



Artículo

La débil garantía constitucional del derecho a la protección de la salud en España: una propuesta de reforma

A frágil garantia constitucional do direito à proteção da saúde na Espanha: uma proposta de reforma

The weak constitutional guarantee of the right to health protection in Spain: a reform proposal

José María Porras Ramírez¹

Universidad de Granada, Granada, Andalucía, Espanha

 <https://orcid.org/0000-003-1573-0738>

 jmporras@ugr.es

Recepción: 15/12/23

Revisión: 08/02/24

Aceptación: 08/02/24

Resumen

Objetivo: Discutir el derecho a la protección de la salud en España y su no inclusión en la categoría de derecho fundamental. **Metodología:** Revisión crítica de documentos normativos españoles e internacionales - Constitución, leyes y tratados internacionales - desde la perspectiva del análisis de la salud como un derecho fundamental. **Resultados:** La garantía y efectividad del derecho a la salud en España no son satisfactorias, ya que a partir de la regulación legislativa y, a menudo, administrativa del tema, surgen reclamaciones jurídicas bien definidas y exigibles ante los órganos jurisdiccionales, como derechos subjetivos individuales. Esto faculta al legislador introducir retrocesos significativos en la determinación del alcance del derecho a la salud. **Conclusión:** Se impone una reforma constitucional que signifique la reconfiguración de un derecho y su inclusión en la lista de aquellos considerados fundamentales en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, a fin de dotarlo de un contenido esencial, vinculante para el legislador y para que él mismo sea beneficiario de una garantía jurisdiccional directa y máxima, tanto ordinaria como extraordinaria ante el Tribunal Constitucional.

Palabras clave

Derecho a la Salud. Constitución. Regulación Gubernamental.

Resumo

Objetivo: discutir o direito à proteção da saúde na Espanha e o seu não enquadramento na categoria de direito fundamental. **Metodologia:** revisão crítica de documentos normativos espanhóis e internacionais – Constituição, Leis e tratados internacionais na perspectiva de análise da saúde como um direito fundamental. **Resultados:** a garantia e efetividade do direito à saúde na Espanha não são satisfatórios visto que a partir da regulamentação legislativa e, muitas vezes, administrativa do tema, surgem reivindicações jurídicas bem definidas e exigíveis perante os órgãos judiciais, como direitos subjetivos individuais. Isso permite ao legislador introduzir retrocessos significativos na determinação do alcance do direito à saúde. **Conclusão:** Impõe-se uma reforma constitucional que signifique a reconfiguração de um direito e sua inclusão na lista daqueles considerados fundamentais na Seção 1ª do Capítulo II do Título I da Constituição, a fim de dotá-lo de um conteúdo essencial, vinculativo para

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Granada, Andalucía, Espanha. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada.

o legislador e para que ele mesmo seja beneficiário de uma garantia jurisdiccional direta e máxima, tanto ordinária quanto extraordinária perante o Tribunal Constitucional.

Palavras-chave

Direito à Saúde. Constituição. Regulamentação Governamental.

Abstract

Objective: To discuss the right to health protection in Spain and its non-inclusion in the category of fundamental rights. **Methodology:** Critical review of Spanish and international normative documents - Constitution, laws, and international treaties - from the perspective of analyzing health as a fundamental right. **Results:** The guarantee and effectiveness of the right to health in Spain are not satisfactory, as from the legislative and often administrative regulation of the topic, well-defined and enforceable legal claims arise before judicial bodies, as individual subjective rights. This allows the legislator to introduce significant setbacks in determining the scope of the right to health. **Conclusion:** A constitutional reform is necessary to reconfigure a right and include it in the list of those considered fundamental in Section 1 of Chapter II of Title I of the Constitution, in order to endow it with an essential content, binding for the legislator, and so that it itself benefits from direct and maximum jurisdictional guarantee, both ordinary and extraordinary, before the Constitutional Court.

Keywords

Right to Health. Constitution. Government Regulation.

1. El punto de partida: un reconocimiento constitucional insuficiente

No resulta, en modo alguno, frecuente que las Constituciones europeas, redactadas de nueva planta o parcialmente reformadas tras la II Guerra Mundial, reconozcan, siquiera, expresamente el “derecho a la protección de la salud”. La necesidad que en las mismas se advierte de garantizar prioritariamente los derechos que se reputan indispensables en una democracia liberal, recientemente reconstituida, tras un período de cuestionamiento o negación de su propia existencia, explica esa omisión. En este sentido, la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, se erige en el paradigma, más representativo, de lo indicado (1). No obstante, este fenómeno no se aprecia unánimemente, ya que, de forma muy relevante, si bien excepcional, la Constitución de Italia de 1947, en su art. 32, tutela la salud “como derecho fundamental del individuo y en interés de la colectividad”.

Sin embargo, sí es corriente observar la declaración del derecho de referencia en aquellas Constituciones de los Estados del Sur de Europa, como las de Grecia, Portugal y España, que fueron elaboradas, certificando el acceso a la democracia de aquéllos, en los años setenta del pasado siglo. No en vano, durante ese período histórico se juzgaba ya, en Europa, consustancial a la forma democrática de Estado la obligación de amparar los llamados “derechos de justicia y solidaridad” (2,3), habida cuenta de la estrecha vinculación que aquéllos mantienen con la dimensión social que el constitucionalismo asume durante dicho período, favoreciendo el entendimiento del Estado constitucional como Estado material de derecho (4,5).

Menos de dos décadas después, en la etapa fin de siglo, de ese reconocimiento del derecho a la salud se hacen eco las Constituciones de Polonia, Chequia, Eslovaquia, Hungría, Rumanía, Bulgaria, Ucrania y Albania, y, algo después, las Constituciones de los Estados que, en tiempos anteriores, integraban la antigua Yugoslavia, como son las de Eslovenia, Montenegro, Croacia, Bosnia-Herzegovina, Serbia, Macedonia del Norte y, últimamente, Kosovo. En tiempos más recientes, la Constitución de Suiza, de 1999, se suma a ese reconocimiento, si bien considerando a la protección de la salud, no un derecho, sino un objetivo que ha de orientar las políticas que debe desarrollar la Confederación (6).

Además, el contexto internacional se muestra particularmente propicio. No en vano, en el ámbito de las Naciones Unidas el derecho a la protección de la salud aparece reconocido insistentemente. Así, el art. 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (7) se refiere a aquél, acompañado de otros, como son los derechos a obtener alimentos, vestido, vivienda y los demás servicios sociales necesarios, en tanto que imprescindibles para garantizar a todas las personas “un nivel de vida adecuado”. Más específicamente, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (8), en su art. 12.1, reconoce “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”; por lo que se insta a los Estados a que adopten medidas específicas destinadas a asegurar la plena efectividad de este derecho.

Por su parte, en el ámbito del Consejo de Europa es de subrayar que el art. 11 de la Carta Social Europea hace hincapié en que los Estados adoptarán las:

[...] medidas adecuadas para, entre otros fines: eliminar, en lo posible, las causas de la salud deficiente, establecer programas educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; y prevenir, en lo posible, enfermedades epidémicas, endémicas y otras. (9)

En la Unión Europea se dedica el art. 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales (10) a proclamar que: “Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales”. Por eso, añade que “Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana” (10). Por consiguiente, dado que la Unión carece de competencias propias en la materia, corresponde a los Estados Miembros concretar el contenido material de la asistencia sanitaria que se dispense, por lo que serán aquéllos quienes establezcan los requisitos para acceder a dichas prestaciones. No obstante, la Carta configura la protección de la salud como un derecho subjetivo universal. De ahí que no establezca restricciones derivadas de la condición de ciudadano o de la situación administrativa concreta en la que se halle el demandante de asistencia. Mas la referencia a que el ejercicio del derecho se deba desarrollar “en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales” (10) revela que su operatividad se circunscribe a la ser un principio inspirador de la actuación de la Unión Europea y de los Estados Miembros, y no a fungir como un derecho individual invocable ante el Tribunal de Justicia de la Unión (11).

Pues bien, es en ese contexto en el que necesariamente se mueve la Constitución española de 1978 (12), en la cual, conforme dispone su art. 43, en su párrafo 1º: “Se reconoce el derecho a la protección de la salud” (12); añadiendo el párrafo 2º del mencionado artículo: “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” (art. 43.2) (12). Finalmente, el párrafo 3º señala que “Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio” (12).

Ante todo, cabe advertir, como nota característica del reconocimiento constitucional indicado, que el derecho a la protección de la salud, ni en España, ni en prácticamente ninguno de los Estados europeos, con la excepción, más semántica que real, de Italia y Portugal, recibe la consideración de derecho fundamental. De ahí que, al no presentar el mismo esa condición determinante, no vincule reforzadamente a todos los poderes públicos, ni vea asegurada su eficacia directa e inmediata.

Tampoco se reservará su regulación a la ley orgánica, con la garantía de que su contenido esencial pueda ser aplicado, no sólo frente, sino, incluso, en ausencia del oportuno y, por lo demás, habitualmente necesario desarrollo legislativo (13,14). Además, no podrá impugnarse su eventual vulneración a través de un procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios, ni acudiendo, de forma subsidiaria y extraordinaria, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Ello obedece a que el derecho a la protección de la salud se ubica en el Capítulo III del Título I de la Constitución, lo que supone, conforme a lo dispuesto en el art. 53.3 de aquella (12), unas menores garantías que, sin embargo, no implican su desprotección. Así, la condición que se le atribuye como principio rector de la política social y económica no entraña, tal y como la STC 139/2016 vino a subrayar, que su eficacia sea sólo la propia de una norma meramente programática, vacía de contenido, sin referencias que la informen, especialmente con relación al legislador. No en vano, éste, ya sea estatal, ya autonómico, deberá configurar el derecho conforme al mandato incluido en el párrafo segundo del art. 43, concretando las prestaciones necesarias que garanticen su materialización, tal y como, por cierto, ha hecho aquél, de forma particularmente intensa (15).

Que no presente el carácter de derecho fundamental suele, además, justificarse aludiendo a la considerable dificultad estructural, expresada en la norma que declara este derecho, para hacerlo valer por sí mismo, con carácter previo a toda intervención legislativa de ordenación. La apertura manifiesta de la norma constitucional que lo enuncia, conduce a aquélla a expresar un programa constitucional, “prima facie”, de distribución de bienes y servicios, que requiere un ineludible desarrollo, normalmente muy intenso, a cargo del Legislativo y del Ejecutivo, los cuales contarán con el margen de autodeterminación que de la Constitución se deduzca, por lo que nunca será pleno, siendo controlable en lo que a sus excesos se refiere (14,16). Tal desarrollo configurador supone la creación de estructuras organizativas complejas y la necesaria apertura de cauces de participación activa a los sujetos y colectivos interesados, a fin de permitir la ulterior intervención o concesión de prestaciones a sus potenciales demandantes y el acceso a la tutela judicial efectiva. De ahí se derivarán derechos invocables ante los tribunales, si bien condicionados a la realización por parte de los poderes públicos del presupuesto de hecho de los mismos (17-19).

Por tanto, puede decirse, en suma, que el derecho a la protección de la salud se configura en España como un derecho diferido a la ley, esto es, propiamente, como un “mandato de legislar”, que requiere el concurso de acciones graduales de los poderes públicos, expresadas en normas de competencia, tendentes a realizar, “bajo la reserva de lo posible o de lo razonable”, en palabras, ya clásicas, del Tribunal Constitucional Federal alemán, el programa genéricamente prefigurado que determina la cláusula constitucional que lo reconoce. De ahí que sólo a partir de la regulación legislativa y, a menudo, administrativa, nazcan pretensiones jurídicas bien determinadas y exigibles ante los órganos jurisdiccionales, como derechos subjetivos individuales, esto es, dando forma a auténticas “posiciones jurídicas prestacionales”, en sentido estricto (20).

Esa importante libertad de configuración con que cuenta tanto el legislador estatal como el autonómico (21), en el marco de la Constitución, faculta a aquél para extender o restringir los derechos y prestaciones concretas que conforman la protección de la salud, sin tener que atenerse al respeto o salvaguardia de un “contenido esencial” aquí inexistente. Aun así, actuarán como límites expresos que limitarán sus posibilidades de actuación ciertos contenidos básicos que el precepto constitucional incorpora de manera expresa. En consecuencia, el legislador habrá de establecer, en todo caso: un conjunto de “medidas preventivas”; un elenco o cartera de “prestaciones y servicios necesarios”; una

relación de “derechos y deberes”; y un haz de acciones o iniciativas que fomenten la “educación sanitaria”. Y en verdad que así lo ha hecho, hasta el punto de poderse afirmar que, a pesar de la débil consistencia constitucional que presenta el derecho a la protección de la salud en España, tal y como asimismo sucede en la mayoría de los Estados europeos, el alcance o extensión adquirida por aquél ha llegado a ser, hoy, muy considerable. Todo lo contrario de lo que sucede en muchos países de Iberoamérica, en los que, pese a contar, aparentemente, con una garantía constitucional del derecho más reforzada, en la práctica, su materialización se encuentra rodeada de limitaciones. De ahí que, en demasiados supuestos, solo el control de convencionalidad, efectuado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, haya colmado, en parte, esas carencias, dando así cuerpo o contenido a un derecho de más bien reducida o debilitada efectividad (22).

En cualquier caso, ha de insistirse en que la circunstancia de que el derecho a la protección de la salud no merezca el reconocimiento propio de un derecho fundamental, genera un riesgo importante: permite que el legislador introduzca retrocesos significativos en la determinación de un alcance que se revela así lejos de quedar consolidado. Por tanto, aun cuando la acción involutiva o regresiva del legislador, amparada frecuentemente en situaciones de crisis económica, no pueda suponer el despojo del contenido mínimo o básico del derecho prefigurado en la norma constitucional, lo cierto es que el amplio margen de autodeterminación de que goza le ha llevado a efectuar redefiniciones “in pejus”, a veces, muy significativas, de los, en exceso, indeterminados contenidos de índole prestacional que aparecen ligados al derecho (23). Para evitar estas actuaciones sólo cabe plantear una reforma de la Constitución, a fin de que el derecho a la protección de la salud se acabe incorporando a la relación de aquéllos que merecen las sobresalientes garantías dispuestas en los arts. 53.1 y 53.2 CE (12). Por eso, se insta a una reforma constitucional. Así, se propone incluirlo en la relación de aquéllos a los que se considera fundamentales en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, a fin de dotarlo de un “contenido esencial”, vinculante para el legislador y en orden a que se haga beneficiario, por sí mismo, de una garantía jurisdiccional directa y máxima, también ante el Tribunal Constitucional. A ese fin, la redacción del precepto puede seguir siendo la misma que presenta el actual art. 43, si bien pasando a ubicarse en un nuevo párrafo, el 2º, del art. 15 de la Constitución.

En tanto en cuanto, en el caso español, se observa cómo, a fin de paliar la insuficiente protección que afecta a este derecho, tal y como sucede con la mayoría de los considerados de prestación, los Estatutos de las Comunidades Autónomas, normas éstas material, ya que no formalmente, equiparables, habida cuenta de la función que en todo caso realizan, a las Constituciones de los estados miembros en los sistemas federales (24), han procedido a su reconocimiento más preciso y específico, en el marco de cartas declarativas de nuevos derechos, deberes y principios rectores. En todo caso, esas referencias suplementarias, asociadas al derecho a la protección de la salud, se vinculan necesariamente al ámbito competencial asumido por la respectiva Comunidad Autónoma. De este modo, vinculan positiva y negativamente al legislador territorial, ya que, de un lado, propician actuaciones tendentes al desarrollo del derecho, de acuerdo con el contenido concreto que a aquél se atribuye en la correspondiente norma estatutaria; y, de otro, limitan su libertad de configuración, lo que implica una prohibición de retroceso respecto de ese núcleo básico de beneficios prestacionales adicionales así consolidado (25).

De esta suerte, cabe comprobar el minucioso reconocimiento que se ha efectuado del derecho a la protección de la salud y de su extensión concreta, en especial, en los Estatutos de Autonomía de Andalucía(26) y Cataluña(27); regulaciones éstas que no pretenden reiterar lo que la Constitución ya

dispone, sino avanzar con respecto a lo en ella establecido, afianzando posiciones jurídicas subjetivas, reclamantes de intervenciones o prestaciones concretas, ya a los poderes públicos, ya a terceros, las cuales encuentran así una cobertura y garantía jurídicas efectivas en el orden autonómico, que refuerzan lo prevenido, inicial y más débilmente, en la Constitución. De ahí que se proyecten en pautas directivas de normación jurídica que han de ser objeto de expreso y positivo desarrollo legislativo y de eficiente ejecución administrativa.

En particular, el Estatuto andaluz establece, como garantía institucional del derecho a la protección de la salud, la existencia de un “sistema sanitario público de carácter universal” (art. 22.1 EAA) (26). Al tiempo, concreta los derechos derivados que asisten, indefectiblemente y con carácter mínimo, a los pacientes y usuarios del sistema de salud pública en el territorio de la Comunidad Autónoma, los cuales ven así garantizado el acceso a todas las prestaciones que asume el sistema, entre las que sobresalen los derechos a la libre elección de médico y de centro sanitario; a recibir información sobre los servicios y prestaciones que se ofrecen; a ser adecuadamente informado sobre los procesos de la enfermedad que se sufre; y, antes de emitir el consentimiento para ser sometido a tratamiento médico, a que el paciente sea tratado con respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad; al consejo genético y a la medicina predictiva; a la garantía de no superar un tiempo máximo para acceder a los servicios y tratamientos; a disponer de una segunda opinión facultativa; a beneficiarse de cuidados paliativos; a la confidencialidad de los datos de salud, características genéticas y acceso al historial clínico; a recibir asistencia geriátrica especializada; y a ser destinatario de programas y actuaciones especiales y preferentes, en caso de sufrir una enfermedad mental, crónica, invalidante o pertenecer a un grupo de riesgo reconocido (arts. 22.3 y 22.4 EAA) (26). Es así que la ley determinará los términos, condiciones y requisitos del ejercicio de estos derechos, así garantizados en su contenido básico (art. 22.4 EAA) (26,28). De este modo, se contribuye, sin duda, a generalizar un sistema multinivel de protección de los derechos, de carácter social o prestacional, más intenso y completo, que mejora, sin duda, su eficacia, avanzando en pos de su realización plena.

Asimismo, ha de destacarse el esfuerzo efectuado para proteger, en los diversos órdenes jurisdiccionales ordinarios, la salud en tanto que interés colectivo, en ocasiones considerado difuso, reclamado por una, a veces, vasta e indiferenciada masa de sujetos. Se reconoce así una situación jurídica activa, expresiva de un auténtico interés legítimo, que conlleva, por una parte, un derecho de participación de los colectivos implicados en su configuración; y, por otra, dada la potencial afectación lesiva que, ocasionada por un acto o disposición, pueda sufrir el mismo, en perjuicio de cuantos son sus particulares beneficiarios, el derecho reaccional de acceso de los afectados, articulado individual o grupalmente, a la jurisdicción ordinaria, aunque no así a la constitucional, para lograr la reparación del daño causado. A tal fin, se legitima procesalmente para el ejercicio de la acción a todos los miembros de la colectividad afectada, en orden a que puedan deducir una pretensión común a todos ellos, que, de resultar acogida, aun habiéndola expresado sólo un miembro o una parte del colectivo interesado, beneficiará a cuantos componen aquél, al proyectarse los efectos de la resolución judicial, no sólo sobre el actor o actores, sino sobre toda la comunidad de sujetos concernidos (29,30).

2. Una titularidad y un contenido del derecho cuestionados

Junto con el de su garantía, cuestión acerca de la cual se volverá más adelante, el principal problema que, hasta el presente, se ha planteado en España tiene que ver con la titularidad del derecho. Esto es, afecta a la determinación de quiénes son los beneficiarios del mismo. La fórmula impersonal

utilizada por la Constitución (12), en el primer párrafo del art. 43: “Se reconoce el derecho a la protección de la salud”, unida a la previsión del párrafo segundo, que hace mención a “...los derechos y deberes de todos”, conduce inicialmente a pensar en el carácter indiscriminado y universal que implica su reconocimiento (31). La pretensión de acceso al ejercicio del derecho por parte de cualesquiera personas, gocen o no del estatus de ciudadanos, se explica así en atención a que la Constitución no distingue a la hora de limitar o circunscribir la titularidad del derecho a los españoles y no a los extranjeros.

Dicha interpretación se vio confirmada por la creación, mediante la Ley 14/1986 General de Sanidad (32), de un sistema público de salud por el que se garantizaba la asistencia sanitaria gratuita y universal, a la par que se declaraba, en su art. 1.2, que son titulares del “derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”. Sin embargo, conforme al art. 1.3, se determinó que “los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional, tendrán garantizado tal derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan” (32), consideración ésta que abre la posibilidad legal tanto de incluirlos, como de excluirlos o de restringir el acceso al ejercicio del derecho. Aun así, la tendencia y el ánimo del legislador, que culmina en la Ley 33/2011 (33), de 4 de octubre, General de Salud Pública, no fue otra que, en consonancia con el espíritu de la Constitución, de los convenios internacionales y de la importante ley fundacional del sistema, universalizar el derecho, negándose así a considerar las ventajas que aquél comporta una contraprestación a lo cotizado (34), sino, más bien, una manifestación más de la voluntad de garantizar a todas las personas, de forma indiscriminada, el disfrute de un derecho asociado a una digna calidad de vida.

Sin embargo, el Real Decreto 16/2012 (35), de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, dictado al amparo de la grave crisis económico-financiera iniciada en 2008, cuestionó esa interpretación. Así, vino a restringir el alcance de la asistencia sanitaria pública, privando de acceso a la misma a los miembros de determinados colectivos. Por ende, se dispuso que para ser beneficiario de aquélla se requería contar con la restrictiva condición de asegurado o ser nacional español o nacional de un Estado europeo con autorización de residencia en España, que acredite no superar el límite de ingresos determinado reglamentariamente. De este modo, los extranjeros en situación irregular o en situación de estancia temporal, al no poseer permiso administrativo de residencia en el país, quedaron excluidos “grosso modo” del sistema, a menos que se acogieran a las “situaciones especiales” descritas por la ley, lo que les permitía, al menos: recibir asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente; por embarazo, parto y postparto; y, en todo caso, si eran menores de dieciocho años.

Al actuar de este modo, el legislador vino a propiciar una clara involución en la protección de la salud de las personas, revirtiendo la orientación gradual y progresiva que, desde un principio, marcó, en este aspecto, el desarrollo de la Constitución. Arrebató así la titularidad del derecho y la condición consiguiente de beneficiarios de prestaciones sanitarias a determinados grupos de personas, distinguiendo donde la Norma Fundamental, en principio, no lo hacía, por motivos de nacionalidad o residencia². De este modo, se generó un daño o perjuicio grave a colectivos numerosos, alguno especialmente vulnerable, como el de los migrantes en situación irregular, a los que se privó en gran

² Aun así, el art. 13.1 de la Constitución (12) determina que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I “en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

medida del derecho, causando simultáneamente una afectación lesiva potencial de la salud pública. No en vano, al apartar a un sector de la población de la asistencia sanitaria ordinaria, se situó en posición de riesgo al conjunto de aquélla, al tiempo que se saturaban los servicios de urgencia hospitalaria.

Años más tarde, el Real Decreto-Ley 7/2018 (36), de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, suprimió, en buena medida, esas restricciones, volviendo a considerar titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a todas las personas con nacionalidad española y a las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en territorio español. Asimismo, los extranjeros que no gocen de residencia legal en España tendrán, también, reconocido el derecho siempre que cumplan con una serie de requisitos³. Igualmente, aquellos extranjeros que se encuentren en situación de estancia temporal (esto es, durante menos de noventa días), accederán también a las prestaciones que conlleva el ejercicio del derecho, siempre que se emita un informe previo favorable de los servicios sociales competentes de las Comunidades Autónomas. De este modo, aun avanzándose en pos de su universalización, lo cierto es que la subsistencia y el establecimiento de ciertas restricciones administrativas ensombrecen la recuperación de la concepción primigenia del derecho a la protección de la salud, ya que dificultan su realización.

Además, no hay que olvidar que la polémica STC 139/2016, de 21 de julio, avaló, considerándola conforme a la Constitución, la pretensión del legislador, debidamente justificada, de estrechar o reducir el alcance subjetivo del derecho, cuando aquél así lo estime necesario u oportuno, al atribuirle una amplia capacidad de configuración en lo referente a la organización de la salud pública y a disponer su procura a través de las medidas, las prestaciones y los servicios imprescindibles. A su vez, el Tribunal Constitucional se limitó a identificar, de forma cuestionablemente restrictiva, como contenido mínimo del derecho que ha de reconocerse a todas las personas, la atención en urgencias con el riesgo grave para la salud y la vida. Pero más allá de eso no estableció límites a la reversibilidad de la protección respecto al alcance de la asistencia sanitaria general. Esta interpretación ignora que el riesgo o daño grave para la vida e integridad de la persona lo generará, de forma mediata, esto es, a medio y largo plazo, la restricción del acceso a las prestaciones sanitarias. Por tanto, la aplicación de una política legislativa como la desarrollada entre 2012 y 2018, lejos de contribuir a la pretendida sostenibilidad del sistema, favorece, ciertamente, la reducción de gastos a corto plazo, si bien a costa de propiciar un más que probable incremento de aquéllos con el transcurso del tiempo (38). En cualquier caso, el resultado de tales políticas no es otro que proyectar la desprotección de un derecho, asociado inextricablemente a la digna calidad de vida de las personas, a sectores poblacionales especialmente vulnerables, de una forma que no resulta ni proporcional, ni razonable (39).

En cualquier caso, el Proyecto de Ley de Equidad, Universalidad y Cohesión Sanitarias (40) trata de garantizar el acceso universal a la sanidad pública, mejorando y ampliando los derechos de sus usuarios. Se consiguen así suprimir las restricciones aún persistentes que vinculaban el acceso al sistema sanitario a la exigencia de cotización a la Seguridad Social. De este modo, los colectivos de no nacionales cuya situación en España no estaba regularizada y el de los españoles residentes en el extranjero, y sus familiares, hasta entonces privados del acceso irrestricto e incondicionado a la sanidad, se incorporarán plenamente al sistema. Se pretende así recuperar el espíritu de la Ley General de Sanidad de 1986 (32), extendiendo el derecho a la protección de la salud a todos. Y se establece

³ Tales requisitos son, a tenor de lo dispuesto en el art. 3 ter de la Ley 16/2003 (37): a) no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía; b) no poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia; c) no existir un tercero obligado al pago.

una cartera única y común de servicios en el territorio nacional para que puedan beneficiarse de ella los titulares del derecho, con independencia de cuál sea la Comunidad Autónoma en la que aquéllos demanden su prestación.

Ciertamente, la pandemia de COVID-19 ha subrayado la importancia de garantizar la extensión universal, gratuita y homogénea del derecho a la protección de la salud, habida cuenta de la necesidad que hoy se ha hecho tan presente de fortalecer los sistemas sanitarios para hacer frente a situaciones como la sufrida. Además, evidencia cuan necesarios son los esfuerzos supranacionales desplegados para coordinar la respuesta a amenazas imprevisibles y extraordinarias, tal que la experimentada, la cual ha requerido proporcionar atención hospitalaria a un número muy significativo de personas, junto con la exigencia de proveer de vacunas a prácticamente toda la población. Se pone así de manifiesto cómo la globalización ha irrumpido, también, en el ámbito del derecho a la protección de la salud, revelando la impotencia de los Estados para afrontar, por sí mismos, situaciones que superan su capacidad individual de actuación.

3. Avances limitados en la tutela jurisdiccional extraordinaria del derecho

Además del problema de la titularidad, la no consideración del derecho a la protección de la salud como derecho fundamental, sujeto a las garantías que ello comporta, ha supuesto que los particulares no puedan acudir al recurso extraordinario de amparo para articular pretensión inmediata o directa alguna de restitución (13). No obstante, a fin de colmar esa carencia, se ha vinculado el derecho a la protección de la salud a otros que sí merecen esa calificación, lo que permite a aquél contribuir decisivamente a la determinación de los contenidos de éstos. Mas, en tales casos, el derecho a la salud deberá supeditarse a las peculiaridades que revistan esos derechos fundamentales, cuya infracción se presupone que se habrá producido por aplicación de la ley (41).

Subyace a este interés por maximizar su protección jurisdiccional el entendimiento de que la salud, aun no gozando de un nivel máximo de protección en la Constitución, ha devenido en nuestra cultura un derecho inherente a la dignidad humana (42), un requisito ineludible para alcanzar un nivel de vida adecuado, en tanto que “*prius*” o “*conditio sine qua non*” indispensable para el ejercicio de otros derechos. Se expresa así el anhelo de que todo ser humano tenga derecho a que se proteja su salud, con independencia de que goce o no del estatus de ciudadano, y sea cual sea su concreta situación administrativa. Ello comporta la exigencia de que se asegure el acceso tanto a la prevención como a una asistencia reparadora suficiente de su estado de bienestar físico, mental y social. Y a que se establezcan controles por parte de los poderes públicos, a fin de que aquél no sea puesto en peligro por medio de cualquier amenaza.

Partiendo de esta realidad, esto es, del hecho de que asistimos a un proceso, aun imperfecto o inconcluso, de reconocimiento y, sobre todo, de garantía plena del derecho a la protección de la salud, los Tribunales Constitucionales europeos, entre los que sobresalen el alemán y el español, han insistido en subrayar las “conexiones” existentes entre el mandato de protección de la salud y algunos derechos indiscutiblemente fundamentales con los que aquél entra en relación. Se pone así de manifiesto la fuerza expansiva e irradiante que ha adquirido contemporáneamente.

Algunas de estas conexiones son directas o inmediatas, como las que se aprecian en relación con el derecho a la integridad física y con el derecho a la tutela judicial efectiva; mientras que otras lo son, más bien, mediatas o indirectas, entre las que destacan las que se efectúan con el derecho a la igualdad y con el derecho a la intimidad. Ello no impide que, así mismo, puedan establecerse otras vinculaciones

potenciales. No obstante, son las indicadas las que se han beneficiado, hasta la fecha, preferentemente, del desarrollo de la jurisprudencia constitucional en Europa, en general, y en España, en particular.

4. Conclusiones y propuesta de reforma

La crisis pandémica causada por la expansión del COVID-19 ha situado, como foco de atención, a la garantía constitucional del derecho a la protección de la salud. Un derecho cuyo aseguramiento y efectividad plena distan, sin embargo, de ser hoy satisfactorios, al carecer de la consideración de derecho fundamental. No en vano, el derecho a la protección de la salud se configura en España como un derecho diferido a la ley, esto es, propiamente, como un “mandato de legislar”, que requiere el concurso de acciones graduales de los poderes públicos, expresadas en normas de competencia, tendentes a realizar, “bajo la reserva de lo posible o de lo razonable”, el programa genéricamente prefigurado que determina la cláusula constitucional que lo reconoce. De ahí que sólo a partir de la regulación legislativa y, a menudo, administrativa, nazcan pretensiones jurídicas bien determinadas y exigibles ante los órganos jurisdiccionales, como derechos subjetivos individuales. Ello faculta al legislador para introducir retrocesos significativos en la determinación del alcance de un derecho que se revela así lejos de quedar consolidado. Aun así, en el caso español, algunos Estatutos de las Comunidades Autónomas han introducido, en el ámbito de sus competencias, referencias suplementarias que amplían el contenido garantizado del derecho, vinculando, de ese modo, positiva y negativamente, al legislador. A su vez, la significativa renovación y mejora de la tutela jurisdiccional ordinaria de la salud, en tanto que interés colectivo merecedor de protección, se evidencia en el hecho de que cualquier persona o grupo se encuentra legitimado para ejercer la acción, deduciendo así una pretensión común, en solicitud de reparación de un daño eventualmente sufrido.

En cualquier caso, en la actualidad asistimos a la lucha por la extensión plena del derecho, a fin de conseguir el acceso libre y universal a la sanidad pública, y la mejora y ampliación de los servicios de los que se benefician sus usuarios. Se pretende así la incorporación al sistema de los colectivos de extranjeros cuya situación en España no esté, aún, regularizada, el de los españoles residentes en el extranjero y el de los extranjeros en situación de estancia temporal, a fin de asegurar que nadie quede, sea cual sea su situación administrativa, desprovisto de la protección necesaria.

También ha de subrayarse cómo la garantía jurisdiccional extraordinaria del derecho ha obtenido avances estimables, a pesar de que los particulares siguen sin poder acceder al recurso extraordinario de amparo para articular pretensión inmediata o directa alguna de restitución. Así, a fin de colmar esa significativa carencia, se ha vinculado el derecho a la protección de la salud a otros que sí merecen la calificación de fundamentales, lo que permite a aquél contribuir decisivamente a la determinación de los contenidos de éstos.

En todo caso, aun admitiendo esos progresos, se hace necesario superar los obstáculos existentes, dado el riesgo, siempre presente, de retroceso con respecto a lo conquistado. Por eso, se insta a una reforma constitucional que suponga la reconfiguración de un derecho que sigue mostrándose débil. Así, se propone incluirlo en la relación de aquéllos a los que se considera fundamentales en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, a fin de dotarlo de un “contenido esencial”, vinculante para el legislador y en orden a que se haga beneficiario, por sí mismo, de una garantía jurisdiccional directa y máxima, tanto ordinaria como extraordinaria ante el Tribunal Constitucional. La redacción del precepto puede seguir siendo la misma que presenta el actual art. 43, si bien pasando a ubicarse en un nuevo párrafo, el 2º, del art. 15 de la Constitución. Subyace a esa propuesta la clara conciencia de

que estamos en presencia de un derecho inherente a la dignidad de todo ser humano. De ahí el empeño por alcanzar su plena realización.

Conflicto de intereses

Lo autor declara que no existe ningún conflicto de interés.

Equipo editorial

Editor científico: Alves SMC

Editor asistente: Cunha JRA

Editores asociados: Lamy M, Ramos E

Editor ejecutivo: Teles G

Asistente de edición: Rocha DSS

Revisor de textos: Barcelos M

Referencias

1. Hesse K. Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland. 3ª ed. Heidelberg: C.F. Müller; 1983.
2. Riedel EH. Theorie des Menschenrechtsstandards. Berlin: Duncker & Humblot; 1986.
3. Luño AEP. Las generaciones de derechos humanos. Revista del Centro de Estudios Constitucionales [Internet]. 1991 [citado en 12 dic. 2023];(10):203-217. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1050933>.
4. García-Pelayo M. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Madrid: Alianza; 1977. 189 p.
5. Böckenförde EW. Entstehung und Wandel des Staatsrechtsbegriff. In: Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte. Frankfurt am Main: Suhrkamp; 1991. p. 143-169.
6. Häberle P. Verfassungsentwicklungen in Osteuropa – aus der sicht der Rechtsphilosophie und der Verfassungslehre. In: Europäische Rechtskultur. Frankfurt am Main: Suhrkamp; 1997. p. 75-113.
7. Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948 [citado en 12 dic. 2023]. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.
8. Organización de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1966 [citado en 12 dic. 2023]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>.
9. Council of Europe. Carta Social Europea. 1996 [citado en 12 dic. 2023]. Disponible en: <https://rm.coe.int/168047e013>.
10. Parlamento Europeo. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 2000 1996 [citado en 12 dic. 2023]. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.
11. Escudero LM. Artículo 35: protección de la salud. In: Martín AM, director. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo. Madrid: Fundación BBVA; 2008. p. 594-606.
12. España. Constitución (1978). Constitución española [Internet]. [S. l: Junta de Castilla y León];1978 [citado en 12 dic. 2023]. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>.
13. Campo JJ. Derechos fundamentales: concepto y garantías. Madrid: Trotta; 1999. 136 p.
14. Sarlet IW. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2009. 493 p.
15. Martínez FR. Protección de la salud, atención primaria y derechos fundamentales. Teoría y Realidad Constitucional [Internet]. 2018 [citado en 12 dic. 2023];(41):881-296. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6438512>.
16. Böckenförde EW. Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge. In: Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt am Main: Suhrkamp; 1992. p. 146-158.
17. Häberle P. Grundrechte im Leistungsstaat. In: Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. Regensburg: Athenäum; 1980. p. 163-186.
18. Alexy R. Teoría de Los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1993. 601 p.
19. Hesse K. Abschnitt. Bestand und Bedeutung. In: Benda E, Maihofer W, Vogel HJ, Hesse K, Heyde W,

editores. Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Madrid: Marcial Pons; 1996. p. 83-124.

20. Porras Ramírez JM. Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional. In: Callejón FB, coordinador. Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle. Madrid: Tecnos; 2004. p. 659-674.

21. Mendazona EC. Artículo 149.116°. In: Rodríguez-Piñero M, Ferrer B, Baamonde MEC, directores. Comentarios a la Constitución Española. XL aniversario. Tomo II. Madrid: Fundación Wolters Kluwer; 2018. p. 1355-1367.

22. Ferrer Mac-Gregor E. La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad (a propósito del caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala). Bol. Mex. Der. Comp. [Internet]. 2019 [citado en 12 dic. 2023]; 52(154):425-455. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332019000100425&lng=es&nrm=iso&doi=10.22201/ijj.24484873e.2019.154.14149.

23. Müller JP. Soziale Grundrechte in der Verfassung? Zeitschrift für Schweizerisches Recht [Internet]. 1973 [citado en 12 dic. 2023];92:687-964. Disponible en: <https://www.e-periodica.ch/digbib/view?pid=zsr-001%3A1973%3A92#5>.

24. Watts RL. Sistemas Federales Comparados. Madrid: Marcial Pons; 2006. 265 p.

25. Villar GC. Derechos, deberes y principios rectores. In: Callejón BF, coordinador. El nuevo Estatuto de Andalucía. Madrid: Tecnos; 2007. p. 29-49.

26. España. Ley Orgánica 2 de 19 de marzo de 2007. Estatuto de Autonomía para Andalucía. [citado en 12 dic. 2023]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-5825>.

27. España. Ley Orgánica 6 de 19 de julio de 2006. Estatuto de Autonomía de Cataluña. [citado en 12 dic. 2023]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-13087>.

28. Cuenca NMG. Derechos, principios y objetivos relacionados con el derecho a la salud. In: Callejón FB, Álvarez LIO, Villar GC, Martos JAM, coordinadores. Reformas estatutarias y declaraciones de derechos. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública; 2008. p. 605-621.

29. Cappelletti M. Access to justice and the Welfare State. Bruxelles: Bruylant; 1981.

30. Cabiedes PG. La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos. Pamplona, Aranzadi; 1999.

31. Benito JEC. Una reflexión sobre el derecho a la asistencia sanitaria como derecho social y universal con financiación pública. Revista de Derecho UNED [Internet]. 2016 [citado en 12 dic. 2023];(18):191-224. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5572203>.

32. España. Ley 14, de 25 de abril de 1986, General de Sanidad. Madrid, 29 abr. 1986 [citado en 12 dic. 2023]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1986/04/25/14/con>.

33. España. Ley 33, de 4 de octubre de 2011, General de Salud Pública. Madrid, 5 oct. 2011 [citado en 12 dic. 2023]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/10/04/33/con>.

34. Rincón LED. El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales [Monografía en internet]. Valencia, España: Tirant lo Blanch; 2019 [citado en 12 dic. 2023]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=739691>.

35. España. Real Decreto-ley 16, de 20 de abril de 2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Madrid, 24 abr. 2012 [citado en 12 dic. 2023]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2012/04/20/16/con>.

36. España. Real Decreto-Ley 7, de 27 de julio de 2018, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. Madrid, 30 jul. 2018 [citado en 12 dic. 2023]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2018/07/27/7>.

37. España. Ley 16, de 28 de mayo de 2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Madrid, 29 may. 2003 [citado en 12 dic. 2023]. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/05/28/16>.

38. Pérez AB. El derecho a la salud de los migrantes. In: Porras Ramírez JM, director, Torre MDR, coordinadora. La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi; 2021. p. 411-442.

39. Torre MDR. La asistencia sanitaria a inmigrantes irregulares y a solicitantes de protección: ¿un derecho universal a la salud? In: Häberle P, Callejón FB, Sarlet IW, Strappazon CL, Calahorra AA, coordinadores. Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel: libro homenaje a Jörg Luther. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi; 2020. p. 427-443.

40. Anteproyecto de Ley de Equidad, Universalidad y Cohesión Sanitarias, de 15 de noviembre de 2021. [citado en 12 dic. 2023]. Disponible en: https://www.sanidad.gob.es/normativa/audiencia/docs/DG_67_21.pdf.

41. Díaz JRC. Estado social y derechos de prestación. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales; 1989. 294 p.

42. Könemann B. Der verfassungsunmittelbare Anspruch auf das Existenzminimum: Zum Einfluss von Menschenwürde und Sozialstaatsprinzip auf die Sozialhilfe - Softcover. Hamburg: Verlag Dr. Kovac; 2005.

Como citar

Ramírez JMP. La débil garantía constitucional del derecho a la protección de la salud en España: una propuesta de reforma. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2024 jan./mar.;13(1):11-23

<https://doi.org/10.17566/ciads.v13i1.1225>

Copyright

(c) 2024 José María Porras Ramírez.

