

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Una aproximación de conjunto a la vista de la experiencia de tres décadas de vigencia de la Constitución(*)

JUAN PEMÁN GAVÍN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO SOCIAL.— II. LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL. EN PARTICULAR, EL ARTÍCULO 12 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.— III. LA FALTA DE UNA DOCTRINA REFERIDA ESPECÍFICAMENTE AL DERECHO A LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA DE NUESTRO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.— IV. LOS AVANCES EN EL TERRENO LEGISLATIVO (A): LA ASISTENCIA SANITARIA.— V. LOS AVANCES EN EL TERRENO LEGISLATIVO (B): LA SALUD PÚBLICA.— VI. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: El trabajo acomete una aproximación de conjunto sobre el derecho a la protección de la salud a la vista de la experiencia de tres décadas de vigencia del texto constitucional. En particular, subraya las novedades y desarrollos producidos en los últimos años que inciden sobre el disfrute efectivo del derecho a la salud y que implican avances en el cumplimiento de las exigencias derivadas del artículo 43 de la Constitución. Novedades y desarrollos producidas más

(*) 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 mayo de 2009.

Las abreviaturas que utilizo en el texto son las siguientes: ATC (Auto del Tribunal Constitucional), BOE (Boletín Oficial del Estado), CE (Constitución Española de 1978), FJ (Fundamento Jurídico), CODESC (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), LO (Ley Orgánica), OIT (Organización Internacional del Trabajo), OMS (Organización Mundial de la Salud), PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), RD (Real Decreto), RDS (Revista «Derecho y Salud»), RArAP (Revista Aragonesa de Administración Pública), RVAP (Revista Vasca de Administración Pública), SNS (Sistema Nacional de Salud), STC (Sentencia del Tribunal Constitucional) y TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

en el ámbito legislativo que en el de la jurisprudencia constitucional, escasamente activa en relación con el tema.

Palabras clave: derecho a la salud; derechos sociales; Pacto Internacional de Derechos Económicos; Sociales y Culturales; asistencia sanitaria; salud pública.

ABSTRACT: The work carries out an approximation of set on the right to health protection in view of the experience of three decades of force of the constitutional text. Especially, it underlines the innovations and developments produced in the last years that affect on the effective enjoyment of the right to health and that involve advances in the fulfilment of the requirements derived from the article 43 of the Constitution. Innovations and developments produced more in the legislative area than in that of the constitutional jurisprudence, scantily active in relation with the topic.

Key words: right to health; social rights; International Covenant on Economic; Social and Cultural Rights; sanitary assistance; public health.

I. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO SOCIAL

La Constitución de 1978 consagró el derecho a la protección de la salud mediante una fórmula concisa y sin duda abierta a una interpretación gradual o progresiva y adaptable a las cambiantes circunstancias de cada momento histórico. «Se reconoce el derecho a la protección de la salud», dice lacónicamente el artículo 43 CE en su apartado 1, que se ubica en el marco sistemático del Capítulo III del Título I («De los principios rectores de la política social y económica») y se complementa con algunos mandatos adicionales de contenido igualmente muy abierto (apartados 2 y 3) (1).

Mediante este precepto constitucional quedó plasmado en la norma que encabeza nuestro ordenamiento jurídico el compromiso político y jurídico de los poderes públicos con la protección de la salud de la pobla-

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

«2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

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

ción, tanto en su vertiente colectiva como en la individual. Un compromiso que se había ido materializando en nuestro país de manera paulatina a lo largo de las décadas anteriores a la promulgación de la Constitución y que había tenido plasmación ya entonces en el ámbito internacional y en el del Derecho comparado; ámbitos ambos en los que podía considerarse consolidada la tendencia al reconocimiento del derecho a la protección de la salud así como de los demás derechos vinculados a la idea del *Estado social* y calificados como «sociales» o «económico-sociales».

La ya amplia andadura recorrida por nuestro texto constitucional, que acaba de cumplir tres décadas de vigencia —creo que felizmente—, proporciona una perspectiva suficiente para volver la atención sobre este derecho e intentar una aproximación de conjunto en torno al mismo (2). Un derecho de contenido marcadamente *prestacional* que, al igual que otros derechos formulados en el Capítulo III (del Título I CE) como el derecho al medio ambiente, el derecho a la vivienda o el derecho de acceso a la cultura, implica sobre todo un *mandato de actuación* para los poderes públicos y, en primer lugar, al poder legislativo. Lo cual sitúa a estos derechos en el polo opuesto de las normas constitucionales completas y de efectos inmediatos (como la fijación de la mayoría de edad en los dieciocho años por el art. 12 CE o la prohibición de sanciones administrativas privativas de libertad por el art. 25.3 CE) y aconseja que su análisis se realice desde la perspectiva que proporcionan los ciclos temporales de cierta duración; ciclos temporales que permiten valorar en qué medida el mandato implícito en estos derechos se cumple de manera efectiva y

(2) El tema fue objeto de diversas aproximaciones durante los años ochenta, entre las que cabe destacar el estudio 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. Yo mismo abordé la cuestión en la primera parte de mi libro *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1989. En los últimos años no abundan los estudios doctrinales sobre la materia; no obstante, cabe citar las aportaciones de 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; I. DE LA CUEVA ALEU, *El derecho constitucional a la protección de la salud: jurisprudencia constitucional*, en el volumen colectivo *Salud pública y Derecho Administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004; I. TAJADURA TEJADA, *La protección de la salud (art. 43 CE)*, en el vol. col. dirigido por J. TAJADURA TEJADA, *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, y J. CANTERO MARTÍNEZ, *La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud*, RVAP 80 (2008).

en qué medida la legislación positiva los ha transformado en derechos subjetivos plenamente exigibles.

En efecto, si bien es cierto que la mayoría de los derechos constitucionales, incluyendo los que aseguran a la persona una determinada esfera de libertad, tienen en alguna medida un componente prestacional y requieren una acción positiva por parte del Estado —por lo que incorporan también de manera implícita un mandato de actuación para los poderes públicos—(3), es claro que esta faceta prestacional resulta especialmente intensa en los derechos sociales, cuyo fundamento se sitúa, como es bien sabido, en el principio de Estado social (art. 1.1 CE) y en el mandato general de igualdad real o sustancial que formula el art. 9.2 de la Constitución (4).

Los derechos sociales (derechos «económicos, sociales y culturales», según la terminología consolidada en el ámbito internacional) tienen que ver con el aseguramiento a toda la población de las condiciones y medios indispensables para una vida digna (ingresos mínimos, empleo, atención

(3) Piénsese así en la libertad religiosa y de culto (art. 16 CE), en relación con la cual la propia Constitución prevé unas relaciones de colaboración del Estado con la Iglesia católica y demás confesiones religiosas (art. 16.4), en las libertades de expresión y de información (art. 20), a propósito de las cuales se contempla la existencia de unos medios de comunicación social dependientes del Estado (art. 20.3), en la libertad de asociación (art. 22), en relación con la cual existe una amplia acción de fomento por parte de las Administraciones públicas, o en el derecho a la tutela judicial (art. 24), de contenido muy complejo pero que exige necesariamente la existencia y operatividad de una organización judicial que pueda satisfacerlo y que conlleva, en determinados casos, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Sobre la dimensión prestacional presente en no pocos derechos fundamentales ha llamado la atención Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO en su trabajo *Los derechos fundamentales como ámbito de libertad y compromiso de prestaciones*, que recoge la lección pronunciada con motivo de su investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Zaragoza (publicado inicialmente en esta REVISTA 15, 1999, se incluye también en el libro recopilativo del prof. MARTÍN-RETORTILLO, *Los derechos fundamentales y la Constitución y otros estudios sobre derechos humanos*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009).

(4) La calificación de un Estado como social implica, como es bien sabido, que el mismo asume el aseguramiento a toda la población de unas condiciones existenciales mínimas a través de la cobertura de sus necesidades básicas o vitales (la procura existencial o *Daseinsvorsorge*, según la conocida fórmula alemana). Sobre el concepto de Estado social y sus implicaciones, véanse los estudios de M. GARCÍA PELAYO, *El Estado social y sus implicaciones*, incluido en su libro *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977 y A. GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984. Como exposiciones monográficas más recientes sobre el estado de la cuestión al respecto cabe citar las de B. GONZÁLEZ MORENO, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002 y J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La Administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007. Una aproximación sintética sobre el tema puede encontrarse en M. ARAGÓN REYES, *Artículo 1*, en el vol. col. dirigido por M. E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ PIÑERO, *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 33-36.

sanitaria, educación, vivienda, etc.) y requieren a tal efecto, de manera ineludible, la creación y funcionamiento de unas estructuras organizativas al servicio de los ciudadanos que absorben necesariamente un cuantioso volumen de recursos públicos. Lo cual exige obviamente un previo desarrollo legislativo en el que se vertebran las estructuras administrativas *ad hoc* y se precisen las prestaciones y servicios que se ofrecen, el contenido de los derechos que se reconocen a los ciudadanos así como las vías para su protección. Con independencia de que tales derechos sociales constitucionalmente reconocidos jueguen también un papel de límite a la acción legislativa —su vulneración puede dar lugar a una declaración de inconstitucionalidad de disposiciones legislativas por parte del Tribunal Constitucional—, no cabe duda de que los correspondientes preceptos de la Constitución constituyen normas incompletas necesitadas en primer lugar de la *interpositio legislatoris* para que pueda llegar a garantizarse el disfrute efectivo de tales derechos, pero también del diseño y aplicación de una *política pública* (empleo, Seguridad Social, educación, sanidad, vivienda, etc.) de cuya eficacia y continuidad va a depender ineludiblemente la efectividad del disfrute de los derechos sociales, en un escenario que necesariamente ha de contemplar la progresividad de los objetivos a lograr —con mejoras progresivas y metas sucesivamente más ambiciosas— y una continua adaptación a las circunstancias socioeconómicas del momento. Ello contrasta ciertamente con los derechos clásicos de libertad consagrados desde el primer constitucionalismo liberal (protección frente a las detenciones arbitrarias, legalidad de los delitos y las penas, libertad ideológica y religiosa, inviolabilidad del domicilio, libertad de expresión, libertad de asociación, etc.), cuyo contenido primario se traduce en una exigencia de abstención o de no intromisión por parte del Estado en una esfera de autodeterminación de cada persona; exigencia que despliega por sí misma sus efectos prohibitivos (respecto de la acción estatal), sin perjuicio de que exista en ellos también un desarrollo legal, más o menos intenso según los casos, con una función delimitadora de los contenidos y de los cauces de protección del derecho.

Ahora bien, ello no significa en modo alguno que los preceptos constitucionales que reconocen derechos sociales carezcan de efectos normativos (como mandatos de acción positiva y como límites para la actuación de los poderes públicos y en primer lugar del legislador) o que, a la vista del ordenamiento positivo en su conjunto, los derechos sociales no constituyan derechos subjetivos plenamente exigibles. Aunque es obvio que en

el plano constitucional la mayor parte de los derechos sociales tienen una protección débil (como consecuencia de su exclusión del recurso de amparo y de su ubicación en el Capítulo III del Título I, entre los «principios rectores») (5), si tomamos en consideración el conjunto del ordenamiento jurídico en vigor en el momento presente (Constitución + legislación ordinaria) puede decirse que el grado de protección y efectividad que tienen algunos derechos sociales (como el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social o el derecho a la salud), resulta perfectamente comparable al que tienen los derechos configurados directamente por la Constitución como derechos subjetivos, incluso con rango de fundamentales (6).

(5) No obstante, hay determinados derechos sociales reconocidos en el Capítulo II del Título I. Es el caso del derecho a la educación (art. 27.1) y del derecho al trabajo con una remuneración suficiente (art. 35), o también de determinados derechos que se reconocen a los internos en establecimientos penitenciarios por el art. 25.3 (entre otros, el derecho a un trabajo remunerado y a las prestaciones de Seguridad Social).

(6) La separación entre los derechos «civiles y políticos» y los calificados como «económicos, sociales y culturales» está muy marcada en el Derecho Internacional, tanto en el ámbito universal (a través de los dos Pactos de Nueva York de 1966 que desarrollaron la Declaración Universal de Derechos Humanos en dos bloques de derechos: los civiles y políticos por un lado y los económicos, sociales y culturales por otro) como en el ámbito regional (así sucede en el Consejo de Europa, a través de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 y la Carta Social Europea de 1961, y también en la Organización de Estados Americanos, a través de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y de su Protocolo Adicional de San Salvador de 1988). Separación que se traduce en diferencias importantes en cuanto a la eficacia vinculante de las correspondientes normas y a los mecanismos de protección de los derechos que se establecen.

En nuestra Constitución esta diferenciación no está tan marcada, pero es también perceptible dado que la mayor parte de los derechos sociales se incluyen en el Capítulo III del Título I y, en consecuencia, entran dentro de las coordenadas generales sobre eficacia y protección que el art. 53.3 CE establece en relación con los preceptos de dicho Capítulo. Ahora bien, debe notarse que hay también derechos sociales en el Capítulo II del Título I de la Constitución (véase lo indicado en la nota anterior) y que no todos los derechos reconocidos en el Capítulo III son encuadrables dentro de la categoría de los derechos sociales.

Sobre la eficacia normativa de los «principios rectores de la política social y económica» (Capítulo III del Título I CE) me permito remitir a mi libro *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, cit., pp. 71-79, así como a la exposición de José María RODRÍGUEZ SANTIAGO, *La Administración del Estado social*, cit., pp. 43-52. Una detenida exposición sobre los muy numerosos posicionamientos doctrinales en torno a los derechos sociales, puede verse en la monografía citada de Beatriz GONZÁLEZ MORENO, *El Estado social. Naturaleza y estructura de los derechos sociales*, cit., en la que se subrayan las dificultades para formular una construcción unitaria sobre el fundamento, la naturaleza jurídica y la estructura de los derechos sociales. Una crítica a los criterios habitualmente sostenidos en la doctrina para la diferenciación de los derechos sociales respecto a los derechos civiles y políticos puede verse en la monografía de Gerardo PISARELO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007. Sobre la plena configuración de no pocos derechos sociales como derechos subjetivos en nuestra legislación positiva ha llamado la atención recientemente Francisco LÓPEZ MENDUO en su interesante y minuciosa ponencia presentada al IV Congreso de la Asociación Española de profesores de Derecho Administrativo sobre

En concreto, me propongo subrayar algunas de las novedades y desarrollos producidos en los últimos años que inciden sobre el disfrute efectivo del derecho a la salud en nuestro país y que implican avances significativos en el cumplimiento de las exigencias derivadas del artículo 43 de la Constitución. Novedades y desarrollos que se han producido más en el ámbito legislativo (al que nos referiremos en los epígrafes IV y V) que en el de la jurisprudencia constitucional (que consideraremos en el epígrafe III), escasamente activa en relación con el tema, como tendremos ocasión de constatar. Ello nos permitirá obtener una aproximación cabal sobre el grado de efectividad del derecho constitucional a la salud, tanto desde la perspectiva de los logros conseguidos, como desde la de los retos pendientes. Pero antes de ocuparnos de tales novedades y desarrollos, resulta oportuno hacer una referencia a la esfera internacional para subrayar algunos datos especialmente relevantes en relación con el derecho a la salud desde la perspectiva del Derecho Internacional de los derechos humanos (epígrafe II).

II. LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL. EN PARTICULAR, EL ARTÍCULO 12 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

A. El reconocimiento del derecho a la salud estaba ya plenamente consagrado a nivel internacional en el momento de promulgarse nuestra Constitución. Baste recordar al efecto 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

Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía (Valladolid, febrero de 2009); en particular subraya LÓPEZ MENDUO que no cabe analizar hoy los principios rectores del Cap. III Tít. I como si no hubieran pasado 30 años desde que se promulgó la Constitución y que ninguna valoración rigurosa sobre el peso real que los derechos sociales tienen en el ordenamiento jurídico español puede hacerse sin tener en cuenta cómo los trata hoy el conjunto del Derecho positivo que puebla los diarios oficiales; Derecho positivo que en no pocos casos ha transformado los principios rectores en derechos exigibles, de modo que no cabe ya lamentarse por un estado de indefensión ante la jurisdicción que en gran medida no es real en la actualidad.

a continuación una serie de compromisos que los Estados asumían para hacer efectivo dicho derecho (7).

Con posterioridad, ha habido otros Tratados internacionales sobre derechos humanos que han incorporado también este derecho, si bien con un ámbito de proyección más limitado. Así cabe citar, por lo que se refiere a los instrumentos de carácter regional, la *Carta Africana de derechos del hombre y de los pueblos* de 1981 (art. 16) y el *Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos* en materia de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado en San Salvador en 1988 (art. 10). Y por lo que se refiere a los Tratados de proyección universal pero referidos a grupos determinados de población son de destacar la *Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 1979 (art. 11.1.f y art. 12), la *Convención sobre los derechos del niño* de 1989 (art. 24) y la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* de 2006 (art. 25) (8).

B. De todas estas formulaciones del derecho a la protección de la salud —en las que puede identificarse un núcleo común pero también matices específicos en cada caso—, interesa reparar en la contenida en el

(7) Debe advertirse que preocupación por la salud, como bien fundamental de la persona humana, aparece reflejada ya en el artículo 25.1 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948, en el que se contemplan —a través de una formulación conjunta y condensada— diversos derechos humanos referidos a la esfera económico-social: «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 [...]». Un poco antes (año 1946) la Constitución de la Organización Mundial de la Salud había proclamado en su Preámbulo que el «goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social», mediante una proclamación que, unida al generoso concepto de salud que incorpora dicho texto («un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades»), buscaba obviamente no tanto desplegar efectos jurídicos concretos como fijar un objetivo político ambicioso para la Organización que incorporaba además una indudable carga de utopismo.

(8) Tanto la Carta Social Europea como el PIDESC y 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 art. 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).

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 habida en su interpretación y aplicación (9).

Es concretamente el artículo 12 del Pacto el que se refiere al derecho a la salud y lo hace 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 mortalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños.

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

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

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

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 (10).

(9) Téngase en cuenta que los Tratados internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por España, además de incorporar compromisos jurídicamente vinculantes para el Estado que forman parte de nuestro ordenamiento —de acuerdo con lo dispuesto por el art. 96.1 CE—, tienen también unos efectos normativos indirectos derivados de lo establecido por el art. 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».

(10) 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 diri-

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

Al respecto interesa subrayar en primer lugar la formulación general que se contiene en el art. 2 del 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 art. 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) (11).

gido a dar eficacia jurídica a los derechos humanos contemplados en la Declaración Universal de 1948 —que tuvo como es bien sabido un extraordinario valor político y moral pero que carece de efectos jurídicos directos—, y a concretar su contenido. En virtud de los dos Pactos Internacionales de 1966 los derechos humanos proclamados en 1948 quedaron incorporados a Tratados internacionales que vinculan a todos los Estados parte en los mismos. El número de ratificaciones obtenida por estos Tratados es hoy ciertamente elevado: por lo que se refiere al PIDESC son 159 los Estados que lo han ratificado (según datos actualizados a julio de 2008), lo que supone un porcentaje muy alto de los miembros de Naciones Unidas. España ratificó ambos Pactos mediante sendos instrumentos de ratificación de 27 de abril de 1977 (BOE de 30 de abril de 1977).

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

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

Por su parte, el apartado 2 formula con mayor claridad la regla de la no discriminación en el disfrute de los derechos al decir que «los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a

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 Partes de sus obligaciones (12). 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 individuales (13)—, las fórmulas de control del cumplimiento

garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian sin discriminación alguna por motivos de raza, color [...]».

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

(12) El Comité de Derechos Humanos fue creado y regulado por el propio PIDCP (arts. 28 y ss.), en el que se le atribuye la competencia para conocer de los informes que han de presentar los Estados sobre el cumplimiento de sus obligaciones (art. 40) así como, con carácter voluntario para los Estados Partes que lo acepten, la competencia para conocer de las comunicaciones que presente un Estado Parte presente frente a otro Estado Parte (art. 41). Junto a estos dos mecanismos, la posibilidad de presentación de denuncias individuales («comunicaciones de individuos») se contempla de forma separada en el Protocolo facultativo primero al PIDCP, aprobado por la Asamblea General de manera simultánea al Pacto, el 16 de diciembre de 1966. 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.

(13) Téngase en cuenta no obstante que el derecho a la protección de la salud aparece recogido también, respecto de las mujeres, en el art. 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 art. 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

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) (14). Un sistema que es por lo demás análogo al establecido en su momento por la Carta Social Europea (15).

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 Humanos (16). 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.

Comités, Protocolos que han sido ratificados por España (vid. BOE de 9 de agosto de 2001 y BOE de 22 de abril de 2008 respectivamente).

(14) El primero de estos informes debe presentarse a los dos años de la ratificación del Pacto por el correspondiente Estado y, con posterioridad, cada cinco años. Sobre los objetivos y el contenido que deben tener los informes presentados por los Estados Partes, véase *la Observación General nº 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.

(15) Sobre el mecanismo establecido en la Carta Social Europea para el control del cumplimiento por los Estados de las obligaciones derivadas de la misma véase J. P. COSTA, *La Carta Social Europea revisada*, en el vol. col. dirigido por S. MUÑOZ MACHADO y otros, *Las estructuras del bienestar en Europa*, Escuela Libre Editorial, Civitas, Madrid, 2000, pp. 435 y ss.

(16) 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.

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 ha 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 contenidos.

2. Uno de ellos se ha referido precisamente al derecho a la protección de la salud: se trata de la Observación General n° 14, de fecha 11 de agosto de 2000 (17), en la que el Comité condensó su experiencia en la materia y fijó unas pautas interpretativas generales sobre las obligaciones derivadas para los Estados del art. 12 del PIDESC. Aunque no es ésta la ocasión para exponer de manera exhaustiva el contenido de este documento, procede destacar algunos de los aspectos más significativos que aporta.

a) Como no podía ser de otra manera, el Comité reconoce en este documento 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 al que se refiere el art. 12 del PIDESC en atención a sus circunstancias específicas. También reconoce, los condicionamientos que derivan de la limitación de recursos disponibles y la necesidad de avanzar de manera progresiva hacia la plena efectividad del derecho a la salud. Pero ello no le impide subrayar 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 derecho, señalando que la relación de medidas que se incluyen en el apartado 2 de dicho artículo tiene un alcance meramente ejemplificativo. 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 ello.

(17) *Observación general n° 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 11 de agosto de 2000 (E/C. 12/2000/4).

b) 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).

c) Por otro lado, el Comité ofrece una concreción de los niveles mínimos de protección de la salud que los Estados están obligados a garantizar. 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.

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

e) 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 art. 2.1 del PIDESC en virtud de la cual las medidas conducentes a la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales han de adoptarse separadamente por cada Estado o bien «mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas». A tal efecto se refiere, 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 emer-

gencia así como de asistir a los refugiados y desplazados, lo que incluye la ayuda médica; b) los Estados Partes deben abstenerse de imponer embarcos o medidas análogas que restrinjan el suministro a otro Estado de medicamentos y equipos médicos, de modo que no puede utilizarse la restricción de estos bienes como medio de ejercer presiones políticas o económicas; y c) los Estados Partes deben respetar el disfrute del derecho a la salud en otros países así como impedir que terceros vulneren este derecho en otros países siempre que puedan ejercer influencia sobre ellos por medios legales o políticos.

Desde la publicación de la Observación General nº 14 existe por tanto lo que puede considerarse una doctrina oficial sobre el contenido del art. 12 PIDESC, de modo que los Estados disponen de unas pautas concretas que les orientan sobre las obligaciones que 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 (18).

III. LA FALTA DE UNA DOCTRINA REFERIDA ESPECÍFICAMENTE AL DERECHO A LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA DE NUESTRO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como hemos apuntado al principio, el papel que ha jugado el derecho a la salud en nuestra jurisprudencia constitucional es ciertamente

(18) Al margen de labor del Comité que queda condensada en este documento, debemos dejar constancia de que desde el año 2002 existe, fuera ya de lo que es el marco institucional del PIDESC, un *Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental* creado por decisión de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (hoy Consejo de Derechos Humanos) con un amplio mandato centrado en la reunión de información de todas las fuentes pertinentes sobre el derecho a la salud, la elaboración de informes sobre la situación en todo el mundo del ejercicio efectivo del este derecho y la presentación de recomendaciones al respecto. En el contexto de este mandato, el Relator Especial sobre el derecho a la salud ha venido desarrollando una amplia actividad (consultas a organismos e instituciones especializadas, visitas a países concretos, presencia en muy diversos foros, elaboración y presentación de numerosos informes a la Comisión y a la Asamblea General, etc.); actividad que ha dado lugar a un acervo documental ya importante sobre numerosos aspectos del derecho a la salud consagrado no sólo en 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.).

modesto, lo cual tiene que ver sin duda con 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 amparo. Con ello ha venido a suceder que en nuestro país las cuestiones conflictivas vinculadas con el derecho a la salud encuentran acomodo con naturalidad en el ámbito de actuación de los Tribunales ordinarios, que velan por el respeto de la legislación vigente ofreciendo tutela judicial frente a las vulneraciones de los derechos de los ciudadanos, 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 (19), a diferencia de lo sucedido en otros países, cuyos Tribunales Constitucionales se han venido ocupando del derecho a la salud e, incluso en algunos casos, han realizado aportaciones de considerable interés sobre la materia (20).

En efecto, aunque no faltan pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional que han debido ocuparse de cuestiones particularmente problemáticas planteadas en relación con la actividad médico-sanitaria, es lo cierto que en los mismos el derecho a la salud ha jugado un papel mar-

(19) Tan solo cabe citar al respecto la STC 95/2000, de 10 de abril, en la que se estimó un recurso de amparo por falta de razonabilidad de una sentencia en la que se había denegado el derecho a la asistencia sanitaria a una persona extranjera; falta de razonabilidad que comportaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En ella el TC declara (FJ 5) que la trascendencia constitucional del defecto apreciado en la sentencia se intensificaba por el hecho de que la denegación impidiera el acceso «a la asistencia sanitaria proporcionada por el sistema público de Seguridad Social y, en último término, a la protección de la salud a la que se refiere el art. 43 CE». A lo cual añadía que «la razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (STC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2, 126/1994, de 25 de abril, FJ 5) y, desde esa perspectiva, debe recordarse que los principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra el precepto citado, no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6) sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 CE. De ese modo, una decisión que no sólo se adopta sobre una conclusión que contradice los hechos sino que, además, desconoce la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad, acentúa la falta de justificación y de razonabilidad de la resolución impugnada».

(20) Me permito remitir para ello a los datos que se contienen en mi trabajo *El derecho a la salud como derecho social. Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el Derecho comparado*, de próxima publicación en el nº 179 de la Revista de Administración Pública.

ginal o nulo. La jurisprudencia constitucional ha debido pronunciarse así sobre la negativa a recibir transfusiones de sangre por motivos religiosos (ATC 369/1984, de 20 de junio, y SSTC 166/1996, de 28 de octubre, y 154/2002, de 18 de julio), sobre la despenalización parcial del aborto (STC 53/1985, de 11 de abril), sobre la alimentación y el tratamiento médico forzoso de presos en huelga de hambre (SSTC 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio), sobre las esterilizaciones no consentidas de personas con discapacidad psíquica (STC 215/1994, de 14 de julio), sobre la utilización de embriones y fetos humanos (STC 212/1996, de 19 de diciembre) o sobre las técnicas de reproducción asistida (STC 116/1999, de 17 de junio), pero los correspondientes pronunciamientos se centran en derechos constitucionales que tienen carácter fundamental, como los derechos a la vida y a la integridad física (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 ha sucedido 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 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 1ª del Capítulo II del Título I, es susceptible de amparo constitucional (21).

(21) En la sentencia 119/2001, el TC admitió la posibilidad de que una situación que ponga en grave peligro la salud de las personas (en el caso controvertido, por la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido) implique una vulneración del derecho a la integridad física y moral: «si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del artículo 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garan-

Junto a ello debemos notar que una cierta presencia tuvo el derecho a la salud en la primera jurisprudencia constitucional relativa a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a propósito de la relación entre la competencia sobre la igualdad en las condiciones básicas de los derechos constitucionales (art. 149.1.1ª CE) y el derecho a la salud (art. 43 CE) (22), pero la jurisprudencia constitucional posterior ha tendido a centrarse en los títulos competenciales específicos ofrecidos por el art. 149. 1 de la Constitución para abordar los problemas competenciales planteados en el ámbito sanitario (especialmente

fizado en el art. 15 CE» (FJ 6). No obstante, en el caso enjuiciado por la sentencia no se apreció esta vulneración del derecho a la integridad física pues el Tribunal entendió que la demandante no había acreditado ni la conexión entre el ruido y la lesión de su salud ni la existencia de tal lesión.

En todo caso, es importante subrayar que el TC ha mantenido una línea de separación nítida entre el derecho a la integridad física y el derecho a la salud sin perjuicio de la obvia interconexión entre los dos derechos. Esta línea jurisprudencial de separación fue subrayada por el ATC 57/2007, de 26 de febrero, a propósito de un recurso de amparo interpuesto en relación con el requerimiento dirigido por una Administración a un empleado a su servicio para que aportara el perfil biométrico de su mano con la finalidad de implantar un control de permanencia del personal mediante un equipo digital.

En el FJ 3 de este Auto, se considera inaceptable la asimilación del derecho a la integridad física (art. 15 CE) con el derecho a la salud (art. 43.1 CE) que «no es un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica reconocido en el Capítulo tercero del Título primero, que puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen (art. 53.3 CE), pero que no puede ser objeto de la tutela extraordinaria que para determinados derechos fundamentales supone el amparo constitucional (art. 53.2 CE)». Frente a lo pretendido por el recurrente, el TC afirma al respecto lo siguiente:

«sin perjuicio de la indudable conexión entre ambos derechos, de nuestra doctrina se deduce con claridad, que no cabe invocar en el recurso de amparo la tutela del derecho a la protección de la salud mediante el expediente de introducir su contenido en el ámbito del derecho a la vida y a la integridad física (ATC 192/1993, de 14 de junio, FJ 1). Como es obvio, no puede aceptarse, sin banalizar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 15 CE, que todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental a la integridad física. El invocado derecho a la integridad física protege ante todo la incolumidad corporal, esto es, el derecho de la persona «a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento» (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), de modo que habrá intervenciones corporales indiferentes para la salud del sujeto pasivo, pero prohibidas por el art. 15 CE, y otras que, por las circunstancias en que se producen, puedan resultar legítimas desde el punto de vista de ese precepto constitucional, pese a poder incidir sobre la salud u ocasionar algún grado de malestar a la persona afectada. Para que la afectación de la salud de una persona por una determinada actuación de los poderes públicos suponga la lesión de su derecho fundamental a la integridad física es requisito necesario que como consecuencia de aquélla se «ponga en peligro grave e inmediato la salud» (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6), o se produzca lo que la STC 220/2005, de 12 de septiembre, llamó «un riesgo relevante» que genere «un peligro grave y cierto para la salud del afectado» (FJ 4).

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

el título sobre las *bases* de la Sanidad que figura en el art. 149.1.16^ª CE), dejando en segundo plano en cambio la regla 1^ª del art. 149.1 (23). Tampoco desde esta perspectiva puede decirse, por tanto, que el derecho a la salud haya desempeñado un papel relevante en la jurisprudencia constitucional, si bien debe decirse que el Estado viene invocando con habitualidad dicho título, junto con el relativo a las bases de la Sanidad, en la fundamentación competencial de la legislación sanitaria.

* * *

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

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

IV. LOS AVANCES EN EL TERRENO LEGISLATIVO (A): LA ASISTENCIA SANITARIA

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

A. Por lo que se refiere al *quantum* prestacional, esto es, al contenido concreto de la asistencia sanitaria que se ofrece por nuestro sistema público de salud a todos sus beneficiarios, se han introducido diversas novedades de signo ampliatorio que reflejan el principio o cláusula de progreso, tan característico del sector sanitario y, en general, de los derechos económico-sociales. Concretamente deben mencionarse las reglas sobre prestaciones sanitarias contenidas en la Ley 16/2003, de 28 de mayo de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud y en el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, sobre «cartera de servicios comunes» de dicho Sistema.

En virtud de estas disposiciones, la determinación del contenido de las prestaciones se ha llevado a cabo separando dos momentos o fases que no se distinguían en la ordenación llevada a cabo por el citado RD 63/1995. Ahora se contempla por un lado el *catálogo de prestaciones* establecido en la Ley (la Ley 16/2003), en el que se fija la estructura básica y los contenidos fundamentales de la atención sanitaria que dispensa nuestro sistema público de salud, y, por otro lado, la *cartera de servicios* concretada reglamentariamente (a través del RD 1030/2006), que constituye un desarrollo analítico del catálogo que viene a detallar «el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos [...] mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias» (art. 20.1 de la Ley de Cohesión) y que se concibe como algo necesariamente mudable y adaptable en función de la evolución de las tecnologías sanitarias sin necesidad de modificar la Ley (24).

(24) Las pautas sustantivas y procedimentales aplicables para la actualización del catálogo se fijan en los arts. 21 y 22 de la Ley 16/2003 y se desarrollan en el RD 1030/2006. En reali-

Aunque no podemos entrar en el detalle de una materia cuya prolijidad nos haría perder el hilo conductor de este estudio, debemos subrayar que Ley de Cohesión implicó en su momento, además de la plasmación a nivel legal de la estructura y contenidos básicos de la asistencia sanitaria pública —plasmación que no existía con anterioridad—, algunas aportaciones de carácter novedoso en la configuración de las prestaciones sanitarias. En este sentido, cabe destacar la consideración de las *prestaciones de salud pública*, de la *asistencia sociosanitaria* y de la *atención de urgencia* como prestaciones con entidad y contenido propios (arts. 11, 14 y 15 de la Ley de Cohesión). Y por lo que se refiere a la cartera de servicios comunes fijada en el RD 1030/2006, debe hacerse constar que implica un mayor grado de precisión en los contenidos concretos de la asistencia que venía siendo prestada (25) aportando a la vez una sistematización mejorada y más completa de las prestaciones garantizadas por el SNS así como algunas novedades de claros efectos ampliatorios. Entre ellas cabe mencionar las precisiones que se incluyen en relación con las prestaciones de salud buco-dental, con las actividades de rehabilitación o con los cuidados paliativos de enfermos terminales; la expresa previsión de algunas técnicas específicas como la anestesia epidural en los partos normales, la tomografía por emisión de positrones (PET) en oncología, o también la incorporación de algunas situaciones no contempladas anteriormente como la obesidad mórbida (26).

dad no hay una única cartera de servicios, sino que, junto a la cartera de servicios comunes (fijada en el RD 1030/2006), existen también las carteras de servicios autonómicas, que pueden añadir técnicas o procedimientos adicionales sin prescindir de ninguno de los incluidos en la cartera común.

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

(26) Pese a ello sigue habiendo por supuesto aspectos en los que cabe detectar insuficiencias en la asistencia que se viene prestando. Una exposición de síntesis sobre tales insuficiencias, apoyada en la amplia experiencia del Defensor del Pueblo, puede encontrarse en F. BENITO ANGUIA, *Retos inmediatos de la Sanidad desde la perspectiva del Defensor del Pueblo*, RDS 13, 1 (2005), pp. 35 y ss., donde se subrayan, entre otros, los siguientes aspectos: a), los problemas vinculados a la denominada asistencia «sociosanitaria», y en particular a la asistencia de enfermos crónicos o en fase muy avanzada de enfermedad que no requieren una atención exclusivamente sanitaria, a los que no se atiende adecuadamente ni por el SNS ni por los servicios de acción social; b) las notorias carencias en relación con los enfermos mentales, cuyo cuidado ha venido recayendo de hecho en unas familias cuyo esfuerzo ha sido poco reconocido y apoyado desde los poderes públi-

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

El primer aspecto tiene que ver —dejando al margen el debate sobre la entidad de lo que suele denominarse *turismo sanitario* (27)—, con los intensos flujos migratorios que ha recibido España en la última década. Tales flujos migratorios han determinado una incorporación masiva de extranjeros a nuestro mercado de trabajo que se han convertido, junto con sus familiares dependientes, en beneficiarios del Sistema Nacional de Salud, como no podía ser de otra manera. Lo cual ha dado lugar a uno de los retos de mayor envergadura que ha debido afrontar nuestro dispositivo asistencial en los últimos años, no sólo en razón del mayor número de usuarios a atender sino también por la problemática específica que deriva de la diversidad lingüística y cultural.

Desde el punto de vista normativo, es la Ley de extranjería (LO 4/2000, de 11 de enero) la que se ocupa del tema, y lo hace en unos términos ciertamente abiertos al no exigir que los extranjeros tengan una situación de residencia legal en España para beneficiarse de la asistencia sanitaria pública: basta para ello tan solo el empadronamiento en alguno de los Municipios españoles. En efecto, de acuerdo con lo establecido en el art. 12.1 de la Ley, basta la inscripción padronal —mucho más accesible en términos de requisitos sustantivos y procedimentales que la autorización de residencia— para tener derecho a la asistencia sanitaria «en las mismas condiciones que los españoles» (28). E, incluso, el

cos; y c) las limitaciones en el tratamiento de las enfermedades raras o poco frecuentes, que afectan a casi dos millones de personas. Aunque han pasado ya más de 3 años desde que se redactó este texto, no parece que las cuestiones apuntadas hayan experimentado cambios significativos.

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

(28) Adviértase en todo caso que el art. 12.1 formula una regla de *equiparación* de los extranjeros empadronados respecto a los españoles en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria. Ello implica que, al igual que sucede con los españoles, también para los extranjeros deba

tema se contempla en términos todavía más abiertos en relación con determinados grupos de personas —menores y mujeres embarazadas— y en la provisión de asistencia sanitaria de urgencia, supuestos ambos en los que el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria se hace a favor de todos los extranjeros «que se encuentren en España» sin exigir siquiera el empadronamiento (apartados 2, 3 y 4 del art. 12) (29).

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

Nuestro Derecho positivo sigue pivotando sobre un sistema de determinación de los beneficiarios de la asistencia sanitaria que ha ido acumulando una serie de vías de acceso vinculadas a principios o conceptos diferentes —así, el principio contributivo (asistencia a trabajadores y pensionistas y a familiares a su cargo), los planteamientos propios de la asistencia social (personas sin recursos económicos), y la atención a colectivos específicos (minusválidos o menores de edad)— sin terminar de interiorizar plenamente el mandato de universalización (30). Es cierto que *de facto* esta acumulación de conceptos ha dado lugar a una cuasi-universalización del derecho a la asistencia sanitaria, pero no menos cierto es que continúa existiendo un colectivo de personas con residencia en España que carecen de tal derecho (31). Esta situación no sólo supone el incumplimiento del mandato de universalización que deriva del derecho a la salud constitucionalmente consagrado —y formalmente asumido por nuestra legislación general sanitaria (Ley General de Sanidad de 1986 y Ley de Cohesión de 2003)—, sino que resulta incongruente con el sistema

exigirse la concurrencia de un título concreto que determine el derecho a la asistencia sanitaria (ser trabajador dependiente o autónomo, ser pensionista de la Seguridad Social —con pensión contributiva o no contributiva, ser minusválido, carecer de recursos económicos suficientes, etc.).

(29) Los detalles del marco legal vigente sobre el tema pueden verse en los trabajos de I. MARTÍN DELGADO, *La asistencia sanitaria de los extranjeros en España*, RDS 10 (2002), pp. 197 y ss., I. DE LA CUEVA ALEU, *El derecho constitucional a la protección de la salud*, cit. y D. T. KAHALÉ CARRILLO, *La prestación de asistencia sanitaria a los extranjeros en España*, RDS, 15, 1 (2007).

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

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

vigente de financiación sanitaria, que no descansa ya en las cotizaciones sociales vinculadas al trabajo sino en la carga tributaria soportada por todos los contribuyentes. Lo cual produce una discriminación contraria al principio constitucional de igualdad (art. 14 CE), en la medida en que implica una diferencia de trato que carece de una justificación razonable, dado que no hay, en efecto, más allá de una pura inercia histórica, razón alguna que justifique la exclusión de un colectivo de ciudadanos-contribuyentes del acceso a la asistencia sanitaria pública: si todos contribuyen a sostener el gasto público sanitario de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario «inspirado en los principios de igualdad y progresividad» (art. 31.1 CE), es claro que todos deben tener acceso a los servicios y prestaciones que se financian a través de dicho sistema tributario (32).

El tema constituye por tanto una «asignatura pendiente» de nuestro ordenamiento jurídico desde la óptica de la efectividad del derecho a la salud. Una asignatura pendiente sobre la que se ha llamado la atención desde la doctrina y desde diversos foros e instituciones en los últimos años —en particular así se ha hecho desde la institución del Defensor del Pueblo (33)—, pero obviamente sin éxito por el momento. Entiendo por ello que, antes de acometer otras mejoras prestacionales en nuestro Sistema

(32) Junto a ello, debe notarse que las reglas sobre asistencia sanitaria contenidas en la Ley de extranjería (LO 4/2000) implican que en determinadas situaciones puede producirse un trato menos favorable para los españoles que para los extranjeros. Así, puede suceder en la asistencia sanitaria urgente (a la que todos los extranjeros tienen derecho en condiciones de gratuidad —tratándose de accidentes o enfermedades graves— de acuerdo con lo previsto en la LO 4/2000, pero que si se proporciona por un centro sanitario público a un español sin derecho a la asistencia sanitaria deberá ser abonada por el beneficiario).

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

Nacional de Salud, sería preciso abordar su universalización plena para corregir una situación que no sólo genera una clara inconstitucionalidad por omisión (una situación que podía estar justificada en 1978, sobre la base de la necesidad de avanzar de una manera progresiva, pero que es claro que no lo está 30 años después), sino que supone el incumplimiento de Convenios internacionales ratificados por España (art. 12 del PIDESC).

C. Junto a ello, debemos subrayar que se han producido en los últimos años una serie de mejoras relacionadas con numerosos aspectos de la asistencia sanitaria que inciden sobre la *calidad* de la misma en su sentido más amplio. En efecto, los aspectos cualitativos de la asistencia prestada han venido siendo objeto en los últimos años de una atención creciente por parte de las Administraciones competentes que encontró plasmación normativa y refuerzo a través de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del SNS. En dicha Ley se contemplaron una amplia serie de ámbitos de actuación y de instrumentos que enmarcan en la actualidad las políticas públicas de calidad de los servicios sanitarios (34). Y en particular, debemos subrayar que la Ley de Cohesión aborda lo que denomina *garantías de movilidad* (acceso a las prestaciones con independencia del lugar en el que se encuentren en cada momento los usuarios del SNS) y las *garantías de tiempo* (fijación de tiempos máximos de espera en el acceso a las prestaciones), ocupándose de muy diversos aspectos concretos de la calidad asistencial en relación con los cuales ofrece instrumentos *ad hoc*: posibilidad de una segunda opinión facultativa, mejoras en la confortabilidad de la asistencia, existencia de servicios de referencia, realización de auditorías periódicas de la calidad, guías de práctica clínica, planes de calidad, etc.

Todas las acciones que se llevan a cabo para la mejora de la calidad de la asistencia sanitaria (35) resultan por supuesto encomiables, pero la

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

(35) Para una exposición más completa respecto a los diversos instrumentos legales previstos al servicio de la calidad de los servicios sanitarios remito a mi libro *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, cit., pp. 110-118 y 239-243. Véanse también las diversas actuaciones contempladas en el *Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud* elaborado por el Ministerio de Sanidad y Consumo en marzo de 2006, objeto de una segunda versión en abril de 2007 (accesible a través de la página <http://www.msc.es>)

percepción que se obtiene a partir de la observación directa de las cosas y de la información que ofrecen los medios de comunicación es que nuestro sistema asistencial presenta notorios contrastes y claroscuros, con no pocos ámbitos en los que pueden detectarse deficiencias en la organización de los servicios y en la diligencia del personal, sin perjuicio de que pueda afirmarse que el nivel de calidad técnica de la asistencia sanitaria pública que se presta en España es, en general, alto. Tengo para mí que el origen de no pocas de las deficiencias aludidas se encuentra en ciertos elementos contextuales ajenos a la asistencia misma que se presta; en particular en una política de recursos humanos en el ámbito público sanitario que en su conjunto no puede calificarse de acertada y resulta escasamente incentivadora para el personal, así como en un entorno social de comportamientos que introducen claros elementos de distorsión en el buen funcionamiento de los servicios de salud: es el caso del manifiesto abuso que se hace de algunos servicios (por ejemplo, de las urgencias hospitalarias) o de las conductas agresivas de no pocos usuarios (pacientes o acompañantes) hacia el personal que los atiende, en forma incluso de agresiones físicas, lo cual alimenta a su vez actitudes defensivas y de desconfianza por parte del personal sanitario (36). Cuestiones éstas que difícilmente van a dejar de operar a corto plazo —requieren sin duda una respuesta mediante actuaciones de ciclo largo—, pero que deben ser objeto de preocupación y de remedio si se aspira a mejorar el actual estado de cosas porque inciden, de manera indirecta pero clara, en la calidad asistencial.

D. Por lo que se refiere al tema de la coparticipación de los beneficiarios de la asistencia sanitaria en el coste de la misma («copagos»), no ha habido cambios en los últimos años respecto a las reglas vigentes tradicionalmente en España, que parten de un principio de gratuidad de los servicios y prestaciones —salvo en lo relativo a los medicamentos (37)—,

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

(37) La «aportación económica» a cargo de los beneficiarios del SNS se determina en base a las siguientes reglas (Anexo V.3 del RD 1030/2006): 1) La «aportación normal» que con carác-

pero sí un debate sobre el argumento que viene planteándose de manera recurrente en nuestro país desde el Informe Abril de 1991. Desde entonces no han faltado opiniones partidarias de trasladar una parte del coste de la asistencia prestada a los beneficiarios mediante el pago por los mismos de una cantidad por cada acto médico o prestación recibida (consultas, pruebas diagnósticas, intervenciones quirúrgicas, etc.). Opción que ha sido asumida en otros países europeos (introducción del *ticket sanitario* en Italia o del *ticket moderador* en Francia) (38) como instrumento de financiación parcial del creciente gasto que absorbe el sistema sanitario asistencial y, sobre todo, como fórmula al servicio de la racionalización y moderación de la demanda de utilización de los servicios y prestaciones sanitarias públicas.

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

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

ter general deben satisfacer los usuarios en el momento de la dispensación del medicamento en la oficina de farmacia es el 40% del precio de venta al público. 2) Se establece una «aportación reducida» (el 10% del precio con un límite máximo de 2,64 euros por envase) en determinados supuestos; entre otros, medicamentos para el tratamiento de determinadas enfermedades crónicas o graves y para enfermos de SIDA. 3) Los supuestos de exención total en el pago del precio de los medicamentos son amplios: se benefician de dicha exención total los pensionistas y colectivos asimilados, los afectados por el síndrome tóxico, las personas con discapacidad, los tratamientos derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y los productos farmacéuticos que se dispensan en los propios centros sanitarios.

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

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

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

E. Por último debemos dejar constancia de que algunos de los aspectos mencionados han sido incorporados a los Estatutos de Autonomía promulgados en la anterior Legislatura (2004-2008) que podemos calificar como de «segunda generación». Estatutos que, sobre la base del camino abierto por el Estatuto catalán, han sido proclives a la formulación de derechos de contenido social (39) y en particular han incorporando una serie de «derechos en el ámbito de la salud». Así, son varios los Estatutos (40) que consagran el derecho a la libre elección de médico y de centro sanitario, el derecho a unos tiempos máximos de espera en el acceso a las prestaciones, el derecho a recabar una segunda opinión médica, el derecho al tratamiento adecuado del dolor y a los cuidados paliativos, o los derechos de los pacientes a la información, al consentimiento en las intervenciones sanitarias y al acceso a la historia clínica. Es preciso subrayar no obstante que el reconocimiento de estos derechos se hace «en los términos establecidos en las Leyes», lo que implica una prudente remisión a lo establecido en la legislación específica en vigor (41).

V. LOS AVANCES EN EL TERRENO LEGISLATIVO (B): LA SALUD PÚBLICA

A. Ámbito tradicional de la legislación sanitaria, que en otro tiempo era fundamentalmente legislación de higiene o salud pública (todavía la

(39) La opción de los Estatutos de incorporar nutridas declaraciones de derechos, especialmente en el terreno de los derechos económico-sociales, plantea muchos aspectos cuestionables de no poca complejidad en cuyo análisis no podemos entrar aquí. Una excelente exposición sobre el tema puede encontrarse en la ya citada ponencia de de F. LÓPEZ MENUDO, *Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía*, presentada al IV Congreso de la Asociación española de profesores de Derecho Administrativo celebrada en Valladolid en febrero de 2009.

(40) Véanse los arts. 20 y 23 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio), el art. 25 del Estatuto de las Islas Baleares (LO 1/2007, de 28 de febrero), el art. 22 del Estatuto de Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo), el art. 14 del Estatuto de Autonomía de Aragón (LO 5/2007, de 20 de abril), y el art. 13.2 del Estatuto de Castilla y León (14/2007, de 30 de noviembre).

(41) Hay sin embargo algunos preceptos que suscitan reparos y problemas interpretativos. Es el caso del concepto de muerte digna que incorpora el art. 20.1 del Estatuto catalán al reconocer el derecho de todas las personas a «vivir con dignidad el proceso de su muerte», o de la garantía de gratuidad que consagra el art. 23.1 del mismo Estatuto (derecho de todos a «acceder en condiciones de igualdad y gratuidad a los servicios sanitarios de responsabilidad pública en los términos que se establecen por Ley») que parece impedir cualquier forma de «copago» de las prestaciones sanitarias en Cataluña.

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

Las razones que explican esta tendencia son diversas y complejas. Aunque no procede en este momento profundizar en la cuestión, un intento de aproximación a la misma no podría prescindir de la consideración de una serie de circunstancias entre las que se encuentran las siguientes: la emergencia de nuevos riesgos para la salud —buena parte de los cuales están unidos al desarrollo tecnológico y a la globalización— y la creciente preocupación social y política por la seguridad frente a los mismos; el conocimiento científico más preciso de las diversas enfermedades y de su forma de transmisión al ser humano; la necesidad de reducir la fuerte presión que sufren los servicios públicos asistenciales —cuya financiación absorbe un ingente volumen de recursos económicos— y la mayor eficiencia que tiene el gasto dedicado a los objetivos preventivos respecto a los asistenciales; el impulso que deriva de la acción de diversos organismos internacionales sobre la materia (Organización Mundial de la Salud, Consejo de Europa); o, también, las iniciativas y acciones procedentes de la Unión Europea, donde la «política de salud pública» se ha ido consolidando a lo largo de los

últimos años como uno de los ámbitos materiales de la acción comunitaria (42).

Esta intensificación de las políticas vinculadas a la salud pública resulta patente de modo particular en algunos sectores concretos que han sido objeto de una atención específica y reforzada durante los últimos años. Entre ellos cabría citar, sin ánimo de exhaustividad, la protección de la *salud* en el ámbito *laboral* (materia abordada por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y por una copiosa normativa de desarrollo), la atención a las cuestiones de la *seguridad alimentaria* (objeto de un nuevo impulso y unos nuevos planteamientos plasmados en numerosas normas entre las que cabe destacar la Ley 11/2001, de 5 de julio, de creación de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria, que recoge expresamente el *principio de precaución* a la hora de perfilar el marco de actuación de dicho organismo) (43), la preocupación por el *ruido* como problema ambiental que tiene también una incidencia sobre la salud humana (tema que ha sido objeto de numerosas Ordenanzas municipales y que ha recibido un importante impulso con la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido), las medidas dirigidas a reducir el consumo del *tabaco* (abordadas a través de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo), o la *salubridad de las viviendas y de los edificios en general* (el Código Técnico de la Edificación ha concretado las «exigencias básicas de salubridad» previstas en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación) (44). También cabría aludir a la continua aparición de normativas sanitarias específicas sobre nuevas situaciones de riesgo (45)

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

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

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

(45) Como simples botones de muestra, cabe mencionar el RD 1066/2001, de 28 de septiembre, que aprueba un Reglamento con medidas de protección frente a emisiones radioeléctricas, el RD 1002/2002, de 27 de septiembre, que regula la venta y utilización de aparatos de bron-

y al hecho de que, en el plano de la legislación sanitaria general, puede detectarse últimamente una mayor atención a los temas de salud pública, como es el caso de la Ley de Cohesión y Calidad del SNS de 2003 (46). Esta mayor atención no se ha plasmado por el momento en una renovación completa de la legislación general sobre salud pública, pero tal renovación es muy probable que se acometa en los próximos años, tanto a nivel estatal como autonómico, dada la gran dispersión de la normativa en vigor y la obsolescencia de una buena parte de ella.

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

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

ceado mediante radiaciones ultravioletas o el RD 865/2003, de 4 de julio, por el que se establecen los criterios para la prevención y control de la legionelosis. En el ámbito autonómico se han elaborado también normativas específicas sobre nuevas situaciones de riesgo; por ejemplo, en el caso de Aragón cabe mencionar la regulación de de los establecimientos de tatuaje o piercing (Decreto 160/2002, de 30 de abril), de los establecimientos de comidas preparadas (Decreto 131/2006, de 23 de mayo), de los centros de bronceado (Decreto 95/2007, de 23 de mayo) o de las operaciones de cirugía bariátrica (intervenciones quirúrgicas realizadas para reducir la obesidad mórbida, objeto de la Orden de 24 de enero de 2005, del Departamento de Salud y Consumo).

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

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

Las exigencias que derivan para el empresario de este deber son ciertamente amplias (deber de prevención y evitación de riesgos —que exige, entre otras cosas, la implantación de un servicio de prevención en la empresa a través de alguna de las modalidades previstas legalmente— ; deber de información y formación de los trabajadores; deber de vigilancia de la salud; etc.) y tienen una pormenorización muy completa en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en su normativa complementaria en cuyo detalle no podemos entrar aquí. Tan sólo nos interesa destacar el importante dispositivo de medidas y responsabilidades establecidas para garantizar el cumplimiento de todas estas obligaciones y, en consecuencia, para garantizar la efectividad del derecho de los trabajadores a la protección de su salud. En efecto, por el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales vela la Administración laboral a través de la Inspección de Trabajo que, en su caso, puede imponer *sanciones administrativas* de considerable eficacia disuasoria (multas de elevada cuantía e incluso, suspensión de actividades o cierre de un centro de trabajo). Y ello al margen de las *responsabilidades empresariales de carácter civil* que puedan derivarse por los daños que sufran los trabajadores, o del *recargo en las prestaciones de la Seguridad Social* que resulte procedente en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales (47) o, incluso, de la posibilidad de *responsabilidades penales* si se incurre en alguna de las conductas tipificadas como delito en esta materia por el Código Penal (los arts. 316 y 317) (48). Pero por

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

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

otra parte, existe lo que podría calificarse *tutela preventiva inmediata* de los trabajadores en el caso de que se presente un «riesgo grave e inminente» para la seguridad y salud de los mismos: hipótesis que obliga al empresario a adoptar las medidas adecuadas y faculta al trabajador a interrumpir su actividad laboral y a abandonar su puesto de trabajo (49).

b) Respecto a las medidas sanitarias contra el tabaquismo (Ley 28/2005, de 26 de diciembre), constituye también un claro ejemplo de intensificación de las actuaciones legislativas y ejecutivas en el ámbito de la salud pública. Tampoco puede decirse que se trate de una cuestión novedosa, pero sí de una materia que a partir de la promulgación de dicha Ley tiene un tratamiento normativo más completo y de rango legal (anteriormente el Estado había abordado la cuestión sólo mediante normas de rango reglamentario) y con un alcance limitativo y prohibitivo mucho mayor que con anterioridad. Un tratamiento que, por otra parte, se sitúa en línea con lo establecido por la Directiva comunitaria sobre publicidad del tabaco y por la normativa internacional sobre la materia (Convenio marco para la lucha contra el tabaco de la OMS)

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

(49) Véase lo dispuesto en los arts. 21 y 44 de la Ley 31/1995. En virtud de lo establecido en el apartado 2 del art. 21, el trabajador tiene derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud. Por otro lado, conforme a lo establecido por el apartado 3 de este mismo artículo, si hay riesgo grave e inminente y el empresario no adopta o no permite la adopción de las medidas necesarias, los representantes de los trabajadores pueden acordar, por mayoría, la paralización de la actividad de los trabajadores afectados por el riesgo. En tal caso, los representantes de los trabajadores deben comunicar su acuerdo con carácter inmediato a la empresa y a la autoridad laboral, la cual decidirá, en el plazo de 24 horas, si ratifica o anula la paralización acordada.

nen importantes efectos limitativos de la libertad de empresa y de la libertad personal (50).

Pero, sobre todo, nos interesa destacar que las limitaciones y prohibiciones establecidas legalmente están respaldadas con un potente dispositivo sancionador que habilita a las Administraciones a reaccionar frente al incumplimiento de las mismas no sólo con la imposición de severas multas a los infractores sino también con diversas «medidas provisionales» (entre ellas, la suspensión temporal de la actividad del infractor, la incautación de los productos del tabaco y la advertencia al público de la existencia de posibles conductas infractoras) (51) que pueden adoptarse con ocasión de la incoación de un expediente sancionador e, incluso, con carácter previo a su inicio. Asimismo, resulta remarcable que se prevea que las competencias de inspección y control que corresponden a las Administraciones se ejerzan bien de oficio o bien *a instancia de parte* (art. 22. apartados 1 y 2), así como que, en términos genéricos, se disponga que «el titular de un derecho o interés legítimo afectado podrá exigir ante los órganos administrativos y jurisdiccionales de cualquier orden la observancia y cumplimiento de lo dispuesto en esta Ley» (art. 23.1) (52); previsiones que permiten a cualquier persona afectada (usuarios o clientes de cualquier establecimiento en el que no se respeta la prohibición de fumar, padres de menores a los que se vende tabaco, etc.) activar los mecanismos coercitivos de aplicación de la Ley.

C. Esta referencia a algunas disposiciones vinculadas a la protección de la salud pública que se han aprobado en los últimos años en España

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

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

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

permite comprobar no sólo la variedad de los temas concernidos, sino también el amplio abanico de técnicas de actuación y fórmulas de protección que se regulan y aplican. Se contemplan así técnicas de prevención individual aplicables en el ámbito asistencial, fórmulas de prevención colectiva que conllevan en algunos casos decisiones de efectos inmediatos y drásticos (inmovilización y destrucción de productos insalubres en el ámbito alimentario), medidas de difusión e información general sobre riesgos sanitarios, establecimiento de limitaciones y prohibiciones que están respaldadas con un contundente aparato represivo (así sucede en seguridad alimentaria, en el ámbito de la salud laboral o en relación con el tabaco, entre otras muchas materias), reconocimiento de acciones individuales o colectivas utilizables por los sujetos afectados en defensa de sus derechos e intereses frente a determinados riesgos para su salud (así, en relación con el ruido, la prevención de riesgos laborales o el tabaco), etc.

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

VI. CONSIDERACIONES FINALES

A la vista de cuanto queda dicho, procede destacar que el derecho a la protección de la salud consagrado en el art. 43 CE opera básicamente como un mandato constitucional de actuación dirigido a los poderes públicos y, señaladamente, al legislador: sin perjuicio de su función de límite negativo —como garantía de irreversibilidad de unos contenidos mínimos ya alcanzados en la protección sanitaria de población por nuestro sistema sanitario—, puede decirse que aporta el fundamento constitucional para una política de salud integral. Una política de salud integral que, por un lado, debe garantizar una asistencia sanitaria adecuada a toda la población y, por otro, debe hacer frente eficazmente a los diversos factores o condicionantes que pueden incidir negativamente sobre la salud de las personas. Esta circunstancia matiza el sentido que debe darse a la palabra «derecho» que utiliza el art. 43.1 de la Constitución que

—al igual que sucede con otros preceptos que reconocen derechos en el Capítulo III del Título I de la Constitución— no es el de un derecho subjetivo propiamente dicho que resulte accionable directamente ante los Tribunales de Justicia, sin perjuicio de su aplicabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes, esto es, ante eventuales disposiciones legislativas que lesionen el núcleo o contenido mínimo de protección deducible de este precepto constitucional.

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

Así las cosas, puede concluirse que el derecho constitucional a la protección de la salud se materializa o articula a través de un amplio conjunto de derechos reconocidos por la legislación ordinaria que constituyen su plasmación jurídico-legal y que poseen —ahora ya sí— la configuración de derechos subjetivos exigibles ante los órganos administrativos y jurisdiccionales competentes en cada caso (53). Un conjunto de derechos ciertamente numeroso y de contenido variado que muestra bien a las claras la amplitud de las derivaciones y aspectos que presenta el concepto de «salud» y la complejidad de las relaciones jurídicas que están involucradas en el mismo.

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

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

Por otro lado, se incluyen también entre las proyecciones del derecho constitucional a la salud los derechos vinculados con lo que genéricamente podemos denominar *protección frente a los riesgos sanitarios* (la formulación del apartado 2 del art. 43 CE no deja lugar a dudas al respecto). Entre los mismos se incluyen en primer lugar los *derechos de información* frente a los diversos riesgos sanitarios (información epidemiológica sobre alimentos, medicamentos, actividades, etc.), pero también la facultad de instar a las Administraciones a que activen los potentes mecanismos de que disponen —preventivos y represivos— para proteger la salud pública mediante la presentación de *denuncias* en relación con las situaciones de riesgo sanitario o, incluso, la posibilidad de ejercer directamente *acciones* individuales o colectivas de *cesación de actividades* nocivas o peligrosas para la salud cuando ello está previsto legalmente (contaminaciones ambientales, salud laboral, consumo de tabaco, etc.). A todo lo cual cabe añadir por último las acciones de *tutela reparadora* en rela-

ción con los daños a la salud —hasta donde es posible la reparación o compensación de las lesiones irrogadas a la salud de las personas— a través de las acciones de responsabilidad ejercitables por los sujetos que hayan sufrido un deterioro en su salud como consecuencia de una conducta, activa u omisiva, de cualquier otra persona privada o pública (intoxicaciones o contagios vinculados al consumo de bienes o servicios, denegación de asistencia sanitaria o defectuosa prestación de la misma, etc.).

No cabe duda de que los órganos administrativos y judiciales llamados a aplicar todo este nutrido conjunto de derechos deben realizar una interpretación de los mismos conforme a la Constitución, lo que ha de traducirse —en cumplimiento de lo exigido por el art. 53.3 CE (54)— en una praxis interpretativa favorable al ejercicio del derecho constitucional a la salud, obviamente en conjunción con los demás derechos y principios constitucionales.

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

