

EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO SOCIAL

Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el Derecho comparado*

JUAN M.^a PEMÁN GAVÍN
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Lérida

I. INTRODUCCIÓN.—II. DESARROLLOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.—III. EL DERECHO COMPARADO. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE ALGUNOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES: 1. *Preliminar*. 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 experiencia de Colombia. En particular, la sentencia de la Corte Constitucional colombiana de 31 de julio de 2008*. 4. *Jurisprudencia constitucional en torno al derecho a la salud en algunos países europeos: Alemania, Francia e Italia*. 5. *Observaciones de conjunto*.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN

El trabajo ofrece una aproximación a los desarrollos y novedades que se han producido últimamente en torno al derecho a la salud en el Derecho internacional, así como en la órbita del Derecho comparado. Desde la perspectiva internacional, se consideran diversos Tratados que reconocen el derecho a la protección de la salud y, de modo especial, el contenido del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del que dimanan una serie de compromisos para los Estados que han sido perfilados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. Y por lo que se refiere al Derecho comparado, el trabajo se centra en las aportaciones realizadas por la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de diversos países; en particular, los de Sudáfrica y Colombia, así como de algunos países europeos (Alemania, Francia e Italia). Ello permite llegar a algunas conclusiones y formular diversas consideraciones de carácter general en torno a la materia.

Palabras clave: derecho a la salud; derechos económicos, sociales y culturales.

* El presente trabajo se inserta en el Proyecto de Investigación, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, DER2008-05227/JURI: «Hacia un nuevo modelo de protección social». El trabajo se cierra en abril de 2009.

Las abreviaturas que utilizo en el presente texto son las siguientes: ATC (Auto del Tribunal Constitucional), BOE (*Boletín Oficial del Estado*), CE (Constitución española de 1978), CODESC (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), OMS (Organización Mundial de la Salud), OIT (Organización Internacional del Trabajo), REDA (*Revista Española de Derecho Administrativo*), RVAP (*Revista Vasca de Administración Pública*), STC (Sentencia del Tribunal Constitucional) y TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

ABSTRACT

This essay offers an approach to the developments and novelties that have lately arisen in relation to the right to health in International Law as well as in the field of Comparative Law. From the international point of view, several treaties that recognise the right to health protection are taken into account, specially the content of article 12 of the International Covenant on Economical, Social and Cultural Rights, since States have undertaken several commitments that have been established by the UN Committee on Economical, Social and Cultural Rights arising from the aforementioned article 12. In respect of comparative law, the essay focuses on the contributions done by the case-law developed by Constitutional Courts of different countries; specially, South Africa and Colombia, as well as some European countries (Germany, France and Italy). The analysis allows to reach some conclusions and to formulate several general considerations concerning this subject.

Key words: right to health; economical, social and cultural rights.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando en el año 1978 nuestra Constitución consagró el derecho a la protección de la salud (art. 43), no podía decirse en modo alguno que se adentrara en territorios desconocidos y estrictamente originales, sino que, por el contrario, se incorporaba a una tendencia ya claramente consolidada tanto en el Derecho constitucional comparado como en el Derecho internacional.

Baste recordar al efecto cómo el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 (asumido por la vigente Constitución de 1958) había proclamado el compromiso de la Nación de asegurar a todos la protección de la salud, lo que constituyó la base para que el Consejo Constitucional desarrollase una jurisprudencia sobre el derecho constitucional a la salud, o cómo, de manera más explícita, la Constitución italiana de 1947 había reconocido el derecho a la protección de la salud (art. 32). Y por lo que se refiere a las declaraciones internacionales de derechos, debe destacarse que la Carta Social Europea de 1961 —en el ámbito, por tanto, del Consejo de Europa— había reconocido a toda persona el derecho a «beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar» (parte I, apartado 11), o que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 había proclamado «el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental», concretando a continuación una serie de compromisos que los Estados asumían para hacer efectivo dicho derecho.

Pero el tema no tenía entonces ni mucho menos el grado de desarrollo y maduración que tiene en el momento presente, pues, como en tantas

otras materias, el tiempo no ha pasado en balde: han sido numerosos y relevantes los desarrollos y novedades que se han producido a lo largo de las tres décadas transcurridas desde entonces, tanto en el ámbito del Derecho internacional como en el del Derecho comparado, terrenos ambos en los que pueden identificarse, en efecto, no pocos datos y elementos nuevos de interés dentro de un escenario general que resulta vivo y complejo.

Creo, por tanto, que merece la pena dirigir nuestra atención a los desarrollos que se han venido produciendo fuera de nuestro país en relación con el derecho a la salud y observar lo que acontece en torno al mismo tanto desde la perspectiva jurídico-internacional como en el Derecho comparado, intentando subrayar datos y referentes que resultan significativos y ofrecen interés para nosotros. Un interés que en el caso del Derecho internacional viene dado por el hecho de que el derecho a la salud está reconocido en Tratados internacionales que han sido ratificados por España y que, en consecuencia, incorporan compromisos jurídicamente vinculantes para nosotros —que forman parte de nuestro ordenamiento de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 96.1 CE—, y tienen también unos efectos normativos indirectos derivados de lo establecido por el artículo 10.2 CE, en virtud del cual los derechos que nuestra Constitución reconoce deben interpretarse «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Y por lo que se refiere al Derecho comparado, no cabe duda de que su consideración dilata el horizonte de nuestra mirada: supone algo así como «subir a la montaña» para ampliar nuestro campo visual. En efecto, en un mundo crecientemente interrelacionado y «globalizado», los referentes foráneos tienen cada vez mayor interés no sólo por la importancia que representa en sí el conocimiento de las realidades y problemáticas que nos circundan, sino también como elemento de contraste que presta una contribución cualificada para comprender y dimensionar adecuadamente las realidades propias. Y el tema del derecho a la salud no es, desde luego, una excepción a este interés creciente, como podrá comprobarse con la consideración de las referencias que se contienen en el presente texto.

Por lo demás, procede subrayar ya de entrada que la consideración del derecho a la salud nos adentra de lleno en el terreno propio de los habitualmente denominados «derechos sociales» (derechos económicos, sociales y culturales, según la terminología al uso en el Derecho internacional), planteando todo el abanico de situaciones y problemáticas que son características de los mismos: la exigencia de un entramado or-

ganizativo capaz de asegurar a todos las prestaciones y servicios necesarios para su efectividad, su estrecha dependencia con el desarrollo económico y social de un país y de los recursos de que dispone, el problema de su configuración o no como derechos subjetivos plenamente justificables, su inevitable operatividad en un marco de gradualidad o progresividad para alcanzar su plena efectividad, etc.¹. Cuestiones que sitúan a los derechos sociales en un escenario de cierta debilidad estructural frente a los derechos humanos que han venido calificándose como «civiles y políticos», pero que en modo alguno justifican una posición negacionista o desdeñosa respecto a los mismos desde un punto de vista jurídico que se traduzca en una consideración de tales derechos como meras proclamaciones retóricas carentes de efectos normativos. Por contra, una consideración atenta de los derechos sociales desde perspectivas geográficas y temporales amplias permite constatar la eficacia normativa que de los mismos deriva y la existencia de avances reales y significativos en el disfrute efectivo de tales derechos. Y ello sin perjuicio, por supuesto, de la existencia de una realidad compleja y llena de claroscuros que presenta no pocos elementos de dificultad e insatisfacción en la que se entremezclan los avances con los retrocesos y la consecución de algunos retos con la aparición de problemas nuevos, de modo que el progreso no es ni mucho menos lineal y sostenido, sino, por el contrario, desigual y vacilante. Pero ello no es, en rigor, en modo alguno privativo de los derechos sociales, sino que resulta de alguna manera consustancial y generalizable a todos los derechos humanos, incluyendo los que aparentemente están más consolidados como el derecho a la vida y a la integridad física o el derecho a la libertad ideológica y religiosa.

Nos ocuparemos en primer lugar de la perspectiva internacional, es decir, del derecho a la salud desde la óptica de los Tratados internacionales que lo reconocen (epígrafe II), para abordar luego la cuestión

¹ Sobre el tema del derecho a la protección de la salud y su configuración como derecho social o económico-social, véanse, entre otros, los trabajos de E. BORRAJO DACRUZ, «Artículo 43. Protección de la salud», en el vol. col. *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, T. IV, Edersa, Madrid, 1984; J. M.ª PEMÁN GAVÍN, *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1989; J. RIVERO LAMAS, *Protección de la salud y Estado social de Derecho*, Real Academia de Medicina de Zaragoza, 2000; M. JIMÉNEZ DE PARGA, «El derecho a la salud en la Constitución española», en el vol. col. *IX Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Asociación Española de Derecho Sanitario, MAPFRE, Madrid, 2003, y J. CANTERO MARTÍNEZ, «La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud», *RVAP*, 80 (2008). Sobre la problemática general de los derechos sociales, véanse, dentro de una muy amplia literatura, las monografías de B. GONZÁLEZ MORENO, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Universidad de Vigo-Civitas, Madrid, 2002, y J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La Administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

en el Derecho comparado, aunque obviamente con un planteamiento necesariamente selectivo al respecto, dado lo inabarcable de los datos y referencias que podrían tomarse en consideración (epígrafe III). Ello nos pondrá en condiciones de formular algunas observaciones conclusivas (epígrafe IV).

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

A) El punto de partida de la ingente labor de la Organización de Naciones Unidas en materia de derechos humanos se encuentra, como es bien sabido, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en cuyo artículo 25.1 aparece reflejada ya la preocupación por la salud, como bien fundamental de la persona humana, en una formulación que recoge de manera 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

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 OMS 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 como 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 «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 obtenidas 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 que lo han ratificado (según datos actualizados a julio de 2008), lo que supone un porcentaje muy

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 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, además de esta consagración general del derecho a la protección de la salud, ha habido otros Tratados internacionales sobre derechos humanos que han incorporado 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 arts. 11 y 13 de su Parte II)⁴, la

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).

⁴ El apartado 11 de la Parte I reconoce a toda persona «el derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar», y el apartado 13 reconoce «el derecho a la asistencia social y médica» a «toda persona que carezca de recursos suficientes». El desarrollo de estos enunciados en la Parte II se hace en los siguientes términos:

«Art. 11. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las partes contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines:

1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente.
2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma.
3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras».

«Art. 13. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las partes contratantes se comprometen:

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 —arts. 11.1.f) y 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)⁵.

Por otra parte, debemos notar que la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (Convención de Roma) no incluye al derecho a la protección de la salud en la relación de derechos protegidos por la misma, dada su estricta limitación a los derechos que suelen calificarse como «civiles y políticos». Pero, a pesar de esta ausencia —téngase en cuenta que los derechos sociales se consagran en otro Convenio del Consejo de Europa: la ya citada Carta Social Europea—, resulta factible que determinadas situaciones de daños o riesgo para la salud de las personas resulten contrarias a la Convención de Roma por implicar una vulneración de alguno de los derechos reconocidos en la misma, señaladamente los consagrados en el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y del domicilio), que, como es bien sabido, han sido objeto en no pocos casos de una jurisprudencia notoriamente expansiva por

1. A velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlos por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de Seguridad Social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado.

2. A velar por que las personas que se benefician de tal asistencia no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales.

3. A disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar».

⁵ 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 conforme a lo dispuesto por el artículo 96 CE. Por lo que se refiere a la Convención contra la discriminación de la mujer y la relativa a los derechos de las personas con discapacidad, España ha ratificado también sendos Protocolos facultativos que contemplan la posibilidad de presentar denuncias individuales («comunicaciones» presentadas por personas o grupos de personas) ante Comités *ad hoc* (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, respectivamente).

parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶. Una jurisprudencia muchas veces creativa y abierta a las nuevas problemáticas sociales que ha hecho del sistema de protección de los derechos humanos instaurado por la Convención una realidad viva y dinámica que ha ido calando de manera progresiva entre los países miembros del Consejo de Europa, entre los que se encuentra España desde 1977.

B) De todas las formulaciones del derecho a la salud a las que se ha aludido —en las que puede identificarse un núcleo común pero también matices específicos en cada caso—, nos interesa reparar de modo par-

⁶ En esta línea de protección indirecta o refleja de la salud de las personas a través del derecho al respeto de la vida privada y del domicilio cabe mencionar las sentencias del TEDH de 9 de diciembre de 1994 (asunto *López Ostra c. España*, a propósito de unas emanaciones de gas y de malos olores producidos por una depuradora que ocasionaba molestias a los vecinos y, al parecer, también problemas de salud para los mismos) y de 11 de noviembre de 2004 (caso *Moreno Gómez c. España*, relativo a un supuesto de «contaminación acústica» en zona de bares y discotecas: molestias y perjuicios a la salud derivados de una exposición continuada a ruidos dentro de una vivienda), así como las decisiones de inadmisión de 6 de septiembre de 2005 (*Ruano Marcuende c. España*: posible peligro para la salud derivado de las ondas electromagnéticas producidas por un transformador eléctrico instalado por un Ayuntamiento en las inmediaciones del domicilio de la demandante), de 17 de enero de 2006 (*Luginbühl c. Suiza*: posibles efectos perjudiciales derivados de los campos electromagnéticos creados por la instalación de antenas de telefonía móvil) y 13 de noviembre de 2006 (*J. K. A. B. c. España*, sobre tabaquismo pasivo en un centro penitenciario: perjuicios ocasionados a un recluso no fumador por la existencia de zonas comunes en las que se permite fumar).

Obsérvese al respecto que aunque no en todos los casos el Tribunal considera producida la vulneración del derecho al respeto de la vida privada y del domicilio (en los tres últimos que se han citado la conclusión es negativa), en todos ellos admite la posibilidad de que eso suceda como consecuencia del tipo de situaciones a las que se refieren los mismos. En todo caso, es importante subrayar —como doctrina de carácter general sostenida por el TEDH en estos pronunciamientos— que para que se produzca la vulneración del mencionado derecho resulta necesario: a) acreditar la realidad de los perjuicios producidos en la persona que alega la vulneración, sin que basten al efecto temores imaginarios o meras elucubraciones sin base alguna; y b) que tales perjuicios rebasen un umbral mínimo en cuanto a la entidad de la peligrosidad o de las molestias causadas, de modo que alcancen una gravedad suficiente para que pueda entenderse conculcado el derecho al respeto de la vida privada y del domicilio. Requisitos cuya ausencia determina la decisión de inadmisión en los tres últimos supuestos citados. Así sucede en particular en la respuesta dada a la demanda formulada por el recluso no fumador, en la que el Tribunal declara que la noción de vida privada puede incluir, en determinadas circunstancias, la integridad física y moral de las personas, pero niega que en el supuesto planteado se hubiera producido la vulneración del derecho invocado, al constatar que el establecimiento penitenciario en cuestión disponía de celdas individuales para cada recluso y estaba prohibido fumar en los diversos espacios comunes (comedor, talleres, clases, etc.) salvo en la sala de televisión. Un supuesto éste cuya consideración, por lo demás, conduce a confirmar la necesidad de establecer filtros más potentes que los existentes para moderar la avalancha de asuntos que actualmente llegan al TEDH y evitar que asuntos menores como el mencionado puedan llegar a dicho Tribunal.

Sobre el primero de los casos citados (*López Ostra c. España*), que tuvo en su momento mucho eco entre nosotros, véase el trabajo de J. A. CARRILLO DONAIRE y R. GALÁN VIOQUE, «¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado?», *REDA*, 86 (1995), págs. 271 y ss. Sobre los otros supuestos mencionados, véanse los trabajos de L. MARTÍN-RETORTILLO, «La defensa cruzada de derechos: la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *REDA*, 132 (2006), págs. 727 y ss., y «Jurisprudencia ambiental reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *REDA*, 140 (2008), págs. 781 y ss., de donde tomo las referencias a los mismos.

ticular en la contenida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC), habida cuenta del ámbito universal de su proyección y de la ya dilatada experiencia vivida 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. Un Tratado éste que, junto con el Pacto Internacional de 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 humanos.

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 artículo 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 artículo 2 del PIDESC sobre las obligaciones derivadas del mismo para los Estados parte; formulación que presenta matices claramente diferenciados respecto a la que realiza el precepto correspondiente del otro Pacto, el de Derechos Civiles y Políticos (también en su art. 2). En el artículo 2 del PIDESC queda clara, por un lado, 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, pero 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)⁷.

⁷ La redacción del apartado 1 de este artículo 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

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 comprometido 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 parte de sus obligaciones⁸. 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 al PIDESC sobre presentación de denuncias indivi-

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 artículo 2.1 del PIDESC y en coherencia con la diferente naturaleza de los derechos reconocidos en ambos Pactos, el artículo 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 [...]».

⁸ 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 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. Dicho Protocolo facultativo 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, 9.ª ed., 2003, págs. 201-203; M. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 15.ª ed., 2005, págs. 647-649; M. CASTILLO, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 70-74.

duales⁹—, las fórmulas de control del cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones asumidas en virtud del PIDESC quedan limitadas al compromiso 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 que los transmita al Consejo Económico y Social y, en su caso, a los organismos especializados interesados (art. 16.2)¹⁰.

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 Humanos¹¹. Dicho órgano, formado también por 18 expertos independientes y con sede en Ginebra, ha desarrollado una importante labor en la orientación del cumplimiento por 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

⁹ Téngase en cuenta, no obstante, que el derecho a la protección de la salud aparece recogido también, respecto de las mujeres, en el artículo 12 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer de 1979 y, respecto de las personas con discapacidad, en el artículo 25 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, con los contenidos que en ambos casos se establecen. Y en relación con ambos Convenios sí que existen sendos Protocolos facultativos sobre presentación de denuncias individuales ante los respectivos Comités, Protocolos que han sido ratificados por España (vid. *BOE* de 9 de agosto de 2001 y de 22 de abril de 2008, respectivamente).

¹⁰ 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 parte, véase la *Observación General núm. 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 a través del documento *Revised general guidelines regarding the form and contents of reports to be submitted by states parties*, de fecha 17 de junio de 1991.

¹¹ 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.

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 recomendaciones¹². 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 actuación¹³.

Por otro lado, es importante subrayar que el trabajo de supervisión desarrollado por el Comité y la experiencia que el mismo ha ido acumulando se han condensado 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 contenidos¹⁴. Entre estos documentos destaca, sin duda, por su proyección general, la *Observación general núm. 3*, de 14 de febrero de 1990, sobre «La índole de las obligaciones de los Estados partes», en la que el Comité matizó la interpretación que debe darse al artículo 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 derechos reconocidos en el mismo tienen un «núcleo mínimo» (*minimum core*) que los Estados no pueden desconocer¹⁵.

¹² 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 núm. 16, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ginebra, agosto de 1996). Es de destacar, asimismo, que desde 1993 el Comité admite información presentada por organizaciones no gubernamentales, y no sólo por los Estados.

¹³ 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.

¹⁴ La Observación núm. 1, de 1989, ya citada, se ocupó de la presentación de informes por los Estados parte. La núm. 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, accesible a través de la página <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>.

¹⁵ En efecto, el CODESC ha venido llamando la atención sobre la necesidad de evitar las interpretaciones del artículo 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 núm. 3*, de 1990.

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 núm. 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 artículo 12 del PIDESC¹⁶. Aunque no sea ésta la ocasión para exponer de manera exhaustiva el contenido de este documento —cuyos detalles pueden remitirse al tex-

En este documento el Comité admite el contraste con el artículo 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 artículo 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 cual 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.

¹⁶ Reproduzco aquí, para comodidad del lector, el contenido de este precepto.

«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 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».

to mismo—¹⁷, 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 artículo 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 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»¹⁸.

2) Como no podía ser de otra manera, el Comité reconoce la libertad de que dispone 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 artículo 2 del Pacto antes citado, los condicionamientos que derivan de la limitación de los 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 núm. 3¹⁹, la existencia de obligaciones de efecto inmediato, como son la garantía de no discriminación y la exigencia de adoptar medidas «deliberadas y concretas» dirigidas a la plena realización de este

¹⁷ *Observación general num. 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 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.

¹⁸ Vid. los apartados 8, 9 y 11 del documento.

¹⁹ Vid. al respecto lo indicado *supra*, nota 15.

derecho²⁰. 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 ello²¹.

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 los mismos), la *accesibilidad* de los servicios (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)²².

4) Por otro lado, de nuevo en línea con las pautas plasmadas en la Observación general núm. 3, el Comité ofrece una concreción de los niveles mínimos de protección de la salud que los Estados están obligados a garantizar (apartado 43)²³. 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

²⁰ Las medidas que se mencionan en el apartado 2 del artículo 12 PIDESC tienen un alcance meramente ejemplificativo: su objetivo, según señala el documento, 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).

²¹ 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».

²² Vid. la explicación de estas condiciones generales en el apartado 12 del documento.

²³ Recuérdese, en efecto, que, según expusimos *supra* (nota 15), en su Observación general núm. 3 el CODESC declaró que existe una obligación de asegurar por los menos unos «niveles esenciales» (*minimum core*) en la satisfacción de los diversos derechos reconocidos en el PIDESC.

con recursos judiciales efectivos u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional» (apartado 59)²⁴.

6) Por último, debe destacarse que el documento se ocupa también de las obligaciones internacionales de los Estados en relación con el derecho a la salud, sobre la base de la declaración general contenida en el artículo 2.1 del PIDESC, en virtud de la cual las mediadas 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 catástrofes 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 parte 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 parte 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 núm. 14 existe, por tanto, lo que puede considerarse una doctrina oficial sobre el contenido del artículo 12 PIDESC, de modo que los Estados disponen de unas pautas concretas que les orientan sobre las obligaciones que 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*

²⁴ 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».

nivel posible de salud física y mental, creado por decisión de la Comisión de Derechos Humanos (hoy Consejo de Derechos Humanos)²⁵, 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 de este derecho y la presentación de recomendaciones al respecto²⁶. 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 especializados, 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 salud²⁷, que está consagrado, como hemos tenido ocasión de subrayar, no sólo en lo que suele denominarse «Carta Internacional de Derechos Humanos» (donde se incluye la Declaración de 1948 y los Pactos de 1966), sino también en los diversos instrumentos convencionales de Naciones Unidas relativos a grupos específicos (mujeres, niños, personas con discapacidad, refugiados, etc.).

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

1. *Preliminar*

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

²⁵ 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, la Comisión de Derechos Humanos ha sido sustituida por el Consejo de Derechos Humanos.

²⁶ La decisión se adoptó inicialmente por la Resolución 2002/31 de la Comisión de Derechos Humanos. Y, posteriormente, el mandato del Relator fue 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 inicialmente Paul Hunt, de Nueva Zelanda, quien a partir de agosto de 2008, tras seis años de mandato, fue relevado por Anand Grover, de la India.

²⁷ 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>).

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. Éste 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 salud²⁸.

²⁸ En unos términos bastante minuciosos, en los que sobresale la consideración de la protección 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 artículo 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. Asimismo, 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:

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 una mera retórica política que resulta escasamente comprometedoras 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

-
- «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 artículo 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».

circunstancias socioeconómicas de cada país a la hora de modular las exigencias dimanantes de dicho derecho. 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 jurídico-político, 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 socioeconómicas sustancialmente diferentes. Consideraré en concreto en primer lugar, la jurisprudencia constitucional de dos países «en desarrollo» —Sudáfrica y Colombia— que tienen una problemática social y política muy distinta, pero difícil y compleja en los dos casos, 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-*Apartheid*²⁹— las cuales se ocupan de cuestiones nucleares en la configuración del derecho a la salud.

²⁹ El importante proceso de transición política que tuvo lugar durante los años noventa 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* que la propia Constitución califica como la «piedra angular» de la democracia en Sudáfrica (art. 7.1) y que es vinculante para todos los órganos del Estado (art. 8).

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 —art. 167.4.d) de la Constitución—, situándose por tanto por encima del poder constituyente ordinario.

A) De gran interés resulta, 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 socioeconómicas 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 en el que se produce.

Los hechos que dieron lugar al pronunciamiento, narrados con precisión en el texto de la sentencia, fueron en síntesis los siguientes. El Sr. T. Soobramoney, un desempleado de 41 años, 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 y a aquellos que podían ser receptores de un trasplante; supuesto este último en el que se les admitía a la diálisis mientras esperaban la disponibilidad de un riñón y la realización del correspondiente trasplante. Dado que el Sr. Soobramoney era incurable y, además, no era apto para recibir 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 el artículo 27.3 de la Constitución suda-

fricana («a nadie se le puede denegar la asistencia médica de urgencia»)³⁰ como la relevancia en el asunto del derecho a la vida reconocido en la Constitución (art. 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 constitucional³¹. 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 país³². 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), los artículos 26 y 27 del texto constitucional condicionan la materialización de estos derechos a la disponibilidad de recursos³³ y advierte que, dada la limitación de los recursos disponibles y la envergadura de las necesidades existentes,

³⁰ El texto del artículo 27 de la Constitución sudafricana es el 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».

³¹ En este supuesto, como en los demás que seguirán, dejaremos en segundo plano —por obvias razones de brevedad— los aspectos procesales. Me permito, no obstante, resaltar en este 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.

³² 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.

³³ Tanto el artículo 29 (vivienda) como el artículo 27 (asistencia sanitaria, alimentación, agua y Seguridad Social) tienen un apartado 2 en el que se condiciona la efectividad de estos derechos a la disponibilidad de recursos.

una obligación constitucional ilimitada de satisfacer tales necesidades no podría ser cumplida en el momento presente³⁴.

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 el artículo 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 del artículo 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 burocráticos, 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 ambulancias u hospitales, que disponen de los medios para prestar el tratamiento necesario³⁵.

3) Junto a ello, rechaza también la vinculación con el derecho a la vida sostenida por el defensor del demandante, quien había argumentado que el artículo 27.3 debía conectarse con tal derecho constitucional (art. 11) de modo que toda persona que requiera un tratamiento

³⁴ En la sentencia resulta patente el reconocimiento por parte del Tribunal de la necesidad de actuar de forma paulatina en el proceso de realización de los derechos sociales, así como su temor ante las consecuencias que podían derivarse de una interpretación constitucional excesivamente generosa sobre la materia. Téngase en cuenta a estos efectos que la 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).

³⁵ Si el artículo 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 los cuidados preventivos o el tratamiento de enfermedades que no constituyen una amenaza para la vida.

necesario para salvar su vida y 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 demandante 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 población³⁶, 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 hospitales³⁷.

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* 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 enjuiciaba y el que había dado lugar al pronunciamiento invocado 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 rechazada indebidamente por varios hospitales que hubieran podido atenderla³⁸.

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 del artículo 27, sino en el de los apartados 1 y 2 del mismo, donde se atribuye a todos el derecho de acceder a los cuidados médicos proporcionados por el Estado

³⁶ Entre tales necesidades básicas, el Tribunal Supremo de la India ha incluido no 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).

³⁷ 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.

³⁸ Éste es justamente el tipo de supuestos que, según indica el Tribunal Constitucional sudafricano (apartado 18 de la sentencia), resultan encuadrables en el artículo 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 en los centros a los que el enfermo acudió, pero que se le denegó.

«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 caso³⁹, 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 crónica⁴⁰. 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.

³⁹ 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 un población en torno a los 10 millones de habitantes, es la más poblada de las nueve 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.

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.

⁴⁰ 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, el Tribunal sostenía que 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.

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 demandante 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 autocontención (*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 pacientes⁴¹. 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 «holístico» (*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

⁴¹ 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*).

concorre 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, ha alcanzado en Sudáfrica 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 hijos⁴², pero 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 (organismo sudafricano competente para la autorización de fármacos), 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

⁴² 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 OMS recomendó su administración a las madres y a los hijos en el momento del nacimiento a efectos de combatir el SIDA.

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 el artículo 27, apartados 1 y 2 (derecho de acceso a los servicios de atención sanitaria, en los términos que nos son ya conocidos), así como lo establecido en el artículo 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, se 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. Recurrída esta sentencia ante el Tribunal Constitucional por las autoridades sanitarias concernidas (Ministro estatal de Salud y Ministros responsables de Salud de los gobiernos provinciales), dicho Tribunal vino a confirmar sustancialmente la conclusión del pronunciamiento recurrido en su sentencia de 5 de julio de 2002, dictando un fallo que contiene diversos 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 núm. 3, sobre la existencia de un contenido obligacional mínimo que deriva de cada uno de los derechos sociales)⁴³; las cuestiones vinculadas con la efi-

⁴³ Vid. *supra*, nota 15. 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».

cacia del fármaco y sus posibles efectos nocivos (los argumentos gubernamentales frente a la demanda 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 esta sentencia)⁴⁴, así como sobre el principio de separación 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 conclusiones basadas en una concepción amplia del ejercicio de la tutela judicial⁴⁵ a través de las cuales se fundamenta 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 el artículo 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 con-

⁴⁴ 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 acompañado 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 administración como medicamento preventivo para evitar el contagio de madres a hijos.

⁴⁵ 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 socioeconómico, 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 Poder 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.

gruente con la Constitución, si aparecen nuevos métodos igualmente adecuados o mejores para prevenir la transmisión del SIDA de madres a hijos⁴⁶.

3. *La experiencia de Colombia. En particular, la sentencia de la Corte Constitucional colombiana de 31 de julio de 2008*

El caso de la República de Colombia ofrece también mucho interés porque en ella se ha producido una muy amplia y matizada jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud, en el marco de una posición particularmente activa que su Corte Constitucional ha venido asumiendo en materia de derechos sociales. Una posición activa que le ha otorgado un protagonismo respecto de tales derechos nada habitual dentro del Derecho comparado en el nivel de la justicia constitucional, y que resulta ciertamente sorprendente desde nuestras coordenadas conceptuales e institucionales.

A) Como más atrás hemos señalado, la Constitución política de Colombia de 1991 reconoció el derecho a la salud en su artículo 49 al declarar que «se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud»⁴⁷, incorporando por otro lado previsiones particularizadas sobre los niños y sobre las mujeres. Respecto de los primeros, establece de manera específica su derecho fundamental a la salud (art. 44) y la previsión más concreta de que «todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado» (art. 50). Y respecto a la mujer, se establece que «durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviera desempleada o desamparada» (art. 43).

Pero todos los preceptos aludidos se incluyen entre los «derechos económicos, sociales y culturales» (capítulo 2 del Título II), que tienen sin duda una protección menos intensa que los «derechos fundamentales» (capítulo 1 del Título II), puesto que sólo estos últimos resultan de aplicación inmediata (art. 85) y son susceptibles de pro-

⁴⁶ A estos pronunciamientos sustantivos se añade la condena en costas al Gobierno, lo que parece tener una considerable importancia práctica, habida cuenta de que los gastos asumidos por los demandantes para defender sus pretensiones resultan —a la vista de los datos sobre el proceso que constan en la sentencia— presumiblemente elevados.

⁴⁷ Véase el texto completo del artículo 49, reproducido en la nota 28.

tección mediante la denominada «acción de tutela» (art. 86). Dichas acciones de tutela, cuyo parentesco con nuestro recurso de amparo es evidente, se configuran como un procedimiento «preferente y sumario» que toda persona puede activar para recabar la protección inmediata de los Tribunales frente a cualquier vulneración o amenaza de cualquier derecho constitucional calificado como fundamental. Se interponen ante los órganos judiciales ordinarios y tienen un carácter ciertamente expeditivo (entre su interposición y el fallo no pueden pasar más de diez días), pero todos los fallos judiciales producidos con ocasión de las acciones de tutela se someten a un ulterior examen por parte de la Corte Constitucional, remitiéndose a la misma para su eventual revisión (art. 214.9)⁴⁸.

B) Sucede, por tanto, que el derecho a la salud no está incluido entre los derechos fundamentales susceptibles de protección mediante las acciones de tutela, pero la Corte Constitucional colombiana, que empezó a funcionar en 1992, inició tempranamente una línea jurisprudencial flexible y ampliatoria que admitió la posibilidad de que en determinados casos el derecho a la salud pudiera ser objeto de protección mediante las acciones de tutela⁴⁹.

Esta línea jurisprudencial se inserta dentro de un planteamiento general potenciador y valorizador de los derechos sociales que se basa en su carácter de condición indispensable para el disfrute de los derechos civiles y políticos y en su común derivación, junto con éstos, de la dignidad de la persona humana. Así, ya en una sentencia de 1992 (T-406), la Corte señaló lo siguiente:

«La razón de ser de tales derechos [los derechos sociales] está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Dicho de otra forma: sin la satisfac-

⁴⁸ El parentesco de las acciones de tutela de la Constitución colombiana con nuestro recurso de amparo es, tal como se ha apuntado, ostensible. Recuérdese que el artículo 53.2 CE establece que los derechos fundamentales son susceptibles de tutela por los Tribunales ordinarios a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (amparo ordinario) y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (amparo constitucional). No obstante, las diferencias son también notorias, pues en el caso colombiano todos los fallos producidos con ocasión de las acciones de tutela son objeto de revisión por la Corte Constitucional.

⁴⁹ Sigo aquí el resumen de esta jurisprudencia que ofrece M. ARBELÁEZ RUDAS en su trabajo «La protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana», *RDS*, 14, 2 (2006), así como el que se contiene en la reciente sentencia de la propia Corte Constitucional T-760/08, de 31 de julio de 2008, en la que ésta realiza una amplia recapitulación de su jurisprudencia.

ción de unas condiciones mínimas de existencia, o en términos del artículo primero de la Constitución, sin el respeto de la “dignidad humana” en cuanto a sus condiciones materiales de existencia, toda pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en el capítulo primero del título segundo de la Carta, se reducirá a un mero e inocuo formalismo, irónicamente descrito por Anatole France cuando señalaba que todos los franceses tenían el mismo derecho de dormir bajo los puentes. Sin la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos son una mascarada».

Añadiendo en otra sentencia del mismo año (T-570) que «las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, característica que exige protección permanente con el propósito de obtener su plena vigencia».

Dentro de este planteamiento general, la Corte afirmó que en determinadas ocasiones el derecho a la salud puede ser considerado como fundamental dada su estrecha conexión con otros derechos que tienen un carácter inequívocamente fundamental, como el derecho a la vida o a la integridad física o el derecho al mínimo vital, lo que justifica en tales casos su protección mediante las acciones de tutela. Concretamente, «en aquellas situaciones en las cuales se afecta de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales. Según este último punto de vista, la salud es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo. Con base en esta apreciación gradual de la salud, el Estado protege un mínimo vital, por fuera del cual, el deterioro orgánico impide una vida normal».

Esta doctrina, a la que se suele aludir como tesis o doctrina de la *conexidad*, lleva a la Corte a entender que ante la denegación de determinadas prestaciones sanitarias en las que queda comprometida la salud de las personas de manera grave y directa (operaciones no realizadas, tratamientos inacabados, diagnósticos dilatados o falta de suministro de medicamentos por motivos puramente económicos) puede recabarse la protección judicial mediante las acciones de tutela. En el caso de los menores de edad, esta posición se refuerza aún más por el hecho de que la propia Constitución califique como fundamental su derecho a la salud (art. 44), lo que llevó a la Corte a entender que la eventual negativa de las entidades gestoras de los servicios

sanitarios a suministrar tratamientos o medicamentos a los menores de edad es susceptible de protección mediante las acciones de tutela, sin necesidad de que exista una conexión con otro derecho fundamental. Otro tanto puede decirse de las mujeres durante el embarazo y el período de lactancia, que son objeto de una específica protección constitucional (art. 43), en relación con las cuales la Corte ha entendido que no se trata sólo del derecho a la salud de las mujeres, sino también de su derecho a la maternidad, y que en estos casos está en juego, junto a la protección de la mujer, la protección del nasciturus y del niño recién nacido⁵⁰.

C) Esta línea jurisprudencial ha tenido, como fácilmente puede intuirse, unas consecuencias prácticas de gran envergadura al propiciar que las acciones de tutela se conviertan en un mecanismo ordinario a través del cual se cuestionan judicialmente las diversas carencias, limitaciones o insuficiencias que presenta el sistema sanitario colombiano para atender las demandas asistenciales de los ciudadanos; lo cual se traduce a la postre en un marcado protagonismo de la Corte Constitucional, no sólo en la fijación de las pautas generales o principios que han de presidir la materia, sino en la resolución de los muy numerosos casos concretos que se plantean. Para confirmarlo basta señalar que las acciones de tutela que cada año se presentan en Colombia por vulneración del derecho a la salud se cuentan por miles y, además, han crecido de manera espectacular en los últimos años —en 2005 fueron más de 80.000 las acciones de tutela que se interpusieron con fundamento en la vulneración del derecho a la salud—, absorbiendo una parte muy importante del trabajo de la Corte⁵¹.

En el contexto del presente trabajo no resulta factible realizar una

⁵⁰ En la sentencia C-470 de 1997, la Corte señaló que «la Constitución no sólo tutela a la mujer embarazada, sino a la madre (CPC, artículo 43), no sólo como instrumento para un mayor logro de la igualdad entre sexos sino, además, como un mecanismo para proteger los derechos de los niños [...] La mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo».

⁵¹ Muchas de estas acciones de tutela, que se han convertido en la vía ordinaria utilizada para la reclamación del derecho a la asistencia sanitaria pública, están relacionadas con el suministro de medicamentos, las prestaciones relacionadas con patologías de alto costo, los enfermos de SIDA o la negativa o demora en relación con las consultas a médicos especialistas. De acuerdo con los datos que se recogen en la sentencia de la Corte T-760, de 31 de julio de 2008 (vid. apartado II.6), en el año 1999 las acciones de tutela presentadas para la protección del derecho a la salud superaron ya la cifra de 20.000, pero entre 1999 y 2005 se cuadruplicaron, llegando a superar en este último año la cifra de 80.000 acciones (81.017), lo que representó un 36,1% del total. Ello significa que más de una tercera parte de las acciones de tutela interpuestas tienen su fundamento en el derecho a la salud.

valoración en profundidad de esta jurisprudencia —que ofrece una casuística ciertamente frondosa— y de los resultados prácticos a los que conduce. Tan sólo procede apuntar que si, por un lado, es claro que con ella la Corte ha dado un fuerte impulso a la efectividad del disfrute del derecho a la salud y a la ampliación de las prestaciones ofrecidas por el sistema sanitario colombiano, no es menos cierto que la situación creada ha suscitado críticas o reparos que tienen que ver con la efectividad del principio de igualdad y con el respeto por parte de la Corte Constitucional a la esfera de decisión que es propia del Poder Legislativo para optimizar los recursos disponibles y asignarlos a las distintas necesidades públicas⁵². Desde el primer punto de vista, se ha subrayado el hecho de que haya prestaciones que sólo sean accesibles a quien acude a los Tribunales cuando deberían ser accesibles a todos los que las necesiten. Y, desde la segunda perspectiva, se ha señalado que las decisiones de la Corte inciden directamente sobre políticas públicas cuya determinación corresponde al Legislativo, con el riesgo de cercenar el principio democrático y caer en el gobierno de los jueces. En particular, se ha reprochado a la jurisprudencia de la Corte Constitucional el haber propiciado en algunos casos la cobertura de prestaciones sumamente costosas que han debido ser asumidas por el sistema asistencial público cuando todavía no están cubiertas las necesidades sanitarias básicas de toda la población, lo que iría en detrimento de quienes no se encuentran aún protegidos por el sistema, que, en general, son los sectores más pobres y vulnerables de la población.

D) Pero los reparos que ha suscitado esta jurisprudencia no han hecho mella en la Corte colombiana moviéndole a una rectificación de la misma, sino que, por el contrario, ésta ha dado últimamente un paso más en el fortalecimiento de la protección del derecho a la salud en el ámbito de la justicia constitucional. Así lo ha hecho concretamente a través de la importante sentencia T-760, de 31 de julio de 2008 (Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa), en la que ha resuelto 22 acciones de tutela acumuladas y ha sentando una doctrina que, desarrollando y completando una línea ya iniciada en los últimos años, asume la tesis de la configuración del derecho a la salud como derecho fundamental.

En efecto, en un muy extenso y razonado pronunciamiento, la Corte abandona el criterio de la conexidad, esto es, la exigencia de que el derecho a la salud esté en conexión con algún derecho funda-

⁵² De estas críticas se hace eco ARBELÁEZ RUDAS en el trabajo citado, págs. 231 y ss.

mental para resultar protegible a través de las acciones de tutela, y entiende que tal derecho se configura de manera autónoma como un derecho fundamental, entendiendo por tal «todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo». Dentro de un discurso que debilita la contraposición que habitualmente se hace entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos⁵³, entiende que «hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos —unos más que otros— una connotación prestacional innegable». Y afirma que podrá acudir al amparo por vía de acción de tutela en aquellas situaciones en las que la falta de reconocimiento del derecho a la salud incida de manera seria y directa sobre la dignidad humana, afecte a una persona perteneciente a un grupo de especial protección constitucional⁵⁴ o bien implique «poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho».

Ello no quiere decir, obviamente, que el derecho a la salud sea un derecho absoluto: por el contrario, la Corte subraya que es susceptible de ser limitado en atención a las opciones y prioridades decididas por los órganos competentes para gestionar los recursos

⁵³ A juicio de la Corte (apartado 3.3 de la sentencia), «la clasificación de los derechos fundamentales constitucionales agrupándolos por generaciones debe tener una relevancia académica, mas no jurídica o conceptual [...] La creencia de que los derechos de libertad no suponen gasto y que en cambio los derechos sociales, económicos y culturales sí, ha llevado a salvaguardar decididamente la protección inmediata de los primeros, mientras que la de los segundos no. Desde su inicio, la jurisprudencia constitucional ha indicado que si bien el carácter prestacional de los derechos constitucionales está “estrechamente” relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales, no se trata de dos categorías idénticas, que coincidan».

A lo cual añade lo siguiente:

«No es cierto, pues, que la categoría derechos de libertad coincida con la categoría “derechos no prestacionales” o “derechos negativos”. Existen múltiples facetas de los derechos sociales, económicos y culturales, concretamente del derecho a la salud, que son de carácter negativo y su cumplimiento no supone la actuación del Estado o de los particulares, sino su abstención.

La jurisprudencia constitucional considera entonces que la condición de “prestacional” no se predica de la categoría “derecho”, sino de la “faceta de un derecho”. Es un error categorial hablar de “derechos prestacionales”, pues, como se dijo, todo derecho tiene facetas prestacionales y facetas no prestacionales».

⁵⁴ Entre tales sujetos se incluyen los niños, las personas con «enfermedades catastróficas», los reclusos, las mujeres embarazadas o las personas colocadas en situaciones de debilidad económica, física o psíquica manifiesta, en relación con los cuales la Corte considera que el amparo de su derecho constitucional a la salud resulta reforzado en atención a su vulnerabilidad.

disponibles⁵⁵. Pero tiene un núcleo esencial que debe ser garantizado a todas las personas y, de modo particular, conlleva el derecho de «acceder a servicios de salud de calidad y de manera oportuna y eficaz», derecho cuyas consecuencias se desgranán de forma detallada en la sentencia (apartado 4), con un apoyo muy directo y explícito en las pautas fijadas por el CODESC en su Observación General núm. 14, del año 2000⁵⁶.

Sobre la base de estos planteamientos, la Corte resuelve los concretos problemas planteados por las 22 acciones de tutela acumuladas, pero da todavía un paso más: destacando que los problemas abordados en la sentencia tienen un carácter recurrente y reflejan «un problema estructural», ordena a los órganos competentes la realización de una serie de medidas que considera necesarias para solucionar de manera general las diversas «fallas de regulación» detectadas. En efecto, con el explícito propósito de solucionar no sólo los casos concretos que se abordan en la sentencia, sino de hacerlo en unos términos generales y con el objetivo también de que se reduzca la avalancha de acciones de tutela que se presentan, impone una serie de actuaciones a los órganos competentes (como el Ministerio de Protección Social o la Comisión de Regulación en Salud) que se refieren, entre otros aspectos, a la clarificación, actualización y unificación de la normativa que fija el contenido de las prestaciones sanitarias públicas, a la agilización de los procedimientos de reintegro de gastos asumidos por los beneficiarios, o a la universalización plena del derecho a la asistencia sanitaria; medidas en relación con las cuales se fijan los plazos máximos para la adopción de las mismas y se establece la necesaria remisión a la Corte de informes sobre la ejecución de las diferentes ac-

⁵⁵ Indica al respecto (apartado 3.5) algunos ejemplos en los que la Corte ha negado los servicios sanitarios solicitados mediante las acciones de tutela (servicios estéticos, cirugía para el tratamiento de la obesidad, tratamientos odontológicos, gafas y cirugía de ojos, tratamientos de fertilidad, etc.) y ha precisado en qué supuestos pueden denegarse en tales casos las prestaciones correspondientes y en cuáles no.

⁵⁶ Señala la Corte (apartados 3.3.6 y siguientes) que algunas de las obligaciones que dimanán del derecho a la salud son de cumplimiento inmediato por los Estados, dada su gravedad y urgencia (así, garantizar la atención sanitaria de todos los niños durante su primer año de vida, conforme a lo establecido por el art. 50 de la Constitución); pero otras son de cumplimiento progresivo puesto que requieren una acción estatal variada y compleja. Ahora bien, esa progresividad en el cumplimiento efectivo de las obligaciones que dimanán del derecho a la salud no quiere decir que las correspondientes prestaciones no puedan exigirse o que puedan demorarse eternamente. Por el contrario, las autoridades responsables deben contar como mínimo con un plan o política pública que permita avanzar progresivamente hacia el cumplimiento de tales obligaciones. En relación con este plan o política pública, la Corte exige que se oriente al goce efectivo del derecho, que no sea meramente simbólico o nominal, sino que esté acompañado de acciones reales y concretas, y que abra espacios para la participación democrática en su elaboración, ejecución y evaluación.

tuaciones que se imponen a efectos de que pueda realizar un seguimiento de las mismas⁵⁷.

Este modo de proceder no deja de resultar sorprendente y anómalo desde nuestras coordenadas conceptuales e institucionales en la medida en que implica un activismo de la Corte que desborda claramente los cometidos que entre nosotros se asumen por la justicia constitucional, especialmente en el ámbito de los derechos sociales, para incidir en ámbitos funcionales que en nuestra visión de las cosas deben corresponder a la justicia ordinaria y a los Poderes Legislativo y Ejecutivo. En particular, debe subrayarse que se desborda nítidamente la tradicional configuración de los órganos de justicia constitucional como «legislador negativo» —en cuanto que cumplen la función de depurar el ordenamiento jurídico expulsando de él las normas legales que infringen la Constitución—, para entrar de lleno en una función de «legislador positivo», con la asunción por la Corte de un rol directivo y supervisor en relación con un ámbito de las políticas públicas y, en particular, en la función normativa correspondiente al mismo. Todo ello, sin duda, con el comprensible propósito de abordar en términos generales y eficaces la solución de los problemas que dan lugar a las masivas reclamaciones de amparo por vulneraciones del derecho a la salud y de reducir así el volumen de demandas que se generan. El tiempo dirá si la Corte alcanza este objetivo, y puede replegarse a un ámbito funcional más selectivo y acotado, o si se mantiene de manera crónica o estable el papel de impulso y supervisión de las políticas públicas relativas a los derechos sociales que en esta sentencia ha asumido.

4. *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

⁵⁷ La sentencia contiene, por tanto, la formulación de un programa de actuaciones verdaderamente detallado y ambicioso. A título de ejemplo, se impone al Ministerio de Protección Social que adopte las medidas necesarias para asegurar la cobertura universal del sistema de salud antes de enero de 2010. En el caso de que el cumplimiento de esta meta sea imposible, deberán justificarse las razones del incumplimiento y fijarse una nueva fecha. Al margen de ello, se impone al mencionado Ministerio que presente informes anuales a la Corte Constitucional en los que han de cuantificarse las acciones de tutela presentadas que se refieran a las cuestiones que aborda la sentencia y, en caso de que su número no haya disminuido, han de explicarse las razones de ello.

que no ofrece parámetros de constitucionalidad especialmente potentes a la hora de enjuiciar las políticas públicas o las disposiciones legales sobre la materia, 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 1997⁵⁸, 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 las tachas de inconstitucionalidad dirigidas contra las disposiciones legislativas controvertidas hayan llegado a prosperar⁵⁹.

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 regular⁶⁰. Frente a los argumentos que reprochaban a las disposiciones

⁵⁸ Un extracto de esta decisión puede encontrarse en la revista *Neue Juristische Wochenschrift*, 46 (1997), pág. 3085.

⁵⁹ El reconocimiento del derecho a la protección de la salud como derecho constitucional se plasma en el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, vigente pese a que su articulado fue derogado y sustituido por la 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 Francia 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, págs. 467 y ss., y J. MOREAU, «Le droit à la santé», *L'Actualité juridique - Droit Administratif*, 1998, págs. 185 y ss.

⁶⁰ 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

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 salud, 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».

Y tampoco han llegado a prosperar los reproches de inconstitucionalidad basados 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 urgencia⁶¹; 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»)⁶², o, en fin, con la Decisión de 20 de diciembre de 2005 (2005-528), relativa a una cuestión vinculada también al «*ticket moderador*»⁶³.

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

lo 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.

⁶¹ 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.

⁶² 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 son los beneficiarios de la cobertura universal de enfermedad o las mujeres embarazadas, pero no fijaba la cuantía de la misma. 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.

⁶³ Vid. apartados 7 a 10 de esta Decisión.

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, en la que la Corte resuelve una cuestión de constitucionalidad planteada por el Consejo de Estado en relación con un Decreto-Ley (el Decreto-Ley de 17 de febrero de 1998, núm. 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)⁶⁴, sirviendo ambos de fundamento para el fallo de la sentencia⁶⁵. 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.

⁶⁴ El artículo 32 de la Constitución italiana de 1947 dispone, en su párrafo primero, lo siguiente: «La República 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, 1989, págs. 39 y ss.

⁶⁵ 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).

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 considerada contraria a los artículos 32 y 3 de la Constitución (que consagran el derecho a la salud y principio de igualdad, respectivamente), 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)⁶⁶ 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 Constitucional⁶⁷.

5. *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 evitar la limitación que supone estudiar la materia desde la perspectiva de un país concreto, como puede 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; una realidad de la que no podemos olvidarnos en nuestras disquisiciones jurídico-constitucionales.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ 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 asistencia sanitaria durante una estancia en Estados Unidos como consecuencia de una grave patología que había exigido su tratamiento de urgencia en un hospital.

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 una 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 los mismos 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 Constitucional⁶⁸.

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 se hizo en el proceso resuelto por el Tribunal Constitucional 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

⁶⁸ Lo mismo 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.

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 salud⁶⁹. Pero nada de esto existe en numerosos países africanos, que carecen de una red pública de asistencia sanitaria que pueda calificarse como tal, carecen también 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 reconozca 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

⁶⁹ Un sistema que, como prueba la sentencia sobre transmisión del SIDA, es capaz de ofrecer protección frente a las conductas omisivas de los poderes públicos a través de pronunciamientos en los que se formulan mandatos u órdenes de ejecución dirigidos a los mismos.

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 les 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. 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 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 vida⁷⁰.

2) En el polo opuesto se sitúan los países inmersos en las situaciones de subdesarrollo y pobreza extrema, en los que, como se ha apuntado, se carece de los requisitos mínimos necesarios —materiales, organizativos e institucionales— para que el derecho a la protección de la salud pueda tener alguna dosis de efectividad⁷¹. En ellos,

⁷⁰ 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 media de la UE (tres veces y media superior en hombres que en mujeres).

⁷¹ Una imagen muy ilustrativa 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 las 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 cinco años por cada 1.000 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 de 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

por tanto, el derecho a la salud constituye hoy por hoy un mero *desiderátum*: es un objetivo social y político a perseguir 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, OMS, 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 gubernamentales⁷². Una cooperación al desarrollo de la que, por cierto, España puede exhibir una remarcable precocidad, precisamente en el ámbito sanitario, con experiencias históricas ciertamente destacables⁷³.

de 5.000 personas diarias, a causa mayoritariamente de la falta de servicios de prevención y asistencia.

⁷² 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.

⁷³ Estoy pensando en la admirable expedición liderada por el médico militar y estudioso Francisco Xavier de Balmis a principios del siglo XIX (1803-1806) para llevar los beneficios de la vacuna contra la viruela a los diversos territorios de ultramar de la Monarquía española (la denominada «Real Expedición Filantrópica de la Vacuna»); una expedición en la que los aspectos humanitarios, científicos y de organización sanitaria confluyen de manera ciertamente admirable, dando lugar a una de las páginas más brillantes de la historia de nuestra Sanidad pública que muestra, además, una de las facetas más positivas de la presencia española en los territorios colonizados. El viaje sería sin duda un buen motivo para inspirar un relato cinematográfico, y a buen seguro hubiera sido llevado al cine si nuestra industria cinematográfica —muchas veces decepcionante— fuera más potente y más acertada en la elección de los temas.

Impulsada por el Consejo de Indias y por Carlos IV y financiada por la Real Hacienda, la expedición tuvo no sólo el objetivo de extender los beneficios de la vacuna descubierta por Edward Jenner por los territorios de los virreinos (en cuya población la enfermedad de la viruela venía teniendo unos efectos devastadores), sino también el de instruir a los médicos y personas interesadas de las poblaciones visitadas, la creación de «Juntas de vacunación» para que se encargasen de conservar el fluido vacuno, así como el establecimiento de «Casas de vacunación públicas». Tras ocho meses de preparativos, el 30 de noviembre de 1803 zarpó del puerto de La Coruña una corbeta (la *María Pita*) en la que, bajo las órdenes de Balmis, viajaban diversos colaboradores con formación sanitaria (ayudantes, practicantes y enfermeros), así como veintidós niños que portaban inoculado en sus brazos el fluido vacunal; niños comprendidos entre los tres y nueve años al cuidado de la Rectora de la Casa de Expósitos de La Coruña, Isabel Sendales. Después de una primera estancia en las Islas Canarias, la expedición llegaría a Puerto Rico en febrero de 1804. De ahí pasaría a Venezuela, donde se dividiría en dos grupos: uno, dirigido por José Salvany, que continuaría hacia el sur por Colombia, Perú, Bolivia y Chile, y otro, bajo el mando de Balmis, que se dirigiría a Cuba y Méjico, para cruzar posteriormente el Pacífico y llegar a Filipinas, y luego a Macao

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 tales países 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. De ello son un buen ejemplo los casos 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— y de Colombia, donde se está haciendo un importante esfuerzo por consolidar un Estado social y democrático de Derecho que garantice un «orden político, económico y social justo» (Preámbulo de la Constitución de 1991).

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis realizado conduce a algunas conclusiones y observaciones de carácter general que están presentes ya en cuanto queda dicho, de manera explícita o implícita, pero que conviene ahora sintetizar a modo de recapitulación.

y Cantón (China), fuera ya de los dominios de la Corona española. Desde allí, Balmis emprendería viaje de regreso hacia España por el sur de África, deteniéndose en la isla atlántica de Santa Elena (colonia británica), en la que consiguió que se vacunara a todos los niños tras convencer de ello al Gobernador con el argumento de que se trataba de un descubrimiento inglés. Balmis llegaría a la Corte de Carlos IV en septiembre de 1806, tras haber dado la vuelta al mundo en un dificultoso y fecundo periplo de casi tres años.

Si se tiene en cuenta que el descubrimiento de la vacuna había empezado a llegar a España tan sólo tres años antes de iniciarse la expedición (a finales de 1800) y se repara en las innumerables dificultades que debieron superarse para la preparación y ejecución de un proyecto tan ambicioso —teniendo en cuenta las circunstancias de la época y los medios disponibles entonces—, no puede dejar de admirarse la capacidad organizativa, el espíritu benefactor y la tenacidad mostrada por los expedicionarios, que llevaron a cabo lo que puede calificarse como una auténtica proeza. Sobre los diversos avatares de la expedición pueden encontrarse muchos datos y referencias en el excelente libro de Emilio BALAGUER y Rosa BALLESTER, *En el nombre de los niños: la Real Expedición Filantrópica de la Vacuna (1803-1806)*, publicado por la Asociación Española de Pediatría con ocasión de su segundo centenario (edición electrónica en <http://www.aeped.es/balmis/libro-balmis.htm>, 2003), con prólogo de la Ministra de Sanidad, Ana Pastor Julián. Véase en particular el capítulo 5, donde se contiene un relato de la expedición que resulta riguroso y a la vez de muy sugerente lectura, con una adecuada contextualización de los hechos y una valoración muy ponderada de los mismos, destacándose los importantes logros del viaje pero sin caer en excesos panegíricos ni silenciar los aspectos menos nobles del mismo.

La consideración de la experiencia habida en relación con el derecho a la salud en el ámbito del Derecho internacional, y de los pasos que se han ido dando en este terreno, permite detectar 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 sociales—, tiende a situarse en el ámbito del *soft law*, pues es más proclive a formular declaraciones y a convocar foros y conferencias que a diseñar y aplicar instrumentos operativos. Pese a ello, creo, en efecto, que los avances no son en modo alguno desdeñables, resultando remarcable en particular la consolidada praxis de supervisión que ha llevado a cabo el CODESC en relación con los compromisos de los Estados 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 y por la Corte Constitucional colombiana como marco de referencia para su jurisprudencia sobre el contenido y alcance del derecho a la salud.

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 se 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 despegue, sino que responde efectivamente a un estadio de progreso social y económico claramente perceptible⁷⁴.

⁷⁴ En tales países parece claro que la suma resultante de la labor de los órganos de la ONU sobre derechos humanos, la amplia actividad desplegada por la OMS y los esfuerzos de las instituciones propias están produciendo frutos importantes. Menos halagüeño resulta el panorama que ofrecen las regiones más pobres y atrasadas del mundo, en las que, a corto pla-

Por el contrario, en los países desarrollados que cuentan con un sistema sanitario consolidado el papel que desempeña el derecho a la salud es sin duda más modesto, especialmente en el terreno de la justicia constitucional: en ellos el disfrute del derecho a la salud se garantiza a través de un amplio dispositivo organizativo de medios personales y materiales y a través de los mecanismos jurisdiccionales ordinarios accesibles a cualquier ciudadano, sin perjuicio, por supuesto, de una inevitable tensión entre las prestaciones que se ofrecen y las demandas asistenciales.

Así las cosas, no cabe duda de que nuestro país se sitúa dentro de este último grupo, razón por la cual no resulta en modo alguno sorprendente la ausencia de una doctrina de nuestro Tribunal Constitucional referida específicamente 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 del espacio reservado a los derechos fundamentales en sentido propio que son susceptibles de recurso de amparo⁷⁵, resulta fácilmente explicable el papel muy marginal que dicho derecho ha tenido hasta el momento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁷⁶. Un carácter marginal que

zo, la cooperación internacional al desarrollo parece ofrecer la única posibilidad consistente para una mejora de sus condiciones sanitarias.

⁷⁵ Parece claro que hay que considerar acertada esta opción de dejar al derecho a la salud fuera del recurso de amparo pues, como muestra la experiencia colombiana, hubiera propiciado de manera inevitable la asunción por el Tribunal Constitucional de un marcado protagonismo en la materia; un protagonismo que en nuestro caso resulta innecesario y probablemente también indeseable.

⁷⁶ En efecto, aunque nuestro Tribunal Constitucional ha debido ocuparse en diversas ocasiones de cuestiones problemáticas planteadas en relación con la actividad médico-sanitaria, el papel que ha jugado el derecho a la salud en tales casos ha sido marginal o nulo. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha debido pronunciarse 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 (art. 15 CE) o la libertad religiosa (art. 16 CE), pero no se ocupan del derecho a la salud o, como mucho, lo mencionan en un plano muy marginal.

Otro tanto puede decirse de los diversos supuestos en los que se ha recabado la intervención del Tribunal Constitucional para poner remedio a situaciones a las que se ha reprochado la generación de daños o riesgos para la salud de las personas. Así, en materia de contaminación acústica (STC 119/2001, de 24 de mayo), en relación con la ejecución de penas privativas de libertad o con medidas que inciden sobre los reclusos (SSTC 35/1996, de 11

contrasta con el importante esfuerzo constructivo que se ha hecho últimamente en torno al mismo en los órganos de justicia constitucional de otros países como Sudáfrica o Colombia.

El derecho a la salud se satisface en España a través de un amplio desarrollo normativo que perfila los distintos aspectos del sistema sanitario asistencial público y a través de las muy numerosas previsiones normativas que protegen la salud pública en sus diversas facetas. Y las cuestiones conflictivas que se plantean se encuadran 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, 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 justicia constitucional.

de junio; 25/2000, de 31 de enero, y 5/2002, de 14 de enero), a propósito de una decisión de la Administración de denegar la prórroga de una baja laboral (STC 220/2005, de 12 de septiembre) o, también en el ámbito laboral, en relación con decisiones del empleador presuntamente lesivas para la salud del trabajador (SSTC 62/2007, de 27 de marzo, y 160/2007, de 2 de julio); supuestos todos ellos en los que el centro de gravedad de la cuestión controvertida recae en realidad en el derecho a la integridad física reconocido en el artículo 15 CE, que, en razón de su ubicación dentro de la sección 1.ª del capítulo II del Título I, es susceptible de amparo constitucional.