

SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.

Juan Pemán Gavín

Sumario. I. PRELIMINAR.. II. DESARROLLOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. III. EL DERECHO COMPARADO. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE ALGUNOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. 1. Introducción. 2. El caso de Sudáfrica. Las sentencias de su Tribunal Constitucional de 27 de noviembre de 1997 y de 5 de julio de 2002. 3. La jurisprudencia constitucional en torno al derecho a la salud en algunos países europeos: Alemania, Francia e Italia. 4. Observaciones de conjunto. IV. SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN ESPAÑA: LA EXPERIENCIA RECIENTE. 1. Introducción. La falta de una doctrina referida específicamente al derecho a la salud en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. 2. Los avances en el terreno legislativo (A): la asistencia sanitaria. 3. Los avances en el terreno legislativo (B): la salud pública. V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. PRELIMINAR.

La Constitución de 1978 consagró el derecho a la protección de la salud mediante una fórmula concisa y sin duda abierta a una interpretación gradual o progresiva y adaptable a las cambiantes circunstancias de cada momento histórico. “Se reconoce el derecho a la protección de la salud”, dice lacónicamente el art. 43 CE en su apartado 1; reconocimiento que se ubica en el marco sistemático del Capítulo III del Título I, de efectos normativos menos intensos, como es bien sabido, que los derechos consagrados en el Capítulo II, y que se complementa con algunos mandatos adicionales de contenido igualmente muy abierto (apartados 2 y 3).¹

¹ El contenido de los apartados 2 y 3 es el siguiente:

“2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y

Mediante este precepto constitucional quedó reflejado en la norma que encabeza nuestro ordenamiento jurídico el compromiso político y jurídico de los poderes públicos con la protección de la salud de la población, tanto en su vertiente colectiva como en la individual. Un compromiso que se había ido asumiendo ya de manera paulatina a lo largo de las décadas anteriores a la promulgación de la Constitución y que había tenido plasmación ya entonces en el ámbito internacional y en el del Derecho comparado, ámbitos ambos en los que la tendencia al reconocimiento del derecho a la protección de la salud podía considerarse consolidada.

La invitación a participar en el número extraordinario de la Revista Derecho y Salud que conmemora

servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”.

ra los 15 años de su ya consolidada y fecunda andadura, me ofrece una ocasión oportuna para realizar una reflexión de conjunto en torno a este derecho, sobre la base de la perspectiva ya amplia que proporciona el transcurso de tres décadas desde la promulgación de la Constitución, y teniendo en cuenta especialmente lo sucedido durante el tiempo de vida de esta Revista. En concreto, me propongo subrayar algunas de las novedades producidas en los últimos años que inciden sobre el disfrute efectivo de este derecho constitucional; novedades que entre nosotros se han producido más en el ámbito legislativo que en el de la jurisprudencia constitucional, escasamente activa en este punto como tenderemos ocasión de constatar. Pero junto a ello, me parece interesante también volver la mirada sobre lo que sucede fuera y ofrecer algunos referentes de interés sobre el tema desde la óptica del Derecho comparado –con el objetivo de enriquecer el análisis y ampliar nuestro ángulo de visión– así como apuntar algunos datos novedosos que presenta la materia en la esfera del Derecho Internacional de los derechos humanos. Una esfera ésta última que no puede decirse en modo alguno que nos resulte externa o ajena, habida cuenta de nuestra vinculación a diversos Tratados internacionales que reconocen el derecho a la salud y habida cuenta también de la eficacia interpretativa indirecta que tales Tratados tienen en nuestro ordenamiento jurídico de conformidad con lo dispuesto por el art. 10.2 de nuestra Constitución.

Nos ocuparemos en primer lugar de este último aspecto (Epígrafe II), para abordar luego la cuestión en el Derecho comparado, con un planteamiento necesariamente selectivo al respecto (Epígrafe III), y, por último, nos centraremos en la experiencia española reciente en torno a la materia (Epígrafe IV).

II. DESARROLLOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

A. La preocupación por la salud, como bien fundamental de la persona humana, aparece reflejada ya en el artículo 25.1 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948, en el que se contemplan –a través de una formulación conjunta y condensada–

diversos derechos humanos referidos a la esfera económico-social². Pero dicha preocupación encontraría una plasmación más explícita y precisa en la codificación general de derechos humanos que llevaron a cabo los Pactos de Nueva York de 1966. Concretamente en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*³, cuyo artículo 12 se refiere específicamente al derecho a la salud en los siguientes términos:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute

² En dicho precepto se establece que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudedad, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

Téngase en cuenta, por otro lado, que un poco antes (año 1946) la Constitución de la Organización Mundial de la Salud había proclamado en su Preámbulo que el “goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”, mediante una proclamación que, unida al generoso concepto de salud que incorpora dicho texto (“un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”), buscaba obviamente no tanto desplegar efectos jurídicos concretos sino fijar un objetivo político ambicioso para la Organización que incorporaba además una indudable carga de utopismo.

³ Recuérdese que la codificación general de los derechos humanos acometida por Naciones Unidas se llevó a cabo a través de dos Tratados internacionales independientes –sin perjuicio de que se elaboraran y aprobaran de forma paralela– uno referido a los denominados “derechos civiles y políticos” y otro referido a los denominados “derechos económicos, sociales y culturales”. Con la entrada en vigor de estos textos, que no se produciría hasta 1976, quedó cerrado un largo proceso dirigido a dar eficacia jurídica a los derechos humanos contemplados en la Declaración de 1948 –que tuvo como es bien sabido un extraordinario valor político y moral pero que carece de efectos jurídicos directos–, y a concretar su contenido. En virtud de los dos Pactos Internacionales de 1966 los derechos humanos proclamados en 1948 quedaron incorporados a Tratados internacionales que vinculan a todos los Estados parte en los mismos. El número de ratificaciones obtenida por estos Tratados es hoy ciertamente elevado: por lo que se refiere al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales son en la actualidad 159 los Estados lo han ratificado (según datos actualizados a julio de 2008) lo que conlleva un porcentaje muy alto de los miembros de Naciones Unidas. España ratificó ambos Pactos mediante sendos instrumentos de ratificación de 27 de abril de 1977 (BOE de 30 de abril de 1977).

del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños.

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente.

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas.

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

Pero junto a esta consagración general del derecho a la protección de la salud, ha habido otros Tratados internacionales sobre derechos humanos que han incorporado también este derecho, si bien con un ámbito de proyección más limitado. Así cabe citar, por lo que se refiere a los instrumentos de carácter regional, la *Carta Social Europea* de 1961 (apartados 11 y 13 de su Parte I y artículos 11 y 13 de su Parte II), la *Carta Africana de derechos del hombre y de los pueblos* de 1981 (art. 16) y el *Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos* en materia de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado en San Salvador en 1988 (art. 10). Y por lo que se refiere a los Tratados de proyección universal pero referidos a grupos determinados de población son de destacar la *Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 1979 (art. 11.1.f y art. 12), la *Convención sobre los derechos del niño* de 1989 (art. 24) y la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* de 2006 (art. 25)⁴.

4 Tanto la *Carta Social Europea* como las tres *Convenciones de Naciones Unidas* citadas en último lugar (la de 1979 contra la discriminación de la mujer, la de 1989 sobre los derechos del niño y la de 2006 sobre derechos de las personas con discapacidad) han sido ratificadas por España, de modo que vinculan al Estado español y forman parte de nuestro ordenamiento jurídico

B. De todas estas formulaciones del derecho a la protección de la salud, -en las que puede identificarse un núcleo común pero también matices específicos en cada caso- nos interesa reparar de modo particular en la contenida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales habida cuenta del ámbito universal de su proyección y de la ya dilatada experiencia habida en su interpretación y aplicación. En concreto, procede preguntarse por los instrumentos que se contemplan para garantizar la efectividad de este derecho así como por el contenido concreto que el mismo ha alcanzado en la praxis aplicativa que ha tenido durante los años de vigencia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC). Un Tratado éste que, junto con el relativo a los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) -hermano gemelo o quizás mejor “mellizo” del PIDESC-, continúa ocupando sin duda una posición de especial relevancia dentro de la ya ingente obra de Naciones Unidas en favor del reconocimiento y protección de los derechos humanos⁵.

Por lo que se refiere a los mecanismos que se contemplan para garantizar la efectividad del derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 12 del PIDESC, son los que genéricamente se establecen para los derechos reconocidos en dicho Tratado que, como es sabido, no son particularmente contundentes o enérgicos en la medida en que están vinculados a los procedimientos propios del Derecho Internacional clásico o tradicional, escrupulosos con el respeto a la soberanía de los Estados.

Al respecto interesa subrayar en primer lugar, la formulación general que se contiene en el art. 2 del

conforme a lo dispuesto por el art. 96 CE. Por lo que se refiere a la *Convención sobre derechos de las personas con discapacidad*, España ha ratificado también su *Protocolo facultativo relativo a las competencias del Comité sobre derechos de las personas con discapacidad*.

5 No se olvide que, junto a la eficacia normativa directa que es propia de todos los Tratados internacionales ratificados por España (art. 96 CE), en materia de derechos humanos tales Tratados tienen también un valor interpretativo de nuestro Derecho positivo dado que, de acuerdo con el art. 10.2 CE “las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos sobre las mismas materias ratificados por España”.

PIDESC sobre las obligaciones derivadas del mismo para los Estados Parte, que presenta matices claramente diferenciados respecto a la formulación que realiza el precepto correspondiente del otro Pacto, el de Derechos Civiles y Políticos (también en su art. 2). En el art. 2 del PIDESC sí, por un lado, queda clara la obligación de los Estados de “adoptar medidas [...] para lograr [...] por todos los medios apropiados [...] la plena efectividad de los derechos” reconocidos en el Pacto, no deja de admitirse la existencia de condicionamientos fácticos con efectos limitativos de tales medidas (las obligaciones asumidas alcanzan “hasta el máximo de los recursos de que disponga” cada Estado parte) ni se elude tampoco admitir que el avance hacia la plena efectividad de los derechos ha de producirse en términos de gradualidad (el adverbio *progresivamente* matiza la referencia al logro de la plena efectividad de los derechos)⁶.

Y por otro lado debemos dejar constancia de que, en relación con los derechos reconocidos en el PIDESC, no sólo no existe un órgano de naturaleza jurisdiccional que garantice su efectividad -lo que es ajeno por completo al sistema de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas-, sino que tampoco es posible interponer denuncias individuales ante órganos *ad hoc* frente a las vulneraciones que los Estados realicen de los derechos que se han compro-

metido a respetar. Lo cual contrasta con lo que acontece en el ámbito de los derechos reconocidos en el PIDCP, donde es factible dicha posibilidad frente a todos los Estados que han ratificado el Protocolo facultativo del PIDCP sobre el Comité de Derechos Humanos. Protocolo facultativo que regula la presentación de tales denuncias individuales ante el mencionado Comité, que es un órgano integrado por 18 expertos independientes al que se encomiendan las funciones de control del cumplimiento por los Estados Partes de sus obligaciones⁷. Al no existir esta posibilidad en relación con los derechos económicos y sociales -por el momento no han cuajado los intentos de elaborar en relación con los mismos un Protocolo facultativo sobre presentación de denuncias individuales-, las fórmulas de control del cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones asumidas en virtud del PIDESC quedan limitadas a la exigencia que asumen los Estados de presentar *informes periódicos* sobre el grado de cumplimiento de tales obligaciones. Informes que deben reflejar “las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos” (art. 16.1 PIDESC) y que se presentan ante el Secretario General de Naciones Unidas para

⁶ La redacción del apartado 1 de este art. 2, no es particularmente feliz, como puede comprobarse:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive, en particular, la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Por su parte, el apartado 2 formula con mayor claridad la regla de la no discriminación en el disfrute de los derechos al decir que “los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian sin discriminación alguna por motivos de raza, color [...]”.

En contraste evidente con el art. 2.1 del PIDESC y en coherencia con la diferente naturaleza de los derechos reconocidos, el art. 2.1 del PIDCP establece que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color [...]”.

⁷ El Comité de Derechos Humanos fue creado y regulado por el propio PIDCP (arts. 28 y ss.), en el que se le atribuye la competencia para conocer de los informes que han de presentar los Estados sobre el cumplimiento de sus obligaciones (art. 40) así como, con carácter voluntario para los Estados Partes que lo acepten, la competencia para conocer de las comunicaciones que presente un Estado Parte presente frente a otro Estado Parte (art. 41). Junto a estos dos mecanismos, la posibilidad de presentación de denuncias individuales (“comunicaciones de individuos”) se contempla de forma separada en el Protocolo facultativo primero al PIDCP, aprobado por la Asamblea General de manera simultánea al Pacto, el 16 de diciembre de 1966, que regula la posibilidad del Comité de “recibir y considerar comunicaciones de individuos” que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte en el Protocolo facultativo y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de uno de los derechos reconocidos en el PIDCP (art. 1). España se adhirió a este Protocolo facultativo mediante instrumento de 17 de enero de 1985. Una exposición de las funciones de control encomendadas al Comité de Derechos Humanos puede encontrarse en J. A. PASTOR RIDRUEJO, Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales, Tecnos, Madrid, 9ª ed., 2003, pp. 201-203, M. DÍEZ DE VELASCO, Instituciones de Derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid, 15ª ed., 2005, pp. 647-649, M. CASTILLO, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 70-74

que los transmita al Consejo Económico y Social y, en su caso, a los organismos especializados interesados (art. 16.2)⁸.

No obstante, debe señalarse que un cierto impulso en las fórmulas de control del cumplimiento por los Estados de las obligaciones dimanantes del PIDESC se produjo a raíz de la creación en 1987 de un órgano *ad hoc*, especializado en vigilar la aplicación de dicho Pacto y, de modo particular, en conocer los informes periódicos que presentan los Estados: el denominado “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (CODESC), que está configurado con características análogas al Comité de Derechos Humanos⁹. Dicho órgano, formado también por 18 expertos independientes y con sede en Ginebra, ha desarrollado una importante labor en la orientación del cumplimiento de los Estados de su obligación de presentar informes y en el control de los informes presentados y, con ello, del cumplimiento de los contenidos del Pacto mismo. El examen de cada informe por el Comité se desarrolla en diálogo con el Estado concernido (un diálogo que se califica “constructivo” en los documentos del propio Comité) y termina con la formulación y publicación de unas “observaciones finales” que reflejan las conclusiones a las que ha llegado el Comité sobre el grado de aplicación del Pacto por el Estado en cuestión y recogen tanto los aspectos positivos como las dificultades detectadas y los principales motivos de preocupación

para el Comité, formulándose asimismo sugerencias y recomendaciones¹⁰. En dichas observaciones cabe la posibilidad de que se llegue a la conclusión de que el Estado ha vulnerado algunos contenidos del Pacto en cuyo caso el Comité insta al Estado incumplidor a que corrija su actuación¹¹.

Por otro lado, es importante subrayar que el trabajo de supervisión desarrollado por el Comité y la experiencia que ha ido acumulando se ha plasmado en la redacción, a partir de 1989, de diversos documentos interpretativos que han ido precisando el contenido y alcance de diversos preceptos del PIDESC. Se trata de los documentos de “Observaciones generales” (*General Comments*), a través de los cuales el Comité ha pretendido orientar a los Estados Parte en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Pacto y clarificar los objetivos del mismo y la interpretación que debe darse a sus contenidos¹². Entre estos documentos, destaca sin duda, por su proyección general, la *Observación general n° 3*, de 14 de febrero de 1990, relativa “La índole de las obligaciones de los Estados partes” en la que el Comité matizó la interpretación que debe darse al art. 2.1 PIDESC antes citado: en particular llamó la atención sobre la necesidad de evitar las interpretaciones que conduzcan a minimizar el carácter vinculante de los preceptos del Pacto y subrayó que cada uno de los

⁸ El primero de estos informes debe presentarse a los dos años de la ratificación del Pacto por el correspondiente Estado y, con posterioridad, cada cinco años. Sobre los objetivos y el contenido que deben tener los informes presentados por los Estados Partes, véase la Observación General n° 1 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, de 24 de febrero de 1989. El mismo Comité ha elaborado unas instrucciones de alcance más concreto en el documento Revised general guidelines regarding the form and contents of reports to be submitted by states parties de fecha 17 de junio de 1991.

⁹ Creado formalmente por Resolución del Comité Económico y Social de 28 de mayo de 1985, dicho órgano no entró en funcionamiento de modo efectivo hasta 1987. A diferencia del Comité de Derechos Humanos, el CODESC no es por tanto un órgano creado en virtud de un Tratado, sino por decisión del Consejo Económico y Social, para desempeñar las funciones de supervisión que al mismo le atribuye el Pacto. Es por tanto un órgano subsidiario del Consejo Económico y Social y su autoridad emana de este órgano.

¹⁰ Sobre el *modus operandi* concreto que ha venido siguiendo el Comité en su examen de los informes, véase el interesante folleto editado por el Comité en 1996 (Folleto informativo n° 16, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ginebra, agosto de 1996). Es de destacar asimismo que desde 1993 el Comité admite la información presentada por organizaciones no gubernamentales.

¹¹ Las observaciones que formula el Comité, y en particular sus sugerencias y recomendaciones no son jurídicamente vinculantes, pero reflejan la opinión del órgano especializado en velar por el cumplimiento del Pacto. Órgano que no carece por supuesto de una considerable auctoritas y una cierta capacidad de influencia sobre los Estados.

¹² La Observación n° 1 de 1989, ya citada, se ocupó de la presentación de Informes por los Estados parte. La n° 2, de 1990, se refirió a las medidas de asistencia técnica internacional (art. 22 del Pacto). El texto de las 15 primeras Observaciones generales puede encontrarse en el documento Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos publicado por el Consejo Económico y Social en 2004 y accesible a través de la página <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>.

derechos reconocidos en el mismo tienen un “núcleo mínimo” (*minimum core*) que los Estados no pueden desconocer¹³.

C. Entre los documentos de Observaciones Generales elaborados por el Comité, uno de ellos se ha referido precisamente al derecho a la protección de la salud. Se trata de la Observación General n° 14, de fecha 11 de agosto de 2000, en la que el Comité condensó su experiencia en la materia y fijó unas pautas interpretativas generales sobre las obligaciones derivadas para los Estados del art. 12 del PIDESC¹⁴.

13 En efecto, el CODESC ha venido llamando la atención sobre la necesidad de evitar las interpretaciones del art. 2.1 PIDESC que minimicen el carácter vinculante de los compromisos derivados del Pacto para los Estados y priven de todo contenido significativo a las obligaciones impuestas por el mismo. En este sentido, deben subrayarse las indicaciones que se contienen en la citada Observación general n° 3 de 1990.

En este documento el Comité admite el contraste con el art. 2.1 del PIDCP que impone una “obligación inmediata de respetar y garantizar” los derechos reconocidos en dicho Pacto y se refiere al concepto de “progresiva efectividad” que se refleja en el art. 2.1 del PIDESC. Tal concepto implica, a juicio del Comité, el reconocimiento de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales “no podrá lograrse en un breve período de tiempo” y conlleva la necesaria “flexibilidad” para admitir los condicionamientos del mundo real y las dificultades que implica para cada país asegurar dicha efectividad plena. No obstante, ello “no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo”. Por el contrario, sigue diciendo el Comité, hay algunas exigencias de carácter inmediato que se imponen a los Estados:

a) éstos asumen la obligación de proceder lo más rápida y eficazmente posible para lograr esa efectividad; en concreto deben adoptar medidas “deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto” en un plazo “razonablemente breve” tras la entrada en vigor del Pacto para cada Estado;

b) existe una obligación de asegurar por los menos un núcleo mínimo en la satisfacción de los derechos (una *minimum core obligation* según la versión inglesa original del documento, unos “niveles esenciales” de satisfacción de los derechos en la versión española del mismo)—lo que se ilustra con algunos ejemplos (los alimentos esenciales, las formas más básicas de enseñanza, la atención primaria de salud esencial)—, pues si el Pacto pudiera interpretarse de manera que no impone ninguna obligación mínima carecería en gran medida de su razón de ser (*it would be largely deprived of its raison d'être*);

y c) las medidas de carácter regresivo en relación con los derechos reconocidos sólo pueden admitirse si tienen una justificación por referencia a la totalidad de los derechos reconocidos por el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.

14 Reproduzco aquí, para comodidad del lector, el contenido de este precepto.

Aunque no es ésta la ocasión para exponer de manera exhaustiva el contenido de este documento —cuyos detalles pueden remitirse al texto mismo¹⁵—, sí que creo oportuno destacar algunos de los aspectos más significativos que aporta.

1. El Comité interpreta el derecho a la salud como un derecho de contenido complejo que engloba no sólo el derecho a una asistencia sanitaria oportuna y adecuada (*timely and appropriate health care*), sino que también se extiende a los determinantes básicos de la salud, tales como el acceso al agua limpia y potable y al saneamiento, la vivienda adecuada, el suministro adecuado de alimentos sanos, las condiciones saludables de trabajo y medio ambiente, etc. En todo caso, el Comité advierte que el derecho a la salud no puede entenderse como un *derecho a estar sano*, dado que el Estado no puede otorgar protección frente a todas las causas posibles de la mala salud del ser humano (sobre la que inciden, entre otros factores, las condiciones genéticas, la propensión individual a determinadas enfermedades, o la adopción de estilos de vida insanos o arriesgados por parte de cada persona). Por ello el Comité subraya la dimensión de relatividad o flexibilidad presente en la formulación del art. 12 PIDESC: la referencia al “más alto nivel posible” de salud pretende tener en cuenta tanto las precondiciones biológicas y socioeconómicas de cada persona como los recursos con los que cuenta cada

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños.

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente.

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas.

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

15 Observación general n° 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 de agosto de 2000 (E/C. 12/2000/4). Resulta conveniente en todo caso manejar también la versión original del documento en inglés, dado que la versión española no siempre es acertada.

Estado. En coherencia con ello, el derecho a la salud debe entenderse como el derecho al “disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”¹⁶.

2. Como no podía ser de otra manera, el Comité reconoce la discrecionalidad que corresponde a cada Estado para adoptar las medidas que juzgue más apropiadas para que todas las personas disfruten de ese nivel más alto de salud en atención a sus circunstancias específicas. También reconoce, tal como exige el art. 2 del Pacto antes citado, los condicionamientos que derivan de la limitación de recursos disponibles y la necesidad de avanzar de manera progresiva hacia la plena efectividad del derecho a la salud. Pero ello no le impide subrayar, en línea con las pautas plasmadas anteriormente en la Observación General n° 3¹⁷, la existencia de obligaciones de efecto inmediato, como la garantía de no discriminación y la exigencia de adoptar medidas “deliberadas y concretas” dirigidas a la plena realización de este derecho¹⁸. Y subraya asimismo la presunción de que no son permisibles las medidas regresivas en relación con el derecho a la salud, salvo que el Estado que las adopte aporte una justificación suficiente para ello¹⁹.

3. Importante me parece también la identificación de algunas condiciones generales que deben reunir los establecimientos y servicios públicos de salud en su sentido más amplio (no sólo, por tanto los de asistencia sanitaria, sino también los de salud pública). El documento exige una *disponibilidad* de tales establecimientos y servicios (lo que se traduce en una oferta suficiente de tales servicios), la *accesibilidad*

de los mismos (que implica la no discriminación, la accesibilidad física, la accesibilidad económica y el acceso a la información), su *aceptabilidad* (deben ser respetuosos con la ética médica y culturalmente adecuados, es decir, respetuosos también con la cultura de las personas y de las minorías y sensibles a las circunstancias del género y del ciclo de la vida), y su *calidad* (adecuados desde el punto de vista científico y médico)²⁰.

4. Por otro lado, de nuevo en línea con las pautas plasmadas en la Observación General n° 3, el Comité ofrece una concreción de los niveles mínimos de protección de la salud que los Estados están obligados a garantizar (apartado 43)²¹. En este sentido se mencionan, entre otros aspectos, el acceso a los servicios de salud en condiciones de no discriminación, con especial consideración de los grupos vulnerables o marginados, la alimentación esencial mínima, el acceso a los medicamentos esenciales según el Programa de Acción de Medicamentos Esenciales de la OMS, la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, etc.

5. Junto a ello, se considera también obligatorio para los Estados la existencia de mecanismos de recurso efectivos frente a las vulneraciones del derecho a la salud, al indicarse que toda persona o grupo “que sea víctima de una violación del derecho a la salud deberá contar con recursos judiciales efectivos u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional” (apartado 59)²².

6. Por último, debe destacarse que el documento se ocupa también de las obligaciones interna-

16 Vid. los apartados 8, 9 y 11 del documento.

17 Vid. al respecto lo indicado supra nota 17

18 La relación de medidas que se incluyen en el apartado 2 del art. 12 tiene un alcance meramente ejemplificativo: su objetivo es identificar algunos ejemplos que sirvan de orientación a los Estados sobre las medidas que deben adoptar para hacer efectivo el derecho a la salud (apartado 13).

19 Vid. apartados 30, 31, 32 y 53. En relación con las medidas de contenido regresivo afirma que “corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles por cada Estado Parte”.

20 Vid. la explicación de estas condiciones generales en el apartado 12 del documento.

21 Recuérdese, en efecto, que, según expusimos supra (nota 13) en su Observación General n° 3 el Comité de Derechos Humanos declaró que existe una obligación mínima de asegurar por los menos unos “niveles esenciales” (minimum core) en la satisfacción de los diversos derechos reconocidos en el PIDESC.

22 A ello se añade que “todas las víctimas de esas violaciones deberán tener derecho a una reparación adecuada, que podrá adoptar la forma de restitución, indemnización, satisfacción o garantías de que no se repetirán los hechos. Los defensores del pueblo, las comisiones de derechos humanos, los foros de consumidores, las asociaciones en pro de los derechos del paciente o las instituciones análogas de cada país deberán ocuparse de las violaciones del derecho a la salud”.

cionales de los Estados en relación con el derecho a la salud, sobre la base de la declaración general contenida en el art. 2.1 del PIDESC en virtud de la cual las medidas conducentes a la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales han de adoptarse separadamente por cada Estado o bien “mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas”. A tal efecto se refiere (apartados 38 a 42), entre otras, a las siguientes exigencias: a) los Estados tienen la obligación, de acuerdo con las normas internacionales generales y hasta el máximo de su capacidad, de prestar ayuda en casos de desastre y asistencia humanitaria en situaciones de emergencia así como de asistir a los refugiados y desplazados, lo que incluye la ayuda médica; b) los Estados Partes deben abstenerse de imponer embargos o medidas análogas que restrinjan el suministro a otro Estado de medicamentos y equipos médicos, de modo que no puede utilizarse la restricción de estos bienes como medio de ejercer presiones políticas o económicas; y c) los Estados Partes deben respetar el disfrute del derecho a la salud en otros países así como impedir que terceros vulneren este derecho en otros países siempre que puedan ejercer influencia sobre ellos por medios legales o políticos.

Desde la publicación de la Observación General nº 14 existe por tanto lo que puede considerarse una doctrina oficial sobre el contenido del art. 12 PIDESC, de modo que los Estados disponen de unas pautas concretas que les orientan sobre las obligaciones que para los Estados derivan del mismo. Pero ello no es óbice para reconocer que la plena efectividad del derecho a la protección de la salud es una meta todavía muy lejana. Reconocimiento que hace el propio documento al subrayar (apartado 5) que el pleno disfrute del derecho a la salud continúa siendo un objetivo remoto e, incluso, para las personas que viven en la pobreza, un objetivo cada vez más remoto.

D. Por último, debemos dejar constancia de que desde el año 2002 existe, fuera ya de lo que es el marco institucional estricto del PIDESC, un *Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental* creado por decisión de la Comisión de Derechos Hu-

manos (hoy Consejo de Derechos Humanos)²³ con un amplio mandato centrado en la reunión de información de todas las fuentes pertinentes sobre el derecho a la salud, la elaboración de informes sobre la situación en todo el mundo del ejercicio efectivo del este derecho y la presentación de recomendaciones al respecto²⁴. En el contexto de este mandato, el Relator Especial sobre el derecho a la salud ha venido desarrollando una amplia actividad (consultas a organismos e instituciones especializadas, visitas a países concretos, presencia en muy diversos foros, elaboración y presentación de numerosos informes a la Comisión y a la Asamblea General, etc.); actividad que ha dado lugar a un acervo documental ya importante sobre numerosos aspectos del derecho a la salud consagrado no sólo en la Carta Internacional de Derechos Humanos (Declaración de 1948 y Pactos de 1966) sino también en los diversos instrumentos convencionales de Naciones Unidas relativos a grupos específicos (mujeres, niños, personas con discapacidad, refugiados, etc.)²⁵.

23 A diferencia de los otros órganos de la ONU que hemos mencionado (Comité de Derechos Humanos y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) la Comisión de Derechos Humanos -creada ya en 1946 por el Consejo Económico y Social- se configuró como un órgano intergubernamental con competencias genéricas sobre todo el amplio campo de los Derechos Humanos, donde ha ejercido un muy relevante papel de propuesta y control. Entre otros muchos órganos específicos de colaboración, ha nombrado diversos Relatores Especiales sobre temas concretos. Desde 2006 ha sido sustituida por el Consejo de Derechos Humanos.

24 La decisión se adoptó inicialmente por resolución 2002/31 de la Comisión de Derechos Humanos. Y posteriormente el mandato del Relator ha sido renovado por la resolución 2004/27 de la Comisión de Derechos Humanos y por la resolución 6/29 del Consejo de Derechos Humanos, aprobada el 14 de diciembre de 2007. La persona designada como Relator Especial fue Paul Hunt, de Nueva Zelanda, quien a partir de agosto de 2008, tras seis años de mandato, ha sido relevado por Anand Grover, de la India.

25 Un detallado reflejo de esas actividades, y en particular el texto de los diversos informes presentados, puede encontrarse en la página del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (<http://www2.ohchr.org/english/issues/health/right/visits.htm>)

III. EL DERECHO COMPARADO. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE ALGUNOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.

1. Introducción.

El reconocimiento del derecho a la protección de la salud se encuentra sólidamente asentado en el constitucionalismo de nuestros días, tras una etapa de paulatina consolidación que, con arranque en la segunda posguerra mundial, se ha extendido a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. Para comprobarlo basta repasar el contenido de diversos textos constitucionales elaborados y promulgados en los últimos años. Este es el caso, por ejemplo, de la Constitución federal de Brasil de 1988, de la Constitución Política de Colombia de 1991, de la Constitución de Sudáfrica de 1996, de la Constitución de la República de Polonia de 1997, o de la Constitución de Serbia de 2006. Incluso cabe mencionar también la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en 2000, que como es bien sabido está siguiendo un azaroso proceso para incorporarse plenamente al Derecho originario de la Unión. Textos todos ellos en los que se consagra, con unos u otros matices, el derecho a la protección de la salud²⁶.

²⁶ En unos términos bastante minuciosos, en los que sobresale la consideración de la salud no sólo como un derecho sino también como un deber —y la consecuente previsión de que la atención sanitaria básica sea obligatoria— el art. 49 de la Constitución colombiana establece lo siguiente:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control.

Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”.

Por su parte, la sección 27 de la Constitución de Sudáfrica, incluida dentro de su Bill of Rights, se refiere a los temas de Atención de salud, alimentación, agua y Seguridad Social en unos términos cuya versión castellana podría ser la siguiente:

“1. Todas las personas tienen el derecho de acceso a:

- a) servicios de atención sanitaria, incluyendo los servicios de salud reproductiva;*
- b) alimentación y agua suficiente; y*
- c) Seguridad Social, incluyendo, en caso de personas con insuficiencia de medios para sí o para sus dependientes, asistencia social apropiada.*

2. El Estado debe adoptar medidas razonables, de carácter legislativo o de otro tipo, dentro de sus recursos disponibles, para conseguir la realización progresiva de cada uno de estos derechos.

3. A nadie se le puede denegar la asistencia médica de urgencia”.

En el caso de la Constitución polaca de 1997, es el artículo 68 el que incorpora el derecho a la salud, cuyo contenido, de nuevo según traducción propia, es el siguiente:

“1. Todos tienen el derecho a la protección de su salud.

2. El acceso equitativo a los servicios de atención sanitaria, financiados con fondos públicos, debe ser asegurado por las autoridades públicas a todos los ciudadanos, con independencia de su capacidad económica. Las condiciones para la provisión de los servicios, así como su alcance, deben ser establecidas por Ley.

3. Las autoridades públicas asegurarán atención sanitaria específica a los niños, a las mujeres embarazadas, a las personas con discapacidad y a las de edad avanzada.

4. Las autoridades públicas combatirán las enfermedades epidémicas y prevendrán las consecuencias negativas para la salud de la degradación del medio ambiente.

5. Las autoridades públicas deben apoyar el desarrollo de la cultura física, en especial entre los niños y los jóvenes”.

La Constitución serbia de 2006 dedica al tema también su artículo 68, que se expresa en los siguientes términos:

“Todos tienen derecho a la protección de su salud física y mental.

La atención sanitaria a los niños, a las mujeres embarazadas, a las madres en baja de maternidad, a los padres individuales con niños menores de siete años y a las personas mayores, será proporcionada con financiación pública, salvo que sea proporcionada de alguna otra manera de acuerdo con la ley.

[...]”

Por lo que se refiere a la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, el texto de su art. 35 es el siguiente:

“Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana”.

Pero más que extendernos en la consideración de los términos concretos de cada formulación positiva, interesa indagar sobre las aportaciones que se han producido últimamente en el terreno de la justicia constitucional; terreno en el que puede comprobarse si las declaraciones constitucionales se mueven en el plano de la mera retórica política escasamente comprometedor o si, por el contrario, producen efectos concretos condicionantes de las actuaciones de los Estados en materia de salud, y en particular de las medidas legislativas que se adoptan en este campo, tanto en términos de límites negativos para las mismas como de exigencias positivas de actuación.

A tal efecto quiero considerar algunos pronunciamientos dictados por distintos Tribunales Constitucionales a lo largo de los últimos años, a través de los cuales puede ilustrarse muy bien el tipo de problemas que se suscitan en la actualidad a nivel de justicia constitucional en relación con el derecho a la salud, y se puede comprobar asimismo la intensidad de los condicionamientos que imponen las circunstancias socio-económicas de cada país a la hora de modular las exigencias dimanantes del reconocimiento de dicho derecho por el respectivo ordenamiento constitucional. Lo cual impone un planteamiento de cierta relatividad en la aproximación al contenido del derecho a la salud, pues su contenido no puede ser evidentemente el mismo en los diversos contextos geográficos en los que se aplica (e incluso dentro de un mismo escenario hay que admitir también forzosamente una dinámica evolutiva de las cosas), de modo que resultaría inviable la pretensión de trasladar los planteamientos válidos y defendibles para un determinado país a otros que tienen unas características socio-económicas sustancialmente diferentes. Consideraré en concreto en primer lugar sentencias constitucionales dictadas en un país “en desarrollo” como es Sudáfrica para referirme a continuación a países europeos más afines al nuestro y que están dotados de un sistema sanitario consolidado en el marco de un “Estado del bienestar” ya maduro (Alemania, Italia y Francia).

2. El caso de Sudáfrica. Las sentencias de su Tribunal Constitucional de 27 de noviembre de 1997 y de 5 de julio de 2002.

En la República de Sudáfrica se han dictado en los últimos años dos importantes sentencias de su Tribunal Constitucional –que constituye una pieza muy relevante dentro del marco jurídico e institucional sudafricano de la era post-Apartheid²⁷- que se ocupan de cuestiones centrales en la configuración del derecho a la salud.

A. Muy interesante fue en primer lugar la sentencia de dicho Tribunal de 27 de noviembre de 1997 (*T. Soobramoney v. Ministerio de Salud de KwaZulu-Natal*) relativa a un caso no exento de dramatismo en el que la divergencia entre las necesidades médico-asistenciales de la población y los recursos disponibles para atenderlas se plantea con toda su crudeza. Como podrá comprobarse, la respuesta negativa dada por el Tribunal Constitucional sudafricano llama la atención desde nuestra sensibilidad, resultando sorprendente y objetable si se valora desde coordenadas socio-económicas y jurídico-constitucionales diferentes a las propias del contexto en el que se planteó. Pero resulta más comprensible si se valora desde las coordenadas propias del país.

27 El importante proceso de transición política que tuvo lugar durante los años 90 en Sudáfrica desembocó en la superación del régimen de segregación racial imperante hasta entonces (*Apartheid*) y en la adopción de un nuevo marco jurídico-político plasmado en la Constitución de 1996. Dicha Constitución aspira, según señala expresamente su preámbulo, a “sanar las divisiones del pasado y establecer una sociedad basada en los valores democráticos, en la justicia social y en los derechos humanos fundamentales” e incorpora un amplio “Bill of rights” vinculante para todos los órganos del Estado (sección 8) que califica como la “piedra angular” de la democracia en Sudáfrica y que pretende afirmar los valores democráticos de “la dignidad humana, la igualdad y la libertad” (sección 7.1)

Dentro del nuevo marco institucional plasmado en la Constitución de 1996, el Tribunal Constitucional ocupa una posición muy relevante, situándose en la cúspide de la organización judicial, y asume unas competencias muy amplias. Creado en 1994 en el marco de la Constitución provisional de 1993 y bajo el impulso del Presidente Nelson Mandela, el inicio de su andadura se produjo en 1995 jugando un papel muy relevante en el proceso de elaboración de la Constitución de 1996. De la importancia de su papel como auténtico “guardián” de la Constitución da idea el hecho de que tenga poder incluso para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las reformas constitucionales (sección 167.4.d de la Constitución), situándose por tanto por encima del poder constituyente ordinario.

Los hechos que dieron lugar al pronunciamiento, narrados con precisión en el texto de la sentencia, fueron en síntesis los siguientes. Un parado de 41 años, el Sr. T. Soobramoney, padecía una insuficiencia renal crónica –sus riñones habían dejado de funcionar de manera irreversible- de modo que necesitaba someterse a tratamiento de diálisis hospitalaria durante dos o tres veces a la semana para poder seguir viviendo. No obstante, el hospital público de su provincia que disponía de servicios de diálisis (el hospital Addington de Durban, en KwaZulu-Natal), le denegó el acceso a los mismos alegando que carecía de medios suficientes para atender a todos los pacientes con insuficiencia renal crónica de la provincia de modo que, en este escenario de insuficiencia de recursos, había fijado unas pautas generales de admisión conforme a las cuales atendía tan sólo a los pacientes renales que podían curarse o a aquéllos que podían ser receptores de un trasplante; supuesto éste último en el que se les admitía a la diálisis mientras esperaban la disponibilidad de un riñón y la realización del trasplante. Dado que el Sr. Soobramoney era incurable y, además, no era elegible para un trasplante por padecer otras dolencias cardíacas y cerebro-vasculares, quedó excluido del programa de diálisis del hospital Addington. Exclusión que le llevó a acudir a un hospital privado en el que estaba siendo tratado, pero había llegado a una situación límite dado que el coste de la diálisis desbordaba claramente sus posibilidades económicas y había agotado los recursos económicos de que disponía.

Ante esta situación, el Sr. Soobramoney acudió a los Tribunales demandando al hospital público que le había rechazado por entender que la Constitución de 1996 obligaba a dicho hospital a proporcionarle el tratamiento de diálisis que necesitaba. Desestimada su pretensión en la vía judicial ordinaria, el paciente acude al Tribunal Constitucional invocando al efecto tanto la sección 27.3 de la Constitución Sudafricana (“a nadie se le puede denegar la asistencia médica de urgencia”)²⁸ como la relevancia en el asunto del dere-

cho a la vida reconocido en la Constitución (sección 11).

La respuesta del Tribunal Constitucional va a ser negativa, como hemos apuntado, pues dicho Tribunal va a entender que la denegación de asistencia en el supuesto mencionado no vulneraba el texto constitucional²⁹. Para llegar a esta conclusión ofrece un soporte argumental de cierta entidad que creo merece la pena extractar.

1. En primer lugar, el Tribunal sitúa el asunto en el contexto de desigualdad y pobreza propio del país³⁰. Una situación cuya superación está en el centro del nuevo orden constitucional sudafricano -que reconoce las injusticias del pasado y se basa en la afirmación de la dignidad humana, la igualdad y la libertad-, pero que no puede ser inmediatamente resuelta. A tal efecto subraya el Tribunal que en su tratamiento de los derechos sociales básicos (vivienda, cuidados médicos, alimentación, agua y Seguridad Social) las secciones 26 y 27 del texto constitucional condicionan la materialización de estos derechos a la disponibilidad de recursos³¹ y advierte que,

a) servicios de atención sanitaria, incluyendo los servicios de salud reproductiva;

b) alimentación y agua suficiente; y

c) Seguridad Social, incluyendo, en caso de personas con insuficiencia de medios para sí o para sus dependientes, asistencia social apropiada.

2. *El Estado debe adoptar medidas razonables, de carácter legislativo o de otro tipo, dentro de sus recursos disponibles, para conseguir la realización progresiva de cada uno de estos derechos.*

3. *A nadie se le puede denegar la asistencia médica de urgencia”.*

29 *Resulta llamativa en todo caso la rapidez de la respuesta del sistema judicial sudafricano, obtenida mediante la activación de los procedimientos de urgencia, si se tiene en cuenta que la demanda inicial en la vía judicial ordinaria se interpuso en julio de 1997, en agosto se dictó la sentencia desestimatoria en esa vía y en noviembre del mismo año se produce el pronunciamiento del Tribunal Constitucional.*

30 *En particular, recuerda las grandes disparidades de riqueza existentes en el país y el hecho de que millones de personas viven en condiciones deplorables y en una gran pobreza, con un alto nivel de desempleo, una seguridad social inadecuada y una situación en la que mucha gente no tiene acceso al agua potable o a una asistencia médica adecuada.*

31 *Tanto la sección 29 (vivienda) como la sección 27 (asistencia sanitaria, alimentación, agua y Seguridad Social) tienen un*

²⁸ El texto de la sección 27 de la Constitución sudafricana es el siguiente:

“1. Todas las personas tienen el derecho de acceso a:

dada la limitación de los recursos disponibles y la envergadura de las necesidades existentes, una obligación constitucional ilimitada de satisfacer tales necesidades no podría ser cumplida en el momento presente³².

2. Sobre esta base, niega en primer lugar que el supuesto planteado pudiera encuadrarse en la asistencia médica de urgencia constitucionalmente garantizada, rechazando la posición sostenida por la parte demandante en base a la cual los pacientes que padecen una enfermedad terminal y requieren un determinado tratamiento para prolongar su vida lo tendrían garantizado de acuerdo con la sección 27.3 de la Constitución. Según el parecer del Tribunal, expuesto por su Presidente P. Chaskalson, la locución “asistencia médica de urgencia” admite una acepción amplia que incluiría los tratamientos de enfermedades crónicas necesarios para mantener la vida del paciente, pero señala que no es ése su significado ordinario y que si el propósito del precepto constitucional hubiera sido tan amplio debiera haberse hecho constar expresamente. Más limitadamente, entiende el Tribunal que la finalidad de la sección 27.3 de la Constitución no es otra que asegurar que en las situaciones de urgencia el tratamiento médico no se vea frustrado por requerimientos o formalidades burocráticas y que una persona que atraviesa una situación repentina que requiere una atención médica inmediata no será rechazada por los servicios de urgencia tales como

apartado 2 en el que se condiciona la efectividad de estos derechos a la disponibilidad de recursos.

32 *En la sentencia es patente la percepción que tiene el Tribunal de la necesidad de actuar de forma paulatina en el proceso de realización de los derechos sociales y el temor a las consecuencias que podían derivarse de una interpretación constitucional excesivamente generosa sobre la materia. Téngase en cuenta a estos efectos que sentencia se dicta en un momento en el que se acaba de salir del régimen del Apartheid y está en marcha el proceso de superación de las estrictas reglas de segregación imperantes con anterioridad (la propia sentencia recuerda en uno de sus apartados, para justificar una cierta prudencia en la interpretación constitucional, que Sudáfrica acababa de salir de un sistema en el que la provisión de atención médica dependía de la raza y en ocasiones sucedía que a personas con daños graves se les denegaba el acceso a los servicios de ambulancia o a los hospitales más cercanos o mejor equipados por motivos raciales).*

ambulancias u hospitales que disponen de los medios para prestar el tratamiento necesario³³.

3. Junto a ello, rechaza también la vinculación con el derecho a la vida sostenida por el defensor del demandante, quien argumentaba que la sección 27.3 debía conectarse con tal derecho constitucional (sección 11) de modo que toda persona que requiera un tratamiento necesario para salvar su vida y que no tenga capacidad para pagárselo por sí mismo tendría derecho a recibirlo en los establecimientos sanitarios públicos de manera gratuita. Al efecto invocaba la parte demandada la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo de la India en virtud de la cual del derecho a la vida emanan obligaciones positivas para el Estado respecto a las necesidades básicas de la población³⁴ y, en particular, alegaba un caso de 1996 en el que dicho Tribunal declaró que el derecho a la vida se había vulnerado en relación con una persona a la que se había denegado la asistencia sanitaria de urgencia en varios hospitales³⁵.

Pero el Tribunal sudafricano no acepta este planteamiento aduciendo en primer lugar la diferente estructura de la Constitución sudafricana respecto de la india, habida cuenta de que aquélla —a diferencia de ésta— incluye específicamente en su Bill of Rights

33 *Si la sección 27.3 de la Constitución se interpretara según lo pretendido por el demandante, añade el Tribunal (apartado 19), resultaría sustancialmente más difícil para el Estado cumplir las obligaciones primarias que le imponen los apartados 1 y 2 de dicha sección de proporcionar a todos asistencia sanitaria dentro de los recursos disponibles. Ello tendría como consecuencia la priorización de los tratamientos de las enfermedades terminales sobre otras formas de atención médica y la reducción de los recursos públicos disponibles para otros objetivos tales como cuidados preventivos o tratamiento de enfermedades que no constituyen una amenaza para la vida.*

34 *Entre tales necesidades básicas, el Tribunal Supremo de la India ha incluido sólo la provisión de atenciones médicas a quienes las necesitan, sino otras cuestiones menos claramente conectadas con la vida, como la asistencia jurídica gratuita o la creación de condiciones de comunicación entre las zonas aisladas y las más desarrolladas (apartado 15 de la Sentencia).*

35 *Caso Paschim Banga Khet Mazdoor Samity y otros v. State of West Bengal y otro*, en el que se había llegado a la conclusión de que la denegación de un tratamiento médico a una persona que tiene necesidad del mismo implica una vulneración del derecho a la vida garantizado en la Constitución.

algunas obligaciones positivas impuestas al Estado, de modo que resulta obligado para dicho Tribunal aplicar estas obligaciones tal como se formulan en la Constitución sin introducir interferencias que serían inconsistentes con ella. Y por otro lado, subraya la diversidad entre el supuesto al que se enfrentaba y el que había dado lugar al pronunciamiento del Tribunal Supremo de la India: en este último caso, se trataba de una persona que había sufrido un accidente por caída de un tren -lo que le había ocasionado heridas en la cabeza y hemorragia cerebral-, y había sido rechazado indebidamente por varios hospitales que hubieran podido atenderle³⁶.

4. Así las cosas, el Tribunal entiende que la pretensión del demandante de recibir tratamiento de diálisis en un hospital público no debe ser enjuiciada en el marco del apartado 3 de la sección 27 sino en el de los apartados 1 y 2 de la misma, donde se atribuye a todos el derecho de acceder a los cuidados médicos proporcionados por el Estado “dentro de sus recursos disponibles”. Y a partir de ahí la sentencia se centra en dilucidar si dicha limitación de recursos concurría realmente en el supuesto planteado; cuestión que se analiza detenidamente para concluir que, en efecto, los recursos disponibles no permitían atender al demandante y a todos los que se encontraban en una situación análoga a la suya.

Al efecto subraya, tras aludir a diversas circunstancias del contexto en el que se planteaba el caso³⁷,

³⁶ Éste es justamente el tipo de supuestos que, según indica el Tribunal Sudafricano (apartado 18 de la Sentencia), resultan encuadrables en la sección 27.3 de la Constitución (asistencia médica de urgencia): el suceso fue repentino, el paciente no tuvo oportunidad de hacer gestiones en relación con el tratamiento requerido, y había urgencia en proporcionarle el tratamiento para estabilizar su situación; un tratamiento que resultaba disponible pero que se le denegó.

³⁷ Entre los datos relevantes a estos efectos que considera la sentencia (apartados 24 a 28) se encuentran los siguientes:

Era constatable que el Departamento de Salud de la provincia de KwaZulu-Natal (de mayoría zulú y con una población en torno a los 10 millones de habitantes es la más poblada de las 9 provincias sudafricanas) no tenía recursos suficientes para financiar los servicios que estaba prestando al público: en el ejercicio anterior había incurrido en déficit y ese déficit se iba a elevar sustancialmente en el ejercicio en curso a menos que se realizaran recortes importantes en los servicios que estaban siendo prestados.

que los servicios de diálisis del hospital Addington no sólo estaban al límite de su capacidad, sino que soportaban ya una sobrecarga y que dichos servicios se colapsarían si tuvieran que admitir a todos los enfermos con insuficiencia renal crónica³⁸. Y con un carácter más general concluía que, dado el coste anual para el Estado de un enfermo renal sometido a diálisis, si todos los pacientes que en Sudáfrica padecen insuficiencia renal crónica tuvieran que ser atendidos por el Estado ello causaría un grave quebranto en los presupuestos públicos de salud. Y si este principio fuera aplicado a todos los pacientes que reclaman tratamientos médicos o medicamentos caros, los presupuestos de salud deberían ser drásticamente aumentados en perjuicio de otras necesidades que el Estado debe satisfacer.

Esta conclusión no parece dejar del todo tranquilo al Tribunal, que no oculta sus simpatías por el demandante y su familia, quienes han tenido que empobrecerse para acceder al tratamiento necesario para prolongar la vida, y reconoce que si el deman-

La unidad renal del Hospital Addington tenía que atender a toda la provincia de KwaZulu-Natal y también a pacientes de otra provincia vecina, lo que implicaba muchos más pacientes con insuficiencia renal crónica que los que podía atender mediante sus servicios de diálisis, situación que se producía con carácter general en el conjunto del país.

En tal situación los responsables de los servicios renales habían elaborado unas pautas o criterios de actuación (guidelines) aplicables a la hora de adoptar la angustiosa elección (agonising choice) de qué pacientes eran admitidos y cuáles no; pautas que habían sido aplicadas al caso planteado.

La utilización de los aparatos de diálisis de acuerdo con las pautas aludidas implicaba un mayor número de pacientes beneficiarios de los mismos que en el caso de que fueran usados para mantener en vida a personas con insuficiencia renal crónica: los beneficios de los tratamientos eran mayores si se dirigían a curar a los pacientes y no simplemente a mantenerlos en vida. Por ello no se había sostenido en el proceso que las pautas de admisión fijadas fueran irrazonables o que no hubieran sido aplicadas adecuadamente en el caso controvertido.

³⁸ Dicho hospital apenas tenía capacidad para atender a los pacientes que cumplían las pautas generales de admisión, que eran aproximadamente sólo un 30% del total de los enfermos con insuficiencia renal crónica. En concreto el hospital tenía una capacidad para atender con sus servicios de diálisis en principio en torno a 60 pacientes y estaba de hecho tratando a los 85 que cumplían los requisitos de admisión. En esta situación, si todos los que se encontraban en la misma situación que el demandante tuvieran que ser admitidos, el programa de diálisis del hospital se colapsaría y nadie se beneficiaría con ello.

dante hubiera sido rico habría tenido posibilidades de procurarse el tratamiento con medios privados sin tener que acudir al Estado. Pero pese a ello, se sitúa en una línea de auto-contención (*self restraint*) en el ejercicio de la función judicial, sosteniendo que no corresponde a los Tribunales interferir en las decisiones tomadas por los órganos políticos y las autoridades sanitarias sobre la mejor utilización de los recursos públicos para conseguir con ellos la máxima ventaja del máximo número de pacientes³⁹. E insiste en que tales recursos son limitados y en que el demandante no cumplía los criterios de admisión al programa de diálisis renal. Lo cual, sigue diciendo el Tribunal, no sólo es cierto para él sino para muchos otros que necesitan tratamiento de diálisis renal u otros servicios médicos, o que necesitan acceder a la vivienda, la alimentación, el agua, el empleo o la Seguridad Social: el Estado debe administrar unos recursos limitados para afrontar todas estas necesidades, cosa que requiere en ocasiones un enfoque “ho-

lístico” (*holistic approach*) más que focalizarse en las necesidades específicas de individuos concretos.

B. Más recientemente, la sentencia del mismo Tribunal de 5 de julio de 2002 (*Minister of Health v. Treatment Action Campaign*) siguió unos derroteros distintos –que le llevaron a declarar la inconstitucionalidad de la actuación estatal controvertida– en un supuesto en el que concurre tanto la perspectiva de la asistencia sanitaria como la de la protección de la salud pública y que resulta también de mucho interés.

La sentencia se dicta a propósito de la pandemia del SIDA, especialmente extendida en toda la zona Sur del continente africano y que de modo particular en Sudáfrica ha alcanzado unas magnitudes que pueden calificarse de catastróficas, dado el gran número de personas afectadas y de vidas que se ha cobrado: constituye allí una auténtica calamidad nacional que ha dado lugar a intensas controversias a nivel político y jurídico. En concreto, el caso enjuiciado por esta sentencia se planteó a propósito de la adopción por las autoridades sanitarias de medidas de prevención de la transmisión del SIDA de las madres a los hijos con ocasión del nacimiento (contagio *intrapartum*); una cuestión de enorme trascendencia habida cuenta del elevado número de niños que estaban siendo contagiados por esta vía en la República sudafricana: según estimaciones gubernamentales que constan en la sentencia, nada menos que en torno a 70.000 niños cada año. Tales medidas resultaban del todo insuficientes a juicio de las diversas entidades asociativas vinculadas a la problemática del SIDA que presentaron la demanda que dio lugar a la sentencia. En particular, las aludidas entidades asociativas reprochaban dos cosas a las autoridades sanitarias: a) el hecho de que existía un fármaco denominado Nevirapina que resultaba eficaz para reducir el riesgo de transmisión del virus del SIDA de las madres a los hijos⁴⁰, pero

³⁹ En este sentido subraya (apartados 29 y 30) que es la Administración provincial la que debe fijar la financiación disponible para los servicios de salud y cómo dicha financiación debe ser gastada y que los Tribunales deben ser prudentes a la hora de interferirse en las decisiones racionales adoptadas de buena fe por los órganos políticos y las autoridades sanitarias cuya responsabilidad es ocuparse de tales materias. Y también señala que el problema de la escasez de recursos no es sólo un problema de Sudáfrica sino que es una cuestión que tienen que abordar los administradores de hospitales y los médicos de otras partes del mundo, aludiendo al efecto a decisiones de los Tribunales ingleses en las que éstos juzgan indeseable que las autoridades judiciales decidan cómo deben ser aplicados los recursos médicos escasos y el peligro que puede representar la decisión judicial de aplicar los recursos a un determinado paciente, en la medida en que puede tener el efecto de imponer que esos recursos sean denegados a otros pacientes a los que se les podría aplicar más ventajosamente.

En esta misma línea se sitúa también, muy expresivamente, el voto concurrente del Juez Sachs, quien señala al respecto lo siguiente (apartado 59): “si los recursos fueran co-extensivos con la compasión, no tengo ninguna duda de cuál habría sido mi decisión. Pero desgraciadamente, los recursos son limitados y no encuentro razones para interferir en la asignación realizada por aquellos que están mejor equipados que yo para adoptar las angustiosas decisiones que tienen que tomarse” (if resources were co-extensive with compassion, I have no doubt as to what my decision would have been. Unfortunately, the resources are limited, and I can find no reason to interfere with the allocation undertaken by those better equipped than I to deal with the agonising choices that had to be made)

⁴⁰ Según los datos que constan en la propia sentencia, la Nevirapina es un fármaco antirretroviral potente y de acción rápida que resulta sencillo de administrar: una sola pastilla tomada por la madre al inicio del parto y unas gotas dadas al niño dentro de las primeras 72 horas después del nacimiento. De uso extendido mundialmente en relación con el SIDA, en Sudáfrica fue registrado en 1998 por el Consejo de Control de Medicamentos (Medicines Control Council), órgano especializado en pronunciarse sobre la seguridad de los fármacos antes de su distribución en el país. En enero de 2001 la Organización Mundial de la Salud

que no se estaba administrando en los centros sanitarios públicos, sino tan sólo en algunos de ellos de forma experimental; y b) con un carácter más general la falta de un programa nacional adecuado para prevenir el contagio del SIDA de madres a hijos.

La demanda se apoyaba en un amplio soporte argumental y documental a través del cual se subrayaba la idoneidad del uso de este medicamento para reducir el riesgo de transmisión del SIDA de madres a hijos, dado su registro a estos efectos por el Consejo de Control de Medicamentos, y lo inaceptable que resultaba el hecho de que tan sólo pudiera ser prescrito por los médicos de los centros privados y por los de algunos centros piloto del sector público. Lo cual implicaba que el SIDA se estaba transmitiendo de madres a hijos en casos en los que ello resultaba predecible y evitable; situación que se consideraba irracional y contraria a los derechos y principios constitucionales. En concreto se invocaba al efecto, entre otros preceptos constitucionales, lo dispuesto, en la Sección 27 apartados 1 y 2 (derecho de acceso a los servicios de atención sanitaria, en los términos que nos son ya conocidos) y en la sección 28 que se refiere a los derechos de los niños y les reconoce, entre otros, el derecho a los servicios de atención sanitaria básica (*basic health care services*).

La demanda había sido planteada ante el Tribunal Superior de Pretoria el 21 de agosto de 2001 y había sido resuelta por éste a través de una sentencia de 14 de diciembre del mismo año en la que se habían aceptado en lo fundamental las pretensiones de los demandantes y, en consecuencia, había declarado la obligación de las autoridades sanitarias de contemplar la prescripción y administración de la Nevirapina a las mujeres con SIDA que dan a luz en los hospitales públicos, así como la de poner en marcha de manera inmediata un plan nacional para prevenir y reducir la transmisión del SIDA de madres a hijos. Recurrida esta sentencia ante el Tribunal Constitucional por las autoridades sanitarias concernidas (Ministro de Salud y Consejeros responsables de salud de los gobiernos provinciales), dicho Tribunal vino a confirmar sus-

tancialmente la conclusión de la sentencia recurrida en su sentencia de 5 de julio de 2002 dictando un fallo que contiene muy matizados mandatos positivos de actuación dirigidos a los responsables de la política sanitaria.

Para fundamentar esta conclusión la sentencia desarrolla muy detallados razonamientos alrededor de diversos temas; entre ellos, la cuestión de la eficacia vinculante de los derechos económico-sociales constitucionalmente reconocidos y su carácter justiciable, esto es, exigible ante los Tribunales (lo que se declara en términos inequívocos, sin perjuicio de los matices que cada caso requiere), la existencia de un “núcleo mínimo” (*minimum core*) de obligaciones que derivan para el Estado del reconocimiento de tales derechos (a cuyo efecto asume expresamente la doctrina fijada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su Observación General nº 3, sobre la existencia de un contenido obligacional mínimo que deriva de cada uno de los derechos sociales)⁴¹, las cuestiones vinculadas con la eficacia del fármaco y sus posibles efectos nocivos (los argumentos gubernamentales se centraban en razones médico-sanitarias más que en la carencia de recursos económicos para justificar su opción y, en consecuencia, el tema de la limitación de los recursos disponibles queda relegado a un segundo plano en la sentencia)⁴², así como sobre el principio de separación

41Vid. *supra* nota 13???. Subraya al respecto la sentencia (apartado 28) que este núcleo mínimo no resulta fácil de definir pero incluye por lo menos “los acomodos vitales mínimos inherentes a la dignidad humana” (*the minimum decencies of life consistent with human dignity*). A lo que añade: “nadie debe ser condenado a vivir por debajo del nivel básico de una existencia humana dignificada. La misma noción de derechos individuales presupone que alguien que se encuentra en esa posición debería poder obtener el auxilio de los Tribunales”.

42 De hecho, los fabricantes de este fármaco habían realizado una oferta al Gobierno de ponerlo a su disposición de manera gratuita durante cinco años. La defensa gubernamental había cuestionado en efecto, entre otros aspectos, la eficacia del fármaco si no iba acompañada de otras medidas complementarias, como la sustitución de la lactancia materna por alimentación infantil con biberón –lo que resultaba muy difícil en determinadas zonas rurales-, y había advertido que no podían descartarse los efectos adversos de la Nevirapina. La sentencia del Tribunal Constitucional abordaba y rebatía todos estos argumentos subrayando en particular que los riesgos vinculados a la Nevirapina existían sólo en situaciones en las que se utiliza como tratamiento prolongado a enfermos crónicos, pero no en cambio, en su admi-

recomendó su administración a las madres y los hijos en el momento del nacimiento a efectos de combatir el SIDA.

de poderes y sobre la posibilidad de los Tribunales de Justicia de dictar no sólo pronunciamientos declaratorios (*declaratory orders*) sino también pronunciamientos con mandatos ejecutivos (*mandatory orders*) respecto al Gobierno imponiéndole pautas determinadas de actuación.

Es quizás este último aspecto el que más detenidamente se analiza en la sentencia para llegar a unas pautas basadas en una concepción amplia del ejercicio de la tutela judicial⁴³ a través de las cuales se pretende fundamentar un fallo en el que se formulan órdenes de ejecución o mandamientos de actuación dirigidos a las autoridades sanitarias en relación con la prevención del contagio del SIDA. Concretamente, los pronunciamientos de la sentencia declaran que la sección 27 de la Constitución (apartados 1 y 2) exige que el Gobierno formule y ejecute un programa de prevención del contagio del SIDA de madres a hijos y ordenan al Gobierno permitir y facilitar el uso de la Nevirapina de manera generalizada. Y ello, declara finalmente la sentencia, sin perjuicio de que el Gobierno deba adaptar su política, siempre de manera congruente con la Constitución, si aparecen nuevos métodos igualmente adecuados o mejores para prevenir la transmisión del SIDA de madres a hijos⁴⁴.

nistración como medicamento preventivo para evitar el contagio de madres a hijos.

43 Frente a la aseveración del defensor del Gobierno de que la acción política es una prerrogativa del Ejecutivo y no de los Tribunales, la conclusión a la que llega el Tribunal tras su reflexión sobre el argumento es que "allí donde se haya producido la vulneración de algún derecho [constitucional], incluyendo un derecho socio-económico, los Tribunales tienen el deber de asegurar que la tutela efectiva es otorgada. La naturaleza del derecho infringido y la naturaleza de la infracción proporcionarán la guía para la tutela adecuada en cada caso particular. Cuando sea necesario, ello puede incluir la expedición de mandatos ejecutivos y el ejercicio de la supervisión judicial". A lo que añade, tras una atenta indagación comparatista, que los Tribunales tienen amplios poderes para asegurar el respeto a la Constitución y que el alcance concreto de estos poderes depende de las circunstancias de cada caso particular: aunque deben respetarse los roles que corresponden al legislativo y al ejecutivo en una democracia, y aunque la política debe ser algo flexible, de modo que el ejecutivo debe ser libre para introducir los cambios que juzgue necesarios, es claro que, cuando sea oportuno hacerlo así, los Tribunales pueden utilizar sus amplios poderes para hacer pronunciamientos que afectan a la política y a la legislación

44 A estos pronunciamientos sustantivos se añade la condena en costas al Gobierno, lo que tiene una nada despreciable impor-

3. La jurisprudencia constitucional en torno al derecho a la salud en algunos países europeos: Alemania, Francia e Italia

La percepción general que puede obtenerse considerando las sentencias sobre el derecho a la salud dictadas por algunos Tribunales europeos en los últimos años es que en la práctica el papel que dicho derecho juega en la jurisprudencia constitucional es más bien escaso y que no ofrece parámetros de constitucionalidad especialmente potentes a la hora de enjuiciar las políticas públicas o las disposiciones legales de modo que la posibilidad de que las mismas sean declaradas inconstitucionales por vulneración del derecho a la salud resulta más bien remota.

A. En este sentido puede aducirse por ejemplo la decisión del Tribunal Constitucional alemán de 5 de marzo de 1997⁴⁵, en la que se planteaba si las Cajas de Enfermedad -entidades de aseguramiento público de la asistencia sanitaria en Alemania - tenían la obligación de financiar el coste de un medicamento para el tratamiento del cáncer (denominado "Edelfosin") cuya utilización terapéutica todavía no había sido reconocida oficialmente de acuerdo con la legislación alemana sobre medicamentos. El interesado acudió al Tribunal Constitucional tras la desestimación de su demanda por la jurisdicción social, pero éste denegó el amparo solicitado por entender que no es constitucionalmente objetable la negativa a prescribir y financiar un medicamento cuya seguridad no ha sido admitida conforme a la legislación sobre productos farmacéuticos.

B. Y también pueden aducirse en esta línea diversos pronunciamientos del Consejo Constitucional francés de los últimos años en los que se ha invocado este derecho en diversas ocasiones sin que la tacha de inconstitucionalidad dirigida contra las disposiciones legislativas controvertidas haya llegado a prosperar⁴⁶.

tancia práctica, habida cuenta de los presumiblemente elevados costes que han debido asumir los demandantes para defender sus pretensiones.

45 Un extracto de la sentencia puede encontrarse en la revista *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, 46, p. 3085.

46 El reconocimiento del derecho a la protección de la salud como derecho constitucional se plasma en el Preámbulo de la Constitución de 1946, vigente pese a que su articulado fue dero-

Es el caso, por ejemplo, de la Decisión de 23 de julio de 1999 (99-416) relativa a la Ley de creación de una cobertura universal de enfermedad, por la que se reconoció el derecho a la asistencia sanitaria a todas las personas residentes en Francia de manera estable y regular⁴⁷. Frente a los argumentos que reprochaban a las disposiciones concretas de esta Ley la vulneración de la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la asistencia sanitaria y el derecho a la protección de la salud⁴⁸, el Consejo Constitucional rechazó tales argumentos concluyendo, en unos términos ciertamente poco comprometedores para el poder legislativo, que no corresponde al Consejo investigar si los objetivos perseguidos por el legislador habrían podido conseguirse por otras vías, siempre que “las modalidades asumidas por la ley no resulten manifiestamente inapropiadas”.

gado y sustituido por al Constitución de 1958. En dicho Preámbulo se establece que la Nación “garantiza a todos, especialmente a los niños, a las madres, y a los trabajadores ancianos, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio”.

*En relación con el estado de la cuestión en el Derecho francés con anterioridad a los pronunciamientos que se citan en el texto, véase V. SAINT-JAMES, *Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, “Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger”, 1997, pp. 467 y ss. y J. MOREAU, *Le droit à la santé*, “L'Actualité juridique - Droit Administratif”, 1998, pp. 185 y ss.*

47 La Ley incorporó al régimen general de la Seguridad Social a todas las personas residentes en Francia de manera estable y regular que no tuvieran derecho por algún otro título a un régimen de aseguramiento de la enfermedad y de la maternidad. Las disposiciones concretas de la Ley combinaban los planteamientos propios de la Seguridad Social contributiva con los de la Asistencia social al establecer que las personas así afiliadas al régimen general quedaban obligadas a abonar una cotización a la Seguridad Social salvo que sus ingresos no rebasaran un umbral de ingresos fijado por Decreto y a actualizar en función de la evolución de los precios. Por otro lado, introducían el derecho a una “cobertura complementaria” para quienes estuvieran por debajo de un cierto umbral de pobreza consistente en una serie de gastos específicos de salud que se asumían por la Seguridad Social sin “contrapartida contributiva” alguna a cargo del beneficiario.

48 El reconocimiento del derecho a la protección de la salud como derecho constitucional se plasma en el Preámbulo de la Constitución de 1946, vigente pese a que su articulado fue derogado y sustituido por al Constitución de 1958. En dicho Preámbulo se establece que la Nación “garantiza a todos, especialmente a los niños, a las madres, y a los trabajadores ancianos, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio”

Y tampoco han llegado a prosperar las tachas de inconstitucionalidad basadas en la vulneración del derecho a la salud en sentencias más recientes. Así sucede, entre otras, con la Decisión de 29 de diciembre de 2003 (2003-488) relativa a una reforma del Código de acción social en virtud de la cual se exigía a los extranjeros en situación irregular una estancia mínima de tres meses en Francia para beneficiarse de la ayuda médica pública, salvo que se tratara de asistencia sanitaria de urgencia⁴⁹, con la Decisión de 12 de agosto de 2004 (2004-504), a propósito de una reforma legal que introducía la exigencia de una participación económica a cargo de los beneficiarios en relación con ciertos actos o consultas médicas prestados por el Seguro de Enfermedad (lo que entre nosotros suele denominarse “copago”)⁵⁰ o, en fin, con la Decisión de 20 de diciembre de 2005 (2005-528), relativa a una cuestión vinculada también al “ticket moderador”⁵¹.

C. Italia ofrece en cambio en su experiencia reciente sentencias de su Corte Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de disposiciones legislativas con base en el derecho a la salud, pero se trata de asuntos en los que se plantea a la vez un problema de trato discriminatorio de modo que el pronunciamiento se fundamenta también, de modo expreso o implícito, en la vulneración del principio constitucional de igualdad.

Es el caso en primer lugar de la sentencia 185/1998, de 20-26 de mayo de 1998, en la que la Corte resuelve una cuestión de constitucionalidad

49 El Conseil no considera que estas disposiciones se opongan a las exigencias resultantes del derecho a la salud reconocido en el Preámbulo de la Constitución de 1946.

50 La disposición controvertida introdujo un precepto en el Código de Seguridad Social en el que se contempla dicha participación económica a cargo de los asegurados, sin perjuicio de algunas excepciones como los beneficiarios de la cobertura universal de enfermedad o las mujeres embarazadas, pero no fijaba la cuantía. La Decisión del Consejo Constitucional no considera inconstitucional esta previsión, como medio admisible para conseguir el equilibrio financiero de la Seguridad Social – lo que constituye “una exigencia de valor constitucional”–, pero señala, en lo que puede considerarse un pronunciamiento interpretativo, que la cuantía de la participación deberá fijarse en un nivel que no resulte incompatible con las exigencias derivadas del derecho a la protección de la salud.

51 Vid. apartados 7 a 10 de esta Decisión.

planteada por el Consejo de Estado en relación con un Decreto-Ley (Decreto-Ley de 17 de febrero de 1998, n. 23, sobre “disposiciones urgentes en materia de experimentación clínica en el campo oncológico”) que reconocía a ciertos enfermos de cáncer en fase terminal que fueran seleccionados con fines de experimentación el acceso gratuito a una determinada terapia antitumoral (a la que la sentencia alude como multiterapia o multitratamiento “Di Bella”). A los enfermos que se encontraran en la misma situación, pero que no hubieran sido seleccionados con fines de experimentación, se les permitía el acceso a dicha terapia, pero asumiendo ellos el coste correspondiente.

Tanto en el planteamiento de la cuestión por el Consejo de Estado como en la sentencia de la Corte Constitucional se invoca el precepto general de la igualdad de la Constitución italiana (art 3) así como la previsión constitucional del derecho a la salud (art. 32)⁵², sirviendo ambos de fundamento para el fallo de la sentencia⁵³. En dicho fallo se declara que el legislador está obligado a dictar disposiciones normativas que permitan acceder al “multitratamiento Di Bella” a todos los sujetos no admitidos a la experimentación que no están en condiciones de afrontar los costes correspondientes por falta de medios económicos. Pero lo cierto es que la percepción que se obtiene con la lectura de la sentencia es que, tratándose de un problema de discriminación, esto es, de diferencia de trato no justificada, el anclaje fundamental de la sentencia está en el principio constitucional de igualdad, constituyendo el derecho a la salud un mero refuerzo de la misma, de modo que la conclusión a la que se llega hubiera podido alcanzarse también en ausencia

de una consagración constitucional del derecho a la salud.

También cabe mencionar en esta línea las posteriores sentencias 267/1998, de 7-17 de julio y 309/1999, de 7-16 de julio. La primera de ellas resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con una ley regional que regulaba el reintegro de los gastos médicos pagados por atención médica en centros sanitarios privados. Dicha normativa subordinaba tal posibilidad al otorgamiento de una autorización administrativa previa sin tener en cuenta la posibilidad de situaciones en las que la gravedad de las condiciones del paciente y la urgencia de la intervención no dejan otra alternativa; pero la falta de previsión de estas situaciones fue considerado contrario a los artículos 32 y 3 de la Constitución, como solución “intrínsecamente no razonable”. Y por su parte, la sentencia 309/1999 declaró la inconstitucionalidad de unos preceptos legales que regulaban la asistencia sanitaria de los italianos en el exterior; tales preceptos (aplicables solamente a estancias en países no integrados en la Unión Europea o en el Espacio Económico europeo)⁵⁴ contemplaban únicamente el reembolso de los gastos médicos cuando la estancia en el extranjero se hubiera realizado por razones de trabajo o beca de estudios, pero no en supuestos distintos, lo que fue declarado incompatible con la Constitución por la Corte Constitucional⁵⁵.

4. Observaciones de conjunto.

Las sentencias seleccionadas no constituyen sino una pequeña muestra –sin ninguna pretensión de exhaustividad – dentro de las muchas que hubieran podido considerarse, pero resultan suficientes para romper la limitación que supone estudiar la materia desde la perspectiva de un país concreto, como puede

52 El artículo 32 de la Constitución italiana de 1947 dispone, en su párrafo primero lo siguiente: “La salud protege la salud como fundamental derecho del individuo e interés de la colectividad y garantiza curas gratuitas a los indigentes”. Una exposición sobre la experiencia italiana en torno a este derecho constitucional puede encontrarse en mi libro *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1989, pp. 39 y ss. Una visión actualizada del mismo puede encontrarse en el Libro Blanco

53 Véanse los considerandos 8 a 10 de la Sentencia en los que se invoca en efecto el respeto al principio constitucional de igualdad en relación con el derecho a la salud (arts. 3 y 32 de la Constitución).

54 Tratándose de estancias en Estados miembros de la Unión Europea o pertenecientes al Espacio Económico Europeo hay normativa comunitaria ad hoc que garantiza la atención médica de urgencia.

55 En la cuestión de inconstitucionalidad que dio origen a esta sentencia se encontraba un caso de denegación del reintegro de gastos por atención médica recibida en el extranjero; concretamente, se trataba de un italiano que había recibido atención médica recibida durante una estancia en Estados Unidos como consecuencia de una grave patología que había exigido su tratamiento de urgencia en un hospital.

ser el nuestro, y proporcionan una buena aproximación a la enorme diversidad de las situaciones fácticas que se plantean en torno al derecho a la salud. Nos acercan a la realidad de los agudos contrastes existentes en el mundo en que vivimos; de lo cual no podemos olvidarnos en nuestras disquisiciones jurídico-constitucionales.

A. Salta a la vista así en primer lugar la gran variedad de las situaciones problemáticas que se plantean en los distintos países –habida cuenta de su estrecha vinculación con las concretas condiciones económicas y sociales existentes en los mismos– así como también la necesidad de aproximarse al derecho a la salud con una cierta dosis de relatividad o flexibilidad, dado que su contenido adquiere unas dimensiones mudables o elásticas, con un notable tendencia a la variación en el espacio y también en el tiempo.

El caso de la denegación de los servicios públicos de hemodiálisis (sentencia del Tribunal constitucional sudafricano de 27 de noviembre de 1997) resulta elocuente al respecto, pues no cabe duda de que el mismo hubiera sido resuelto de manera diferente en un contexto socioeconómico y jurídico como el nuestro, donde el pronunciamiento judicial habría reconocido con toda seguridad el derecho de los enfermos renales a acceder a dichos servicios, por entenderse que dichos servicios encajan de lleno en el contenido constitucional del derecho a la salud. Es más, puede decirse que un problema semejante no es fácil que llegue a plantearse en España –donde el tratamiento de los enfermos renales, en su caso mediante trasplante, ha alcanzado unos niveles altamente satisfactorios– o en otros países de desarrollo similar dotados con un sistema sanitario público consolidado; y si llegara a plantearse, encontraría remedio adecuado en el nivel de la justicia ordinaria, sin necesidad de llegar al Tribunal Constitucional⁵⁶.

Y otro tanto podríamos decir en un sentido inverso. Los casos abordados por los Tribunales constitucionales europeos que hemos mencionado es difícil que se planteen en países como Sudáfrica –menos

todavía en países de inferior nivel socioeconómico– sencillamente porque tales países tienen por delante el reto de la cobertura de aspectos mucho más elementales y nucleares para la efectividad del derecho a la salud. En efecto, el estado de cosas existente en no pocos países hace impensable que en ellos se debata y litigue, por ejemplo, en relación con la financiación pública de medicamentos no registrados oficialmente para su uso terapéutico (como hizo el Tribunal Alemán en su decisión de 5 de marzo de 1999) o sobre las limitaciones del reintegro de gastos por asistencia sanitaria de las personas que se desplazan al otro lado del océano (Sentencia de la Corte Constitucional italiana 309/1999) cuando hay grandes déficits en cuestiones tan fundamentales y prioritarias como la generalización de una atención primaria básica, el acceso a los medicamentos esenciales, la profilaxis de las enfermedades transmisibles o una educación sanitaria elemental.

B. Pero hay otra reflexión que suscita el caso mencionado de la hemodiálisis en Sudáfrica que no quiero dejar de apuntar. Con independencia de que la respuesta dada al caso por el Tribunal Constitucional sudafricano pueda parecernos decepcionante por demasiado tímida y restrictiva –al menos en un primer momento; luego si se leen sus razonamientos resulta más comprensible– no puede dejar de advertirse que dicho pronunciamiento parte de la existencia de algunas condiciones previas que no puede decirse, ni mucho menos, que concurren en todos los países del mundo y, en particular, no concurren en la mayor parte de los Estados del continente africano. Efectivamente, de la sentencia se desprende que, cuando la misma se dicta, existen en Sudáfrica a) una red pública de asistencia sanitaria que proporciona tratamiento, aunque de manera insuficiente, a los enfermos con insuficiencia renal crónica; b) unas pautas generales de selección de enfermos que no carecen de una base de racionalidad en la búsqueda de la mayor rentabilidad social de los recursos disponibles; y c) un sistema judicial capaz de dar respuesta de manera diligente y razonada a las pretensiones planteadas en relación con las insuficiencias del sistema de salud⁵⁷. Pero

⁵⁶ Otro tanto podría decirse del caso del contagio de SIDA de madres a hijos abordado por la Sentencia de 5 de julio de 2002 que es un problema que, cuando se planteó en Sudáfrica, hacía ya algunos años que estaba solucionado en España.

⁵⁷ Un sistema que, como prueba la Sentencia sobre transmisión del SIDA, es capaz de ofrecer protección frente a las conductas

nada de esto existe en numerosos países africanos, que carecen de una red pública de asistencia sanitaria que pueda calificarse como tal, de unos criterios racionales de selección de enfermos aplicados de manera generalizada y, por supuesto, de unos mecanismos jurisdiccionales operativos capaces de ofrecer una respuesta efectiva a las situaciones de insuficiencia en la cobertura asistencial. De modo que puede decirse que faltan en ellos las condiciones objetivas previas – sanitarias y jurídico-institucionales– necesarias para que el derecho a la salud pueda alcanzar alguna dosis de efectividad, por mucho que los Estados en cuestión hayan ratificado el PIDESC y la Carta Africana de derechos del hombre y de los pueblos, e incluso tengan una Constitución en vigor que reconoce el derecho a la salud.

C. Por lo que se refiere a la experiencia de los países europeos aludidos, la conclusión que se desprende de la consideración de las sentencias citadas no es otra a mi juicio que la modestia de los efectos limitativos o condicionantes que para la actuación de los poderes públicos derivan del derecho constitucional a la salud, los cuales resultan más bien tenues o escasos en la práctica. En efecto, en las sociedades europeas desarrolladas, que están dotadas de un sistema público de asistencia sanitaria consolidado y maduro y que están además fuertemente medicalizadas –acaso en exceso–, el núcleo básico o esencial de protección garantizado por el derecho a la salud puede considerarse ya alcanzado y asentado y el legislador se mueve en un escenario de opciones organizativas y prestacionales que resultan en su mayoría indiferentes desde el punto de vista constitucional: será difícil en consecuencia que a las decisiones que adopte se le pueda reprochar la vulneración del derecho a la salud, salvo que incurra en discriminación, por introducir divergencias de trato injustificadas, como sucedió en las Sentencias de la Corte Constitucional italiana 185/1998 y 267/1998, o salvo que introduzca una reducción drástica de los niveles prestacionales existentes que menoscabe el contenido del derecho a la salud constitucionalmente protegido.

omisivas de los poderes públicos a través de pronunciamientos en los que se formulan mandatos u órdenes de ejecución dirigidos a los mismos

En ese sentido puede decirse que en estos países la función que cumple el derecho a la salud se sitúa más en el “blindaje” de unos niveles de protección sanitaria ya conseguidos que en la orientación positiva de la acción de los poderes públicos.

D. A la vista de todo ello, creo que podría intentarse una esquematización clasificatoria de los escenarios –ciertamente variados– en los que se opera actualmente el derecho a la protección de la salud. Sin perjuicio por supuesto de los matices individualizados que exigiría cada caso, en los que no podemos entrar, cabe apuntar al respecto lo siguiente.

1. Hay en primer lugar un grupo de países desarrollados y con un sistema prestacional sanitario consolidado en los que, con independencia de la necesidad permanente de adaptación a una realidad cambiante, se satisfacen holgadamente las exigencias derivadas del derecho a la salud. En este contexto, el disfrute del derecho a la salud se garantiza a través de un amplio dispositivo asistencial y preventivo y a través de los mecanismos jurisdiccionales ordinarios que ofrecen remedios frente a las vulneraciones de la legislación vigente que puedan producirse, pero el papel que desempeña dicho derecho en el nivel de justicia constitucional es más bien modesto. No parece discutible que podemos incluir a España en este primer grupo de países, sin necesidad de forzar las cosas, si tenemos en cuenta la capacidad de nuestro sistema de salud –tanto en el ámbito de la asistencia sanitaria como en el de la protección de la salud pública– y nuestros indicadores de morbilidad, mortalidad y esperanza de vida⁵⁸.

2. En el polo opuesto se sitúan los países inmersos en las situaciones de subdesarrollo y pobreza extrema, en los que se carece de los requisitos mínimos necesarios –materiales, organizativos e institu-

⁵⁸ Una exposición sintética de tales indicadores puede encontrarse en la publicación del Ministerio de Sanidad y Consumo *La salud de la población española. Indicadores de salud*, abril de 2006. Entre otros datos, se señala que en mujeres, España presenta la esperanza de vida al nacer más alta de la Unión Europea y, computando hombres y mujeres, España se sitúa en el tercer puesto, después tan sólo de Italia y Suecia. Y ello pese al hecho de que la mortalidad por accidentes de tráfico en España era, al inicio del siglo XXI, un 27,7% superior a la medida de la UE (tres veces y media superior en hombres que en mujeres).

cionales- para que el derecho a la protección de la salud pueda tener alguna dosis de efectividad⁵⁹. En

59 Un "flash" muy ilustrativo y eficaz sobre la problemática del subdesarrollo en el momento presente puede obtenerse de la lectura del Informe 2008 redactado por la Secretaría General de Naciones Unidas sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio (Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe 2008, Naciones Unidas, Nueva York, 2008). En el mismo se ponen de relieve los avances importantes que se han producido en los últimos años en muchos temas, pero también las notorias carencias todavía existentes, muchas de las cuales están directamente relacionadas con la salud humana. Entre otros, ofrece los siguientes datos:

- Aunque en los últimos años se ha progresado considerablemente en la reducción del hambre en el mundo, últimamente tales progresos se han erosionado como consecuencia de la crisis alimentaria y el aumento de los precios de los alimentos. Aproximadamente la cuarta parte de los niños de los "países en desarrollo" padecen desnutrición e insuficiencia de peso y, en consecuencia, tienen alta probabilidad de morir precozmente por enfermedades infantiles. Este porcentaje se eleva al 50% en determinadas zonas como Asia meridional.

- En los países en desarrollo, aproximadamente una de cada cuatro personas carece de servicios de saneamiento. En torno a 1.200 millones de personas viven en zonas donde la defecación es al aire libre (casi la mitad de la población de Asia meridional y más de la cuarta parte de quienes viven en África subsahariana), si bien dicha práctica se va reduciendo en todas las regiones. La defecación en espacios abiertos pone en peligro a toda la comunidad y no sólo a quienes se ven obligados a esta práctica, debido al mayor riesgo de contraer diversas enfermedades.

- Desde 1990 a 2006, 1.600 millones de personas obtuvieron el acceso al agua potable, si bien en la actualidad casi mil millones de personas carecen todavía de tal acceso, más de un tercio de los cuales viven en África subsahariana.

- Las tasas de mortalidad infantil continúan siendo altas en algunas partes del mundo (en África subsahariana la tasa de mortalidad en niños menores de 5 años por cada 1000 nacidos vivos se situaba en 157 en 2006), pese a los avances importantes en la lucha contra las principales enfermedades que causan la mortalidad infantil (neumonía, diarrea, paludismo y sarampión).

- En materia de mortalidad materna los avances en los últimos años han sido muy escasos, de modo que ésta sigue siendo muy elevada en los países en desarrollo: más 500.000 mujeres mueren al año en tales países con ocasión del parto o por complicaciones en el embarazo. Para una reducción de esta mortalidad se considera necesaria la presencia en el parto de personal sanitario cualificado, con equipamiento adecuado y con opciones de traslado en caso de complicaciones, pero hay todavía regiones en las que un número elevado de partos se realizan sin ningún tipo de asistencia (casi la mitad en África subsahariana).

- En algunas enfermedades como el sarampión o el paludismo ha habido avances considerables pero el SIDA continúa siendo una enfermedad muy extendida -especialmente en determinadas regiones como África subsahariana- que causa un elevado número de muertes: afecta a 33 millones de personas en todo el mundo y produce la muerte de más de 5000 personas diarias, a causa mayoritariamente de la falta de servicios de prevención y asistencia.

ellos, por tanto, el derecho a la salud es un objetivo social y político más que una realidad jurídicamente operativa. De modo que juegan aquí un papel importante, aparte por supuesto de la movilización de los respectivos Gobiernos, el impulso que procede de los organismos internacionales (Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Relator Especial del derecho a la salud, Organización Mundial de la Salud, OCDE, etc.), así como la cooperación al desarrollo que viene siendo ofrecida desde los Estados desarrollados, desde la Unión Europea y desde las entidades no gubernamentales⁶⁰.

3. Pero también pueden encontrarse países situados en una zona intermedia, que tienen todavía ostensibles carencias en la materia, pero que disponen ya de un dispositivo público asistencial y preventivo dotado de un cierto grado de desarrollo y de un marco institucional y jurisdiccional capaz de ofrecer respuesta a las pretensiones que puedan plantearse en demanda de unos mayores niveles de protección. En ellos se ofrece un escenario especialmente propicio para que el derecho a la protección de la salud actúe como palanca para impulsar los avances del correspondiente dispositivo asistencial y preventivo hasta niveles satisfactorios e, incluso, para que dicho derecho juegue un papel relevante en el nivel de la justicia constitucional. El caso de Sudáfrica -país de considerables riquezas naturales pero de grandes desigualdades que está incurso en un importante proceso de transición social, una vez realizada la transición política- ofrece un buen ejemplo al respecto⁶¹.

60 En el citado Informe 2008 sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio se pone de manifiesto que la asistencia oficial al desarrollo ha caído ligeramente desde 2005, momento en el que alcanzó su nivel más alto, pero se indica también que las organizaciones no gubernamentales y el sector privado están adquiriendo un papel muy importante en materia de cooperación al desarrollo. En todo caso debe indicarse que la separación público-privado se hace borrosa en ocasiones, pues hay instituciones que tienen un carácter mixto público-privado como es el caso de la fundación Fondo Mundial para la Lucha contra el SIDA, la Tuberculosis y el Paludismo, con sede en Ginebra, abierta a la participación de los Gobiernos, los organismos multilaterales de cooperación, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado.

61 Otro ejemplo de país en el que el derecho a la salud está jugando un papel importante en el ámbito de la justicia constitucional nos lo ofrece Colombia, cuya Corte Constitucional, creada por la vigente Constitución Política de 1991, ha elaborado una

IV. SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN ESPAÑA: LA EXPERIENCIA RECIENTE.

1. Introducción. La falta de una doctrina referida específicamente al derecho a la salud en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

Dentro de las coordenadas que emergen de las consideraciones que anteceden no resulta en modo alguno sorprendente la ausencia de una doctrina de nuestro Tribunal Constitucional en torno al derecho a la salud. Si al hecho cierto de que España dispone de un sistema sanitario razonablemente desarrollado y eficaz -en términos generales-, y que cuenta con unos indicadores de salud que pueden considerarse privilegiados en el contexto internacional, unimos la opción de nuestra Constitución de ubicar el derecho a la salud dentro del Capítulo III del Título I, fuera de los derechos fundamentales en sentido propio que son susceptibles de recurso de amparo, resulta fácilmente explicable este reducido juego que dicho derecho ha dado hasta el momento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Las cuestiones conflictivas vinculadas con el derecho a la salud encuentran acomodo con naturalidad en el ámbito de actuación de los Tribunales ordinarios, que velan por el respeto de la legislación vigente ofreciendo tutela judicial frente a las vulneraciones de los derechos de los ciudadanos,

rica y matizada doctrina sobre la materia a propósito de una casuística ciertamente abundante. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el derecho a la salud viene dando lugar en Colombia a un número elevadísimo de “acciones de tutela” por vulneración del mismo; acciones de tutela que se presentan ante la justicia ordinaria pero que, una vez falladas, se trasladan en su totalidad a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Entre nosotros ha dado cuenta de la doctrina sentada por la Corte Constitucional colombiana sobre el derecho a la salud M. ARBELÁEZ RUDAS en su trabajo La protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, “Derecho y Salud”, 14, 2 (2006). Muy recientemente, la propia Corte ha resumido esta jurisprudencia en su importante Sentencia T-760/08, de 31 de julio de 2008, en la que realiza una recapitulación minuciosa de su jurisprudencia y aborda no sólo diversos problemas concretos -planteados en las 22 acciones de tutela acumuladas que resuelve-, sino también diversos problemas de alcance general relativos al acceso a los servicios de salud. Ello le da pie a formular un amplio y exigente conjunto de órdenes de obligado cumplimiento dirigidas a los órganos responsables de los servicios de salud, formulando al efecto un detallado cronograma.

así como en otras instancias de supervisión de la acción de los poderes públicos como los defensores cívicos (el Defensor del Pueblo estatal y las instituciones autonómicas análogas, que se ocupan de manera habitual de las disfunciones e insuficiencias de nuestro sistema sanitario público), pero tales cuestiones han venido estando ausentes de nuestra jurisprudencia constitucional.

En efecto, aunque no faltan pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional que han debido ocuparse de cuestiones particularmente problemáticas planteadas en relación con la actividad médico-sanitaria, es lo cierto que en los mismos el derecho a la salud ha jugado un papel marginal o nulo. La jurisprudencia constitucional ha debido pronunciarse así sobre la negativa a recibir transfusiones de sangre por motivos religiosos (ATC 369/1984, de 20 de junio, y SSTC 166/1996, de 28 de octubre, y 154/2002, de 18 de julio), sobre la despenalización parcial del aborto (STC 53/1985, de 11 de abril), sobre la alimentación y el tratamiento médico forzoso de presos en huelga de hambre (SSTC 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio), sobre las esterilizaciones no consentidas de personas con discapacidad psíquica (STC 215/1994, de 14 de julio), sobre la utilización de embriones y fetos humanos (STC 212/1996, de 19 de diciembre) o sobre las técnicas de reproducción asistida (STC 116/1999, de 17 de junio), pero los correspondientes pronunciamientos se centran en derechos constitucionales que tienen carácter fundamental, como los derechos a la vida y a la integridad física o la libertad religiosa, pero no se ocupan del derecho a la salud o, como mucho, lo mencionan en un plano muy marginal.

Junto a ello debemos notar que una cierta presencia tuvo el derecho a la salud en la primera jurisprudencia constitucional relativa a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a propósito de la relación entre la competencia sobre la igualdad en las condiciones básicas de los derechos constitucionales (art. 149.1.1ª CE) y el derecho a la salud (art. 43 CE)⁶², pero la jurispru-

⁶² Véase en particular la STC 32/1983, de 28 de abril, en su Fundamento 2.

dencia constitucional posterior ha tendido a centrarse en los títulos competenciales específicos ofrecidos por el art. 149. 1 de la Constitución para abordar los problemas competenciales planteados en el ámbito sanitario (especialmente el título sobre las *bases* de la Sanidad que figura en el art. 149.1.16ª CE), dejando en segundo plano en cambio la regla 1ª del art. 149.1⁶³. Tampoco desde esta perspectiva puede decirse, por tanto, que el derecho a la salud haya desempeñado un papel relevante en la jurisprudencia constitucional, si bien debe decirse que el Estado viene invocando con habitualidad dicho título en la fundamentación competencial de la legislación sanitaria.

Sí que hay en cambio datos y novedades de interés en el terreno del desarrollo legislativo de este derecho constitucional; terreno en el que no puede decirse que haya estado ausente la preocupación por cumplir el mandato de “lograr progresivamente” la “plena efectividad” del derecho a la protección de la salud (en los términos que consagra el art. 2.1 del PIDESC) o la exigencia de que dicho derecho informe la “legislación positiva” y la “actuación de los poderes públicos” (según la fórmula que incorpora el art. 53.3 CE). Nos referiremos separadamente a algunas de las novedades que se han producido últimamente –la consideración de los últimos doce años ofrece un período que, por un lado, resulta suficientemente extenso y, por otro, es abarcable con cierta facilidad- en los dos ámbitos tradicionales de la acción de las Administraciones sanitarias, que lo son también de materialización del derecho a la salud: las prestaciones de asistencia sanitaria y las actuaciones en el ámbito de la salud pública.

63 Un ejemplo ilustrativo de ello nos lo proporciona la STC 98/2004, de 25 de mayo, relativa a la fijación de los precios de referencia de los medicamentos, lo que conlleva a la vez la determinación de los límites a la financiación pública de los mismos, que sitúa en un segundo plano la competencia estatal recogida en el art. 149.1.1ª CE (FJ 9). En el Voto Particular formulado por el Magistrado J. Díez-Zapata a esta sentencia (al que se adhirió el Magistrado R. García-Calvo) se sostiene, frente a la posición mayoritaria, un planteamiento que pone énfasis en el concepto de Estado social, en el derecho constitucional a la salud (que se califica como “condición previa para el ejercicio de los demás derechos fundamentales”) y en la regla primera del artículo 149.1 como fundamentación de la competencia exclusiva del Estado para fijar los precios de referencia de los medicamentos.

2. Los avances en el terreno legislativo (A): la asistencia sanitaria

En el ámbito de la asistencia sanitaria ha habido, en lo fundamental, continuidad con las opciones consagradas en la etapa anterior (que se plasmaron en su momento en la Ley General de Sanidad de 1986 y en las diversas disposiciones que vinieron a desarrollarla y complementarla, entre las que cabe incluir al RD 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de las prestaciones sanitarias del SNS), pero las novedades introducidas en los últimos años no puede decirse que hayan sido pocas ni tampoco –si se consideran conjuntamente- de escaso calado.

A. Por lo que se refiere al *quantum* prestacional, esto es, al contenido concreto de la asistencia sanitaria que se ofrece por nuestro sistema público de salud a todos sus beneficiarios, se han introducido diversas novedades de signo ampliatorio que reflejan el principio o cláusula de progreso, tan característico del sector sanitario y, en general, de los derechos económico-sociales. Concretamente deben mencionarse las reglas sobre prestaciones sanitarias contenidas en la Ley 16/2003, de 16 de mayo de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud y en el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, sobre “cartera de servicios comunes” de dicho Sistema.

En virtud de estas disposiciones, la determinación del contenido de las prestaciones se ha llevado a cabo separando dos momentos o fases que no se distinguían en la ordenación llevada a cabo por el RD 63/1995. Ahora se contempla por un lado el *catálogo de prestaciones* establecido en la Ley (la Ley 16/2003), en el que se fija la estructura básica y los contenidos fundamentales de la atención sanitaria que dispensa nuestro sistema público de salud, y, por otro lado, la *cartera de servicios* concretada reglamentariamente (RD 1030/2006), que constituye un desarrollo analítico del catálogo que determina “el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos [...] mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias” (art. 20.1 de la Ley de Cohesión) y que se concibe como algo necesariamente mudable y adap-

table en función de la evolución de las tecnologías sanitarias sin necesidad de modificar la Ley⁶⁴.

Aunque no podemos entrar en el detalle de una materia cuya prolijidad nos haría perder el hilo conductor de este estudio, debemos subrayar que Ley de Cohesión implicó en su momento, además de la plasmación a nivel legal de la estructura y contenidos básicos de la asistencia sanitaria pública –plasmación que no existía con anterioridad–, algunas aportaciones de carácter novedoso a la configuración de las prestaciones sanitarias. En este sentido, cabe destacar la consideración de las *prestaciones de salud pública*, de la *asistencia sociosanitaria* y de la *atención de urgencia* como prestaciones con entidad y contenido propio (arts. 11, 14 y 15 de la Ley de Cohesión). Y por lo que se refiere a la cartera de servicios comunes fijada en el RD 1030/2006, debe hacerse constar que implica un mayor grado de precisión en los contenidos concretos de la asistencia que venía siendo prestada⁶⁵ aportando a la vez una sistematización mejorada y más completa de las prestaciones garantizadas por el Sistema Nacional de Salud y algunas novedades de claros efectos ampliatorios. Entre ellas cabe mencionar las precisiones que se incluyen en relación con las prestaciones de salud buco-dental y las actividades de rehabilitación que se ofrecen o con los cuidados paliativos de enfermos terminales, la expresa previsión de algunas técnicas específicas como la anestesia epidural en los partos normales, la tomografía por emisión de positrones (PET) en oncología, o también la incorporación de algunas situaciones no

contempladas anteriormente como la obesidad mórbida⁶⁶.

B. En relación con el ámbito subjetivo de cobertura de las prestaciones, dos aspectos específicos merecen comentario: la incorporación de un importante número de personas extranjeras al colectivo de beneficiarios del Sistema de Salud y la persistente resistencia del legislador estatal a optar por una universalización plena de la asistencia sanitaria que reconozca el derecho a la asistencia sanitaria a todos los residentes en España.

El primer aspecto tiene que ver –dejando al margen el debate sobre la entidad de lo que suele denominarse *turismo sanitario*⁶⁷–, con los intensos flujos migratorios que ha recibido España en la última década. Tales flujos migratorios han determinado una incorporación masiva de extranjeros a nuestro mercado de trabajo que se han convertido, junto con sus familiares dependientes, en beneficiarios del Sistema Nacional de Salud, como no podía ser de otra manera. Lo cual ha dado lugar a uno de los retos de mayor envergadura que ha debido afrontar nuestro dispositi-

64 Las pautas sustantivas y procedimentales aplicables para la actualización del catálogo se fijan en los arts. 21 y 22 de la Ley 16/2003 y se desarrollan en el RD 1030/2006. En realidad no hay una única cartera de servicios, sino que, junto a la cartera de servicios comunes (fijada en el RD 1030/2006), existen también las carteras de servicios autonómicas, que pueden añadir técnicas o procedimientos adicionales sin prescindir de ninguno de los incluidos en la cartera común.

65 Según señala el Preámbulo del RD 1030/2006, su finalidad no es otra que definir las prestaciones que el Sistema Nacional de Salud “actualmente está ofertando a los ciudadanos”, así como “garantizar estas prestaciones comunes”. El grado de precisión que aporta es sin duda mucho mayor que el RD 63/1995 al que sustituye: la extensión inferior a seis páginas de BOE que tenía el RD 63/1995 se ha multiplicado por más de cinco: nada menos que 30 páginas ocupa el RD 1030/2006 en el BOE de 16 de septiembre de 2006.

66 Pese a ello sigue habiendo por supuesto aspectos en los que cabe detectar insuficiencias en la asistencia que se viene prestando. Una exposición de síntesis sobre tales insuficiencias, apoyada en la amplia experiencia del Defensor del Pueblo, puede encontrarse en F. BENITO ANGUITA, Retos inmediatos de la Sanidad desde la perspectiva del Defensor del Pueblo, Revista “Derecho y Salud”, 13, 1 (2005), pp. 35 y ss., donde se subrayan, entre otros, los siguientes aspectos: a), los problemas vinculados a la denominada asistencia “sociosanitaria”, y en particular a la asistencia de enfermos crónicos o en fase muy avanzada de enfermedad que no requieren una atención exclusivamente sanitaria, a los que no se atiende adecuadamente ni por el Sistema Nacional de Salud ni por los servicios de acción social; b) las notorias carencias en relación con los enfermos mentales, cuyo cuidado ha venido recayendo de hecho en unas familias cuyo esfuerzo ha sido poco reconocido y apoyado desde los poderes públicos; y c) las limitaciones en el tratamiento de las enfermedades raras o poco frecuentes, que afectan a casi dos millones de personas. Aunque han pasado ya 3 años desde que se redactó este texto, no parece que las cuestiones apuntadas hayan experimentado cambios significativos.

67 Con ello se alude a los extranjeros que se desplazan a España para obtener determinadas prestaciones sanitarias (colocación de prótesis de cadera, intervención de cataratas), o los que aprovechan su estancia en nuestro país para ello. No parece que haya datos precisos que permitan confirmar y cuantificar el fenómeno, pero los gestores de los servicios autonómicos sanitarios lo han venido poniendo de relieve y ha aflorado en diversas ocasiones en los medios de comunicación.

vo asistencial en los últimos años, no sólo en razón del mayor número de usuarios a atender sino también por la problemática específica que deriva de la diversidad lingüística y cultural.

Desde el punto de vista normativo, es la Ley de extranjería (LO 4/2000, de 11 de enero) la que se ocupa del tema, y lo hace en unos términos ciertamente abiertos al no exigir que los extranjeros tengan una situación de residencia legal en España para beneficiarse de la asistencia sanitaria pública: basta al efecto tan solo el empadronamiento en alguno de los Municipios españoles. De acuerdo con lo establecido en el art. 12.1 de la Ley, basta la inscripción patronal –mucho más accesible en términos de requisitos sustantivos y procedimentales que la autorización de residencia- para tener derecho a la asistencia sanitaria “en las mismas condiciones que los españoles”⁶⁸. E, incluso, el tema se contempla en términos todavía más abiertos en relación con determinados grupos de personas -menores y mujeres embarazadas- y en la provisión de asistencia sanitaria de urgencia, supuestos ambos en los que el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria se hace a favor de todos los extranjeros “que se encuentren en España” sin exigir siquiera el empadronamiento (apartados 2, 3 y 4 del art. 12)⁶⁹.

La segunda cuestión apuntada –la ausencia todavía hoy de una universalización plena de la asistencia sanitaria pública- merece una severa crítica desde el punto de vista de la efectividad del derecho constitucional a la protección de la salud.

Nuestro Derecho positivo sigue pivotando sobre un sistema de determinación de los beneficiarios de la asistencia sanitaria que ha ido acumulando una serie

de vías de acceso vinculadas a principios o conceptos diferentes –así, el principio contributivo (asistencia a trabajadores y pensionistas y a familiares a su cargo), los planteamientos propios de la asistencia social (personas sin recursos económicos), y la atención a colectivos específicos (minusválidos o menores de edad)- sin termina de interiorizar plenamente el mandato de universalización⁷⁰. Es cierto que *de facto* esta acumulación de conceptos ha dado lugar a una cuasi-universalización del derecho a la asistencia sanitaria, pero no menos cierto es que continúa existiendo un colectivo de personas con residencia en España que carecen de tal derecho⁷¹. Esta situación no sólo supone el incumplimiento del mandato de universalización que deriva del derecho a la salud constitucionalmente consagrado -y formalmente asumido por nuestra legislación general sanitaria (Ley General de Sanidad de 1986 y Ley de Cohesión de 2003)-, sino que resulta incongruente con el sistema vigente de financiación sanitaria, que no descansa ya en las cotizaciones sociales vinculadas al trabajo sino en la carga tributaria soportada por todos los contribuyentes. Lo cual produce una discriminación contraria al principio constitucional de igualdad (art. 14 CE), en la medida en que implica una diferencia de trato que carece de una justificación razonable, dado que no hay, en efecto, más allá de una pura inercia histórica, razón alguna que justifique la exclusión de un colectivo de ciudadanos-contribuyentes del acceso a la asistencia sanitaria pública: si todos contribuyen a sostener el gasto público sanitario de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario “inspirado en los principios de igualdad y progresividad” (art. 31.1 CE), es claro que todos deben tener acceso a los servicios y prestaciones que se financian a través de dicho sistema tributario⁷².

⁶⁸ *Adviértase en todo caso que el art. 12.1 formula una regla de equiparación de los extranjeros empadronados respecto a los españoles en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria. Ello implica que a también para los extranjeros deba exigirse la concurrencia de un título concreto que determine el derecho a la asistencia sanitaria (trabajador dependiente o autónomo, jubilación, carencia de recursos económicos suficientes, etc.).*

⁶⁹ *Los detalles del marco legal vigente sobre el tema pueden verse en el trabajo de D. T. KAHLE CARRILLO, La prestación de asistencia sanitaria a los extranjeros en España, Revista Derecho y Salud, 15, 1 (2007).*

⁷⁰ *Véase sobre ello más ampliamente las indicaciones que se contienen en mi libro Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud, Comares, Granada, 2005, pp. 73 a 75, 91 a 101 y 230 a 231.*

⁷¹ *El número de personas en esa situación no se conoce precisión, pero parece situarse, según cifras que maneja el Ministerio de Sanidad, en torno al 0.5% de la población (algo más de 200.000 personas), si bien se trata de una mera aproximación.*

⁷² *Junto a ello, debe notarse que las reglas sobre asistencia sanitaria contenidas en la Ley de extranjería (LO 4/2000) impli-*

El tema constituye por tanto una “asignatura pendiente” de nuestro ordenamiento jurídico desde la óptica de la efectividad del derecho a la salud. Una asignatura pendiente sobre la que se ha llamado la atención desde la doctrina y desde diversos foros institucionales en los últimos años -en particular así se ha hecho desde la institución del Defensor del Pueblo⁷³- pero obviamente sin éxito por el momento. Entiendo por ello que, antes de acometer otras mejoras prestacionales en nuestro Sistema Nacional de Salud, sería preciso abordar su universalización plena para corregir una situación que no sólo genera una clara inconstitucionalidad por omisión (una situación que podía estar justificada en 1978, sobre la base de la necesidad de avanzar de una manera progresiva, pero que es claro que no lo está en 2008), sino que supone el incumplimiento de Convenios internacionales ratificados por España (art. 12 del PIDESC).

C. Junta a ello, debemos subrayar que se han producido en los últimos años una serie de mejoras relacionadas con numerosos aspectos de la asistencia sanitaria que inciden sobre la *calidad* de la misma en su sentido más amplio. En efecto, los aspectos cuali-

tativos de la asistencia prestada han venido siendo objeto en los últimos años de una atención creciente por parte de las Administraciones competentes que encontró plasmación normativa y refuerzo a través de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del SNS, en la que se contemplaron una amplia serie de ámbitos de actuación y de instrumentos que enmarcan en la actualidad las políticas públicas de calidad de los servicios sanitarios⁷⁴. En particular, debemos subrayar que la Ley de Cohesión aborda lo que denomina *garantías de movilidad* (acceso a las prestaciones con independencia del lugar en el que se encuentren en cada momento los usuarios del SNS) y las *garantías de tiempo* (fijación de tiempos máximos de espera en el acceso a las prestaciones), ocupándose de muy diversos aspectos concretos de la calidad asistencial en relación con los cuales ofrece instrumentos *ad hoc*: posibilidad de una segunda opinión facultativa, mejoras en la confortabilidad de la asistencia, existencia de servicios de referencia, realización de auditorías periódicas de la calidad, guías de práctica clínica, planes de calidad, etc.

Todas las acciones que se llevan a cabo para la mejora de la calidad de la asistencia sanitaria en aplicación de éstos u otros instrumentos⁷⁵ resultan por supuesto encomiables, pero la percepción que se obtiene a partir de la observación directa de las cosas y de la información que ofrecen los medios es que nuestro sistema asistencial presenta notorios contrastes y claroscuros, con no pocos ámbitos en los que pueden detectarse deficiencias en la organización de los servicios y en la diligencia del personal, sin perjuicio de que pueda afirmarse que el nivel de calidad técnica de la asistencia sanitaria pública que se presta en España es, en general, alto. Tengo para mí que el origen de no pocas de las deficiencias aludidas se encuentra en ciertos elementos contextuales ajenos a

ca que en determinadas situaciones puede producirse un trato menos favorable para los españoles que para los extranjeros. Así puede suceder en la asistencia sanitaria urgente (a la que todos los extranjeros tienen derecho en condiciones de gratuidad -tratándose de accidentes o enfermedades graves- de acuerdo con lo previsto en la LO 4/200, pero que si se proporciona por un centro sanitario público a un español sin derecho a la asistencia sanitaria deberá ser abonada por el beneficiario).

73 Sobre la necesidad de acometer la universalización de la asistencia sanitaria ha venido llamando la atención en efecto el Defensor del Pueblo desde hace ya años, hasta el momento sin éxito, utilizando para ello la vía de la Recomendación dirigida al Ministerio de Sanidad y refiriéndose explícitamente al tema en los sucesivos Informes anuales (así, el Informe correspondiente a 2007 vuelve a insistir sobre ello). Esta posición se recoge también en el texto citado de F. BENITO, Retos inmediatos de la Sanidad desde la perspectiva del Defensor del Pueblo, donde se alude a las diversas situaciones de ausencia de derecho a la asistencia sanitaria pública (personas que no han trabajado y que cuentan con recursos económicos suficientes según el modesto umbral fijado reglamentariamente al efecto, españoles que son pensionistas de la Seguridad Social de otros países y que han retornado a España, etc.). En esta situación se encuentran también determinados profesionales, como los que ejercen la Abogacía, que reivindican justamente un derecho a una asistencia sanitaria pública del que en muchos casos carecen (vid. al respecto el artículo Sanidad: los Abogados discriminados, en “Abogados. Revista del Consejo General de la Abogacía Española”, Febrero 2008, p. 19).

74 Vinculadas también con la calidad en su sentido mas amplio se encuentran las cuestiones relacionadas con la información y documentación clínicas y con el consentimiento de los pacientes a las intervenciones médicas; cuestiones que fueron objeto de regulación a través de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que resulta aplicable tanto al sistema público asistencial como al sector sanitario privado.

75 Para una exposición más completa al respecto remito a mi libro Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud, cit., pp. 110-118 y 239-243.

la asistencia misma que se presta; en particular en una política de recursos humanos en el ámbito público sanitario que resulta en su conjunto no muy feliz y escasamente incentivadora para el personal, así como en un entorno social de comportamientos que introducen claros elementos de distorsión en el buen funcionamiento de los servicios de salud: es el caso del manifiesto abuso que se hace de algunos servicios (por ejemplo, urgencias hospitalarias) o de las conductas agresivas de no pocos usuarios (pacientes o acompañantes) hacia el personal que los atiende, en forma incluso de agresiones físicas, lo cual alimenta a su vez actitudes defensivas y de desconfianza por parte del personal sanitario⁷⁶. Cuestiones éstas que difícilmente van a dejar de operar a corto plazo —requieren sin duda una respuesta mediante actuaciones de ciclo largo—, pero que deben ser objeto de preocupación y de remedio si se aspira a mejorar el actual estado de cosas porque inciden, de manera indirecta pero clara, en la calidad asistencial.

D. Por lo que se refiere al tema de la coparticipación de los beneficiarios de la asistencia sanitaria en el coste de la misma (“copagos”), no ha habido cambios en los últimos años respecto a las reglas vigentes tradicionalmente en España, que parten de un principio de gratuidad de los servicios y prestaciones, salvo en lo relativo a los medicamentos⁷⁷, pero sí un debate

⁷⁶ Las conductas agresivas de los pacientes con el personal en los centros sanitarios han sido en efecto un fenómeno nada infrecuente en los últimos años (con algunos casos especialmente graves: en 2001 dos médicos fallecieron como consecuencia del apuñalamiento que sufrieron en su centro sanitario por negarse a firmar documentos de baja y de incapacidad) que ha dado lugar a diversas actuaciones institucionales a partir del año 2004. Concretamente de las Administraciones autonómicas (entre otros, planes de prevención de las agresiones o programas de formación del personal para aprender a tratar a los pacientes potencialmente conflictivos), de los Colegios profesionales y de las Fiscalías. Aunque obviamente tales agresiones no sean muchas en términos porcentuales, es obvio que producen un importante deterioro del clima laboral en los centros sanitarios.

⁷⁷ La “aportación económica” a cargo de los beneficiarios del SNS se determina en base a las siguientes reglas (Anexo V.3 del RD 1030/2006): 1) La “aportación normal” que con carácter general deben satisfacer los usuarios en el momento de la dispensación del medicamento en la oficina de farmacia es el 40% del precio de venta al público. 2) Se establece una “aportación reducida” (el 10% del precio con un límite máximo de 2,64 euros por envase) en determinados supuestos; entre otros, medicamentos para el tratamiento de determinadas enfermedades crónicas o graves y para enfermos de SIDA. 3) Los supuestos de exen-

sobre el argumento que viene planteándose de manera recurrente en nuestro país desde el Informe Abril de 1991. Desde entonces no han faltado opiniones partidarias de trasladar una parte del coste de la asistencia prestada a los beneficiarios mediante el pago por los mismos de una cantidad por cada acto médico o prestación recibida (consultas, pruebas diagnósticas, intervenciones quirúrgicas, etc.). Opción que ha sido asumida en otros países europeos (introducción del *ticket sanitario* en Italia o del *ticket moderador* en Francia)⁷⁸ como instrumento de financiación parcial del creciente gasto que absorbe el sistema sanitario asistencial y, sobre todo, como fórmula al servicio de la racionalización y moderación de la demanda de utilización de los servicios y prestaciones sanitarias públicas.

Cualquier opción que se adopte al respecto debe respetar por supuesto el derecho constitucional a la protección de la salud, y el principio solidarista que está en su base, pero es claro que del mismo no deriva un mandato de gratuidad total de las prestaciones y servicios, sino más bien un mandato de *asequibilidad* de los mismos, lo que no impide obviamente la existencia en sí de los copagos, si bien impone un marco de limitación a la hora de su establecimiento. Lo cual deja a los poderes públicos un margen de maniobra muy amplio en la configuración de la materia; en concreto, en la opción por introducir o no el copago y, en su caso, en la determinación de su cuantía y de sus presupuestos objetivos y subjetivos.

Personalmente tiendo a pensar que, tarde o temprano, habrá que revisar el principio de gratuidad total de las prestaciones sanitarias públicas (lo que podríamos denominar “cultura” del gratis total en la Sanidad pública), tan arraigado entre nosotros pero cada vez más difícil de mantener en un escenario en

ción total en el pago del precio de los medicamentos son amplios: se benefician de dicha exención total los pensionistas y colectivos asimilados, los afectados por el síndrome tóxico, las personas con discapacidad, los tratamientos derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y los productos farmacéuticos que se dispensan en los propios centros sanitarios.

⁷⁸ El *ticket moderador* en Francia funciona como franquicia no reembolsable: dado que el sistema de asistencia sanitaria allí se basa en el reembolso de los gastos médicos sufragados por el paciente, el *ticket* es un porcentaje del precio del acto médico que no se le reembolsa al beneficiario.

el que el gasto público sanitario público tiende a absorber una parte cada vez más importante del gasto social y en el que aparecen otros objetivos sociales apremiantes, como la atención a las situaciones de dependencia. Pero no ignoro los problemas vinculados al copago: si los copagos se fijan en unos niveles más bien simbólicos (por ejemplo, 1 euro por consulta, como a veces se ha sugerido) es poco probable que tengan efectos perceptibles en la moderación de la demanda y que generen una financiación significativa capaz de reducir el creciente caudal de la carga impositiva que absorben los servicios de salud, constituyendo en cambio un elemento adicional de complicación en la gestión de los servicios sanitarios; si los copagos alcanzan importes de una cierta entidad, pueden implicar obstáculos inasumibles para algunas economías, lo que exige establecer un complejo cuadro de distinciones y exoneraciones para patologías determinadas o para personas con escasos recursos económicos.

Menos dudas tengo en cambio en la conveniencia de replantearse la gratuidad total de la prestación farmacéutica de la que se benefician todos los pensionistas. Una opción que se introdujo en España en un momento histórico en el que la esperanza media de vida existente era mucho menor que en el presente y en los que la situación de jubilado (mayor de 65 años) y la condición de “anciano” tenían un alto grado de correspondencia, pero que genera en la actualidad unos agravios comparativos difícilmente justificables, dado que el estatus de pensionista no está vinculado hoy necesariamente a una situación de escasez o precariedad económica, que sí existe en cambio en no pocas personas en edad de trabajar. De modo que hoy resultaría perfectamente razonable, por ejemplo, demorar el acceso gratuito a los medicamentos hasta una edad más avanzada (70 o 75 años) o fijar una participación reducida de los pensionistas en el precio de los medicamentos (por ejemplo, el 20% en lugar del 40% que pagan los trabajadores en activo) sin perjuicio de mantener las exoneraciones totales para determinadas patologías crónicas. Nada de esto sería particularmente problemático si se compensa esa medida con un incremento de las pensiones más bajas y se mantiene una política general de suficiencia de las pensiones y, en cambio, ello contribui-

ría a aligerar el peso de la factura farmacéutica a cargo del Sistema de Salud reduciendo además el espacio para posibles fraudes y despilfarros o uso irracional de los medicamentos.

3. Los avances en el terreno legislativo (B): la salud pública.

A. Ámbito tradicional de la legislación sanitaria, que en otro tiempo era fundamentalmente legislación de higiene o salud pública (todavía la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 1944 es fundamentalmente una Ley de salud pública que plasma la mentalidad higienista de la época), la salud pública había quedado relegada a un segundo plano durante la segunda mitad del siglo XX como consecuencia del fuerte protagonismo que durante dicho período tuvo la Sanidad asistencial en las políticas de salud y en la acción legislativa sobre la materia. En efecto, esa etapa estuvo protagonizada por el desarrollo y consolidación de nuestro sistema público de asistencia sanitaria, que vino a absorber el grueso de los recursos públicos dedicados a la Sanidad y la atención prioritaria del legislador-, lo cual implicó una cierta preterición de la salud pública; preterición que puede detectarse en la propia Ley General de Sanidad de 1986 y en su normativa complementaria y de desarrollo, incluyendo a las leyes de salud autonómicas de salud o de ordenación sanitaria de los años noventa. Últimamente sin embargo –a partir de la segunda mitad de la década de los noventa y, especialmente, durante los años ya transcurridos de la primera década del presente siglo- se observa un paulatino reforzamiento de la atención que suscitan las cuestiones vinculadas a la salud pública, lo que se ha traducido en un fortalecimiento de las políticas de salud pública desarrolladas por las Administraciones competentes y también en una mayor presencia de los temas de salud pública en el plano legislativo.

Las razones que explican esta tendencia son diversas y complejas. Aunque no procede en este momento profundizar en la cuestión, un intento de aproximación a la misma no podría prescindir de la consideración de una serie de circunstancias entre las que se encuentran las siguientes: la emergencia de nuevos riesgos para la salud -buena parte de los cuales están unidos al desarrollo tecnológico y a la globalización-

y la creciente preocupación social y política por la seguridad frente a los mismos; el conocimiento científico más preciso de las diversas enfermedades y de su forma de transmisión al ser humano; la necesidad de reducir la fuerte presión que sufren los servicios públicos asistenciales –cuya financiación absorbe un ingente volumen de recursos económicos– y la mayor eficiencia que tiene el gasto dedicado a los objetivos preventivos respecto a los asistenciales; el impulso que deriva de la acción de diversos organismos internacionales sobre la materia (Organización Mundial de la Salud, Consejo de Europa); o, también, las iniciativas y acciones procedentes de la Unión Europea, donde la “política de salud pública” ha tomado carta de naturaleza a partir del Tratado de Ámsterdam de 1997⁷⁹.

Esta intensificación de las políticas vinculadas a la salud pública resulta patente de modo particular en determinadas materias o sectores que han sido objeto de una atención específica y reforzada durante los últimos años. Entre ellos cabría citar, sin ánimo de exhaustividad, la protección de la *salud* en el ámbito *laboral* (materia abordada por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y por una copiosa normativa de desarrollo), la atención a las cuestiones de la *seguridad alimentaria* (objeto de un nuevo impulso y unos nuevos planteamientos plasmados en numerosas normas entre las que cabe destacar la Ley 11/2001, de 5 de julio, de creación de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria, que recoge expresamente el *principio de precaución* a la hora de perfilar el marco de actuación de dicho organismo)⁸⁰, la preocupación por el *ruido* como problema ambiental que tiene también una incidencia sobre la salud humana (tema que ha sido objeto de numerosas Ordenanzas municipales y que ha recibido un importante impulso son la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido), las medidas dirigidas a reducir el con-

sumo del *tabaco* (abordadas a través de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo), o la *salubridad de las viviendas y de los edificios en general* (el Código Técnico de la Edificación ha concretado las “exigencias básicas de salubridad” previstos en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación)⁸¹. También cabría aludir a la continua aparición de normativas sanitarias específicas sobre nuevas situaciones de riesgo⁸² y al hecho de que, en el plano de la legislación sanitaria general, puede detectarse últimamente una mayor atención a los temas de salud pública, como es el caso de la Ley de Cohesión y Calidad del SNS de 2003⁸³. Esta mayor atención no se ha plasmado por el momento en una renovación completa de la legislación general sobre salud pública, pero tal renovación es muy probable que se acometa en los próximos años, tanto a nivel estatal como autonómico, dada la gran dispersión de la normativa

81 Vid. art. 3.1. b de dicha Ley. En desarrollo de la misma, el Código Técnico de la Edificación, aprobado por RD 314/2006, de 17 de marzo, concretó dichas exigencias de salubridad en sus diversos aspectos: protección frente a la humedad, recogida y evacuación de residuos, calidad del aire interior, suministro de agua y evacuación de aguas (art. 13 y Documenta Básico sobre salubridad del Código Técnico). Exigencias que deben cumplirse en la proyección, construcción mantenimiento y utilización de todos los edificios.

82 Como simples botones de muestra, cabe mencionar el RD 1066/2001, de 28 de septiembre, que aprueba un Reglamento con medidas de protección frente a emisiones radioléticas, el RD 1002/2002, de 27 de septiembre, que regula la venta y utilización de aparatos de bronceado mediante radiaciones ultravioletas o el RD 865/2003, de 4 de julio, por el que se establecen los criterios para la prevención y control de la legionelosis. En el ámbito autonómico se han elaborado también normativas específicas sobre nuevas situaciones de riesgo; por ejemplo, en el caso de Aragón cabe mencionar la regulación de de los establecimientos de tatuaje o piercing (Decreto 160/2002, de 30 de abril), de los establecimientos de comidas preparadas (Decreto 131/2006, de 23 de mayo), de los centros de bronceado (Decreto 95/2007, de 23 de mayo) o de las operaciones de cirugía bariátrica (intervenciones quirúrgicas realizadas para reducir la obesidad de una persona, objeto de la Orden de 24 de enero de 2005, del Departamento de Salud y Consumo).

83 La Ley 16/2003 incluye a las prestaciones de salud pública dentro del catálogo de prestaciones del SNS (art. 11), prestaciones de salud pública que explicita la “cartera de servicios comunes” aprobada por el RD 1030/2006 (Anexo I). Además dedica uno de sus Capítulos, el VIII, de manera específica a la salud pública sin perjuicio de la clara proyección sobre la salud pública de la mayor parte de las materias que aborda (así, la investigación, el sistema de información sanitaria o los planes integrales).

79 Una lúcida explicación de todas estas circunstancias puede encontrarse en el libro de C. CIERCO SEIRA, *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006.

80 También tienen una clara incidencia sobre la seguridad alimenticia la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal y el Reglamento sobre seguridad general de los productos (RD 1801/2003, de 26 de diciembre).

en vigor y la obsolescencia de una buena parte de ella.

B. Sin que resulte procedente entrar aquí en los pormenores de las materias aludidas, o de otras que podríamos considerar, me permito tan sólo apuntar algunas ideas centrales en relación con dos de ellas que pueden resultar representativas: la política de prevención de riesgos laborales y las medidas frente al tabaquismo.

Por lo que se refiere a la prevención de riesgos laborales, se trata de una materia en modo alguno novedosa –corresponde con la tradicional “seguridad e higiene en el trabajo” (terminología que se recoge en el art. 40.2 CE)-, pero que recibió un renovado impulso con la promulgación de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales. Esta Ley, completada y desarrollada por diversas disposiciones posteriores, vino a diseñar el marco fundamental de la política de prevención de riesgos laborales teniendo en cuenta, como no podía ser de otra manera, las exigencias derivadas de las Directivas comunitarias sobre la materia así como los compromisos asumidos por España con la Organización Internacional del Trabajo como consecuencia de la ratificación del Convenio 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores.

La Ley reconoce a todos los trabajadores el derecho “a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo” que implica la existencia de un “correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales” (art. 14.1). Y este derecho constituye el núcleo alrededor del cual la Ley construye una muy amplia serie de obligaciones del empresario sobre la materia así como el eje de la política de seguridad y salud laboral que desarrollan los poderes públicos.

Las exigencias que derivan para el empresario de este deber son ciertamente amplias (deber de prevención y evitación de riesgos –que exige, entre otras cosas, la implantación de un servicio de prevención en alguna de las modalidades previstas legalmente-; deber de información y formación de los trabajadores; deber de vigilancia de la salud; etc.) y tienen una pormenorización muy completa en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en su normativa complementaria en cuyo detalle no podemos entrar aquí.

Tan sólo nos interesa destacar el importante dispositivo de medidas y responsabilidades establecidas para garantizar el cumplimiento de todas estas obligaciones y, en consecuencia, para garantizar la efectividad del derecho de los trabajadores a la protección de su salud. En efecto, por el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales vela la Administración laboral a través de la Inspección de Trabajo que, en su caso, puede imponer sanciones administrativas de considerable eficacia disuasoria (multas de elevada cuantía e incluso, suspensión de actividades o cierre de un centro de trabajo). Y ello al margen de las responsabilidades empresariales de carácter civil que puedan derivarse, por los daños que sufran los trabajadores, o del recargo en las prestaciones de la Seguridad Social que resulte procedente en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales⁸⁴ o, incluso, de la posibilidad de responsabilidades penales si se incurre en alguna de las conductas tipificadas como delito en esta materia por el Código Penal (los arts. 316 y 317)⁸⁵. Pero por otra parte existe lo que podría denominarse tutela preventiva inmediata de los trabajadores en el caso de que se presente un “riesgo grave e inminente” para la seguridad y salud de los mismos: hipótesis que determina la paralización de la actividad laboral ordenada por la Inspección de Trabajo o bien acordada por el propio empresario o, incluso, por los propios representantes de los trabajadores⁸⁶.

Por lo que se refiere a las medidas sanitarias contra el tabaquismo (Ley 28/2005, de 26 de diciem-

84 En el caso de que un accidente de trabajo o una enfermedad profesional se haya producido como consecuencia de la infracción de la normativa de riesgos laborales, procede incrementar la prestación que se reconoce al trabajador (por ejemplo, la pensión de invalidez) en una cuantía que oscila entre el 30 y el 50% en función de la gravedad de la falta, recayendo dicho recargo en el empresario.

85 Estos delitos se formulan como delitos de riesgo, de manera que no es necesario la producción de un daño efectivo en la salud de los trabajadores para incurrir en los mismos: basta que la conducta descrita en los mismos ponga en “peligro grave” la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores.

86 Véase lo dispuesto en los arts. 19 y 45 de la Ley 31/1995. En la hipótesis de que sean los representantes de los trabajadores los que acuerden la paralización de la actividad, deben comunicar su acuerdo con carácter inmediato a la empresa y a la autoridad laboral, la cual decidirá, en el plazo de 24 horas, si ratifica o anula la paralización acordada (art. 19.3).

bre), constituye también un claro ejemplo de intensificación de las actuaciones legislativas y ejecutivas en el ámbito de la salud pública. Tampoco puede decirse que se trate de una cuestión novedosa, pero sí de una materia que a partir de la promulgación de dicha Ley tiene un tratamiento normativo más completo y de rango legal (anteriormente el Estado había abordado la cuestión sólo mediante normas de rango reglamentario) y con un alcance limitativo y prohibitivo mucho mayor que con anterioridad, que se sitúa además en línea con lo establecido por la Directiva comunitaria sobre publicidad del tabaco y por la normativa internacional sobre la materia (Convenio marco para la lucha contra el tabaco de la OMS, ratificado por España)

En efecto, la Ley 28/2005 (“de medidas sanitarias contra el tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco”) tiene unos efectos limitativos y prohibitivos de considerable intensidad, sin perjuicio de contemplar también medidas educativas, informativas y asistenciales a adoptar por las Administraciones públicas (acciones de educación para la salud, programas de deshabituación tabáquica, etc.). Aco- giéndose expresamente a lo previsto en el artículo 43 CE -y en particular en su apartado 2, conforme al cual corresponde a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas-, la Ley establece unas reglas sobre venta y consumo del tabaco y sobre publicidad y patrocinio del mismo que tienen importantes efectos limitativos de la libertad de empresa y de la libertad personal⁸⁷.

Pero, sobre todo, nos interesa destacar que las limitaciones y prohibiciones establecidas legalmente están respaldadas con un potente dispositivo sancio-

nador que habilita a las Administraciones a reaccionar frente al incumplimiento de las mismas no sólo con la imposición de severas multas a los infractores sino también con diversas “medidas provisionales” (entre ellas, la suspensión temporal de la actividad del infractor, la incautación de los productos del tabaco y la advertencia al público de la existencia de posibles conductas infractoras)⁸⁸ que pueden adoptarse con ocasión de la incoación de un expediente sancionador e, incluso, con carácter previo a su inicio. Asimismo, resulta remarcable que se prevea que las competencias de inspección y control que corresponden a las Administraciones se ejerzan bien de oficio o bien *a instancia de parte* (art. 22. apartados 1 y 2), así como que, en términos genéricos, se disponga que “el titular de un derecho o interés legítimo afectado podrá exigir ante los órganos administrativos y jurisdiccionales de cualquier orden la observancia y cumplimiento de lo dispuesto en esta Ley” (art. 23.1)⁸⁹; previsiones que permiten a cualquier persona afectada (usuarios o clientes de cualquier establecimiento en el que no se respeta la prohibición de fumar, padres de menores a los que se vende tabaco, etc.) activar los mecanismos coercitivos de aplicación de la Ley.

C. Esta referencia a algunas disposiciones vinculadas a la protección de la salud pública que se han aprobado en los últimos años en España permite comprobar no sólo la variedad de los temas concernidos, sino también el amplio abanico de técnicas de actuación y fórmulas de protección que se regulan y aplican. Se contemplan así técnicas de prevención individual aplicables en el ámbito asistencial, fórmulas de prevención colectiva que conllevan en algunos casos decisiones de efectos inmediatos y drásticos (inmovilización y destrucción de productos insalubres

87 La venta de tabaco sólo puede realizarse a través de la red de expendedurias de tabaco y timbre y a través de máquinas automáticas ubicadas en establecimientos que cumplan una serie de requisitos (arts. 3 y 4). Respecto al consumo de tabaco, la Ley establece una amplia relación de lugares en los que está totalmente prohibido fumar (art. 7) y otros en los que tan sólo se permite el consumo de tabaco en zonas habilitadas para ello que cumplan una serie de requisitos (art. 8). Por lo que se refiere a las actividades de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco, hay una prohibición general de las mismas, sin perjuicio de algunos supuestos concretos que se excepcionan de modo expreso por la Ley (art. 9).

88 La concreción de las sanciones que pueden imponerse se realiza por el art. 20 y la adopción de medidas provisionales se regula en el art. 18.2. El importe de las multas recaudadas puede ser destinado a financiar programas de investigación, educación, prevención o control del tabaquismo así como de facilitación de la deshabituación (art. 17). En el caso de que los infractores sean menores, se contempla la posibilidad de que la multa sea sustituida por una “medida reeducadora” cuya concreción se remite a la normativa autonómica (art. 21.8).

89 Para el caso específico de la publicidad contraria a la Ley, se contempla la posibilidad de que se ejerciten acciones individuales o colectivas de cesación (apartados 2 y 3 del art. 23).

en el ámbito alimentario), medidas de difusión e información general sobre riesgos sanitarios, establecimiento de limitaciones y prohibiciones que están respaldadas con un contundente aparato represivo (así sucede en seguridad alimentaria, en el ámbito de la salud laboral o en relación con el tabaco, entre otras muchas materias), reconocimiento de acciones individuales o colectivas utilizables por los sujetos afectados en defensa de sus derechos e intereses frente a determinados riesgos para su salud (así, en relación con el ruido, la prevención de riesgos laborales o el tabaco), etc.

Todo ello implica sin duda una mejora en los niveles de protección sanitaria relacionados con las distintas cuestiones involucradas y, en definitiva, progresos en el grado de efectividad del derecho a la protección de la salud, que tiene también sin duda una vertiente de protección preventiva frente a los diversos riesgos sanitarios, como subrayan el apartado 2 del art. 12 del PIDESC y el apartado 2 del art. 43 de nuestra Constitución.

V. CONSIDERACIONES FINALES.

El análisis realizado pone de relieve algunas constataciones y evidencias que están presentes ya en cuanto queda dicho, de manera explícita o implícita, pero que conviene ahora sintetizar a modo de recapitulación.

La consideración de la experiencia habida en relación con el derecho a la salud en ámbito del Derecho Internacional, y de los pasos que se han ido dando en este terreno, permite evidenciar progresos que a mi juicio no son nada desdeñables, pese a la realidad más bien desalentadora existente en no pocos países y a la modestia del arsenal jurídico-institucional que ofrece el Derecho internacional de los derechos humanos, que como es bien sabido -especialmente en materia de derechos económico-sociales- es más proclive a formular declaraciones y a convocar foros, encuentros y conferencias que a diseñar y aplicar instrumentos operativos. Pese a ello, creo en efecto que los avances no son desdeñables resultando remarcable en particular la consolidada praxis de supervisión que ha llevado a cabo el CO-DESC en relación con los compromisos de los Esta-

dos en el ámbito del derecho a la salud; experiencia que ha permitido formular una doctrina oficial general en torno a este derecho. Esa doctrina oficial -en la que se condensa la praxis aludida- ofrece pautas y referencias precisas y exigentes que los Estados deben cumplir y parece ganar progresivamente en influjo efectivo, especialmente en determinados países de las regiones "en desarrollo", como muestra su invocación por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica o también por la Corte Constitucional colombiana. En relación con tales regiones en desarrollo parece claro que la suma resultante de la labor de los órganos de la ONU sobre derechos humanos, la amplia actividad desplegada por la Organización Mundial de la Salud, y las acciones que se realizan en el marco de la cooperación internacional al desarrollo están dando algunos frutos importantes, si bien es enorme la magnitud de los retos pendientes.

En segundo lugar, la aproximación al tema desde el punto de vista del Derecho comparado, y en particular la consideración de algunos pronunciamientos de diversos Tribunales Constitucionales, ofrece una buena atalaya para evidenciar la diversidad de las problemáticas que se plantean en cada país en torno al derecho a la salud y también la diversidad de los contenidos asociables a este derecho en cada lugar. Una diversidad que deriva de las diferentes condiciones socioeconómicas existentes en cada país -las cuales no dejan de incidir en el nivel de disfrute efectivo del derecho a la salud-, y por supuesto de las peculiaridades del marco jurídico-constitucional en el que mueve el respectivo órgano de justicia constitucional. A la vista de la experiencia considerada, el derecho a la salud parece llamado a jugar un papel relevante especialmente en los Estados cuya calificación de país "en desarrollo" no es un mero eufemismo que encubre una situación real de subdesarrollo sin apenas señales de despeque, sino que responde efectivamente a un estadio de progreso social y económico claramente perceptible.

Por lo que se refiere a España, procede destacar que el derecho a la protección de la salud opera básicamente como un mandato constitucional de actuación dirigido a los poderes públicos y, señaladamente, al legislador: sin perjuicio de su función de límite negativo -como garantía de irreversibilidad de unos

contenidos mínimos ya alcanzados en la protección sanitaria de población por nuestro sistema sanitario-, aporta el fundamento constitucional para una política de salud integral. Una política de salud integral que, por un lado, debe garantizar una asistencia sanitaria adecuada a toda la población y, por otro, debe hacer frente eficazmente a los diversos factores o circunstancias que pueden incidir negativamente sobre la salud de las personas. Esta circunstancia matiza el sentido que debe darse a la palabra “derecho” que utiliza el art. 43.1 de la Constitución que –al igual que sucede con otros preceptos que reconocen derechos en el Capítulo III del Título I de la Constitución– no es el de un derecho subjetivo propiamente dicho que resulte accionable directamente ante los Tribunales de Justicia, sin perjuicio de su aplicabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes, esto es, ante eventuales disposiciones legislativas que lesionen el núcleo o contenido mínimo de protección deducible de este precepto constitucional.

En todo caso, de la experiencia habida hasta el momento en España en el ámbito de la justicia constitucional resulta que la aportación de este derecho como parámetro de control de la acción legislativa ha sido nula hasta el momento: no sólo no ha habido hasta la fecha preceptos legales que hayan sido declarados inconstitucionales por vulnerar el art. 43 de la Constitución, sino que las situaciones de inconstitucionalidad por omisión que pueden detectarse no han encontrado cauces operativos de superación dentro de nuestro sistema institucional. Este es el caso, claro a mi modo de ver, de la falta de una universalización plena del derecho a la asistencia sanitaria pública -demorada siempre a un futuro indeterminado durante las tres décadas de vigencia de la Constitución-, que da lugar a una situación contraria a las exigencias del derecho constitucional a la salud, sin que los reiterados recordatorios del tema por el Defensor del Pueblo en sus Informes anuales hayan conseguido movilizar la acción legislativa en relación con el mismo.

Así las cosas, puede concluirse que el derecho constitucional a la protección de la salud se materializa o articula a través de un amplio conjunto de derechos reconocidos por la legislación ordinaria que constituyen su plasmación jurídico-legal y que poseen –ahora ya sí- la configuración de derechos sub-

jetivos exigibles ante los órganos administrativos y jurisdiccionales competentes en cada caso⁹⁰. Un conjunto de derechos ciertamente numeroso y de contenido variado que muestra bien a las claras la amplitud de las derivaciones y aspectos que presenta el concepto de “salud” y la complejidad de las relaciones jurídicas que están involucradas en el mismo.

Entre ellos se encuentra por supuesto el *derecho a la asistencia sanitaria pública* con todo su amplísimo contenido, sometido además a una incesante dinámica evolutiva, que se recoge hoy en la “cartera de servicios” del Sistema Nacional de Salud, en la que se especifican las diferentes prestaciones de carácter preventivo, curativo o rehabilitador, así como también los cuidados meramente paliativos que garantiza el Sistema. Prestaciones que son satisfechas ordinariamente por los servicios públicos de salud o por los privados concertados con el sistema público, pero que en algunos casos excepcionales pueden traducirse en el reintegro de los gastos médicos pagados por el paciente. Tal derecho a la asistencia sanitaria, entendido en un sentido amplio, se integra también con *derechos de carácter complementario o instrumental* como son los vinculados con los aspectos informativos y documentales de la asistencia (información y documentación clínicas), los relacionados con la libertad del paciente (libre elección de médico, consentimiento a las intervenciones y tratamientos médicos), con las condiciones de lugar y tiempo en que se presta la asistencia (garantías de asistencia a personas desplazadas de su lugar habitual de residencia y existencia de unos tiempos máximos de espera marcados por la regulación aplicable a las correspondientes listas de espera), o con los niveles de calidad de la atención médica. Y tiene en determinados casos una *protección penal* a través del delito de denegación de asistencia sanitaria en el que pueden incurrir los profesionales sanitarios (art. 196 del Código Penal).

90 Recuérdese que los preceptos del Capítulo III del Título I de la Constitución sólo pueden ser invocados ante la Jurisdicción ordinaria “de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (art. 53.3 CE). Lo cual no impide por supuesto su invocación directa ante la justicia constitucional.

Por otro lado, se incluyen también entre las proyecciones del derecho constitucional a la salud los *derechos vinculados con* lo que genéricamente podemos denominar *protección frente a los riesgos sanitarios* (la formulación del apartado 2 del art. 43 CE no deja lugar a dudas al respecto). Entre los mismos se incluyen en primer lugar los *derechos de información* frente a los diversos riesgos sanitarios (información epidemiológica sobre alimentos, medicamentos, actividades, etc.), pero también la facultad de instar a las Administraciones a que activen los potentes mecanismos de que disponen -preventivos y represivos- para proteger la salud pública mediante la presentación de *denuncias* en relación con las situaciones de riesgo sanitario o, incluso, la posibilidad de ejercer directamente *acciones* individuales o colectivas *de cesación de actividades* nocivas o peligrosas para la salud cuando ello está previsto legalmente (contaminaciones ambientales, salud laboral, consumo de tabaco, etc.). A todo lo cual cabe añadir por último las acciones de *tutela reparadora* en relación con los daños a la salud -hasta donde es posible la reparación o compensación de las lesiones irrogadas a la salud de las personas- a través de las acciones de responsabilidad ejercitables por los sujetos que hayan sufrido un deterioro en su salud como consecuencia de una conducta, activa u omisiva, de cualquier otra persona privada o pública (intoxicaciones o contagios vinculados al consumo de bienes o servicios, denegación de asistencia sanitaria o defectuosa prestación de la misma, etc.).

No cabe duda de que los órganos administrativos y judiciales llamados a aplicar todo este nutrido conjunto de derechos deben realizar una interpretación de los mismos conforme a la Constitución, lo que ha de traducirse -en cumplimiento de lo exigido por el art. 53.3 CE⁹¹- en una praxis interpretativa favorable al ejercicio del derecho constitucional a la salud, obviamente en conjunción con los demás derechos y principios constitucionales.

⁹¹ Este precepto dispone que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán [...] la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos [...]”. Con referencia específica a los órganos judiciales, el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.