

40 AÑOS DE CONSTITUCIÓN Y SALUD

Miguel Ángel Presno Linera
Profesor titular de Derecho Constitucional
Acreditado como catedrático
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. Historial jurídico-constitucional de la salud. 2. La protección de la salud como principio rector de la política social y económica. 3. La protección de la salud como “principio activo” de varios derechos fundamentales y principios rectores. 4. ¿Podría articularse la protección de la salud en la Constitución como un derecho fundamental? 5. Esbozo de un posible derecho fundamental a la protección de la salud y de otros derechos conexos. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía empleada.

RESUMEN

En este texto analizamos el derecho a la protección de la salud tal y como está regulado en la Constitución española de 1978. También se estudia si la protección de la salud podría convertirse en un derecho fundamental. Incluimos, finalmente, un esbozo de ese hipotético derecho fundamental a la protección de la salud.

PALABRAS CLAVE

Constitución y salud, derechos fundamentales, derecho a la protección de la salud.

ABSTRACT

In this text we analyze the right to health protection as it is regulated in the Spanish Constitution of 1978. We also study if the protection of health could become a fundamental right. Finally, we propose an outline of that hypothetical fundamental right to health protection.

KEYWORDS

Constitution and health care, fundamental rights, The right to health protection.

1. HISTORIAL JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LA SALUD

En este primer apartado se pretende ofrecer una panorámica de la progresiva incorporación de la protección de la salud en los textos constitucionales españoles y en los de algunos países de nuestro entorno cuyas normas fundamentales guardan alguna conexión con las españolas, bien porque estas últimas se hayan inspirado de alguna manera en aquéllas o porque la influencia se haya producido en el otro sentido. También se hará mención a convenios internacionales de los que España es parte por su condición de normas que han pasado a integrarse en nuestro ordenamiento y que, además, si estamos ante tratados sobre derechos humanos tendrán eficacia interpretativa sobre “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce” (art. 10.2 Constitución española, CE en lo sucesivo).

La primera referencia que cabe mencionar es el artículo 46.2 de la Constitución republicana de 1931, que vincula la tutela de la salud a la legislación de carácter laboral y social que correspondería desarrollar

al Legislador; decía el mencionado precepto: “La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidentes, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte;...”

Esta Constitución fue tomada en cuenta por los constituyentes italianos durante el proceso de elaboración de la Constitución de 1947, si bien ninguna semejanza cabe encontrar en este ámbito entre los dos textos; el artículo 32 de la Constitución italiana, con una dicción y contenidos mucho más modernos, prevé que “La República tutela la salud como derecho fundamental del individuo y garantiza el tratamiento médico gratuito a los indigentes. No puede obligarse a nadie a un determinado tratamiento sanitario sino por disposición de la ley, que, en ningún caso, podrá violar los límites impuestos por el respeto de la persona humana”.

Llama la atención que se hable de “derecho fundamental”, que se configure como derecho de titularidad universal –“del individuo”-, la previsión de que su disfrute será gratuito para las personas carentes de recursos y, finalmente, que se reconozca la posibilidad de negarse a recibir tratamiento médico salvo previsión legal que, en ningún caso, podrá implicar menoscabos de los derechos de la persona.

El siguiente hito normativo lo encontramos en el artículo 12 del Pacto Internacional de derechos sociales, económicos y culturales, hecho en Nueva York en el año 1966 y que se incorporó España en 1977:

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

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

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas;

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

Se contempla aquí un derecho a la salud física y mental, de titularidad universal, y que debe incluir, cuando menos, medidas de carácter pediátrico, sobre salud e higiene en el trabajo, medicina preventiva y medicina curativa y rehabilitadora.

Diez años después nos encontramos con la Constitución portuguesa de 1976, que será fuente de inspiración para la española en materia de derechos sociales aunque no se encuentre mucha semejanza en la concreta protección a la salud que ofrecen ambos textos constitucionales; según el artículo 64 de la Norma Fundamental portuguesa:

“1. Todos tienen derecho a la protección de la salud y el deber de defenderla y promoverla.

2. El derecho a la protección de la salud se hará efectivo: A través de un servicio nacional de salud universal y general y, teniendo en cuenta las circunstancias económicas y sociales de los ciudadanos, tendencialmente gratuito;...

3. Para asegurar el derecho a la protección de la salud, corresponde prioritariamente al Estado:

- a) Garantizar el acceso de todos los ciudadanos, independientemente de su condición económica, a los cuidados de la medicina preventiva, curativa y rehabilitadora.
- b) Garantizar una cobertura racional y eficiente en todo el país de los recursos humanos y de las unidades de salud.
- c) Orientar su acción a la socialización del coste de los cuidados médicos y farmacéuticos;...”

Aunque no estemos ante un tratado internacional no parece trivial lo dicho en la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud celebrada en Alma-Ata entre el 6 y el 12 de septiembre de 1978:

“La Conferencia reitera firmemente que la salud, estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, es un derecho humano fundamental y que el logro del grado más alto posible de salud es un objetivo social sumamente

importante en todo el mundo, cuya realización exige la intervención de muchos otros sectores sociales y económicos, además del de la salud.

La atención primaria de salud... comprende, cuando menos, la educación sobre los principales problemas de salud y sobre los métodos de prevención y de lucha correspondientes;...; la asistencia materno-infantil, con inclusión de la planificación de la familia; la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; la prevención y lucha contra las enfermedades endémicas locales; el tratamiento apropiado de las enfermedades y traumatismos comunes; y el suministro de medicamentos esenciales;...”

Poco después, como es bien conocido, entró en vigor la Constitución española de 1978, cuyo artículo 43, sobre el que volveremos después, dispone:

“1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”.

Otra disposición internacional especialmente relevante es el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, conocido también como Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina o “Convenio de Asturias”, impulsado por el Consejo de Europa y al que España se incorporó en 1999. Prevé, por lo que aquí interesa, que “las Partes, teniendo en cuenta las necesidades de la sanidad y los recursos disponibles, adoptarán las medidas adecuadas con el fin de garantizar, dentro de su ámbito jurisdiccional, un acceso equitativo a una atención sanitaria de calidad apropiada” (art. 3); que “una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento” (art. 5) y que “Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud” (art. 10).

Finalmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone, primero, que “En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate...; b) la prohibición de las prácticas eugenésicas,...; c) la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro;d) la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos” (art. 3.2). Además, “Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana” (art. 35).

2. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA

Como ya se ha dicho, el artículo 43 CE reconoce el derecho a la protección de la salud pero no le confiere la condición de derecho fundamental, es decir, no lo configura como un apoderamiento jurídico (contenido del derecho) que la Constitución atribuye a un sujeto para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas (objeto del derecho). Ese apoderamiento consistiría, en su caso, en la posibilidad de, con la fuerza normativa de la Constitución, exigir a un tercero, sea un poder público o un particular, el cumplimiento de un deber (de actuar, en unos casos, o de abstenerse de actuar, en otros). Y es que solo son fundamentales los derechos que participan de la fundamentalidad de la norma fundamental del ordenamiento jurídico, la Constitución, lo cual significa que ésta, como fuente jurídica directamente aplicable establece esos derechos y los dota de una disponibilidad por su titular potencialmente inmediata, y, como fuente de las demás fuentes del ordenamiento, preserva a los derechos fundamentales de su alteración o vulneración por normas infraconstitucionales los hace indisponibles por el Legislador.

Y todo ello a pesar de que nadie dudará de que es “fundamental” para las personas tener garantizada la protección de la salud. Simplemente no es derecho fundamental porque la Constitución no lo sitúa en esa posición normativa suprema; su configuración jurídica la encomienda por completo al Legislador y el individuo sólo podrá alegar ese derecho en los términos dispuestos en la ley (art. 53.3 CE).

En segundo término, esta ubicación sistemática determina que la regulación de la protección de la salud compete a la ley ordinaria –no a la orgánica- y dicho principio rector no está garantizado por un procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios ni por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Dicho lo anterior, hay que recordar también que la inclusión de la protección de la salud en el texto constitucional no es algo baladí: en primer lugar, porque se hace un reconocimiento general de los beneficiarios como se deduce del empleo de la expresión “se reconoce”; en segundo lugar, porque se incluye un mandato claro: “compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”. Finalmente, ese precepto opera como parámetro de constitucionalidad de cualquier norma (estatal o autonómica) sobre la protección de la salud, que podrá ser expulsada del ordenamiento si contraviene lo previsto en la mencionada disposición.

Esta función de parámetro se evidenció con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con diversos preceptos del 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. Dicho recurso se resolvió en la STC 139/2016, de 21 de julio, en cuyo fundamento octavo se dice que “el desarrollo del art. 43 CE y la articulación del derecho a la protección de la salud requieren que el legislador regule las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios, respetando el contenido del mandato constitucional”.

En ese mismo fundamento, la mayoría que respalda el fallo desestimatorio señala que “será la legislación la que en cada momento determine el alcance y la graduación de esa gratuidad, así como de las bonificaciones económicas en las prestaciones sanitarias de acuerdo con las exigencias derivadas de las circunstancias cambiantes, respetando los límites constitucionales”.

No es aquí el lugar para analizar, ni siquiera superficialmente, el contenido de esta resolución, en particular si concurrían las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que justificarían la aprobación de un Decreto-ley –nos parece que, cuando menos, no se justifica su concurrencia- ni si a través de esta fuente normativa se pueden regular algunas

de las cuestiones que contempló la citada norma –nos atrevemos a anticipar que no¹.

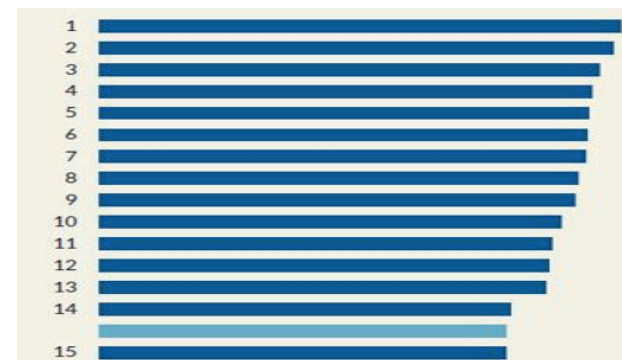
Simplemente comentaremos que, en el plano teórico-constitucional, la necesaria mediación legislativa permite configurar de manera diferente el alcance de la protección de la salud. En el plano práctico resulta de extraordinaria relevancia la dotación de medios económicos para que la protección de la salud tenga una dimensión adecuada, algo que ha ido mudando en los últimos años de acuerdo con algunos de los estudios analíticos más prestigiosos.

Así, de acuerdo con el último informe sobre el Índice de Justicia Social en la Unión Europea, que anualmente publica la Fundación BertelsmannStiftung, España ocupó en 2017 el puesto 12, lo que ha supuesto un descenso de tres puestos respecto al estudio anterior.

FIGURE 36 Health

Unit: Score

Rank	Country	Social Justice Index					
		2008	2011	2014	2015	2016	2017
1	Sweden	7.81	8.41	7.81	7.33	8.00	8.16
2	Germany	6.49	7.09	7.20	7.10	7.03	8.05
3	Luxembourg	8.12	8.21	8.12	7.88	7.95	7.82
4	Netherlands	8.12	7.70	8.00	7.81	7.73	7.70
5	Malta			7.09	7.00	7.53	7.66
6	Belgium	7.61	7.97	7.90	7.68	7.56	7.64
7	Czech Republic	6.78	7.25	7.40	7.37	7.69	7.61
8	France	7.32	7.44	7.25	7.04	7.12	7.50
9	Denmark	8.20	7.47	7.73	7.47	7.40	7.43
10	Austria	7.77	7.48	7.48	7.36	7.06	7.22
11	United Kingdom	6.66	6.98	7.26	7.03	6.98	7.09
12	Spain	6.99	6.84	7.01	6.86	7.10	7.04
13	Finland	6.48	6.77	6.66	6.86	7.10	6.99
14	Slovenia			6.28	6.47	6.60	6.44
	EU Average	6.70	6.83	6.26	6.14	6.21	6.37
15	Ireland	6.80	7.33	6.56	6.15	6.18	6.35



1 Puede verse el comentario de Irene SOBRINO GUIJARRO: “Contenido constitucional del derecho a la protección de la salud a la luz de la STC139/2016”, *Ius et scientia*, 2017, Vol. 3, nº 1, pp. 79-88, disponible (a 20 de junio de 2018) en http://institucional.us.es/revistas/Ius_Et_Scientia/VOL_3_N%C2%BA_1/8.pdf

	HAQ Index	Tuberculosis	Diarrhoeal diseases	LRIs	ULRs	Diphtheria	Whooping cough	Tetanus	Measles	Maternal disorders	Neonatal disorders	MM skin cancer (SCC)	Breast cancer	Cervical cancer	Uterine cancer	Colon cancer	Testicular cancer	Hodgkin's lymphoma	Leukaemia	Rheumatic HD	Ischaemic HD	Stroke	Hypertensive HD	Chronic respiratory	Peptic ulcer	Appendicitis	Hernia	Gallbladder	Epilepsy	Diabetes	Chronic kidney	Congenital heart	Adverse med treat
Iceland [1]	97	100	98	76	100	100	100	100	100	100	100	72	100	95	99	96	100	100	98	100	87	96	94	100	100	100	100	98	85	100	100	94	93
Norway [2]	97	100	99	90	100	100	100	100	100	100	95	75	97	95	95	95	100	100	95	100	91	90	100	100	87	100	100	99	78	85	100	88	100
Netherlands [3]	96	100	97	81	100	100	100	100	100	100	80	74	97	86	97	97	100	99	97	100	100	95	100	100	100	100	99	92	84	94	97	89	100
Luxembourg [4]	96	100	99	99	100	100	99	100	100	100	99	67	99	82	100	99	100	100	97	89	99	97	92	100	100	100	98	96	84	100	88	100	77
Australia [5]	96	100	96	93	100	100	100	100	100	100	83	100	99	69	86	100	100	100	99	92	96	100	100	91	100	100	100	99	88	89	87	87	88
Finland [6]	96	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	71	100	100	91	92	95	98	90	100	78	84	77	100	81	100	99	96	84	85	100	88	100
Switzerland [7]	96	100	90	98	100	100	100	100	100	100	81	77	93	78	94	99	82	95	97	100	98	100	92	100	100	100	100	99	95	100	99	86	100
Sweden [8]	95	100	99	86	100	100	100	100	100	100	95	73	98	86	96	88	100	94	79	100	81	90	96	100	83	100	100	98	90	86	97	92	95
Italy [9]	95	100	99	100	100	100	100	100	100	100	86	67	98	74	100	99	96	88	67	86	99	98	70	100	100	100	99	92	100	99	89	86	94
Andorra [10]	95	100	96	81	100	100	97	100	100	100	98	58	97	94	97	95	99	99	98	99	85	98	91	74	87	100	99	95	85	94	100	81	92
Ireland [11]	95	97	97	85	100	100	100	100	100	100	88	73	92	89	92	89	95	95	83	97	83	99	97	95	90	100	99	94	86	100	91	80	98
Japan [12]	94	95	90	71	100	100	100	100	100	100	100	27	100	100	92	100	92	92	95	100	99	76	99	93	98	100	100	90	100	100	79	84	99
Austria [13]	94	100	99	100	100	100	100	100	100	100	89	42	89	84	96	91	95	83	95	98	87	100	74	100	99	100	100	99	97	95	80	90	73
Canada [14]	94	100	95	81	100	100	100	100	100	100	70	57	94	79	94	92	97	100	97	91	76	93	100	91	98	100	100	99	97	82	84	79	93
Belgium [15]	93	100	91	74	100	100	100	100	100	100	86	60	94	79	94	93	97	95	88	93	91	92	99	96	94	100	98	94	78	99	92	93	74
New Zealand [16]	92	100	91	100	100	100	100	100	100	96	76	95	89	84	78	88	86	89	90	74	83	93	98	85	100	100	100	97	82	91	70	78	100
Denmark [17]	92	100	90	84	100	100	100	100	100	100	79	53	87	86	91	88	98	85	99	100	97	89	100	98	75	100	98	90	84	78	86	83	95
Germany [18]	92	100	96	83	100	100	100	100	100	100	86	66	92	83	98	94	96	96	37	89	87	97	71	100	86	100	100	95	75	91	82	88	79
Spain [19]	92	99	98	98	100	100	100	100	100	100	88	57	84	60	87	87	79	78	83	82	100	99	96	100	100	100	98	89	100	100	90	90	84
France [20]	92	99	89	89	100	100	100	100	100	100	84	62	89	79	87	86	90	86	69	91	100	100	98	100	100	100	99	97	79	96	99	83	63

Y, según la última clasificación de *The Lancet* entre países de la Organización Mundial de la Salud, España ocupa el puesto 19 entre 195 países, 11 por debajo de la posición de la edición anterior del estudio, en términos de calidad del sistema sanitario (92 puntos sobre 100)². En un editorial, esa prestigiosa publicación pide la derogación del Real Decreto 16/2012 y el fin de los recortes en sanidad, para evitar el deterioro del prestigioso sistema de salud español³.

3. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO “PRINCIPIO ACTIVO” DE VARIOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS RECTORES

No nos parece exagerado decir que la salud es el “principio activo” de parte de las conductas protegidas por varios derechos fundamentales, pues es

la salud la que ofrece la condición necesaria para constituir derechos tales como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y moral, y el derecho a la intimidad personal.

Para evidenciar esta afirmación recordaremos la jurisprudencia tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como del Tribunal Constitucional español (TC); en el primer caso nos limitamos a reproducir la que invoca el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré en su voto particular, al que se adhiere la magistrada Adela Asua Batarrita, a la citada STC 139/2016:

“... el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que la ausencia de cuidados médicos apropiados de la que resulta la muerte de una persona vulnera el art. 2 (derecho a la vida) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (STEDH en el asunto *Valentin Câmpeanu c. Rumanía*, 17 de julio de 2014); que un Estado falta a sus deberes positivos de proteger la vida de sus ciudadanos (art. 2 CEDH) cuando no se legisla ni se toman medidas prácticas para protegerles y

² <https://www.thelancet.com/action/showFullTextImages?pii=S0140-6736%2817%2930818-8> (a 20 de junio de 2018).

³ <https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736%2818%2930983-8.pdf> a 20 de junio de 2018).

proporcionarles información de los riesgos para su salud a los que les exponen determinadas actividades (STEDH en el asunto *Brincat y otros c. Malta*, 24 de julio de 2014); que se vulnera la prohibición de someter a tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH) cuando se acuerda la expulsión de una persona extranjera dependiente de un tratamiento médico cuya interrupción le colocaría en riesgo de asumir grandes sufrimientos físicos y reducir su esperanza de vida (STEDH asunto *D. c. Reino Unido*, de 2 de mayo de 1997,...); que se vulnera el derecho a la vida (art. 2 CEDH) cuando se niega la gratuidad de una asistencia médica o unas prestaciones farmacéuticas a las que el sujeto tiene derecho por reconocimiento legal o judicial (SSTEDH asuntos *Nitecki c. Polonia*, de 21 de marzo de 2002, y *Panaiteescu c. Rumanía*, de 10 de abril de 2012), así como cuando el Estado no responde a las obligaciones positivas de protección de la salud y de prestación de una adecuada asistencia sanitaria que derivan de ese precepto allí donde esas obligaciones son exigibles (SSTEDH en los asuntos *Oyal c. Turquía*, de 23 de marzo de 2010, *Mehmet Sentürk y Bekir Sentürk c. Turquía*, de 9 de abril de 2013, *Asiye Genc c. Turquía*, de 27 de enero de 2015, entre otras).

Por su parte, en la STC 48/1996, de 25 de marzo, se alude a “la protección de la salud como expresión del derecho a la vida” (FJ 3).

Por lo que respecta a la integridad física y moral, se ha recordado por parte del TEDH que “... al amparo de su obligación de adoptar las normas adecuadas para garantizar el respeto a la integridad física de los pacientes, los Estados deben imponer las normas precisas para que los profesionales de la sanidad se pregunten sobre las consecuencias previsibles de la intervención médica en dicha integridad...” (STEDH *Cordarcea c. Rumanía*, de 2 de junio de 2009). En la misma línea, para el TC, “...el derecho a que no se dañe o perjudique la salud queda también comprendido en el derecho a la integridad personal” (STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3) y “si los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos rebasan el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el art. 15 CE” (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ. 6).

En relación con el derecho a la intimidad, la información relativa a la salud es, según la STC 159/2009, de 29 de junio, “un dato íntimo que puede

ser preservado del conocimiento ajeno. El derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas (STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2), quedando afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma, o cuando, habiéndose accedido de forma legítima a dicha información, se divulga o utiliza sin consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de dicho consentimiento. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha insistido en la importancia que para la vida privada poseen los datos de salud (en este sentido, STEDH de 10 de octubre de 2006, caso *L.L. c. Francia*), señalando que “el respeto al carácter confidencial de la información sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados parte en la Convención”, por lo que “la legislación interna debe prever las garantías apropiadas para impedir toda comunicación o divulgación de datos de carácter personal relativos a la salud contraria a las garantías previstas en el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (SSTEDH caso *Z. c. Finlandia* de 25 de febrero de 1997, § 95, y caso *L.L. c. Francia*, § 44)”.

En suma, la información sobre el estado de salud de una persona está protegida como parte de su derecho a la intimidad, que incluye la correlativa obligación de confidencialidad para el personal médico que tiene conocimiento de la misma. No puede haber tutela de la intimidad sino hay una obligación de confidencialidad.

Pero si hay una parte de la Constitución española en la que está casi omnipresente la salud es en el Capítulo de los principios rectores de la política social y económica:

«... los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo» (art. 40.2);

“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres” (art. 41);

“1.- Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el

fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva” (art. 45. 1 y 2);

“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos” (art 49);

“Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio” (art. 50);

“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos” (art. 51.1).»

4. ¿PODRÍA ARTICULARSE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL?

Ya se ha dicho que la fundamentalidad de un derecho implica una disponibilidad por su titular potencialmente inmediata; eso es lo que ocurre en nuestro ordenamiento con un derecho social como la educación, del que ya la STC 86/1985, de 10 de julio, afirmó que “incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4 de este art. 27 de la norma fundamental” (FJ 3).

Posteriormente ese mismo Tribunal ha recordado “la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la

misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para “establecer una sociedad democrática avanzada”, como reza el preámbulo de nuestra Constitución...”

Igualmente se insiste por el Alto Tribunal que “de las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales referidos, se deduce que el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad.

Por otra parte, también de las disposiciones examinadas y de su recta interpretación se obtiene que el derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE corresponde a “todos”, independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España. Esta conclusión se alcanza interpretando la expresión del art. 27.1 CE de acuerdo con los textos internacionales citados, donde se utilizan las expresiones “toda persona tiene” o “a nadie se le puede negar” el derecho a la educación” (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8).

Esta larga mención al reconocimiento de la fundamentalidad del derecho a la educación no es gratuita sino que trata de mostrar, salvando las necesarias distancias, que la protección de la salud se podría configurar también como derecho fundamental, atribuyendo, primeramente, su titularidad a todas las personas, por la innegable conexión de la salud con la dignidad humana.

Además, también en la salud se advierte la necesidad de una doble garantía del derecho: por una parte, como derecho fundamental de libertad, reconociendo la posibilidad de rechazar tratamientos sanitarios no deseados, en la línea ya garantizada por los artículos 5 del Convenio de Oviedo (una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento) y 3.2.a de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate...). Pero, por otra parte, también la fundamentalidad de la salud, como la de la educación, demanda una garantía

prestacional, obligando a los poderes públicos, como ya prevé el vigente artículo 43 CE, a “organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”.

Y si tenemos en cuenta la estructura y contenido de los derechos fundamentales, no encontramos ahí obstáculos insalvables al reconocimiento de la protección de la salud como un derecho fundamental más.

Por una parte, en los derechos fundamentales encontramos la presencia de reglas y principios y, siguiendo a Robert Alexy, se puede afirmar que el aspecto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que estos últimos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por eso se afirma que los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades de hecho sino también de las jurídicas. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser, o no, cumplidas; si una regla es válida, ha de hacerse lo que ella exige, no más o menos.

Y si atendemos a la configuración de nuestro texto constitucional se puede afirmar que no se adscribe ni a un modelo puro de principios ni a un modelo puro de reglas. Si se asumiera un modelo puro de principios todas las normas de derecho fundamental serían meras “normas de principio”, es decir, normas que imponen una protección preferente de los comportamientos descritos de manera muy genérica y abstracta en los enunciados jurídicos constitucionales frente a otros comportamientos con los que entran en conflicto en el seno de las relaciones sociales. Pero si nos acercamos a la norma suprema de nuestro ordenamiento nos encontramos con normas de derechos fundamentales que imponen a los poderes públicos un comportamiento muy preciso y determinado, que no encaja en modo alguno en la tipología de las normas de principio, sino que responden a una regla concreta; por ejemplo: cuando la Norma Fundamental dispone que la enseñanza básica será obligatoria y gratuita (art. 27.4). Aquí no estamos, pues, ante un “mandato de optimización” que pueda realizarse más o menos dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, sino ante un mandato preciso y claro.

Pero las matizaciones anteriores tampoco permiten llegar a la conclusión contraria y colegir que todas las normas de derechos fundamentales responden

al llamado modelo puro de reglas, es decir, a comportamientos precisos de lo que puede, o no, hacerse; así, el mismo artículo 27 CE dispone, de manera principal, que los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca (art. 27.9).

Cabe, pues, configurar la protección de la salud como un derecho fundamental que contenga alguna regla y también uno o varios principios.

Por lo que respecta al contenido de los derechos, éstos hace tiempo que han dejado de ser exclusiva, o principalmente, derechos de libertad, para pasar a tener el contenido que el Estado estime en cada ocasión como más oportuno. Así, en ocasiones, los derechos sí serán, en efecto, derechos de libertad, cuando el Estado pretenda construirse con arreglo a principios liberales y decida dejar al individuo determinadas esferas de *agere licere* en las que no intervenir (separación Estado-Sociedad). En otras ocasiones, sin embargo, el Estado puede conceder a los sujetos derechos para que tomen parte en las decisiones del poder público (participación de la Sociedad en el Estado), creando derechos de participación política; algo que hará, fundamentalmente, cuando desee estructurarse conforme al principio democrático. Finalmente, el Estado puede conceder a los individuos la facultad de exigir del Estado determinadas prestaciones, esto es, puede establecer derechos prestacionales, lo cual hará, sobre todo, cuando se estructure como un Estado Social (intervención del Estado en la Sociedad).

Pues bien, también la protección de la salud puede incluir tanto la garantía de determinadas esferas de libertad (el consentimiento informado sería un ejemplo “clásico”) como la facultad de reclamar de los poderes públicos prestaciones preventivas, curativas y rehabilitadoras.

Pero las objeciones a la fundamentalidad de la protección de la salud no se quedan en planteamientos jurídico-constitucionales sino que incluyen una buena dosis de realismo económico: convertir este principio rector en derecho fundamental podría suponer un notable incremento de los gastos públicos en un contexto, además, de grave crisis económica. Al respecto, y en fecha temprana, advirtió el Tribunal Constitucional que el derecho de los ciudadanos a un sistema público de Seguridad Social está sujeto a “la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales” (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17).

Siendo cierto lo anterior, no lo es menos que, parafraseando el famoso libro de Stephen Holmes y Cass Sunstein⁴, todos los derechos cuestan: el ejercicio de la participación política en los procesos electorales, la tutela judicial efectiva de los juzgados y tribunales, la defensa de la propiedad,... Así, por mencionar algunos datos referidos al gasto público español durante 2016, en sanidad se gastaron 70.635,7 millones de euros, en educación 47.578 millones de euros, en defensa 13.467 millones de euros y en seguridad (fuerzas y cuerpos policiales, sistema penitenciario) 13.600 millones de euros. Además, habría que considerar que hay aspectos del derecho a la protección de la salud que no serían especialmente costosos (por ejemplo, la información necesaria para ejercer el haz de facultades reconocido) y que cabe establecer límites; así, como ya se ha dicho, únicamente se contempla la gratuidad total para la enseñanza obligatoria. En suma, no todas las prestaciones sanitarias deben ser, necesariamente, gratuitas.

Finalmente, y como es conocido, si se pretendiera convertir el principio rector de la política social y económica que es hoy la protección de la salud en un derecho fundamental habría que proceder a una reforma constitucional. La iniciativa (arts. 166 y 87 CE) podrían ejercerla el Gobierno, el Congreso, el Senado y los Parlamentos autonómicos.

Y el procedimiento a seguir sería en el previsto en el art. 168 CE:

“1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.

2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación”.

5. ESBOZO DE UN POSIBLE DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y DE OTROS DERECHOS CONEXOS

A efectos meramente especulativos me atrevo a esbozar una de las múltiples redacciones que cabría dar a un eventual derecho fundamental a la protección de la salud.

1. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud.

2. Este derecho comprende el acceso a las prestaciones preventivas, curativas y rehabilitadoras del sistema público, así como la información necesaria para su ejercicio. Las prestaciones serán gratuitas cuando así lo prescriba la Ley y, en todo caso, respecto de las personas que se encuentre en una situación de pobreza.

3. Se garantiza la autonomía del paciente.

4. La Ley regulará las condiciones para el ejercicio de este derecho.

Con esta redacción se garantizaría, en primer lugar, la titularidad general del derecho, incluyendo a personas mayores y menores de edad, españoles y extranjeras y, dentro de las extranjeras, con residencia legal o sin ella.

En segundo lugar, formarían parte del haz de facultades garantizado por el derecho las prestaciones de índole preventiva así como las curativas y reparadoras. Se establece, además, no la gratuidad universal de las prestaciones recibidas pero sí, como mínimo, para las personas que carezcan de recursos y, en caso de que la ley que desarrolle el derecho lo contemple, también para otras situaciones.

En tercer lugar, se acogería con rango iusfundamental el derecho reconocido hoy en 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.

Finalmente, y aunque no sería imprescindible, se incluye un mandato expreso al Legislador para que regule las condiciones en las que se podrá ejercer el derecho.

Otros principios rectores que se podrían catalogar como derechos fundamentales son los relativos a las prestaciones del sistema de Seguridad Social

⁴ *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton & Company, 2000.

y a otras prestaciones de carácter social, incluida la atención a las personas en situación de dependencia; también con meros fines de debate se propone la siguiente redacción:

1. Todas las personas tienen derecho a las prestaciones y servicios del sistema de Seguridad Social.
2. Este derecho incluye el acceso a las ayudas económicas y materiales que se establezcan para los casos de enfermedad e incapacidad laboral, desempleo, jubilación, viudedad y orfandad.
3. La Ley regulará las condiciones para el disfrute de estos derechos.
4. Todas las personas tienen derecho a las prestaciones sociales que aseguren unas condiciones mínimas de existencia.
5. Este derecho incluye el acceso a las ayudas económicas y materiales que anualmente se establezcan, que tendrán en cuenta las concretas necesidades y capacidades de la persona o unidad familiar solicitante.
6. A estos efectos, se tendrán en cuenta las especiales necesidades que puedan tener las personas en situación de discapacidad o dependencia.

Cabe mencionar, en el caso de estas segundas prestaciones, la vinculación de las ayudas a las necesidades concretas de la personas o unidad familiar y también el carácter anual de las previsiones, de forma que se pudieran adaptar a las exigencias y posibilidades del momento.

6. CONCLUSIONES

1. Los derechos sociales no tienen una estructura esencialmente distinta a los derechos civiles y políticos.
2. Lo que hoy son principios rectores de la política social y económica, como la protección de la salud, pueden pasar a ser derechos fundamentales.
3. La fundamentalidad de la protección de la salud contribuiría a una sociedad más justa e igual; es decir, más digna y menos excluyente.
4. Si la protección de la salud fuera derecho fundamental implicaría la exigibilidad inmediata del derecho.

5. El coste no es una objeción insalvable a la fundamentalidad del derecho a la salud.

6. Por su relevancia para una vida digna el alcance del derecho a la protección de la salud no puede quedar al albur de concretas mayorías parlamentarias.

7. La salud es ya el principio activo de otros derechos fundamentales: derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad,...

8. Si la protección de la salud fuera un derecho fundamental podría incluir información y prestaciones y sería desarrollado legalmente.

9. Lo mismo podría ocurrir con las prestaciones de la Seguridad Social y con otras prestaciones de índole social, que, asimismo, serían desarrolladas legalmente.

10. La inclusión de la salud como derecho fundamental exigiría una reforma de la Constitución por la vía agravada del artículo 168.

7. BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA

- BASTIDA FREIJEDO Y OTROS: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo (director): *Protección de la salud: IV informe sobre derechos humanos*, Federación Iberoamericana de Ombudsmen, Trama, 2006.
- GARCÍA AMEZ, Javier: “El acceso a la salud como derecho humano: los medicamentos esenciales”, en MOURA DE ARAUJO, D., SILVA JÚNIOR, D. y MARTÍNEZ-ZAPORTA ARÉCHAGA (Coords.): *Direitos humanos universais*, Vol. III, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, pp. 141-151.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda: “El derecho a la salud: un nuevo derecho de libertad” en DELGADO BUENO, S. y BANDRÉS MOYA, F. (Coords.): *Tratado de medicina legal y ciencias forenses. Derecho sanitario y medicina legal en el trabajo*, Tomo 1, Volumen 1, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 3-17
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass: *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton & Company, 2000.

- LEÓN ALONSO, Marta: *La protección constitucional de la salud*, La Ley, 2010.
- REY MARTÍNEZ, Fernando “Protección de la salud, atención primaria y derechos fundamentales”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 41, 2018, pp. 281-296.
- TENORIO SÁNCHEZ, Pedro: “Derecho constitucional a la protección de la salud” en ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. y VIDAL PRADO, C. (coords.): *La Constitución española: 1978-2018*, Lefebvre El Derecho, Madrid, 2018, pp. 433-446.