



**DERECHO CONSTITUCIONAL A LA
PROTECCIÓN DE LA SALUD:
REFLEXIONES ENTORNO A SU
TITULARIDAD Y CONTENIDO
ESENCIAL**

Alumna: Ivanna Jael Zavala Chacón

Tutora: Dra. Anna M^a Pla Boix

Trabajo Final de Grado

Facultad de Derecho, Grado en Derecho

Curso 2015-2016

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. ESTADO SOCIAL Y CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES... 5	
3. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y EUROPEA.....	12
4. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD	
4.1. Presentación: Concepto y fundamento	20
4.2. El Derecho a la protección de la salud y su inclusión en el Capítulo III del Título I "Principios rectores de la política social y económica"	22
4.3. Estructura y contenido del derecho a la protección de la salud.....	27
4.4 Desarrollo legislativo.....	33
4.5. La descentralización del Sistema Sanitario de la Salud y el reparto competencial.....	38
5. SOBRE LA TITULARIDAD DEL DERECHO: CRÍTICA AL 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	
5.1. El Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad de sus prestaciones.....	44
5.1.1. Sobre el uso del Decreto-Ley y la existencia de una extraordinaria y urgente necesidad.	45
5.1.2. Titularidad del derecho: de la pretendida universalidad al término asegurado. Reflexiones para un debate crítico.....	49
5.2. Breve mención al debate político: posición de las Comunidades Autónomas...56	
5.3. Los límites del legislador frente a la regulación del contenido.....	58
6. CONCLUSIONES	63
BIBLIOGRAFIA.....	67

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la protección de la salud, reconocido como derecho social, encuentra su ubicación entre los "Principios rectores de la política social y económica" de la Constitución Española de 1978. Como los demás derechos sociales, de su ubicación se deriva el persistente debate y con ello problemática en cuanto a su valor y garantía, en que el legislador tendría un amplio margen para llevar a cabo su regulación. A raíz de la crisis que se produce en el Estado español, se da una serie de modificaciones en la configuración del derecho reduciendo el contenido que estos derechos garantizan, como la limitación de los sujetos como titulares del derecho.

Aunque se halle entre los principios rectores, el derecho a la protección de la salud no es un derecho sin contenido alguno, el cual se tendrá siempre que ver garantizado y preservado por parte de los poderes públicos. Estos tienen un mandato de obligado cumplimiento ya no solo por la normativa nacional, sino también como cumplimiento de la normativa internacional, ratificada por el Estado.

Una vez analizado el artículo 43 CE, en el marco constitucional, resulta de gran interés ver la nueva regulación introducida por el Gobierno de turno, mediante normativa de urgencia, que trastoca la una de las esencias del Sistema Nacional de Salud entendido como un sistema de carácter universal. Mediante ésta regulación veremos los cambios introducidos por ella, centrándonos en el ámbito subjetivo, en cuanto limita el acceso a los servicios sanitarios a aquellos que tienen la condición de asegurado o beneficiarios. Se intentará ver una panorámica en cuanto cuál es la situación que deriva de esta norma que ha producido gran revuelo por parte de la doctrina y sociedad, además de las reacciones inmediatas por parte de las Comunidades Autónomas.

Intentaremos ver algunos argumentos dados por parte de la doctrina sobre esta nueva regulación en el ámbito subjetivo, en cuanto a su posible inconstitucionalidad, además de su posible incumplimiento de la normativa internacional. Mostraremos visiones sobre el límite que tendría que haber tomado en cuenta a la hora de regular el contenido, y con ello la titularidad del derecho.

2. ESTADO SOCIAL Y CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

El derecho a la protección de la salud constituye, sin duda alguna, uno de los derechos sociales por antonomasia, cuya protección jurídica es el resultado de un largo proceso histórico que avanza paralelo a la consolidación del Estado Social. Es por ello que, a título de introducción y para contextualizar el objeto de estudio del presente Trabajo Final de Grado, se procederá a estudiar sucintamente el Estado social así como la génesis histórica en el reconocimiento de los derechos de carácter social, denominados Derechos Económicos Sociales y Culturales.

El *laissez faire* propio de los postulados del Estado liberal clásico, partía de la consideración que la intervención pública en la economía debía ser mínima. El ámbito económico estaba regulado por la ley de la oferta y la demanda y debían evitarse a toda costa las injerencias del Estado, limitándose la intervención de los poderes públicos a garantizar la economía de manera natural¹. Pero, en pleno siglo XIX, la situación social cambia, por lo que se reivindicará una concepción política basada en la intervención de los poderes públicos para poder garantizar a la población asistencia de las necesidades básicas y con ello se lleve a cabo reformas sociales que disminuyan las desigualdades existentes.

En este sentido, GARCÍA-PELAYO establece que "en términos generales, el Estado social significa históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional (el Estado liberal burgués) a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial con sus nuevos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos"², con ello finalizándose la separación entre Estado y sociedad. La transformación hacia el Estado social, deviene así, un cambio cualitativo para poder regular determinados aspectos de la sociedad.

Las primeras reflexiones, y con ello antecedentes del Estado social, se dieron a mediados del S.XIX, que no dejaría de intensificarse desde entonces, coincidiendo con los momentos iniciales del movimiento obrero inglés. La expresión "Estado Democrático y Social" se utilizó por primera vez con la revolución de París de 1848, en un contexto de una grave crisis económica del capitalismo. Autores como Blanc, ya no creen que los derechos humanos se satisfagan con la mera abstención por parte del Estado, pudiendo ser estos respetados solo si el Estado proporciona a los individuos recursos necesarios para proteger estos bienes y que la

¹Asensi Sabater, José (2014). Origen e historia del Estado Social. En Noguera Fernández, Albert y Guamán Hernández, Adoración (Drs.). Lecciones sobre Estado Social y Derechos Sociales. (1ª ed.) Valencia: Tirant Lo Blanch. Pág. 26.

² García Pelayo, Manuel (1987). Las transformaciones del Estado Contemporáneo. Madrid: Alianza editorial. Pág. 18

población contribuya a esta consecución³. Así también el pensador socialista F. Lassalle, gran defensor del papel del Estado, se inclinaban por la democracia social, con el intervencionismo del Estado como protagonista, ya que para él el Estado era un instrumento para la transformación social que tenía que llevar a cabo condiciones económicas para que la libertad y la igualdad se puedan hacer efectivas. Von Stein, abogó por una reforma social, en que el Estado atiende a las demandas de los ciudadanos introduciendo modificaciones para que las diferencias entre las clases vayan desapareciendo y así poder evitar una revolución social.

Aunque ya en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1793 se hace referencia a derechos de carácter social, el paso importante en la configuración de lo que se debe entender por Estado Social, viene dado por la incorporación en los textos constitucionales de diversos derechos de carácter social. La Constitución de Weimar (1919), como precedente inmediato, viene a constituir una importante referencia al proceso de la positivización de los derechos sociales y en la institucionalización del Estado Social, introduciendo derechos de carácter social como la educación o la salud y con ello pasando a integrar un programa de principios y valores. Este texto normativo, según CASCAJO CASTRO, fue un banco de prueba para comprobar que la constitucionalización de los Derechos Sociales, en un ordenamiento que no permita una regulación unitaria y sistemática de las relaciones económicas, se queda en una aspiración⁴.

Pero, la expresión Estado Social tiene su origen en la formulación "Estado social de Derecho" acuñada por H. Heller en 1929, en que defendía una intervención estatal que diera un sentido económico y social al Estado liberal y con ello una solución a la crisis del régimen liberal del S.XX, buscando superar la diferencia entre la formulación jurídica de los derechos y su ejercicio efectivo por parte de todos los ciudadanos⁵. Esto lo que requeriría una doble actuación, por un lado, cambiar el estatuto del ciudadano y cambiar el estatuto jurídico político del poder público pasando a ser ordenador de la sociedad, en que el ciudadano tiene acceso a bienes y a derechos tanto sociales, económicos como culturales. Esta idea de H. Heller entroncaba con las ideas de los autores más arriba mencionados, L. Blanc que utilizó la fórmula de "Estado de Derecho democrático y social" basándose en Owen y en el régimen autoritario de Bismark en que acoge la idea de socialidad estatal, o L. von Stein, y F. Lassalle.

³Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (2010) Los derechos sociales en el S.XXI. Un desafío clave para el Derecho y la justicia. Madrid: Dykinson. Pág. 25.

⁴Cascajo Castro, José Luis (1988). La tutela constitucional de los Derechos Sociales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Pág. 19.

⁵Torres del Moral, Antonio (2014). El Estado Social y la evolución del constitucionalismo social. En Terol Becerra, Manuel y Jimena Quesada, Luis. Tratado sobre protección de Derechos Sociales. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 34

No es a partir de la Segunda Guerra Mundial que empieza a haber una constitucionalización del Estado Social en Europa incorporándolo en diversas Constituciones la expresión "Estado Social de Derecho"⁶. El principal objetivo está dirigido a evolucionar y adaptar el sistema a las nuevas necesidades de la población, como es el desarrollo social y económico, rompiendo con individualismo y abstencionismo estatal propio del Estado liberal. Aunque hay que decir que, "el Estado social no se configuró como un Estado constitucional, sino fundamentalmente como un Estado legislativo y administrativo; lo que favoreció que con frecuencia su intervención como proveedor del bienestar social estuviera mediada, en mayor o menor medida, por la discrecionalidad, clientelismo y el corporativismo. Con ello los derechos sociales quedan reducidos a principios de naturaleza esencialmente política, lejos de consolidarse como auténtico derecho subjetivo"⁷.

En España, el reconocimiento y garantía del Estado Social fue objeto de intensos debates con motivo de la tramitación del texto constitucional de 1978⁸. En su articulado, el texto de la norma suprema garantiza un amplio elenco de referencias a la naturaleza social del Estado. Por un lado, el artículo 1 de la CE, define al Estado Español como un "Estado social y democrático de derecho" sin hacer más mención que ésta, aunque teniendo en cuenta que la articulación y principales previsiones vinculadas al reconocimiento y desarrollo del Estado social se hallan garantizadas *expressis verbis* en varios preceptos del texto constitucional que serán objeto de estudio en las páginas que siguen⁹.

Prima facie, conviene señalar que el conjunto de estas previsiones constitucionales, como destaca especialmente, según GARCÍA-PELAYO, "configuran lo que podemos designar como la esencia de la Constitución Española a la que dan existencia normativa el resto de los

⁶ Así encontramos la Constitución Francesa de 1946 (art. 1), Constitución Italiana de 1947 (art. 1) o la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (art. 20.1).

⁷ García Morales, Aniza (2009). La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales, en Pisarello, Gerardo (ed.). Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites. Albacete: Bomarzo. Pág. 13

⁸ Estos debates, se dieron ya tiempo atrás en otros Estados de nuestro entorno, consiguiéndose de manera más respetuosa un reconocimiento y tutela de los derechos sociales. Como buen ejemplo de ello, podemos hacer mención a Suecia. Pese a que tienen una presencia reducida en la ley fundamental sueca, puesto que se trata de asegurar a través de esta norma aquello que las leyes ordinarias aprobadas con anterioridad ya garantizaban, el catálogo de estos derechos se ha ido fortaleciendo así como sus garantías.

De especial referencia es la obra de Marquet Sardà, Clara (2010). "Los derechos sociales en el Ordenamiento jurídico sueco. Estudio de una categoría normativa". Barcelona: Atelier.

⁹Fossas i Espalader i Pérez Francesch (2008), *Lliçons de Dret Constitucional (3ª ed.)* Barcelona: Pòrtic. Por ejemplo así podemos encontrar, el preámbulo por un lado, que establece una aspiración no solo a la democracia política sino también social. Por otro lado también se desprende del artículo 9.2 CE, a través del cual rompe con la separación de Estado y sociedad.

preceptos"¹⁰. La fórmula "Estado Social y Democrático de Derecho", intenta definir el régimen político instaurado en el Estado Español, entendiéndolo como un componente unitario e inseparable, en la que *"cada uno de sus elementos condiciona y nutre a los demás, sin que ninguno de ellos pueda ser eliminado"*¹¹.

El Estado social, como menciona ARAGÓN REYES¹², significa asumir por parte del Estado nuevas tareas que procuren una mayor igualdad social, y con ello proteger a los sectores sociales más desfavorecidos, siendo una manera de actuar por parte del Poder público. Así se suele entender como *"aquel tipo de Estado que constitucionalmente se halla comprometido en la satisfacción de las necesidades primarias de la población mediante la prestación de determinados derechos prestacionales y mediante políticas que tienden a grados progresivos de igualdad social"*¹³. El Estado social se constituye así, en un estado que se sustenta en la justicia distributiva, en donde los bienes jurídicos son distribuidos con un contenido estrictamente material¹⁴. Este principio constitucionalizado viene a significar un cambio en las relaciones entre sociedad y el Estado, con consecuencias que trascienden a todo el orden jurídico.

En este sentido el TC, en varias de sus resoluciones entre las que destaca especialmente la STC 18/1984, de 7 de febrero (FJ 3), se ha pronunciado estableciendo que es propio del Estado Social una interacción entre Estado y sociedad. Recuerda el Alto Tribunal que el reconocimiento de los derechos de carácter económico y social necesitan de la intervención del Estado para llevar a cabo su efectividad, a la vez que *"dota de una transcendencia social al ejercicio de sus derechos por los ciudadanos y al cumplimiento de determinados deberes"*. Esta interrelación se traduciría en una participación de los ciudadanos en la organización del Estado.

Cuando hablamos del Estado social, entendemos que estamos ante un principio jurídico-constitucional, orientador de la actuación del Estado. Para conseguir los fines sociales, se incorporan una serie de normas de programación final dirigidas a la realización de determinadas obligaciones por parte de los poderes públicos.

Se ha señalado que la cláusula del Estado social de Derecho implica una actuación positiva de

¹⁰ García-Pelayo, Manuel, Las transformaciones... Op. Cit. Pág. 93

¹¹ En este sentido, García-Pelayo, Manuel, Las transformaciones...Op. Cit. Pag. 93-94 y Torres del Moral, Antonio, El Estado social y la evolución...Op. Cit. Pág. 46-47.

¹² Aragón Reyes, Manuel (2008), en Casas Baamonde, María Emilia y Rodríguez-Piñero y Bavo-Ferrer, M. Comentarios a la Constitución Española XXX aniversario. Madrid: Fundación WoltersKluwer. Pág. 34.

¹³ Aparicio Pérez, Miguel A. y Barceló i Sarramalera Mercè (2012) Manual de Derecho Constitucional Barcelona: Atelier. Pág. 114.

¹⁴ García-Pelayo, Manuel, Las transformaciones... Op. Cit. Pág. 26

los poderes públicos en el sentido del artículo 9.2 CE¹⁵. Este tipo de Estado tiene como idea clave, abogar hacia una actuación de igualdad real respecto a la población, es decir, se tiende a que haya una igualdad tanto ante la ley como en la ley, plasmada en que habrá un trato diferenciado para casos diferentes.

El Estado liberal de Derecho consagraba solo el principio de igualdad ante la ley plasmado en el artículo 14 CE asumiéndose una igualdad formal, pero la igualdad pasará a ser uno de los valores superiores del Ordenamiento español, en el sentido del artículo 9.2 CE: "*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*". Es decir, el concepto de igualdad formal, sufre una transformación en el sentido de que la sociedad se entiende como un grupo con situaciones de desigualdad real que tendrá que ser recogidas por poderes públicos.

En este sentido, el TC se ha pronunciado en el sentido que el artículo 14 CE, no establece un principio de igualdad absoluta que omita razones objetivas para justificar la desigualdad de tratamiento legal, y que excluya la necesidad de tratamiento desigual que recaiga en supuestos de hechos que en sí son desiguales y que tengan por función contribuir a la igualdad real. Así con el art. 9.2 se está superando el ámbito de la igualdad formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del artículo 1 CE que constituye a España como un Estado democrático y social de derecho (STC 3/1983, de 25 de enero FJ 3).

Como hemos visto, los derechos sociales han sido un desarrollo del Estado social, que lo que lleva a cabo es a exigir una determinada actuación de los poderes públicos que tienen que asegurar unas necesidades de la población, tratando de disminuir las desigualdades que hasta aquel momento se daban en la población, y con ello hacer realidad el principio de igualdad real que antes mencionábamos.

Se suele presentar a los derechos sociales como "generacionalmente posteriores, axiológicamente subordinados y estructuralmente distintos a los derechos civiles y políticos". Se han caracterizado como derechos de segunda categoría, de aspiraciones o principios no determinados y de carácter pragmático por su relación con la estructura económica y nivel de desarrollo del país¹⁶.

¹⁵ Álvarez Conde, Enrique (1999). Curso de Derecho Constitucional Volumen I (3ª ed.) Madrid: Tecnos

¹⁶García Morales, Aniza (2009). La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales, en Pisarello, Gerardo (ed.). Los derechos... Op. Cit. Pág. 11

El ámbito de fundamentación para una distinción entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales están en su naturaleza, en que estos últimos están vinculados al principio de igualdad, y aquellos que se consideran más relevantes estarían vinculados a garantizar la libertad, aunque ANSUÁTEGUI ROIG, manifiesta en palabras de Pisarello, que "la satisfacción de los derechos, sean civiles, políticos sociales o culturales, podría considerarse ligada de igual manera a valores y principios como la solidaridad, la dignidad, la libertad, la seguridad o el pluralismo. Y nada, en realidad que justifique una jerarquía axiológica de la que pueda deducirse una protección diferenciada"¹⁷. Así, el que se distinga a los derechos sociales con los derechos civiles y políticos y con ello una mayor protección, suele presentarse de diferentes maneras¹⁸, por un lado separación entre "derechos sociales y derechos individuales, entre derechos de igualdad y derechos de libertad e incluso como contraposición entre derechos de prestación y derechos no prestacionales".

Esto deriva en una consecuencia que es la no justiciabilidad (o más bien la débil justiciabilidad de los derechos) al contrario que los que sí se consideran como fundamentales. Pero como dice GARCÍA MORALES, frente a esta visión, va adquiriendo fuerza la idea de que todos los derechos tiene dimensiones negativas de libertad como positivas de prestación, que demandan prestaciones, que pueden adoptar carácter individual o colectivo y que resultan indivisibles e interdependientes entre sí, pudiéndose afirmar que no existen derechos que por su naturaleza resulten más concretos que otros. Como hemos visto, aunque los derechos sociales se configuran juntamente con el surgimiento del Estado social, no se garantizan estos derechos como auténticos derechos subjetivos, sino como ampliación de las funciones del Estado¹⁹.

La CE, recoge una serie de derechos sociales, que por un lado algunos de ellos gozan de mayor protección, concibiéndose como auténticos derechos gozando de un grado de protección elevado (encontramos el derecho a la educación, a la sindicación, entre otros) y por otro lado aquellos derechos constitucionalizados en el Capítulo III del Título I, que son la gran mayoría, careciendo de mecanismos reforzados de garantía y con ello poniendo de manifiesto el no favorecimiento de la protección y eficacia de los derechos sociales.

Como veremos posteriormente al analizar el "derecho a la protección de la salud", el hecho de

¹⁷Ansuátegui Roig, Fco. Javier (2014). Los derechos sociales en tiempo de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación, en Bernuz Benítez, M^a José y Calvo García, Manuel. La eficacia de los derechos sociales. Valencia: Tirant Lo Blanch. Pág. 27

¹⁸Pisarello Gerardo, Los derechos sociales y sus "enemigos": elementos para una reconstrucción garantista en Defender y repensar los Derechos sociales en tiempo de crisis, Barcelona: Observatori DESC, diciembre 2009 Pág. 14. <http://www.corteidh.or.cr/> (última visita: Marzo).

¹⁹García Morales, Aniza (2009). La justiciabilidad como... Op. Cit. Pág. 12

que estos derechos se encuentren bajo este título, provoca diversas posiciones respecto a si se tienen que considerar como verdaderos derechos subjetivos o por el contrario como meros principios. Los mencionados debates académicos no se limitan a cuestiones meramente terminológicas, sino que se proyectan en diferentes visiones a la hora de definir la naturaleza jurídica y garantías vinculadas al reconocimiento de estas prerrogativas.

Así vemos que el "derecho a la protección de la salud" se encuentra entre los mencionados derechos sociales, dándose las dificultades manifestadas anteriormente. Teniendo esta breve perspectiva de Estado social y derechos sociales, pasaremos a mirar el derecho a la protección de la salud desde la perspectiva internacional y posteriormente este derecho desde la perspectiva constitucional como "principio rector de la política social y económica", en donde entraremos a analizar con más detenimiento la colocación de dicho derecho en este Capítulo.

En consonancia con el Estado social, el Derecho a la protección de la salud ha ido evolucionando a lo largo del tiempo y con él su reconocimiento, hasta el punto de llegar a ser considerado como un Derecho Humano, por diferentes Tratados Internacionales. Así se hará una breve referencia de la evolución que ha tenido este derecho.

Señala con acierto LEMA AÑÓN que la historia del Derecho a la salud "se inserta en la historia de la salud pública, en la medida en que para hablar de este derecho es un requisito previo el que se reconozca que la salud es un asunto que tiene connotaciones sociales y que es un campo adecuado para que se produzcan respuestas institucionales respecto a la misma, especialmente por parte de los Poderes Públicos"²⁰. El derecho a la salud estará vinculado con las reivindicaciones sociales y democráticas que se irán dando a lo largo de la historia, que pretenden ir más allá del reconocimiento de los derechos burgueses. Formará parte de la denominada "cuestión social", la insalubridad y problemas en el ámbito de la salud habidos después de la etapa revolucionaria.

Se puede decir que los grandes movimientos de reforma sanitaria no se producen con intensidad hasta bien entrado el S.XIX, como respuesta a la Revolución Industrial, y a la denuncia de los efectos que se estaban dando en temas sanitarios. Pero, no es hasta el S.XX, que se puede hablar ya de un reconocimiento como derecho, ya que antes había una cierta despreocupación por proteger la salud de los individuos o su acceso a la atención médica, y con ello mostrándose un desinterés al menos en la primera etapa del proceso revolucionario.

En oposición a los derechos y libertades de carácter individualista y concebidos como derechos

²⁰ Lema Añón, Carlos (2012). Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud: Historia del derecho a la salud en el siglo XX. Madrid: Dykinson. Pág.19.

de defensa frente a cualquier tipo de intervención por parte del Estado, propios del Estado Liberal, se da una impugnación por parte de la ciudadanía de este individualismo, hasta llegar al reconocimiento del derecho dentro de los denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y con ello una intervención por parte de los Poderes Públicos, propio del Estado Social.

Este derecho aparecerá con las primeras Constituciones, como la de Weimar (1919) o la Española de 1931, pero su inclusión generalizada no se dará hasta después de la Segunda Guerra Mundial junto con el constitucionalismo del Estado Social. Como dice LEMA AÑÓN, su inclusión en la norma Constitucional no significa que haya supuesto, en general, un impulso a su respeto ni al cumplimiento del mismo²¹. En el caso español, la intervención por parte de los Poderes Públicos en materia sanitaria en un primer momento, se centra por un lado, en la salud pública, refiriéndose a aquellos aspectos que superan la esfera individual por lo que afectan en general a la mayoría de la población, y por otro en la beneficencia, facilitando a los ciudadanos medios y condiciones.

Así, la configuración del sistema de asistencia sanitaria pública ha ido experimentando unos cambios a lo largo de los años, en que se empezaba con un sistema basado en la vinculación de la asistencia por parte de la Seguridad Social (en adelante SS), y que llega a un punto en que se crea un Sistema Nacional Sanitario dirigido a prestar atención sanitaria a toda la población desde un punto de vista de la universalidad.

3. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y EUROPEA

La determinación de la protección del *derecho a la salud*, desde el punto de vista del Derecho Internacional de los derechos humanos, tiene un lugar destacado ya sea como parte integrante de otros derechos, como límite al ejercicio de otros derechos o como un derecho con entidad propia, pero que pese a su importancia, existe un abismo entre el derecho proclamado y la realidad en cuanto a su eficacia²². Cuando hablamos de derechos humanos nos estamos refiriendo a bienes que son básicos para la persona (derecho a la salud, educación, intimidad, entre otros) y que por ello necesitan de una protección institucional. Los Estados deberían de incorporar esta normativa internacional a sus ordenamientos, siendo así este un ideal, aunque a la práctica no se da en todos los casos, pero en el caso de la ratificación de los Tratados

²¹ *Ibíd*em, Pág. 35-36

²² Bondia García, David (2013). La exigibilidad del derecho a la salud en situaciones de crisis sanitarias, en Bonet Pérez, Jordi y Saura Estapà, Jaume (Eds.). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en períodos de crisis. Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad. Madrid: Marcial Pons. Pág. 265

Internacionales referentes a derechos humanos, hace que tanto jueces como autoridades tengan en cuenta los derechos incluidos en dicha norma²³.

Es necesario estudiar la regulación y reconocimiento en la diferente normativa internacional del derecho a la protección de la salud, ya que diversos Tratados al ser ratificados por el Estado Español tienen carácter vinculante por lo que el legislador estará obligado a respetar dicho contenido.

La Constitución Española en su artículo 10.2, establece que las normas referentes a los derechos fundamentales y a las libertades que se reconocen, se interpretaran de conformidad con la DUDH y demás Tratados ratificados por España. Así además, en el artículo 96.1CE, dispone que los Tratados Internacionales, una vez publicados en el Boletín Oficial de España, formarán parte del Ordenamiento Interno.

Como establece PISARELLO²⁴, si hubiera una interpretación garantista, todos los preceptos del Título I, con independencia del capítulo en que se hallen, tendrían que ser interpretados conforme a la DUDH y a los Tratados ratificados por España. Pero es sabido, que los derechos establecidos en el Capítulo III de dicho Título, no obtienen la mayor protección posible, y en relación con ello el Tribunal Constitucional no ha seguido lo antes dicho para estos preceptos, pero ha establecido que algunos derechos como el *derecho al medio ambiente*²⁵ tenían que interpretarse de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y jurisprudencia que establece el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el ámbito del derecho a la salud encontramos diversas disposiciones de normativa internacional dirigidas a proteger la salud de las personas. Así, podemos exponer normas referentes al reconocimiento, acceso y garantía del derecho a la salud ya que se considera que es "uno de los derechos humanos y fundamentales esenciales por su estricta vinculación a la dignidad humana"²⁶. Este derecho se considera de carácter universal, demostrándose en su titularidad al utilizarse como expresión en las diversas normas "*toda persona (...)*", sin hacer ningún tipo de distinción y con ello independientemente de la condición de nacional o de

²³ Pastor Ridruejo, José (2014). Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. Madrid: Tecnos. Pág. 205.

²⁴ Pisarello Gerardo, El Derecho a la vivienda: constitucionalización débil y resistencias garantistas en <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/4137/2122> (última visita Marzo) pág. 142-143

²⁵ Sentencia TC 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 2 y 3.

²⁶ Solanes Corella, Ángeles (2015). Protección de la salud, en Rey Martínez, Fernando (Director), Los Derechos Humanos en España: un balance crítico. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 341.

extranjero o de su situación legal²⁷. Lo que comportará este reconocimiento es la tutela por parte del Estado de dicho derecho teniendo que establecer las condiciones necesarias para que se haga efectivo su disfrute.

Este reconocimiento, en el plano internacional, destacamos principalmente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 o el Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, entre otras²⁸. En el plano regional comunitario, destacamos, la Carta Social Europea de 1961, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y aunque el Convenio Europeo de Derechos Humanos no lo reconozca como tal, también cabe señalarlo ya que se puede relacionar con otros derechos, como el derecho a la vida.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (en adelante DUDH), establece los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales más importantes. Decir que esta Declaración aunque no es por sí sola obligatoria para los Estados miembros de las Naciones Unidas, sí que conlleva un peso político-jurídico para los Estados, tanto es así que ha tenido una influencia incluso en las Constituciones como es el caso de España, que en su artículo 10.2 establece que "las normas relativas a (...) se interpretarán de conformidad con la DUDH". Además se puede hablar de una indivisibilidad de los derechos que menciona este texto, que aunque no figure así expresamente, sí que se puede deducir de su contexto, por lo que no habría clasificación de los derechos ni criterios que permita establecer diferencias"²⁹.

²⁷ En este sentido se refiere Delgado del Rincón, Luis (2014), *El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el RDL 16/2012, de 20 de Abril. Revista de Estudios Políticos (núm. 163 enero-marzo) Pág. 108-109*. Así a modo ejemplificativo, la DUDH establece en el artículo 25.1 "*toda persona tiene derecho a un nivel de vida que le asegure (...) la salud (...)*"; el PIDESC en su artículo 12 "*(...) derecho de toda persona al disfrute (...) de salud física y mental*. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 35 "*toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria (...)*"; Carta Social Europea "*Toda persona tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud (...)*".

²⁸ Podemos mencionar también, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990 (arts. 25, 26 y 28), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 (art. 5), la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres de 1979 (art. 11.1.f y 12), Convención para los derechos de los niños de 1989 (art. 24), o la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2008 (art. 25).

²⁹ Escobar Roca, Guillermo (2014) *Indivisibilidad y Derechos Sociales: La DUDH a la Constitución*, en Terol Becerra, Manuel y Jimena Quesada, Luis. *Tratado sobre Protección de Derechos Sociales*, Madrid: Tirant lo Blanch. Pág. 75.

Así, la DUDH establece los derechos básicos de toda persona haciendo hincapié en el principio de no discriminación, como se derivan de los tres primeros artículos de dicho texto³⁰.

Entre los derechos que proclama la DUDH, encontramos en su artículo 25.1, consagración del derecho a toda persona al derecho a la salud y al bienestar, estableciendo: "*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios*"³¹. No nomás se hace mención al Derecho a la salud en general, sino que además se menciona el derecho a la asistencia médica como concreción de atención individualizada.

Posteriormente, junto con el Pacto de Derechos Civiles y Económicos, en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, se llevó a cabo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (en adelante PIDESC), en Nueva York, el 16 de Diciembre de 1966, ratificado por España en 1977. Pacto con el que se llegó a dar valor jurídico a diversos derechos que proclamaba la Declaración Universal, ya que estos quedaron incorporados en dicho Tratado. Siguiendo la línea de la DUDH, este Pacto establece como destinatario a "toda persona" con la obligación por parte del Estado de respetar los derechos anunciados remarcando el trato igualitario y con ello ningún tipo de discriminación hacia las personas³², remarcando en diversas ocasiones la accesibilidad a los servicios de salud de los grupos considerados más vulnerables. Además de que establece que no pueden haber medidas regresivas respecto al reconocimiento de este derecho a menos que sean suficientemente justificada.

Ya en el ámbito del Derecho a la protección de la Salud, el PIDESC reconoce en su mayor extensión, este derecho en su artículo 12, estableciendo aquellos Estados partes del presente

³⁰ El artículo 1 establece: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

Artículo 2: "Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía".

³¹ Cabe señalar que antes de la DUDH de 1948, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (1946) en su preámbulo había dispuesto que "el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social", siendo más bien un objetivo político que pretendía que se alcanzase por parte de los Estados, pero sin valor jurídico.

³² En este sentido podemos mencionar el artículo 2, 3 y 11 del PIDESC.

Pacto tendrán que reconocer el derecho de toda persona *al disfrute del más alto nivel de salud posible física y mental*. Este Pacto establece, a modo ejemplificativo, alguna de las medidas a adoptar por parte del Estado para asegurar la efectividad de este derecho. Entre ellas encontramos: reducir la mortalidad infantil, mejorar los aspectos de la higiene en el trabajo y el medio ambiente, prevenir y proporcionar el tratamiento necesario para luchar contra las enfermedades y por último crear condiciones que aseguren a todas las personas la asistencia sanitaria médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Para la determinación del contenido y alcance mínimo del Derecho, tenemos que hacer mención a la Observación General nº14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que desarrolla el artículo 12 PIDESC, reconociendo la salud como un "*derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos*"³³.

En primer término, el Comité establece que el derecho a la salud está vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la alimentación, la dignidad humana, la vida entre otros. Además de que se trata de un derecho inclusivo, que no solo abarca la atención de la salud, sino además factores determinantes de la salud, como el acceso al agua potable, vivienda adecuada, nutrición adecuada, entre otras³⁴.

El Comité ha precisado también, que el derecho a la salud, no podemos entenderlo como un derecho a estar sano, ya que el Estado no puede garantizar la buena salud de una persona ni brindar protección contra toda causa posible de la mala salud del ser humano, además de que también hay que tener en cuenta factores genéticos, propensión individual a una afección, y la adopción de estilos de vida malsanos suelen desempeñar un importante papel en la salud de la persona. Como consecuencia de ello, el derecho a la salud se deberá de entender "como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud"³⁵, por lo que se entiende que hay un derecho por parte de los ciudadanos a tener un sistema que les permita disfrutar de este nivel de salud, que se entenderá teniendo en cuenta las condiciones biológicas y sociológicas de la persona y del Estado.

³³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General nº14 (2000) relativa "al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud" (artículo 12 del PIDESC) párrafo 1.

³⁴ Observación General Nº14. Apartado 11

³⁵ *Ibíd*em Apartado 8 y 9

Se cree necesario hacer una mención a los elementos, esenciales e interrelacionados, del derecho a la salud que la OG n° 14 recoge³⁶:

a) *Disponibilidad*: entendida como la presencia suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de salud.

b) *Accesibilidad*: implica disponer servicios de salud que estén al alcance de todos, entendido como que haya una asequibilidad y accesibilidad física, además de que este acceso se tiene que producir sin que concurra ningún tipo de discriminación.

c) *Aceptabilidad*: se refiere a que los servicios deberán ser respetuosos desde un punto de vista ético y cultural.

d) *Calidad*: referente a que los servicios tienen que ser apropiados y de buena calidad, tanto a nivel científico y médico.

Por otro lado, se establece que los Estados, en relación con este derecho, tienen la obligación de: *respetar*, no denegando o limitando el acceso por igual de todas las personas, entre las que se incluyen los presos, refugiados o inmigrantes irregulares, además de abstenerse a imponer prácticas discriminatorias como política de Estado.

Tiene una obligación de *proteger*, adoptando medidas o leyes para que haya un acceso igualitario, que la privatización no sea una amenaza para la disponibilidad entre otros. Por último tendrá una obligación de *cumplir*, es decir, tendrá que reconocer este derecho, de manera suficiente, en los ordenamientos jurídicos y se adopte una política nacional de salud³⁷.

Una vez hemos visto la materialización de este derecho en el PIDESC, podemos exponer brevemente su cómo se puede llevar a cabo su justiciabilidad, para hacer efectivo su cumplimiento. A diferencia del PIDCP que cuenta con el Comité Internacional de Derechos Humanos, el PIDESC establece en su artículo 16, un método basado en la presentación de informes sobre las medidas que se hayan adoptado por parte de los Estados, emitiendo en su caso recomendaciones por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, recomendaciones que como sabemos, no tienen el carácter de jurídicamente vinculante. Pero cabe mencionar un avance en la justiciabilidad de este derecho, y es que mediante la aprobación del Protocolo Facultativo PIDESC adoptado en 2008, se incluye un sistema de comunicaciones en que las personas o grupos de personas que estén bajo la jurisdicción de un Estado parte

³⁶ *Ibidem* Apartado 12

³⁷ *Ibidem* Apartado 34,35,36.

podrán presentar, en caso de violación de algún derecho establecido en el Pacto, una comunicación.

Entrando en el ámbito europeo, en el marco del Consejo de Europa, hay que tener en cuenta el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1953 (en adelante CEDH), que es de aplicación para aquellos Estados Partes de la Unión Europea, que lo hayan ratificado, como es el caso español, que llevó a cabo su ratificación el 1979. Este Convenio no contempla el derecho a la salud, ya que protege fundamentalmente derechos civiles y políticos, debido a que en primer término se quiso protegiendo determinados derechos sin los que los Estados democráticos de Derecho no podrían funcionar, además que se dejó la protección de los llamados derechos sociales a la Carta Social Europea³⁸.

Por otro lado tenemos, la Carta Social Europea de 1961 (en adelante CSE), ratificada en su totalidad por España en 1980, incorpora un catálogo de derechos económicos y sociales, y en el caso que estamos viendo, hace un reconocimiento más nítido del derecho a la salud. La Carta se convierte en un estándar mínimo de protección en materia de derechos sociales en la Unión Europea teniendo que ser aplicado por los Estados signatarios, sin que afecte a aquellas disposiciones de carácter internacional o de Derecho interno que establezcan una protección más elevada, que en cuyo caso tendrá que ser aplicada el texto de mayor nivel de protección.

La CSE establece un sistema de control o garantía, que reviste dos modalidades³⁹: la primera es el mecanismo de *sistemas de informes estatales*, en que los Estados partes tendrán que enviar informes de manera bienal sobre la aplicación de las disposiciones de la Carta. Este será revisado por el Comité Europeo de Derechos Sociales (en la CSE de 1961: Comité de expertos), que mirará si es conforme la práctica nacional con las obligaciones que establece la Carta, emitiendo así una conclusión de conformidad o de no conformidad (se da por ejemplo en el caso de que no haya una legislación que proteja a las personas afectadas o que exista dicha legislación pero no se aplique), y en este último caso el Estado afectado tendrá que exponer medidas para poder remediar la situación y en caso de no ser así se emitirá recomendación por parte del Comité de Ministros.

Otro mecanismo es el de las *reclamaciones colectiva*: que podrá ser interpuestas por organizaciones sindicales y de empleadores nacionales o internacionales, las ONGs internacionales y las nacionales para los Estados que lo hayan aceptado. Este mecanismo surge

³⁸ Carrillo Salcedo, Juan Antonio (2003). El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid: Tecnos. Pág. 23-24.

³⁹ Jimena Quesada, Luis (2007). Sistema Europeo de Derechos Fundamentales. Madrid: Colex. Pág. 99-102.

con el Protocolo adicional de 1995 y en la Carta revisada de 1996, Carta que el Estado español no ha ratificado, pero que las resoluciones, son de utilidad a la hora de determinar el alcance del derecho a la protección de la salud.

Por disposición del artículo 11 de la Carta, los Estados se comprometen a proteger la salud, mediante la adopción de medidas adecuadas para eliminar las causas de salud deficiente, el establecimiento de servicios que tiendan a la mejora y prevenir enfermedades. Así mismo, en lo que atañe al artículo 13 de la Carta, el precepto señala que para garantizar el ejercicio efectivo del derecho, las partes se tendrán que comprometer a velar que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo pueda obtener una asistencia adecuada, y en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado. Además de disponer de lo preciso para que las personas puedan obtener asesoramiento y ayuda personal para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar.

Conviene decir que en el Anexo de la Carta se dispone que solo comprenden a los extranjeros que residan legalmente o trabajen regularmente en el Estado Parte, por lo que la población inmigrante irregular quedaría excluida de su ámbito de protección. Pero en este caso, podemos señalar un asunto que se presentó ante el Comité Europeo de Derechos Sociales⁴⁰, en que Francia restringe el acceso a la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, estableciendo que se trataba de un derecho con repercusiones en otros como el derecho a la dignidad, y que en caso de que no se de asistencia esto iría en contra de la Carta, con ello entendiéndose que se da una aplicabilidad más allá de los particulares residentes legalmente.

Por último hay que hacer referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), que con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa adquiere el mismo carácter jurídico que los Tratados conforme al artículo 6 Tratado de la Unión Europea (TUE). Es considerada como un paso importante para la consecución de los valores propios del constitucionalismo, ya que "los derechos fundamentales son el fundamento del orden político y de la paz social en los Estados de Derecho"⁴¹. En este texto no se hace distinción entre los derechos civiles y políticos y los sociales, por lo que pareciera que tendría el mismo nivel de protección.

Entre los derechos sociales que reconoce, la mayoría se encuentran reconocidos bajo el título "Solidaridad", entre los que se encuentra el Derecho a la protección de la salud, recogido en el artículo 35: *"Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la*

⁴⁰Asunto 14/2003 International Federation of Human Rights vs Francia

⁴¹ Agudo Zamora, Miguel (2014). Los Derechos Sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en Terol Becerra, Manuel y Jimena Quesada, Luis. Tratado sobre... op.cit. Pág. 366.

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".

4. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

1. Presentación: concepto y fundamento

La salud es un derecho que ha sido objeto de especial interés por parte del legislador, ya no solo desde una perspectiva internacional sino también nacional. A título de introducción, una definición general del concepto de "salud" facilitada por la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS), es "*un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*". Cabe decir que respecto a esta definición, la doctrina⁴² ha manifestado que se trata de un concepto amplio e indeterminado, por lo que hay que restringirlo e identificarlo como la garantía de ciertas prestaciones que ayuden a la persona a mantener la salud tanto física como mental, que se garantiza a través de la disposición de los medios adecuados.

Vemos que, no puede existir un derecho a estar sano, sino a poder disponer de medios necesarios y recursos disponibles que sean de calidad y accesibles que permitan garantizar el máximo nivel de salud posible.

La CE de 1978 reconoce en su artículo 43 un tratamiento jurídico protector para el derecho a la protección de la salud, pero que en consonancia con lo que hemos venido mencionando, no se reconoce el derecho a la salud en sí, ello debido a que, como establece DEL REY SALVADOR, "*queda fuera del ámbito de configuración del ordenamiento jurídico la alteración en sí de la salud, respecto a la cual, por más que se establezcan medios preventivos y reparadores, no es posible su exclusión. Sería un derecho irrealizable, en tanto que los factores que alteran la salud escapan en gran medida al control humano*"⁴³. Entenderíamos el Derecho a la Protección de la Salud como una norma de carácter finalista, en que no puede exigirse la salud como tal, sino que se realicen acciones para garantizar la salud de la persona, conocido como una

⁴² En este sentido encontramos a Escobar Roca, Guillermo. Los Derechos fundamentales sociales y la protección de la salud. Revista de Derecho Público Nº 71-72, enero-agosto 2008. Pág. 128 o Arbeláez Ruda, Mónica. Inmigración y salud: la protección de la salud frente a la diversidad cultural. Revista de Bioética y Derecho Nº7 Junio, 2006. Pág. 1.

⁴³ Del Rey Guanter, Salvador. El Derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional. Revista de Derecho y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Nº6 1998. Pág. 163.

obligación de medios por parte del Estado. Con ello estableciendo medidas de protección relacionadas con el acceso a los medios y recursos que permitan mantener o tratar de recuperar la salud, entendido no como acceso propiamente dicho, sino como una oportunidad, eficacia y eficiencia de los servicios⁴⁴.

Como hemos visto, la salud ha sido reconocida como un derecho humano por parte del Derecho Internacional, vinculante para España por disposición del artículo 10.2 CE. Tiene un carácter social marcado, que ha venido a suceder como parte del reconocimiento del principio del Estado Social que caracteriza la Constitución y también compromete a que se lleve a cabo una transformación de la sociedad por parte de los Poderes Públicos, con un fin de igualdad y de extensión del Bienestar.

Respecto a su fundamento, conviene hacer una panorámica respecto a la fundamentación de los derechos de carácter social, que ya apuntamos en páginas más atrás. Se ha subrayado el carácter secundario de estos derechos a partir de la relación con el precepto de igualdad y no tanto con el valor de la libertad, que estaría más bien reservada para los derechos civiles y políticos. Con ello, parece que, los derechos encaminados a garantizar la libertad serían más relevantes y con ello los demás descenderían en su relevancia. Como establece MARTÍNEZ DE PISÓN⁴⁵, esta distinción, hoy en día, no se puede sostener, ya que no se comprende la posibilidad de que los individuos puedan ser libres sin unas mínimas e iguales condiciones materiales para todos, además de que *"difícilmente una persona puede ser libre o llevar una vida digna sin la satisfacción de las necesidades más básicas"*⁴⁶, entendiéndolas como elementos fundamentales para el individuo y sus condiciones de vida.

Así en el caso del derecho a la protección de la salud, hay una necesidad básica de protegerlo para que se puedan ejercitar los derechos de libertad y otros derechos reconocidos en la Constitución.

Podemos mencionar una importancia respecto a una conexión existente entre la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1) y el derecho a la protección de la salud, al menos en lo que se refiere a su contenido mínimo. PISARELLO, en este sentido dispone que, *"buena parte de los contenidos que integran derechos sociales básicos como el derecho a la salud son una condición necesaria para el ejercicio de la libertad. Esa garantía de*

⁴⁴Bondía García, David (2013). La exigibilidad del derecho... Op. cit. Pág. 268.

⁴⁵ Martínez de Pisón, José (2014). Los derechos sociales: unos derechos controvertidos, en Zapatero, Virgilio y Garrido Gómez, M^a Isabel. Los derechos sociales como una exigencia de la justicia. Madrid: Cuadernos de la cátedra de democracia y derechos humanos. Pág. 91.

⁴⁶ Ibídem. Pág. 93.

las condiciones materiales de la libertad, sin la cual la propia personalidad no puede desarrollarse, constituye un aspecto esencial del principio de la dignidad que informa el ejercicio de todos los derechos constitucionales, incluidos los sociales"⁴⁷. Aunque el TC⁴⁸, ha establecido que el principio de dignidad humana tiene una cierta conexión con los derechos constitucionales, pero que sin embargo, se presenta más estrechamente asociado a los derechos civiles y políticos y con ello una reforzada protección. Aunque como dice ESCOBAR ROCA, no cabe descartar este uso del principio para los casos en que la libertad resulte insuficiente para justificar prestaciones moralmente exigidas por la comunidad, sobre todo cuando está en riesgo la vida de las personas, ya que la dignidad involucra obligaciones de terceros que en caso de que se dejara sin asistencia sanitarias a personas necesitadas se podría considerar como un trato indigno⁴⁹. Además podemos decir que, los derechos sociales constituyen elementos materiales que determinan la configuración social llevada a cabo por los poderes públicos, asegurando al individuo la realización de ciertos aspectos que se consideran imprescindibles para su libertad e igualdad efectivas, como condiciones esenciales a su dignidad humana.

Siguiendo a este autor, la faceta prestacional del derecho, se fundamentaría en el valor de la libertad, debiéndose de incluir "*un aseguramiento de la salud necesaria para poder ejercer los derechos de libertad expresamente reconocidos en la Constitución*", y por otro el principio de igualdad, que serviría para extender la titularidad del derecho o alguno de sus elementos, por lo que impediría poder establecer un trato diferenciado entre la población⁵⁰.

Este derecho como hemos visto está recogido en el artículo 43 CE, dentro de "*Los principios rectores de la política social y económica*" del Capítulo III del Título I. Su ubicación en la norma constitucional ha llevado en ocasiones, a dificultades a la hora de establecer su eficacia y naturaleza jurídica, por no considerarse como un Derecho fundamental, por no estar entre los Derechos de la Sección primera del Capítulo II y por derivarse una actuación previa de los Poderes Públicos, derivado del mandato del artículo 53.3 CE. Ha comportado la problemática que se deriva respecto a los demás Derechos sociales (con excepción del Derecho a la educación, que tiene un ámbito de protección superior), como por ejemplo la protección y débil exigibilidad, en cuanto no son protegidos y pudiendo ser invocados de la misma manera que lo son los derechos fundamentales. Seguidamente veremos con más claridad su posición dentro de los "Principios rectores de la política social y económica".

⁴⁷Pisarello, Gerardo; García Morales, Aniza; Olivas Díaz, Amaya (2009). Los derechos...Op. Cit. Pág. 58-59.

⁴⁸ En este sentido podemos señalar las sentencias 236/2007 de 7 de noviembre (FJ. 3) o la STC 99/1985 de 30 de Septiembre de 1985 (FJ 2)

⁴⁹ Escobar Roca, Guillermo., Los derechos fundamentales sociales... Op. Cit. Pág.130

⁵⁰ Ibídem 130.

2. El Derecho a la protección de la salud y su inclusión en el Capítulo III "De los principios rectores de la política social y económica".

Partiendo de las anteriores premisas relativas a la regulación del derecho en el ámbito internacional, procederemos a analizar la configuración constitucional y desarrollo normativo del derecho a la protección de la salud a nivel interno.

El tema de la protección de la salud, ha encontrado en la Constitución un amplio tratamiento de manera que diferentes preceptos a lo largo de la norma constitucional explícita o implícitamente se refieren a éste⁵¹. Estas menciones ponen de relieve el interés del poder constituyente para reglar esta cuestión en el articulado de la norma suprema, y por otro lado refleja un fuerte protagonismo por parte del Estado sobre esta materia, en que el punto de mira no se sitúa solamente en la tradicional salud pública sino también en la atención de la salud de cada particular⁵².

El artículo 43 CE, establece en su apartado primero el reconocimiento a la protección de la salud, estableciendo: "*se reconoce el derecho a la protección de la salud*", y en su apartado segundo, la obligación de los poderes públicos a organizar y tutelar la salud pública, además de hacer una remisión a la ley para que establezca los deberes y derechos de todos al respecto, estableciendo así que "*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*".

Como hemos señalado, respecto a la conceptualización del derecho a la protección de la salud, plantea problemas interpretativos en lo que atañe a su naturaleza y eficacia jurídica. La problemática deriva en base a la ubicación en que se haya en el texto constitucional, ya que el Capítulo III hace referencia a principios rectores y no a derechos en sí, aunque en algunos de ellos incluye la palabra *derecho*, como es el estudiado "derecho a la protección de la salud".

Según la doctrina, se dan tres niveles de protección respecto a los derechos recogidos en la

⁵¹Así, a lo largo del articulado se dan diferentes preceptos que hace referencia a la materia sanitaria ya sea indirecta o directamente. Un ejemplo de ello es el artículo 15CE, referente al derecho a la vida y la integridad física, el art. 39.2 CE que establece la protección integral de los hijos y de las madres que incluye la asistencia sanitaria, el artículo 49 referente a que los disminuidos psíquicos y físicos y sensoriales se tendrán que beneficiar de atención sanitaria especializada. También el artículo 50 CE hace mención a ello, ya que establece que las personas mayores de edad tendrán que ser atendidas adecuadamente mediante los correspondientes servicios sociales. También la materia sanitaria aparece reflejada en otros preceptos, como el "Derecho a medio ambiente", la protección integral de los hijos y de la madre entre otros.

⁵²Pemán Gavín, Juan (1998). Derecho a la salud y administración sanitaria. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España. Pág. 65.

Constitución. Por un lado, habrían aquellos considerados como fundamentales, recogidos entre los artículos 14 a 29, junto con el derecho a la Objeción de conciencia del artículo 30 CE, que gozan de un nivel de protección más intenso y de directa aplicabilidad y justiciabilidad ante el TC sin que se necesite desarrollo legislativo. En un segundo nivel, tendríamos aquellos que se encuentran en los artículos 31 a 38 CE, considerados con un nivel de protección intermedio, ya que se da una reserva de ley y garantía del contenido esencial. En último lugar tendríamos aquellos que se encuentran entre los artículos 39 a 52 CE, bajo la rúbrica de "principios rectores de la política social y económica", donde el alcance viene regulado por el artículo 53.3 del mismo texto normativo, al establecer un sistema de garantía diferente respecto de los demás derechos ya que no se puede acceder al recurso de amparo siendo así constatado por el TC⁵³.

Así, como es sabido, según mayoritaria doctrina, serán derechos fundamentales aquellos que se encuentran en el Capítulo II del Título primero, pero no por su ubicación, sino porque hay una disponibilidad directa y no cabe la intervención del legislador para poder ejercitar este derecho. En este sentido el Tribunal Constitucional⁵⁴, establece que la eficacia directa se reconoce respecto a los artículos que componen el Capítulo II del Título I, es decir se da una vinculatoriedad inmediata no habiendo una necesidad de mediación del legislador ordinario. Así si atendiéramos a esto, no sería plausible incluir este derecho dentro de los llamados derechos fundamentales, ya que para que en este caso se necesita de un desarrollo legislativo por parte del poder público.

La doctrina ha presentado diferentes posiciones, algunos refiriéndose a que éste no tiene valor normativo, por hallarse en el capítulo de los "Principios rectores", y otros que le reconocen como un derecho subjetivo. No se llega a considerar como un derecho fundamental sino como un derecho social o principio rector subjetivado⁵⁵, pero cabe decir que hay posiciones doctrinales, en sí más reducidas, que consideran el mencionado derecho como un derecho fundamental, posiciones que seguidamente pasaremos a comentar.

Estas posiciones, vemos que han ido evolucionando a lo largo del tiempo, encontrando posiciones doctrinales cercanas después de la proclamación de la CE que consideran un ámbito subjetivo más reducido, y otras más recientes, que manifiestan el necesario valor de derecho fundamental.

⁵³ Así, en diversas sentencias, como la STC 284/2000 de 27 de noviembre, reconoce solo la tutela ante el TC a través del recurso de amparo a los Derechos Fundamentales.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 80/1982, de 20 de Diciembre, FJ 1º.

⁵⁵ León Alonso, Marta (2010). La protección constitucional de la salud, Madrid: La Ley. Pág. 142.

En este sentido, GARRIDO FALLA⁵⁶ en un primer momento manifiesta la posición de que no siempre que se manifieste la palabra "derecho", podemos estar hablando de un auténtico derecho subjetivo. También PASTRANA FERNÁNDEZ⁵⁷, anuncia que el derecho a la protección de la salud no es un auténtico derecho subjetivo, sino que es un mero principio rector de la política social, pero añadiendo, que sí que tiene que ser reconocido, respetado y con ello protegido, para informar la legislación, la actuación de los poderes públicos en este tema y la judicial, y solo podrá ser invocado cuando sea desarrollado por la legislación. El autor REY DEL GUANTER⁵⁸, también habla de que el derecho estudiado "no es un verdadero derecho subjetivo, al menos en el sentido utilizado por la Constitución en otros conceptos".

Por otro lado APARICIO TOVAR⁵⁹, habla de que no estamos ante un auténtico derecho resaltando la ubicación de éste en la medida que solo se pudiera considerar como derecho fundamental si los derechos sociales tuvieran cabida en este grupo. Además de que sería una mera finalidad, guía a seguir por los Poderes Públicos para garantizar este derecho.

De una manera más garantista, otros autores como SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, habla de que el derecho a la protección de la salud, por lo que se refiere a su contenido, se trata "de un derecho de carácter fundamental en la medida de la relación de dicho derecho con la dignidad de la persona, de manera que alguien a quien no alcanzara una protección de su salud en grado suficiente debería considerarse como tratado indignamente y obstaculizado gravemente en su desarrollo como persona". Añade que estamos ante un verdadero derecho, con un contenido que es determinable, y que obliga a que se respete por parte del legislador, no siendo así un principio que obliga como mero programa al legislador o juez que lleve a cabo su desarrollo⁶⁰. Otro autor que defiende la fundamentalidad de este derecho es el autor ESCOBAR ROCA o GARCÍA MACHA, que al referirse a éste y a los demás derechos fundamentales habla del "Derechos fundamentales sociales", refiriéndose a que el derecho a la protección de la salud es un derecho fundamental porque existe una norma constitucional que lo reconoce, sin ser obstáculo el

⁵⁶ Garrido Falla, Fernando (1985). Comentarios a la Constitución (2ª ed.). Madrid: Civitas. Pág. 579.

⁵⁷ Fernández Pastrana, José María (1984). El servicio público de la sanidad: el marco constitucional. Madrid: Civitas. Pág. 60

⁵⁸ Rey del Guanter, Salvador (1998). El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional. Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Nº 6 Pág. 162-163

⁵⁹ Aparicio Tovar, Joaquín (1989). La Seguridad Social y la Protección de la Salud. Madrid: Civitas o El Derecho a la Protección de la Salud y el Derecho a la asistencia sanitaria, en Comentario a la Constitución socio-económica de España (2002). Granada: Comares.

⁶⁰ Solozábal Echavarría, Juan José. Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico, Documentos de trabajo, Laboratorio de Alternativas nº89 2006 Pág. -15-16.

artículo 53.3 CE⁶¹.

La clave del carácter de los derechos que se encuentran ubicados en este Capítulo III está en lo que dispone el artículo 53.3 CE, que tiene como objeto determinar la eficacia de los principios rectores de la política social y económica. *"El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero 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"*.

El TC se ha mencionado al respecto en algunas ocasiones, estableciendo que *"los principios del Capítulo III, por sí solos no generan derechos judicialmente actuables, aunque deban orientar la acción de los poderes públicos"* (Sentencia del TC 36/1991, de 14 de febrero. FJ5).

Con ello, parecería que el derecho a la protección de la salud que se haya en el citado capítulo, carecería de dimensión subjetiva y por ello no podría ser ejercido directamente por los individuos. No obstante, no podemos considerar a estos preceptos como mera normas pragmáticas sin ningún valor, así el Alto Tribunal⁶² hace referencia a que estos principios rectores de la política social y económica no son normas sin ningún valor ni contenido, debiendo de informar a los órganos judiciales respecto de sus decisiones, además de que enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los artículos 9 y 53 (STC 14/1992, de 10 de Febrero. FJ 11). Por lo que, como el destinatario de los principios, el legislador, estos se tendrán que tener en cuenta por el TC a la hora de que se presenten conflictos de competencias o recursos de inconstitucionalidad. Así mismo establece que *"impide considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes"*(STC 19/1982, de 5 de Mayo de 1982. FJ 6).

Como establece PISARELLO ⁶³ aplicándolo a este caso, esto contribuiría a que el derecho a la protección de la salud se presentase como un derecho no fundamental y que solo sería exigible cuando hubiera una ley que lo desarrollara. Como sabemos, ya se ha dado un desarrollo normativo por parte del poder legislativo, estableciendo así unos derechos de los ciudadanos referentes a la asistencia sanitaria y con ello, una obligación por parte de los poderes públicos de tutelar la salud, y así hacer efectivo el derecho. Estos son susceptibles de ser invocados ante la

⁶¹ Escobar Roca, Guillermo, Los derechos fundamentales... Op cit. Pág. 126 ss. o García Macho, M. Los Derechos Fundamentales Sociales y el Derecho a la vivienda como derechos funcionales de libertad, en Revista Catalana de Dret Públic, núm. 38, Barcelona 2009. Pág. 83.

⁶² Sentencia TC 95/2000, 10 de Abril FJ 5°.

⁶³ Pisarello, Gerardo. El derecho a la vivienda: constitucionalización débil y resistencias garantistas, en Espaço jurídico Vol. 14 nº3, 2013 Pág. 137

jurisdicción ordinaria, aunque no ante el TC como ya hemos dicho, por lo que algunos autores hablan de que se trata de un derecho subjetivo⁶⁴. Incluso, manuales llegan a establecer que la CE contiene dos tipos de norma de ámbito social, por un lado aquellos que reconocen derechos subjetivos, entre los que se encuentran no solamente aquellos derechos del capítulo II, como la educación, sino también aquellos ubicados en el Capítulo III, como el derecho a la salud o el derecho a la vivienda, y otras que establecen principios rectores de la política social y económica⁶⁵.

Los mandatos de actuación derivados de los artículos recogidos en el Capítulo III, identifica tareas que debe cumplir el Estado, además de que se imponen tareas estatales de desarrollo permanente, no puede haber un perjuicio hacia estos derechos por parte del legislador estatal. Se dice que del artículo 53.3 CE, se desprende que el destinatario de estos principios rectores, es el legislador, que será quien tendrá que convertir estos principios en reglas de Derecho, y la Administración y los órganos judiciales son destinatarios mediatos, que tendrán que hacer realidad la aplicación de estos preceptos⁶⁶.

4.3. Estructura y contenido del derecho a la protección de la salud

Como consecuencia de estar ubicado en el Capítulo III del Título Primero de la Constitución, su contenido se despliega mediante desarrollo legislativo, ya que estos derechos se conocen como derechos de configuración legal, quedando en mano del legislador la regulación de su contenido y condiciones para el goce de este derecho en relación con los artículos 43.2 y 53.3, ambos de la CE, pudiendo ser solo alegados en la medida de lo que se disponga en la ley.

Se predica que el legislador tiene un margen amplio de discrecionalidad en función de las circunstancias económicas y políticas. Pero aún así aunque se dé una cierta libertad del legislador para configurar el contenido de los derechos sociales en general, y en concreto del derecho de la salud, ésta no es ilimitada, ya que se tendrá que ejercer teniendo en cuenta el modelo de Estado social y su estrecha vinculación con otros derechos fundamentales, como ya apuntamos, como es el caso del derecho a la vida y a la integridad física y en definitiva, con la

⁶⁴ Cantero Martínez, Josefa. La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud, en Revista Vasca de Administración Pública nº 80, 2008. Pág. 23

⁶⁵ Así por ejemplo lo clasifica, Marquet Sardà, Clara (2012). Los derechos sociales y económicos y los principios rectores de la política social económica, en Aparicio Pérez, Miguel A. y Barceló i Sarramalera, Mercè. Manual de Derecho Constitucional. Pág. 769.

⁶⁶ Casas Baamode, María Emilia y Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel (2008). Comentarios a la Constitución Española. Madrid: Fundación WoltersKluwer. Pág. 1087 - 1088.

dignidad humana⁶⁷. En este sentido PISARELLO⁶⁸ se refiere a que "*aunque el contenido esencial se reserve a veces a ciertos derechos políticos y civiles personalísimos, existe acuerdo en que todos gozan, bien por su conexión con otros más protegidos, bien por el solo hecho de estar en la Constitución, de un contenido mínimo o básico indisponible para los poderes constituidos*". Siendo la idea que sin ese respeto al contenido básico el derecho quedaría desnaturalizado, además de que como apuntamos, los derechos constitucionales no carecen de contenido alguno, así manifestándolo el propio TC, al decir que no son meras normas programáticas sin contenido alguno⁶⁹, así al igual que los demás derechos, el derecho a la protección de la salud tiene "un contenido en parte determinado y en parte determinable, pero nunca existente"⁷⁰.

En este sentido, APARICIO WILHELMI, pone de manifiesto que es difícil que un texto constitucional, como este caso la CE, reconozca "derechos", como pasa con aquellos que se encuentran en el capítulo tercero (derecho a una vivienda digna y adecuada, derecho al medioambiente, derecho a la salud, acceso a la cultura), para posteriormente despojarlos de su carácter constitucional al derivar por completo su exigibilidad al contenido que establezca libremente el legislador, sin tener un límite constitucional, y por ello debe entenderse que tienen un mínimo constitucional exigible que se debe de respetar por los poderes⁷¹.

En este sentido, la normativa internacional establece una obligación mínima de los Estados de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de los derechos sociales⁷².

De ahí a que ESCOBAR ROCA, se refiera a que este contenido esté integrado por las acciones necesarias para proteger el objeto del derecho, que es la salud, conforme a los valores que le sirven de fundamento, teniendo en este caso como referencia la normativa internacional, sobre todo por lo que se refiere a la OG nº 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es la que más claramente delimita el contenido mínimo de este derecho a la protección de la salud. Así podemos recordar que el Comité se refiere en materia de este derecho, a que los Estados tienen la obligación de asegurar como mínimo la satisfacción de

⁶⁷ Cantero Martínez, Josefa. Constitución y derecho a la protección de la salud ¿Existe algún límite frente a los recortes sanitarios? en Revista CESCO de Derecho de Consumo Nº 8, 2013 Pág. 15. En este sentido también, Ponce Solé, Juli (2013). El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. Pág. 60-63.

⁶⁸ Pisarello, Gerardo (2007). Los derechos sociales y sus garantías. Madrid: Trotta. Pág. 85.

⁶⁹ Vid. STC 45/1989, de 20 de febrero FJ. 4, entre otras.

⁷⁰ Pisarello, Gerardo. El derecho a la vivienda... Op. Cit. Pág. 141.

⁷¹ Aparicio Wilhelmi, Marco (2009) Los derechos sociales en la Constitución Española: algunas líneas para su emancipación, en Valiño, Vanesa. Defender y repensar los derechos sociales en tiempos de crisis. Observatori DESC. Disponible en <http://www.descweb.org/> Pág. 14.

⁷² Observación General nº 3 apartado 10

niveles esenciales, como la atención primaria básica de salud, el acceso a los centros, bienes y servicios de salud sin ningún tipo de discriminación y con especial protección a los grupos vulnerables, en definitiva reclama la asistencia sanitaria básica para todo ser humano. Tenemos así que el derecho a la protección de la salud se tiene que garantizar, al menos en su contenido mínimo, por parte del Estado, veremos con el desarrollo legislativo que se ha dado las prestaciones derivadas de este derecho.

La salud es el bien jurídico constitucional, que da vida al derecho que reconoce el artículo 43.1 CE, conformado por acciones encaminadas a su consecución. Por lo tanto estamos ante un derecho a poder disponer de los medios y cuidados necesarios, no siendo éste un derecho de resultado, sino de finalidad⁷³.

Como bien establece MARQUET SARDÀ⁷⁴, la naturaleza de derecho viene dada por la estructura normativa del artículo 43.1CE, que manifiesta una conexión entre un sujeto que es titular, el objeto que se puede reclamar que en este caso es la protección de la salud y un sujeto que está obligado a llevar a cabo una determinada actividad para que se pueda dar el pleno disfrute de este derecho, refiriéndose así tanto a la dimensión positiva y negativa que veníamos refiriéndonos.

En el marco del artículo 43, la salud entendida como un bien jurídico- constitucional es única, pues en última instancia mira siempre hacia el interés de personas concretas. En este sentido, se refiere a que las expresiones salud del artículo 43.1 y salud pública del artículo 43.2 CE, no aluden a objetos distintos sino a uno solo, que se puede proteger de dos maneras⁷⁵.

Así nos encontramos con que el contenido del derecho a la protección de la salud tiene una *dimensión individual* y una *dimensión colectiva* (también llamada salud pública), que por lo tanto, tiene que ser protegida por el Estado desde un punto de vista prestacional. Por lo que se refiere a la primera dimensión, abarcaría el conjunto de acciones dirigidas a tutelar la salud, traduciéndose en el derecho a recibir asistencia sanitaria y determinados cuidados médicos. En cuanto a la dimensión colectiva, abarcaría el conjunto de acciones, medidas preventivas y servicios necesarios, dirigidas igualmente a tutelar la salud, pero con independencia de la situación concreta de cada persona. La salud pública constituye así, una parte esencial del

⁷³ Escobar Roca, Guillermo (2014). El Derecho a la salud, en Noguera Fernández, Albert y Guamán Hernández, Adoración. Lecciones sobre...Op. Cit. Pág. 453.

⁷⁴Marquet Sardà, Clara (2012). Los derechos sociales y económicos y los principios rectores de la política social económica, en Aparicio Pérez, Miguel A. y Barceló i Sarramalera, Mercè. Manual de Derecho Constitucional. Pág 804

⁷⁵ Escobar Roca, Guillermo. Los derechos fundamentales...Op. Cit. Pág. 129. En el mismo sentido Pemán Gavín, Juan (1998) El derecho a la salud y Administración Sanitaria. Pág. 68.

contenido del derecho, que se completa "con el núcleo irrenunciable de la dimensión personal", es decir con la necesidad de lograr un bienestar físico y mental de la persona que tiene que ser promovido y respetado por los poderes públicos, requiriendo una actuación de los poderes públicos en que una parte esencial de las prestaciones y servicios es la asistencia sanitaria⁷⁶.

El derecho a la protección a la salud tiene una dimensión negativa y una dimensión positiva⁷⁷. Por lo que se refiere al **aspecto negativo**, refiriéndonos de manera sintética, se refiere al límite de determinadas injerencias por parte del Estado, para que no se lesione la salud del individuo, así absteniéndose a cualquier acto que pueda lesionar la salud. Es en este caso que el derecho a la salud se configura como un derecho de personalidad en conexión con el artículo 15 CE "*todos tienen derecho a la vida y a la integridad física*". Aunque estos dos derechos se conciben separadamente y con diferente grado de tutela, se da la posibilidad de que estos dos se solapen en el sentido de que ciertas afecciones en el campo de la salud resulten también en una vulneración del artículo 15CE. El TC ha especificado que el derecho a la protección de la salud queda comprendido en el derecho a la integridad personal, pero atizando que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud será vulneración de dicho derecho ya que en todo caso tendría que ser grave y cierto para la misma (STC 5/2002, de 14 de enero FJ 4º o STC 35/1996, de 11 de marzo FJ 3º). Así se establece un "derecho a que no se dañe la salud", siendo imprescindible que haya una abstención estatal en el caso que el ciudadano así lo estime, considerándose las coacciones como una afectación de la integridad física (STC 35/1996, de 11 de marzo FJ3).

Respecto a la **dimensión positiva** del artículo 43, se refiere a un derecho a exigir a los poderes públicos una determinada actuación y prestaciones, implicando la obligación de los poderes públicos de organizar y prestar servicio sanitario para la atención de la salud de los ciudadanos, que se llevaría a cabo con el establecimiento de un servicio sanitario⁷⁸.

Así este aspecto positivo se perfilaría en dos direcciones, por un lado actuaciones que tienen por objeto controlar y asegurar la salud en situaciones de riesgo y la mejora de ambientes sanitarios, por otro es el derecho de los ciudadanos a ciertas prestaciones sanitarias típicas de un servicio sanitario, a exigir al Estado "*un conjunto de servicios y cuidados medico-sanitarios, cuya existencia tiene su fundamento en la constitucionalización del Estado social y en el mandato contenido en el art. 9.2 CE*"⁷⁹. Entre estas prestaciones la que mayormente la caracteriza es la

⁷⁶ Escobar Roca, Guillermo (2012). El derecho a la protección de la salud, en Escobar Roca, Guillermo (Dir.), Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria. Navarra: Aranzadi. Pág. 1093-1094.
Cantero Martínez, Josefa. La configuración legal... Op. Cit. Pág. 31-32.

⁷⁷ En este sentido, Fernández Montalvo, Rafael; Dimensión del derecho..., Op. Cit. pág. 14-15.

⁷⁸ Fernández Montalvo, Rafael. Dimensión del derecho... Op. Cit. Pág. 21-22.

⁷⁹ León Alonso, Marta. La Protección....Op. Cit. Pág. 161

asistencia sanitaria, que garantiza que el individuo pueda desarrollarse libre y dignamente dentro de una comunidad social⁸⁰.

Así, con estas dimensiones, vemos que el derecho a la protección de la salud del artículo 43 CE, es una figura compleja en que confluyen *varias posiciones subjetivas*⁸¹. Una de ellas es el derecho a que la propia salud de la persona no se vea amenazada o dañada por terceros ya sea público o privado, una posición subjetiva en relación con la actividad desarrollada por los poderes públicos para preservar el ambiente sanitario general y por último el derecho a la salud como derecho de todo ciudadano a las prestaciones sanitarias por parte del Estado, que encuentra su mayor expresión en la "asistencia sanitaria organizada y dispensada por los poderes públicos"⁸².

De estos tres aspectos, los dos últimos serían los que más auténticamente se pueden considerar como integrantes del derecho a la protección de la salud del artículo 43 y en este sentido interpretados según la cláusula Estado social⁸³, y será en los cuales nos vamos a centrar. En este sentido LEÓN ALONSO, habla de el derecho a la salud, el derecho a la protección de la salud en sentido estricto y el derecho a la asistencia sanitaria.

Este derecho a la protección de la salud, se configuraría según ESCOBAR⁸⁴, en un derecho de *carácter reaccional*, es decir, que frente a los posibles ataques que se puedan dar, el individuo posee acciones a interponer. Por otro establece que estamos hablando de un *derecho de libertad*, al configurarse como una prestación que se obtiene sólo si se solicita, teniendo en cuenta que en el caso de los tratamientos obligatorios tendrá que darse una suficiente justificación como es el caso de proteger otros bienes constitucionales. Por último habla de un *derecho de prestación*, que se da primordialmente con la asistencia sanitaria.

Antes hemos hecho mención a que los Estados tienen una obligaciones positivas para garantizar los derechos, y en particular el contenido mínimo de los derechos, en este caso de los derechos

⁸⁰ *Ibidem*. Pág. 161

⁸¹ PEMÁN GAVÍN, J. (1989) Derecho a la salud y Administración Sanitaria. Bolonia: Real Colegio de España, Pág. 79-81, León Alonso, Marta. La Protección...Op. Cit., Pág 154 o Fernández Montalvo, Rafael; Dimensión del derecho a la protección de la salud. Su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Revista Derecho y Salud volumen 19 - Extra 2010. Pág. 13, entre otros.

⁸² En este sentido, Pemán Gavín, Juan (1989). El derecho a la salud y Administración sanitaria. Bolonia: Real Colegio de España. Pág. 79-84 y Alonso Espinosa, Carlos. "Extranjeros y derecho a la salud ¿derecho o tolerancia?", en Autonomías. Revista Catalana de Dret Públic núm. 30, noviembre, 2004. Pág. 71.

⁸³ Lema Añón, Carlos (2014). La erosión del derecho a la salud en el Reino de España: el ataque a la universalidad, en Bernuz Benítez, M^a José y Calvo García, Manuel; La eficacia de los derechos sociales. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 228.

⁸⁴ Escobar Roca, Guillermo. El Derecho a la salud... OP.Cit. Pág. 453

sociales, interpretando que estos también gozan de un contenido mínimo que garantizar. En el marco constitucional, del artículo 43.2CE, se deriva también una acción positiva por parte del Estado y con ello la titularidad de la función y, por tanto, la responsabilidad última de la actuación⁸⁵.

El carácter prestacional, es uno de los rasgos de los derechos sociales, rasgo que algunos autores han defendido como carácter diferenciador de los derechos civiles y políticos⁸⁶. Significaría que hay un derecho de todo ciudadano a exigir de los poderes públicos el mínimo de prestaciones sanitarias que exija la dignidad humana y que permita el desarrollo económico de cada Estado⁸⁷. Por lo que los poderes públicos tendrían que adoptar aquellas medidas necesarias para proteger, mantener i restablecer la salud del individuo teniendo la obligación de cumplir con el mandato constitucional mediante ley siendo los encargados de configurar el contenido, sin que la CE haya establecido la manera de organización. Teniendo en cuenta que uno de los elementos definidores del Estado social es la intervención de los poderes públicos para poder garantizar el debido derecho de los ciudadanos y con ello asegurar la perseguida igualdad real y libertad que manifiesta el artículo 9.2 CE.

Aunque no hay determinaciones constitucionales sobre el *quantum* prestacional, quedando en manos del legislador fijar el contenido de estas prestaciones, se entiende que se tendrá que respetar un contenido mínimo asistencial, considerado indispensable para la protección de la salud por lo que ya se ha venido refiriendo. Se considera que en la Constitución se da una "cláusula de progreso" o adaptación que está implícita en los artículos 9.2 y 53.3 CE en relación con el artículo 43.1 CE, pero sin fijar ningún criterio que vayan más allá de la igualdad y universalidad en las prestaciones sanitarias y la garantía de un nivel asistencial mínimo⁸⁸.

⁸⁵ Cantero Martínez, Josefa. La configuración legal...Op. Cit. Pág. 26.

⁸⁶ Martínez de Pisón, José. El Derecho a la salud: un derecho social esencial (2006). Revista Derechos y Libertades nº 14 Pág 144. Hay que añadir, que como dice Pisarello no hay derecho que no presente una faceta prestacional, como sería el caso del derecho a la libertad de expresión, "que no solo supondría la prohibición de censura previa sino también la obligación positiva de proporcionar las ayudas, subvenciones o soportes materiales que hagan posible la existencia de un espacio público robusto y plural", el derecho a la libertad sindical o el derecho a no ser torturado. Pisarello, Gerardo; García Morales, Aniza y Olivás Díaz, Amaya (2009). Los derechos sociales como... Op. Cit. Pág. 61.

⁸⁷ Cantero Martínez, Josefa. La configuración legal y jurisprudencial... Op. Cit. Pág. 24.

⁸⁸ Así se refiere PemánGavín, Juan María. Asistencia sanitaria... Op. Cit. Pág. 85.

4.4. DESARROLLO NORMATIVO

El derecho a la protección de la salud del artículo 43 CE, ha sido objeto de un amplio desarrollo normativo por parte del legislador estatal y autonómico. En cuanto a la normativa estatal, para el objeto de estudio de este trabajo se procederá a hacer mención dos de las principales leyes que han regulado la materia: la Ley 14/1986, de 25 de Abril, General de Sanidad⁸⁹ y la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud⁹⁰.

Durante la segunda mitad del S. XIX y primera mitad del siglo XX, la intervención pública en los problemas de salud se daba desde un ámbito de protección colectiva de la salud, quedando la protección individual al margen.

La asistencia sanitaria individual empieza a ser objeto específico de cobertura, antes de la promulgación de la Constitución de 1978, con la Ley de 14 de diciembre de 1942 que crea el Seguro Obligatorio de Enfermedad (SOE). Este seguro se concibe como un mecanismo y con ello un objetivo de proteger a los trabajadores asegurados y los familiares a su cargo, protección que se manifiesta en la prestación de la asistencia sanitaria por enfermedad y reconocimiento de un subsidio sustitutiva del salario que dejan de percibir los trabajadores en consecuencia de dicha enfermedad. Pero, esta protección no alcanza a toda la población trabajadora, sino a aquellos que estuvieran por debajo de un umbral económico⁹¹.

Esta norma se mantiene hasta la promulgación de una legislación general de Seguridad Social, que tenía como propósito la unificación y sistematización de los diversos Seguros Sociales que se habían ido creando en España de forma progresiva, con una legislación propia. Esta operación se lleva a cabo a través de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Seguridad Social y del Texto articulado aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril (Ley de Seguridad Social de 1966). Esta misma línea se sigue mediante la posterior publicación de la Ley General de Seguridad Social de 1974. Vemos que la legislación en ese momento configura la asistencia sanitaria como una prestación de la Seguridad Social ante diferentes contingencias (accidente laboral, enfermedad profesional o maternidad, entre otras).

Con la promulgación de la Constitución Española de 1978, se produce un cambio fundamental en cuanto al reconocimiento del derecho, ya que lo proclama en su articulado, pese a los inconvenientes de su incorporación en el Capítulo III del Título I. La regulación

⁸⁹ BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986

⁹⁰ BOE núm. 128, de 29 de mayo de 2003

⁹¹ Pemán Gavín, Juan María. (2005). Asistencia sanitaria...Op.Cit. Pág. 7

preconstitucional habida hasta aquel momento, se entiende obsoleta por lo que se siente la necesidad de dictar una legislación general sobre sanidad que fije las bases de la Sanidad.

Esta legislación posterior a la CE en materia de sanidad no se verá realizada hasta el año 1986, que es cuando entra en vigor la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Así en el desarrollo legislativo posterior a la promulgación de la CE, destaca esta norma en cuanto es la primera Ley de desarrollo del derecho da la salud del artículo 43 CE, configurada como norma básica dictada en el ejercicio de la competencia estatal del artículo 149.1.16 CE aplicable a todo el territorio español. Esta regulación pretende dar respuestas a las previsiones constitucionales regulando la estructura del sistema sanitario público, los principios y actuaciones de los Servicios de Salud y las competencias de las Administraciones Públicas⁹². Se considera a esta Ley como uno de los grandes logros en cuanto posibilitó el tránsito del antiguo modelo sanitario de Seguridad Social al actual modelo de Sistema Nacional de Salud.

La Ley General de Sanidad (en adelante LGS), como señala la exposición de motivos de la norma, esta disposición legal se redacta básicamente por dos razones de peso: la primera de ellas es para dar cumplimiento al mandato constitucional del artículo 43 CE y con ello dar pie a la protección de la salud de todos los ciudadanos a través de la adopción de medidas idóneas por parte de los poderes públicos. La segunda razón se da por razones de incidencia en el plano organizativo.

Así la responsabilidad pública de atención al conjunto de los problemas de salud de la población debe estar materializada en una organización pública que asuma globalmente de los diversos aspectos relevantes con la salud humana⁹³. Esta ley así mismo introduce principios y criterios que han permitido a configurar las características de este SNS, así como los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con los servicios de salud, pero no tanto al contenido de las prestaciones sino al modo en que las prestaciones tienen que ser efectivamente realizadas⁹⁴, estos derechos se encuentran plasmados principalmente en el artículo 10 LGS. Decir que esta norma fija un marco normativo básico de la asistencia sanitaria, pero no regula el contenido de la misma, es decir, el *quantum* de la atención sanitaria pública⁹⁵.

⁹² Navarro Espejo, Antonio J. (2013). El Sistema Nacional de Salud (I): Organización y funciones, en Palomar Olmeda, Alberto y Cantero Martínez Josefa (Drs), Tratado de Derecho Sanitario. Volumen I. Navarra: Aranzadi. Pág. 330.

⁹³ Pemán Gavín, Juan María. Asistencia... Op. Cit. Pág. 16.

⁹⁴ *Ibidem*. Pág. 17.

⁹⁵ Para poder concretar el contenido de estas prestaciones sanitarias, se aprobó en su momento *el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud*, hoy ya derogado por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la

La LGS tiene como uno de los mayores logros la creación del Sistema Nacional de Salud (SNS), formado por los servicios de Salud de la Administración Pública del Estado y de las CCAA, considerándose como uno de los pilares normativos fundamentales de nuestro Estado Social⁹⁶. En su artículo 46, se diseña este sistema público de salud, estableciendo como características, la extensión de sus servicios a toda la población, la organización adecuada para prestar una atención integral a la salud, la coordinación y, en su caso, la integración de todos los recursos sanitarios públicos en un dispositivo único y la atención integral de la salud procurando altos niveles de calidad.

Así destaca que, el SNS se configura como un modelo basado en un principio de perspectiva universal, de carácter descentralizado y único que incorpora todas las funciones y prestaciones sanitarias⁹⁷. Decir que sobre la universalidad y la descentralización del modelo se hará mención posteriormente en los siguientes apartados objeto de estudio de este trabajo.

Posterior a la promulgación de la LGS, se ha dado diversa producción legislativa⁹⁸ sobre diversos aspectos de la Sanidad Pública, pero entre la que destaca la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Sanitario. Ésta se dicta, según lo dispuesto en el preámbulo, con motivo de los cambios producidos en la sociedad tanto culturales, tecnológicos como socio económicos y sanitarios. Así esta Ley se dicta como objetivo de modernizar y garantizar la calidad, la equidad y la participación social en el SNS, estableciendo acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas Sanitarias.

Así mismo, los principios que informan esta Ley serán la igualdad efectiva y de calidad, el aseguramiento universal y público por parte del Estado, la coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias para superar las posibles desigualdades en salud o la prestación de una atención integral a la salud, comprensiva tanto de su promoción como de la prevención de enfermedades, de la asistencia y de la rehabilitación, procurando un alto nivel de calidad (art. 2 LCC).

cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud. En este RD, se establecía en el Anexo I, aquellas prestaciones sanitarias facilitadas por el SNS agrupadas en cinco grupos: la atención primaria, la atención especializada, las prestaciones farmacéuticas y prestaciones complementarias como el transporte en ambulancia.

⁹⁶ Escobar Roca, Guillermo (2012). La protección...Op. Cit. Pág. 1087.

⁹⁷ León Alonso, Marta. La protección...Op.cit. Pág. 320-321.

⁹⁸ En este sentido, se han promulgado 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, la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias o la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal, las cuales no serán objeto de este estudio.

Una de las novedades a destacar es que incluye un catálogo de prestaciones, el cual prescindía la LGS, y una Cartera de Servicios, regulado en el Capítulo I "de las prestaciones". El catálogo de prestaciones comprenderá las prestaciones de salud pública, entendida como aquel conjunto de iniciativas organizadas por las Administraciones públicas para preservar, proteger y promover la salud de la población, la atención primaria, que es el nivel básico e inicial de atención que garantiza la continuidad de la atención a lo largo de la vida del paciente. Otra prestación que incluye este catálogo es la asistencia especializada que comprende actividades asistenciales, diagnósticas, terapéuticas y de rehabilitación y cuidados, la prestación de atención sociosanitaria o la prestación de atención de urgencia. Todas estas prestaciones se incluyen dentro de la cartera común básica de servicios asistenciales del SNS, las prestaciones de farmacia, ortoprotésica, la prestación con productos dietéticos, el transporte sanitario no urgente formarán parte de la cartera común suplementaria del SNS. Las CCAA, en base al artículo 8 quinquies, podrán aprobar respectivas carteras de servicio, en base a las competencias asumidas incluyendo como mínimo las prestaciones de la cartera común de servicios, en base de garantía de una igualdad mínima de los ciudadanos del territorio español. Este catálogo de servicios se ve desarrollado por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

Antes de entrar a estudiar la descentralización del modelo sanitario, comentar que por lo que se refiere a la asistencia sanitaria, se ha venido dando un debate doctrinal respecto a la relación entre el artículo 41 de la CE, que establece un régimen público de Seguridad Social y el artículo 43 CE. Esto en base a que una parte de la doctrina considera que se ha dado una desvinculación entre la Seguridad Social y asistencia sanitaria y otra parte que no lo ve tan claro. Pasaremos a ver algunos rasgos generales de estos argumentos, en cuanto se considera necesario ya que en base a esto el ámbito competencial será uno u otro.

En primer término la CE impone a los poderes públicos la obligación de asumir la protección de la salud individual y colectiva en el marco de un sistema público de salud, pero sin disponer cuál tiene que ser el modelo sanitario, de ahí la importancia de la LGS que será quien diseñe el Sistema público de salud, por el que se implanta el Sistema Nacional de Salud, como hemos visto.

Uno de los motivos por los que se da este debate se ha debido, a que como hemos visto, la asistencia sanitaria parte de unos antecedentes que vinculaba la asistencia sanitaria a la Seguridad Social, respecto solamente de aquellas personas que tenían vinculación con este sistema, considerándose que la LGS no es más que el fruto del desarrollo del Sistema de

Seguridad Social⁹⁹. Sin embargo, se ha motivado la desvinculación de este sistema por el hecho que el legislador ha optado por un Sistema Nacional de Salud caracterizado por una extensión de los servicios a toda la población, basándose en un sistema universal, por una organización que procura una atención integral y de calidad, por la coordinación y la integración de todos los recursos sanitarios, y por una financiación mediante recursos de las Administraciones Públicas, cotizaciones y tasas por la prestación de determinados servicios.

Uno de los puntos que se destaca a la hora de desgajar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social es que se asume por parte del Estado la totalidad de la financiación de la asistencia sanitaria a través del presupuesto del Instituto Nacional de Salud, esto indicaría una desvinculación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Así el sistema de financiación sanitaria no se apoyaba exclusivamente en las cotizaciones sociales vinculadas al trabajo sino en la carga tributaria soportada por todos los contribuyentes, ya que por un lado la Ley 24/1997, de 15 de julio de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, establece una separación y clarificación de las fuentes de financiación de la Seguridad Social y la Ley 49/1998, de presupuestos Generales del Estado para 1999, que consagra la separación de las fuentes de financiación de la asistencia sanitaria coordinada por el Instituto Nacional de Salud¹⁰⁰.

En este sentido BELTRÁN¹⁰¹, no tiene sentido que una asistencia sanitaria pública universalista y no contributiva se incluya en el sistema de SS, además de que el sistema de financiación de la sanidad hace que se proclame una desvinculación de la SS, y con ello una inclusión en el título competencial del artículo 149.1.16CE. Así lo afirma también LEÓN ALONSO¹⁰², al decir que se puede afirmar que la asistencia sanitaria individual es un elemento esencial del Sistema

⁹⁹ Este es el pensamiento, por ejemplo que lleva a cabo el autor Pemán Gavín, Juan Maria, que pone de manifiesto en algunas de sus obras.

¹⁰⁰ Solanes Corella, Ángeles. La salud como derecho en España: Reformas en un Contexto de crisis económica, en Revista Derechos y Libertades, núm. 31. Junio 2014. Pág. 135.

¹⁰¹ Beltrán Aguirre, J.L Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad, en Revista Derecho y Salud núm. 1, 2002. Pág. 25.

¹⁰² León Alonso, Marta (2010). La protección...Pág. 331.

En este sentido también se pronuncia Escobar Roca, Guillermo (2012). El derecho a la protección de la salud, en Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria. *"En cuanto a la problemática relación entre seguridad social y salud, nos adscribimos a la tesis según la cual los derechos a la seguridad social y salud están configurados de forma independiente, lo que ofrece un argumento para concluir que resulta más coherente con la CE que la titularidad del derecho a la salud no se haga depender de la previa condición de afiliado a la seguridad social, lo que tradicionalmente ha implicado alguna forma de cotización"*. Pág. 1077. Así mismo se refiere a que el SNS se basa en una desvinculación de la asistencia sanitaria de la SS, no se ha logrado del todo por lo que habla de que existe una "cierta esquizofrenia legislativa" Pág. 1086.

Nacional de Salud, que se configura como una institución integrada por los Servicios de Salud del Estado y de las CCAA, que asumen las funciones y prestaciones sanitarias.

4.5. LA DESCENTRALIZACIÓN DEL MODELO Y EL REPARTO COMPETENCIAL

La actual forma territorial del Estado español se define como un Estado autonómico, en que "*la actual forma territorial del Estado es el fruto de un largo y complejo proceso de construcción, que ha sido acuñado por la doctrina como Estado autonómico*"¹⁰³. Esta organización territorial del Estado encuentra su ubicación en el texto constitucional de 1978 en su Título VIII, que posibilita la asunción de materias por parte de las Comunidades Autónomas. Dos principios son los que caracterizarán esta forma de organización territorial: el principio de unidad por un lado, que se traduce como el resultado de una pluralidad de entes autonómicos integrada en una unidad estatal, destacando las técnicas de integración competencial dirigidas a que haya un orden competencial completo, y un principio de autonomía¹⁰⁴.

Por lo que se refiere al sistema de atribución de competencias, la CE, como norma suprema del Ordenamiento jurídico español, contiene los criterios que deben de regir dicha distribución entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El sistema de atribución de competencias ubicado en el mencionado Título VIII, constituye un marco general que se completa mediante la asunción de competencias por parte de los correspondientes Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas. Así en el modelo autonómico serán los Estatutos de Autonomía de cada CCAA los cuales determinarán las competencias que asumen dentro del marco que la Constitución establece.

El artículo 149 CE será el que establecerá aquellas materias cuya regulación compete exclusivamente al Estado español, y en el artículo 148 CE, se regulan aquellas materias que pueden ser asumidas por parte de las CCAA. Ya en su momento, antes de la promulgación de la LGS, el TC (Sentencia 32/1983, de 28 de abril FJ2) estableció que aunque el artículo 43 CE tenga una fijación de objetivos y derechos, sin embargo no prevé un reparto de competencias entre los poderes públicos a los cuales les compete organizar y tutelar la salud pública, por lo que hay que acudir al mencionado Título VIII de la CE y al correspondiente Estatuto de Autonomía.

El artículo 149.1.16 CE, establece como competencia exclusiva del Estado "*Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos*", y en

¹⁰³ Aragón Reyes, Manuel. La construcción del Estado autonómico, en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique FurióCeriol n° 54/55, 2006. Pág. 75.

¹⁰⁴Fossas i Espalader i Pérez Francesch (2008), *Lliçons...Op. cit. Pág. 179.*

el artículo 148.1.21, se establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en esta materia. Es en amparo a este último precepto que las CCAA empiezan a asumir competencias en materia de sanidad, proceso que empieza en el año 1981 y finaliza en 2001¹⁰⁵.

En base al artículo 149 CE, es que el Estado Español dicta la LGS, configurándolo como un sistema de carácter descentralizado, en que las CCAA ocupan un papel esencial, concibiéndose así como un conjunto de los servicios de salud de las CCAA que están debidamente coordinados.

En cuanto a la asistencia sanitaria individual, de importancia para este trabajo, nos referimos en el apartado anterior sobre la "controversia" dada en cuanto bajo qué precepto estaría incluida, si en el ámbito de la seguridad social o en contra en el Sistema Nacional de Salud. Aunque en un principio se decía que el precepto que atribuía la competencia de la asistencia sanitaria era el 149.1.17ª ya que se relacionaba con la seguridad social, ahora, forma parte del SNS, institución pública financiada con fondos públicos e independiente, que se regula en gran parte en la LGS¹⁰⁶. Así podemos decir que los preceptos en que se encuadra la competencia son los dos mencionados al inicio, aunque esta división no queda clara ya que con la reforma introducida en la LCC, a partir del RDL 16/2012, vuelve a establecer otra vez la condición de asegurado y beneficiario como requisito para acceder a la asistencia sanitaria, estableciendo que *"la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado"*. Pero en

¹⁰⁵ En el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña, recibe las transferencias en materia sanitaria el 1981 mediante el Real Decreto 1517/1981, de 8 de julio.

¹⁰⁶ Decir al respecto que el Consejo de Garantías de Cataluña, en el Dictamen 6/2012, de 1 de junio, se refiere a que *"hoy, la diferenciación entre «seguridad social» y «sanidad» se acentúa todavía más por el hecho de que, ya desde la Ley general de sanidad de 1986, el legislador ha optado por unificar toda la materia sanitaria en un solo título competencial, la «sanidad», al crear, al margen de la Seguridad Social, el Sistema Nacional de Salud y proceder a la consiguiente modificación del sistema de financiación, ahora integrado en el sistema general de financiación autonómica. Es decir, a efectos del sistema de distribución de competencias, puede afirmarse que la asistencia sanitaria, en todas sus vertientes prestacionales, se integra en el concepto material «sanidad interior», y no en la materia «seguridad social»"*.

En este sentido también se pronuncia la STC 98/2004, de 25 de mayo. FJ 5. *"A pesar de la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social, que dentro de su acción protectora incluye la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en los casos de maternidad, enfermedad (común y profesional) y accidente (común y de trabajo), no cabe subsumir la materia aquí cuestionada en el título competencial relativo a ella (art. 149.1.17 CE). Como se ha dicho con anterioridad, el precepto impugnado no se circunscribe a la asistencia sanitaria que es dispensada por el sistema de Seguridad Social a favor de los beneficiarios que se encuentran dentro de su campo de aplicación, sino, más ampliamente, a la financiación pública de una prestación sanitaria (el medicamento) proporcionada por el Sistema Nacional de Salud con carácter universalista a todos los ciudadanos"*.

definitiva la sanidad es un materia de titularidad compartida en la que al Estado tendrá que establecer las bases comunes para todas las CCAA, para asegurar una uniformidad y homogeneidad en el acceso a la sanidad, y a las Comunidades competará el desarrollo y la ejecución de dichas bases.

Como dice SOLOZÁBAL¹⁰⁷, la demanda en la descentralización de la materia sanitaria se ha considerado una tendencia imparable por dos motivos. Por un lado porque el monto económico y administrativo de los servicios de sanidad impide la renuncia de las CCAA a prescindir de las oportunidades de poder de la atención sanitaria, y por otro lado, porque ninguna CCAA va a renunciar a la legitimación que los poderes que las prestaciones sanitarias suponen; pero esto sin entender que el Estado no puede intervenir. Así mismo establece que el hecho que las prestaciones del Estado social corran a cargo de las CCAA no pueden poner en cuestión que éstas en su conjunto sean un verdadero sistema. La LGS ya diseña un modelo sanitario basado en la descentralización, en el que las CCAA tienen un lugar que es preeminente. Así se concibe el SNS como un conjunto de servicios de salud de las CCAA debidamente coordinados.

Por un lado el artículo 149.1.16 CE, establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre "*Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos*", así como en lo que se refiere a la "*legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas*" (artículo 149.1.17CE).

Por lo que se refiere a esta distribución de competencias, en muchas ocasiones ha sido necesario la intervención del TC para poder esclarecer el ámbito competencial.

Respecto a la competencia del Estado Español, de "*bases y coordinación general de la sanidad*", de manera previa podemos entender ésta como la potestad de poder establecer lo básico en materia sanitaria y elaborar una normativa uniforme que sea de aplicación a todo el Estado. El objetivo sería asegurar una unidad en la materia y con ello una unidad normativa¹⁰⁸. Así una vez el Estado haya establecido cuales son las bases, corresponderá a las respectivas CCAA, llevar a cabo un desarrollo legislativo así como la ejecución de las normas¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Solozábal Echavarría, Juan José. Bases constitucionales...Op. Cit. Pág. 8.

¹⁰⁸ Así también lo manifiesta en un primer momento el TC en la STC 32/1983, de 28 de abril FJ2, entre otras, que lo que se persigue con la competencia para fijar bases de una determinada materia, es "*que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, porque con ellas se proporciona al sistema normativo, en este caso el de la sanidad nacional, un denominador común, a partir del cual cada Comunidad podrá desarrollar sus propias competencias*".

¹⁰⁹ *Ibidem* Pág. 24-25

El TC, define en un primer momento, qué se llega a entender por básico. Primero respecto a los requisitos formales, dicho Tribunal establece que, para que no se dé una incertidumbre jurídica, el instrumento adecuado para poder establecer el carácter básico de la norma será la ley, que deberá declarar expresamente el carácter básico de la norma o en su defecto estar dotada de una estructura que permita inferir directa o indirectamente su pretensión básica (STC 69/1988, 19 de abril FJ5), aunque cabe añadir que se ha manifestado que excepcionalmente cabe la posibilidad de que se consideren como básicas algunas regulaciones no contenidas en norma con rango legal cuando es necesario como finalidad (STC 179/1992, de 13 de noviembre FJ2). Así en este sentido tenemos la LGS que en su artículo 1.2 dispone que *"Esta Ley tendrá la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.16 de la Constitución y será de aplicación a todo el territorio del Estado"*.

Ya entrando en la noción material de bases o normativa básica, el TC en un primer momento establece que lo que se persigue, como bien apuntamos antes es un marco normativo unitario dirigido *"a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad ya que con las bases se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales , a partir del cual pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto"* (STC 109/2003, de 5 de junio FJ. 4)¹¹⁰. Así mismo en una sentencia reciente (STC 22/2012, de 16 de febrero FJ3) ha manifestado que el concepto de bases se tiene que entender como principios normativos que ordenan o informan una materia, que vendrá a ser el denominador común. Siendo con ello *"lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto. Con esa delimitación material de lo básico se evita que puedan dejarse sin contenido o cercenarse las competencias autonómicas, ya que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma"*.

¹¹⁰ Así lo han señalado diversas sentencias: STC 1/1982, de 28 de enero FJ 1, STC 1/2003, de 16 de enero FJ 8. " es un marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad -ya que con las bases se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales-, a partir del cual pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto. Corresponde, en definitiva, al legislador estatal la determinación de ese común denominador normativo.

En definitiva, como dice MUNUERA¹¹¹, en lo que atañe al sistema sanitario, la competencia estatal es aquellas decisiones que esté implicada la igualdad básica de los ciudadanos en las condiciones de salud, o que puedan tener una incidencia negativa sobre la unidad del mercado nacional.

Con ello, vemos que la ley estatal lo que hará será establecer el contenido nuclear de una materia para garantizar una uniformidad en todo el Estado pero que no deje sin contenido el desarrollo de las bases por parte de las CCAA que hayan asumido dicha competencia. Cabe añadir que el TC ha manifestado en diversas ocasiones que lo básico cumple más bien una función de ordenación mediante mínimos, siendo suficiente y homogéneo, teniendo que ser respetado, pero permitiendo a las CCAA con competencia establecer niveles de protección más elevados y con ello que los niveles estatales sean mejorables en virtud de su competencia y de su autonomía financiera, sin entrar en dicho caso en contradicción con la normativa estatal¹¹².

Así mismo, el TC¹¹³ respecto a la *coordinación de la sanidad*, establece que "*la coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones, que impidan o dificulten la realidad misma del sistema. Esta coordinación presupone que existen competencias en materia de sanidad, competencias que el Estado deberá respetar sin dejar sin contenido las competencias de las CCAA. Además de que esta coordinación deberá ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario*". Así esta competencia implicará la existencia de competencias autonómicas que el Estado deberá de coordinar respetando siempre el contenido de estas competencias.

¹¹¹ Navarro Munuera, Andrés. Sanidad y servicios sociales en Cataluña. Las competencias autonómicas y su ejercicio por la Generalidad de Cataluña. Autonomías: Revista catalana de derecho público, N° 12, 1990. Pág. 82-83.

¹¹² En este sentido: STC 170/1989, de 19 de Octubre FJ 2, STC 102/1995, de 26 de junio FJ. 9 o STC 98/2004, 25 de mayo FJ 7. Respecto a esta última, el Tribunal establece que "*efectivamente la Constitución exige al Estado que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, sin perjuicio de las normas que puedan dictar las CCAA dirigidas a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado*".

¹¹³ STC 32/1983, de 28 de abril FJ. 2

Estas normativas de bases y coordinación, enlazan con la garantía de un estatuto jurídico básico del derecho a la asistencia sanitaria. LEÓN ALONSO¹¹⁴ se refiere a que el equilibrio entre autonomía e igualdad en el seno del SNS conlleva el reconocimiento de un estatuto jurídico mínimo del derecho a la asistencia sanitaria que el Estado tendrá que garantizar a todos los ciudadanos en el territorio español, es decir, que las CCAA están obligadas a hacer efectivo al menos el contenido básico de este derecho. Una vez se introduce el mínimo será cuando se podrá introducir elementos diferenciales por parte de las Comunidades. De hecho una garantía de igualdad en un sistema sanitario descentralizado, es una regulación homogénea en los aspectos subjetivos y objetivos. Es en base a este aspecto en que el Estado tiene atribuida la competencia del artículo 149.1.16 CE, para que las Comunidades respeten unos niveles mínimos de protección de la salud. A partir de estos mínimos las Comunidades podrán desarrollar y llevar a cabo la ejecución en virtud de las materias que tienen atribuidas.

Por lo que se refiere a las Comunidades Autónomas, la LGS en su artículo 2.2, se refiere también que estas "*podrán dictar normas de desarrollo y complementarias de la presente Ley en el ejercicio de las competencias que les atribuyen los correspondientes Estatutos de Autonomía*". Así mismo, en el artículo 41.1 LGS, se establece que por lo que atañe a la materia de sanidad, las CCAA asumirán aquellas materias asumidas en los Estatutos de Autonomía y las que el Estado les transfiera o delegue, en su caso.

Por lo que se refiere a la Comunidad Autónoma de Cataluña¹¹⁵, el Estatuto de Autonomía de Cataluña en la dicción reformada por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante EAC)¹¹⁶, reconoce en su artículo 162.1, competencia exclusiva en cuanto la organización y el funcionamiento interno, la evaluación, la inspección y el control de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

Así mismo también asume como competencia compartida (art. 162.2 EAC) reconoce que le corresponde, en lo que nos interesa, "*la ordenación, la planificación, la determinación, la regulación y la ejecución de las prestaciones y los servicios sanitarios, sociosanitarios y de salud mental de carácter público en todos los niveles y para todos los ciudadanos*", "*la ordenación, la planificación, la determinación, la regulación y la ejecución de las medidas y las*

¹¹⁴ León Alonso, Marta. La protección...Op. Cit. Pág. 453.

¹¹⁵ Decir que Cataluña se sitúa en la primera etapa de transferencias de las competencias en materia sanitaria del Estado a las Comunidades Autónomas. En su Estatuto de Autonomía de 1979 (hoy ya derogado), en su artículo 17 hacía mención a las competencias en esta materia, además que en 1981, se produce el traspaso de las funciones y servicios del INSALUD a esta Comunidad, mediante Real Decreto 1517/1981, de 8 de julio, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Cataluña.

¹¹⁶ BOE núm. 172, de 20 de julio de 2006.

actuaciones destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos" y "la planificación de los recursos sanitarios de cobertura pública y la coordinación de las actividades sanitarias privadas con el sistema sanitario público".

Así mismo, el artículo 111 EAC, establece que en las materias que el Estatuto atribuye a la Generalitat de forma compartida con el Estado, corresponde a la Generalitat la potestad legislativa, reglamentaria y función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado. El Parlamento debe desarrollar y concretar a través de una ley aquellas previsiones básicas. Así la competencia autonómica sobre sanidad tendrá como límite las bases que establezca el Estado como ya mencionamos¹¹⁷.

Decir que con las última reformas estatutarias se establece por parte de algunos Estatutos de Autonomías, entre ellas el EAC, el reconocimiento de derechos subjetivos públicos, entre los que se encuentra "los derechos en el ámbito de la salud". Así el EAC reconoce en su artículo 23.1 que "*todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad y gratuidad a los servicios sanitarios de responsabilidad pública, en los términos que se establecen por ley*". reconociendo un carácter universal al establecer "todas las personas", sin ningún tipo de discriminación.

5. SOBRE LA TITULARIDAD DEL DERECHO: CRÍTICA AL REAL DECRETO LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL, DE MEDIDAS URGENTES PARA GARANTIZAR LA SOSTENIBILIDAD DE EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y SEGURIDAD DE SUS PRESTACIONES.

5.1. El Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad de sus prestaciones.

Apelando a la existencia de una grave crisis económica que afecta al Estado español, el Gobierno del Partido Popular llevó a cabo reformas legislativas estructurales que han afectado ámbitos especialmente sensibles, y muy especialmente el sanitario. Reformas que en la mayoría de casos se ha introducido apelando a la existencia de una extraordinaria y urgente necesidad mediante Real Decreto-Ley. Así en su momento el Gobierno en su momento dicta el RDL 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la Sostenibilidad del SNS y seguridad de sus prestaciones¹¹⁸ (en adelante RDL 16/2012), para introducir, entre otros, cambios en la titularidad del derecho por el cual se pasa del concepto de ciudadano a el

¹¹⁷ Podemos citar la obra Conde i Castejón, Jordi (1992). La conflictivitat competencial. El concepte de bases. Institut d'Estudis Autònoms de Catalunya. Barcelona: Generalitat de Catalunya.

¹¹⁸ BOE núm. 98, de 24 de abril de 2012.

concepto de asegurado y beneficiario, dejando con ello fuera del Sistema Nacional de Salud a determinados colectivos.

En su preámbulo establece diversas causas que intentan justificar la reforma llevada a cabo por el Gobierno del Partido Popular. Por un lado basadas en razones de ahorro económico, es decir, en la sostenibilidad del SNS. Por otro, por la descoordinación entre los servicios de las diferentes CCAA, estableciendo que "la ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento en todo el territorio nacional, el crecimiento desigual en las prestaciones, la falta de adecuación de algunas de ellas a la realidad socioeconómica y la propia falta de rigor y énfasis en la eficiencia del sistema ha conducido al SNS a una situación de dificultad económica"¹¹⁹. Además se añade que hay una fuerte descoordinación del SNS, descoordinación entre los servicios de salud autonómicos. Por último, refiriéndose al "turismo sanitario". Apoyándose en una aportación de informes emitidos por el Tribunal de Cuentas, manifestando que el volumen de gasto era incompatible con la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, informes que como se ha manifestado, no se considera que demuestre el coste de los servicios sanitarios.

Esta decisión por parte del Gobierno, ha hecho que se den diversas reacciones por parte de la doctrina, manifestando diferentes problemas que comporta esta nueva modificación. Por un lado se habla de la posible vulneración del derecho al hacerse dichas modificaciones en elementos que se consideran esenciales como es la titularidad, que venía dándose en España un gran paso ya que había una tendencia a la universalidad, al regularse mediante una regulación de urgencia por parte del Gobierno.

5.1.1. Sobre el uso del Decreto-Ley y la existencia de una extraordinaria y urgente necesidad.

Ha habido una prevalencia del decreto-ley para afrontar la crisis económica, y con ello, como establece CARMONA CONTRERAS¹²⁰ este instrumento "ha pasado a afirmarse como instrumento prácticamente exclusivo de conformación de nuestro ordenamiento jurídico. Los ámbitos temáticos abordados por las constantes normas gubernamentales de urgencia presentan tal relevancia cualitativa que no resulta exagerado afirmar que el espacio regulador accesible para la potestad legislativa de las Cortes Generales ha quedado irremisiblemente relegado a un ámbito decididamente secundario".

¹¹⁹ Exposición de motivos I, párrafo segundo, del RDL 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad de sus prestaciones

¹²⁰ Carmona Contreras, Ana M. El decreto-ley en tiempo de crisis, en Revista Catalana de DretPúblic, núm. 47, 2013. Pág 14.

El Real Decreto Ley es un instrumento, que habilita al Gobierno a llevar a cabo una elaboración de una norma a la que se le va a reconocer rango de ley, pero este instrumento supone una excepción o alteración de uno de los principios de los Estados democráticos de Derecho como es el de la separación de los poderes del Estado¹²¹. Ello en cuanto se da un desplazamiento del poder legislativo de las Cortes Generales, que asume la condición de legislador *natural*, es decir, de sujeto que ejerce esa facultad por regla general, hacia el Gobierno en que la propia Constitución autoriza a una iniciativa gubernamental cuando concurren circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad, quedando legitimada para aprobar disposiciones legislativas provisionales bajo la forma de decreto-leyes, que no afecten a las materias que se aludan específicamente en la norma constitucional¹²². Así este instrumento es una excepción al procedimiento legislativo ordinario y, *también por ello quedará sometido a la concurrencia de todos los presupuestos y a la participación de las minorías que éste dispensa, y como tal sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de todos los presupuestos circunstanciales y materiales enunciados en dicho precepto que lo legitime. Entre los que se incluyen, en lo que aquí importa, la necesaria conexión entre la facultad legislativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante, esto es, una situación "de extraordinaria y urgente necesidad"* (STC 137/2011, de 14 de Septiembre FJ 4).

Respecto al presupuesto habilitante, que mencionaremos sin querer hacer un estudio exhaustivo de ello, pese a que nos hallamos ante un concepto indeterminado constitucionalmente y por el que el Gobierno goza de un margen de discrecionalidad, ello no quiere decir que no se den límites constitucionales y con ello no estamos ante una cláusula vacía de contenido¹²³.

¹²¹ Cantero Martínez, Josefa. Posicionamiento de la asociación de juristas de la salud ante el RDL 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. (01/12/2012), en www.ajs.es (última visita Abril). Pág. 4.

¹²² Carmona Contreras, Ana M. El decreto-ley... Op. Cit. . Pág. 3.

Sobre este punto referentes a las materias nos referiremos seguidamente con más claridad.

¹²³ Así la STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3, establece que la apreciación del presupuesto habilitante corresponde al Gobierno con un margen de discrecionalidad considerable, pero que este presupuesto habilitante no está libre de ninguna restricción, teniendo el TC capacidad para llevar a cabo un examen sobre la competencia habilitante. Por otro lado la STC 6/1983, de 4 de febrero FJ 5, se refiere a que para considerar la urgente necesidad se vincula a "*situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes*".

Respecto a esta discrecionalidad del Gobierno, cabe advertir que la STC 68/2007, de 28 de marzo, declara la inconstitucionalidad del RDL 5/2002, de 24 de mayo de medidas urgentes para la reforma de la protección del paro y la mejora de empleo, por considerar que el Gobierno no aportaba una justificación que permitiera apreciar la concurrencia del presupuesto habilitante. Así la legitimidad constitucional del

En el caso del Real Decreto Ley 16/2012, hace mención a motivos exclusivamente económicos, y por ello se considera, por ejemplo por parte del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña (CGEC), que la única referencia que solo hay una referencia genérica sin que con ello se pueda justificar de una manera motivada y expresa la razón de la urgencia¹²⁴. En este sentido, DELGADO DEL RINCÓN, manifiesta que no considera que se acrediten de forma explícita y suficientemente razonada la conexión necesaria que ha de existir entre la situación de urgencia, es decir, la grave dificultad económica que atraviesa el Sistema sanitario público, y la medida que se adopta en el decreto-ley de privar de la asistencia sanitaria pública a los extranjero, salvo la alusión genérica a la situación de crisis económica¹²⁵.

Aunque se da una difícil situación económica del SNS, manifiesta CANTERO¹²⁶, que da una impresión que las medidas que se adoptan por parte del RDL 16/2012 es una cuestión de precipitación, que se ha demostrado en las diversas correcciones que se han dado, ya no solo gramaticales sino que también modificaciones sobre cuestiones sustantivas.

El exceso del uso del decreto-ley no solo ha incidido en la justificación de presupuesto habilitante que venimos comentando sino que también, en otro de los límites que establece el artículo 86.1 CE, al establecer que los *"Decretos-leyes no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general"*. Interesa a comentar como objeto de regulación la protección a la asistencia sanitaria, en concreto de la titularidad del derecho a la protección de la salud, a través de Decreto-Ley.

Este artículo 86.1CE impide que el decreto-ley pueda afectar a "derechos, deberes y libertades del Título I", por lo que excluye su regulación mediante este instrumento, aquí podemos plantearnos si el derecho que establece el artículo 43, como parte integrante de los derechos de carácter social recogidos bajo la rúbrica de "los principios rectores de la política social y económica" se incluirían en este mandato y con ello se estaría vulnerando el artículo 86.1 CE con respecto al límite material. Vemos que muchos de los problemas para garantizar su efectividad es la inclusión de estos en el Capítulo III como principios rectores.

decreto-ley se condiciona a la exigencia de justificación expresa por parte del Gobierno de que concurre una situación urgente y que el contenido de la norma tiene relación con esta situación.

¹²⁴ Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña, 6/2012, de 1 de junio FJ3.

¹²⁵ Delgado del Rincón, Luis E. El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el RDL 16/2012, de 20 de Abril, en Revista de Estudios Políticos núm. 163 enero-marzo, 2014. Pág. 206.

¹²⁶ Cantero Martínez, Josefa. Constitución y derecho a la protección de la salud ¿Existe algún límite frente a los recortes sanitarios?, en Revista CESCO de Derecho de Consumo núm. 8, 2013. Pág. 25.

Encontramos por un lado posicionamiento respecto a que no estamos ante un derecho que limite la intervención mediante decreto ley por estar incluido en dentro de los principios rectores. En este sentido encontramos por ejemplo, que el Consejo de Garantías de Cataluña, en el Dictamen 6/2012, de 1 de Junio, establece que el artículo 43 CE al ubicarse entre los principios rectores de la política social y económica que disfrutan de las garantías establecidas por el artículo 53.3CE, no se lo puede considerar como un derecho subjetivo en el mismo sentido que los derechos del Capítulo II del Título I de la Constitución, sino que es un principio rector vinculante para los poderes públicos, y por ello "*debemos concluir que no estamos ante un derecho subjetivo constitucional en el sentido establecido por la norma fundamental como límite material de los decretos-leyes*", y con ello no se vulnera el límite material del artículo 86.1CE.

En este sentido DELGADO DEL RINCÓN¹²⁷, manifiesta que el artículo 86.1CE no lesionaría lo que se dispone en la norma constitucional ya que se estaría ante una norma que no afecta a un derecho fundamental, sino a un derecho prestacional, a un principio rector como es el artículo 43CE, que no está excluido del ámbito material de regulación del Decreto- ley. De hecho en este sentido se refiere el legislador al pronunciarse sobre la regulación de la materia mediante decreto-ley, al establecer que el "*TC ha considerado que el hecho de que una materia esté sujeta al principio de reserva de ley no permite concluir que la misma se encuentre excluida del ámbito de regulación del real decreto-ley, el cual puede penetrar en dicha materia siempre que se den los requisitos constitucionales de presupuesto habilitante y no «afecte», en el sentido constitucional del término, a las materias excluidas en el artículo 86 de la Constitución Española*, aspecto que necesariamente se relaja al encontramos en presencia de un principio rector de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la Constitución.

Por otro lado, encontramos una posición contraria sin duda más garantista, que establece que en la mención que hace el artículo 86.1 CE, se debería incluir también los derechos establecidos en el Capítulo III del Título I, con ello refiriéndose a la totalidad de los derechos del Título I de la CE (así, el derecho a la vivienda, derecho a la protección de la salud, etc.)¹²⁸.

Respecto a que no podrán afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos del Título I, el TC se ha pronunciado en el sentido que la cláusula del artículo 86.1 CE, se debe entender en el sentido de que el decreto-ley no se reduzca a nada , ni que permita que se regule

¹²⁷ Delgado del Rincón, Luis E. EL derecho a la asistencia... Op. Cit. Pág. 206-207. Pero a la vez este mismo autor, señala que este criterio encuentra dificultades cuando se está hablando de un derecho que tiene una clara conexión con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física de las personas del artículo 15CE, además de que estamos ante un derecho constitucional materialmente fundamental y de titularidad universal que guarda una estrecha relación con la dignidad humana.

¹²⁸ Ponce Solé, Juli (2013). El derecho y la (ir)reversibilidad...Op. Cit. Pág. 68.

mediante este instrumento, el régimen general de los derechos y libertades del Título I, ni dé pie para que altere el contenido o elementos esenciales de alguno de esos derechos (STC 111/1983, de 2 diciembre FJ 8).

Así en el caso en que se considere a los derechos del Capítulo III, como parte integrante de este ámbito restringido para el uso del decreto-ley, la titularidad del derecho a la protección de la salud se consideraría como uno de los elementos esenciales que inciden en el régimen general¹²⁹, y con ello se estaría ante la necesidad de reservar al legislador ordinario cuestiones que puedan afectar a la configuración del derecho para poder garantizar un debate parlamentario, a través del procedimiento legislativo¹³⁰.

Respecto a este punto vemos entonces, que el motivo de la inclusión de derechos como el de la salud entre los "principios rectores de la política social y económica", es uno de los motivos por los que ya no solo tiene un amplio margen para regular el contenido sino que también respecto a los instrumentos a utilizar a la hora de regularlos, sin establecer una cierta restricción clara al respecto.

5.1.2. Titularidad del derecho: de la pretendida universalidad al término asegurado

La universalidad es una de las características de los Derechos humanos, por la que se reconoce los derechos a todas las personas sin ningún tipo de distinción, aunque la forma en que se configura la titularidad de estos derechos, en concreto el derecho a la salud, es muy alejada al término.

En el caso español, sin embargo, la universalidad ha sido una de las notas básicas a partir de la redacción de la LGS del Sistema Nacional de Salud. Esta nota de universalidad se vendría a referir al reconocimiento y extensión del derecho a la protección de la salud a toda persona por su condición de ser humano y residir en el Estado Español¹³¹.

¹²⁹ *Ibidem* Pág. 68.

¹³⁰ Aguado i Cudolà, Vicenç y Prado Pérez, Raquel. Derecho a la protección de la salud y la exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para su limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado de bienestar, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100. Mayo-Diciembre 2014. Pág. 92.

En este sentido el autor Delgado del Rincón, Luis E. El derecho a la asistencia...Op. Cit. Pág. 202-203, se refiere a que incluso habiéndose elaborado el Decreto-Ley por el Gobierno, el Gobierno tenía en sus manos la opción de haber tramitado la norma como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, en el que tanto la vía ordinaria como ésta última hubieran permitido un debate y deliberación parlamentaria más amplia y participativa, más acorde con el principio democrático.

¹³¹ Cantero Martínez, Josefa. La universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias públicas, en *Revista Derecho y Salud*, volumen 24 núm. Extra. 2014. Pág. 96.

Cabe decir que este aspecto relativo a la universalidad no venía siendo un proceso inmediato, sino que se ha caracterizado por ser un proceso lento, que ha ido avanzando a lo largo de los años, en la medida que se ampliaba la titularidad del derecho, quedando en un objetivo que venía consiguiéndose aunque no en su amplitud (independientemente de la regulación dada por parte de las CCAA), configurándose como un modelo de extensión a toda la población aunque de manera gradual (Disposición Transitoria 5ª LGS). Pero, ésta encaminada universalidad tiene un punto de inflexión con la modificación que introduce el RDL 16/2012 vinculando la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria a la condición de asegurado y beneficiario, por el que se deja con ello excluidos determinados colectivos, como la población inmigrante irregular¹³².

Para ver esta titularidad del derecho, vamos a ver la evolución que se ha dado al respecto, y con ello los cambios introducidos por la normativa de urgencia.

La titularidad del derecho a la asistencia sanitaria antes de la entrada en vigor del RDL 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad de sus prestaciones

Por lo que se refiere a la titularidad antes de la reforma del RDL 16/2012, como veníamos diciendo, esta venía siendo calificada por parte de la doctrina de carácter universalista que implantaba el SNS por el hecho de que no se daba exclusión hacia ningún colectivo, y con ello viniendo en cierto modo a cumplir con la normativa internacional, que se basa en una titularidad universal.

La LGS en su artículo 1 apartado segundo y tercero, establecía: "*2. Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional. 3. 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*".

¹³² La integración de la asistencia sanitaria ha tenido diversos tropiezos, como la vinculación de la financiación de la asistencia sanitaria a la Tesorería General de la Seguridad Social y el retraso habido en las modificaciones de las competencias de los Estatutos de Autonomía para asumir las competencias en esta materia y así proceder al traspaso de las funciones del INSALUD a los Servicios de Salud autonómicos¹³². Un autor a destacar en este sentido es BELTRÁN AGUIRRE¹³², que manifiesta el sinsentido que sería el incluir una asistencia sanitaria pública y universalista en el sistema de la Seguridad Social, manifestando una desvinculación de la asistencia sanitaria del ámbito de la SS, así mismo se refiere a que una cosa son los títulos legales que dan derecho a las prestaciones sanitarias y otra cosa es la naturaleza jurídica de esta asistencia.

En consonancia con ello, la LCC incluía en su artículo tercero, como titulares del derecho a la protección de la salud y de la asistencia sanitaria:

"1. Son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria los siguientes:

a) Todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000¹³³.

b) Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que tienen los derechos que resulten del derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación.

c) Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea que tienen los derechos que les reconozcan las leyes, los tratados y convenios suscritos.

2. Las Administraciones Públicas orientarán 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.

Así, venía siendo titular del derecho la persona individual, pero como sujeto activo el poder público ya que se exige su intervención para hacer posible su protección. Se abogaba a una titularidad amplia, en la cual se reconocía el derecho a toda persona sin establecer ningún tipo de distinción de trato y por lo tanto de desigualdad, por situación administrativa. Además este precepto cumplía con los principios establecidos en el artículo 2 de la misma ley, que mantenía el aseguramiento universal y público por parte del Estado, además de que se reconocía una prestación de servicios en igualdad de trato. Así los poderes públicos no podían dejar de prestar asistencia a ninguna persona, aunque se encontrara en situación irregular (exceptuando aquellos que no se encontraban empadronados).

En este sentido, el SNS garantizaba el acceso de cualquier individuo en condiciones de igualdad a las prestaciones sanitarias públicas, correspondiendo la titularidad del derecho a todos y por igual. La doctrina, antes de la entrada en vigor del RDL 16/2012, se refería a la hora de hablar de la titularidad, de un carácter universalista del derecho a la protección de la salud y con ello la

¹³³ En este caso, dicho artículo establecía que "Los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles", teniendo como única condición el empadronamiento.

universalidad como uno de los rasgos esenciales del SNS¹³⁴. La universalidad de este derecho, se menciona que ya aparece de manera implícita reconocido en la CE al proclamar en el artículo 43.1CE, el derecho a la protección de la salud sin ninguna limitación subjetiva¹³⁵. LEMA AÑÓN, se refiere a que el derecho a la salud, pero sobre todo el derecho a la asistencia sanitaria pública, se asume como un derecho de carácter universal en su diseño. Si bien la LGS no estableció clara y explícitamente la universalización, sino que más bien la plantea de forma progresiva, su lógica de partida es la universalidad y así es como se ha venido desarrollando desde un punto de vista normativo a través de la incorporación de sectores de la población¹³⁶.

El amplio reconocimiento que se venía haciendo en este derecho en materia de titularidad, hacía ver al SNS como un modelo de cierta manera ejemplar, ya que parecía que la presumida universalidad de este derecho que se venía desempeñando iba en ascenso, pero en este punto se da un paso atrás a partir de la reforma introducida por el RDL, que ni tan solo utiliza el término titularidad, sino que habla de "condición de asegurado".

La titularidad del derecho después de la entrada en vigor del RDL 16/2012

El RDL 16/2012, ha supuesto diversas reformas en el ámbito sanitario, pero una de las más destacables y de las que más discusión ha comportado, es sin duda el cambio que se ha producido en la titularidad del derecho, que se ha sustituido por el concepto de "asegurado", deviniendo en que la titularidad del derecho ya no es automática sino que será necesario que un ente administrativo, como es el Instituto Nacional de Seguridad Social¹³⁷, sea quien diga si se cumplen los requisitos para poder acceder a las prestaciones del sistema, reconociendo así la condición de asegurado.

LEMA AÑÓN, manifiesta que la entrada en vigor de este RDL supone un paso atrás desde el punto de vista de la titularidad por tres motivos: por la introducción del término asegurado, por la introducción de la beneficencia al exigir que las personas no cotizantes acrediten que no superan un determinado límite de los ingresos para poder acceder a la condición de beneficiarios

¹³⁴ Escobar Roca, Guillermo (2012). El derecho a la protección de la salud...Op. Cit. Pág. 1138, refiere a que *"debe precisarse antemano que la universalidad del derecho a la salud se refiere a su contenido constitucional, lo que implica, ante todo, asistencia sanitaria suministrada o organizada por el Estado, resultando legítima la existencia de regímenes diferenciados de prestación, siempre que para todos las personas se respete dicho contenido constitucional"*.

¹³⁵ En este sentido se refieren León Alonso, Marta. La protección... Op. Cit. Pág. 333 y Lema Añón, Carlos. La erosión del derecho... Op. Cit. Pág. 229

¹³⁶ Lema Añón, Carlos. La erosión del derecho... Op. Cit. Pág. 241.

¹³⁷ Artículo 4, 5 y 6 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

y por último por el retroceso que se da en el camino de la universalidad al excluir expresamente a colectivos vulnerables, como son los extranjeros en situación irregular¹³⁸.

Así, de acuerdo con lo que prevé esta norma, para ser titular del derecho a la asistencia sanitaria ya no bastará con tener la condición de ciudadano o persona, o ser nacional o extranjero, sino que se exigirá acreditar la condición de asegurado, vinculándose además con el sistema contributivo de la seguridad social.

La condición de asegurado

El artículo 1 de este RDL, pasa a modificar el artículo 3 de la LCC que regulaba la titularidad bajo la rúbrica "titulares del derecho", estableciendo "*la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado*"¹³⁹. A los efectos de esta condición, se considerará como asegurado aquellos que estén en algunas de las siguientes situaciones:

- a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.*
- b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.*
- c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.*
- d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título*¹⁴⁰.

Así vemos que quien carezca de esta condición de asegurado no tendrá permitido el acceso a la asistencia sanitaria, aunque se dan algunas excepciones, en casos de que se acredite que no se

¹³⁸ Así se refiere Lema Añón, Carlos. La erosión del derecho... Op. Cit. Pág. 243.

¹³⁹ Se vuelve a una terminología más bien propia de la Seguridad Social, en principio se suponía que se había dado una separación entre los dos sistemas, así también lo manifiesta el preámbulo del RDL, pero parece ser que ahora se pone en duda esta cuestión.

¹⁴⁰ En este último apartado, se modifica por parte de la Ley 22/2013 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, estableciendo en su Disposición Final 11, que será necesario residir en territorio español, quedando redactado de la siguiente manera en la LCC "*Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, encontrarse en situación de desempleo, no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título y residir en España*". En este caso se está excluyendo al colectivo de los emigrantes españoles que se encuentran fuera del territorio español por in plazo superior a 90 días.

supera el límite de ingresos que se establece reglamentariamente, pero teniendo en cuenta que esto se da respecto a las "personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español" (artículo 3.3 RDL y LCC).

Además, aquellas personas que no ostenten la condición de asegurado podrán acceder a la asistencia sanitaria siempre que realicen un pago de la contraprestación o mediante la suscripción de un convenio especial. Requisito que es cuestionado ya que por ejemplo en el colectivo inmigrante que se encuentra en una situación de recién llegada y en una situación de irregularidad, lo más probable es que no puedan hacer frente a este pago, por lo que se está dando una exclusión, que posteriormente veremos con un poco más de detalle.

Esta condición de asegurado estará ligada al reconocimiento de una relación laboral o familiar que justifica la atención por parte del SNS, en contra de la sanidad universal que reconocía como titulares a todos los ciudadanos sin tener en cuenta más requisitos. Con este cambio se observa como la separación que se creía existente entre el SNS y el artículo 41 CE, y que se pretendía superarse con la universalización del artículo 43CE se ve cuestionada¹⁴¹.

Decir que, el RDL establece como beneficiarios "siempre que residan en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes y personas asimiladas a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%.". Con esta redacción vemos que se da una exclusión a aquellos mayores de 26 años que no hayan trabajado con contrato laboral en las mismas condiciones que los asegurados.

La exclusión de colectivos vulnerables: especial referencia al colectivo inmigrante

Otro de los cambios introducidos por el RDL 16/2012 es, como se ha mencionado, la exclusión a la asistencia sanitaria del colectivo inmigrante en situación irregular, quedando así limitado el acceso a aquellos que dispongan de un permiso de residencia legal¹⁴². También se da una

¹⁴¹ Palomar Olmeda, Alberto; Larios Risco, David; Vázquez Garranzo, Javier; (2012). La reforma sanitaria. Navarra: Aranzadi. Pág 55.

¹⁴² Como ya hemos apuntado, antes de la aprobación de la citada norma, los extranjeros tenían acceso a la sanidad con independencia de su situación administrativa, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles, con un único requisito que era el empadronamiento en el municipio de residencia habitual (así lo establecía el artículo 12 LOEX). Con esta desvinculación a la residencia legal se daba un proceso que era tendente a la universalización del derecho a la protección de la salud

desaparición del antiguo artículo 3.3 de la LCC, inciso fundamental que garantizaba la igualdad por lo que se refiere en materia de salud *“las Administraciones Publicas orientaran sus acciones en materia de salud, incorporando medidas activas que impidan la discriminación a 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”*.

La aprobación de esta normativa de urgencia, modifica el artículo 12 LOEX, estableciendo que *“los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”*, y así también el artículo 3 de la LCC, en el que como hemos visto se introduce el requisito de asegurado para poder acceder a la sanidad. Esta condición se puede dar también en el caso de que no se supere un determinado límite económico, pero ello sin incluir a los inmigrantes en situación irregular por lo que la única vía de acceso es la obtención del permiso de residencia legal, siendo así esto esencial, pero con unas determinadas excepciones, llamadas *“situaciones especiales”*: en casos de *“urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica”*¹⁴³, *en caso de asistencia al embarazo, parto y postparto*, y a los menores de 18 años.

Estas situaciones especiales, prescinden del requisito de la residencia legal para poder acceder a la asistencia sanitaria, por *“razones humanitarias”*¹⁴⁴. En el caso de los extranjeros menores de edad, esta previsión se establece de acuerdo con el artículo 39.4 CE *“ los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”* y de acuerdo con la normativa internacional como el artículo 25.1 de la DUDH o el artículo 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En caso de que este colectivo quiera recibir asistencia pública tendrá que suscribir previamente un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria permitiendo dicha atención, con

¹⁴³ Por lo que se refiere a *“enfermedad grave”*, se manifiesta por parte de autores, que se da una indeterminación en el concepto a la hora de saber qué se entiende por tal. Así lo manifiesta por ejemplo, Lomas Hernández, Vicente. De ciudadano a asegurado o el tránsito inacabado hacia la universalización de la asistencia sanitaria, en Revista CESCO de Derecho de consumo n°8, 2013. Pág. 53, que establece *“que el Real Decreto Ley y su normativa de desarrollo no define en ningún momento qué ha de entenderse por enfermedad grave. En este sentido, resulta preocupante el tratamiento que por parte de las Administraciones sanitarias de nuestro país se esté dando a las enfermos crónicas, personas portadoras de VIH, pacientes de cáncer o que precisan un seguimiento, todos ellos extranjeros mayores de edad en situación irregular y sin recursos suficientes para costear la suscripción de un convenio especial”*.

¹⁴⁴ Palomar Olmeda, Alberto; Larios Risco, David; Vázquez Garranzo, Javier; La reforma sanitaria (2012) Pág 73

previo pago de una cuota que cubre el coste medio real¹⁴⁵. Pero aún así, este convenio no da mayor solución, ya que los requisitos que se establecen para suscribir este convenio es el de:

"a) Acreditar la residencia efectiva en España durante un período continuado mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud del convenio especial.

b) Estar empadronadas, en el momento de presentar la solicitud.

c) No tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título."

Con ello vemos que de igual manera nos encontramos ante una situación de especial vulnerabilidad, sin que un determinado colectivo tenga acceso a una prestación que se considera de carácter esencia y de vital necesidad por la propia relación con la dignidad humana.

Así en modo de resumen, vemos que se han introducido reformas consideradas de carácter regresivo y que vulneran algunos preceptos de la Constitución Española, porque por un lado se da una exclusión de la asistencia sanitaria pública a los inmigrantes irregulares que carezcan de situación administrativa regular, de aquellas personas mayores de 26 años que tengan la condición de asegurada, limitándose con ello el acceso a las prestaciones solo a aquellas personas que acrediten la condición de asegurado.

5.2. Breve mención al debate político: posición de las Comunidades Autónomas

El RDL 16/2012, ha sido objeto de recursos de inconstitucionalidad¹⁴⁶, pendientes todos ellos de resolución por parte del TC, por diversas Comunidades Autónomas, siendo éste el caso de la

¹⁴⁵ La regulación de estos convenios se regula a través del Real Decreto 576/2013, de 26 de Julio, por los que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de asegurada ni beneficiarias del Sistema Nacional de Salud.

¹⁴⁶ I Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 16 julio actual, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 4123-2012, promovido por el Parlamento de Navarra, contra el art. 1. Uno y, por conexión, 1. Dos; 2. Dos, Tres y Cinco; 4. Doce, Trece y Catorce y disposición adicional tercera y transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. (BOE núm. 176, de 24 de julio de 2012)

El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 13 de septiembre actual, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 4585-2012, promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, contra los arts. 1. uno y dos; 4. uno y cuatro; y 10. cuatro y cinco del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. (BOE núm. 228, de 21 de septiembre de 2012)

El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 12 de febrero actual, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 414-2013, promovido por el Gobierno de Cataluña contra los artículos 1.Uno, Dos y Tres; 4.Uno, Cuatro, Cinco y Catorce; 6, apartados 2 y 3; 8.Dos; 10.Cuatro y disposición final sexta.Uno del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. (BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2013)

Comunidad Autónoma de Cataluña. En el caso de Cataluña, la interposición de los recursos, además de manifestar un posible conflicto de competencia en lo que se refiere a la invasión por parte del Estado, también se habla sobre la dudosa constitucionalidad de los preceptos relativos al ámbito subjetivo del derecho, en concreto respecto a la condición de asegurado y a la exclusión de determinados colectivos.

Por parte de las CCAA se ha dado diferentes reacciones a partir de la promulgación del RDL 16/2012, pudiendo dividirse en dos grupos según las medidas que se hayan por parte de éstas en cuanto a la titularidad del derecho. Un grupo está comprendido por aquellas Comunidades Autónomas¹⁴⁷ que desde la entrada en vigor de la normativa, aplican de manera estricta lo que dispone el decreto-ley, negando la asistencia en este caso de los inmigrantes irregulares, respetando la excepción en casos de maternidad, menores y en caso de urgencia.

El segundo grupo, lo conforman aquellas CCAA que no aplican el decreto-ley 16/2012, facilitando así la asistencia sanitaria a los inmigrantes en situación irregular, y en consecuencia ampliar el ámbito subjetivo de la normativa estatal, además de interponer los debidos recursos de inconstitucionalidad¹⁴⁸.

La ampliación de este ámbito subjetivo ha derivado en un conflicto positivo de competencias por parte del Gobierno de la nación frente, en este caso a destacar, al Gobierno Vasco que dictó el Decreto 114/2012, de 26 de Junio, por el que amplía la cobertura sanitaria a las personas

El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 12 de febrero actual, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 419-2013, promovido por el Gobierno Vasco, contra los artículos 1.Dos; 2.Tres y Cuatro y 4.Trece del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. (BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2013)

El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia 12 de febrero actual, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 433-2013, promovido por el Gobierno de Canarias, contra los arts. 1; 3; 4.14; 6; 8 apartados 1, 2 y 3; 9; disposición adicional primera y disposición final sexta del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. (BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2013)

¹⁴⁷ En este sentido encontramos a la CCAA de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Extremadura, Islas Baleares, Aragón, Cantabria o Murcia.

¹⁴⁸ Encontramos la Comunidad de Andalucía, Asturias, Cataluña o País Vasco.

En el caso de Cataluña se dicta la Instrucción 10/2012, de 30 de agosto, sobre el acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública del Servicio Catalán de Salud a los ciudadanos extranjeros empadronados en Cataluña que no tienen la condición de asegurado o beneficiarios del SNS. Reconociéndose prestaciones sanitarias de un primer nivel de asistencia y de segundo nivel. Consultable en http://catsalut.gencat.cat/web/.content/minisite/catsalut/proveidors_professionals/normatives_instruccion_s/any_2012/instruccio_10_2012_30_agost/instruccio_10_2012.pdf.

excluidas por el RDL¹⁴⁹. Conviene hacer mención respecto al Auto del TC 239/2012, de 12 de diciembre, resolviendo el levantamiento de la suspensión de este Decreto, por los argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional para llevar reconocer extensión del ámbito subjetivo del derecho.

Vimos que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de sanidad del artículo 146.1.16^a "Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad", entendida como ésta lo nuclear de una determinada materia, sin que se pueda dejar sin contenido de desarrollo por parte de las CCAA de sus competencias, en este sentido la STC 136/2012, de 19 de junio FJ5, ha afirmado que *"la decisión acerca de quiénes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias y cuáles sean dichas prestaciones, pertenece indudablemente al núcleo de lo básico, pues define los ámbitos subjetivo y objetivo de la propia materia"*. Además de que se ha reconocido por parte del TC la posibilidad de establecer por parte de las CCAA de niveles de protección más elevado en virtud de la competencia y autonomía financiera.

En el caso concreto, la Abogacía del Estado, considera que se vulnera las competencias exclusivas del Estado del artículo 149.1.16CE, en cuanto se introducen cambios sustantivos respecto a la legislación estatal básica en el ámbito subjetivo. Pese a que el TC no se pronuncia sobre el fondo del conflicto planteado, sí que advierte que la normativa autonómica puede ampliar las previsiones básicas estatales, en este caso sobre la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria gratuita (FJ 4).

El TC lleva a cabo una ponderación de dos intereses generales: por un lado el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro y por otro el interés general de preservar el derecho a la salud del artículo 43 CE (FJ 5). El Tribunal hace manifiesto de la vinculación existente entre el derecho a la salud y el artículo 15CE referente al derecho a la vida e integridad física, manifestando que *"los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles"*. Así si se deja sin cobertura sanitaria ya no solo se está dejando en vulnerabilidad la salud individual, sino también la colectiva (FJ 5). Es por ello

¹⁴⁹ Como requisitos establece: *"estar empadronadas al menos por un año en cualquiera de los municipios de la CCAA, perceptora de prestaciones económicas integradas en el Sistema Vasco de Garantía de Ingresos e Inclusión o tener ingresos inferiores a la cuantía correspondiente a la renta básica para la inclusión y protección social y no tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título. Además de que se reconoce el prestaciones sanitarias aquellas personas que dispusiesen de la Tarjeta Individual Sanitaria emitida en la Comunidad Autónoma de Euskadi con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 16/2012"*.

que procede al levantamiento de la suspensión del Decreto, permitiendo la extensión del ámbito subjetivo¹⁵⁰.

5.4. Los límites del legislador frente a la regulación del contenido

Originariamente los derechos humanos se concibieron, como manifestación del Estado liberal, al cual nos referimos páginas más atrás, como derechos negativos, es decir, como derechos que generaban obligaciones de no hacer, pero esto cambia por lo que se reclama una actuación positiva por parte de los poderes públicos para la realización efectiva de estos derechos.

Estos en muchas ocasiones al necesitar de las acciones positivas de los poderes públicos, requiere disponer de recursos materiales y humanos y llevar a cabo una organización que incluya medidas legislativas, políticas públicas y sociales, planes y programas de actuación, organización de servicios básicos e infraestructuras para la realización efectiva de los objetivos correspondientes¹⁵¹. Tenemos que tener en cuenta que los derechos sociales no carecen de ningún contenido, no quedando éste al libre arbitrio del legislador, contenido mínimo que tiene que ser respetado por parte de los poderes públicos.

Así para poder exigir un derecho a la asistencia sanitaria, podemos basarnos en tres ejes: Por un lado, el marco jurídico-político en que se incluye, como es un Estado Social y democrático de derecho, por la estrecha relación existente entre el derecho a la protección de la salud y otros derechos fundamentales, así como al principio de la dignidad humana del artículo 10.1CE, y por último, por el carácter vinculante de la normativa internacional, la cual establece unos mínimos y parámetros a tener en cuenta por parte de los Poderes Públicos.

El reconocimiento del derecho a la protección de la salud, se realiza en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, en que la intervención de los poderes públicos es necesaria para que se dé cumplimiento a dicho derecho, teniendo como cláusula de transformación social el artículo 9.2CE entendida como una superación de la desigualdad material. La lógica y la inspiración del Estado social es la de la continua lucha por la igualdad y justicia social, teniendo como uno de sus objetivos prioritarios y fundamentales garantizar un determinado nivel de vida a los ciudadanos, sobre todo para los colectivos más desfavorecidos¹⁵².

¹⁵⁰ En este mismo sentido se pronuncia el TC, en cuanto a la suspensión de la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el Derecho de acceso de asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra, estableciendo la relación entre el precepto 43CE y 15CE, al estar asociados a bienes constitucionalmente sensibles.

¹⁵¹ Calvo García, Manuel. Crisis económica... Op. Cit. Pág. 94.

¹⁵² Cantero Martínez, Josefa. Universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias, en Revista Derecho y Salud, vol. 24 Extra., 2014. Pág. 109.

Por otro lado, el derecho a la protección de la salud y en especial el derecho a la asistencia sanitaria, aunque se halle bajo la rúbrica de los "principios rectores de la política económica y social", y que por ello carecería de fundamentalidad, vemos que se trata de un derecho de indudable relación con otros preceptos sí considerados como fundamentales, como es el caso del derecho a la protección de la vida y a la integridad física, además de su relación con el valor de la dignidad humana, con ello haciéndose una alusión a la reiterada indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos constitucionales.

El principio de dignidad estaría conectado a la satisfacción de necesidades que permitan perseguir de manera libre fines y planes de vida propios¹⁵³. Veríamos que el principio de dignidad se vincula como fundamento del derecho de las personas, la interdependencia e indivisibilidad¹⁵⁴, entendida como que todos los derechos tanto civiles como sociales son un conjunto unitario e interrelacionados, entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos es obligada, ya que sin derechos sociales básicos, los derechos civiles se verían con la posibilidad de que se vacíen de contenido¹⁵⁵.

Así PISARELLO¹⁵⁶, hace mención a que vincular el principio de dignidad del artículo 10.1CE solo con los derechos civiles personalísimos no tendría demasiado fundamento, ya que por ejemplo el derecho a la integridad física o el derecho a la vida no pueden separarse sin grave menoscabo de su contenido con el derecho a la protección de la salud, o el derecho al libre desarrollo de la propia personalidad con el derecho a una vivienda digna.

Así, los derechos sociales, con ello el de la salud, tienen una marcada vinculación con el derecho a la dignidad de la persona y solo desde un punto de vista liberal conservadora se podría desvincular el derecho a la igual dignidad de las personas de la satisfacción de las necesidades básicas, habiendo una interrelación entre todos ellos.

Así en el caso concreto, la asistencia sanitaria, estamos ante un derecho con clara conexión con el derecho fundamental a vida e integridad física de las personas, en el sentido de que si se pone en peligro la salud de las personas al negárseles una atención sanitaria requerida se estaría

¹⁵³Pisarello, Gerardo (2007). Los derechos sociales y sus garantías. Madrid: Trotta. Pág. 39.

¹⁵⁴ La indivisibilidad constituiría una relación en la que un derecho es indispensable para otro y viceversa, no habiendo así derechos jerárquicamente superiores o inferiores, y en cambio la interdependencia, es una relación de apoyo entre dos derechos y consiste en la contribución por lo que se refiere al cumplimiento o funcionamiento de otro. En Añón Roig, M^a José (2014). Derechos humanos y obligaciones positivas, en La eficacia de los derechos sociales. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 48-49.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ibidem*. Pág. 40.

afectando también al bien jurídico del artículo 15CE¹⁵⁷. La dignidad de la persona vendría a suponer un mínimo indisponible por parte del legislador, mínimo que como anunciamos páginas más atrás, en base a la normativa internacional se deriva la asistencia sanitaria básica.

Un punto esencial a tener de referencia es la normativa internacional que regula el derecho a la protección de la salud. El PIDESC, por un lado en su artículo 2, establece unas obligaciones generales por parte del Estado, que es el poder garantizar niveles esenciales de los derechos, establecer una obligación de progresividad y una prohibición de regresividad, adoptar medidas mediatas o la obligación de garantizar los derechos sin discriminación alguna.

Vimos que, el Estado tiene que garantizar el derecho a un nivel esencial de los derechos, y en caso de que por ejemplo se prive de un derecho a la atención primaria de salud esencial no se estará cumpliendo con dicha obligación¹⁵⁸. El contenido en parte del derecho a la protección de la salud, vemos que deriva de lo que se establezca por la norma internacional, la cual incluye dentro de este mínimo la asistencia sanitaria básica, sobre una base no discriminatoria, teniendo con ello una obligación de respetar el acceso por igual de todas las personas. Este contenido mínimo se tiene que respetar respecto a toda la población

Además se parte de que el Estado tendrá que garantizar el derecho mediante las medidas necesarias, hasta el máximo de recursos disponibles, y en caso de que se tenga que llevar a cabo la limitación, entonces se tendrá que dar una suficiente justificación. El derecho a la salud es concebido como un derecho de carácter universal, por lo que no se da distinciones en la titularidad, vinculándose simplemente a la condición de persona, progreso que se iba adquiriendo en el caso español, pero con un claro retroceso a raíz de la normativa de urgencia introducida.

Sobre la no regresividad de los derechos sociales

Páginas más atrás vimos que los derechos sociales son considerados como derechos prestacionales, en el caso concreto del derecho a la protección de la salud como hemos referido tiene su mayor expresión en la asistencia sanitaria, que devienen en unos derechos costosos y que necesitan de una acción positiva por parte del Estado. Este es uno de los motivos por el cual la mayoría de ellos se han visto afectados como consecuencia de la crisis económica que se ha manifestado en los últimos años. "Es por esta dimensión prestacional, en la medida en que se vincula a la disponibilidad económica de los Estados, hace que la satisfacción sea

¹⁵⁷ Delgado del Rincón, Luis E. EL derecho a la asistencia... Op. Cit. Pág. 207.

¹⁵⁸ Observación General Comité DESC, OG 3, apartado 10.

particularmente vulnerable a una crisis económica global, obligando a una redistribución del gasto público, debiéndose valorar hasta qué punto está justificado un retroceso"¹⁵⁹.

De la ubicación de este derecho en el Capítulo III del Título I, hemos referido a que de cierto modo se da un margen de discrecionalidad al legislador a la hora de regular alguno de los derechos incluidos en este capítulo, y con ello parecería que al estar delante de un derecho social de prestación, que implica una carga financiera, correspondería al legislador en función de los medios financieros que se disponen determinar la acción protectora a dispensar por el SNS y las condiciones para el acceso a las prestaciones. Siendo con ello el derecho a la protección de la salud modulable según las condiciones fundamentalmente económicas de cada momento, así se pensaría a que en virtud de la situación económica la extensión de las prestaciones públicas sanitarias, así como las condiciones que han de reunir ¹⁶⁰.

Podría parecer razonable que el legislador tenga un margen en cierta forma amplio para regular el contenido de estos derechos de carácter prestacional, pero tenemos que tener en cuenta que los derechos sociales no carecen de contenido, no quedando éste al libre árbitro del legislador, contenido mínimo que tiene que ser respetado por parte de los poderes públicos. Núcleo mínimo, que como ya nos referimos anteriormente, en el caso del derecho a la protección de la salud, está la asistencia sanitaria básica.

Enlazando con ello, los Estados tienen una obligación de progresividad¹⁶¹ y una obligación negativa de no regresividad de los derechos sociales, consistiendo la primera en la obligación de mejora de las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.

La obligación de no regresividad implica que no se adopten medidas y políticas por parte de los Estados, que empeoren sin una justificación razonable y proporcionada, la situación de los derechos sociales. El razonamiento a esto se debe, como dice PISARELLO, a que "una vez regulados los derechos sociales constitucionales, introducen un núcleo esencial, de necesidades básicas que el legislador no puede modificar en un sentido regresivo, sobre todo con esto se vulnera la confianza generada en los titulares"¹⁶².

¹⁵⁹ Saura Estapà, Jaume (2013). La exigibilidad jurídica de los Derechos Humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales, en Bonet Pérez, Jordi y Saura Estapà, Jaume. El Derecho Internacional de los derechos humanos en período de crisis. Madrid: Marcial Pons. Pág. 67.

¹⁶⁰ Cantero Martínez, Josefa (2013). Las políticas sanitarias de carácter regresivo...Op. Cit. Pág. 114.

¹⁶¹ El artículo 2.1 PIDESC, establece que: "*los Estados Partes del Pacto se comprometen a adoptar medidas(...) hasta el máximo de los recursos que disponga para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos reconocidos por el Pacto*".

¹⁶²Pisarello, Guillermo (2009). Los derechos sociales y sus garantías. Madrid: Trotta. Pág. 63.

Para ver si se ha dado una vulnerabilidad del PIDESC por parte del Estado se tendrá que demostrar que la medida adoptada es proporcionada y razonable. Respecto a la razonabilidad, se refiere a que se exige una justificación objetiva y razonable, y a la proporcionalidad, que se haya cumplido con el criterio de *idoneidad*, en el sentido que la medida adoptada es adecuado para conseguir el fin que se propone, con el *de necesidad*, respecto a que no se puede disponer de otras medidas alternativas para que no se lleve a cabo el retroceso, y por último el de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, que se derivan más beneficios que perjuicios para el interés general¹⁶³.

En el caso del RDL 16/2012, es claro que se da un retroceso en la protección de la salud, en la medida en que se ha adoptado una restricción al acceso de las prestaciones sanitarias y se imponen condiciones más estrictas para poder acceder al disfrute de las prestaciones, claro ejemplo se da en el ámbito subjetivo, en el que se retrocede en la universalidad y gratuidad de las prestaciones. Además se puede considerar que los motivos de justificación por parte del Gobierno no son de carácter suficiente, como para que quede acreditada la necesidad de adoptar tal medida¹⁶⁴.

Se debería de considerar que la motivación llevada a cabo por el legislador, se tendría que exigir aún con carácter más fuerte en cuanto se ha conseguido una conquista social, siendo con ello insuficiente el mera alegación de interés económico.

¹⁶³ En este sentido, Aguado i Cudolà, Vicenç i Prado Pérez, Raquel. Derecho a la protección..Op. Cit. Pág. 102-103. Pisarello, Gerardo. Los derechos sociales y sus...Op. Cit. Pág. 64-65.

¹⁶⁴ Aja Fernández, Eliseo, en el Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña de 6 de junio, mediante voto particular, menciona que *la configuración del derecho a la salud debe someterse al test de proporcionalidad cuando introduce límites y diferencias sustanciales entre colectivos que la Constitución no ha diferenciado. Por un lado no explica la razón para privar de la protección de la salud a las personas empadronadas en un municipio que no tengan autorización de residencia debemos pensar en el objetivo del ahorro económico, que se expone como fundamento general del RDL 16/2012. Respecto a la idoneidad de la limitación del derecho para conseguir la finalidad propuesta, establece que si el objetivo de negar el derecho a la salud a las personas empadronadas pero en situación irregular (salvo los supuestos humanitarios) es la contención del gasto público, el preámbulo no valora ni menciona este elemento, y limita la crítica a la gestión deficiente del ámbito comunitario.*

Respecto a la necesidad de la restricción para alcanzar el objetivo, no parece que la limitación del derecho de los extranjeros en situación irregular sea necesaria para alcanzar ahorro en sanidad. Si lo que se pretende es controlar abusos, podría mejorarse la técnica del empadronamiento. También se puede llevar a cabo un control directo de los beneficiarios, como hasta ahora hacían los gobiernos de Andalucía y Navarra, que no utilizaban el padrón.

Por último, por lo que se refiere a la proporcionalidad en sentido estricto para ponderar los argumentos a favor y en contra de la limitación del derecho, junto al posible ahorro citado, hay motivos importantes para considerar negativa la limitación, principalmente el perjuicio para la salud de los interesados que se puede producir, y los citados inconvenientes, como el peligro para la salud pública de la sociedad, para dejar a una parte de la población al margen del control médico, y los perjuicios para la gestión de las urgencias médicas auténticas.

6. CONCLUSIONES

El derecho a la protección de la salud ha sido considerado como uno de los derechos sociales por antonomasia, cuyo reconocimiento ha ido avanzando paralelo a la consolidación del Estado como *Estado social y democrático de Derecho*.

La protección de la salud, así como los demás derechos sociales es el resultado de un largo proceso histórico, reivindicativo por parte de las clases menos favorecidas, las cuales reclaman una intervención del Estado para que garantice sus necesidades más básicas y disminuir las desigualdades sociales. El Estado Español se ha venido caracterizando como un Estado social y democrático de Derecho, que tiene acento en la cláusula de transformación social, enmarcada en el artículo 9.2CE, en cuanto lo que se busca es poder superar la igualdad material y que ésta sea real y efectiva. La definición sobre Estado Social se manifiesta en aquellos derechos llamados "derechos económicos, sociales y culturales", que necesitan una intervención de los poderes públicos para asegurar las necesidades de la población y no dejarlos en un término de vulnerabilidad.

La salud es entendida como un bienestar físico, mental y social, de carácter finalista, es decir, de disponer aquellos medios que sean necesarios y adecuados para poder preservar la salud de las personas; medios que tienen que ser dispensados por parte del Estado configurado como Estado social. Es un bien de especial interés, que ha sido considerado como un Derecho humano, en cuanto es apreciado como un bien básico además de esencial, fundamentalmente por su relación con la dignidad humana de la persona.

El reconocimiento constitucional del derecho a la salud, como derecho social, se halla garantizado en el Capítulo III del Título I de la Constitución, bajo la rúbrica de "Principios rectores y de la política económica y social", en concreto en su artículo 43. Este precepto reconoce en su apartado primero la protección de la salud, sin hacer más mención que esta, y en su apartado segundo establece un mandato al legislador de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de prestaciones y servicios necesarios.

Se ha venido considerando por parte de la doctrina que el derecho a la protección de la salud, tiene tres vertientes, entre la que destacaríamos, el derecho de todo ciudadano a recibir por parte del Estado aquellas prestaciones para poder preservar la salud individual, que es el denominado derecho a la asistencia sanitaria organizada y dispensada por los poderes públicos. Es en esta vertiente en que se hace necesaria la intervención de los poderes públicos, como acción positiva, para establecer el contenido, los titulares de este derecho y los deberes y derechos de ellos. Esta intervención de los poderes públicos deriva de la configuración del

Estado como Estado social y como cumplimiento del mandato del artículo 9.2CE, para hacer efectiva una igualdad real.

Es en esta vertiente prestacional que la acción del Estado cobra fuerza, debiendo disponer los medios necesarios para garantizar la salud de los ciudadanos. Este derecho a la asistencia sanitaria se hace efectivo a través de un sistema organizado y público de salud, el denominado Sistema Nacional de Salud, siendo uno de los grandes logros en materia sanitaria, que surge a raíz de la Ley General de Sanidad. Éste en primer momento se configura como un derecho de carácter universal, descentralizado en el que las CCAA ocupan un lugar especial e integral. Uno de los rasgos, del cual se venía presumiendo, era la encaminada tendencia a la universalidad que se venía dando, al reconocerse por parte del legislador, y por tanto la titularidad a un amplio colectivo ya no solo a los ciudadanos españoles sin hacer ningún tipo de distinción, sino también a los inmigrantes regulares e irregulares con el único requisito del empadronamiento. De hecho este era uno de los motivos por el cual gran parte de la doctrina manifestaba su desvinculación de la Seguridad Social, entre otros, al considerar que no se podía hablar de una asistencia universalista y no contributiva incluida en esta institución, reconociéndose la titularidad por el simple hecho ser persona. Aunque claro está que no se ha llegado a dar una separación completa, a lo mejor por sus antecedentes primarios basados en que la asistencia sanitaria estaba regulada en preceptos de materia de Seguridad Social.

Al margen de este tema, que no se ha querido abordar en gran extensión en este trabajo, el derecho a la protección de la salud sufre un retroceso a través de la crisis económica que se da en el Estado Español, crisis que no solamente ha dado lugar a un retroceso respecto a este derecho, sino prácticamente a los demás derechos sociales. Este retroceso, de gran impacto, tiene lugar a través de la promulgación del Real Decreto Ley 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y seguridad de sus prestaciones. Este decreto-ley, provoca, como hemos dicho, gran impacto y con ello dándose voces críticas respecto a esta nueva regulación, en cuanto introduce la condición de asegurado y beneficiario para poder acceder a las prestaciones sanitarias y con ello a la asistencia sanitaria. Con este concepto de asegurado y beneficiario se vuelve a una vinculación con la Seguridad Social, que por parte de la doctrina se consideraba superada, y con ello dándose algunas desigualdades y exclusiones de colectivos como es el colectivo inmigrante.

El cambio en la regulación que se está dando en los últimos años, ya no solo en cuanto al cambio en la titularidad sino también en cuanto a los diversos recortes que se han producido en materia sanitaria, deriva, a mi entender, de la ubicación de este precepto, y de los demás

derechos sociales, en el Capítulo III del Título I, "Principios rectores de la política social y económica".

De su ubicación he podido percibir un debate persistente que se ha dado por parte de la doctrina en cuanto a su valor y eficacia. Se predica por parte de ella que solamente estamos ante un mero principio orientador de la política social o principios objetivos, no siendo considerado un derecho como tal, en que su contenido queda dispuesto ampliamente a lo que disponga el legislador, teniendo este que tenerlo en consideración pero con un margen amplio para regular su contenido dependiendo sobretodo de determinados factores como el económico.

En contraposición, tenemos autores que defienden los derechos sociales en general, como derechos que tienen que estar protegidos de igual manera por parte de los poderes públicos, manteniendo en todo caso un contenido mínimo que tiene que ser respetado siempre, ya sea cual sea la circunstancia económica por la que esté atravesando el Estado en aquel momento. Incluso llegan a predicar en el caso de la protección de la salud, su fundamentalidad ya que si este se afecta quedarían afectados también otros derechos de carácter fundamental y con el principio de la dignidad humana que en palabras de la Constitución es fundamento del "orden político y de la paz social", demostrando ello el carácter indivisible y de interdependencia de los derechos.

Vemos en el caso concreto que la reforma llevada a cabo por el decreto ley se basa en la ubicación en el Capítulo III de la CE. De hecho, de esto se aprovecha el legislador a la hora de regular el contenido mediante normativa de urgencia, al decir que del artículo 86.1 CE, se relaja en cuanto a la afectación del derecho, no incluyéndose en este precepto los artículos del Capítulo III. Pero este argumento, puede encontrar su oposición en un argumento más garantista, en el sentido de incluir todos los derechos del Título I, y al entenderse la titularidad como uno de los elementos esenciales de todo derecho, no se pudiera llevar a cabo la reforma mediante esta normativa de urgencia. De todas formas, queda cuestionado el motivo de urgencia y necesidad que menciona el Gobierno de la nación, en cuanto no se consideraría suficientemente probado, ya que se considera que esta carece de una motivación suficiente y expresa. Se tendría que demostrar de una manera explícita y suficiente el necesario cambio en la titularidad del derecho, que tan importantes circunstancias provoca, como es la exclusión de un colectivo vulnerable.

Vemos que la mayoría de la problemática en cuanto a su protección se deriva por ser un derecho social, pensándose así que goza de menos protección y de un margen de discrecionalidad amplio. Pensemos que el derecho a la salud es de especial sensibilidad y es por ello que tiene una fuerte vinculación a la dignidad humana y a la integridad física de la persona, por lo que si

se deja sin protección a un colectivo, sin que pueda acceder a una asistencia básica esto puede llegar a perjudicar gravemente a la dignidad e integridad de la persona, poniéndola en una situación de indefensión. De hecho el TC a la hora de resolver sobre la suspensión del Decreto Vasco o de la Ley de Navarra, manifiesta su especial sensibilidad, remarcando la relación entre los preceptos que venimos señalando. Además de que con ello no solamente se intentaría preservar la salud individual, sino también la salud colectiva, en cuanto a que la no atención a tiempo de un individuo, podría provocar una afección a la salud de la colectividad, piénsese así en los casos de enfermedades infecciosas no tratadas a tiempo.

Piénsese también en que el Estado Español tiene que atender a la normativa internacional que ha sido ratificada, por mandato del artículo 10.2 y 96 de la Constitución. La normativa internacional no solamente dispone un derecho universal y no discriminatorio del derecho, sino que también dispone una obligación de no regresión de los derechos sociales, entendido como la adopción de medidas regresivas por parte del Estado sin una justificación suficientemente razonable y proporcionada. Hemos visto que en el caso concreto la medida regresiva en la titularidad del derecho en cuanto vincular el acceso a la condición de asegurado, se puede considerar que no es suficientemente justificada por parte del Gobierno, en cuanto, como dijimos, se basa en meros términos generales sin demostrar nada en concreto.

En definitiva considero que los derechos sociales, en tiempo de crisis se quedan en especial vulnerabilidad, incluso a veces vaciados de contenido, en el sentido que no se limita aquel mínimo que tiene que ser respetado por parte del Estado entrando este a regularlos a veces sin ningún tipo de discrecionalidad. Además de que su débil exigibilidad, en definitiva no se puede sostener en algunas ocasiones, ya que vemos que son derechos, y en especial el derecho a la salud, especialmente sensibles, afectando a derechos fundamentales y a la dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad. Se pone de manifiesto que, en materia de derechos sociales, existe un debate político y doctrinal, que ha ido levantando voces críticas para su efectivo reconocimiento pero pese a ello aún hay mucho que recorrer.

BIBLIOGRAFIA

Álvarez Conde, Enrique (1999). Curso de Derecho Constitucional Volumen I (3ª ed.) Madrid: Tecnos

Alonso Espinosa, Carlos. "Extranjeros y derecho a la salud ¿derecho o tolerancia?", en Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic núm. 30, noviembre, 2004.

Aparicio Tovar, Joaquín (1989). El Derecho a la Protección de la Salud y el Derecho a la asistencia sanitaria, en Comentario a la Constitución socio-económica de España (2002). Granada: Comares.

Aparicio Pérez, Miguel A. y Barceló i Sarramalera Mercè (2012). Manual de Derecho Constitucional

Aragón Reyes, Manuel. La construcción del Estado autonómico, en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol nº 54/55, 2006.

Arbeláez Ruda, Mónica. Inmigración y salud: la protección de la salud frente a la diversidad cultural. *Revista de Bioética y Derecho* N°7 Junio, 2006.

Aguado i Cudolà, Vicenç y Prado Pérez, Raquel. Derecho a la protección de la salud y la exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para su limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado de bienestar, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100. Mayo-Diciembre 2014.

Álvarez Conde, Enrique (1999). *Curso de Derecho Constitucional Volumen I* (3ª ed.) Madrid: Tecnos

Barlett, Enric R. y Barddají, Mª Dolores (Coord.) (2011), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos cumple 60 años*. Barcelona: Bosch Editor.

BernuzBenéitez, Mª José y Calvo García, Manuel (2014). *La eficacia de los derechos sociales*. Valencia: Tirant Lo Blanch

Beltrán Aguirre, J.L Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad, en *Revista Derecho y Salud* núm. 1, 2002.

Blanco Valdés, Roberto. *La Constitución de 1978*. Madrid: Alianza (2003)

Bonet Pérez, Jordi y Saura Estapà, Jaume (Eds.) (2013). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en períodos de crisis. Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*. Madrid: Marcial Pons.

Cantero Martínez, Josefa. La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud, en *Revista Vasca de Administración Pública* n° 80, 2008.

Cantero Martínez, Josefa. Constitución y derecho a la protección de la salud ¿Existe algún límite frente a los recortes sanitarios?, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* N° 8, 2013

Cantero Martínez, Josefa. Universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias, en *Revista Derecho y Salud*, vol. 24 Extra., 2014.

Cascajo Castro, José Luis (1988). *La tutela constitucional de los Derechos Sociales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Casas Baamonde, María Emilia y Rodríguez-Piñero y Bavo-Ferrer, M. (2008). *Comentarios a la Constitución Española XXX aniversario*. Fundación WoltersKluwer: Madrid

- Carrillo Salcedo, Juan Antonio (2003). El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid: Tecnos.
- Carmona Contreras, Ana M. El decreto-ley en tiempo de crisis, en Revista Catalana de Dret Públic, núm. 47, 2013
- Delgado del Rincón, Luis. El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el RDL 16/2012, de 20 de Abril. Revista de Estudios Políticos (núm. 163 enero-marzo), 2014.
- Escobar Roca, Guillermo (2008). Los Derechos fundamentales sociales y la protección de la salud. Revista de Derecho Público Nº 71-72, enero-agosto 2008.
- Fernández Pastrana, José Maria (1984). El servicio público de la sanidad: el marco constitucional. Madrid: Civitas
- Fossas i Espalader i Pérez Francesch (2008), *Lliçons de Dret Constitucional (3ª ed.) Barcelona: Pòrtic.*
- Fernández Montalvo, Rafael; Dimensión del derecho a la protección de la salud. Su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Revista Derecho y Salud volumen 19 - Extra 2010.
- García Pelayo, Manuel (1987). Las transformaciones del Estado Contemporáneo. Madrid: Alianza editorial.
- Garrido Falla, Fernando (1985). Comentarios a la Constitución (2ª ed.). Madrid: Civitas
- Jimena Quesada, Luis (2007). Sistema Europeo de Derechos Fundamentales. Madrid: Colex.
- León Alonso, Marta (2010). La protección constitucional de la salud, Madrid: La Ley.
- Lema Añón, Carlos (2012). Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud: Historia del derecho a la salud en el siglo XX. Madrid: Dykinson.
- Lomas Hernández, Vicente. De ciudadano a asegurado o el tránsito inacabado hacia la universalización de la asistencia sanitaria, en Revista CESCO de Derecho de consumo nº8, 2013.
- Martínez de Pisón, José. El Derecho a la salud: un derecho social esencial . Revista Derechos y Libertades nº 14, 2006

Noguera Fernández, Albert y Guamán Hernández, Adoración (2014). Lecciones sobre Estado Social y Derechos Sociales. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Palomar Olmeda, Alberto; Larios Risco, David; Vázquez Garranzo, Javier; La reforma sanitaria (2012)

Palomar Olmeda, Alberto y Cantero Martínez Josefa (Drs) (2013), Tratado de Derecho Sanitario. Volumen I. Navarra: Aranzadi

Pisarello, Gerardo; García Morales, Aniza; Olivas Díaz, Amaya (2009). Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites. Albacete: Bomarzo

Pisarello, Gerardo (2007). Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta.

Pisarello, Gerardo. El derecho a la vivienda: constitucionalización débil y resistencias garantistas, en Espaço jurídico Vol. 14 nº3, 2013

Pemán Gavín, Juan (1989) Derecho a la salud y Administración sanitaria, , Bolonia: Real Colegio de España

Pemán Gavín, Juan. Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud, en Revista Derecho y Salud, Volumen 16, Núm. extraordinario, noviembre 2008.

Pemán Gavín, Juan. El derecho constitucional a la protección de la salud. Una aproximación de conjunto a la vista de la experiencia de tres décadas de vigencia de la Constitución, en Revista Vasca de Administración Pública, nº 34, 2009.

Pastor Ridruejo, José (2014). Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. Madrid: Tecnos.

Ponce Solé, Juli (2013). El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (2010) Los derechos sociales en el S.XXI. Un desafío clave para el Derecho y la justicia. Madrid: Dykinson.

Rey Guanter, Salvador. El Derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional. Revista de Derecho y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Nº6 1998

Rey Martínez, Fernando (Dr), Los Derechos Humanos en España: un balance crítico (Pág. 341).
Valencia: Tirant lo Blanch.

Solozábal Echavarría, Juan José. Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el
Estado autonómico, Documentos de trabajo, Laboratorio de Alternativas nº89 2006

Solanes Corella, Ángeles. La salud como derecho en España: Reformas en un Contexto de crisis
económica, en Revista Derechos y Libertades, núm. 31. Junio 2014

Sotelo, Ignacio (2012). El Estado Social: antecedentes, origen, desarrollo y declive. Madrid:
Trotta

Terol Becerra, Manuel y Jimena Quesada, Luis.(2014). Tratado sobre protección de Derechos
Sociales. Valencia: Tirant lo Blanch.

Valiño, Vanesa (coord.) (2009) Defender y repensar los derechos sociales en tiempos de crisis.
Barcelona: Observatori DESC.

Zapatero, Virgilio y Garrido Gómez, M^a Isabel. Los derechos sociales como una exigencia de la
justicia. Madrid: Cuadernos de la cátedra de democracia y derechos humanos.

Webgrafia

www.ajs.es

www.observatoridesc.es

Jurisprudencia

STC 80/1982, de 20 de Diciembre

STC 1/1982, de 28 de enero

STC 29/1982, de 31 de mayo

STC 3/1983, de 25 de enero

STC 32/1983, de 28 de abril

STC 111/1983, de 2 diciembre

STC 18/1984, de 7 de febrero

STC 99/1985, de 30 de septiembre

STC 69/1988, 19 de abril

STC 45/1989, de 20 de febrero

STC 170/1989, de 19 de Octubre

STC 36/1991, de 14 de febrero.

STC 179/1992, de 13 de noviembre

STC 102/1995, de 26 de junio

STC 35/1996, de 11 de marzo

STC 199/1996, de 3 de diciembre

STC 284/2000 de 27 de noviembre

STC 95/2000, de 10 de abril

STC 5/2002, de 14 de enero

STC 1/2003, de 16 de enero

STC 109/2003, de 5 de junio

STC 98/2004, de 25 de mayo

STC 236/2007, de 7 de noviembre

STC 68/2007, de 28 de marzo

STC 137/2011, de 14 de Septiembre

STC 22/2012, de 16 de febrero

STC 136/2012, de 19 de junio

Auto del TC 239/2012, de 12 de diciembre