

6.11 Constitución Española y Salud: fundamentos y dilemas de desarrollo del SNS



El sistema constitucional español como garante del derecho a la protección de la salud y del derecho a acceder a prestaciones sanitarias: obligaciones de los poderes públicos y derechos de los pacientes

Yolanda Gómez Sánchez

Catedrática de Derecho Constitucional
Miembro del Comité de Bioética de España

Se recomienda imprimir 2 páginas por hoja

Citación recomendada:

Gómez Sánchez Y. Constitución Española y Salud: fundamentos y dilemas de desarrollo del SNS [Internet]. Madrid: Escuela Nacional de Sanidad; 2012 [consultado día mes año]. Tema 6.12. Disponible en: [direccion url del pdf.](#)



TEXTOS DE ADMINISTRACIÓN SANITARIA Y GESTIÓN CLÍNICA
by UNED Y ESCUELA NACIONAL DE SANIDAD
is licensed under a Creative Commons
Reconocimiento- No comercial-Sin obra Derivada
3.0 Unported License.



Resumen:

Las actuales sociedades democráticas exigen que el derecho a la protección de la salud no sea solo considerado como un derecho de prestación, que obliga a los poderes públicos a proveer asistencia sanitaria, sino que debe incorporar también los derechos fundamentales de las personas, especialmente, el derecho a la libertad que le permite adoptar autónomamente decisiones respecto de su salud.

El sistema constitucional español reconoce el derecho a la protección de la salud como un principio de política social y económica

(capítulo III, del título I), pero otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter

1. *Derecho a la protección de la salud: concepto.*

2. *Concepto de "salud".*

3. *Regulación del derecho a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria.*

3.1. *Constitución española.*

3.2. *Unión Europea.*

3.3. *Ámbito internacional.*

3.4. *Derecho a la protección de la salud y legislación de desarrollo.*

3.4.1. *La Ley General de Sanidad.*

3.4.2. *Ámbito de aplicación y principios de la Ley General de Sanidad.*

3.5. *La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.*

3.6. *Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.* 3.7. *La atención a la discapacidad.*

4. *Conclusiones*

Referencias bibliográficas

ANEXO

personal, deben servir para interpretar adecuadamente las obligaciones de los poderes públicos y los derechos de los pacientes.

La Constitución española, al regular la asistencia sanitaria y la protección de la salud no ha establecido un sistema de prestaciones exclusivamente público y, por tanto, es posible desarrollar las correspondientes políticas a través de un sistema mixto, público-privado, como sucede actualmente.

1. Derecho a la protección de la salud: concepto y fundamento

Numerosas constituciones y documentos internacionales y supranacionales han incorporado algún tipo de reconocimiento y protección de la salud, aunque no hay homogeneidad en el tratamiento de la misma. Mientras que unos documentos hablan de *derecho a la salud* otros se refieren al *derecho a la protección de la salud*. Los defensores de la primera denominación entienden que ésta expresa más nítidamente el derecho de la persona a gozar de las mejores condiciones de salud que sean posibles; por el

contrario, los que entienden que la denominación "derecho a la

protección de la salud” es más idónea alegan que resulta absurdo reivindicar tener derecho a la “salud” en la medida en la que ello es imposible¹ y que lo que realmente encierra este derecho es la demanda de atención o protección de la salud e inciden más en su vinculación a los principios de justicia, igualdad y solidaridad. En todo caso, ya sea bajo la expresión *derecho a la salud* ya sea bajo la de *derecho a la protección de la salud* (o, también, derecho a la atención de la salud) se defiende un único derecho, principio u obligación de los poderes públicos que tiene por objeto la tutela de la salud, la articulación de un sistema público de asistencia sanitaria y, más modernamente, el acceso a condiciones de vida que sean compatibles con el goce más alto posible de salud. Sin embargo, como enseguida se expone, en el ámbito de la salud y la asistencia sanitaria se han incorporado elementos nuevos y, también, elementos ya conocidos pero que ahora se interpretan con un alcance mayor.

Las profundas transformaciones operadas en el ámbito de la medicina y, en general, de la biomedicina han modificado sustancialmente la clásica relación médico-paciente (o, de forma semejante, la relación en el marco de la investigación y los ensayos clínicos). A esta relación, tradicionalmente regida por la opinión preeminente del médico, basada en el conocimiento de la técnica, se ha incorporado un elemento de gran importancia como es la autonomía de la persona y el reconocimiento de su facultad de decisión en aquellos aspectos que afecten a su salud y a su bienestar físico y psíquico. Este cambio ha originado una evolución en el marco ético y jurídico relativo a la salud, la asistencia sanitaria y la investigación con humanos. Como consecuencia de ello numerosos países se vienen dotando en la actualidad de nuevos códigos y conceptos conocidos desde hace años han visto modificado su contenido esencial como resultado de estas transformaciones. Este emergente cuerpo normativo no es, sin embargo, homogéneo y muchos aspectos quedan a la discrecionalidad legislativa de los Estados o a los objetivos y programas adoptados por las organizaciones internacionales².

Estos cambios basados en el progresivo reconocimiento de la libertad de la persona y en su derecho a decidir, se han incorporado al constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX y así, incluso las constituciones siempre remisas a los cambios, están incorporando nuevos derechos sobre aspectos biomédicos y

¹ Borrajo Dacruz, E. (1996). Artículo 43. Protección de la salud. En O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid: Edersa, p. 183.

² Ver punto 1 del “Anexo”.

biotecnológicos, tal es el caso de las Constituciones de Suiza³, Portugal, Hungría, Lituania, Estonia o Polonia.

Este hecho ha generado que elementos propios de un derecho subjetivo (la libertad individual) se hayan integrado en un derecho de prestación (el derecho a la protección de la salud). De forma muy semejante, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha ampliado progresivamente el ámbito de la regulación de la salud incluyendo el reconocimiento de la autonomía personal y defendiendo su integridad y respeto principalmente a través de la figura del consentimiento informado. Volveremos sobre este punto en un apartado posterior.

El fenómeno de modular el contenido esencial de un derecho para cubrir nuevos aspectos o demandas no es nuevo ni singular en el ámbito de la interpretación de los derechos y libertades; la doctrina constitucional de diversos países, entre ellos España, ha validado la inclusión en el contenido esencial de un derecho de algún aspecto novedoso o producto de la evolución social. Nada habría, pues, que objetar a que el "derecho a la protección de la salud" (con esta denominación o con la más escueta de "derecho a la salud" pero con semejante contenido y alcance) hubiera transformado su contenido esencial y, junto a los elementos asistenciales y de tutela que le son propios, hubiera integrado otros elementos derivados de la libertad personal en el ámbito de la salud. En la actualidad, tanto los Estados nacionales como las organizaciones internacionales (a excepción de la Unión Europea) reconocen y regulan un único derecho en relación con la salud que, aúna tanto su clásica configuración como un *derecho social de contenido prestacional* como una nueva vertiente que incorpora el derecho a la libertad individual (autonomía) y otros derechos fundamentales vinculados a ella. Los poderes públicos deben respetar la libertad personal y abstenerse de perturbarla, limitarla, alterarla y a cualquier otra acción que menoscabe su integridad. Este derecho no incluye obviamente la obligación del Estado de "otorgar" salud a los ciudadanos lo cual es un objetivo de imposible cumplimiento y, por tanto, parajurídico. Su verdadero contenido es definir una esfera de libertad relativa a la salud del sujeto que le permite actuar sin injerencias y decidir autónomamente en ese ámbito. En este sentido, el derecho a la salud se convierte también en un derecho de inmunidad frente a los poderes públicos en cuanto que encierra un verdadero

3 Ver punto 2 del "Anexo".

haz de facultades decisorias sobre la propia salud que el Estado no puede turbar y que se proyectan sobre problemas tales como la reproducción humana, los trasplantes de órganos, los tratamientos médicos, la investigación biomédica, o los test genéticos entre otros muchos.

Este reconocimiento de la libertad personal no es sino derivación del reconocimiento previo de otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales entre otros, todos ellos ampliamente reconocidos y protegidos en el constitucionalismo vigente y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De una parte, el derecho a la vida, como derecho de inmunidad, prohíbe al Estado atentar contra la misma pero también ponerla deliberadamente en peligro o menoscabarla con acciones u omisiones. De otra parte, como derecho de libertad, permite al sujeto decidir plenamente sobre su propia vida⁴, incluida la decisión sobre el fin de la misma, interpretación que se abre camino progresivamente en el Derecho Internacional.

Por su parte, el derecho a la integridad física y moral protege a la persona contra cualquier atentado contra su integridad. El Tribunal Constitucional español ha señalado que, con este derecho «se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca de consentimiento de su titular», extendiéndose la protección a: a) cualquier acción que lesione su cuerpo; b) cualquier acción relativa a su cuerpo realizada sin su consentimiento; c) cualquier acción que perturbe o lesione su integridad moral o psicológica (STC 120/1990, 27 de junio, en su FJ 8º). Como derecho de libertad, permite al sujeto decidir sobre su propia realidad física y valorar los riesgos a los que pudiera quedar expuesto (donación de órganos de donante vivo; técnicas de reproducción asistida; tratamientos médicos experimentales ...).

Por último, es plausible defender también que el reconocimiento de la libertad personal en el marco de la salud y la asistencia sanitaria encuentra apoyo en el *derecho de autodeterminación*

⁴ Ver "Anexo", punto 3, sobre la interpretación del Tribunal Constitucional en este punto.

*física*⁵ que, progresivamente, va tomando cuerpo en diferentes textos legales e instrumentos internacionales. El derecho de autodeterminación física define un ámbito de *agere licere*, un haz de facultades, de libertad decisoria que permite a la persona decidir, optar o seleccionar que hacer o no hacer respecto de todas aquellas cuestiones y situaciones que afecten a su realidad física, a su sustrato corporal. La diferencia entre el contenido de este derecho y el que corresponde al derecho a la salud radica en que en aquél la opción o decisión no está necesariamente vinculada a la salud.

Los derechos deben adaptarse a las demandas sociales y a las legítimas reivindicaciones de las personas. Normas válidas durante un amplio período de tiempo son hoy insuficientes y aportan soluciones parciales y, en la mayoría de los casos, insatisfactorias ante los nuevos problemas y las nuevas demandas de una sociedad sorprendida por un alud de novedosas manifestaciones tecnológicas en general y biotecnológicas y biomédicas en particular.

A modo de conclusión, podríamos decir que el clásico derecho a la protección de la salud materializado en un conjunto de obligaciones de asistencia y prestación por parte de los poderes públicos, de ser hoy interpretado de manera más amplia comprendiendo también un ámbito de libertad del sujeto para adoptar decisiones en el ámbito de su salud.

2. Concepto de "salud"

No existe unanimidad en orden a definir el concepto de salud. Una definición somera conforme a la cual la salud es el "estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones" podría resultar hoy insuficiente en el ámbito biomédico. El concepto de salud se ha ampliado extraordinariamente en las últimas décadas para extender la protección a aspectos que no tenían fácil cabida en otros derechos. Una definición excesivamente amplia puede llegar a perjudicar la eficacia de la protección otorgada.

Las definiciones de salud incorporadas a documentos

⁵ He tenido la oportunidad de pronunciarme sobre este derecho en trabajos anteriores a los que ahora me remito: Y. Gómez Sánchez (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons; "El derecho de autodeterminación física como derecho de cuarta generación", en *Panorama Internacional en salud y Derecho*, Brena Sesma, I. (coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007.

La salud es el estado de completo bienestar físico. Mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad (OMS)

internacionales han marcado una pauta innegable en este sentido, cuya expresión más extrema (y, por tanto, difícilmente realizable en el plano jurídico) es, quizá, la adoptada por la Organización Mundial de la Salud que la define como el “estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad”⁶.

En el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la salud es un elemento del derecho de toda persona y de su familia a un “nivel de vida adecuado”. En el ámbito de los derechos fundamentales, la correcta demarcación del objeto del derecho es un tema esencial y las definiciones maximalistas afectan negativamente a la eficacia del derecho. Si la salud se proyecta sobre prácticamente toda la vida de la persona, incluidos los aspectos sociales, toda perturbación o carencia en estos últimos se traduce en un problema de salud lo cual podría resultar inabordable para muchos Estados. No defendemos la exclusión de legítimos objetos de protección sino su ubicación en el correcto ámbito jurídico. De otra parte, resultan igualmente inadecuadas aquellas definiciones de salud que la reconducen a posiciones culturales específicas de manera que se elimina cualquier posibilidad de definir en términos generales el bien jurídico protegible. No es irrelevante, pues, el concepto de salud que utilicemos para la delimitación de los derechos que se proyectan sobre ella.

En lo que a estas páginas interesa, la salud debe ser definida en relación con el estado orgánico de un individuo y las consecuencias que puedan producirse en su bienestar físico y mental. Las repercusiones sociales que, sin duda, pueden producirse deben quedar subsumidas en aquellos aspectos físicos o mentales que pudieran resultar alterados. Solo haciendo un esfuerzo para acotar el concepto de salud puede abordarse su eficaz tutela jurídica.

3. Regulación del derecho a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria

3.1. Constitución española

Con independencia de las implicaciones de un número muy

⁶ Más recientemente, a esta ya extensa definición, se añade “y en armonía con el medio ambiente”, para vincular la salud humana a la salud del ecosistema.

amplio de derechos fundamentales en el ámbito de la salud y la asistencia sanitaria (derecho a la integridad física, derecho a la vida, derecho a la libertad, derecho a la intimidad y a la protección de datos personales, libertad religiosa ...), la Constitución española consagrada tres artículos específicamente a esta materia, todos ellos insertos en el capítulo III, del título I, dedicado a los "principios de política social y económica".

El primero de ellos, el artículo 41 CE⁷ que establece una obligación básica de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, mediante el cual se garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo, permitiendo que otra asistencia y prestaciones complementarias puedan regularse libremente.

Por su parte, el artículo 43 CE⁸ que reconoce expresamente el derecho a la protección de la salud (apartado 1).

En el apartado 2 de este mismo artículo, se asigna a los poderes públicos la obligación de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Por ley, establece la Constitución, se deben regular los derechos y deberes de todos al respecto. Por último, en el apartado 3 de este artículo, se encomienda a los poderes públicos el fomento de la educación sanitaria, la educación física y el deporte.

Finalmente, el artículo 49 de la Constitución atiende a las especiales necesidades de las personas con discapacidad y consagra la obligación de los poderes públicos de realizar políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos y de prestarles la atención especializada que requieran.

Los poderes públicos deben igualmente velar por el disfrute de

Artículo 41 CE

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.

⁷ El artículo 41 CE, dice: *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.*

⁸ El artículo 43 CE, dice: *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.

Artículo 43 CE

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.

sus derechos⁹.

Por su ubicación en el capítulo III del Título I de la Constitución (Principios de política social y económica), los artículos 41, 43 y 49 citados no contienen, en estricto sentido jurídico, *derechos fundamentales* (reservados a los artículos 15 a 29 de la Constitución) aunque la trascendencia actual de la protección de la salud y de la asistencia sanitaria en los Estados democráticos hace que su posición dentro del ordenamiento jurídico tenga un relieve mayor que el que podría corresponderles como principios de política social y económica.

El Capítulo III de la Constitución incorpora las obligaciones del Estado respecto de sectores de población y de ámbitos económicos precisados de apoyo, tutela y promoción. Este capítulo contiene, junto a principios de política social y económica, verdaderos derechos que hubieran merecido su incorporación al Capítulo II del Título I como derechos constitucionales e, incluso, en algún caso, su consagración como derechos fundamentales máximamente tutelados (como hubiera podido ser el caso del derecho a la salud y a la asistencia sanitaria¹⁰).

Como es conocido, la anterior clasificación (derechos fundamentales, derechos constitucionales y principios de política social y económica) determina las diferentes garantías que el ordenamiento otorga a unos y otros, siendo precisamente los principios los que tienen reconocido un menor nivel de garantías. Sí debemos rechazar plenamente la tesis de que los contenidos del Capítulo III tienen sólo valor declarativo o programático. El artículo 53.3 de la Constitución establece que el «reconocimiento, respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». La lectura de este precepto lleva a la conclusión de que nos encontramos ante preceptos cuya eficacia no es inmediata sino mediata a través de la ley que los

⁹ El artículo 49 CE, dice: *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*

¹⁰ Por ejemplo, el artículo 32 de la Constitución de Italia establece que la República "protegerá la salud como derecho fundamental del individuo e interés básico de la colectividad...".

desarrolle aunque del mismo se deriva también la obligación de los poderes públicos de acometer su desarrollo legal ya que, en caso contrario, se anularía parte de su eficacia jurídica. Por otro lado, la Constitución es toda ella *normativa y de aplicación directa*, por tanto, los preceptos contenidos en este Capítulo III pueden alegarse si no como derechos directamente exigibles, sí como principios y como obligaciones directas de los poderes públicos.

El titular del derecho a la protección de la salud es la *persona* pero, como es frecuente en los derechos económicos y sociales, la *prestación* puede también proyectarse sobre un grupo humano como la familia, un grupo étnico, una colectividad, etc. En este grupo de derechos, el Estado es un sujeto activo en la medida en la que se le exige una intervención efectiva que garantice un ámbito de protección concreto; la mera abstención de los poderes públicos que es común a los derechos civiles y políticos es aquí rechazable ya que la esencia de los derechos de prestación radica precisamente en la actividad positiva del Estado.

Finalmente, cabe señalar que el conjunto normativo referido a la salud y a la asistencia sanitaria en España es prolijo e incluye normas de diferente rango y ámbito territorial. Es este conjunto normativo el que hace posible el derecho a la protección de la salud en España.

3.2. Unión Europea

El artículo 35 de la *Carta de Derechos Fundamentales* que, a partir del 1 de diciembre de 2009, es vinculante para las instituciones de la Unión Europea y para los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, establece que toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales; y, en el marco de las políticas y acciones de la Unión, se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.

Conforme a lo anterior, cada país de la Unión Europea puede optar por las políticas sanitarias más adecuadas a sus circunstancias y tradiciones nacionales, pero la Unión defiende unos valores comunes, como el derecho de todos a una sanidad pública de alto nivel y el acceso equitativo a una asistencia sanitaria de calidad. La *Tarjeta Sanitaria Europea* facilita que los ciudadanos de la

Artículo 49 CE

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.

Artículo 35 de la CDFUE

Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.

La Tarjeta Sanitaria Europea facilita que los ciudadanos de la Unión accedan a la asistencia sanitaria en otro Estado miembro o incluso en algunos otros países europeos. Los ciudadanos de la Unión pueden también, en determinadas circunstancias, recibir tratamiento en el país de la Unión de su elección.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha incorporado tanto un derecho a la protección de la salud (art. 34) como las manifestaciones más significativas de un derecho a la salud fundamentado en la libertad personal y en la dignidad.

Unión accedan a la asistencia sanitaria en otro Estado miembro o incluso en algunos otros países europeos. Los ciudadanos de la Unión pueden también, en determinadas circunstancias, recibir tratamiento en el país de la Unión de su elección. Complementariamente a lo anterior, el artículo 34 de la Carta reconoce el derecho de acceso de los ciudadanos de la Unión a un sistema de Seguridad Social en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez.

Aunque una primera lectura aislada del artículo 34 de la Carta pudiera llevarnos a concluir que este Texto recoge el fenómeno de la salud como objeto de protección y no como esfera de libertad individual, ello sería erróneo. La Carta de Derechos Fundamentales incorpora una regulación novedosa en el apartado 2 del artículo 3, bajo el rótulo de "Derecho a la integridad de la persona", en la cual se establece 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, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley;
- b) la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas;
- c) la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro; y
- d) la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.

Conforme a lo anterior, cabe concluir que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha incorporado tanto un derecho a la protección de la salud (art. 34) como las manifestaciones más significativas de un derecho a la salud fundamentado en la libertad personal (consentimiento informado) y en la dignidad (prohibición de prácticas eugenésicas y de comercialización del cuerpo humano y de clonación reproductora). No es casual que la Carta de Derechos Fundamentales haya incluido estas previsiones en el artículo dedicado a la integridad de la persona ya que esta constituye uno de los fundamentos del derecho a la salud.

3.3. Ámbito internacional

Un análisis de los textos constitucionales y de los principales documentos internacionales de Derechos Humanos nos permite concluir que las primeras manifestaciones del reconocimiento de la salud humana estuvieron guiadas por el objetivo de proteger a la persona en este ámbito de especial vulnerabilidad; se trata de un fenómeno emergente en el constitucionalismo y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos posterior a la Segunda Guerra Mundial¹¹.

El derecho a la protección de la salud es un derecho de tercera generación, nacido al amparo de la construcción del Estado social que asumió como uno de sus fines la implantación de un conjunto de derechos económicos, sociales y de prestación¹². En lo que a estas páginas interesa, el derecho a la protección de la salud reconocido en el ámbito internacional obliga a los Estados a crear y mantener las condiciones materiales que permitan tutelar la salud de las personas y unas condiciones de vida compatibles con dicha protección. Este derecho a la protección de la salud emerge, como ya antes se apuntó, como una manifestación de las obligaciones asistenciales del Estado social de la segunda mitad del siglo XX. Diversos ejemplos, tanto en el Derecho comparado como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos confirman esta conclusión: el artículo 64 de la Constitución de Portugal; el artículo 23.3.2 de la Constitución de Bélgica; el artículo 21 de la Constitución de Grecia, el artículo 45 de la Constitución de Irlanda, el artículo 19 de la Constitución de Finlandia y el propio artículo 43 de la Constitución española entre otros. En el Derecho internacional son ejemplos válidos el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 11 de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 1979; y el artículo 24 y concordantes de la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989.

También en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966, encontramos un ejemplo válido. Su artículo 12 declara que se "reconoce el derecho de toda

El derecho a la protección de la salud es un derecho de tercera generación, nacido al amparo de la construcción del Estado social que asumió como uno de sus fines la implantación de un conjunto de derechos económicos, sociales y de prestación. En el ámbito internacional el derecho a la salud obliga a los Estados a crear y mantener servicios y recursos que permitan tutelar la salud y unas condiciones de vida compatibles con dicha protección.

¹¹ *Vea información complementaria en el punto 4 del "Anexo".*

¹² *La teoría sobre las generaciones de derechos nos permite clasificarlos en relación con los diferentes modelos de Estado. He tenido la oportunidad de estudiar este tema en trabajos anteriores a los que ahora me remito. Pueden consultarse: Y. Gómez Sánchez, "Biotecnología y derechos fundamentales" (2005). En *Constitución y democracia. 25 años de Constitución democrática en España*, CEPC, Bilbao. *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*. Madrid: Sanz y Torres.*

persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, fórmula que ha recogido años después el artículo 14 de la Declaración Universal de Bioética de Derechos Humanos de la UNESCO. La singularidad de este precepto no se encuentra tanto en su literalidad sino en la interpretación que del mismo a hecho la *Observación General*, núm. 14¹³ al fijar el contenido normativo del mismo.

En el marco regional encontramos referencias a la salud en términos formalmente similares a los anteriores. Tal es el caso del *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Protocolo de San Salvador) de 1988. En lo que respecta al Consejo de Europa, el artículo 11 y concordantes de la Carta Social Europea de 1961 y también los artículos 3 y 4 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea adoptado en 1988, reconocen el derecho a la protección de la salud. No recoge este derecho, sin embargo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 más centrado en los derechos políticos y civiles. En todo caso, el gran logro del Consejo de Europa en esta materia fue la adopción del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina en el que varios de sus artículos (7, 8, 10, 17) incluyen previsiones para la protección de la salud en los diferentes aspectos regulados en este Convenio.

Sin embargo, en un elevado número de países, la eficacia jurídica de los derechos económicos, sociales y de prestación no está suficientemente garantizada. Mucho se ha discutido sobre las obligaciones de los poderes públicos respecto a estos derechos. Aun aceptando que aquellos derechos que requieren de apoyo presupuestario presentan dificultades en orden a su garantía y efectividad, estimo ineludible defender la vinculación de los poderes públicos a los derechos económicos, sociales y de prestación. Nada que esté incluido en la Constitución (si ésta es una Constitución con verdadero poder normativo) puede carecer de efecto jurídico o quedar totalmente abierto a la discrecionalidad de los poderes públicos. De igual forma, los compromisos internacionales asumidos por los Estados

¹³ Para interpretar el alcance del derecho reconocido en el artículo 12 del Pacto Internacional, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptó en 2000, una *Observación General sobre el derecho a la salud*. Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000. Ver en el punto 5 del "Anexo" un comentario sobre esta interpretación.

no pueden quedar totalmente exentos de obligatoriedad. El Estado no puede ser ajeno a las necesidades básicas de los ciudadanos; este concepto de *necesidad*¹⁴ permite fundamentar las obligaciones del Estado respecto a los derechos económicos, sociales y de prestación.

De lo anterior se deduce que, aunque las garantías otorgadas a estos derechos no sean de máxima intensidad (por ejemplo, como las que reciben los derechos fundamentales en sentido estricto) no cabe afirmar por ello que sean cláusulas programáticas carentes de todo efecto jurídico. Los derechos -todos los derechos- y también los principios y valores reconocidos en la Constitución, en Convenios o Tratados internacionales poseen un grado de obligatoriedad cierto para el Estado, aunque la naturaleza e intensidad de las obligaciones derivadas de los mismos puedan variar. En el caso de los derechos económicos, sociales y de prestación la obligación principal del Estado es la de articular un sistema sostenible de protección social y ello por dos motivos: por una lado, porque así lo exige la naturaleza de los propios derechos económicos, sociales y de prestación; y, de otra parte, porque tal exigencia es inherente a la naturaleza de un Estado social y democrático de Derecho y, por tanto, el reconocimiento y tutela de estos derechos se convierte en un elemento objetivo del propio sistema democrático que ningún Estado puede desconocer.

3.4. Derecho a la protección de la salud y legislación de desarrollo

Como hemos visto en epígrafes anteriores, la recepción del derecho a la protección de la salud en la Constitución española consiste, en gran medida, en asignar un conjunto de obligaciones a los poderes públicos en orden a la tutela de la salud y a la organización de la asistencia sanitaria. En este contexto, se hace preciso señalar que medidas legislativas se han adoptado para hacer viable el derecho a la protección de la salud de todos. En esta asignación de obligaciones, la Constitución y la ley han debido tomar en cuenta la estructura territorialmente descentralizada del Estado español y, por consiguiente, las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia. Por este motivo, la organización jurídica de la protección de la salud y de la

¹⁴ Martínez de Pisón, J. (2006). *El derecho a la salud: un derecho social esencial. Derechos y Libertades*, 14, época II, pp.135-137.

La titularidad del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria corresponde a todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional. El carácter universal del derecho a la salud obliga a los poderes públicos a prestar asistencia sanitaria no solo a los residentes sino también a todo aquel que se encuentre en su territorio, tenga o no la condición legal de residente, sin perjuicio de repercutir el coste a quien corresponda si ello fuera posible

asistencia sanitaria descansa tanto sobre las obligaciones de los poderes públicos centrales como en los autonómicos como a continuación se expone.

3.4.1. La Ley General de Sanidad

Como antes se ha señalado, el contenido del derecho a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria se materializa en un conjunto de leyes y normas de desarrollo. Tras los primeros años de vigencia de la Constitución española, se acometió la reforma de la legislación para implementar lo establecido en los artículos 41, 43 y 49 de la Constitución (y concordantes). La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) fue la norma en la que descansó dicho desarrollo y ha sido modificada en numerosas ocasiones desde su aprobación.

El artículo 1 de la Ley General de Sanidad se asigna a sí misma el objetivo de regular las acciones que "permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución".

La titularidad del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria corresponde a todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional (apartado 2, del artículo 1 LGS). Como sabemos, este derecho a la protección de la salud tiene hoy carácter universal y por tanto, los poderes públicos están obligados a prestar asistencia sanitaria no solo a los residentes sino también a todo aquel que se encuentre en su territorio, tenga o no la condición legal de residente, sin perjuicio de repercutir el coste a quien corresponda si ello fuera posible. Al respecto, establece el apartado 3 del artículo 1 de la LGS, que los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional, tendrán garantizado tal derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan. Con todo, es necesario insistir en que los poderes públicos no pueden dejar de prestar la asistencia básica e imprescindible incluso a quien se encuentra en situación irregular en nuestro territorio sin perjuicio, como ya se ha dicho, de repercutir el cote si ello fuera viable. El artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece que, además de los extranjeros residentes, tiene derecho a la asistencia sanitaria

los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España en los mismos términos que los españoles y las extranjeras embarazadas que se encuentren en España, durante el embarazo, parto y postparto. Tienen también derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia los extranjeros que se encuentren en España ante enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.

Por su parte, el artículo 3 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema nacional de Salud reitera que son titulares del derecho a la protección de la salud todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000; los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en los términos fijados por el Derecho la Unión y por los tratados que pudieran existir; y los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea que tienen los derechos que les reconozcan las leyes, los tratados y convenios suscritos.

En materia de titularidad del derecho a la protección de la salud, las Administraciones Públicas deben orientar sus acciones en materia de salud incorporando medidas activas que impidan la discriminación de cualquier colectivo de población que por razones culturales, lingüísticas, religiosas, sociales o de discapacidad, tenga especial dificultad para el acceso efectivo a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

3.4.2. Ámbito de aplicación y principios de la Ley General de Sanidad

La Ley General de Sanidad tiene naturaleza jurídica de *norma básica* en el sentido previsto en el artículo 149.1.16 de la Constitución, lo cual significa que tiene eficacia jurídica en todo el territorio del Estado aunque las Comunidades Autónomas pueden dictar normas de desarrollo y complementarias de la LGS en el ejercicio de las competencias que les atribuyen los correspondientes Estatutos de Autonomía.

La LGS adopta un modelo acorde con el sistema de descentralización territorial español en el que son las Comunidades Autónomas las que asumen un conjunto de competencias muy relevantes en materia de salud y asistencia sanitaria.

La LGS adopta un modelo acorde con el sistema de descentralización territorial español en el que son las Comunidades Autónomas las que asumen un conjunto de competencias muy relevantes en materia de salud y asistencia sanitaria. El Sistema Nacional de Salud se plasma en el conjunto de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas convenientemente coordinados.

El Sistema Nacional de Salud se plasma en el conjunto de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas convenientemente coordinados. Para ello, el artículo 50 de la LGS establece que cada Comunidad Autónoma constituirá un servicio de salud integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias, que estará gestionado bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma. Los servicios sanitarios están bajo la competencia de las Comunidades Autónomas pero bajo los poderes de dirección, en lo básico, y la coordinación del Estado.

El artículo 3 de la LGS establece los principios básicos que deben guiar la actuación de los poderes públicos tanto centrales como autonómicos:

- a) El principio de promoción de la salud y de prevención de las enfermedades.
- b) El principio de universalidad, estableciéndose que la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española.
- c) El principio de igualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias. Derivado de la aprobación de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la LGS incluyó una previsión específica conforme a la cual las políticas, estrategias y programas de salud deben integrar activamente en sus objetivos y actuaciones el principio de igualdad entre mujeres y hombres, evitando que, por sus diferencias físicas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan discriminaciones entre ellos en los objetivos y actuaciones sanitarias. En el mismo sentido, el artículo 27 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- d) El principio de superación de los desequilibrios territoriales y sociales.
- e) El principio de descentralización territorial, conforme al cual las Comunidades Autónomas crearán sus servicios de salud dentro del marco de esta Ley y de sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Por último diremos que la LGS acoge un modelo de asistencia

sanitaria público pero sin exclusión del sector privado en la prestación de los servicios sanitarios. Al respecto el artículo 89 de la Ley reconoce la libertad de empresa en el sector sanitario en coherencia con el reconocimiento de dicha libertad en el artículo 38 de la Constitución. El artículo 90 de la LGS añade la posibilidad de que las Administraciones Públicas Sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, establezcan conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas.

El modelo constitucional de protección de la salud y de asistencia sanitaria no obliga a que todas las prestaciones deban ser realizadas desde el sector público aunque sí se reserva al estado y a las Comunidades Autónomas la regulación de este sector y las competencias de revisión e inspección final.

3.5. La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud como soporte del derecho a la protección de la salud

Esta Ley (LCCSNS) contribuye a la materialización del derecho a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria a través de un *catálogo de prestaciones* y de una *cartera de servicios*.

El *catálogo de prestaciones* del SNS tiene por objeto, como establece el artículo 7.1 de la Ley 16/2003, garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. Se consideran prestaciones de atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos. El *catálogo* comprenderá las prestaciones correspondientes a:

- salud pública,
- atención primaria,
- atención especializada,
- atención sociosanitaria,
- atención de urgencias,
- la prestación farmacéutica,

El catálogo de prestaciones del SNS tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. Se consideran prestaciones de atención sanitaria del SNS los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos.

La cartera de servicios es el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiéndose por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias.

La Cartera de servicios puede ser actualizada y reformada en razón de las necesidades o de la coyuntura económica.

El sistema de la Seguridad Social se articula en dos modalidades, contributiva y no contributiva, y se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad

- la ortoprotésica,
- productos dietéticos, y
- transporte sanitario.

De otra parte, la denominada *cartera de servicios* es el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiéndose por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias (art. 20 LCCSNS). El contenido de esta cartera es el elemento esencial para medir el estándar tanto de la protección de la salud como de la asistencia sanitaria en España. Su contenido es el resultado de un acuerdo político en el seno del Consejo Interterritorial que se aprueba mediante Real Decreto. Las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, pueden aprobar sus respectivas carteras de servicios pero, en todo caso, en las mismas deben incluirse todas las prestaciones contenidas en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud adoptada en el Consejo Interterritorial.

Como es fácilmente deducible de lo anterior, el nivel de prestaciones y servicios está vinculado a los recursos presupuestarios por un lado y la pluralidad de centros de decisión (Estado y Comunidades Autónomas) lo cual genera una extraordinaria vulnerabilidad del derecho a la protección de la salud.

La Cartera de servicios puede ser actualizada y reformada en razón de las necesidades o de la coyuntura económica. La actualización se formaliza mediante *orden* ministerial (Ministro de Sanidad y Consumo), previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

3.6. Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) desarrolla el derecho a un régimen público de Seguridad Social consagrado en el artículo 41 de la Constitución. El sistema de la Seguridad Social se articula en dos modalidades, *contributiva* y *no contributiva*, y se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad.

El sistema de Seguridad Social español cubre a amplias capas de población y, de hecho, alcanza el nivel universal para los españoles ya que si bien en la modalidad contributiva tienen derecho trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, autónomos, socios de cooperativas, estudiantes y funcionarios civiles y militares (art. 1), la modalidad no contributiva se extiende a todos los españoles residentes en el territorio nacional (art. 1.3).

3.7. La atención a la discapacidad

Como al principio se dijo, el artículo 49 de la Constitución asigna a los poderes públicos obligaciones concretas en relación a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. Estas obligaciones de previsión, tratamiento y rehabilitación e integración discurren a través del Sistema Nacional de Salud en una parte pero también ha habido respuesta legislativas específicas como la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad* en materia de igualdad.

Conclusiones

- Las actuales sociedades democráticas exigen que el derecho a la protección de la salud no sea solo considerado como un derecho de prestación, que obliga a los poderes públicos a proveer asistencia sanitaria, sino que debe incorporar también los derechos fundamentales de las personas, especialmente, el derecho a la libertad que le permite adoptar autónomamente decisiones respecto de su salud.
- El derecho a la protección de la salud y el derecho a la asistencia sanitaria han sido reconocidos ampliamente tanto en las constituciones como en tratados y convenios internacionales. Hoy pueden considerarse como derechos básicos para toda la Humanidad.
- El sistema constitucional español reconoce el derecho a la protección de la salud como un principio de política social y económica (capítulo III, del título I), pero otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal, deben servir para interpretar adecuadamente las obligaciones de los poderes públicos y los derechos de los pacientes.
- De igual manera, en el sistema español, las obligaciones de los poderes públicos se articulan en función del modelo de descentralización territorial del Estado, de manera que las Comunidades Autónomas poseen competencias en esta materia y deben articular sus acciones en el marco jurídico del Estado. La legislación básica establece el marco dentro del cual los poderes públicos de los diferentes niveles territoriales deben actuar.
- La Constitución española, al regular la asistencia sanitaria y la protección de la salud no ha establecido un sistema de prestaciones exclusivamente público y, por tanto, es posible desarrollar las correspondientes políticas a través de un sistema mixto, público-privado, como sucede actualmente.
- Finalmente, cabe señalar que el conjunto normativo referido a la salud y a la asistencia sanitaria en España es prolijo e

incluye normas de diferente rango y ámbito territorial. Es este conjunto normativo el que hace posible el derecho a la protección de la salud en España.

Referencias bibliográficas

Andorno, R. (2008). *La dignidad humana como fundamento de la bioética y de los derechos humanos en la Declaración Universal*. En Gros Espiell, H, Gómez Sánchez, Y, coords. *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*. Granada: Comares.

Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Ed. Sistema.

Borrajo Dacruz, E. (1996). *Artículo 43. Protección de la salud*. En O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid: Edersa.

Brena Sesma, I. (2004). *El Derecho y la Salud: Temas a Reflexionar*. México: UNAM, p. 104.

Brena Sesma, I. *El Derecho a la Salud en Latinoamérica*. Red Idelsa. [http://www.redBrena Sesma, I.idesal.org/](http://www.redBrenaSesma,I.idesal.org/)

Gascón Abellán, M., González Carrasco, M. del C., Cantero Martínez, J.: (2011). *Derecho Sanitario y Bioética*. Valencia. Tirant lo Blanch.

Gómez Sánchez, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons.

Gómez Sánchez, Y. (2000). *La mujer y la delimitación constitucional de la Bioética*. En: *Mujer y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Gómez Sánchez, Y. (2007). *El derecho de autodeterminación física como derecho de cuarta generación*. En Brena Sesma, I. (coord.), *Panorama Internacional en Salud y Derecho*. México: UNAM.

Gómez Sánchez, Y. (2007). *El derecho de autodeterminación física*. En *Revista de la Sociedad Internacional de Bioética*.

Gómez Sánchez, Y. (2007). *La libertad de creación y producción científica en la Ley de Investigación Biomédica: objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley*. En J. Sánchez-Caro, J y F. Abellán (coord.), *Investigación Biomédica en España*. Granda: Comares

Gómez Sánchez, Y. (2008). *Derecho Constitucional Europeo: derechos y libertades*, 1ª ed. Madrid: Sanz y Torres.

Gómez Sánchez, Y. (2008). *Los principios de autonomía, igualdad y no discriminación en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*. En H. Gros Espiell, Y. Gómez Sánchez (coords.), *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*. Granada: Comares.

Gómez Sánchez, Y. (2011). *Biomedicina y protección de datos genéticos*. En GASCÓN Abellán, M., González Carrasco, M. del C., Cantero Martínez, J.: (2011). *Derecho Sanitario y Bioética*. Valencia. Tirant lo Blanch.

Gómez Sánchez, Y. (2011). *El derecho a no saber*. En C. Romeo Casabona (coord.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Granada: Comares.

Gómez Sánchez, Y. (2011). *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*. Madrid: Sanz y Torres.

Marcos del Cano, A.M. (1999). *La Eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Madrid: Marcial Pons.

Martínez de Pisón, J. (1997). *Derechos Humanos: historia, fundamento y realidad*. Zaragoza: Egido.

Martínez de Pisón, J. (2006). *El derecho a la salud: un derecho social esencial*. *Derechos y Libertades*, 14, época II.

Moreno Antón, M. (2004). *Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir*. En *Revista de Derecho y Salud*, vol. 12, nº 1.

Parejo Guzmán, M.J. (2005). *La Eutanasia ¿un derecho?* Navarra: Thomson/Aranzadi.

Pérez Luño, A.E. (1999). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6ª ed. Madrid: Tecnos.

Romeo Casabona, C.M. (coord.) (2011). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Granada: Comares.

Sánchez Ferríz, R. (1996). *Estudio sobre las libertades*, 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. Id. (1997).

Sánchez Ferríz, R. (1997). *Generaciones de Derechos y evolución*

del Estado. En Gómez Sánchez, Y, (coord.), Los Derechos en Europa. Madrid: UNED.

Valadés, D. (1998). El nuevo constitucionalismo iberoamericano. En La Constitución Española de 1978: 20 años de democracia. Madrid: Congreso de los Diputados-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ANEXO

Constitución Española y Salud: fundamentos y dilemas de desarrollo del SNS

En este "Anexo" incluimos información complementaria a la contenida en el Tema 6-12 DERECHO A LA SALUD Y CONSTITUCION .

1. Concepto de Bioderecho

Actualmente podemos reconocer un *Bioderecho*, es decir, un conjunto de normas de diferente naturaleza, jerarquía, competencia y procedencia relativas a la vida y a las condiciones de desenvolvimiento de la misma.

Cabe diferenciar, además, un *Bioderecho de producción interna* (de los Estados) y un *Bioderecho internacional* del cual existen ya importantes manifestaciones (entre otras varias, el Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina (1997) del Consejo de Europa; la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos (1998); la Declaración Internacional de Datos Genéticos Humanos (2003) y la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos (2005), estas tres últimas adoptadas por la UNESCO. A los dos anteriores debemos incorporar actualmente un *Bioderecho supranacional* que integraría las normas adoptadas por la Unión Europea cuya naturaleza jurídica es singular y no coincide exactamente con la que posee el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2. Recepción de aspectos biomédicos en las Constituciones

Algunos textos constitucionales han incorporado, por vía de reforma constitucional, diversos aspectos biomédicos. Tal es el caso de las siguientes Constituciones:

- **Suiza.** Artículos 24, 118, 119, 119^a) y 120 de la Constitución de Suiza);
- **Portugal.** Artículo 26.3 de la Constitución de Portugal);

- **Hungría.** El artículo 54.2 de la Constitución húngara dice: “Nadie podrá estar sometido a tortura, a trato cruel, inhumano o vejatorio y queda especialmente prohibida la realización de experimentos médicos o científicos en personas sin su consentimiento”);
- **Lituania.** El artículo 21 de la Constitución de Lituania establece: 1. The person shall be inviolable. 2. Human dignity shall be protected by law. 3. It shall be prohibited to torture, injure, degrade, or maltreat a person, as well as to establish such punishments. 4. No person may be subjected to scientific or medical testing without his or her knowledge thereof and consent thereto);
- **Estonia.** El artículo 18 de la Constitución de Estonia establece: 1. No one may be subjected to torture or to cruel or degrading treatment or punishment. 2. No one may be subjected to medical or scientific experiments without his or her freely given consent;
- **Polonia.** El artículo 39 de la Constitución de Polonia dice: No one shall be subjected to scientific experimentation, including medical experimentation, without his voluntary consent.

3. Interpretación del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional español ha ido progresivamente admitiendo la libertad de decisión sobre la vida incluyendo ella la posibilidad de decidir sobre el fin de la propia vida en situaciones concretas, como en la Sentencia 154/2002, de 18 de julio, en la que declaró la ausencia de responsabilidad penal de unos padres –Testigos de Jehová– cuyo hijo menor de edad, que también seguía esta doctrina, murió tras la negativa de los padres y del propio hijo a que se le practicara una transfusión de sangre. Aunque el hijo era menor de edad, el Tribunal apreció que sus 14 años le permitían tener “madurez suficiente” para conocer y comprender las circunstancias que le acontecían.

También la doctrina es cada vez más receptiva a reconocer la necesidad de que la autodeterminación de la persona adquiera una nítida configuración jurídica. En este sentido y con relación

al denominado derecho a la muerte se ha señalado¹⁵ que su regulación jurídica -aun sin que llegara a ser considerado derecho constitucional- no contravendría el derecho a la vida reconocido en el artículo 15 de la Constitución española y, además, podría, en determinados supuestos, encontrar apoyo en el derecho a la integridad física reconocido en el mismo precepto constitucional¹⁶ que permite al sujeto, como antes hemos señalado, la adopción de decisiones sobre su propia realidad corporal.

4. Constituciones del periodo de entreguerras

La Constitución mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919, paradigma ambas de los inicios del constitucionalismo social, fueron escasamente receptivas al problema de la protección de la salud. La Constitución de Weimar de 1919 solo contenía en su artículo 119 una alusión a la salud de las familia y la Constitución mexicana no incluyó el derecho a la protección de la salud (art. 4) hasta su reforma constitucional de 3 de febrero de 1983. Tampoco la Constitución española de 1931 incluyó expresamente el derecho a la protección de la salud entre los derechos sociales que figuraban en el texto y tan solo contenía una alusión genérica a la obligación del Estado de prestar asistencia a los enfermos y ancianos (art. 43).

5. El reconocimiento del derecho a la salud en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

Su artículo 12 declara que se "reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", fórmula que ha recogido años después el artículo 14 de la Declaración Universal de Bioética de Derechos Humanos de la UNESCO. La singularidad de este precepto no se encuentra tanto en su literalidad sino en la interpretación que del mismo ha hecho la *Observación General*, núm. 14 al fijar el contenido normativo del mismo. En su apartado 8, establece que el derecho a la salud

¹⁵ Moreno Antón, M. (2004). *Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir*. En *Revista de Derecho y Salud*, vol. 12, nº 1, p. 71.

¹⁶ Entre otros, Parejo Guzmán, M.J. (2005). *La Eutanasia ¿un derecho?* Navarra: Thomson/Aranzadi, p. 254. Marcos del Cano, A.M. (1999). *La Eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Madrid: Marcial Pons, p. 108.

no debe entenderse como un derecho a estar *sano* y que el derecho a la salud consagrado en el Pacto Internacional entraña *libertades y derechos*. Entre las libertades -sigue afirmando el texto de la Observación General- figura el derecho a controlar la propia salud y el propio cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias (tales como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos sin consentimiento).

Con esta interpretación de las *libertades* configuradas en el texto, la Observación General conforma nítidamente un derecho a la salud como derecho de inmunidad y de libertad. Cuando se refiere a los *derechos* que también integran el ámbito del derecho a la salud reconocido en el artículo 12, la Observación General cita expresamente el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud. Reconociendo que un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano (no existe, pues, un derecho a estar sano), sí puede constatarse que los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel relevante en la salud de la persona, por lo que el derecho a la salud debe entenderse como “un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”. Con esta interpretación del artículo 12, la Observación General integra, aun sin decirlo expresamente, un *derecho a la salud* (que se manifiesta en la libertad de la persona) y un *derecho a la protección de la salud* compuesto de obligaciones asistenciales y protectoras de los Estados. Aunque la terminología no es suficientemente clara sí nos permite concluir que este artículo 12, interpretado de conformidad con lo dispuesto en la Observación General ya citada, contiene una regulación integrada pero claramente diferenciable del derecho a la salud y del derecho a la protección de la salud y, en ello, radica su singularidad.