



EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DESDE UNA PERSPECTIVA MULTINIVEL Y DE DERECHO COMPARADO

FRANCISCO M. BOMBILLAR SÁENZ

Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

ANTONIO PÉREZ MIRAS

Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho (ICADE)
Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: PRECISIONES TERMINOLÓGICAS. II. APROXIMACIONES MULTINIVEL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. 1. Orden internacional. 2. Orden constitucional comparado. 3. Orden europeo. La importancia de la salud pública. 4. Orden español. 5. Orden autonómico. III. REFLEXIONES FINALES A MODO DE COROLARIO.

Palabras clave

Derecho a la protección de la salud; Análisis multinivel; Derecho Comparado; Orden internacional; Orden constitucional comparado; Orden europeo; Orden español; Orden autonómico.

Resumen

En un contexto socio-económico en el que se discute la configuración jurídica del derecho a la protección de la salud, hemos creído oportuno exponer, aunque sea brevemente, los principales instrumentos al respecto en el orden internacional, constitucional comparado, europeo, español y autonómico. Esta apuesta decidida por una perspectiva multinivel y de Derecho comparado nos ha permitido comprobar que la defensa de este derecho forma parte del acervo cultural y jurídico de los Estados europeos, una conquista social sobre la que no hemos de admitir pasos en falso.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la salud como «*un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*»¹. Jurídicamente esta definición se traduce, necesariamente, como «protección de la salud», lo que implica que desde el Estado se aseguren unas garantías que cubran esos componentes objetivo y subjetivo que esconde el paradigma de la OMS.

¹ Definición dada en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Texto disponible en http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf (16 de febrero de 2015).



Por tanto, lo primero que tenemos que tener presente es que en ningún momento el Derecho es capaz de articular un «derecho a la salud» —que sería un equivalente a decir que una norma jurídica nos asegure estar sanos—, sino que la acepción más correcta es esa «protección de la salud» a la que acabamos de hacer referencia². Tal «derecho a la protección de la salud», en consecuencia, va a manifestarse en tres ámbitos diferentes: derecho a la protección de la salud individual y colectiva en sentido estricto; derecho a la asistencia sanitaria; y derecho a decidir en el ámbito de los tratamientos médicos. En estas tres esferas el papel del Estado como garante de la salud sería bien distinto, y así, si bien en el primer caso tendría un deber fundamentalmente de hacer (promover políticas públicas que fomenten la salud individual y colectiva y que prevengan enfermedades)³, en el segundo, su obligación sería de dar (prestar asistencia sanitaria), y en el tercero, una obligación de no hacer (respetar las decisiones del paciente en el ámbito de su salud, el principio de autonomía de la voluntad que consagra la Ley 41/2002, de 14 de noviembre⁴)⁵. Pode-

² Siguiendo a J.M. PEMÁN GAVÍN, «Derecho a la protección de la salud», en C.M. ROMEO CASABONA (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo I, Comares, Granada, 2011, pp. 577-578; «no puede entenderse como un derecho a estar sano, dado que los Estados no pueden otorgar protección frente a todas las causas posibles de mala salud del ser humano no sólo por la limitación de los recursos de que disponen sino también por el hecho de que sobre la salud humana inciden muy numerosos factores entre los que se encuentran las condiciones genéticas y la propensión individual a determinadas enfermedades, o [la] adopción de estilos de vida insanos o arriesgados por parte de cada persona».

³ En este sentido, debe ser un objetivo primordial por parte de nuestros Poderes Públicos el fomento de la actividad física y deportiva con fines de salud en cumplimiento del mandato constitucional recogido en el art. 43.3 de nuestra Carta Magna. Así lo defiende F.M. BOMBILLAR SÁENZ, «Deporte y salud. El fomento de las prácticas deportivas saludables en Andalucía», en F.M. BOMBILLAR SÁENZ (dir.), *Diferentes perspectivas del Derecho deportivo andaluz*, Comares, Granada, 2015, en prensa.

⁴ La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE, núm. 274, de 15 de noviembre de 2002) supone la consagración de un cambio de paradigma: de una medicina paternalista, en la que el médico, en posición de superioridad, goza de un poder omnímodo, a una medicina marcada por un proceso comunicativo médico-paciente, por el principio de autonomía de la voluntad, donde el paciente no acepta, sin más y con resignación, la decisión del facultativo, sino que, tras una información adecuada, consiente o no todo tratamiento médico que se le aplique.

El derecho a rechazar un tratamiento médico hasta sus máximas consecuencias se regula con detalle en la Comunidad Autónoma de Andalucía, principalmente, en la Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte (BOJA núm. 88, de 7 de mayo de 2010), analizada por F.M. BOMBILLAR SÁENZ, en «El derecho a una muerte digna en el ordenamiento jurídico andaluz: el caso Inmaculada Echeverría», en A. PÉREZ MIRAS; G. TERUEL LOZANO; E. RAFFIOTTA (coords.), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 413-432. Un estudio de esta cuestión en el conjunto del orden autonómico puede verse en S. RAGONE, «El derecho a una muerte digna entre tutela multi-nivel y diferenciación inter-territorial», en A. PÉREZ MIRAS; G. TERUEL LOZANO; E. RAFFIOTTA (coords.), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*, cit., pp. 393-402.

⁵ Estas tres esferas aparecen descritas con claridad en la Observación General 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que dispone literalmente que: «*The right to health contains*



mos decir que todas estas facetas son las que se reúnen bajo el paraguas del denominado Derecho Sanitario.

En estas páginas vamos a centrar nuestro foco en la inclusión de la salud en textos de alto nivel, tanto en el orden internacional como europeo así como en diferentes constituciones. Por su parte, también creemos oportuna, siguiendo esa percepción multinivel, una mención a su inclusión en diversos Estatutos de Autonomía de España. Obviamente todo ello se complementará con un mayor abundamiento en el Ordenamiento español, en su concreción y aplicación reales.

Para no desvirtuar el objeto de estudio, vamos a prescindir del estudio del ámbito competencial de la salud, al que haremos referencia, empero, en la medida en que resulte necesario o conveniente para el mejor entendimiento de la protección de la salud.

II. APROXIMACIONES MULTINIVEL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

La protección de la salud encuentra especial predicamento en los textos jurídicos del más alto nivel. La incorporación de este derecho en los distintos órdenes que veremos a continuación tiene especial importancia en lo que hoy podríamos denominar *periodo de entre crisis*⁶.

Efectivamente, como ha puesto de relieve nuestra mejor doctrina, este derecho se encuentra hoy en la encrucijada de la sostenibilidad económica⁷ y de la necesidad de su garantía⁸. Es por ello que resulta trascendente la correcta determinación de este derecho; y su colocación como derecho fundamental, en una concepción amplia o genérica, explica que pueda ser estudiado en todos estos órdenes que presentamos en los apartados

both freedoms and entitlements. The freedoms include the right to control one's health and body, including sexual and reproductive freedom, and the right to be free from interference, such as the right to be free from torture, non-consensual medical treatment and experimentation. By contrast, the entitlements include the right to a system of health protection which provides equality of opportunity for people to enjoy the highest attainable level of health».

⁶ Desde la crisis de los años 20 en el siglo pasado hasta la actual crisis con que duramente se está definiendo el siglo XXI.

⁷ Vid. J. VIDA FERNÁNDEZ, «Sostenibilidad del sistema sanitario. Crisis económica, prestaciones sanitarias y medidas de ahorro», *Derecho & Salud*, vol. 21, núm. 2, 2011, pp. 13-34.

⁸ Baste al respecto citar lo apuntado por la conocida Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso de A Coruña, de 12 de abril de 2013 (Id CENDOJ 15030330022013100283), en donde se analiza la denegación a un paciente por parte del Servicio Gallego de Salud (SERGAS) y por razones puramente económicas del acceso a un medicamento destinado a tratar la enfermedad ultra-rara que padecía. Con el apoyo del Auto del Tribunal Constitucional 239/2012, de 12 de diciembre del 2012, en relación con el conflicto acerca de la asistencia sanitaria a los extranjeros no residentes legalmente en España, el TSJ gallego afirma aquí que la vinculación entre el principio rector del art. 43 de la Constitución y el art. 15 de nuestra Carta Magna (que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral) «no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual aborro económico».

siguientes. Pero antes de entrar en dicha enumeración, aunque creemos que huelgue justificación, debemos recordar que la protección de la salud entronca directamente con el carácter social del Estado⁹ e incluso con la democracia¹⁰.

1. Orden internacional

La Declaración Universal de Derechos Humanos hace una mención a la salud en su art. 25:

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

En este enunciado se observa la confusión de toda la cuestión social, mezclando viejas visiones con la fuerza rompedora que la misma Declaración supuso, y supone. Propiamente no reconoce un derecho a la protección de la salud de manera autónoma pues lo configura relacionado con el nivel de vida y con la idea de los seguros sociales. Sin lugar a dudas este lenguaje es propio del contexto histórico de la época. En este sentido conviene recordar que la primera cobertura sanitaria más o menos generalizada surge hace dos siglos en respuesta a las tensiones obreras, pues con la aparición del proletariado se pone de manifiesto la necesidad de destinar unos recursos al mantenimiento de la salud y a su recuperación —desde una óptica, como consecuencia de la dignidad inherente de la persona; desde otra, como necesidad para no perder fuerza de trabajo—. El seguro de enfermedad, que surge en la Alemania de Bismarck, en las primeras décadas del siglo XX se va consolidando en el resto de países¹¹.

⁹ *Vid.*, en especial, los trabajos de J. CANTERO MARTÍNEZ, «Constitución y derecho a la protección de la salud» y N. GARRIDO CUENCA, «Hacia una construcción del derecho a la salud como contenido del derecho fundamental a una vida digna y de calidad: el «mínimo vital» como límite de la sostenibilidad económica», ambos publicados en el *Libro Homenaje al Profesor Rafael Barranco Vela*, F. BALAGUER CALLEJÓN y E. ARANA GARCÍA, (dirs.), Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014, vol. II, respectivamente, en pp. 1511-1544 y 1555-1586.

¹⁰ N. DANIELS y J. E. SABIN, *Setting limits fairly. Learning to share resources for health*, 2.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2008. Estos autores demuestran que invertir en sanidad acaba teniendo una repercusión general en la sociedad porque facilita la participación democrática de todos los ciudadanos, que no se verían así excluidos de la participación política y de la actividad social como consecuencia de una enfermedad que impidiera el normal desarrollo de la vida.

¹¹ En España, pueden consultarse los antecedentes históricos en A. PALOMAR OLMEDA, «La asistencia sanitaria en España», en A. PALOMAR OLMEDA; D. LARIOS RISCO; J. VÁZQUEZ GARRANZO, *La reforma sanitaria*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012, pp. 25-31.



Por ello se antojaba necesaria una concreción del ámbito salud en el plano internacional, que se produce en 1966 con el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que está acorde con la definición que veíamos de la OMS, al establecer en el apartado primero «*el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*». De esta manera, se presenta tanto la perspectiva de la salud colectiva como unas bases mínimas sobre las que construir una asistencia prestacional.

Por tanto, en el Derecho Internacional estas normas implican un *corpus* jurídico propio y completo. La proclamación inicial en la Declaración Universal de Derechos Humanos debe entenderse complementada con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el modo en que, por su parte, se expresa la Observación General 14 del Pacto. Esta Observación ofrece un marco extraordinariamente completo acerca de la naturaleza y contenido de este derecho, y también de las propias obligaciones que incumben a los Estados en garantía del mismo.

Al respecto, para el objeto de estudio de este artículo, es muy clarificador el contenido de la Observación General 14 porque define sin ambages la salud como un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Así, incide en la idea de que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente y para ello determina que la efectividad del derecho se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la OMS o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Por su parte concretiza esa estrecha vinculación y dependencia con el ejercicio de otros derechos humanos como el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación.

Desde otro punto de vista, también en la Convención sobre Derechos del Niño de 1989 se presta especial atención a la salud, y así en su art. 24 se proclama, en consonancia con las previsiones generales, que «*los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios*».

Como después abordaremos en exclusiva el orden europeo, nos parece oportuno reflejar aquí que a nivel regional también existen menciones a la salud en otros lugares del Planeta. Así, en África queda recogida en el art. 16 de la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981, mientras que para el continente americano se recoge en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales de 1988.





2. Orden constitucional comparado

La evolución de una mayor garantía para este derecho que hemos observado a nivel internacional ha sido paralela en el reconocimiento del derecho a la protección de la salud a nivel constitucional, pues la práctica totalidad de Constituciones que se aprueban a partir de la segunda mitad del siglo XX lo incluyen. Sin embargo, desde una perspectiva general, su presencia no es uniforme en los distintos ordenamientos constitucionales¹².

En tal sentido, vamos a presentar a continuación un somero estudio de varias Constituciones europeas¹³ y de otros lugares del mundo que puedan resultarnos de interés por su contenido en una muestra de la eclosión constitucional de los derechos sociales.

Para ello, hemos buscado identificar los textos constitucionales en los que se hace una referencia expresa a la salud de aquellos en los que no se produce (§2.2.1). Identificada tal circunstancia, vamos a diferenciar primero aquellos países que no la regulan de manera autónoma (§2.2.2) o que la remiten a otras normas (§2.2.3) para terminar el estudio con aquellas Constituciones que sí la prevén de manera específica y más o menos detallada (§2.2.4). El criterio que hemos seguido para presentar las distintas Constituciones ha sido, en primer lugar, geográfico, centrándonos en Europa, y en segundo lugar, un criterio temporal de acuerdo con el momento en que se incorpora el tema de la salud al nivel constitucional. En el análisis se ha prescindido de España por disponer de un epígrafe específico.

2.1. *Constituciones que no regulan la protección de la salud*

Una primera llamada de atención es que no todos los Estados europeos prevén en su ordenamiento constitucional una regulación de la tutela de la salud.

¹² En E.D. KINNEY y B.A. CLARK, «Provisions for Health and Health Care in the Constitutions of the Countries of the World», *Cornell International Law Journal*, núm. 37, 2004, pp. 285-355 se analizaron las Constituciones de los países pertenecientes a Naciones Unidas en 2003 y se concluyó que el 67,5% de dichas Constituciones recogen previsiones acerca del derecho a la salud. Sin embargo, tal porcentaje se aproxima al 100% cuando se trata de Constituciones aprobadas en las últimas décadas.

¹³ Vamos a centrarnos en las Constituciones escritas, con lo que no abordaremos el caso del Reino Unido y ello porque «[no] existen, en puridad, derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional británico. El Reino Unido carece de una Constitución normativa rígida. La Constitución no escrita del Reino Unido, por su propia idiosincrasia, no recoge las garantías clásicas que el Constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial otorgó a los derechos fundamentales, como la existencia de mecanismos agravados de reforma constitucional o la previsión de la garantía de contenido esencial [aunque] sí existen [...] derechos de rango constitucional creados jurisprudencialmente (*Common Law Rights*)». Vid. F.M. BOMBILLAR SÁENZ, «El sistema constitucional del Reino Unido», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 15, 2011, pp. 139-140.

Así, nos encontramos el llamativo caso de la paradigmática Alemania¹⁴ que entre sus derechos fundamentales no recoge ninguno de carácter social. Como señalan Elías Méndez y Bleisteiner, «[se] renunció no obstante conscientemente a la expresa incorporación de estos últimos, dado que se temía no poder garantizarlos. En su lugar, el Estado se define como «Estado federal democrático y social» (art. 20 I LFB). A partir de dicha fórmula en combinación con otros derechos fundamentales pueden reconocerse derechos a los ciudadanos»¹⁵.

En esta línea, aunque desde una perspectiva más liberal se encuentran Dinamarca¹⁶ y Austria¹⁷. Por su parte, en Irlanda (1937), a pesar de que sí prevé algunos derechos sociales, la salud no es uno de ellos. Tampoco lo incluye Chipre (1960), pero aquí básicamente porque su catálogo de derechos fundamentales se apoya en los del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁸.

En el caso de Malta¹⁹, tampoco expresamente hay un artículo que de manera autónoma recoja un derecho a la protección a la salud. El art. 17 de su Constitución versa sobre la «asistencia y a la seguridad social» limitándose a señalar en su apartado 2 que los trabajadores tienen derecho a un seguro contributivo que les cubra las necesidades en caso, entre otras, de enfermedad. Sin duda, una clásica formulación de la seguridad social sin que en consecuencia podamos extraer de esa limitada afirmación todo un haz de garantías sobre la base de la salud individual o colectiva.

¹⁴ Constitución de la República Federal de Alemania (Ley Fundamental de Bonn), de 23 de mayo de 1949. *Vid.* M. DARANAS PELÁEZ, «Alemania», en M.R. RIPOLLÉS SERRANO (COORD.), *Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2010, pp. 15-22.

¹⁵ C. ELÍAS MÉNDEZ y O. BLEISTEINER, «El sistema constitucional de Alemania», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 15, 2011, p. 87.

¹⁶ Ley constitucional de Dinamarca, de 5 de junio de 1953. *Vid.* F. ALCÓN YUSTAS, «Dinamarca», en M. R. RIPOLLÉS SERRANO (COORD.), *Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea*, cit., pp. 51-56.

¹⁷ Como muy bien apunta C. ELÍAS MÉNDEZ, «El modelo constitucional austriaco desde la perspectiva de su interacción con el derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14, 2010, p. 139: «la Constitución austriaca adolece de un catálogo de derechos definido, dado que cuenta con un número indeterminado de derechos fundamentales, dispersos en diferentes normas constitucionales. Su diferente origen histórico y su inclusión en diferentes tipos de normas dificultan los intentos de sistematización de los derechos como conjunto ordenado y unitario.» Siquiera define el Estado, a diferencia de Alemania, como Estado social, «lo cual comporta la concepción de los derechos como límites a los poderes públicos, que sin embargo no definen valores y principios a tener en cuenta en la toma de decisiones políticas.» (*idem*). La Constitución austriaca es de 1 de octubre de 1929; *vid.* también M. DARANAS PELÁEZ, «Austria», en M. R. RIPOLLÉS SERRANO (COORD.), *Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea*, cit., pp. 23-32.

¹⁸ M. R. MAGNOTTA, «Los sistemas constitucionales de Chipre, Grecia y Malta», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm.15, 2011, pp. 335 ss.

¹⁹ Constitución de Malta, de 21 de septiembre de 1964; *vid.* M. DARANAS PELÁEZ, «Malta», en M.R. RIPOLLÉS SERRANO (COORD.), *Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea*, cit., pp. 155-162.

En Suecia, que en puridad no recoge en un único texto derechos fundamentales²⁰, la única referencia a la protección de la salud la encontramos casi de manera tangencial en el Capítulo VIII del Instrumento de Gobierno de Suecia²¹ «de las leyes y otras disposiciones», en cuyo art. 7 se prevé la posibilidad de que el Gobierno, previa autorización de la ley, promulgue regulaciones por instrumento estatutario sobre determinadas materias entre las que se encuentra, en primer lugar, «la protección de la vida, de la salud o de la seguridad personal». Lo más positivo de esta regulación, que en realidad nada añade a su protección, es el tratamiento conjunto de la salud con materias tan importantes, y en realidad íntimamente relacionada, como son la vida y la seguridad personal.

2.2. Constituciones que no regulan la salud de manera autónoma

Emprendamos ahora la labor de analizar aquellas Constituciones que sí han incluido un dictado específico relativo a la salud. Pero en este apartado nos vamos a referir en primer lugar a las Constituciones que regulan la salud en relación con la seguridad social (Bélgica, Finlandia y Luxemburgo) o con la familia (Grecia).

Empezando por este último país, recordemos que Grecia²² pertenece al grupo de países que en la década de los 70 termina con un régimen dictatorial y comienza una etapa democrática. En este caso, sí incluye una referencia a la protección de la salud pero lo realiza dentro de su art. 21, dedicado a la familia. En su apartado 3.º se limita a señalar que «*el Estado velará por la salud de los ciudadanos*» al tiempo que manda que se presten medidas especiales a sectores poblacionales con necesidades especiales (jóvenes, tercera edad, discapacitados, etc.) con lo que es evidente la falta de carácter subjetivo de dicho enunciado. En cambio, en el apartado anterior cuando, en un *totum* marcado por un carácter social asistencial, establece que «*las personas que sufran enfermedad corporal o mental incurable tendrán derecho a una atención especial por parte del Estado*» debemos entender incluida dentro de esa atención especial el tratamiento sanitario, pero sin que ello suponga una garantía constitucional de acceso gratuito al mismo. Ello siempre sin perjuicio de cuanto se disponga legalmente.

Desde la aparición de Bélgica como Estado tras las Revoluciones de 1830, su Constitución de 1831 se ha ido adaptando a los profundos cambios y tensiones que han tenido

²⁰ Cfr. V. FAGGIANI, «Los ordenamientos constitucionales de Dinamarca, Suecia y Finlandia», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14, 2010, pp. 225-262.

²¹ El Instrumento de Gobierno de Suecia de 1974 tiene carácter de norma fundamental, junto con otras como la Ley de sucesión de Suecia, de 26 de septiembre de 1810. Vid. M.I. ÁLVAREZ VÉLEZ, «Suecia», en M.R. RIPOLLÉS SERRANO, (coord.), *Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea*, cit., pp. 215-220.

²² Constitución de Grecia, de 11 de junio de 1975. Vid. L. MÉNDEZ LÓPEZ, «Grecia», en M. R. RIPOLLÉS SERRANO, (coord.), *Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea*, cit., pp. 107-110.

lugar en las sociedades belgas²³. Esto se observa en la introducción de derechos sociales con la profunda reforma constitucional llevada a cabo en 1994. En lo que nos interesa en estas páginas, el nuevo art. 23 de su Constitución, tras declarar que «*todos tienen derecho a llevar una vida conforme con la dignidad humana*» especifica entre los derechos económicos, sociales y culturales, cuyas condiciones se determinarán legalmente, «*el derecho a la seguridad social, a la protección de la salud y a la ayuda social, médica y jurídica*».

La Constitución de Finlandia de 1999, en vigor desde el 1 de marzo de 2000²⁴, regula dentro de la seguridad social del art. 19 el deber de los Poderes Públicos de asegurar a todos servicios sociales y sanitarios suficientes, al tiempo que promueve la salud general de la población. Este enunciado recoge las dos vertientes clásicas de la protección de la salud: el inciso final hace referencia, según nuestro entender, a las cuestiones relativas a la salud pública, mientras que el primer inciso prevé la vertiente prestacional de la sanidad. Este aseguramiento a todos de servicios sanitarios suficientes viene determinado por la configuración legal que los Poderes Públicos hagan del mismo. Dicha configuración, en lo que al carácter general se refiere, viene a nuestro juicio determinada por la dicción sistemática del propio art. 19, que es su apartado 1.º claramente recoge el sentido asistencial y de beneficencia que debe presidir todo el artículo, cuando establece que «*todas las personas que no puedan procurarse la seguridad inherente a una vida digna tienen derecho al sustento y a la atención imprescindibles*». Con lo que los Poderes Públicos deberán garantizar por ley a todas las personas, incluidas las más necesitadas, una prestación sanitaria cuanto menos de urgencia («*atenciones imprescindibles*»).

La centenaria Constitución de Luxemburgo²⁵ prevé, tras la Revisión de 29 de marzo de 2007, la protección de la salud en su art. 11.5, dedicado a cuestiones sociales como la seguridad social, los derechos de los trabajadores, la lucha contra la pobreza o la discapacidad. Se trata de un mandato constitucional que remite por entero al legislador pues se limita a decir que «*la ley organiza [...] la protección de la salud...*».

²³ Para ver la influencia en la Constitución belga de estos cambios, me permito remitir a VANDE LANOTTE y GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Die Keure, Brugge, 2010. En castellano puede verse M. CARDOEN, «El sistema constitucional de Bélgica» *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 15, 2011, pp. 223-260 (Trad. Francisco M. Bombillar Sáenz). Vid. también F. ALCÓN YUSTAS, «Bélgica», en M. R. RIPOLLÉS SERRANO (coord.), *Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea*, cit., pp. 33-38.

²⁴ Es de resaltar que la nueva Constitución finlandesa ha sido receptora de las más modernas generaciones de derechos, lo que sin duda merece ponerse en valor. Vid. V. FAGGIANI, «Los ordenamientos constitucionales de Dinamarca, Suecia y Finlandia», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14, 2010, pp. 250 ss; y F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, «Finlandia», en M. R. RIPOLLÉS SERRANO (coord.), *Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea*, cit., pp. 91-100.

²⁵ Constitución de Luxemburgo, de 17 de octubre de 1868. Vid. M. I. ÁLVAREZ VÉLEZ, «Luxemburgo», en M. R. RIPOLLÉS SERRANO (coord.), *Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea*, cit., pp. 149-154.

Resulta llamativo que en todos estos casos, la inclusión de una mención a la salud se haya realizado en recientes reformas constitucionales o en nuevos textos, como el griego, que pertenecen a la ola constitucional de los años 70 que, como veremos, abordan esta materia de manera más o menos pormenorizada. Y ello porque en las distintas décadas en que se producen los casos mencionados ya se había producido sobradamente la visión doctrinal del derecho a la protección de la salud desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

2.3. *Constituciones que remiten el tema de la salud a otras normas*

En este apartado vamos a estudiar aquellos casos en que el ámbito sanitario se encuentra protegido por el nivel constitucional por la remisión que se hace a otros textos integrantes del bloque constitucional. Se trata de las repúblicas francesa y checa.

En el caso de Francia, si bien este derecho no aparece citado expresamente en la vigente Constitución de 1958, sí lo está en el Preámbulo de la anterior de 1946 cuando señala que se «*garantiza a todos, y en especial al niño, a la madre y a los trabajadores ancianos, la protección de su salud, de su seguridad material, de su descanso y de su tiempo libre*»²⁶. Este Preámbulo se encuentra en vigor según dispone el de la Constitución de la V República: «*El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2003*». Este Preámbulo, además, tiene valor jurídico, siendo la protección de la salud pública, en palabras del Consejo Constitucional, un objetivo de valor constitucional²⁷. Como podemos imaginar, el Consejo Constitucional tiene un papel preponderante en la delimitación del contenido que abarca la protección de la salud tal como viene recogida en el Preámbulo de 1946. Entre sus Decisiones podemos destacar la de 23 de julio de 1999 sobre cobertura universal de enfermedad o la de 29 de diciembre de 2003 sobre ayuda médica a extranjeros irregulares, ambas declaradas constitucionales²⁸.

²⁶ La primera vez que el Consejo Constitucional aplicó el Preámbulo de 1946 fue precisamente en su Decisión de 15 de enero de 1975, por la que declaró la constitucionalidad de la ley de interrupción voluntaria del embarazo.

²⁷ Cfr. S. PINON, «El sistema constitucional de Francia», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14, 2010, p. 24.

²⁸ Cfr. J. PEMÁN GAVÍN, «El derecho a la protección de la salud. Perspectiva internacional y comparada», en M. GASCÓN ABELLÁN, M.C. GONZÁLEZ CARRASCO, J. CANTERO MARTÍNEZ (coords.), *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 51-52.

La República Checa, tras la disolución pacífica de Checoslovaquia²⁹, se dotó de una Constitución³⁰ que optó por no recoger en su articulado una sistemática declaración de derechos sino que dispuso en su art. 3 que «la Carta de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Básicas³¹ forma parte del ordenamiento constitucional de la República Checa». Efectivamente, con misma fecha que la Constitución el Consejo Nacional Checo adoptaba como parte integrante del orden constitucional, la Carta que previamente había sido aprobada en el seno aún de Checoslovaquia. Dentro del Capítulo IV de esta Carta, sobre derechos económicos, sociales y culturales, el art. 31 prevé el derecho a la protección de la salud desde el punto de vista asistencial. En su último inciso se restringe a los ciudadanos la atención médica gratuita y el derecho a recibir ayudas médicas siempre en las condiciones que determine la ley y dentro de un sistema de seguro público.

2.4. *Constituciones que regulan la salud de manera autónoma*

En este apartado se encuentran la mayoría de las vigentes constituciones. Hagamos un breve repaso a sus principales características.

Lo primero que llama la atención es que todas estas Constituciones surgen después de la II Guerra Mundial. Empezamos por la paradigmática Constitución italiana³², además de por ser junto a la Constitución federal alemana la que inaugura el nuevo tiempo, también representa un modelo distinto al que ya hemos visto en el caso alemán.

Efectivamente, Italia simboliza quizá mejor que ningún otro país la adopción por el constitucionalismo de posguerra de una serie de valores sociales y solidarios que dieron lugar a la superación de la estrecha visión liberal de los derechos fundamentales, ampliando el necesario elenco de proposiciones dignas de la Carta Magna³³. Aun así, no todos los

²⁹ Esta disolución se realizó «en un marco de aparente legalidad y continuidad constitucional», T.N. POLI, «Los sistemas constitucionales de la República Checa y Eslovaquia», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 15, 2011, p. 285. (Trad. Valentina Faggiani). Sobre dicho proceso, nos permitimos remitir a G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Il Mulino, Bologna, 1998, pp. 162 ss.

³⁰ Constitución de la República Checa, de 16 de diciembre de 1992. Vid. F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, «República Checa», en M.R. RIPOLLÉS SERRANO (coord.), *Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea*, cit., pp. 197-206.

³¹ Puede consultarse el texto en inglés en la página web del Tribunal Constitucional checo: http://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/prilohy/Listina_English_version.pdf (16 de febrero de 2015).

³² Constitución de la República italiana, de 1 de enero de 1948. Vid. F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, «Italia», en M.R. RIPOLLÉS SERRANO (coord.), *Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea*, cit., pp. 125-136.

³³ Cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, 2.^a ed., Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp. 85-131.

derechos allí reconocidos han gozado del mismo grado de accionabilidad³⁴, distinguiéndose entre la incondicionalidad o la condicionalidad de su aplicación, que implica una Constitución con dos almas, de garantía y de programa³⁵. En lo que a salud específicamente se refiere, hay que resaltar que la inclusión del dictado del art. 32 de la Constitución Italiana (CI)³⁶ sin duda supuso en la época una verdadera innovación, que ha servido de guía para Constituciones posteriores como la española³⁷. Su inclusión ha dado lugar a una profusa doctrina y a una abundante jurisprudencia, si bien en los primeros años de la etapa republicana este art. 32 CI «vivió un largo y profundo letargo»³⁸ que vino superado por las construcciones jurisprudenciales sobre el denominado *daño biológico*³⁹ y *la toma en serio de los derechos sociales*⁴⁰. Así se hace justicia a la letra del art. 32.1 CI cuando dice que «la República protegerá la salud como derecho fundamental del individuo e interés básico de la colectividad y garantizará asistencia gratuita a los indigentes». Aquí se recoge tanto la vertiente de salud pública como el carácter asistencial, al tiempo que presenta un carácter elevado que lo coloca entre los derechos más íntimos de la persona (*diritto fondamentale dell'individuo*) y máxime si se tiene presente lo dispuesto en el art. 32.2 CI, por el cual, «nadie podrá ser obligado a sufrir un tratamiento sanitario determinado, a no ser por disposición de una ley. La ley no podrá en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana». Con Caretti⁴¹ podemos afirmar que, ante todo, del art. 32 CI se deduce un derecho a la propia integridad psíquico-física⁴² al tiempo que permite legislación sobre donación de órganos, el derecho de autodeterminación médica, incluso con posibilidad de rechazar tratamiento (art. 23.2 CI *a contrario*) y con especial respeto al consentimiento informado. Todo ello implica, sin duda, un marcado carácter prestacional. En este sentido, la Sent. Cost. núm.

³⁴ Cfr. A. SCHILLACI, «El sistema constitucional de Italia», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14, 2010, pp. 80 ss. (Trad. Augusto Aguilar Calahorra).

³⁵ P. CARETTI, *cit.*, pp. 91-92.

³⁶ Un brillante estudio de este derecho puede encontrarse en C. BOTTARI, «Il diritto alla tutela della salute», en *I diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 1101-1128.

³⁷ M. LEÓN ALONSO, *La protección constitucional de la salud*, La Ley, Las Rozas, 2010, p. 43.

³⁸ *Ibidem*, p. 45.

³⁹ Sent. Cost. núm. 88 de 1979, de 26 de julio.

⁴⁰ Sobre la evolución de la aplicación del art. 32 CI nos permitimos remitir, en castellano pero con una abundante doctrina italiana citada, a M. LEÓN ALONSO, *La protección constitucional de la salud*, *cit.* Sobre el uso actual por parte de la Corte *Costituzionale* del art. 32 CI en relación con otros artículos, especialmente sobre no discriminación, nos remitimos a J. PEMÁN GAVÍN, «El derecho a la protección de la salud. Perspectiva internacional y comparada», *cit.*, pp. 53-54.

⁴¹ P. CARETTI, *cit.*, pp. 426 ss.

⁴² Recordemos que el sistema constitucional italiano no prevé un derecho a la vida y a la integridad similar a otros sistemas como el español. Cfr. A. PÉREZ MIRAS, «Vida, Ciencia y Constitución», en A. PÉREZ MIRAS, G. TERUEL LOZANO, E. RAFFIOTTA (coords.), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*, *cit.*, p. 48.

992 de 1988 reconoció en el art. 32 CI un derecho a recibir prestaciones de parte del Servicio sanitario nacional, pues se trata de un derecho primario y fundamental pero que está condicionado por los intereses constitucionalmente protegidos en juego (Sent. Cost. núm. 445 de 1990) y los recursos económicos disponibles, si bien en este caso no puede reducirse «el ámbito inviolable de la dignidad humana» (por todas, Sent. Cost. núm. 509 de 2000). Sobre la gratuidad del servicio, ésta está condicionada a la capacidad económica, pues vemos que la Constitución sólo hace referencia a los más necesitados (*indigenti*), lo que cobra una nueva dimensión con los inmigrantes, especialmente los clandestinos, como derecho inherente a la persona humana (de nuevo, Sent. Cost. núm. 509 de 2000).

Portugal, cuya Constitución⁴³ es también producto de la conquista democrática tras un largo periodo de oscuridad autoritaria, es quizá uno de los países que con mayor profusión ha entrado en la regulación de los derechos fundamentales en general y del derecho a la salud en particular, como demuestra su largo art. 64, frente a la parquedad de otros textos constitucionales. Dedicado exclusivamente a la salud, el art. 64 consta de cuatro apartados donde pormenoriza la garantía de este derecho. Efectivamente, ya el art. 64.1 proclama que «*todos tienen derecho a la protección de la salud y el deber de defenderla y promoverla*». Quizá conscientes de la dificultad de hacer efectivo este derecho fundamental, el art. 64.2 concreta que el derecho a la protección de la salud se realiza promoviendo tanto la vertiente prestacional como la colectiva de la salud pública, y por ello prevé expresamente la existencia, para el primer caso, «*de un servicio nacional de salud universal y general*», de gestión descentralizada y participada (*ex art. 64.4*), que sea tendencialmente gratuito de acuerdo con las condiciones económicas y sociales de la ciudadanía. Mediante el fomento precisamente de esas condiciones económicas, sociales, pero también culturales y ambientales, el Estado es el encargado de proteger específicamente la infancia, la juventud y la vejez, de mejorar las condiciones de vida y de trabajo, y de promover la educación y la cultura sanitarias, físicas y deportivas. No contento con dichas especificaciones, el Constituyente portugués dispuso en el apartado 3.º que para asegurar el derecho a la protección de la salud incumbe prioritariamente al Estado una serie de concreciones que ayudan a configurar esencialmente este derecho⁴⁴. Conviene advertir que la Carta Magna portuguesa no hace distinciones categóricas en función de la tipología histórica en que los derechos fundamentales vienen tradicionalmente clasificados sino que en la misma

⁴³ Constitución de Portugal, de 2 de abril de 1976. *Vid.* M.R. RIPOLLÉS SERRANO, «Portugal», en M. R. RIPOLLÉS SERRANO (coord.), *Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea*, cit., pp. 173-182.

⁴⁴ Según el art. 64.3: «*Para asegurar el derecho a la protección de la salud, incumbe prioritariamente al Estado:*

- a) *Garantizar el acceso de todos los ciudadanos, con independencia de su condición económica, a los cuidados de la medicina preventiva, curativa y de rehabilitación.*
- b) *Garantizar una cobertura racional y eficiente de todo el país mediante recursos humanos y unidades de salud.*
- c) *Trabajar hacia la financiación pública de los costes de los cuidados médicos y de los medicamentos.*

todos los derechos fundamentales tienen carácter subjetivo, lo que sin duda es coherente con la preocupación del Constituyente portugués en la consecución de un completo sistema democrático de valores, principios y derechos fundamentales, pero no cerrado a la adopción de nuevos derechos —modelo de constitución abierta—⁴⁵.

Por su parte, la Constitución holandesa⁴⁶ se limita a señalar escuetamente que «*los poderes públicos tomarán medidas para promover la salud pública*» (art. 22.1 CPB). Sin duda este artículo es suficiente para establecer un sistema público de protección de la salud pero lo aleja quizá de la configuración de la misma conforme a la idea de derecho fundamental. En todo caso, su desarrollo dependerá de la configuración legal que se realice que, como podemos imaginar, estará poco constreñida por el dictado constitucional; de hecho, desde el 1 de enero de 2006 con la Ley de Asistencia Sanitaria (*Zorgverzekeringswet*), y también conforme a la anterior Ley General de Gastos Extraordinarios por Enfermedad (*Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten*), en los Países Bajos rige un sistema de salud de prestaciones médicas privadas sufragadas con seguros privados de salud obligatorios, pero que reciben ayuda de financiación pública, con lo que el sistema tiene un carácter universal que cubre a la totalidad de la población.

La joven y ex yugoslava República de Eslovenia (1991), se limita a configurar el haz prestacional de la protección de la salud en su art. 51 sobre «derecho a cuidados médicos». Se trata de un derecho de configuración legal tanto para el acceso como en su contenido y en su forma. Es decir, cuando dice en el art. 51.1 que «*todas las personas tienen derecho a cuidados médicos en las condiciones previstas en la ley. El derecho al cuidado médico derivado de fondos públicos estará establecido en la ley*» está asentando las bases de un sistema propio de salud en las condiciones que marque la ley: en cuanto al acceso, a pesar del carácter general, no está realmente asegurada a todas las personas una completa asistencia, pudiéndose limitar sólo a las urgencias; sin duda se tendrá derecho a la cartera de servicios que legalmente se establezca, no a cualquier intervención médica; y se prevé la forma de financiación pública pero por ello no se establece que todo el sistema vaya a ser gratuito. El art. 51.2 presenta en cambio la perspectiva de la integridad física, más acorde con la

d) *Disciplinar y controlar las formas empresariales privadas de medicina, articulándolas por el Servicio Nacional de Salud, como forma de asegurar en las instituciones de salud tanto públicas como privadas, patrones adecuados de eficiencia y de calidad.*

e) *Disciplinar y controlar la producción, distribución, comercialización y uso de los productos químicos, biológicos y farmacéuticos y otros medios de tratamiento y diagnóstico.*

f) *Establecer políticas de prevención de tratamiento de la tóxico-dependencia.*

⁴⁵ M. RODRIGUES CANOTILHO, «El sistema constitucional de Portugal», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14, 2010, pp. 118 ss.

⁴⁶ Constitución de los Países Bajos, de 17 de febrero de 1983. *Vid.* L. MÉNDEZ LÓPEZ, «Países Bajos», en M.R. RIPOLLÉS SERRANO (COORD.), *Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea*, cit., pp. 163-166.

idea del derecho a la vida y la autodeterminación médica, cuando dice que: «*Nadie puede ser obligado a recibir tratamiento médico salvo en los casos establecidos en la ley*». Es una opción ésta del Constituyente esloveno absolutamente respetable pues lo importante del apartado es, por un lado, garantizar la autonomía del paciente al tiempo que se establece un límite a los derechos fundamentales sobre la base del interés de la salud pública, única perspectiva colectiva que acoge la Constitución eslovena.

La Constitución de Rumanía⁴⁷ igualmente habla del derecho a la protección de la salud (art. 34.1) y desde las dos posturas clásicas con que se afronta este derecho, pero en este caso comienza por proclamar las cuestiones de salud pública, cuando el apartado 2.º dice que «*el Estado ha de tomar medidas destinadas a asegurar la higiene y la salud públicas*». No es hasta el apartado 3.º cuando se refiere al carácter prestacional cuando dispone que «*la ley establece la organización de la asistencia médica [...] el control del ejercicio de las profesiones médicas y de las actividades paramédicas, así como otras medidas de protección de la salud física y psíquica de la persona*». En mitad de este apartado encaja el Constituyente rumano el sistema de seguros sociales en casos de enfermedad, accidentes, maternidad y recuperación, lo que a nuestro entender hubiera sido preferible hacerlo en un articulado propio, o dentro del art. 41 sobre el trabajo y la protección social del trabajo, en concreto dentro de las medidas sociales de protección del trabajo del art. 41.2. Hay que resaltar igualmente que el art. 34 no debe leerse en un sentido de garantía universal de acuerdo con la lectura conjunta del art. 15.1 que dispone taxativamente que «*los ciudadanos gozan de los derechos y las libertades consagradas por la Constitución como también por otras leyes y tienen las obligaciones previstas por éstas*».

Estonia dedica el apartado 1.º del art. 28 de su Constitución⁴⁸ a declarar de manera concisa que «*todos tienen derecho a la protección de la salud*». Su dicción debe interpretarse a la luz de su art. 9 cuando equipara los derechos, libertades y deberes de cada persona con independencia de si son estonios o ciudadanos extranjeros o apátridas que se encuentren en Estonia. Esto además se ve reforzado por el propio art. 28 que en su apartado 2.º circunscribe el derecho a recibir ayudas sociales por parte de determinados colectivos desfavorecidos y en determinadas circunstancias (tercera edad, discapacidad, etc.) sólo a los ciudadanos estonios, si bien este derecho también se reconoce a los extranjeros o apátridas pero modulado en función de disposición legal.

⁴⁷ Constitución de Rumania, de 8 de diciembre de 1991. Vid. M.I. ÁLVAREZ VÉLEZ y F. ALCÓN YUSTAS, «Rumanía», en M.R. RIPOLLÉS SERRANO (coord.), *Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea*, cit., pp. 207-214.

⁴⁸ Constitución de la República de Estonia, de 28 de junio de 1992. Vid. F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, «Estonia», en M.R. RIPOLLÉS SERRANO (coord.), *Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea*, cit., pp. 81-90.

A diferencia de lo que hemos visto con la República Checa tras la disolución de Checoslovaquia, Eslovaquia optó por una Constitución⁴⁹ que sí ha recogido un elenco de derechos, entre los que se encuentra la protección de la salud en su art. 40 con el siguiente tenor: «*todos tienen derecho a la protección de su salud. Los ciudadanos tendrán el derecho a cuidados médicos gratuitos y al equipo médico necesario en caso de enfermedad en base a un seguro médico en los términos establecidos legalmente*». Este artículo es un claro ejemplo de configuración legal. Sin duda su primer inciso es excesivamente genérico y ya su propio carácter universal viene matizado a continuación en cuanto que se refiere expresamente a los ciudadanos que deberán suscribir un seguro médico, sin especificación de su carácter público o privado. La mayor potencialidad que parece ofrecer este artículo es la imposibilidad de establecer un copago para aquellos casos en los que los cuidados médicos requeridos estén plenamente cubiertos por el seguro médico, dado que éstos tienen que ser gratuitos; es decir, la gratuidad no se refiere al conjunto del seguro, lo que avocaría a un sistema universal de financiación exclusivamente pública, sino al efectivo tratamiento médico que se precise, «*en los términos establecidos legalmente*».

Lituania⁵⁰ regula específicamente la salud dentro del Capítulo IV sobre «Economía Nacional y Trabajo», en su art. 53.1, con el siguiente tenor: «*el Estado cuidará de la salud de sus ciudadanos y garantizará la asistencia y los servicios médicos en caso de enfermedad. El procedimiento para proporcionar la asistencia médica gratuita a los ciudadanos en instituciones de salud estatal estará establecido en la ley*». Este derecho, de marcado carácter asistencial, se limita sólo a los ciudadanos, con carácter gratuito dentro del sistema público en los casos que determine la ley. Cuando en los siguientes apartados se refiere a la promoción de la educación física y del deporte (art. 53.2) y a la protección del medio ambiente de efectos dañinos (art. 53.3) sin duda adopta una perspectiva colectiva de salud pública sobre unas determinadas cuestiones que a la postre revierten en beneficio de la salud individual.

Polonia⁵¹, en su voluntad de romper con el pasado pero con su sólida experiencia constitucional, presenta en su Carta Magna un valor iusnatural para los derechos fundamentales, por lo que «al menos en el plano de los enunciados normativos, ha desarrollado

⁴⁹ Constitución de Eslovaquia, de 1 de octubre de 1992. Vid. L. MÉNDEZ LÓPEZ, «Eslovaquia», en M. R. RIPOLLÉS SERRANO (coord.), *Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea*, cit., pp. 57-62.

⁵⁰ Constitución de la República de Lituania, de 25 de octubre de 1992. Vid. L. MÉNDEZ LÓPEZ, «Lituania», en M. R. RIPOLLÉS SERRANO (coord.), *Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea*, cit., pp. 143-148.

⁵¹ Constitución de la República de Polonia de 2 de abril de 1997. Vid. I. CARBAJAL IRANZO, «Polonia», en M. R. RIPOLLÉS SERRANO (coord.), *Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea*, cit., pp. 167-172.

una cultura de los derechos fundamentales que parece hoy bastante madura»⁵². Regula con cierta profusión el ámbito de la salud dentro de las libertades y derechos económicos, sociales y culturales, tras proclamar en su art. 68.1 que «*todos tienen derecho a la protección de su salud*». Enunciado como derecho, y no sólo como protección, lo trata de hacer efectivo garantizando en general a todos los ciudadanos, independientemente de su situación económica, la igualdad de acceso a los servicios sanitarios financiados con fondos públicos en la medida que determine la ley (art. 68.2), si bien se prevé un especial servicio médico para los niños, las mujeres embarazadas, las personas discapacitadas y las personas de edad avanzada (art. 68.3). Todo ello desde la óptica prestacional; desde el punto de vista de la salud pública se establece que «*los poderes públicos combatirán las enfermedades epidémicas y prevendrán las consecuencias de la degradación del medioambiente negativas para la salud*» (art. 68.4) así como que «*apoyarán el desarrollo de la cultura física, particularmente entre los niños y jóvenes*» (art. 68.5).

Letonia escuetamente recoge en el art. 111 de su Constitución⁵³, dentro del Capítulo VIII, sobre «derechos humanos fundamentales», que «*el Estado protegerá la salud humana y garantizará un nivel básico de asistencia médica para todos*». El contenido esencial de este derecho es prácticamente inexistente pues el legislador va a tener un amplio margen de configuración, si bien merece la pena destacar la necesidad de establecer un nivel básico, no necesariamente mínimo, de prestación asistencial para todas las personas, de acuerdo con una correcta interpretación conjunta de este artículo con el art. 91 que proclama la igualdad de todos los seres humanos en Letonia ante la ley y ante los Tribunales, sin que pueda discriminación de ningún tipo.

Bulgaria ha regulado de manera amplia en el art. 52 de su Constitución⁵⁴ la materia de salud. En lo que se refiere a la perspectiva prestacional, se proclama *ab initio* que «*los ciudadanos tendrán el derecho a cuidados médicos*». Como expresamente se determina, estamos ante un derecho de configuración legal, limitada solamente por las imprecisas garantías de «*una asistencia médica adecuada*» y «*una asistencia médica gratuita*», lo que estará sin duda condicionado por factores económicos. En cualquier caso, se prevé que «*el cuidado médico de los ciudadanos será financiado con el presupuesto estatal, por los empresarios, a través de los planes de seguros de salud públicos y privados, y de otras fuentes de acuerdo con las condiciones y procedimientos establecidos legalmente*». En la vertiente de salud pública, se limita a señalar

⁵² F. VECCHIO, «Los ordenamientos constitucionales de Hungría, Polonia y Eslovenia», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14, 2010, p. 189 (Trad. Valentina Faggiani).

⁵³ Constitución de la República de Letonia, de 15 de octubre de 1998. Vid. M.I. ÁLVAREZ VÉLEZ, «Letonia», en M.R. RIPOLLÉS SERRANO (coord.), *Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea*, cit., pp. 137-142.

⁵⁴ Constitución de Bulgaria, de 13 de julio de 1999. Vid. M.I. ÁLVAREZ VÉLEZ, «Bulgaria», en M.R. RIPOLLÉS SERRANO (coord.), *Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea*, cit., pp. 39-44.

que «*el Estado protegerá la salud de los ciudadanos*», añadiendo en el inciso final el deber del Estado de promover el desarrollo de los deportes y el turismo. En el caso de los deportes podemos entender su inclusión dentro del artículo dedicado a la salud, pues como hemos dicho lo hace con una visión amplia, como ocurre por ejemplo en el caso español, con lo que entenderíamos dicha promoción de la actividad deportiva ligada al estado saludable de los individuos⁵⁵. Más difícil de encajar aquí es la promoción del turismo⁵⁶. Para cerrar el análisis búlgaro, la última visión de la salud que se recoge en su art. 52, aunque conectada también con la salud pública, tiene un carácter individual de pleno respeto a los derechos humanos, como es lo dispuesto en el apartado 4.º cuando establece que «*nadie estará sujeto a tratamientos médicos o medidas sanitarias forzosas salvo en las circunstancias establecidas legalmente*».

Hungría ha suscitado polémica por su reforma constitucional que ha dado lugar a la nueva Ley Fundamental de Hungría (LFH) de 2011, en vigor con las enmiendas realizadas desde el 1 de abril de 2013, que sustituye a la anterior Constitución de 1949. Entrando al mérito que nos ocupa, llama poderosamente la atención la redacción dada en el art. XX LFH sobre el tema de la salud con el siguiente tenor: «(1) *Toda persona tiene derecho a la salud física y mental. (2) Hungría promoverá la aplicación del derecho mencionado en el párrafo (1) mediante una agricultura libre de organismos modificados genéticamente, garantizando el acceso a una alimentación sana y al agua potable, mediante la organización de la seguridad en el trabajo y la asistencia sanitaria, mediante el apoyo a los deportes y al ejercicio físico regular, así como garantizando la protección del medio ambiente*». Sin duda presenta novedades importantes como es la referencia a las cuestiones de alimentación, tomando partida por cuestiones en que la ciencia aún no es concluyente como es el caso de los organismos modificados genéticamente y que poco sentido tiene en el contexto europeo de un mercado único sin fronteras y con libertad de circulación, si bien es loable la expresa mención al agua potable, porque en abastecimiento de agua los Poderes Públicos

⁵⁵ Vid., entre otras publicaciones de estos autores, F.M. BOMBILLAR SÁENZ y J. LUNA QUESADA, «La consideración de las prestaciones deportivas saludables como parte del servicio público deportivo local. La experiencia de la Comunidad Autónoma andaluza, en particular, en el impulso de políticas en pro del envejecimiento activo», *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, vol. 3, 2012, pp. 33-60.

⁵⁶ No nos parece acertada la opción del Constituyente búlgaro, que, salvo que estuviera pensando en el denominado turismo sanitario, lo que no creemos, podría haber optado por originalidades diferentes aunque más cercanas quizá a la esencia del turismo como actividad económica y cultural. Así, podría haberla encuadrado dentro del derecho al trabajo de su art. 48 cuando especifica las condiciones laborales (salario mínimo, salubridad, descanso...) pues quién mejor que un trabajador para manifestar capacidad económica con la que poder permitirse un poco de turismo; o dentro del original art. 54.1, pues al establecer que «*todas las personas tendrán derecho a proveerse de los valores humanos nacionales y universales y a desarrollar su propia cultura de acuerdo con su identificación étnica...*» podrían conseguirse dichos valores mediante el empleo del turismo, con lo que se justificaría la inclusión de su promoción por parte del Estado al más alto nivel constitucional.

sí tienen un papel trascendental. En cambio, la referencia a la alimentación sana, el apoyo al deporte y el ejercicio físico regular debemos entenderlo con mero valor programático. Es una opción aceptable el tratamiento de la protección del medio ambiente dentro del ámbito de la salud, y más según el sentido de este artículo, que parece manifestar por parte del Constituyente húngaro una absoluta preocupación por la perspectiva colectiva del derecho a la salud. De hecho, expresamente se dice que el derecho de toda persona a la salud física y mental (apartado 1.º) se concreta (apartado 2.º) en esa serie novedosa de enunciados, donde casi oculto, aparece la organización de la seguridad en el trabajo y la asistencia sanitaria, que puede entenderse bien en un tratamiento de la atención médica dentro de la organización laboral, o bien como un mandato de cuidar por una parte la seguridad en el trabajo, que como el caso del medio ambiente es una opción posible, si bien llama la atención que no haga mención expresa a las condiciones de salubridad e higiene cuya fórmula recogen otros Textos del entorno; por otra parte, como mandato a establecer una organización de asistencia sanitaria (un sistema nacional de salud) aunque la parquedad de la fórmula no provoca más que decepción pues no garantiza efectivamente un derecho necesario en su vertiente prestacional e imprescindible para la consecución de una vida digna y plena. Es realmente triste que una Constitución de un Estado miembro de la UE, en pleno siglo XXI regule de esa manera un derecho fundamental, obviando las clásicas necesidades aún hoy en lucha de conquista, pero introduciendo novedades que dudosamente merecen estar en tal alto nivel normativo. Quizá esta lectura no ayuda sino a profundizar en el entendimiento de las críticas que se han vertido sobre la oportunidad de la reforma húngara.

Fuera del ámbito europeo, encontramos que la misma proclamación del derecho a la protección a la salud se realiza en términos similares, sea en Iberoamérica⁵⁷,

⁵⁷ La Constitución de Brasil de 1988 proclama la salud como derecho social en su art. 6, que debe leerse junto con lo establecido en el art. 196: «La salud es un derecho de todos y un deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas que tiendan a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros riesgos y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación». En relación con la eficacia y efectividad reales de este derecho a la luz de la práctica judicial brasileña, nos remitimos a la obra de I.W. SARLET y A. MOLINARO, *Democracia - Separação de Poderes - Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário brasileiro - Observatório do Direito à Saúde*, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Belo Horizonte, 2010/2011.

Igualmente, la Constitución de Colombia de 1991 resulta especialmente avanzada ya que en su art. 49 dispone que «la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud». A continuación añade que «corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad». Una de las cuestiones que resulta llamativa es la previsión de la protección de la salud no ya como derecho sino como un deber de los ciudadanos al disponer que «toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad».



África⁵⁸ o Asia⁵⁹. Cuestión distinta, como siempre, es la puesta en práctica de estos mandatos constitucionales⁶⁰.

3. Orden europeo. La importancia de la salud pública

En este apartado vamos a tratar una doble perspectiva, la de Europa en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950 y, por otro lado, la de la Unión Europea.

A nivel regional el CEDH sólo hace referencia en el art. 8.2 CEDH a la protección de la salud como cláusula habilitante para limitar el dictado del art. 8.1 CEDH sobre vida privada y domicilio, lo que sin duda es una manifestación clara de la máxima *«salus publica suprema lex»*. Por tanto, sólo se refiere al ámbito colectivo pero no recoge propiamente el ámbito personal del derecho como lo hemos estado viendo hasta el momento. Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo ha tratado de ir más allá y, sobre la base de dicho art.

Por su parte, la Constitución de Chile, tras la revisión de 2009, recoge entre los derechos del art. 19 la protección a la salud en su apartado 9.º. No se trata de un clásico tenor como los vistos hasta el momento. Así, declara que *«el Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud»*. Y ello se entiende porque parte de un sistema de salud en el que están presentes la medicina pública y la privada y por eso establece a continuación que *«es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias»*. Una de las curiosidades es que la protección de la salud implica una elección del tipo de sistema de salud cuando dice que *«cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado»*.

Sin embargo, la Constitución de la República del Perú de 1993 se limita a exponer escuetamente en su art. 7 que *«Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa»*. Para un estudio general de los derechos humanos en Perú, nos remitimos a K. AÑAÑOS BEDRIÑANA, *La aplicación de los Tratados internacionales sobre derechos humanos en Perú*, Tesis Doctoral dirigida por F. BALAGUER CALLEJÓN, Universidad de Granada, Granada, 2015.

⁵⁸ En consonancia con lo dispuesto en la Carta Africana a la que antes nos hemos referido, varios países incluyen una referencia a la protección de la salud. Así, a modo de ejemplo podemos citar la Constitución de Cabo Verde de 1992, de la República Centroafricana de 1995 o la Constitución de Sudáfrica de 1996.

⁵⁹ En Asia podemos encontrar el ejemplo de la Constitución de Camboya, que en su art. 72 dispone que *«The health of the peoples shall be guaranteed. The State shall give full consideration to disease prevention and medical treatment. Poor citizens shall receive free medical consultation in public hospitals, infirmaries and maternities. The State shall establish infirmaries and maternities in rural areas»*.

⁶⁰ No nos es posible examinar aquí, a modo de muestra, los problemas de salud pública que conlleva la falta de acceso al medicamento en los países en vías de desarrollo, analizar la incidencia sobre la investigación en enfermedades olvidadas de los instrumentos jurídicos internacionales aprobados por la Organización Mundial del Comercio. Nos remitimos para ello a F.M. BOMBILLAR SÁENZ, «Patentes farmacéuticas y derecho de acceso al medicamento: un viaje desde la República de Venecia a la de Sudáfrica, pasando por la ciudad de Doha», en *Libro Homenaje al Profesor Rafael Barranco Vela*, cit., vol. I, pp. 73-92.



8 CEDH, ha dado cabida a una protección de la salud individual, como por ejemplo pudo verse en las SSTEDH *López Ostra c. España* (1994) o *Moreno Gómez c. España* (2004)⁶¹.

Sí es más específica la Carta Social Europea⁶², que en su Parte I establece entre los objetivos de las Partes contratantes tanto la salud pública (apdo. 11) como la prestación de servicios sanitarios a quienes carezcan de recursos suficientes (apdo. 13). Es en la Parte II donde efectivamente se recogen sendos derechos en el art. 11 (Derecho a la protección de la salud) y en el art. 13 (Derecho a la asistencia social y médica). Nos parece reseñable, para la época, que la redacción de estos derechos, si bien separados en función del carácter público colectivo y asistencial privado, se regulan con autonomía con respecto a la seguridad social (art. 12).

En lo que se refiere a la Unión Europea, debemos hacer irremediamente una mención a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)⁶³. No podemos olvidar que desde el Tratado de Lisboa, la CDFUE tiene pleno valor jurídico de tratado (art. 6.1 TUE)⁶⁴. Por lo tanto, aunque en la dicción mínima prevista en el art. 35 CDFUE⁶⁵, debemos considerar que en todos los Estados de la Unión se debe garantizar el derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Además hay que tener presente que, por su parte, al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.

Por lógicas razones de espacio, no podemos estudiar en esta sede la innovadora mención que realiza la Carta, en su art. 3, apartado segundo, a una serie de derechos de nueva generación en el marco de la Medicina y la Biología, consagrando el consentimiento libre e informado, y recogiendo la prohibición expresa de las prácticas eugenésicas (en particular las que tienen por finalidad la selección de personas), de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro o de la clonación reproductora

⁶¹ Vid. F.M. BOMBILLAR SÁENZ, «Contaminación Acústica», en E. ARANA GARCÍA y M.A. TORRES LÓPEZ (dirs.), *Derecho Ambiental aplicado al EEES*, Tecnos, Madrid, 2015 (2.ª ed.), pp. 231-247.

⁶² Hecha en Turín el 18 de octubre de 1961. Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980.

⁶³ Son fundamentales las obras de Y. GÓMEZ SÁNCHEZ en este terreno, como muestra, citemos: *Derecho Constitucional Europeo: derechos y libertades*, Editorial Sanz y Torres, Madrid, 2005; o *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2011.

⁶⁴ Al respecto, nos permitimos remitirnos a J. SARRIÓN ESTEVE, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como instrumento con valor jurídico de tratado», en P. PÉREZ ZAFRILLA, J. SARRIÓN ESTEVE, C. BENLLOCH DOMÈNECH (coords.), *Construyendo ciudadanía: teoría y praxis*, Comares, Granada, 2011, pp. 181-198.

⁶⁵ Vid. J.L. BELTRÁN AGUIRRE, «La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud y del art. 35 de la Carta de derechos fundamentales», en J.F. PÉREZ GÁLVEZ y R. BARRANCO VELA (dirs.), *Derecho y Salud en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013, pp. 97-136.

de seres humanos. En consonancia con lo proclamado en los principales instrumentos internacionales en este ámbito⁶⁶.

En la era de la globalización, cambiando de tercio, no es concebible que los Estados actúen aisladamente ante las cuestiones de salud pública. Los problemas «globalizados» requieren, valga la redundancia, de una respuesta adoptada a nivel «global»⁶⁷. Las alertas de seguridad en torno a medicamentos y alimentos, como en materia de epidemias⁶⁸ y pandemias, no conocen de límites fronterizos, por lo que la autoridad y responsabilidad del Estado para asegurar unas condiciones óptimas de salud para su población deben también estudiarse, necesariamente, desde una dimensión supranacional y, en nuestro caso, europea. Lo que regula, al máximo nivel, el art. 168.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

No sólo ha sido necesario replantearse el terreno sobre el que actuar, sino también el enfoque a adoptar. Los problemas de salud pública sólo se pueden atajar acudiendo a sus causas (véanse, como ejemplo, las políticas europeas en pro de hábitos de vida saludables⁶⁹). Se requiere, por ello, una actuación integral y transversal, esto es, presente en todas las políticas y acciones de la Unión, que garantice un nivel elevado de protección de la salud humana (art. 168.1 TFUE).

De acuerdo con el concepto de salud integral de la OMS, a día de hoy, la acción de la Unión en este campo se ha de encaminar a mejorar la salud pública y a prevenir las enfermedades humanas y las fuentes de peligro para la salud tanto física como psíquica, y ello complementando las políticas nacionales (art. 168.1.II TFUE)⁷⁰. Este es un ámbito en el que la Unión puede realizar una acción de apoyo, coordinación o complemento, pero en ningún caso estamos ante una competencia exclusiva⁷¹, por lo que ésta intervendrá siempre conforme al principio de subsidiariedad.

⁶⁶ De nuevo, es imprescindible la consulta de los trabajos en el campo de la Bioética y el Bioderecho de Y. GÓMEZ SÁNCHEZ. Por todos, *vid.* H. GROSS ESPIEL y Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Comares, Granada, 2006.

⁶⁷ Respuesta global, por ejemplo, que ya está dando sus frutos en el campo de las enfermedades raras. *Vid.* N.M. GARRIDO CUENCA, «La estrategia europea de enfermedades raras: Desafíos y oportunidades de una acción sostenible global», en *Derecho y Salud en la Unión Europea*, *cit.*, pp. 241-272.

⁶⁸ *Vid.* C. CIERCO SIERA, «Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población», *Derecho y Salud*, núm. 2, 2005, pp. 211-256.

⁶⁹ Toda una realidad a la luz del Reglamento (UE) núm. 282/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2014 sobre la institución del tercer programa de acción de la Unión en materia de salud (2014-2020).

⁷⁰ Las actividades de prevención y promoción de la salud se erigen en uno de los mejores aliados de la sanidad asistencial. *Vid.* C. CIERCO SIERA, «La necesaria actualización de la legislación española en materia de salud pública», *Derecho y Salud*, vol. 17, núm. Extra 1, 2009, pp. 23-45.

⁷¹ No obstante, desde bien temprano se entendió necesaria esta intervención de las instancias comunitarias. De hecho, ya a finales de los setenta, y pese a no existir base jurídica alguna en este ámbito que

En este sentido, con el fin de conseguir este alto nivel de protección de la salud humana que estamos reseñando, el ordenamiento jurídico europeo (en especial, a través de sus reglamentos y directivas) contempla importantes medidas que establecen normas elevadas de calidad y seguridad de los órganos y sustancias de origen humano, incluida la sangre y los derivados de la sangre —que no impiden que se adopten otras más estrictas por parte de los Estados—, y de los medicamentos y productos sanitarios; así como en los ámbitos veterinario y fitosanitario, para atajar las amenazas transfronterizas graves (art. 168.4 TFUE).

Con el bagaje que aportan las diversas vicisitudes sufridas en el ámbito del medicamento⁷² (desde la relativa a la *Talidomida* hasta la de la *gripe A*), dentro de la Unión Europea se ha tendido a la reducción sistemática de los riesgos asociados a este singular producto mediante la aplicación del principio de precaución en situaciones de incertidumbre científica, el establecimiento de una presunción de riesgo que apareja a su comercialización la exigencia de una autorización administrativa o una fuerte y cohesionada labor en red de farmacovigilancia.

Otro tanto puede decirse con respecto a los alimentos⁷³. Así, en la década de los noventa, la crisis de las *vacas locas*, la contaminación de pollos con dioxinas o las polémicas en torno a los alimentos modificados genéticamente dieron nacimiento al Derecho alimentario europeo.

En cualquier caso, se trata de una intervención administrativa⁷⁴ necesaria y proporcionada respecto al fin perseguido: la protección de la salud pública⁷⁵. Por ello, queda

legitimara la acción de los órganos comunitarios, éstos empezaron a adoptar medidas legislativas al respecto en cuestiones tan acuciantes como la lucha contra el SIDA, gracias a una interpretación extensiva de los arts. 2 y 235 TCE.

⁷² Es imposible abordar aquí el rico y complejo estatuto jurídico comunitario del medicamento. A modo de muestra, nos remitimos aquí al estudio, resumen de su Tesis Doctoral, elaborado al respecto por F.M. BOMBILLAR SÁENZ, «Intervención administrativa de orden público sanitario y régimen jurídico del medicamento», en A. PALOMAR OLMEDA, J. CANTERO MARTÍNEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013, pp. 499-571.

⁷³ Esto es abordado con el detalle que se merece en la obra colectiva dirigida por M.A. RECUERDA-GIRELA, *Tratado de Derecho Alimentario*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013; así como en la monografía de M. RODRÍGUEZ FON, *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria de la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

⁷⁴ Vid. F.M. BOMBILLAR SÁENZ, «Estructura, organización y funciones de la administración de la Unión Europea en materia de salud pública. Dos ejemplos: La Agencia Europea de Medicamentos y la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria», en *Derecho y Salud en la Unión Europea*, cit., pp. 293-325.

⁷⁵ Teniendo siempre presente, a lo largo de todo este procedimiento, que el *riesgo cero* no existe, la Administración ha de llevar a cabo un balance riesgo-beneficio o, incluso, riesgo-riesgo. En relación con la sociedad del riesgo y la innovación, vid. J. ESTEVE PARDO, *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

condicionada la comercialización de los medicamentos —y de ciertos alimentos— a la concesión de una autorización administrativa; que se dictará, en su caso, una vez seguido el oportuno procedimiento administrativo establecido a tal efecto, y que incluirá una evaluación científica del riesgo. Ningún medicamento elaborado industrialmente podrá ser puesto en el mercado sin contar con la previa y preceptiva autorización de la Administración, ya provenga la misma de la Comisión Europea, tras el pertinente dictamen científico de la Agencia Europea del Medicamento (EMA, en sus siglas en inglés) y atendiendo a los procedimientos comunitarios de autorización, ya de las autoridades nacionales de los respectivos Estados miembros, en el marco de los conocidos como procedimientos descentralizados.

En un nivel inferior, con un menor grado de compromiso, la Unión Europea también puede establecer medidas de fomento para luchar contra las pandemias transfronterizas, las enfermedades transmisibles⁷⁶, las drogas⁷⁷, el tabaco o el alcohol, el cáncer, el sedentarismo o la obesidad⁷⁸. Con este tipo de medidas no se pretende ya —se excluye de hecho— la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros (art. 168.5 TFUE); mientras que, por el contrario, a través de las primeras, tal armonización se sobreentiende implícitamente.

No puede comprenderse la razón de tal distinción sin tener presente previamente el contexto en el que el Tratado de Ámsterdam incluyó aquel tipo de medidas en el art. 152 del TCE, esto es, tras sufrir la Unión Europea dos graves crisis en materia de salud pública: la crisis de las *vacas locas*, en Reino Unido, y los escándalos por la distribución y transfusión

⁷⁶ Hemos de mencionar la labor al respecto del *Centro europeo para la prevención y el control de las enfermedades* (ECDC, siglas en inglés), creado por el Reglamento (CEE) núm. 851/2004, del Parlamento y del Consejo, de 28 de abril de 2004, y con sede en Solna (Suecia).

⁷⁷ Téngase en cuenta la labor en este sector del *Observatorio Europeo de la Droga y las Toxicomanías* (EMCDDA, siglas en inglés), creado por el Reglamento (CEE) núm. 302/93 del Consejo, de 8 de febrero de 1993, ampliamente modificado en 2006, y con sede en Lisboa.

⁷⁸ Las nuevas políticas de salud pública destacan la importancia de una dieta equilibrada y de una práctica de actividad física diaria y moderada. La salud no sólo se «gana» en los hospitales. Bajo esta premisa hemos de entender, entre otras iniciativas, la puesta en marcha en España, en 2005, de la Estrategia NAOS (*Estrategia para la Nutrición, Actividad Física y Prevención de la Obesidad*) desde el Ministerio de Sanidad, a través de la entonces Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición, con el objetivo de sensibilizar a la población del problema que la obesidad representa para la salud, y de impulsar todas las iniciativas que contribuyan a lograr que los ciudadanos, y especialmente los niños y los jóvenes, adopten hábitos de vida saludables, principalmente a través de una alimentación saludable y de la práctica regular de actividad física. En relación con el Código Paos (Código de Autorregulación de la Publicidad de Alimentos Dirigida a Menores), *vid.* F.M. BOMBILLAR SÁENZ, «Protección de los derechos del menor frente a los medios de comunicación», en F.J. DURÁN RUIZ (dir.), *La sociedad digital: oportunidades y retos para menores y jóvenes*, Comares, Granada, 2014, pp. 58-59.



de sangre contaminada con el virus del SIDA⁷⁹, en Francia y otros Estados miembros. Desgraciadamente, fue sólo ante dos crisis sanitarias de tal envergadura, y espoloados por una violenta reacción social, que los Poderes Públicos, como siempre, adoptaron medidas para proteger la salud pública de su ciudadanía.

El art. 168.7 del TFUE, por último, como no podía ser de otra forma, cierra este precepto reafirmando las competencias de los Estados miembros en materia de sanidad asistencial y salud pública. De este modo, según su tenor, «la acción de la Unión en el ámbito de la salud pública respetará las responsabilidades de los Estados miembros por lo que respecta a la definición de su política de salud, así como a la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica».

Ello conlleva, por ejemplo, que la prestación farmacéutica sea un sector excluido de la competencia de las instituciones europeas, permaneciendo en manos de cada uno de los Estados miembros. Esto supone para muchos pacientes europeos un obstáculo a la hora de ver garantizado su derecho a acceder a un fármaco a pesar de que el mismo haya sido autorizado a nivel comunitario. Asuntos como el de la falta de acceso de los afectados por el virus de la Hepatitis C al medicamento *Sovaldi* por razón de su alto coste ponen de manifiesto la exigencia de que la ciudadanía sanitaria europea se beneficie aquí también de instrumentos comunitarios que den respuesta a las necesidades de la población en este campo (por ejemplo, a través de una central de compras europea, en la que estuviesen integrados los 28 Estados miembros, que obligue a los laboratorios farmacéuticos, monopolistas de este particular mercado, a bajar los, en algunos casos, abusivos precios; a los que se llegaran tras dispares y nada transparentes negociaciones bilaterales con cada uno de los Estados). Creemos que, por encima de todos los instrumentos jurídicos al respecto, las fundamentales libertades comunitarias habilitarían a la Unión Europea para operar en este campo⁸⁰.

⁷⁹ Vid., entre otras obras de referencia, C. RODRÍGUEZ MEDINA, *Salud Pública y Asistencia Sanitaria en la Unión Europea. Una Unión más cercana al ciudadano*, Comares, Granada, 2008.

⁸⁰ Basta con posar nuestra atención sobre la asistencia sanitaria transfronteriza, regulada por la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, sobre la base de una larga y asentada doctrina al respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Llama la atención, como pone de manifiesto Villalba Pérez, que nuestro legislador comunitario no se haya acogido aquí a la base jurídica que brinda la libre prestación de servicios ni a la libre circulación de pacientes, sino al art. 114 del TFUE sobre medidas de armonización en materia de salud y al art. 168.2 del TFUE sobre protección de la salud pública. La razón es clara, como subraya esta autora: esta asistencia sanitaria no puede ser utilizada ni recibida libremente por los pacientes, está condicionada a que se cumplan los requisitos que en esta Directiva se recogen. Una respuesta que trae causa del temor de los Estados miembros al llamado *turismo sanitario*. Cfr. F. VILLALBA PÉREZ, «Responsabilidad de los Estados miembros en la asistencia sanitaria transfronteriza», *Derecho y Salud*, vol. 23, núm. 1, 2013, pp. 97 a 110, en especial, pp. 103-104. Vid. también J. CANTERO MARTÍNEZ, «Los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza: La Directiva 2011/24/UE, de 9 de marzo», en *Derecho y Salud en la Unión Europea*, cit., pp. 137-172.



4. Orden español

España regula el derecho a la protección de la salud dentro de los principios rectores de la política social y económica en el art. 43 de su Carta Magna, esto es, como un «derecho social», de configuración legal, que sólo podrá ser exigido por la ciudadanía en la medida en que una ley lo prevea y desarrolle, a la luz de lo establecido en el art. 53.3 CE. Mucho se ha escrito acerca de la no condición de derecho fundamental del derecho a la protección de la salud y de los problemas que esta configuración acarrea⁸¹. Ello tiene una trascendencia práctica a la hora de legislar en este ámbito material porque se traslada el consenso requerido para el desarrollo de este fundamental derecho de la mayoría absoluta requerida en la ley orgánica a la simple mayoría de la ley ordinaria; pero aún más, el Gobierno puede unilateralmente abordar esta materia a través de la discutida figura del decreto-ley⁸².

Esta problemática en modo alguno puede indicar que nos encontremos ante una mera norma programática sin valor (STC 95/2000, de 10 de abril). Ni mucho menos: lo cierto es que cada vez son más los pronunciamientos que conectan este derecho de «importancia singular» (ATC 239/2012, de 12 de diciembre) con otros que sí tienen tal naturaleza fundamental, principalmente los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia, imbuyendo al derecho a la protección de la salud también de estas notas. Baste mencionar a este respecto la renombrada Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, donde se afirma que el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental.

El art. 43 de nuestra Carta Magna, en sus tres apartados, presenta una visión plural de la sanidad, pues recoge tanto la perspectiva de la salud pública, cuya tutela compete a los Poderes Públicos, como la perspectiva prestacional, cuya organización se otorga a los Poderes Públicos; además se observa que por un lado se garantiza por ley los derechos y deberes de todas las personas y por otro se fomenta la educación sanitaria y física, el deporte y el ocio desde el punto de vista saludable.

⁸¹ Desde el ámbito doctrinal, y sin ánimo de exhaustividad, sugerimos la lectura de J. PEMÁN GAVÍN, *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989; y, especialmente, por su actualidad, J. CANTERO MARTÍNEZ, «Constitución y derecho a la protección de la salud», *cit.* y N. GARRIDO CUENCA, «Hacia una construcción del derecho a la salud como contenido del derecho fundamental a una vida digna y de calidad: el «mínimo vital» como límite de la sostenibilidad económica», *cit.*

⁸² De hecho, el Gobierno que surge tras las elecciones generales de 2011 ha reducido drásticamente muchas de las prestaciones que hasta ahora se ofertaban desde la sanidad pública mediante dicha controvertida norma, en concreto tras el Real Decreto-ley 16/2012, 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 (*BOE*, núm. 98, de 24 de abril de 2012).

Este precepto proporciona la base para el tratamiento de la salud de manera autónoma, como un sistema propio. Un sistema diferenciado de la clásica visión de las prestaciones sanitarias como parte integrante de la seguridad social⁸³. Ello fue posible gracias a la Ley General de Sanidad⁸⁴, hito normativo donde se asientan las bases del acceso universal y gratuito a la sanidad⁸⁵, que establece un Sistema Nacional de Salud descentralizado pero coordinado, aunque desde un plano más teórico que real, en el que las Comunidades Autónomas son el centro del servicio prestacional.

Y este es el *quid* de la cuestión: nos encontramos ante un derecho social de prestación que necesita ineludiblemente de la intermediación legislativa, de la determinación por el legislador del alcance de la acción protectora a brindar por el sistema público, pues este derecho, qué duda cabe, implica una carga financiera considerable para el erario público. En definitiva, el Estado no sólo busca preservar la salud de la ciudadanía también la de las arcas públicas, que deben hacer frente a muchas otras necesidades de su población.

Así esto se ejemplifica de manera muy evidente en el concreto campo del medicamento, pues nos encontramos ante un mercado complejo donde el que decide (el médico prescriptor) ni paga ni consume el medicamento; el que lo consume, ni lo paga (al menos íntegramente) ni decide; y el que lo paga (el Estado), ni lo consume ni decide. En este sentido, es lógico que se implementen una serie de mecanismos para actuar sobre la dimensión económica del medicamento, tanto sobre su precio (con la fijación del precio industrial y de los márgenes comerciales) como sobre su financiación (con la financiación selectiva, el copago y los precios de referencia); y se promueva el llamado uso racional de

⁸³ La problemática sobre la naturaleza y función del sistema sanitario en el conjunto de la protección social, tradicionalmente encargada a los organismos de previsión de seguridad social, se ha ido clarificando a lo largo de los años de democracia tanto desde el punto de vista regulativo como doctrinal. Aunque efectivamente la Constitución no opta de manera nítida por un sistema específico, abriendo la posibilidad de diferentes configuraciones legales. Ello resulta coherente con la sistemática en que se encuentra el art. 43 CE, pero también el art. 41 CE (seguridad social). No podemos olvidar que esta separación se produce también en el ámbito competencial (art. 149.1 16.^a —sanidad— y 17.^a —seguridad social— CE). Siguiendo a J. TORNOS MÁZ, «[la] asistencia sanitaria ya no debe entenderse como materia propia de la ejecución de un servicio de la Seguridad Social, sino como una submateria de la materia constitucional sanidad. Se cierra así un período dominado por el origen de la asistencia sanitaria como función propia de la Seguridad Social, función financiada por las cotizaciones de los asegurados». J. TORNOS MÁZ, «Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud», *Derecho & Salud*, Vol. 10, núm. 1, 2002, pp. 1-13.

⁸⁴ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (*BOE* núm. 102, de 29 de abril de 1986).

⁸⁵ Estos principios se terminan de incardinar en el ordenamiento jurídico español con la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (*BOE* núm. 240, de 5 de octubre de 2011), si bien el Real Decreto-ley 16/2012 los pone en duda, especialmente por la (re)introducción del concepto de «asegurado» y «beneficiario» como aquellos titulares de derechos ante los servicios públicos de salud; es decir, se vuelve a un lenguaje propio de la seguridad social, que por otro lado se pensaba superado, cuyas consecuencias empiezan poco a poco a conocerse y que, sin duda tendrá en los más desfavorecidos sus primeras víctimas.

este producto, o la introducción o el fomento del mercado de genéricos (como pone de relieve en España el articulado de la LGURMPS)⁸⁶.

Mientras que todos podemos compartir este diagnóstico, la descripción de este escenario, el problema surge a la hora de implementar el alcance y los efectos concretos de las medidas diseñadas para dar respuesta al mismo. De modo que este entramado normativo, aquí imposible de desarrollar, está repercutiendo gravemente en muchas familias, especialmente en las que sufren enfermedades de alto impacto económico, como los pacientes con enfermedades raras⁸⁷.

5. Orden autonómico

Acabamos de afirmar que en las Comunidades Autónomas radica el verdadero servicio de prestación de la salud en España. Son las Administraciones autonómicas las encargadas de gestionar la competencia de sanidad⁸⁸. Efectivamente, el art. 149.1.16.^a CE establece que el Estado tiene competencia sobre la sanidad exterior y para establecer las bases y la coordinación general de la sanidad; por su parte, el art. 148.1.21.^a CE da la posibilidad de asumir la competencia exclusiva en sanidad e higiene.

Por tanto, en un sistema de distribución territorial del poder en el que los Estatutos de Autonomía son las normas que realmente determinan las competencias que asume cada Comunidad Autónoma, es importante determinar con claridad estas competencias compartidas. En nuestro caso, al Estado compete las bases y coordinación de la Sanidad a través del Sistema Nacional de Salud y a las Comunidades Autónomas la verdadera gestión de la sanidad, y por tanto, del derecho a la protección de la salud⁸⁹. En España, salvo Ceuta y Melilla⁹⁰, todas las Comunidades Autónomas han asumido la competencia de sanidad⁹¹.

⁸⁶ Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE núm. 178, de 27 de julio de 2006). Vid. C. BAES, *El uso racional del medicamento. Fundamento de la intervención administrativa en el sector farmacéutico*, Tesis dirigida por F. VILLALBA PÉREZ, Universidad de Granada, Granada, 2010.

⁸⁷ Vid. F.M. BOMBILLAR SÁENZ, «Acceso al medicamento y derecho a la protección de la salud: régimen jurídico de los medicamentos huérfanos en la Unión Europea», *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, núm. 3, 2014, pp. 123-148.

⁸⁸ Mientras que en la Constitución se usa el término salud cuando se refiere a ella como derecho, sin embargo, cuando la óptica es desde el punto de vista competencial, el Constituyente ha empleado el término «sanidad».

⁸⁹ Vid. N. GARRIDO CUENCA, «La igualdad y cohesión del Sistema Nacional de Salud. La protección de la salud en el modelo autonómico», en A. PALOMAR OLMEDA, J. CANTERO MARTÍNEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario*, cit., pp. 103-138.

⁹⁰ Es el INGESA (Instituto Nacional de Gestión Sanitaria), adscrito al Ministerio de Sanidad, la entidad que se ocupa de las prestaciones sanitarias en el ámbito territorial de estas dos Ciudades Autónomas.

⁹¹ No es hasta 2001 en que se culmina el traspaso de estas competencias a las Comunidades Autónomas que aún no las habían asumido, mediante los Reales Decretos 1471/2001 a 1480/2001, de 27 de diciembre.

El Estado Social en que España se constituye (*ex art. 1.1 CE*) tiene su concreción en el Estado Autonomo⁹² y como el ámbito sanitario es connatural al Estado social, resulta, en cierta medida lógico, que las Comunidades Autónomas se hayan convertido en el centro de la actividad sanitaria⁹³.

Así, todas las Comunidades Autónomas han legislado sobre la salud en el ámbito de sus competencias y han creado sus respectivos servicios de salud, con lo que son la Administración de referencia para la protección de la salud. No podemos en este espacio realizar siquiera una breve aproximación comparada a los 17 *subsistemas* de salud que se han ido asentando en España en estos años, donde se ha manifestado como en ningún otro campo, el significado de la autonomía como gestión de los respectivos intereses, pues para nada es uniforme el tratamiento normativo que han realizado las Comunidades Autónomas ni el modelo de gestión que se ha implementado en las diferentes Comunidades de España⁹⁴.

Sin embargo, tras la última ola de reforma estatutarias (2006-2011), se han incluido en los nuevos Estatutos declaraciones de derechos más o menos extensas que podemos denominar «derechos estatutarios»⁹⁵, algunos de los cuales se refieren a la salud⁹⁶.

Estos derechos estatutarios de la salud⁹⁷ no han sido incluidos en todos los Estatutos reformados, tan solo en Cataluña (art. 23 EACat), Islas Baleares (art. 25 EABal), Anda-

⁹² Cfr. J.J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, *Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, pp. 158 ss.

⁹³ Vid. J.J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, «El derecho constitucional a la salud en el Estado autonómico», en M. GASCÓN ABELLÁN, M.C. GONZÁLEZ CARRASCO, J. CANTERO MARTÍNEZ (coords.), *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 65-82.

⁹⁴ En este sentido, podemos afirmar que ha habido varias Comunidades que han apostado por un mayor grado de privatización de sus respectivos servicios, como son la Comunidad de Madrid y la Comunidad Valenciana. Cfr. F. VILLAR ROJAS, «La privatización de la gestión de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Valencia y Madrid», *Derecho & Salud*, vol. 17, núm. extraordinario, 2009, pp. 1-22.

⁹⁵ Vid. A. PÉREZ MIRAS, *L'inclusione di dichiarazioni di diritti e principi negli Statuti d'Italia e Spagna*, tesis doctoral dirigida por L. MEZZETTI, Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, Bologna, 2012. Igualmente nos remitimos a J. MORCILLO MORENO, *Validez y eficacia de los derechos estatutarios. En especial, el proyecto de reforma castellano-manchego*, Ediciones Parlamentarias de Castilla - La Mancha, Toledo, 2013.

⁹⁶ Para un estudio más completo de los mismos, nos remitimos a A. PÉREZ MIRAS, «Los derechos estatutarios de la salud», *Derecho & Salud*, vol. 23, núm. extraordinario, 2013, pp. 242-252. Igualmente reenviamos a N. GARRIDO CUENCA, «Derechos, principios y objetivos relacionados con el derecho a la salud», en F. BALAGUER CALLEJÓN (dir.), *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, pp. 605-621.

⁹⁷ Nosotros hemos optado por usar la fórmula «derechos estatutarios de la salud» porque nos parece más acorde a la realidad de la regulación autonómica (*vid.* A. PÉREZ MIRAS, «Los derechos estatutarios de la salud», *cit.*). Esta cuestión lingüística no pasó inadvertida a F.J. ENÉRIZ OLAECHEA, «La regulación del derecho a la protección de la salud en los nuevos Estatutos de Autonomía: análisis crítico», *Derecho & Salud*, vol. 17, núm. extraordinario, 2009, pp. 49-59, quien realiza una crítica de aquellos Estatutos que han hecho una

lucía (art. 22 EAAAnd), Aragón (art. 14 EAAra) y Castilla y León (art. 13.2 EACyL). En general podemos afirmar que todos ellos buscan una mayor protección de derechos ya reconocidos en otros órdenes⁹⁸.

Estos cinco artículos tienen en común que expresamente prevén la necesidad de desarrollo legal de los derechos allí reconocidos, lo que implica una reserva de ley autonómica para el desarrollo de dicha competencia de acuerdo con el contenido de cada Estatuto. No obstante, Andalucía y Castilla y León son las que han hecho mayores reservas de ley.

A pesar de la dicción parecida, los cinco textos no son unánimes a la hora de abordar la universalidad, la gratuidad y la igualdad del sistema. Hablan de sistema universal Andalucía, Baleares y Aragón. Hacen referencia a la igualdad en el acceso al servicio público Cataluña, Castilla y León y Aragón, que es la única que habla de acceso en condiciones de calidad. Cataluña es la única que especifica que el acceso a los servicios públicos es gratuito, sin embargo consideramos que este carácter debe considerarse implícito en aquellos casos en que se recoge la idea de universalidad. En este sentido solamente el Estatuto de Castilla y León es el único del que podría derivarse un sistema no constreñido por los principios de universalidad y gratuidad.

En lo referente al mayor o menor grado de especificaciones, por un lado, nos encontramos con el art. 22 EAAAnd seguido del art. 13.2 EACyL como los más prolijos y detallados, en similares términos, con algunas novedades, y desde enfoques actualizados. Por otro lado, están aquellos otros que presentan una serie de derechos más generales y consolidados en nuestro ordenamiento.

No obstante, es quizá Andalucía la Comunidad Autónoma de España, al menos desde el punto de vista de su legislación, que con mayor decisión ha ampliado de forma resuelta los derechos y prestaciones de los que gozan los pacientes en su relación con el sistema sanitario público: segunda opinión médica, declaración de voluntad vital anticipada, derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte, cuidados dentales para niños, embarazadas y personas con discapacidad, publicidad —en un ejercicio pionero de transparencia— de las listas de espera, implantación de la historia clínica electrónica (Diraya), etc. Andalucía se ha significado por actuar siempre con ahínco en el plano asistencial (constituyendo el Servicio Andaluz de Salud, permítasenos el símil, la mayor *empresa* de la

referencia genérica al «derecho a la salud» considerando más correcto «derecho a la protección de la salud», siendo igualmente preferibles las rúbricas genéricas como en el caso andaluz (Salud) o el catalán (Derechos en el ámbito de la salud).

⁹⁸ N. GARRIDO CUENCA, «El derecho a la protección de la salud en los Estatutos de Autonomía: propuestas para un derecho prestacional universal de nueva generación», en *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, cit., pp. 125-166.

región)⁹⁹, en el de la protección de la salud pública y promoción de hábitos de vida saludable (erigiéndose las prestaciones saludables en parte del contenido del servicio público deportivo local) y, especialmente, en el ámbito de la investigación biomédica, la «joya de la corona», con líneas punteras y pioneras de investigación referentes a nivel internacional¹⁰⁰.

III. REFLEXIONES FINALES A MODO DE COROLARIO

La generalidad de los Estados miembros de la Unión prevén la protección de la salud en una redacción autónoma, si bien la mayoría suele también hacer referencias a condiciones de salud en otros ámbitos específicos como el laboral, medioambiental o del consumidor. Nosotros hemos estudiado específicamente la protección de la salud y las perspectivas jurídicas que de dicha tutela constitucional se desprenden. La mayoría incluye tanto la perspectiva prestacional como la colectiva, ambas necesarias para la efectiva configuración de la protección del derecho. Salvo contadas excepciones que hemos ido resaltando a lo largo del epígrafe anterior, la mayor parte de los articulados responden al contexto histórico en que se redactan o son sensibles a la evolución de la materia, en especial las Constituciones más antiguas. Esta misma idea se observa en el lenguaje más actual que emplean los derechos estatutarios que acabamos de ver.

Observamos igualmente que, aun en los casos en que se dedica enunciados específicos a la salud, la confusión con la idea de seguridad social es común, con lo que la separación nítida depende de la voluntad del legislador, voluntad nada fácil porque está condicionada por factores económicos que implica la opción de modelos contributivos (directos) y no contributivos (indirectos). Sin duda, un sistema de salud sufragado por impuestos es más justo hacia los más necesitados, en los que la contingencia de una enfermedad, especialmente las crónicas, puede llegar a ser un obstáculo para la plena realización personal y la efectiva igualdad.

⁹⁹ El Servicio Andaluz de Salud (SAS) es el principal actor del Sistema Sanitario Público de Andalucía, ocupándose de prestar asistencia sanitaria a un territorio habitado por más de ocho millones de personas (población superior a la de algunos Estados europeos, como Bulgaria, Dinamarca, Finlandia, Eslovaquia, Irlanda, Croacia, Lituania, Eslovenia, Letonia, Estonia, Chipre, Luxemburgo o Malta). El SAS cuenta en su plantilla con 84.753 profesionales para atender su red asistencial: 22.801 en atención primaria y 61.952 atención hospitalaria (según datos del año 2012). En 2015, partía con un presupuesto inicial de 7.763.892 miles de euros. Pueden consultarse estas cifras con más detalle en su web institucional: <http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/principal/> (16 de febrero 2015).

¹⁰⁰ Valga como muestra el proyecto *DNA Pro-Kids* por el que se pretende luchar contra el tráfico de seres humanos, especialmente de menores, a través de la identificación genética de las víctimas y sus familiares. Este proyecto está liderado por el Laboratorio de Identificación Genética de la Universidad de Granada que dirige el Prof. José Antonio Lorente. Más información en: <http://www.dna-prokids.org/> (16 de febrero de 2015).

Hemos comprobado que se dan situaciones suficientemente abiertas para que el legislador tenga capacidad de adaptarse a la realidad socioeconómica, pero al mismo tiempo en todos los textos que hemos expuesto se busca garantizar un núcleo mínimo de salud. Creemos que ese núcleo debe conectarse íntimamente con el derecho a la vida. Sin duda, la lectura de la mayoría de los preceptos analizados es tendente a asegurar el derecho a la salud en sí, protegiendo al individuo tanto de la enfermedad —factores internos— como de situaciones externas nocivas —salud pública—, promoviendo situaciones saludables —deporte, ejercicio, educación— y previendo tanto la libertad que implica la autodeterminación médica como la limitación del derecho fundamental, como no podía ser de otra manera, por el interés superior de la colectividad.

Pero tal vez lo más importante no es sólo que estos mandatos vengan recogidos al más alto nivel, en la norma suprema del Ordenamiento jurídico de un Estado —su Constitución, o en la de una Comunidad Autónoma, su Estatuto—, así como en los principales instrumentos de protección de los derechos humanos de carácter continental e internacional, sino que sean una realidad palpable de la que todos nos sintamos partícipes y orgullosos. En este sentido, una de nuestras señas de identidad como pueblo europeo es la de contar con asentados sistemas sanitarios públicos de protección de la salud. La educación, la salud o los servicios sociales se erigen en los pilares del llamado Estado del bienestar que tanto ha costado construir en Europa. En otras latitudes, desafortunadamente, y sin ánimo de generalizar, puede que sus textos constitucionales hayan también contemplado la protección de la salud, pero en muchas ocasiones esas referencias no dejan de ser *papel mojado* ante la falta por parte de sus dirigentes e instituciones políticas de una conciencia constitucional y de respeto de los derechos fundamentales. Por ello, hemos de estar vigilantes y no consentir por mor de la austeridad mal entendida retrocesos que echen por tierra todo lo hasta ahora conseguido.

Valga un ejemplo para ilustrar lo que queremos aquí expresar: la ceremonia de inauguración de los Juegos Olímpicos de Londres de 2012. Pongámonos en la mente de los organizadores de este evento cuando decidieron que querían mostrar a la opinión pública mundial que uno de los momentos más importantes de su larga y fecunda historia, que uno de sus emblemas para llevar a gala por bandera era, precisamente, la creación del *Nacional Health Service*, en 1948. Permítasenos la licencia, ciertamente poco científica, pero esto corrobora que el establecimiento de sistemas sanitarios públicos de protección de la salud forma parte de nuestro ADN, de nuestro patrimonio como pueblo europeo.

Por último, la «unidad en la diversidad», lema de la Unión Europea, debe imperar igualmente en el campo de la protección de la salud. Es necesario avanzar aún más en la construcción de un concepto de ciudadanía sanitaria europea. Problemas globales requieren de respuestas globales, en donde los esfuerzos de todos se sumen de forma coordinada en defensa, en este caso, de la protección de la salud del pueblo europeo. Crisis como la que afecta en la actualidad a los enfermos de Hepatitis C ponen claramente de manifiesto

esta imperiosa necesidad. Aunque lo ideal es que esta respuesta fuese mundial y no sólo a nivel continental. Pensemos en el papel que debería desempeñar la OMS a este respecto como responsable del gobierno mundial de la protección de la salud en campos como el de las enfermedades olvidadas de los países en vías de desarrollo. La defensa de la salud de nuestros ciudadanos pasa inexorablemente por contemplar estos escenarios. En esta línea, a modo de muestra, se mueven ya las agencias reguladoras del medicamento en Estados Unidos (FDA), Japón (PMDA) y Europa (EMA) en relación, por ejemplo, con el acceso a medicamentos huérfanos por parte de los pacientes afectados por enfermedades raras.

Apostar por la salud en todos sus ámbitos, como ha sido el enfoque de este trabajo desde el principio, coadyuvará no sólo a un conjunto de personas sanas, sino también muy importante, a una ciudadanía sana que no tenga en las enfermedades un impedimento para participar del bienestar y la democracia.

TITLE

THE RIGHT TO HEALTH PROTECTION FROM A MULTI-PERSPECTIVE AND COMPARATIVE LAW

SUMMARY

I. BY WAY OF INTRODUCTION: INFORMATION TERMINOLOGY. II. MULTILEVEL APPROACH TO HEALTH PROTECTION. 1. International Order. 2. Constitutional Order compared. 3. European Order. The importance of publichealth. 4. Order Spanish. 5. Regional order. III. FINAL THOUGHTS AS A COROLLARY.

KEY WORDS

Right to health care; Multilevel approach; Comparative Law; International order; Comparative constitutional order; European Order; Spanish order; Regional order.

ABSTRACT

In a socio-economic context in which the legal construction of the right to health protection is discussed, we are going to expose briefly, the main features of the international, the comparative constitutional law, the European, the Spanish and the autonomic orders. This firm commitment to a multilevel perspective and Comparative Law has allowed us to verify that the defense of this right is part of the cultural and legal heritage of European states, a social conquest on which we should not admit missteps.

Fecha de recepción: 23/02/2015

Fecha de aceptación: 20/04/2015