de maig, de cohesió i qualitat del Sistema Nacional de Salut, que disposa que les comunitats autònomes poden aprovar carteres de serveis complementàries garantint, com a mínim, la cartera comuna de serveis del SNS en les seves tres modalitats, és a dir, la bàsica de serveis assistencials, la suplementària i la de serveis accessoris. A aquests efectes,

hauran de destinar els recursos econòmics necessaris per al seu finançament, amb la garantia prèvia de suficiència financera en el marc del compliment dels criteris d'estabilitat pressupostària. La possibilitat que les comunitats autònomes poguessin establir, al seu càrrec, prestacions sanitàries complementàries ja existia amb anterioritat al RDL 16/2012. Ara, la novetat rau en l'exigència del compliment dels requisits que deriven de l'esmentada legislació sobre estabilitat pressupostària (Llei orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera).

La sol·licitud dels grups parlamentaris qüestiona el sistema de finançament de la cartera de serveis complementària de les comunitats autònomes, ja que entén que, en haver tornat al sistema en què l'Estat és el competent per reconèixer la condició d'assegurat, a través de l'INSS o, si escau, de l'Institut Social de la Marina, s'hauria d'haver tornat també a un sistema finalista de finançament de les comunitats autònomes. En no fer-ho, conclou, podríem estar davant d'una ingerència de l'article 149.1.17 CE sobre «Seguretat Social».

Pel que fa a això, ja avancem que el fet que el RDL 16/2012 hagi tornat al model anterior, és a dir, a vincular, en essència, el dret a l'assistència sanitària pública amb la cotització a la Seguretat Social no implica cap infracció de l'article 149.1.17 CE, que atribueix a l'Estat la competència en matèria de «legislació bàsica i règim econòmic de la Seguretat Social».

Malgrat que aquesta vinculació de l'assistència sanitària pública a la condició d'afiliat a la Seguretat Social o de beneficiari d'aquest faci que la separació entre «sanitat» i «seguretat social» no sembli tan nítida en la nova regulació que ara examinem, el cert és que el RDL 16/2012 no ha alterat l'opció, constitucionalment legítima, segons hem vist en el fonament jurídic tercer, de desvincular el finançament del Sistema Nacional de Salut de l'específica

partida pressupostària de la Seguretat Social. Precisament, és la previsió del fet que les comunitats autònomes puguin aprovar les seves respectives carteres de serveis, la que permet a la Generalitat desenvolupar aquell contingut mínim previst per a la cartera comuna de serveis i incorporar tècniques o procediments no previstos en aquesta, si disposa dels recursos necessaris.

En conclusió, doncs, l'apartat cinc de l'article 2 RDL 16/2012, que afegeix un nou article 8 quinquies a la Llei 16/2003, no vulnera l'ordre constitucional i estatutari de competències.

3. Quant al grup de preceptes relatius a les mesures sobre la prestació farmacèutica, els dubtes es projecten, de forma genèrica, sobre tot el capítol IV RDL 16/2012, i especialment, sobre els apartats u, quatre i catorze de l'article 4; l'apartat u de l'article 5, i els articles 6 i 7 del Reial decret llei objecte del present Dictamen.

En aquesta part, el nostre examen de constitucionalitat se centrarà en els preceptes expressament sol·licitats en les sol·licituds, deixant de banda cap altra consideració sobre si, genèricament, la globalitat del capítol respecta les competències de la Generalitat en matèria de sanitat i ordenació farmacèutica o no. En aquest punt, convé recordar, tal com ja ha quedat apuntat en el fonament jurídic anterior, que la regulació que fan els preceptes sobre els quals se sol·licita la nostre opinió consultiva no té per objecte aspectes referits al medicament com a substància, sinó que se centra en la seva dimensió de prestació sanitària inclosa en el Sistema Nacional de Salut i, per tant, no s'ubica en el títol competencial «legislació sobre productes farmacèutics», sinó en el relatiu a les «bases de la sanitat».

a) Partint d'aquesta premissa, en primer lloc, analitzarem conjuntament els apartats u i quatre de l'article 4 RDL 16/2012, ja que ambdós responen a la mateixa ràtio. El primer modifica l'article 85 de la Llei del medicament, establint, a l'apartat 4, que «[q]uan la prescripció es realitzi per principi actiu, el farmacèutic ha de dispensar el medicament de preu més baix de la seva agrupació homogènia i, en el cas d'igualtat, el medicament genèric o el medicament biosimilar corresponent»; i l'apartat quatre de l'article 4 RDL 16/2012 afegeix un nou apartat 5 a l'article 86 de la mateixa Llei del medicament, en què s'estableix una regla semblant per als casos d'igualtat de preus en el medicament «[q]uan la prescripció es realitzi per denominació comercial [...]».

En aquest cas, el judici sobre el caràcter bàsic dels preceptes qüestionats, efectuat a partir del seu contingut i finalitat, ens porta a dir que la regla de preferència que s'hi conté no pot ser considerada com a bàsica, ja que no reuneix els requisits que, segons ha quedat exposat en el fonament jurídic anterior, ha fixat el Tribunal Constitucional per a aquest tipus de normes.

Efectivament, si les bases en matèria de sanitat constitueixen, d'acord amb la STC 98/2004, (FJ 7), «un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcionen los derechos comunes a todos los ciudadanos», sens perjudici de les normes que puguin dictar les comunitats autònomes amb l'objectiu d'establir «una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado», és obvi que la fixació d'una regla segons la qual, en cas d'igualtat de preu, s'ha de donar un tipus de medicament o un altre no pot tenir la consideració de bàsica en no concórrer el requisit de constituir un element essencial o nuclear de la regulació que mereixi ser considerat com aquell mínim comú denominador i esgotar el marge de desenvolupament autonòmic.

Per tant, l'apartat u de l'article 4 RDL 16/2012, en la part que modifica l'apartat 4 de l'article 85 de la Llei 29/2006, i l'apartat quatre del mateix article 4 del RDL 16/2012, que afegeix un nou apartat 5 a l'article 86 de la mateixa Llei, en els incisos «i en cas d'igualtat, ha de dispensar el medicament genèric o el medicament biosimilar corresponent», vulneren la competència de la Generalitat en matèria de gestió de les prestacions sanitàries (art. 162.3.a EAC) i, en conseqüència, són contraris a l'ordre constitucional i estatutari de distribució de competències.

b) L'apartat cinc de l'article 4 RDL 16/2012, que modifica els apartats 1 i 2 de l'article 89 de la Llei 29/2006, de 26 de juliol, estableix (com ja es contenia en el dret anterior) que l'Estat pot sotmetre a reserves singulars les condicions específiques de prescripció, dispensació i finançament de medicaments i productes sanitaris, d'ofici o a proposta de les comunitats autònomes. Tanmateix, ara afegeix la prohibició expressa del fet que, llevat de casos justificats per les seves mateixes peculiaritats, les comunitats autònomes puguin establir de manera unilateral aquest tipus de reserves. Es tracta d'una prohibició que el mateix article vincula a la finalitat de garantir el dret d'accés a la prestació farmacèutica en condicions d'igualtat en tot el Sistema Nacional de Salut a totes les persones que gaudeixin de la condició d'assegurat i beneficiari d'aquest Sistema.

La sol·licitud dels grups parlamentaris considera que l'article que estem analitzant pot implicar una possible ingerència en la facultat d'ordenació farmacèutica que correspon a la Generalitat de Catalunya. Per la seva banda, el Govern de la Generalitat especifica que es tracta d'una funció executiva que s'atribueix a un òrgan estatal i que no troba justificació en la necessitat de garantir l'accés a les prestacions farmacèutiques en condicions d'igualtat.

Les previsions legals sobre l'establiment de reserves singulars han estat desenvolupades pel Reial decret 618/2007, d'11 de maig, pel qual es regula el procediment per a l'establiment, mitjançant visat, de reserves singulars a les condicions de prescripció i dispensació dels medicaments. D'acord amb aquesta norma reglamentària, el Ministeri de Sanitat pot exigir el visat per als tractaments amb determinat tipus de medicaments (medicaments d'exclusiva dispensació hospitalària, d'especial control mèdic o que es financin únicament algunes de les seves indicacions terapèutiques, entre d'altres, d'acord amb l'art. 2.1 RD 618/2007). La imposició de visat comporta que «les administracions sanitàries han de verificar la conformitat del tractament prescrit en el Sistema Nacional de Salut amb les condicions d'utilització autoritzades a la fitxa tècnica i les indicacions terapèutiques finançades d'acord amb el procediment que determinin en l'exercici de les seves competències» (art. 2.3 RD 618/2007).

En aquest punt, hem de recordar que l'article 88 de la Llei 29/2006, del medicament, reconeix «[...] el dret de tots els ciutadans a obtenir medicaments en condicions d'igualtat en tot el Sistema Nacional de Salut, sense perjudici de les mesures tendents a racionalitzar la prescripció i la utilització de medicaments i productes sanitaris que puguin adoptar les comunitats autònomes en exercici de les seves competències». D'aquest precepte, que no ha estat modificat pel RDL 16/2012, se'n podia derivar la possibilitat de concurrència de reserves singulars de prescripció, dispensació o finançament d'àmbit estatal i d'àmbit autonòmic. Una concurrència que s'adeia amb la lògica del repartiment de competències en matèria de sanitat en virtut del qual a l'Estat li correspon l'establiment d'un mínim igualitari de vigència i aplicació en tot el territori, sens perjudici de les millores que puguin establir les comunitats autònomes.

Aquesta situació normativa ha estat modificada per RDL 16/2012 ja que, mitjançant un nou paràgraf cinquè de l'article 89.1, es pretén garantir que les úniques reserves singulars siguin les d'abast estatal, tot prohibint, com dèiem, l'adopció unilateral de les d'àmbit autonòmic. Ara bé, l'altre paràgraf que s'afegeix, el sisè, a l'article 89.1 pel RDL 16/2012 obre la via perquè aquestes reserves singulars específiques puguin no ser les mateixes per a tot l'Estat. En efecte, en la mesura que preveu que una o més comunitats autònomes «per raó de les seves particularitats» puguin ser exceptuades d'aquesta regla prohibitiva si, motivadament, així ho decideix la Comissió Permanent de Farmàcia del Consell Interterritorial del Sistema Nacional de Salut, la nova regulació està admetent, implícitament, que les reserves singulars específiques no constitueixen un aspecte que s'hagi de considerar essencial, nuclear o imprescindible de la prestació farmacèutica i, per tant, que hagi de regir en tot l'Estat, tal com requereix la noció material de bases, les quals han de ser «necesariamente generales en cuanto a su ámbito territorial de eficacia» (STC 42/1983, de 20 de maig, FJ 3).

Entenem que no es pot traslladar aquí la jurisprudència constitucional que, per a casos més aviat excepcionals, ha matisat aquesta definició de les bases com d'aplicació a tot el territori de l'Estat. És a dir, la que admet que, quan l'ordenació bàsica s'exerceix sobre una matèria en la qual hi ha diferents peculiaritats subsectorials o espacials que demanen l'adaptació de la legislació bàsica, no es requereix necessàriament que el marc bàsic sigui exactament uniforme per a tot l'Estat (STC 147/1991, de 4 de juliol, FJ 4). I no és traslladable, perquè, en realitat, el precepte que estem analitzant no fixa pròpiament un règim diferenciat de bases per a una part o altra del territori (com succeïa en el cas de la sentència abans citada), sinó que admet expressament que sigui la mateixa comunitat autònoma la que fixi, en cada cas concret i per raó de les seves particularitats, les reserves diferenciades,

si prèviament i de forma motivada la Comissió Permanent de Farmàcia decideix exceptuar-la.

Així doncs, la prohibició de l'establiment de reserves singulars de prescripció, dispensació i finançament de medicaments i productes sanitaris per part de les comunitats autònomes prevista a l'apartat 1, paràgrafs cinc i sis, de l'article 89 de la Llei 29/2006, en la redacció donada pel RDL 16/2012, no afecta cap aspecte nuclear o essencial de l'accés a l'assistència sanitària en condicions d'igualtat en tot el territori i, consegüentment, comporta l'assumpció excloent, per l'Estat, d'una funció executiva que hauria de correspondre a la Generalitat de Catalunya.

En conseqüència, hem de concloure que l'apartat cinc de l'article 4 RDL 16/2012, en allò que modifica l'apartat 1, paràgrafs cinc i sis, de la Llei 29/2006, de 26 de juliol, vulnera l'article 162.3.a EAC i, per tant, és contrari a l'ordre constitucional i estatutari de competències.

c) Examinarem ara l'apartat catorze de l'article 4 RDL 16/2012, que afegeix un nou article 94 ter a la Llei 29/2006, de 26 de juliol, de garanties i ús racional dels medicaments. Aquest precepte faculta l'INSS, o, si escau, l'Institut Social de la Marina, per tractar les dades que siguin imprescindibles per determinar la quantia de l'aportació dels beneficiaris a la prestació farmacèutica. Amb aquesta mateixa finalitat, preveu també que l'Administració tributària pugui comunicar a l'INSS, o a l'Institut Social de la Marina, les dades fiscals sense consentiment de l'interessat.

La determinació específica de la quantia de l'aportació dels beneficiaris a la prestació farmacèutica, a través del tractament de les dades que siguin imprescindibles, constitueix una funció executiva que té una naturalesa coincident amb la que es preveu al nou article 3 bis, apartat tres, LCQSNS,

anteriorment analitzat. Així doncs, hem de donar per reproduïts aquí els arguments que, pel que fa a la naturalesa executiva d'aquestes funcions, hem exposat en analitzar l'apartat dos de l'article 1 d'aquest mateix RDL 16/2012, que afegeix un nou article 3 bis LCQSNS, específicament en allò que es refereix al seu apartat 3.

Hem de concloure, doncs, que l'apartat catorze de l'article 4 RDL 16/2012, que afegeix un nou article 94 ter a la Llei 29/2006, de 26 de juliol, en allò que atribueix a l'Institut Nacional de la Seguretat Social, i a l'Institut Social de la Marina, les facultats executives de tractament de dades necessàries per determinar la quantia de l'aportació dels beneficiaris de la prestació farmacèutica, vulnera l'article 162.3 EAC i, en conseqüència, és contrari a l'ordre constitucional i estatutari de competències.

d) L'article següent d'aquest bloc que, a parer dels grups parlamentaris sol·licitants de dictamen, presenta dubtes de constitucionalitat de base competencial, és l'apartat u de l'article 5 RDL 16/2012, que afegeix un nou apartat 8 a l'article 2 RD 823/2008, de 16 de maig. Aquest precepte fixa un índex corrector dels marges de les oficines de farmàcia que resultin exemptes de l'escala de deduccions que regula l'apartat 5 d'aquest mateix article 2, relatiu a les receptes i ordres de dispensació de medicaments d'ús humà fabricats industrialment i dispensats amb càrrec a fons públics. També estableix els requisits que han de complir aquestes oficines i atribueix la decisió sobre si els compleixen o no a les administracions sanitàries competents en matèria d'ordenació farmacèutica.

L'esmentada sol·licitud es limita a dir que l'article 5 RDL 16/2012 —semblantment als articles 6 i 7— podria suposar una ingerència en la facultat d'ordenació farmacèutica que correspon a la Generalitat. Tanmateix, en opinió d'aquest Consell, correspon a l'Estat la competència per establir,

amb caràcter bàsic, la fixació d'un índex corrector dels marges de les oficines de farmàcia corresponent a les receptes o ordres de dispensació de medicaments dispensats amb càrrec a fons públics. La té igualment per fixar els requisits que han de complir aquestes farmàcies, per bé que la gestió, com reconeix el mateix precepte aquí dictaminat, ha de correspondre a les comunitats autònomes. I això és així perquè la fixació dels marges per als medicaments dispensats amb càrrec als fons públics és matèria que afecta el finançament públic del medicament, que, d'acord amb la jurisprudència constitucional, és «[...] 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, de 25 de maig, FJ 7). En conseqüència, l'apartat u de l'article 5 RDL 16/2012, que afegeix un nou apartat 8 a l'article 2 RD 823/2008, no vulnera l'article 162.2 EAC.

e) L'altre precepte que haurem d'examinar és l'article 6 RDL 16/2012, que incorpora l'obligació d'establir un servei de farmàcia hospitalària als hospitals, centres d'assistència social i centres psiquiàtrics que tinguin cent llits o més (apt. 1). Paral·lelament, l'apartat 2 preveu que la conselleria responsable en matèria de prestació farmacèutica pugui eximir-los d'aquesta obligació si disposen d'un dipòsit de medicaments vinculat al servei de farmàcia hospitalària de l'hospital públic de referència a l'àrea sanitària. En darrer lloc, l'apartat 3 estableix que els centres hospitalaris, d'assistència social i psiquiàtrics, que no tinguin servei de farmàcia perquè no hi estan obligats, han de disposar d'un dipòsit vinculat, segons els casos, a un servei de farmàcia de l'àrea sanitària, a una oficina de farmàcia establerta en la mateixa zona o a un servei de farmàcia hospitalària. Tant els grups parlamentaris sol·licitants de dictamen com el Govern consideren que aquest precepte, en els seus apartats 2 i 3, vulnera l'article 162.3.a EAC perquè incorre en un excés de bases.

A parer d'aquest Consell, l'esmentat article 6 RDL 16/2012, en els seus apartats 2 i 3, incorre, efectivament, en un excés de bases, ja que no es limita a garantir aquest tipus de serveis de farmàcia en condicions d'igualtat, sinó que, assumint funcions pròpies de l'ordenació farmacèutica, determina el detall (tant material com organitzatiu) de com els centres hospitalaris l'han de tenir cobert en els casos que el departament responsable els n'hagi eximit, amb acord o conveni previ, o quan no estiguin obligats a tenir aquest servei.

Entenem, doncs, que els apartats 2 i 3 de l'article 6 RDL 16/2012 incorren en un excés de bases en impedir que la Generalitat pugui desenvolupar-les establint una ordenació pròpia d'aquest servei que s'ajusti millor a les especificitats organitzatives del sistema català. En conseqüència, l'apartat 2 de l'article 6, en l'incís «sempre que disposin d'un dipòsit de medicaments vinculat al servei de farmàcia hospitalària de l'hospital de la xarxa pública que sigui el de referència a l'àrea o zona sanitària d'influència corresponent», i l'apartat 3 de l'article 6 RDL 16/2012 són contraris a l'ordre constitucional i estatutari de competències previst als articles 149.1.16 CE i 162.2 EAC.

f) Finalment, el darrer precepte del bloc relatiu a les mesures sobre prestació farmacèutica, respecte del qual es plantegen dubtes de constitucionalitat, en aquest cas només per part dels grups parlamentaris sol·licitants, és l'article 7 RDL 16/2012, referit a la manipulació i adequació de preparacions de medicaments. Concretament, l'article 7 disposa que, en l'àmbit hospitalari, les comunitats autònomes poden acreditar els serveis de farmàcia hospitalària perquè s'hi puguin portar a terme operacions de fraccionament, personalització de dosis i altres operacions de remanipulació de medicaments, garantint que es compleixin les guies tècniques, les quals han d'elaborar també les comunitats autònomes, sota la tutela de la Direcció

General de Cartera Bàsica de Serveis del Sistema Nacional de Salut i Farmàcia, amb la col·laboració de l'Agència Espanyola del Medicament i d'experts de prestigi.

La regulació de les condicions tècniques i els serveis autoritzats per a dur a terme operacions de fraccionament, manipulació o transformació de medicaments, incloent-hi la facultat prèvia d'acreditació dels esmentats serveis, s'ha d'ubicar en el títol competencial «legislació sobre productes farmacèutics» (art. 149.1.16 CE), respecte de la qual correspon a la Generalitat la competència executiva (art. 162.5 EAC). Dit això, podem afirmar, sense cap mena de dubte, que l'específica facultat d'acreditació d'un servei sanitari d'aquesta naturalesa és una funció executiva que correspon a la Generalitat de Catalunya com, de fet, ho confirma el mateix precepte dictaminat, que ja l'atribueix expressament a les comunitats autònomes.

Hem d'analitzar, però, si el fet que les guies de manipulació, fraccionament i dosificació personalitzada, que han de regir el procés d'acreditació, s'hagin d'elaborar sota la tutela de la Direcció General de Cartera Bàsica de Serveis del Sistema Nacional de Salut i Farmàcia i amb la col·laboració de l'Agència Espanyola del Medicament i d'experts de prestigi, pot significar alguna minva en la competència executiva de la Generalitat.

La qüestió se circumscriu, doncs, a l'abast d'aquesta tutela. Entesa en els termes estrictes que es contenen en el precepte que estem dictaminant, és a dir, com una funció d'assessorament i ajut per a l'elaboració de les guies en què es fixen els criteris tècnics i de bones pràctiques per a la manipulació i les preparacions de medicaments, és clar que la funció «tutelar» de l'Estat no es pot interpretar com la imposició d'un criteri d'un superior jeràrquic (que seria, des de tots els punts de vista, contrari a l'autonomia), sinó com a pertanyent a les funcions de coordinació, entesa, segons hem vist en el

fonament jurídic anterior, com la fixació de mitjans que facin possible l'homogeneïtat tècnica en determinats aspectes.

Per tant, l'article 7 RDL 16/2012 no vulnera l'ordre constitucional i estatutari de distribució de competències.

4. Passarem tot seguit a analitzar el quart bloc de preceptes en què hem agrupat els que presenten dubtes de constitucionalitat, és a dir, el relatiu a les «Mesures en matèria de recursos humans» del capítol V (apts. u i dos de l'article 8 i apts. quatre i sis de l'article 10 RDL 16/2012).

Prèviament, però, cal advertir que la sol·licitud presentada pels grups parlamentaris no indica els preceptes concrets que susciten el dubte de constitucionalitat, sinó que el projecta, genèricament, sobre tot el capítol V. Per això hem de descartar una anàlisi exclusivament abstracta de tot el capítol, i centrar-nos en els preceptes concrets que, en vista d'una interpretació finalista i contextualitzada de la mateixa sol·licitud de dictamen dels grups parlamentaris, dels preceptes concrets que qüestiona el Govern de la Generalitat i d'allò que resulta d'una primera aproximació valorativa per part d'aquest Consell, podem identificar com a problemàtics.

a) Començarem el nostre examen per l'apartat u de l'article 8 RDL 16/2012, que modifica l'article 25 de la Llei 44/2003, de 21 de novembre, d'ordenació de les professions sanitàries (LOPS), relatiu a les àrees de capacitació específica. Aquestes àrees, dins les corresponents especialitats mèdiques, les pot establir el Govern de l'Estat. El diploma que s'atorga té caràcter oficial, validesa en tot el territori de l'Estat i l'expedeix el Ministeri de Sanitat (previsió que, per cert, després de la reforma de l'Estatut, no s'adiu amb el que disposa l'art. 162.3.a EAC, ja que l'hauria d'expedir la Generalitat).

La nova redacció de l'article 25 ha substituït la doble via, fins aleshores vigent, d'accés al títol (formació programada, d'una banda, i exercici professional juntament amb la formació continuada en l'àrea corresponent, d'una altra) per un únic model basat exclusivament en la formació programada, que es configura mitjançant el sistema de residència (apt. 1). Preveu també una reserva reglamentària per a la fixació dels requisits d'accés i que la convocatòria la farà el Ministeri de Sanitat, Serveis Socials i Igualtat, partint del fet que els candidats hauran d'acreditar almenys dos anys d'exercici professional en l'especialitat (apt. 2). Finalment, estableix que el Ministeri pot eliminar, augmentar o disminuir els anys d'exercici professional requerits (apt. 3).

A partir del paràmetre que ha quedat definit en el fonament jurídic anterior en relació amb la delimitació entre els títols competencials relatius l'un a la «regulació de les condicions d'obtenció de títols professionals» i l'altre a la «sanitat», haurem de determinar en quin d'aquests s'ha d'ubicar aquest precepte del RDL 16/2012, és a dir, si troba empara en l'article 149.1.30 CE o bé en l'article 149.1.16 CE.

Del règim legal previst per a aquest títol professional en resulta que és un títol necessari per poder utilitzar la denominació de metge especialista amb capacitació específica en un àrea determinada i compta també com a mèrit en els concursos d'accés. No habilita, per tant, per exercir una professió, sinó que s'adreça a uns professionals que ja disposen de la titulació acadèmica requerida per a l'exercici de l'especialitat mèdica. Regula, doncs, una matèria que s'incardina, segons hem vist en el fonament jurídic anterior, en el títol competencial «sanitat», respecte del qual correspon a l'Estat la fixació de les bases i a la Generalitat el seu desenvolupament.

Un cop ha quedat fet l'enquadrament competencial, el pas següent ha de ser determinar si la regulació concreta que conté el precepte que es modifica participa del caràcter bàsic o, per contra, com sostenen ambdues sol·licituds, vulnera les competències de la Generalitat previstes a l'article 162.3.d EAC, en particular la que estableix la seva «participació en l'elaboració de les convocatòries i la gestió de programes de formació d'especialitats i les àrees de capacitació específica i expedició de diplomes d'àrees de capacitació específica».

Des de la perspectiva competencial, la fixació del sistema pel qual s'ha de dur a terme la formació especialitzada en àrees de capacitació específica constitueix un criteri bàsic en matèria de «sanitat», perquè es tracta d'un aspecte essencial que garanteix la igualtat de tracte dels professionals sanitaris a aquests efectes. A les comunitats autònomes els resta, per tant, el desenvolupament d'aquestes bases. Aquest és també el posicionament del qual parteix, implícitament, la sol·licitud del Govern de la Generalitat, que considera que l'atribució de la convocatòria al Ministeri de Sanitat Serveis Social i Igualtat, ometent cap mena de referència a la participació de la Generalitat, pot implicar una invasió de les competències autonòmiques prescrites en l'anteriorment esmentat article 162.3.d EAC.

Tot i que, en bona tècnica jurídica, efectivament, hagués estat més apropiat que aquesta previsió estatutària s'hagués reflectit també en l'article que ara és modificat pel RDL 16/2012 (el qual, convé retenir ja des d'ara, es limita a designar l'òrgan competent per convocar, sense preveure encara el procediment a seguir ni la participació d'altres administracions), això no és, però, una raó suficient que permeti concloure que s'ha produït una vulneració de les competències de la Generalitat. En efecte, l'article 162.3.d EAC preveu que aquesta participació es produeixi en el moment precís de l'elaboració de les convocatòries i serà aleshores quan caldrà verificar el seu compliment,

per bé que el futur desenvolupament reglamentari, on s'estableixi el procediment administratiu que cal seguir per a les convocatòries, també haurà de preveure aquesta intervenció.

En conseqüència, l'apartat u de l'article 8 RDL 16/2012 no vulnera l'ordre constitucional i estatutari de competències.

b) L'altre precepte que planteja dubtes de naturalesa competencial en matèria de recursos humans és l'article 8, apartat dos, RDL 16/2012, que modifica l'article 26 de la Llei 44/2003, de 21 de novembre, d'ordenació de les professions sanitàries, en relació amb l'acreditació de centres i unitats docents. En l'apartat 2, el precepte modificat atribueix al Ministeri de Sanitat, Serveis Socials i Igualtat la funció de «coordinar les auditories dels centres i unitats acreditats» i, en l'apartat 3, estableix un sistema centralitzat d'acreditació dels centres per a la formació d'especialistes en ciències de la salut, que és força semblant al vigent fins ara, amb la novetat que l'acreditació la fa també un òrgan directiu del Ministeri de Sanitat, en lloc de l'Agència de Qualitat del Sistema Nacional de Salut.

La sol·licitud del Govern de la Generalitat considera que l'assignació a òrgans estatals de les funcions executives d'acreditació de centres i unitats docents i la seva avaluació (auditories) podria entrar en col·lisió amb les competències que té la Generalitat en matèria de «formació sanitària especialitzada». Compartim aquest raonament pel que fa a l'acreditació de centres i unitats docents i també a la seva revocació (apts. 3 i 4), però no, en canvi, respecte d'allò que es refereix a la coordinació de les auditories (apt. 2).

Efectivament, de la simple lectura de l'article 162.3.d EAC, en resulta directament, i amb una claredat que esvaeix qualsevol dubte, que en el si d'aquesta submatèria s'inclou allò que preveu l'apartat 3 del modificat article

26 Llei 44/2003, és a dir, la resolució de les sol·licituds d'acreditació de centres i unitats docents, així com el nombre de places acreditades, ja que l'esmentat precepte estatutari atribueix literalment a la Generalitat la competència compartida en matèria «d'acreditació i avaluació de centres; la planificació de l'oferta de places; la participació en l'elaboració de les convocatòries». Competència que, lògicament, pel que fa a la revocació de les autoritzacions, també correspon a la Generalitat, en tant que, com a *contrarius actus* de l'autorització (art. 26.4 Llei 44/2003), es regeix per les mateixes normes que aquesta.

Així doncs, en el present cas, l'atribució a l'Estat d'actes executius de naturalesa bàsica que fa l'article 26.3 Llei 44/2003 no queda justificada per la concurrència d'algun dels supòsits en els quals, excepcionalment, segons la jurisprudència constitucional, es poden admetre. El mateix s'ha de dir de l'apartat 4 d'aquest mateix article 26, relatiu a la revocació de l'acreditació, en la mesura que es remet al mateix procediment que per a l'acreditació i, per tant, atribueix a l'Estat, amb caràcter bàsic, aquesta facultat revocatòria.

En conseqüència, l'apartat dos de l'article 8 RDL 16/2012, en la nova redacció que dóna als apartats 3 i 4 de l'article 26 LOPS, en allò que atribueix la resolució de les sol·licituds d'acreditació de centres i unitats docents i també la seva revocació a l'òrgan directiu competent del Ministeri de Sanitat, Serveis Socials i Igualtat, és contrari a l'ordre constitucional i estatutari de distribució de competències previst a l'article 149.1.16 CE i a l'article 162.3.d EAC.

En canvi, en relació amb l'apartat 2 de l'article 26, cal tenir en compte que no atribueix directament al Ministeri de Sanitat, Serveis Socials i Igualtat la realització de les auditories (en contra del que sembla desprendre's de la sol·licitud del Govern), sinó tan sols la funció de coordinar-les, raó per la qual

caldrà veure si aquesta troba empara en la «coordinació general de la sanitat» que l'article 149.1.16 CE reserva per a l'Estat.

D'acord amb el que ha quedat assenyalat en el fonament jurídic anterior, la doctrina constitucional ha entès la coordinació general com la fixació de mitjans i sistemes de relació que facin possible la informació recíproca, l'homogeneïtat tècnica en determinats aspectes i l'acció conjunta de les autoritats en l'exercici de les seves respectives competències; tot això amb la finalitat d'integrar actes parcials en la globalitat del sistema sanitari. En el present cas, partint del fet que la coordinació de les auditories pressuposa, òbviament, que l'activitat d'avaluació la duu a terme la Generalitat, entenem que l'atribució d'aquesta funció a un òrgan ministerial no suposa cap invasió de les competències autonòmiques i respon a una finalitat legítima: la de permetre a l'Estat avaluar el funcionament i la qualitat del sistema de formació.

En conseqüència, l'apartat dos de l'article 8 RDL 16/2012, en allò que dóna nova redacció a l'apartat 2 de l'article 26 LOPS, no vulnera l'ordre constitucional i estatutari de competències.

c) El següent precepte que es qüestiona en aquest quart bloc és l'apartat quatre de l'article 10 RDL 16/2012, que afegeix una disposició addicional setzena a la LEMPRESS. La disposició que s'hi afegeix preveu la integració voluntària en els serveis de salut, com a personal estatutari fix i sens perjudici dels drets consolidats, dels metges, practicants i llevadores titulars dels serveis sanitaris locals i de la resta de personal funcionari sanitari que presti serveis en institucions sanitàries públiques. Fixa com a data límit per a aquesta integració el 31 de desembre de 2013 (apt. 1). D'altra banda, l'apartat 2 estableix, per al cas que aquest personal opti per romandre en actiu en la seva situació actual, que la comunitat autònoma l'ha d'adscriure a

òrgans administratius que no pertanyin a institucions sanitàries públiques, conforme a les bases dels processos de mobilitat que a aquests efectes es puguin articular. Paral·lelament, i en consonància amb això anterior, la disposició derogatòria única RDL 16/2012 deroga l'article 115.1 del Text refós de la Llei general de Seguretat Social aprovat pel Decret 2065/1974 de 30 de maig, que establia els drets i deures del personal sanitari dels serveis sanitaris locals.

Per a una millor ubicació d'aquesta previsió normativa, cal recordar que el personal sanitari local constitueix un cos estatal de funcionaris, creat pel Reglament de personal sanitari local de 27 de novembre de 1953, que, com a conseqüència de les transferències autonòmiques, resta adscrit funcionalment a les comunitats autònomes, amb dependència orgànica estatal, en tant que es mantenen en el cos corresponent. La disposició addicional cinquena de la LEMPESS preveia que «[p]er tal d'homogeneïtzar les relacions de treball del personal de cada un dels centres, institucions o serveis de salut, i a fi de millorar l'eficàcia en la gestió, les administracions sanitàries públiques poden establir procediments per a la integració directa, amb caràcter voluntari, en la condició de personal estatutari, en la categoria i titulació equivalent, dels qui prestin servei en aquests centres, institucions o serveis amb la condició de funcionari de carrera o en virtut de contracte laboral fix». Es tractava, doncs, d'un procés d'integració amb caràcter voluntari per al funcionari i dissenyat, també voluntàriament, per les administracions sanitàries públiques mitjançant el qual els funcionaris pertanyents als cossos de personal sanitari local, i altre personal funcionari al servei d'institucions sanitàries, podien canviar el seu estatus funcional pel de personal estatutari i integrar-se com a personal propi en les corresponents administracions sanitàries.

El RDL 16/2012 ha optat, ara, per extingir aquests cossos i ordenar-ne la integració en les administracions sanitàries on presten serveis o bé, si els afectats opten per romandre en la seva condició funcional, la comunitat autònoma els haurà d'adscriure a òrgans administratius que no pertanyin a institucions sanitàries públiques. El dubte que, sobre aquest precepte, planteja el Govern de la Generalitat se centra en si les previsions del RDL 16/2012 podrien haver excedit el caràcter bàsic, en el sentit que imposen una activitat que limita l'exercici, per part de l'Administració sanitària catalana, de la potestat de gestió dels seus recursos humans, de naturalesa clarament executiva, i afecten la d'organització i funcionament intern dels centres sanitaris. Ho fonamenta en la STC 31/2010, de 28 de juny de 2010 (concretament en el FJ 102), en la qual l'alt tribunal va reconèixer que opera amb la màxima intensitat la competència assumida en aquesta matèria per la comunitat autònoma.

En la nostra opinió, en aquest punt, el Decret Llei ha incorregut efectivament en un excés de bases, atès que la disposició addicional afegida, que preveu la integració plena d'aquells funcionaris en els respectius serveis de salut com a personal estatutari, no es pot qualificar de nuclear o essencial del sistema. Tal com ha establert el Tribunal Constitucional, «la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales» és una matèria que forma part de l'estatut dels funcionaris públics i que resta sotmesa a reserva de llei, d'acord amb l'article 103.3 CE (STC 37/2002, FJ 8). Aquesta reserva de llei pot ser satisfeta tant per llei de l'Estat com per llei autonòmica, que poden crear, modificar o suprimir els cossos i les escales de funcionaris (art. 75.2 EBEP), depenent de la titularitat de la competència sobre el sector material en el qual prestin serveis els empleats públics. En el cas de l'apartat primer de la nova disposició addicional setzena de la Llei 55/2003, estem davant d'una mesura de detall que modifica l'estatus d'un determinat col·lectiu de funcionaris, amb un impacte clarament organitzatiu,

que l'Estat imposa unilateralment a les comunitats autònomes sense deixar cap marge per decidir sobre la procedència d'aquesta integració, tal com sí que fa la disposició addicional cinquena de la Llei 55/2003, abans esmentada, amb una minva clara de la seva autonomia (STC 50/1999, de 6 d'abril, FJ 3).

Minva que encara és més evident en l'apartat dos de la disposició addicional analitzada, que preveu la integració d'aquest personal funcionari en òrgans administratius de les comunitats autònomes que no pertanyin a les institucions sanitàries públiques, en cas que optessin per mantenir la seva condició funcional i no passar a ser personal estatutari. Aquesta integració forçosa de funcionaris que, a més, no tenen habilitats i competències especialment adequades per als nous llocs de destinació, suposa, encara amb més claredat, una intromissió en la competència de la Generalitat sobre la gestió del personal al seu servei (art. 136.a EAC).

En conseqüència, l'apartat quatre de l'article 10 RDL 16/2012, que afegeix una nova disposició addicional setzena a la Llei 55/2003, vulnera l'ordre constitucional i estatutari de competències previst als articles 149.1.16 CE i 149.1.18 CE i als articles 136.a EAC i 162.3.a EAC.

d) El darrer dels preceptes d'aquest bloc que presenta dubtes de constitucionalitat d'ordre competencial és l'apartat sis de l'article 10 RDL 16/2012, que modifica la disposició transitòria tercera de la Llei 55/2003, de 16 de desembre, de l'estatut marc del personal estatutari dels serveis de salut. Aquesta disposició preveu la integració, abans del 31 de desembre de 2013, del personal que percep els seus havers pel sistema de quota i zona en el sistema de prestació de serveis, de dedicació i retribucions que estableix la mateixa Llei 55/2003. I suprimeix, des d'aquesta data, la modalitat de prestació de serveis de quota i zona (modalitat retributiva, recordem-ho, que consisteix en l'abonament d'una quantitat fixa mensual per cada beneficiari

de la prestació d'assistència sanitària que tingui assignada cada facultatiu, el manteniment provisional de la qual va preveure la disposició transitòria tercera de la Llei 55/2003).

La sol·licitud del Govern admet que es tracta d'una mesura que, per raó de la matèria que afecta (dedicació i retribucions), incideix en aspectes essencials del règim del personal estatutari, del qual el de quota i zona és una modalitat i, per tant, admet implícitament que la regulació podria participar del caràcter bàsic. Li retreu, però, un possible excés de l'àmbit propi de les bases «amb una afectació molt important a nivell pressupostari per a la Generalitat i que també hauria ignorat el principi de lleialtat institucional que ha de presidir les relacions entre les diverses instàncies de poder territorial i que segons el Tribunal Constitucional constitueix un suport essencial del funcionament de l'Estat autonòmic».

Certament, la jurisprudència constitucional ha afirmat, segons hem vist en el fonament anterior, que les qüestions relacionades amb la carrera professional i les retribucions que s'hi vinculen formen part del règim estatutari dels funcionaris, amb independència que es tracti de personal sanitari o no. Això vol dir que, d'acord amb l'article 149.1.18 CE, correspon a l'Estat la legislació bàsica i a la Generalitat el seu desenvolupament. Traslladat aquest criteri al precepte que estem examinant resulta evident que la determinació de quin ha de ser el règim retributiu d'aquest personal correspon a l'Estat.

Pel que fa a l'al·legació del fet que l'Estat ha ignorat el principi de lleialtat institucional que ha de presidir les relacions entre els diferents poders territorials, hem d'afirmar que sent la cooperació entre administracions una part essencial del model d'organització territorial de l'Estat i la base del principi de lleialtat institucional (positivitzat, avui, com a derivació

constitucional, en l'article 4.1 de la LRJAPPAC), hagués estat més escaient que una mesura d'aquestes característiques fos acordada per l'Estat i les comunitats autònomes en el si de la Comissió de Recursos Humans del Sistema Nacional de Salut, que és l'òrgan al qual corresponen les funcions de fixar criteris per a la coordinació de la política de recursos humans del SNS (art. 10 de la Llei 55/2003, de l'estatut marc del personal sanitari). Admetent, però, com també ho admet el Govern, que la norma resta emparada pel seu caràcter bàsic, no podem apreciar que s'hagi produït una vulneració de les competències de la Generalitat per infracció del principi de lleialtat institucional sobre la base d'un augment del cost econòmic derivat del canvi retributiu, que tampoc no s'arriba a quantificar. En tot cas, tal com preveu l'article 2.1.g LOFCA, més enllà del judici sobre la validesa del precepte estatal, «la lleialtat institucional [...] determinarà l'impacte, positiu o negatiu, que puguin suposar [...] l'adopció de mesures que eventualment puguin fer recaure sobre les comunitats autònomes [...] obligacions de despesa no previstes a la data d'aprovació del sistema de finançament vigent, i que han de ser objecte de valoració quinquennal quant al seu impacte, tant en matèria d'ingressos com de despeses, pel Consell de Política Fiscal i Financera de les Comunitats Autònomes, i si s'escau compensació, mitjançant modificació del sistema de finançament per al quinquenni següent».

En conseqüència, l'apartat sis de l'article 10 RDL 16/2012, que modifica la disposició transitòria tercera de la Llei 55/2003, no vulnera l'ordre constitucional i estatutari de competències.

e) A l'últim, pel que fa a les mesures de personal contingudes al capítol V RDL 16/2012, se'ns demana dictamen sobre els apartats cinc i sis de l'article 10 RDL 16/2012, per motius que no són competencials, sinó per la possible vulneració, a judici del Govern, del principi d'irretroactivitat de les

disposicions restrictives de drets individuals (art. 9.3 CE). Per raons que es justifiquen en la mateixa sistemàtica del decret llei, procedirem ara a la seva anàlisi. Aquest precepte afegeix una nova disposició addicional dissetena a la Llei 55/2003, en virtut de la qual els fons d'acció social previstos per les administracions sanitàries en favor del seu personal estatutari tan sols poden ser destinats al personal en situació de servei actiu, «i en cap cas pot percebre cap prestació d'aquest caràcter, amb contingut econòmic, el personal que hagi arribat a l'edat de jubilació que determini la legislació en matèria de Seguretat Social».

Paral·lelament, l'apartat 7 del mateix article 10 modifica la lletra *f* de l'apartat 1 de la disposició derogatòria única de la Llei 55/2003, en el sentit de derogar també l'article 151 de l'Ordre de 26 d'abril de 1973, per la qual s'aprova l'estatut del personal sanitari titular i auxiliar de clínica de la Seguretat Social. Segons aquesta darrera norma, els jubilats amb 25 anys de cotització tenien dret a percebre el complement necessari perquè la pensió que tinguessin reconeguda arribés al 100% de la retribució base, antiguitat, complements de destinació de lloc de treball, de comandament i gratificacions reglamentàries extraordinàries que haguessin estat percebent en jubilar-se.

Pel que fa a les normes que afecten de forma restrictiva els drets adquirits per atribució legal o les expectatives, ja vàrem dir en el nostre Dictamen 4/2012, de 6 de març, pel que fa als empleats públics, i seguint una consolidada jurisprudència constitucional que s'ha pronunciat sobre diverses situacions d'aquests tipus, que el legislador pot alterar el seu règim si actua en l'àmbit de la seva potestat constitucionalment permisible, sense que aquesta actuació impliqui una «ablació» de drets individuals (STC 178/1989, de 2 de novembre, FJ 9).

Precisament, en relació amb un supòsit referit a la modificació de la base per al càlcul dels havers corresponents a la jubilació, el Tribunal Constitucional, després d'afirmar que la defensa aferrissada dels drets adquirits no encaixa bé amb la filosofia de la Constitució, ni respon a les exigències de l'Estat de dret que proclama l'article 1.1 CE, sosté que «[n]o puede hablarse así de derechos adquiridos a que se mantenga un determinado régimen regulador de unas prestaciones a obtener en el futuro, ni existe retroactividad cuando una norma afecta a situaciones en curso de adquisición, pero aún no consolidadas por no corresponder a prestaciones ya causadas» (STC 97/1990, de 24 de maig FJ 4). És a dir, segons l'alt tribunal, allò que es prohibeix és la retroactivitat entesa com a incidència de la nova llei en els efectes jurídics ja produïts en situacions anteriors, però no la incidència en els drets pel que fa a la seva projecció en el futur.

En aquest sentit, aquesta mateixa jurisprudència ha pogut continuar afirmant que la prohibició constitucional de retroactivitat (art. 9.3 CE) només és aplicable als drets consolidats, entesos «[...] como los asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados ni a las expectativas. Y en relación al tema que nos ocupa se ha afirmado que los afiliados a la Seguridad Social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, aún no causadas, de modo que una modificación para el futuro del régimen de pensiones no invade derechos subjetivos de los interesados» (STC 134/1987, de 21 de juliol, FJ 4).

Aplicant aquesta doctrina al cas que estem examinant, resulta que la derogació prevista a la nova redacció de la lletra *f* de l'apartat 1 de la disposició derogatòria única de la Llei 55/2003, introduïda per l'apartat set de l'article 10 RDL 16/2012, no té una incidència en els efectes jurídics ja produïts en situacions anteriors, sinó que només incideix en els drets

respecte de la seva projecció futura. En conseqüència, el precepte dictaminat no suposa una vulneració de l'article 9.3 CE.

Això mateix és predicable de la disposició addicional dissetena de la Llei 55/2003, afegida per l'apartat sis de l'article 10 RDL 16/2012, que preveu l'exclusió de l'àmbit subjectiu dels fons socials previstos per les administracions sanitàries, pel que fa a prestacions de caràcter econòmic, del personal que hagi arribat a l'edat de jubilació. Aquesta conclusió es reforça, a més, si tenim en compte el caràcter discrecional amb què es configura la constitució dels fons d'acció social, regulat per l'article 67 del Decret 315/1964, de 7 de febrer, pel qual s'aprova la llei articulada de funcionaris civils de l'Estat, precepte vigent en l'àmbit estatal i no derogat en aquest punt per la Llei 30/1984, de 2 d'agost, de mesures per a la reforma de la funció pública, ni per l'EBEP.

Conseqüentment, l'apartat 5 de l'article 10 RDL 16/2012, que afegeix una nova disposició final dissetena a la Llei 55/2003, i l'apartat 7 del mateix article 10, que modifica la lletra *f* de l'apartat 1 de la disposició derogatòria única de la Llei 55/2003, no són contraris a la Constitució.

5. En aquest darrer bloc, analitzarem dos preceptes de la part final del RDL 16/2012, que tracten qüestions de signe divers (disposicions finals segona i sisena, apt. u).

a) La disposició final segona RDL 16/2012 fa referència al desplegament reglamentari. El Govern de la Generalitat considera que el fet que l'apartat 1 atribueixi al Govern de l'Estat el desenvolupament reglamentari de les previsions del Reial decret llei i que l'apartat 3 es limiti a indicar que les comunitats autònomes han d'adoptar, dins l'àmbit de les seves respectives competències, les mesures necessàries per fer efectiu allò que preveu el

mateix Reial decret llei, podria no respectar les competències de desplegament normatiu que l'article 162 EAC atribueix a la Generalitat.

Al parer nostre, aquesta vulneració no es produeix, ja que la competència de la Generalitat per desenvolupar la legislació bàsica no depèn, en cap cas, de les habilitacions reglamentàries que puguin contenir les lleis estatals, sinó que deriva, directament, de l'Estatut. A això anterior hem d'afegir, d'una banda, que l'habilitació reglamentària que fa l'apartat 1 es limita, de manera expressa, a l'àmbit de les competències exclusives de l'Estat i, per tant, no exclou que la Generalitat, també en l'àmbit de les seves competències, pugui fer el seu propi desplegament normatiu. I, de l'altra, que la referència al fet que les comunitats autònomes puguin adoptar «les mesures necessàries per a l'efectivitat del que preveu aquest Reial decret llei» inclou, necessàriament, les mesures de desplegament normatiu.

b) L'altre precepte qüestionat és l'apartat u de la disposició final sisena RDL 16/2012, que afegeix un nou paràgraf a l'apartat 1 de l'article 4 del Reial decret 1301/2006, de 10 de novembre. El nou paràgraf afegit estableix, en compliment de l'article 12.2 de la Directiva 2004/23/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març, que les activitats de promoció i de publicitat de la donació o obtenció de cèl·lules i teixits humans resten sotmeses a autorització administrativa prèvia, que ha d'atorgar l'Administració sanitària competent en el lloc on es pretengui desenvolupar. En el supòsit, però, que les activitats superin l'àmbit territorial de la comunitat autònoma, determina que qui ha d'autoritzar-ho és l'Organització Nacional de Trasplantaments.

Aquesta disposició és qüestionada tant pel Govern com pels grups parlamentaris sol·licitants del dictamen. Els grups parlamentaris es limiten a afirmar que «podria envair les competències que té la Generalitat en matèria

de salut pública» (art. 162.3.b EAC). Per la seva banda, el Govern de la Generalitat centra els seus dubtes en el fet que, si les comunitats autònomes afectades són més d'una, la competència per atorgar l'autorització administrativa de l'activitat de promoció i publicitat es desplaça cap a l'òrgan estatal, la qual cosa, entén, podria ser qüestionable des de la perspectiva competencial.

D'acord amb la doctrina constitucional, de la qual ens hem fet ressò, entre d'altres, en el recent Dictamen 5/2012, de 3 d'abril (FJ 4), la competència normativa plena de l'Estat l'habilita per establir la normativa completa, incloent-hi la fixació dels punts de connexió, però la dita competència estatal, segons el Tribunal Constitucional, s'adreça precisament a:

«[...] permitir el ejercicio ordinario de la actividad de gestión por las Comunidades Autónomas, de modo que, establecido el punto o puntos de conexión de que se trate, no se produzca el ejercicio de la competencia de ejecución por el Estado, pues solo en los casos excepcionales en los que la actividad pública no admita fraccionamiento resulta justificado el ejercicio por el Estado de una competencia de ejecución que no le está atribuida.» (STC 194/2011, de 13 de desembre, FJ 5).

Doncs bé, en el supòsit previst a l'apartat u de la disposició final sisena, no hi ha cap raó que justifiqui que la competència de la Generalitat sobre l'autorització prèvia a les entitats que pretenguin exercir activitats de promoció o publicitat en suport de la donació de cèl·lules o teixits humans, hagi de cedir a favor de l'Estat pel sol fet que l'activitat s'estengui més enllà de l'àmbit territorial de Catalunya. Tal i com preveu l'article 115.2 EAC, en els casos en què l'objecte de les competències de la Generalitat tingui un abast superior al del territori de Catalunya, li correspon a aquesta l'exercici de les competències sobre la part situada en el seu territori.

En conseqüència, l'atribució de la competència per atorgar les esmentades autoritzacions a l'Organització Nacional de Trasplantaments quan es tracti d'entitats que exerceixin llur activitat superant l'àmbit territorial d'una comunitat autònoma, que fa la disposició final sisena, apartat u, RDL 16/2012, que afegeix un nou paràgraf 1 a l'article 4 RD 1301/2006, de 10 de novembre, és contrària a l'ordre constitucional i estatutari de distribució de competències previst als articles 149.1.16 CE i 162.3.b en relació amb l'article 115.2 EAC.

Setè. El règim d'aportació dels usuaris i els seus beneficiaris a la prestació farmacèutica ambulatoria previst a l'apartat tretze de l'article 4 RDL 16/2012, i la seva relació amb la taxa creada per l'article 41 de la Llei catalana 5/2012: el dubte sobre la doble imposició

La sol·licitud de dictamen que ha estat presentada pels grups parlamentaris demana la nostra opinió sobre si cal interpretar que el RDL 16/2012 deroga l'article 41 de la Llei catalana 5/2012, de 20 de març, de mesures fiscals, financeres i administratives i de creació de l'import sobre les estades en establiments turístics, o, per contra, el manté vigent perquè no s'hi oposa. També demana que, en cas que es mantingués vigent, ens pronunciem sobre si estaríem davant d'un supòsit de doble imposició tributària.

Sobre això hem d'assenyalar que, plantejat en els termes que es contenen en la sol·licitud, el dubte sobre l'abast de la disposició derogatòria única, concretament en la seva darrera clàusula de derogació per incompatibilitat, no té rellevància constitucional, i és per això que, d'acord amb la naturalesa de la nostra funció consultiva (art. 76.1 EAC), no farem cap pronunciament respecte d'aquesta qüestió. Ens limitarem a precisar, només, que la

derogació es refereix, exclusivament, als casos de pèrdua de vigència entre normes d'un mateix ordenament, és a dir, dins de l'ordenament estatal o de l'autonòmic.

Ens haurem de pronunciar directament, doncs, sobre si la introducció d'un nou model de copagament de la prestació farmacèutica, proporcional al nivell de renda i amb uns topalls mensuals d'aportació per als pensionistes, o amb exclusió de tota aportació per a determinats grups de malalties, implica una doble imposició respecte de la taxa, creada per l'article 41 de la Llei catalana 5/2012, de 20 de març, que grava els actes preparatoris i els serveis accessoris de millora de la informació inherents al procés per a la prescripció i dispensació de medicaments i productes sanitaris mitjançant l'emissió de receptes mèdiques i ordres de dispensació, i, per tant, sobre si vulnera l'article 6.2 LOFCA.

Abans de prosseguir l'examen del dubte plantejat per la sol·licitud, és necessari recordar que aquest Consell ja va tenir ocasió de pronunciar-se sobre una qüestió semblant, plantejada, aleshores, des de la perspectiva de l'esmentat article 41 de la Llei catalana, que certament sembla establir una vinculació entre la taxa que es crea i les condicions de finançament dels medicaments, en tant que disposa que «aquesta mesura [la taxa] pot ésser objecte d'adequació en el cas que s'aprovi, amb caràcter de normativa bàsica, una alteració de les condicions de finançament dels medicaments» (art. 21.22-7 DLEG 3/2008, de 25 de juny, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de taxes i preus públics de la Generalitat de Catalunya). Aquesta vinculació és només aparent, ja que, com es veurà més endavant, es tracta de dues institucions de naturalesa diferent, motiu pel qual, encara que les condicions de finançament dels medicaments hagin estat modificades pel Decret llei que estem examinant, el legislador català té plena llibertat per decidir si adequa la taxa autonòmica a aquesta nova situació o no.

Així que, des de la perspectiva de la nova regulació d'urgència, només ens haurem de centrar en si, com qüestionen els sol·licitants, l'aportació dels beneficiaris de la prestació farmacèutica ambulatoria, és a dir, la que es dispensa a través de recepta mèdica en oficina de farmàcia, implica un doble gravamen tributari respecte de la referida taxa autonòmica.

Per donar resposta a aquest dubte, haurem de determinar, en primer lloc, la naturalesa de l'aportació econòmica prevista al nou article 94 bis de la Llei 29/2006, que s'afegeix, ja que només si es tractés d'un tribut ens podríem plantejar si, efectivament, entra en col·lisió amb la taxa creada per l'anteriorment esmentat article 41 de la Llei catalana 5/2012.

El nou article 94 bis (afegit per l'apt. tretze de l'art. 4 RDL 16/2012) regula, entre altres aspectes relacionats amb la prestació farmacèutica, el percentatge d'aportació de l'usuari i dels seus beneficiaris, que ha de ser proporcional al nivell de renda i que es pot modular amb l'establiment de límits màxims d'aportació, tenint en compte altres factors com ara garantir la continuïtat dels tractaments de caràcter crònic i l'equitat als pacients pensionistes amb tractament de llarga durada.

Mentre que la taxa que fixa la norma catalana grava els actes preparatoris i serveis accessoris de millora per a la prescripció i dispensació de medicaments mitjançant l'emissió de receptes mèdiques, és a dir, un servei administratiu, l'aportació de l'usuari (d'acord amb l'art. 94.2 de la mateixa Llei) es concep com una contribució al pagament dels medicaments o d'altres productes sanitaris dispensats, mitjançant recepta mèdica, en una oficina de farmàcia. En efecte, es configura com una coparticipació en el cost d'adquisició que, segons el nivell de renda i altres circumstàncies, pot anar des del 10% del preu de venda al públic, per als pensionistes amb rendes

inferiors a 100.000 euros, fins al 60% per als usuaris amb rendes superiors als 100.000 euros, a banda, és clar, dels grups d'usuaris exempts.

En aquest sentit, convé retenir que l'oficina de farmàcia, al mateix temps que ofereix un servei públic, també ven un producte o, per dir-ho en altres paraules, una mercaderia. I el fet que els preus de les especialitats farmacèutiques no publicitàries estiguin regulats per l'Estat i que els poders públics financin també tot o part del preu d'adquisició, no fa perdre la naturalesa privada de la transacció comercial. En aquest sentit, no hem d'oblidar que, d'acord amb la jurisprudència constitucional, els establiments farmacèutics «[...] han sido considerados por el legislador básico estatal como establecimientos sanitarios privados de interés público [art. 103.1 a) de la Ley general de sanidad y 2.6 a) de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos], con las consecuencias que, de dicha calificación, se extraen de nuestra doctrina [...]» (STC 87/2009, de 20 d'abril, FJ 4).

Així doncs, deixant de banda el fet que, des del punt de vista competencial, la fixació del nivell d'aportació d'usuaris i beneficiaris a la prestació farmacèutica pertanyi a les competències de l'Estat i, en canvi, l'establiment de la taxa abans referida correspongui a la Generalitat, d'acord amb l'article 202.5 EAC (DCGE 4/2012, de 6 de març, FJ 3.3), es pot afirmar que la dita aportació a la prestació farmacèutica ambulatoria participa de la naturalesa de les vendes sotmeses al règim de dret privat i en les quals l'usuari de la sanitat paga la part del preu no finançada pel pressupost públic. En aquest sentit, les noves regles sobre copagament o aportació a la prestació farmacèutica, per la seva mateixa naturalesa, no poden incórrer en un supòsit de doble imposició.

D'acord amb el que s'acaba d'exposar, podem concloure, doncs, que l'apartat tretze de l'article 4 RDL 16/2012, que afegeix un nou article 94 bis a la Llei 29/2006, de 26 de juliol, no incorre en el supòsit de doble imposició prohibit per l'article 6.2 LOFCA.

Atesos els raonaments continguts en els fonaments jurídics precedents, formulem les següents

CONCLUSIONS

Primera. El Reial decret llei 16/2012, de 20 d'abril, de mesures urgents per garantir la sostenibilitat del Sistema Nacional de Salut i millorar la qualitat i la seguretat de les seves prestacions, és contrari a l'article 86.1 CE perquè no compleix el requisit constitucional de l'extraordinària i urgent necessitat.

Adoptada per unanimitat.

Segona. L'article 1, apartat u, RDL 16/2012, de 20 d'abril, en la redacció que dóna a l'apartat 3 de l'article 3 de la Llei 16/2003, de 28 de maig, de cohesió i qualitat del Sistema Nacional de Salut, és contrari als articles 14 i 43 CE. Per connexió, també ho és la disposició transitòria primera RDL 16/2012.

Adoptada per unanimitat.

Tercera. L'article 1, apartat dos, RDL 16/2012, de 20 d'abril, en la part que afegeix els apartats 1 i 3 de l'article 3 bis de la Llei 16/2003, de 28 de maig, de cohesió i qualitat del Sistema Nacional de Salut, pel que fa a l'atribució de les funcions de reconeixement i control de la condició d'assegurat i beneficiari, i les funcions instrumentals de tractament de dades, a l'Institut Nacional de la Seguretat Social o, si escau, a l'Institut Social de la Marina, vulnera les competències de la Generalitat de l'article 162.3.a EAC.

Adoptada per unanimitat.

Quarta. L'article 4, apartats u i quatre, RDL 16/2012, de 20 d'abril, en la part que modifica, respectivament, l'apartat 4 de l'article 85 i afegeix un nou apartat 5 a l'article 86 de la Llei 29/2006, de 26 de juliol, de garanties i ús racional dels medicaments i productes sanitaris, en els incisos «i en cas d'igualtat, ha de dispensar el medicament genèric o el medicament biosimilar corresponent», vulnera les competències de la Generalitat de l'article 162.3.a EAC.

Adoptada per unanimitat.

Cinquena. L'article 4, apartat cinc, RDL 16/2012, de 20 d'abril, en la part que afegeix els paràgrafs cinc i sis a l'apartat 1 de l'article 89 de la Llei 29/2006, de 26 de juliol, vulnera les competències de la Generalitat de l'article 162.3.a EAC.

Adoptada per unanimitat.

Sisena. L'article 14, apartat catorze, RDL 16/2012, de 20 d'abril, que afegeix un nou article 94 ter a la Llei 29/2006, de 26 de juliol, de garanties i ús racional dels medicaments i productes sanitaris, en allò que atribueix a l'Institut Nacional de la Seguretat Social, i a l'Institut Social de la Marina, les facultats executives de tractament de dades necessàries per determinar la

quantia de l'aportació dels beneficiaris de la prestació farmacèutica, vulnera les competències de la Generalitat de l'article 162.3.a EAC.

Adoptada per unanimitat.

Setena. L'article 6, apartat 2, RDL 16/2012, de 20 d'abril, en l'incís «sempre que disposin d'un dipòsit de medicaments vinculat al servei de farmàcia hospitalària de l'hospital de la xarxa pública que sigui el de referència a l'àrea o zona sanitària d'influència corresponent», i l'apartat 3 vulneren les competències de la Generalitat de l'article 162.2 EAC.

Adoptada per unanimitat.

Vuitena. L'article 8, apartat dos, RDL 16/2012, de 20 d'abril, en la part que dóna nova redacció als apartats 3 i 4 de l'article 26 de la Llei 44/2003, de 21 de novembre, d'ordenació de les professions sanitàries, en allò que atribueixen la resolució de les sol·licituds d'acreditació de centres i unitats docents, i també la seva revocació, al Ministeri de Sanitat, Serveis Socials i Igualtat, vulnera les competències de la Generalitat de l'article 162.3.d EAC.

Adoptada per unanimitat.

Novena. L'article 10, apartat quatre, RDL 16/2012, de 20 d'abril, que afegeix una nova disposició addicional setzena a la Llei 55/2003, de 16 de desembre, de l'estatut marc del personal estatutari dels serveis de salut, vulnera les competències de la Generalitat dels articles 136.a i 162.3.a EAC.

Adoptada per unanimitat.

Desena. La disposició final sisena, apartat u, RDL 16/2012, de 20 d'abril, que afegeix un nou paràgraf 1 a l'article 4 del Reial decret 1301/2006, de 10 de novembre, pel qual s'estableixen les normes de qualitat i seguretat per a la donació, l'obtenció, l'avaluació, el processament, la preservació, l'emmagatzematge i la distribució de cèl·lules i teixits humans, i s'aproven

les normes de coordinació i funcionament per a l'ús en éssers humans, en la part que atribueix a l'Organització Nacional de Trasplantaments la competència per autoritzar les activitats de promoció i publicitat en suport de la donació de cèl·lules i teixits humans quan superin l'àmbit territorial d'una comunitat autònoma, vulnera les competències de la Generalitat de l'article 162.3.b en relació amb l'article 115.2 EAC.

Adoptada per unanimitat.

Aquest és el nostre Dictamen, que pronunciem, emetem i signem al Palau Centelles en la data indicada a l'encapçalament.

VOT PARTICULAR que formula el president senyor Eliseo Aja al Dictamen 6/2012, emès en data 1 de juny, a l'empara de l'article 20.2 de la Llei 2/2009, de 12 de febrer, del Consell de Garanties Estatutàries, i de l'article 38.2 del Reglament d'organització i funcionament del Consell de Garanties Estatutàries

Presento aquest vot concurrent a la conclusió segona del Dictamen, per afegir que la restricció del dret a la salut dels estrangers sense autorització de residència, que deriva de l'article 1, apartats u i tres RDL 16/2012, hauria d'haver estat considerada també contrària no només als articles 14 i 43, sinó també a l'article 13.1 CE de la Constitució. El formulo amb el major respecte per l'opinió dels membres del Consell de Garanties Estatutàries, la qual comparteixo, d'altra banda, en totes les conclusions i en la majoria dels fonaments del Dictamen.

En concret, he sumat el meu vot a l'opinió del Consell i, per tant, sostinc també que la nova redacció de l'article 3.3 LCQSNS és inconstitucional perquè és contrària als articles 14 i 43 CE. Però l'article 3.3 LCQSNS mateix, citat, en relació amb el nou article 3 ter, configura també un nou règim jurídic del dret a la salut dels estrangers sense autorització de residència molt restrictiu per als estrangers empadronats en un municipi. El punt 3 del fonament jurídic quart del Dictamen conté, certament, diverses crítiques a la nova regulació però, finalment, ha estat considerada conforme a la Constitució. La meua opinió diferent no pot conduir-me a proposar la inconstitucionalitat de l'article 3 ter, que recull el mínim per a aquests estrangers, perquè la seva eventual nul·litat encara perjudicaria la seva posició, raó per la qual em limito a exposar un raonament diferent a la majoria, en aquest vot concurrent, que conduiria a incloure l'article 13.1 CE en el paràmetre de constitucionalitat de la conclusió segona.

Començaré per plantejar l'abast de la reforma per mostrar que suposa la negació del dret a la salut al col·lectiu dels immigrants sense autorització de residència però empadronats, amb l'excepció d'un tracte humanitari d'urgències (nou art. 3 tercer). Fins al present Decret llei, la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, reconeixia igual dret a la salut per als nacionals i per als estrangers que tenien residència a Espanya i estaven empadronats en un municipi. El criteri era la protecció de la salut als residents efectius, tant si tenien autorització de residència com si figuraven inscrits en el padró del municipi en el qual residien. La resta dels estrangers, no residents, únicament tenien la via d'urgències per a malalties greus o accidents. A més, el dret protegia tots els menors i les dones embarassades fins després del part, perquè és una obligació de dret internacional. El Reial decret llei 16/2012 exclou del dret a la salut els estrangers que no tenen autorització de residència, encara que estiguin empadronats, i se'ls dóna la mateixa via

d'urgència per malaltia greu o accident que als transeünts, a part de la protecció als menors i les dones embarassades. Naturalment, no critico aquesta darrera protecció sanitària de caràcter humanitari o imposada pels tractats internacionals, sinó la privació del dret a la protecció de la salut als residents empadronats en comparació amb els que tenen una autorització de residència.

El Dictamen de la majoria, de manera molt correcta, enumera en el fonament jurídic quart alguns inconvenients que comporta la reforma, com ara el risc potencial per a la salut pública (per l'exclusió d'atenció sanitària a un grup social), el perill de col·lapse al servei d'urgències dels hospitals, etc., però els considera qüestions d'oportunitat o de tècnica normativa alienes a la funció del Consell. També, el Dictamen mostra una sensibilitat notable envers els immigrants que fa anys que són a Espanya i que han gaudit del reconeixement del dret a la salut fins ara. Comparteixo també aquestes preocupacions, però al final la meua diferència rau en la interpretació sobre l'espai que correspon al legislador i el paràmetre de control que ha d'aplicar el Tribunal Constitucional.

El Dictamen del Consell subratlla que la protecció de la salut (art. 43 CE) és un principi rector, mancat del caràcter de dret públic subjectiu, que no permet exigir l'aplicació directa de la Constitució i, per tant, concedeix una àmplia llibertat de configuració al legislador, o en tot cas li permet una regulació del dret a la salut diferent entre els estrangers amb autorització de residència i els estrangers sense autorització de residència però residents efectius i empadronats. Jo estic d'acord amb la naturalesa de la norma, però crec que la configuració del dret a la salut ha de sotmetre's al test de proporcionalitat quan introdueix límits i diferències substancials entre col·lectius que la Constitució no ha diferenciat. El Tribunal Constitucional ha dit des de les primeres sentències que els principis rectors no són «normas

sin contenido» i cal «tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes» (STC 19/1982, de 5 de maig, FJ 6).

1. Els drets dels estrangers segons la interpretació del Tribunal Constitucional

El punt de partida és l'article 13.1 CE: «Els estrangers gaudiran a Espanya de les llibertats públiques que garanteix el Títol present en els termes que estableixin els tractats i la llei».

Aquest article 13.1 CE no ha estat considerat pel Tribunal Constitucional només com una habilitació o una reserva de llei, sinó com a paràmetre d'un mínim constitucional aplicable als estrangers. De fet, tota la jurisprudència de l'alt tribunal des de la primera Sentència 107/1984, de 23 de novembre, sobre estrangeria s'ha orientat a delimitar un estatut constitucional de l'estranger.

En aquesta via, el Tribunal Constitucional ha classificat els drets de l'estranger respecte dels nacionals d'acord amb un criteri tripartit discutible i discutit en el si del mateix tribunal (vot particular de la STC 115/1987, de 7 de juliol, i vot particular de la ITC 186/2009, de 16 de juny, entre d'altres), i que el mateix alt tribunal ha rectificat en l'abast d'algunes categories (vegeu, per exemple, la STC 94/1993, de 22 de març, sobre l'aplicació parcial de l'art. 19 CE als estrangers). Però la línia mestra de tota la doctrina del Tribunal Constitucional en la cerca del contingut constitucional dels drets dels estrangers, més enllà dels conceptes concrets emprats en cada sentència (contingut essencial del dret, principi de dignitat de la persona, etc.), ha

estat l'aplicació de la clàusula de proporcionalitat per examinar la legitimitat de la restricció d'un dret als estrangers.

Per esmentar només punts decisius i ben coneguts del dret d'estrangeria, la STC 115/1987 va admetre la limitació de la llibertat individual en centres d'internament fins a 40 dies només perquè eren necessaris per garantir l'expulsió efectiva del país, sense afectar altres drets. La STC 94/1993 va admetre un règim especial per als estrangers en l'àmbit decisiu de l'article 19 CE, però les limitacions concretes que s'estableixin s'han de justificar en relació amb la finalitat de controlar l'entrada i la residència dels estrangers. També hi ha la possibilitat d'un tracte diferent entre estrangers amb autorització de residència i sense (tot el règim d'estrangeria té en compte aquest criteri), però s'han d'examinar un per un els drets que es limiten als estrangers en situació irregular, com va fer la STC 236/2007, de 7 de novembre, en anul·lar la majoria de supòsits que diferenciaven i restringien els drets dels irregulars.

Certament, els estrangers no tenen els mateixos drets que els nacionals i les lleis poden tenir en compte la situació administrativa de l'estranger per modular el seu abast i exercici. Així passa, de fet, en el fonament mateix del dret d'estrangeria, basat, principalment, en l'exigència de l'autorització de residència i de treball. Ara bé, l'article 13.1 CE afirma que tots els drets del títol I poden correspondre als estrangers i, així, les seves limitacions necessiten una justificació en la consecució d'un bé constitucionalment rellevant en el règim jurídic de l'estrangeria. Per exemple, l'exigència de l'autorització de treball articula la prioritat en el mercat laboral per als nacionals i comunitaris, i la limitació del reagrupament familiar al cònjuge i els descendents, essencialment, està destinada a preservar el control de fluxos.

Ara bé, quan la limitació resulta exorbitant o introdueix diferències que poden resultar contràries al principi d'igualtat, el Tribunal Constitucional aplica el test de proporcionalitat, que té generalment tres fases, més o menys definides: la idoneïtat o adequació de la mesura limitadora, la seva necessitat i, finalment, la proporcionalitat en sentit estricte. És clar que aquesta interpretació segueix la inspiració del Tribunal Europeu de Drets Humans.

La limitació pot ser legítima, però ha de respondre a aquests paràmetres, sense que es pugui admetre una restricció arbitrària. No cal recordar que en molts supòsits no existeix cap diferència entre nacionals i estrangers que viuen a Espanya, ni entre estrangers amb permís de residència i sense aquesta autorització, tal com ha reconegut l'alt tribunal en successives sentències respecte als drets de reunió i associació, educació, sindicació, vaga, etc., en la STC 236/2007, i en diverses sentències concordants del 2007. El Tribunal Constitucional diu molt gràficament que l'estranger en situació irregular pot ser expulsat però que, mentre no ho sigui, no se li poden negar determinats drets.

2. En concret, el dret dels estrangers a la protecció de la salut i l'aplicació del test de proporcionalitat

El Tribunal Constitucional no ha tractat fins ara directament el dret que ens ocupa, ja que la STC 95/2000, citada en el Dictamen, versa realment sobre la tutela judicial, i únicament fa una referència circumstancial a la salut. En aquestes condicions el raonament que segueix ha de ser modest i prudent, amb un apunt solament de l'aplicació del test.

La condició bàsica és justificar la limitació del dret i del tractament desigual. Des del moment en què la immigració va adquirir dimensions importants a Espanya, el desenvolupament legislatiu de l'article 43 CE ha estat la distinció entre els estrangers que tenen domicili en el territori espanyol i els estrangers en situació d'estada o que hi estan de pas. Així es va incloure en les lleis orgàniques 4/2000, d'11 de gener (votada per tots els grups parlamentaris menys el PP), i 8/2000, de 22 de desembre (votada pel PP, amb majoria absoluta en el Congrés i en el Senat), i es va mantenir en les principals reformes legals que es van dur a terme mitjançant les lleis orgàniques 14/2003, de 20 de novembre, i 2/2009, d'11 de desembre. En totes aquestes lleis s'ha reconegut la protecció de la salut als estrangers efectivament residents en Espanya, tant si tenien autorització de residència com si no la tenien però estaven inscrits en el padró, fins al punt de fer pensar que la residència efectiva és el criteri per determinar el caràcter universal del dret a la salut, amb els mateixos requisits que puguin establir-se per als nacionals.

El preàmbul del Reial decret llei no explica la raó per privar de la protecció de la salut les persones empadronades en un municipi que no tinguin autorització de residència. Sense una raó específica, hem de pensar en l'objectiu de l'estalvi econòmic, que s'exposa com a fonament general del Reial decret llei. Aquesta suposició sembla reforçada per les explicacions del preàmbul (III, últim paràgraf) sobre els problemes del règim comunitari de compensació sanitària, però l'argument s'afebleix totalment per la confusió, en el mateix preàmbul, entre el règim comunitari i el règim general d'estrangeria.

Després de la justificació, el primer dels requisits de la proporcionalitat és la idoneïtat o l'adequació de la limitació del dret per aconseguir la finalitat proposada. Si l'objectiu de negar el dret a la salut a les persones

empadronades però en situació irregular (llevat dels supòsits humanitaris) és la contenció de la despesa pública, el preàmbul no valora ni esmenta aquest element, i limita la crítica a la gestió deficient de l'àmbit comunitari. Certament, ha de resultar molt difícil estimar l'estalvi que pot suposar, i més encara contraposar la valoració del possible col·lapse dels serveis d'urgències i altres inconvenients. Però són coneguts diversos informes tècnics que han demostrat que la despesa sanitària dels immigrants és inferior a la dels nacionals, entre altres raons perquè la seva mitjana d'edat és més jove. En tot cas, sembla difícil relacionar directament la despesa sanitària dels immigrants irregulars amb els grans problemes financers de la sanitat.

El segon pas del test de proporcionalitat és la necessitat de la restricció per assolir l'objectiu. No sembla que la limitació del dret dels estrangers en situació irregular sigui necessària per assolir estalvis en sanitat. Si el que es pretén és controlar abusos, es podria millorar la tècnica de l'empadronament. També es pot dur a terme un control directe dels beneficiaris, com fins ara feien els governs d'Andalusia i Navarra, que no utilitzaven el padró.

L'última fase del test és la proporcionalitat en sentit estricte per ponderar els arguments a favor i en contra de la limitació del dret. Al costat del possible estalvi esmentat, hi ha motius importants per considerar negativa la limitació, principalment el perjudici per a la salut dels interessats que es pot produir —especialment en esperar que la malaltia sigui greu per anar al metge—, i els inconvenients mencionats com és el perill per a la salut pública de la societat per deixar una part de la població al marge del control mèdic, i els perjudicis per a la gestió de les urgències mèdiques autèntiques.

A part d'això, cal tenir en compte la conjuntura de la immigració, perquè avui la gran extensió de l'atur provoca que la majoria d'immigrants irregulars siguin sobrevinguts, és a dir, que han perdut l'autorització de residència,

després de tenir-la durant diversos anys, perquè han perdut la feina, i això els impedeix la renovació de la residència. Deixar-los, a més, sense protecció sanitària significa un tracte encara pitjor a un col·lectiu social molt feble que no resulta justificat. Aquesta situació assoleix una gravetat especial perquè la majoria dels immigrants irregulars poden continuar en territori espanyol sense ser expulsats, però no tindran dret a la protecció sanitària.

No sembla, doncs, que l'objectiu de reduir la despesa sanitària justifiqui la privació del dret a la salut dels estrangers en situació irregular i, per tant, la reforma introduïda pel Decret llei és contrària al dret a la salut (art. 43 CE) en relació amb els articles 13.1 i 14 CE.

Barcelona, 4 de juny de 2012