

SANIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO EUROPEO E ITALIANO. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD ENTRE SOLIDARIDAD Y SUBSIDIARIEDAD.

Carlo Bottari

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Bolonia (Italia)*

(Traducción de Francisco Bombillar. Vicesecretario JS)

“*La vigilancia higiénica en Italia dio muchos pasos hacia delante, contribuyendo a la desaparición o atenuación de las epidemias y otras plagas, y a la disminución de la mortalidad*”. Con estas palabras Benedetto Croce, en su *Storia d'Italia dal 1871 al 1915*, situaba la reforma sanitaria del 1888 entre los hechos memorables de la “vida política y moral” de aquel periodo partiendo del convencimiento de que “hecha Italia” como nación, la reforma sanitaria debía “hacer a los italianos” también como ciudadanos conscientes del hecho de que su salud debía ser considerada un bien primario –individual y social– nacional que reivindicar y defender.

En el nuevo sistema sanitario post-resurgimiento¹, aunque perduraban llamativas fallas, estaba sin embargo ya predispuesta la estructura sanitaria, articulada en los médicos provinciales y municipales, que regirá durante tres cuartos de siglo como estructura en la que se sustentaba la sanidad italiana.

Se trata de un proceso social, político y económico, antes que normativo, que encontrará una formal,

aunque efectiva, acogida a nivel de principio de carácter general con la aprobación de la Constitución de 1948 que, siguiendo el modelo de la precedente experiencia alemana, introduce por primera vez – en el art. 32 – en nuestro ordenamiento el derecho a la protección de la salud arts. 2 y 3 Cost. – caso único y de grandísima relevancia – como derecho fundamental del ciudadano y, al mismo tiempo, de interés de la colectividad.

Pasarán, sin embargo, treinta años antes de que estas imprescindibles garantías constitucionales comiencen a encontrar un primer desarrollo positivo; en este sentido, a más de treinta años de distancia, podemos hoy afirmar que la reforma de 1978, con la institución del *Servizio sanitario nazionale*, ha representado un análogo momento de extrema relevancia para el progreso social de nuestro país.

Debemos al mismo tiempo, sin embargo, constatar que los sistemas de bienestar (*welfare*) en esta última década han sufrido una ulterior y, por muchos aspectos, decisiva evolución.

Principios consolidados en la doctrina se revelan hoy sustancialmente superados. El Derecho de tradición romana había instaurado la supremacía del

¹ NdT: Esto es, tras el proceso histórico de unificación de Italia que tuvo lugar a lo largo del siglo XIX y llevó a la unión de los diversos Estados en que ésta estaba dividida.

buen gobierno en cuanto representativo de un poder investido de la tarea de legislar con buen juicio para prevenir las dinámicas jurídicas, económicas y sociales y dirigir los comportamientos de los individuos, al contrario del Derecho de inspiración anglosajona que se ha movido siempre dentro de la casuística cotidiana consolidándose en vía interpretativa.

Todo lo que sucede cotidianamente a propósito de la protección de la salud demuestra inequívocamente que la regulación de algunas posiciones jurídicas de la persona no se atribuye ya a la potestad de un único legislador sino que asume una dimensión universal y requiere que se compartan pocos, pero fundamentales, principios de carácter general para poder tanto anticiparse a las preguntas que se formularán en el tiempo por parte de la población como dirigir todo tipo de intervención necesaria para resolver aquellas situaciones susceptibles de poner en peligro la colectividad misma.

Nuestro Derecho no se muestra, quizás, el más adecuado para dar respuestas eficaces en este sentido; se abre así la vía a una mayor afirmación de los principios del *common law*: la normativa de derivación internacional y, por cuanto más no afecta, aquella de derivación comunitaria, nos ofrecen una más que clara y compartida prueba de todo ello.

En nuestra tradición jurídica se ha tendido a individualizar el sistema de las garantías, y de las intervenciones a ellas conectadas, partiendo de la interpretación del dictado constitucional.

Pero no se consigue siempre así el objetivo primario: la consideración del individuo, sea como sujeto singular sea en sus formaciones sociales, como sujeto central de la “política”, núcleo vital del desarrollo social, económico y cultural de cualquier comunidad civil.

El respeto de la persona y de su dignidad, dentro de aquella comunidad internacional que para estos principios inspira la propia esencia, la propia razón de ser, representa hoy un valor que va más allá de una mera disposición constitucional.

Los hechos de estos últimos años, desgraciadamente, lo confirman y representan la prueba más tangible de cómo el legislador sensato, capaz en su operar, asume hoy una responsabilidad profundamente diversa de aquella a la que se estaba tradicionalmente acostumbrado. Se precisa partir de las respectivas situaciones jurídicas, de aquellas situaciones que

determinan la afirmación de precisas posiciones jurídicas del individuo entendido como comunidad en la que está dignamente representado.

La protección de la salud es un valor absoluto, unánimemente compartido desde el convencimiento de que sólo su salvaguarda general es la razón preliminar de cualquier otro objetivo conectado.

En la protección de la salud, y por tanto en la protección primaria del individuo y de la comunidad en la que él opera, se determinan los fundamentos del vivir, ante todo, y del vivir civil, en consecuencia.

La protección requiere, sin embargo, un fuerte trabajo de cooperación a nivel internacional. No es suficiente la acción del Estado y, al mismo tiempo, no es suficiente la acción común puesto que, si disminuye la adhesión de un Estado, tal falta puede convertir en vanos los esfuerzos de todos los otros.

Esta es la razón por la que la mera previsión constitucional no representa más la garantía de una efectiva tutela; resulta indispensable compartir estos principios de carácter general por parte de la comunidad internacional y la adhesión común para perseguir determinados objetivos que sólo en el diálogo y en la colaboración recíprocas podrán encontrar una inicial base de realización.

Organizaciones internacionales, tanto gubernamentales como no gubernamentales, deberán operar en esta dirección y los programas concordados, así como las intervenciones que serán tenidas como indispensables, vendrán por tanto asignados a la responsabilidad del propio Estado que, en su interior, deberá trabajar en consecuencia.

En una entrevista, publicada con ocasión del inicio del semestre de presidencia italiana, el Comisario de Salud de la Unión Europea² subrayaba la importancia de la decisión completada, al redactar el borrador de la nueva Constitución europea, de mencionar la Sanidad pública entre los problemas de “*Seguridad común*” que deben ser afrontados conjuntamente por la Unión Europea y los Estados miembros; en el mismo contexto, auspiciaba, por tanto, que la Constitución confería a la Unión un claro mandato para prevenir las enfermedades y mejorar la salud. Advertía, además, que, si bien reconociendo que cada sistema sanitario en Europa es único y hace falta respetar los valores nacionales que representa, es necesario darse

2 David Byrne (2003)

cuenta de que la colaboración transfronteriza es decisivamente útil: cooperar, por tanto, para desarrollar una visión compartida de los sistemas sanitarios que pueda ayudar a organizar los beneficios potenciales de la cooperación, respetando al mismo tiempo las responsabilidades que los Estados tienen en sus respectivos sistemas.

De esto se deduce, por tanto, la exigencia de que el Estado mantenga en cada caso el “gobierno” de la protección de la salud.

Otro problema es el de la organización y la gestión de los servicios sanitarios y la erogación de las prestaciones sanitarias. Dos ámbitos extrañamente interdependientes pero localizados, oportunamente, en niveles diversos.

El papel del Estado está bien definido y no consiente abandonos o tentativas de sustracción de responsabilidad; aquello de los otros sujetos, públicos o privados que sean, empezando por las Regiones y los entes locales, están sometidos a reglas y finalidades de otra naturaleza que, armonizadas en un contexto de plena y leal colaboración, concurren al mismo resultado final representado por la salvaguardia del individuo y su dignidad. A estos últimos se solicita, de hecho, alcanzar los programados y compartidos objetivos de acuerdo con indicios de calidad, eficacia y eficiencia, con el fin de situar la comunidad estatal en condiciones de cumplir con las compromisos adoptados en otros niveles (resultado de una ordinaria administración) si no de representar un instrumento de sensibilización y estímulos ulteriores para una mayor ampliación del sistema de garantías (resultado óptimo).

La última reforma constitucional del 2001 mantiene en poder del Estado, además de la individualización de los principios fundamentales, también la posibilidad de intervenir en cualquier caso en este terreno a través del ejercicio, en vía exclusiva, de las funciones en materia de protección de la competencia y de determinación de los niveles esenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que deben ser garantizados en todo el territorio nacional. En este sentido la Corte constitucional, con la importante sent. n. 282 del 2002 ha aclarado que “no se trata de una ‘materia’ en sentido estricto, si no de una competencia del legislador estatal idónea para cubrir todas las materias, respecto a las cuales el legislador mismo debe poder dictar las normas necesarias para asegurar a todos, en todo el territorio nacional, el disfrute de prestaciones garantizadas, como

contenido esencial de tales derechos, sin que la legislación regional pueda limitarlas o condicionarlas”.

En este sentido, por tanto, las “nuevas materias” de competencia exclusiva del Estado, entre las cuales la protección de la competencia y la determinación de los niveles esenciales (no ya “mínimos” como disponía la precedente normativa del sector) de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que deben ser garantizados en todo el territorio nacional, “no expresa un simple objeto de regulación sino más bien finalidades o valores, exigencias que proteger de manera uniforme”.

La materia “protección de la salud”, también según las consolidadas indicaciones provenientes de las normativas de carácter internacional, y en particular de todo cuanto viene expresado por la propia Organización Mundial de la Salud, debe considerarse que comprende todas las intervenciones destinadas a garantizar la protección de la salud del ciudadano en el sentido más amplio, con referencia no sólo a la sanidad personal, desde un punto de vista físico y psíquico, sino también a la salubridad del ambiente y de los lugares de trabajo, así como a las intervenciones preventivas y rehabilitadoras de cualquier naturaleza.

Pero la calificación constitucional aparece hoy plenamente en línea con las orientaciones que se van consolidando dentro de la propia comunidad internacional: la Organización Mundial de la Salud ha lanzado un proyecto europeo “*la salud para todos*” basado sobre 21 objetivos de salud (“*health target*”) a alcanzar hasta el 2020 para los que se han definido acciones estratégicas y precisos indicadores para monitorizar su puesta en marcha.

Se trata de objetivos que determinan una serie de prioridades, fijadas en planes o programas nacionales, establecidas para los servicios sanitarios con el objetivo no de racionalizar los recursos sino de consentir alcanzar resultados concretos en términos de salud pública para el país en el respeto de las compatibilidades económicas.

Análogamente la Unión Europea ha adquirido mayor relevancia en el campo de la protección de la salud de los ciudadanos europeos especialmente como consecuencia de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam que prevé un nuevo art. 152 (que sustituye al precedente art. 129) dedicado por entero a la sanidad pública, que consiente a la Comunidad adoptar todas las medidas dirigidas a asegurar un nivel elevado de protección de la salud humana. Entre

los sectores de cooperación entre los Estados miembros el artículo menciona no sólo “*enfermedades y grandes calamidades*” sino también, y más en general, todas las causas de peligro para la salud humana, así como el objetivo general de un mejoramiento de la sanidad pública comunitaria.

Hoy, parece evidente que la protección de la salud se encuentre en el centro de las políticas de la UE, directamente e indirectamente implicadas por la producción normativa y reglamentaria comunitaria.

En particular, la UE tiene la obligación jurídica de proteger la salud pública en todas sus políticas y actividades, comprendida aquí la legislación que regula el mercado único europeo de los bienes y servicios.

La UE se está revelando, cada vez más, como un sujeto de referencia para las políticas aptas para mejorar la salud y prevenir las enfermedades, reuniendo a los Estados europeos en un debate sobre las estrategias para afrontar problema como la obesidad o el abuso de alcohol, o promoviendo iniciativas como la colaboración (*partnership*) europea para la lucha contra el cáncer.

Como confirmación de esta tendencia, el 9 de noviembre de 2011 la Comisión ha adoptado una propuesta legislativa relativa al 3º programa plurianual: Salud para el crecimiento (2014-2020). El nuevo programa ayudará a los Estados de la UE a afrontar los desafíos económicos y demográficos a los que deben hacer frente sus sistemas sanitarios, permitiendo a la población vivir más y en buena salud.

Los aspectos sobre los que la Unión ha dirigido recientemente su atención están conectados con la exigencia de una reforma de los sistemas sanitarios europeos que tenga en cuenta los cambios demográficos y sociales y permita a los Estados europeos ofrecer servicios de asistencia sanitaria más sostenibles y favorecer la innovación en el sector, mejorar la salud pública, continuando con la cooperación para proteger a los ciudadanos de las amenazas sanitarias internacionales.

Aún más recientemente ha intervenido el Reglamento (UE) n. 282/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2014 sobre la institución del tercer programa de acción de la Unión en materia de salud (2014-2020). Esta norma ha puesto el acento sobre la exigencia de implicar mayormente a los pacientes, mejorando entre otras cosas la

alfabetización sanitaria, de modo que gestionen más activamente la propia salud y los tratamientos que sean prestados, prevengan la mala salud y ejecuten elecciones informadas. A este fin se ha considerado oportuno optimizar la transparencia de las actividades y de los sistemas sanitarios, así como el acceso de los pacientes a informaciones fehacientes, independientes y de fácil comprensión. Las praxis sanitarias deben comprender el *feedback* de los pacientes y la comunicación con los mismos. Además se considera que el apoyo a los Estados miembros, organizaciones que reagrupan a los pacientes y sujetos interesados, sería esencial y debería ser coordinado a nivel de la Unión para poder contribuir de manera eficaz a ayudar a los pacientes, en particular aquellos afectados de enfermedades raras, a beneficiarse de la asistencia sanitaria transfronteriza.

Por tanto, también de acuerdo con tales extensiones de protección, la política sanitaria de la UE parece mirar en todo este entramado para garantizar a todas las personas que vivan en la UE el acceso a una asistencia sanitaria de calidad.

Y esto principalmente a través de la prevención de las enfermedades, la siempre más relevante promoción de un estilo de vida más sano, así como la protección de las personas de las amenazas a la salud.

No se olvide la cuestión de la definición del derecho a la protección de la salud, de qué deba entenderse y de por qué la comunidad deba comprometerse a alcanzar su propia finalidad.

El propio hecho de que el legislador haya intentado varias veces encuadrarlo en términos jurídicos propositivos representa una evidente limitación. Sólo la comunidad es depositaria de una definición absoluta en cuanto que el legislador puede realizar una racionalización proporcionada a los recursos que intenta emplear y únicamente con tal finalidad. Se trata de definir un principio que va más allá del dato legislativo y que asume connotaciones profundamente diversas de acuerdo con los términos supranacionales de referencia.

La Organización Mundial de la Salud hace ya más de cuarenta años hablaba de “condición de completo bienestar físico, mental y social”, y no simplemente de ausencia de enfermedad o dolencia; la propia Corte constitucional, consolidando una jurisprudencia que encuentra sus orígenes en las primeras sentencias de los años ochenta, define el derecho a la protección de la salud como un “derecho primario y fundamental”

que impone “plena y exhaustiva protección”. Tal protección se articula, siempre de acuerdo con la Corte, en situaciones jurídicas subjetivas diversas en sintonía con la naturaleza y el tipo de protección que el ordenamiento constitucional asegura al “bien de la integridad y del equilibrio físico e psíquico de la persona humana en conexión con las relaciones jurídicas que en concreto atañe”.

El derecho a la protección de la salud, por tanto, exige una “plena y exhaustiva protección”: el problema surge, entonces, con la concreción de su contenido y la modalidad de garantía desde el momento en que, como ya se ha subrayado en otras sedes, la formulación final del art. 32 hace emerger con gran claridad los caracteres de generalidad y de unidad que caracterizan los principios expresados. El artículo es inspirado en dos conceptos fundamentales: aquel que impregna toda nuestra Constitución, por el que es función del Estado promover el desarrollo de la persona humana, como elemento fundamental del bien común, y aquel que define la salud no ya como un bien individual, sino como un bien en el que coinciden fines individuales y fines sociales. Particular mérito de la Constitución italiana, de hecho, es aquel de haber atribuido relieve constitucional a los intereses conectados con la salud de los ciudadanos, poniendo así las premisas de una completa tutela.

La Corte vuelve sobre este punto, y amplía el alcance de la plenitud y exhaustividad de la protección no sólo en el ámbito privatista sino también en el ámbito publicista. “La protección de la salud concierne, dice la Corte, a la general y común aspiración del individuo a condiciones de vida, de ambiente y de trabajo que no pongan en riesgo este su bien esencial”. E implica, por ello, no sólo situaciones activas de ejercicio de un derecho, sino que comprende también el deber de no dañar ni poner en riesgo con el propio comportamiento la salud ajena. Se trata de una progresiva evolución de aquella jurisprudencia que llevará, por ello, a la Corte a determinar la noción, aunque no bien definida, de la necesaria protección de un “núcleo esencial de la posición protegida”. Se teoriza, de hecho, el principio de que, no obstante no se ha concedido a la Corte sobreponer las propias valoraciones de mérito a aquellas que corresponden y están reservadas al legislador en las determinaciones dirigidas a predisponer los medios necesarios para hacer frente a las obligaciones del Estado en la materia de los llamados derechos sociales —puesto que sólo desde el momento en que el legislador está constitucionalmente habilitado para cumplir con las apreciaciones necesarias para componer el equilibrio

del balance de las elecciones de compatibilidad y de relativa prioridad en las que se sustancian las políticas sociales del Estado—, a la propia Corte le compete pues garantizar la medida mínima esencial de protección de las situaciones subjetivas que la Constitución califica como derechos, medida mínima bajo la que se determinan, con la elusión de los preceptos constitucionales, la violación de tales derechos.

El actual debate se encuentra focalizado principalmente sobre la definición de los roles que deben ser atribuidos a los diversos sujetos necesariamente implicados en el concreto desarrollo del principio constitucional.

En particular va delineándose una orientación de compromiso entre las dos tendencias tradicionalmente presentes en el debate sobre el tema, una de carácter esencialmente estatal que en el intento de limitar de hecho cuanto más posible el ámbito de intervención de los sujetos externos tiende a atribuir la intervención prioritaria al sujeto público; la otra, de cuño puramente liberal, que, ante el intento de limitar la ingerencia prevalente en tales sectores de la componente política, pretende implicar junto a los públicos otros sujetos de diversa guisa interesados en participar en un sistema caracterizado por una pluralidad de contenidos sociales, económicos y de tipo emprendedor.

Tras más de sesenta años de distancia se retoma aquel rico debate perfilado en sede de Asamblea constituyente y que en el específico sector de la protección de la salud veía, de un lado, aquellos que entendían que la intervención pública en el sector tendría que haber mantenido un papel integrador respecto a la iniciativa privada y, del otro, quien, al contrario, entendía que la identificación de la salud como una condición necesaria para el pleno desarrollo de la persona humana prefiguraba una extensión de la intervención pública en el sector dirigida a garantizar la satisfacción para todos los individuos, prescindiendo de condiciones personales de indigencia; la adopción de “tal perspectiva influía también sobre la reformulación del papel de la intervención pública respecto a aquella de la sociedad, a través de la atribución a ésta de una tarea no ya episódica o integradora, sino de garantía en la protección de un fundamental derecho personal”.

Hoy se trata de dar concreto desarrollo al principio de subsidiariedad, definitivamente introducido, como se ha precedentemente recordado, en el ordenamiento comunitario a través del Tratado de

Maastricht, después recogido, en vía de principio, en nuestro sistema jurídico por obra de la primera ley de reforma administrativa en sentido federal conocida como *Bassanini uno*.

También en el actual sistema de asistencia sanitaria es más que nunca necesario, con gradualidad y manteniendo en cualquier caso el gobierno del sistema en mano pública, proceder a la introducción de tal principio de subsidiariedad desarrollando cada energía útil para la realización de un sistema sanitario eficaz y eficiente.

Para este propósito parece del todo apropiado recordar las palabras pronunciadas recientemente (en el curso de una audiencia concedida a la *Associazione Nazionale Comuni Italiani*, en el *Avvenire* de 13 de marzo de 2011) por Su Santidad Benedicto XVI para el que “la subsidiariedad es antes que nada una ayuda a la persona, a través de la autonomía de los cuerpos intermedios.

Tal ayuda viene ofrecida cuando la persona y los sujetos sociales no logran alcanzarla por sí misma e implica siempre una finalidad emancipadora, porque favorece la libertad y la participación en cuanto asunción de responsabilidad”.

Se trata, en sustancia, de un principio particularmente eficaz para gobernar la globalización y para orientarla hacia un verdadero desarrollo humano: “el principio de subsidiariedad va mantenido extrañamente conectado con el principio de solidaridad y viceversa, porque si la subsidiariedad sin la solidaridad cae en el particularismo social, es igualmente cierto que la solidaridad sin la subsidiariedad lleva al asistencialismo que humilla al portador de la necesidad”.

Se trata de observaciones de la máxima actualidad y relevancia, que están hoy en el centro del debate nacional y sobre todo local también en consideración del redimensionamiento de los servicios sociales y sanitarios garantizados al ciudadano.

No cabe duda de que una revisión de los niveles esenciales conducida de conformidad con la cantidad de los recursos disponibles incidirá de manera extremadamente significativa a nivel local; a las mismas administraciones municipales se les exigirá individualizar nuevas e idóneas modalidades de gestión y atribución de determinados servicios. En este caso hago referencia, en particular, a los servicios de

carácter social. Pero las regiones tendrán que confrontarse con la misma problemática por cuanto se refiere a las prestaciones de carácter sanitario.

Las prestaciones de carácter social y sanitario se arriesgan a ser sensiblemente penalizadas, y esto también más allá de las innovaciones que deberán ser introducidas en sede de desarrollo del federalismo fiscal, si esto viene así establecido de cuanto hasta la fecha ha sido objeto de regulación.

Así, pues, la subsidiariedad encontrará modo de expresarse completamente y la interrelación entre público y privado será capaz de dar una respuesta en tiempos breves y compartidos para exigencias inmediatas y no ulteriormente revisables.