

GARANTÍAS JURISDICCIONALES DEL DERECHO A LA SALUD Y ASISTENCIA SANITARIA

Raquel Vela Díaz
Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

I.- Planteamiento general

La crisis del coronavirus ha revolucionado cómo vivimos nuestra vida, interactuamos entre nosotros, utilizamos los espacios públicos y trabajamos. No hay una sola parte de nuestras vidas que no se haya visto afectada. Se trata de una crisis sanitaria sin precedentes y de una extraordinaria amplitud y gravedad, tanto por el elevado riesgo de contagio y el alto número de ciudadanos afectados, con la consiguiente presión sobre los servicios sanitarios, como por el elevado coste social y económico derivado de las medidas extraordinarias de contención y distanciamiento adoptadas por los distintos Estados.

La respuesta normativa a la crisis Covid ha sido especialmente intensa y densa en un periodo de tiempo reducido, con la aprobación de numerosas disposiciones que, entre otras cuestiones, afectan de una manera especial a las instituciones en el ámbito laboral y de la protección social, con el surgimiento, incluso, de medidas extraordinarias. Así, la situación de crisis sanitaria como consecuencia de la expansión de la enfermedad, obligó a las autoridades públicas a adoptar una serie de medidas de contención que se tradujeron en un primer momento, en la aprobación del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, en el que según su propio preámbulo, las medidas previstas en esta disposición se encuadran en la acción decidida del Gobierno para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública¹.

Por ello, ante la rápida y devastadora evolución de la pandemia, a fin de garantizar la eficaz gestión de dicha emergencia sanitaria, contener la propagación de la enfermedad y preservar y garantizar la respuesta del Sistema Nacional de Salud, el Gobierno ha solicitado del Congreso de los Diputados autorización para prorrogar hasta en seis ocasiones el estado de alarma, así como la vigencia de las medidas en él contenidas.

En esta situación extrema, el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria adquiere, sin duda, una especial trascendencia, debiendo ocupar la protección de dichos derechos un lugar predominante en cuanto a que suponen un presupuesto necesario vinculado al propio derecho a la vida proclamado por la Constitución.

Una aproximación del derecho a la protección de la salud supone hacer referencia a la percepción del sistema sanitario español como referente en el plano internacional, que lo ha situado en los últimos años en las más altas posiciones, tanto por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como por las publicaciones y estudios más prestigiosos en la

¹ Véase un análisis jurídico exhaustivo de la numerosa normativa aprobada en materia laboral y de seguridad social como respuesta a la crisis del Covid-19 en VV.AA.: *La respuesta normativa a la crisis laboral por el Covid-19*, VILA TIERNO, F. (Dir.), Laborum, Murcia, 2020.

materia². A este respecto, diversos indicadores tales como la alta cualificación del personal sanitario, la amplia cobertura de especialistas en la sanidad pública española y en un sólido sector privado de la salud, la implantación de tecnología puntera en el sector (como la receta tecnológica o la historia médica digital) o un modelo ejemplar de trasplantes de órganos, acreditan esta posición³.

Desde esta perspectiva, conviene ponderar si nuestro sistema constitucional de derechos fundamentales va a la par de ese sofisticado sistema nacional de salud, o, en otros términos, si hemos sido capaces de asentar jurídicamente y desde una perspectiva constitucional, las exigencias que, para el respecto de la dignidad humana se derivan del art. 43 CE, que reconoce el derecho a la protección de la salud.

II.- La importancia del carácter universalista del derecho a la salud y a la asistencia sanitaria: especial repercusión en tiempos de pandemia

El derecho a la salud es un derecho de estructura jurídica compleja recogido en los Textos internacionales sobre derechos humanos y caracterizado por una formulación de carácter universalista, dado que se atribuye a toda persona, más allá del simple “sujeto de derecho”, en los textos de valor o rango fundamental⁴.

Se trata de un derecho que comprende, entre otros derechos, el derecho a la asistencia sanitaria. Según la Organización Mundial de la Salud, la asistencia sanitaria es el conjunto de bienes y servicios diseñados para promover la salud. De este modo, comprende tanto los servicios médicos y farmacéuticos, como los bienes derivados de ella destinados a conservar o restablecer la salud de toda persona beneficiaria de la misma. Se trata, por tanto, de una prestación técnica esencial de la protección de la salud, consistente en la prevención, mantenimiento y recuperación de la misma. Así, partiendo del alcance del mismo, el derecho a esta asistencia sanitaria es un derecho de carácter prestacional de configuración legal que se ha de reconocer a todas las personas por el simple hecho de serlo.

En la segunda mitad del siglo XX ha tenido lugar la expansión a escala mundial de una cultura de reconocimiento de los derechos humanos que se ha plasmado en importantes tratados internacionales. Eso no significa que estemos en presencia de una globalización de los derechos similar al fenómeno de la globalización económica, porque los mecanismos para hacer eficaces esos derechos a nivel mundial son todavía considerablemente débiles, pero no puede en modo alguno dejar de valorarse la influencia que el reconocimiento supranacional de los derechos fundamentales, y en concreto el derecho a la protección de la salud, tiene para todos los ordenamientos nacionales. Desde el momento en que España ha ratificado tratados en los que se reconoce este derecho, se han incorporado a nuestro ordenamiento “compromisos jurídicamente vinculantes” en

² A modo de ejemplo, la revista médica *The Lancet* y del Institute for Health Metrics and Evaluation de la Universidad de Washington.

³ JIMENA QUESADA, L.: “Art. 43”, VV.AA.: *Comentario a la Constitución Española. 40 Aniversario 1978-2018*, Tomo I, PÉREZ TREMPES, P. y SAIZ ARNÁIZ, A. (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 829-830.

⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho a la salud”, VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (DIRS.), Comares, Granada, 2014, p. 595.

virtud del art. 96.1 CE, y “efectos normativos indirectos derivados de lo establecido en el art. 10.2 CE”⁵.

Por tanto, esa universalidad intrínseca al derecho a la salud y a la asistencia sanitaria queda consagrada en los propios textos internacionales y comunitarios. A este respecto, resulta fundamental señalar el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el que se establece que *toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure (...) la salud y el bienestar*; el art. 12.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que lo recoge como el *derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*; los Convenios de la Organización Internacional del trabajo relativos a la asistencia sanitaria nº 102 sobre norma mínima de Seguridad Social de 1952, y nº 130 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad de 1969; el art. 11 de la Carta Social Europea, que establece un específico derecho a la protección de la salud, en términos garantistas de ejercicio efectivo; o el art. 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), por el que *toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales*, matizando que *al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana*⁶. Común a todos ellos es, por tanto, su regulación en cuanto derecho social de ciudadanía reconocido a todas las personas sin discriminación alguna en la protección o tutela de la salud.

Pese a lo anterior, algunos autores consideran que nuestro constitucionalismo social contemporáneo, posterior al texto constitucional, ha adolecido en general, y en especial en el terreno de la salud, de un déficit de atención a los instrumentos internacionales básicos en la materia, tanto de Naciones Unidas -Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales-, como del Consejo de Europa -Carta Social Europea⁷.

En relación al contenido del derecho social a la protección de la salud, el precepto de la CDFUE resulta excesivamente sucinto, si bien, contiene una cláusula general que hace referencia a la *calidad* -“nivel elevado de protección”- y *transversalidad* dentro del sistema jurídico de la UE de la protección que ha de ser dispensada, pues como ya se ha indicado, recoge expresamente que *“al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana”*. Cabría así considerar que su redacción es ciertamente análoga a la recogida en el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, a cuyo tenor *“los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*. En esta misma línea y con una especial contundencia, el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1946 señala que *“el disfrute del nivel de salud más elevado posible es uno de los derechos fundamentales del ser humano, sin distinción de raza, religión, creencias políticas, condición social o económica”*. La garantía de un nivel elevado de

⁵ PEMÁN GARVÍN, J.M.: “Derecho a la protección de la salud. Perspectiva internacional y comparada”, VV.AA.: *Derecho Sanitario y Bioética*, GASCÓN ABELLÁN, M., GONZÁLEZ CARRASCO, C. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (DIRS.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 18.

⁶ Véase un análisis detallado de la regulación internacional de la protección de la salud en TRILLO GARCÍA, A. y LLORENTE ÁLVAREZ, A.: “La regulación internacional de la protección de la salud”, VV.AA.: *Comentario Práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N. (DIRS.), Comares, Granada, 2007, pp. 51 y ss.

⁷ JIMENA QUESADA, L.: “Art. 43”, *op. cit.*, p. 830.

protección sanitaria que se recoge en los citados textos internacionales y comunitarios adquiere un especial valor y significado en la actualidad, ante la crisis sanitaria derivada del Covid-19 que afecta de manera inclemente y sin distinción a toda la ciudadanía mundial.

Esta configuración otorgada al derecho a la salud, pone de manifiesto -como de manera persistente ha indicado un sector de la doctrina- que estamos ante un derecho generalizadamente reconocido como un derecho social fundamental universalista⁸. El derecho a la protección de la salud constituye el presupuesto básico no sólo para una vida digna de la persona, sino que supone la premisa básica para el pleno ejercicio de todos sus derechos fundamentales y lo que le otorgará la autonomía necesaria para una participación activa en una sociedad democrática. Precisamente por ello, la cobertura de las necesidades básicas -como lo son la salud y la atención sanitaria- es un elemento condicionante del conjunto de los derechos fundamentales. Dicha configuración universalista parece más inclinada hacia el modelo de sistema nacional de salud que acogen diversos países europeos (Reino Unido, Irlanda, países nórdicos, Italia, Grecia, Portugal y también España). De hecho, este modelo se destaca por la universalidad subjetiva del derecho y por el predominio de la financiación con cargo a la fiscalidad general frente a las cotizaciones sociales.

Se trata así del reconocimiento de un “derecho” que, dado que se atribuye de una forma genérica a la “persona”, no puede limitarse exclusivamente a los “ciudadanos”, sino que es extensible a todas las personas que se encuentren en el espacio de la Unión Europea y requieran de atención sanitaria en cualquiera de sus manifestaciones. Es un derecho que considera a la persona en su dimensión existencial, si bien, es un derecho social condicionado a las diferentes condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales⁹.

El derecho a la protección de la salud abarca una doble vertiente. Por un lado, la prevención sanitaria, y por otro, la atención sanitaria, es decir, no se trata sólo de dispensar una asistencia sanitaria adecuada y eficiente, sino también proyectar una dimensión preventiva, para que la salud de las personas quede garantizada de una manera efectiva. Dicha dimensión socialmente preventiva está siendo trascendental en la gestión de la crisis sanitaria provocada por el Covid-19, lo que venido a justificar las medidas de confinamiento más extremas y otras medidas de contención de la enfermedad, justamente para posibilitar la atención sanitaria a toda la ciudadanía, ante el posible colapso sanitario de los centros hospitalarios. Por ello, este derecho a la protección de la salud impone un comportamiento institucional activo por parte de los poderes públicos para la predisposición de los servicios y medidas preventivas frente al surgimiento de los riesgos sobre la salud, siendo una obligación que recae sobre los Estados de mantener un sistema de asistencia sanitaria pública. Por ello, todos los textos normativos internacionales resultan especialmente necesarios ante la conformación de las sociedades

⁸ MONEREO PÉREZ, J.L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La asistencia sanitaria como derecho fundamental y el Sistema Nacional de Salud como garantía institucional: Balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador”, VV.AA.: *Comentario Práctico a la Legislación Reguladora de la Sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (DIRS.), Comares, Granada, 2007.

⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de su fundamentación”, VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social, AESSS, Laborum, Murcia, 2016., p. 836.

contemporáneas como “sociedades de riesgo”, y su versión actual como “sociedad del riesgo global”, de manera que determinados riesgos para la vida humana adquieren una dimensión planetaria o global, como es el caso de una epidemia como la que estamos atravesando.

En este sentido, el acceso prácticamente universal a la asistencia sanitaria es un elemento de cohesión e integración social y de protección de la salud que pone de relieve su extraordinario valor primario, especialmente en momentos críticos como los vividos en 2020 y 2021. Ello impone a los poderes públicos la indicación de límites al mercado en la esfera sanitaria y, en general y más ampliamente, de la salud pública. De este modo, el derecho a la salud impone a los poderes públicos la obligación de que en vía jurídica y de política del Derecho, garanticen efectivamente los servicios, las prestaciones y los cuidados exigidos para la satisfacción plena de este derecho social de solidaridad, siendo para ello necesario hacer prevalecer la racionalidad social sobre la racionalidad estrictamente económica -vinculada al gasto sanitario- que coexisten inevitablemente en la materia relativa a la salud¹⁰.

Por su parte, la asistencia sanitaria es una de las prestaciones o ramas específicas de Seguridad Social, y por ello, vinculada con el derecho a la Seguridad Social también en la normativa internacional y europea, como así se reconoce en el art. 34 de la CDFUE, en coherencia con las Normas de coordinación europeas de la Seguridad Social, que incluyen especialmente la asistencia sanitaria. No obstante, su extraordinaria importancia ha determinado la conveniencia político-jurídica de su especificación y diferenciación, para asegurar una garantía más efectiva y adecuada, aunque sin perder de vista los nexos que presenta con el derecho matriz a la Seguridad Social que lo enmarca a todos los efectos¹¹.

Sin embargo, como también se ha señalado por la doctrina iuslaboralista, las condiciones específicas de ejercicio del derecho corresponde a los Estados nacionales, ante la inexistencia de una legislación europea armonizadora. De este modo, la no asunción de competencias en la materia por parte de la Unión, limita significativamente la protección de la UE de este derecho a la protección de la salud. Esta opción de política del Derecho, es reflejo de una opción por un garantismo débil de dicho derecho social fundamental en el marco de la UE¹². No obstante lo anterior, el último inciso contenido en el art. 35 de la CDFUE establece un principio de competencia compartida, pues, a tenor del art. 4.2k) TFUE, constituyen una competencia compartida entre la UE y los Estados miembros todos “los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el presente Tratado”. En este sentido, la legislación europea podrá estar encaminada a “apoyar, coordinar o complementar la acción” de los países miembros. Y en todo caso, conforme al art. 168.7 TFUE, “*la acción de la Unión en el ámbito de la salud pública respetará las responsabilidades de los Estados miembros por lo que respecta a la definición de su política de salud, así como a la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica*”.

Así, bajo la premisa anterior, el desarrollo y la distribución de una vacuna eficaz y segura contra la Covid-19, ha ocupado un lugar central en la respuesta de la Comisión Europea al coronavirus¹³. En el marco de su estrategia de vacunas, la Comisión ha forjado acuerdos

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de su fundamentación”, *op. cit.*, p. 839.

¹¹ *Ibidem*, pp. 840-841.

¹² *Ibidem*, p. 841.

¹³ COMISIÓN EUROPEA: Estrategia de la UE para las vacunas contra la COVID-19, COM(2020) 245 final, 17 de junio de 2020.

con productores individuales de vacunas en nombre de los países de la UE. Una vez disponibles, seguras y eficaces, y autorizadas a nivel de la UE, todos los Estados miembros tendrán acceso a las vacunas contra la Covid-19 al mismo tiempo, y la distribución se realizará per cápita para garantizar un acceso equitativo. A este respecto, el 15 de octubre de 2020 la Comisión Europea publicó la Comunicación sobre la “Preparación para las estrategias de vacunación y el despliegue de las vacunas contra la Covid-19”, indicando los elementos clave que los diferentes Estados miembros deben tener en cuenta para una estrategia nacional de vacunación, tales como la preparación que deben llevar a cabo los países miembros para afrontar la vacunación, los posibles grupos prioritarios, los criterios de financiación o la cooperación a escala mundial¹⁴.

III.- El tratamiento constitucional del Derecho a la salud y a la asistencia sanitaria.

A diferencia de otros derechos, no se establece de un modo específico un derecho a la asistencia sanitaria en el texto constitucional. Dicho derecho se deriva de una manera implícita del contenido de los distintos apartados que componen el art. 43 CE, al reconocerse, en el primer apartado y de forma impersonal (por tanto, universal), el derecho a la protección de la salud; en el segundo apartado, la organización y tutela de la salud pública por parte de los poderes públicos mediante medidas preventivas, así como a través de las prestaciones y servicios necesarios; y en el tercer apartado, el fomento de la educación sanitaria. Si bien nuestra Constitución se ocupa del derecho a la protección a la salud de un modo directo y concreto en su art. 43, en otros muchos de sus preceptos hay referencias a la salud y a las acciones protectoras relativas a la misma, a los que también haremos referencia.

Del contenido del art. 43 CE se desprende que la salud se considera un bien jurídico que debe ser objeto de tutela por el ordenamiento. Cada uno de sus tres apartados hace referencia a cuestiones diferentes, que están íntimamente relacionadas, aunque no tienen la misma relevancia. Su precepto central se encuentra en el apartado primero que contiene previsiones relativas al establecimiento de mecanismos que, sin estar definidos en la norma, han de hacer posible un derecho a la protección de la salud. Lo que pone de manifiesto que ha de protegerse la salud de los sujetos individualmente considerados. Y es que no cabe duda que la salud es uno de los mayores bienes del ser humano, y por ello, objeto de conversión en bien jurídico cuya garantía, mediante el establecimiento de medios de protección sobre los que se hace recaer la técnica del derecho subjetivo, es una pieza central si se quiere colocar a los individuos en la plenitud del goce de su ciudadanía.

El segundo de los apartados del art. 43 CE pone su acento en la dimensión colectiva de la salud al aludir a la tutela de la salud pública como una función que se impone a los poderes públicos de tutelar la misma a través de *medidas preventivas*. La alusión del precepto a que la Ley establecerá *los derechos y deberes de todos al respecto* debe entenderse en conexión con las citadas medidas preventivas, que en determinados casos pueden afectar a auténticos derechos fundamentales como, por ejemplo, la limitación de la libertad de movimiento por el territorio nacional para atajar preventivamente la propagación de epidemias¹⁵. Esta dimensión pública y colectiva de la salud ha adquirido especial

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1597339415327&uri=CELEX%3A52020DC0245>

¹⁴ COMISIÓN EUROPEA: Comunicación sobre la “Preparación para las estrategias de vacunación y el despliegue de las vacunas contra la COVID-19”, COM/2020/680 final, 15 de octubre de 2020.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020DC0680>

¹⁵ APARICIO TOVAR, J.: “El Derecho a la protección de la salud. El Derecho a la asistencia sanitaria”, VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a. N. (DIRS.), Comares, Granada, 2002, pp. 1553-1554.

protagonismo como consecuencia de la amenaza para la salud derivada de la epidemia provocada por el Covid-19, que ha generado la adopción de diversas medidas preventivas de confinamiento o de libertad de movimiento, tanto territorial como horaria, para evitar su propagación, tanto a nivel nacional como por Comunidades Autónomas. Las limitaciones a la libertad personal con el objetivo de proteger la salud están previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, que recoge en su artículo tercero que *“con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”*. Como se desprende de lo anterior, un riesgo significativo para la salud pública puede implicar una importante limitación de determinadas libertades de la persona al estar en juego intereses más amplios de la comunidad, primando así la posición de sujeto protegido por el Sistema de Seguridad Social.

El tercero y último de los apartados del art. 43 CE también apunta hacia la colectividad indiferenciada como receptor inmediato de la acción de los poderes públicos, si bien esas acciones se concretan en individuos determinados que son los que se educan sanitariamente o hacen deporte.

Esa amplia concepción constitucional del objeto va en consonancia con la conocida definición de la OMS que afirma que *“la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no consiste solamente en una ausencia de enfermedad o dolencia”*.

Se puede observar, por tanto, que son distintos aspectos de la protección de la salud, siendo objeto cada uno de ellos de la acción de los poderes públicos, si bien eso no significa que puedan entenderse de forma autónoma. Su inclusión en un mismo artículo constitucional da idea de la íntima conexión que existe entre todos ellos, de forma que deben ser interpretados de una manera conjunta para comprender las implicaciones constitucionales de la protección de la salud. A su vez, dicho precepto debe ser interpretado con el resto de las normas constitucionales que también afectan a la materia objeto de estudio¹⁶. En este sentido, hay que tener en cuenta que todo este “entramado constitucional” se complica con la organización territorial del Estado que, como sabemos, establece un reparto de competencias entre Estado y CCAA. A este respecto, el art. 148.1.21.^a CE declara que la sanidad e higiene puede ser una competencia asumida por las CCAA; el art. 149.1.17.^a CE atribuye la competencia exclusiva al Estado sobre legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las CCAA; y el art. 149.1.16.^a atribuye la competencia exclusiva al Estado sobre la sanidad exterior y las bases y coordinación general de la sanidad.

Como se ha señalado, es el desarrollo legal del art. 43 CE el que establece los derechos y deberes de todos al respecto, de conformidad con su apartado segundo, por tanto, es en el ámbito de la legalidad ordinaria donde hemos de encontrar perfilado el derecho a la salud. Así, con carácter general y especialmente cabe citar la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y de Calidad del Sistema Nacional de Salud; y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

El art. 43.1 CE limita a determinados medios que protegen la salud la construcción de la garantía que supone el título jurídico de derecho, sin pretender establecer un derecho a la

¹⁶ *Ibidem*, p.1554.

salud misma. Reconoce, al menos nominalmente, un derecho pero, no enumera los medios o servicios sobre los que recae ese derecho, sino que esto queda diferido a la legislación ordinaria. El hecho de que sea precisa una legislación infraconstitucional en este caso, nada dice sobre la naturaleza del denominado derecho a la protección de la salud. No hay duda que en el texto constitucional se reconocen algunos auténticos derechos fundamentales que no dejan de serlo porque precisen para su eficacia leyes de soporte¹⁷.

Desde una perspectiva formal y por la ubicación constitucional de este derecho en el Capítulo III (de los principios rectores de la política social y económica) del Título I (de los derechos y deberes fundamentales), no se puede categorizar estrictamente y desde una perspectiva jurídico-formal, como fundamental. Sin embargo, desde una óptica material, sí ha de considerarse así: por una parte, es complementario de otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la integridad física contenido en el art. 15 CE, siendo el presupuesto existencial para el derecho a la salud, y vinculándose así con el valor de la dignidad humana reconocido en el art. 10 del propio texto constitucional; y por otro lado, es una condición previa y absolutamente primordial para el ejercicio de los restantes derechos fundamentales¹⁸.

También, junto al art. 43 encontramos menciones explícitas relacionadas con el derecho a la protección a la salud. Así, el art. 40.2 señala que los poderes públicos “velarán por la seguridad e higiene en el trabajo” y añade que garantizarán una serie de cuestiones que pueden entenderse como especificaciones del derecho a la salud, al decir que garantizarán “el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral” y “las vacaciones periódicas retribuidas”. El art. 49, por su parte, establece que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con alguna discapacidad física, sensorial y psíquica, a las que prestará la atención especializada que requieran...”. Por su parte, a los problemas específicos de salud de los ciudadanos de la tercera edad hace referencia el art. 50, bajo la premisa de que “los poderes públicos... promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud...”. Otra mención a la salud la encontramos en el art. 51.1, esta vez referida a los consumidores y usuarios, en los siguientes términos: “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

Existen, además, otros preceptos constitucionales que regulan materias de indudable dimensión sanitaria: el medio ambiente (art. 45.1), la calidad de vida (art. 45.2), la vivienda digna y adecuada que todos los españoles tienen derecho a disfrutar (art. 47), la protección integral de los hijos y de las madres (art. 39.2), etc.

Así pues, el derecho a la salud aparece a primera vista como un derecho constitucional con formulación explícita en el art. 43 y reflejo en otros múltiples preceptos constitucionales¹⁹.

¹⁷ APARICIO TOVAR, J.: “Derecho a la asistencia Sanitaria”, VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social, AESSS, Laborum, Murcia, 2016, p. 45.

¹⁸ TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Comares, Granada, 2012, p. 311.

¹⁹ JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, M.: “El Derecho Constitucional a la Protección de la Salud”, VV.AA.: *La Salud como Valor Constitucional y sus Garantías. Desarrollo y evolución del art. 43 de la Constitución Española*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2004, p. 10.

Desde esta regulación constitucional, no se desprende de una manera automática un derecho subjetivo de la persona, para lo que es esencial la aplicación efectiva de la legalidad ordinaria, con el fin de satisfacer el principio de protección de la salud a favor de las personas, por lo que, como se ha señalado, el derecho se origina y se fundamenta en la propia legislación infraconstitucional que lo configure. Así, ante esta configuración del derecho, tiene su razón de ser el Sistema Nacional de Salud como garante institucional de la propia asistencia sanitaria, así como para la protección y la cobertura de las situaciones de necesidad, como se recoge en el art. 41 CE respecto al derecho a la Seguridad Social. De ahí la interconexión existente, por una parte, del citado art. 41 por el que se encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de *un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad*; y, por otra parte, del art. 43.1, que reconoce el derecho a la protección de la salud.

Esta institución es un elemento estructural básico del Estado Social, tal vez el más importante, pues es el instrumento fundamental para hacer real y efectiva la igualdad y la libertad (art. 9.2 CE) de los individuos ante las situaciones de necesidad, porque mediante las prestaciones que provee a los sujetos protegidos, se remueven obstáculos que impiden o dificultan el disfrute de la vida política, cultural y social, especialmente en las situación de alteración de la salud. Así, el Sistema de Seguridad Social no es otra cosa que un “plan para que triunfe la libertad frente a la necesidad”²⁰. Y no hace falta mucha argumentación para concluir que una de las mayores situaciones de necesidad es la que se produce por la pérdida de la salud.

Una característica sistemáticamente distorsionante del tratamiento constitucional de la Seguridad Social (en la que se inserta la rama de la protección de la salud y en particular la asistencia sanitaria) es la dispersión en diversos preceptos que sin embargo forman parte de un mismo grupo o bloque normativo constitucional de conformación diversificada y en ciertos aspectos heterogénea (artículos 41, 43, 49, 50, 149.1.17^a, todos ellos de conformidad con el canon hermenéutico contenido en el art. 10.2 CE). No obstante, ese tratamiento diversificado por categorías de prestaciones o ramas de protección viene a reproducir una técnica garantista habitual en la normativa internacional general y europea y no tiene por qué afectar por sí mismo a la realización jurídico-constitucional de un grupo o bloque normativo constitucional de orientación finalista dirigido a la garantía efectiva jurídica e institucional del derecho a la Seguridad Social, y en particular, al derecho a la salud como uno de los típicos y clásicos derechos de Seguridad Social²¹.

Por su parte, el Sistema Nacional de Salud que se considera uno de los pilares consolidados de nuestro Estado de Bienestar junto a la Seguridad Social y la Educación²², se ha caracterizado por la descentralización fruto de la progresiva asunción de competencias en este ámbito por parte de las distintas CCAA. De ahí que la propia Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad defina legalmente tal sistema en su art. 44.2

²⁰ Así lo define APARICIO TOVAR, J. (2002) citando a BEVERIDGE, W.: *Social Insurance and Allied Services*, HMSO, Londres, 1942.

²¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho a la Seguridad Social”, VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a. N. (DIRS.), Comares, Granada, 2002.

²² MOLINA NAVARRETE, C.: “La protección de la salud en el Sistema de Seguridad Social: dos historias inacabadas y confusas de segregación normativa e institucional”, VV.AA.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a. N. (COORDS.), Comares, Granada, 2008.

como “el conjunto de servicios de salud de la Administración del Estado y de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas”. De hecho, la asistencia sanitaria en la actualidad no se presta por el ente gestor de la Seguridad Social, sino a través de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas²³. Una gestión descentralizada que ha adquirido especial protagonismo en la atención y asistencia sanitaria prestada como consecuencia de la epidemia por Covid-19, en la que las distintas CCAA han adoptado medidas diversas y concretas para una gestión lo más óptima posible y para evitar el colapso de sus sistemas de salud.

No obstante, han de entenderse ambos niveles como parte básica de un grupo normativo regulador claramente interconectado con el fin de ofrecer la asistencia sanitaria debida para la protección de la salud, tal y como establece la Constitución. Muestra de ello es que la asistencia sanitaria depende tanto de la Administración de la Seguridad Social, como de la Administración Sanitaria Autonómica²⁴. Así, en virtud del art. 1 del 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, la cartera de servicios comunes de las prestaciones sanitarias de salud pública comprende: la atención primaria, la atención especializada, atención de urgencia, prestación farmacéutica, ortoprotésica, de productos dietéticos, de transporte sanitario y de salud pública²⁵.

En otro orden de cosas, en el desarrollo del derecho a la salud, claramente se está diferenciando entre la salud en su vertiente individual, y en su vertiente colectiva, considerando esta última como la tutela conjunta de la misma impuesta a los poderes públicos. En relación a esta vertiente colectiva de protección de la salud, adquieren especial trascendencia los recientes textos normativos aprobados en el marco de la crisis sanitaria provocada por el Covid-19, ante la necesidad de llevar a cabo actuaciones coordinadas en materia de salud pública (conforme al art. 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo) para dar respuesta a situaciones de especial riesgo o alarma para la salud pública, mediante la activación y el diseño de planes y estrategias de actuación para afrontar emergencias sanitarias, en este caso, ante la rápida expansión de la epidemia provocada por el coronavirus.

A este respecto, el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, tiene por objeto el establecer las medidas urgentes de prevención, contención y coordinación necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, así como prevenir posibles rebrotes, con vistas a la superación de la fase III del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad por parte de algunas provincias, islas y unidades territoriales y, eventualmente, la expiración de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, y sus prórrogas. Así, tal y como recoge el preámbulo de dicho RD-Ley 21/2020, los poderes públicos

²³ Véase a este respecto de una manera detallada MALDONADO MOLINA, J.A.: “Los niveles del derecho a la protección de la salud: competencias autonómicas en asistencia sanitaria”, VV.AA.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N. (DIRS.), Comares, Granada, 2007.

²⁴ TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, *op. cit.*, p. 314.

²⁵ Véase un análisis detallado de estas prestaciones sanitarias en MOLINA HERMOSILLA, O, VILLAR CAÑADA, I. y GÁMEZ JIMÉNEZ, J.M.: “La asistencia sanitaria como prestación del Sistema de Seguridad Social y su provisión a través del Sistema Nacional de Salud”, VV.AA.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a. N. (COORDS.), Comares, Granada, 2008, pp.1233-1239.

tienen el deber de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43.2 CE, para garantizar el derecho a la protección de la salud que reconoce el citado precepto en su primer apartado.

Tanto si se considera que el art. 43.1 CE confiere un derecho o más bien expresa un principio rector de la política social y económica, en dicho precepto está contenida la necesidad de que el Estado asuma como una función propia la puesta en práctica de un aparato institucional que provea a los miembros de la comunidad los cuidados que para el mantenimiento y la promoción de su salud sean precisos. Podemos concluir así que para la protección de la salud y por tanto de la vida, los poderes públicos están obligados a poner en práctica un soporte institucional que haga efectivo el derecho reconocido en el art. 43.1 CE.

1. Breve recorrido de la evolución y efectividad del derecho a la atención sanitaria

La evolución y efectividad de la universalidad del derecho a la salud y al acceso a las prestaciones sanitarias, ilustra de una manera especial el progreso o el retroceso del Estado de Bienestar.

Al margen de la configuración constitucional de este derecho, tal y como se ha analizado en el apartado anterior, la tendencia política y legislativa en materia sanitaria en España mantuvo desde el nacimiento de nuestra Carta Magna hasta el año 2012 un devenir orientado hacia la universalidad. Así, desde la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la universalidad habría sido “un objetivo a perseguir en el que no se ha llegado ni a la desvinculación absoluta con respecto a la Seguridad Social ni a un acceso incondicionado y gratuito para todos los residentes en territorio español” (STC 139/2016, de 21 de julio). Sin embargo, en aras de aplicar políticas de austeridad para contrarrestar los años de crisis económica y financiera que se atravesaron, la reforma sanitaria operada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, y por el 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, introdujo un cambio de orientación importante, y el comienzo de una nueva etapa en la que se abrió la posibilidad de exclusión sanitaria de determinados colectivos *-los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria ante tres situaciones: menores de 18 años, asistencia de urgencia por enfermedad grave o accidente, y asistencia al embarazo, parto y postparto-*, bajo el argumento de razones presupuestarias *-una línea de modificación normativa muy cuestionable respecto a la normativa internacional y europea y a nuestra Constitución-*.

Posteriormente, el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, se orientó más a recuperar la coherencia con la normativa anterior y especialmente con los estándares internacionales, si bien, con algunas limitaciones respecto a la exclusión de algunos de los colectivos afectados por la reforma de 2012²⁶.

²⁶ PANIZO ROBLES, J.A.: “El acceso a la asistencia sanitaria pública se configura como derecho universal al margen del sistema de la Seguridad Social. (Comentario al Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud)”, *Boletín Laboral Social, CEF*, Julio 2018. <https://www.laboral-social.com/asistencia-sanitaria-universal-resumen-contenido-rdl-7-2018-panizo-robles.html>

La jurisprudencia nacional y la internacional han señalado la inseparable vinculación del derecho a la protección de la salud con otros derechos fundamentales: el derecho a la vida y la integridad física y moral contenido en el art. 15 CE (STC 48/1996), así como con el derecho a la no discriminación contenido en el art. 14 CE o con la dignidad (art. 10 CE), como pilar del orden político y social. Desde una perspectiva internacional, junto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (a modo de ejemplo, la Sentencia *Lopes de Sousa Fernandes contra Portugal* de 19 de diciembre de 2017)²⁷, resulta de interés mencionar el desarrollo en el ámbito de la Unión Europea de la doctrina del mínimo existencial (STJUE C-233/2018, *Haqbin*, de 12 de noviembre de 2019), que parte de la dignidad humana como derecho inviolable y plantea nuevos marcos interpretativos de la efectividad de los derechos económicos y sociales. A este respecto y en el contexto de la actual crisis sanitaria, este tipo de desarrollos vinculan de nuevo el acceso a la sanidad con las obligaciones mínimas de un Estado Social.

IV.- Garantías jurisdiccionales del derecho a la salud

Las garantías constitucionales se definen como los mecanismos jurídicos de seguridad que el Ordenamiento constitucional establece para la salvaguarda y la defensa de la integridad de su valor normativo. Un derecho vale jurídicamente lo que valen sus garantías. De ello ha habido conciencia desde el inicio del régimen constitucional, que fue cifrado no tanto en la existencia de libertades cuanto en su aseguramiento. Las garantías nos muestran la sinceridad del Ordenamiento. De ahí que los textos constitucionales acompañen los derechos y libertades con garantías tendentes a dotarlos de efectividad²⁸.

De este modo, en el marco del Estado social de Derecho definido en nuestra Carta Magna viene definido un sistema de garantías para evitar una ruptura entre la titularidad y el ejercicio de los derechos sociales fundamentales. Dicho sistema, es el conjunto de medios que el ordenamiento prevé para la protección, tutela o salvaguardia de los derechos definidos constitucionalmente para asegurar su observancia y su efectividad verdadera. Sin este sistema de garantías perderían valor y alcance estos derechos en nuestro modelo de Estado social, limitándose a una mera concepción teórica de los mismos, pero no práctica y material, incluso hacerse inefectivo su reconocimiento. Resulta así fundamental reflejar también el ejercicio y la efectividad de los derechos, puesto que un derecho reconocido, si no se puede ejercer, no puede considerarse un derecho²⁹.

Dicho sistema de garantías se recoge en el Capítulo IV del Título I de nuestro texto constitucional, bajo la rúbrica “*de las garantías de las libertades y derechos fundamentales*”, junto al desarrollo jurídico-legal de algunos de sus aspectos y contenidos. De los dos artículos que conforman el citado Cap. IV, es el art. 53 el que regula el sistema de garantías, pues el art. 54 hace referencia a la figura e institución del Defensor del Pueblo. Por ello, el precepto clave en la articulación del sistema de garantías de los derechos es el art. 53 CE³⁰.

²⁷ Un análisis en este sentido en MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “El derecho a la vida ante la crisis sanitaria provocada por la Covid-19”, *Diario la Ley*, nº 9666, 2020.

²⁸ GIMENO SENDRA, V., MORENILLA ALLARD, P., TORRES DEL MORAL, A. Y DÍAZ MARTÍNEZ, M.: *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007, p. 595.

²⁹ TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, *op. cit.*, pp. 370-371.

³⁰ Véase un exhaustivo análisis del mismo en RIVERO LAMAS, J.: “La garantía de los derechos y libertades constitucionales”, VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*,

Ahora bien, en relación con el tema objeto de estudio de este trabajo, cabe partir de la consideración de que la ubicación sistemática del Derecho a la salud en España es ciertamente inadecuada y deficiente dentro del capítulo III del texto constitucional (art. 43), junto al sistema debilitado de garantías ex art. 53 CE, ya que articula un sistema de protección de los derechos reconocidos en el texto constitucional en tres niveles. Así, de acuerdo con la mayor o menor intensidad de las garantías jurídicas constitucionalmente establecidas, se suele hacer, siguiendo la sistemática constitucional, una triple clasificación de los derechos y libertades. Con el nivel más amplio e intenso de protección, que conlleva reserva de ley orgánica, protección del contenido esencial frente al legislador, amparo judicial y amparo ante el Tribunal Constitucional, encontramos los derechos reconocidos en los arts. 14 a 29 de la Constitución más la objeción de conciencia reconocida en el art. 30. Con un nivel medio de protección, encontramos los derechos reconocidos en el resto del Capítulo II (arts. 31 a 38): reserva de ley y garantía del contenido esencial del derecho incluso frente al legislador, en virtud del art. 53.1 CE. Con el nivel mínimo de protección encontramos los llamados principios rectores de la política social y económica (art. 39 a 52), entre los que se encuentra el precepto dedicado a la protección de la salud (art. 43) y la mayor parte de los conectados con él, con la excepción del art. 15.

Se desprende así que la protección constitucional de los derechos en nuestra Carta Magna es escalonada. De este modo, el citado art. 53 concluye con un apartado tercero dedicado a la tutela y garantía -implícita- de los principios reconocidos en el Cap. III de la Constitución. Así, frente a una garantía fuerte y decidida de los derechos, tal y como se desprende de los apartados 1 y 2 del citado precepto, en el art. 53.3 esta garantía se debilita de una manera notable, con un alcance más débil y limitado, ya que se alude al respeto y protección de los derechos constitucionalmente reconocidos como “principios rectores de la política social y económica”. De igual modo, en dicho precepto constitucional se ordena que el reconocimiento, el respeto y la protección de estos derechos -reconocidos como principios rectores- deben informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, fijando la garantía de que en caso de que no sea así, se ha de acudir a la jurisdicción ordinaria de conformidad con lo dispuesto en las leyes concretas que los desarrollen.

En este sentido, como quiera que el derecho a la salud, como tal, no es objeto de amparo constitucional, es menos abundante la jurisprudencia constitucional al respecto, si bien, existen interesantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional que de alguna manera inciden en la materia sanitaria, aún cuando hayan sido dictados con motivo de recursos fundamentados en otros derechos que sí son reconocidos como susceptibles de amparo, como ha sido el caso de la intimidad (STC 37/1989, de 15 de febrero), la integridad física (STC 215/1994, de 14 de julio) o la libertad religiosa (STC 154/2002, de 18 de julio). Las principales sentencias judiciales en relación con la epidemia de Covid-19 se han dictado contra algunos gobiernos regionales y sus servicios de salud por no proporcionar a sus sanitarios los equipos de protección individual adecuados y suficientes para prevenir los contagios entre el personal, vulnerando así los derechos a la vida e integridad física y el derecho a la salud (STSJ de Aragón 481/2020, de 20 de octubre de 2020, Sala de lo Social; STSJ del País Vasco 866/2020, de 7 de julio de 2020, Sala de lo Social. También en esta línea la STS 1.271/2020, de 8 de octubre de 2020, Sala Contencioso-Administrativo).

MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a. N. (DIRS.), Comares, Granada, 2002, pp. 1979-2079.

Desde la constatación en la experiencia jurídica de las dificultades de justiciabilidad o accionabilidad judicial, cabría afirmar que el problema no afecta tanto a la existencia del derecho en sí y su misma titularidad, como a una situación de incumplimiento que incide sobre su ejercicio y posibilidades de satisfacción. Un derecho social consagrado en el texto constitucional, o en un texto internacional fundamental ratificado, sin garantías legales de satisfacción no autoriza a hablar de inexistencia, sino de incumplimiento por parte del poder público obligado a su garantía efectiva, porque el derecho se debe acompañar de una actividad de especificación y de la distribución de la provisión de los recursos correspondientes³¹.

Por tanto, aunque se hiciera referencia a esa justiciabilidad deficiente, no se puede concluir la inexistencia del derecho, puesto que los problemas de justiciabilidad que surgen respecto a los derechos fundamentales sociales no se diferencian esencialmente de los que se plantean en muchos casos en los derechos fundamentales tradicionales. Así, los titulares de los derechos fundamentales sociales tienen un derecho a exigir, de manera que un legislador inoperante o que estableciera un desarrollo contrario al contenido básico o esencial del derecho podría reclamar el control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional³². En determinados casos podría plantearse la inconstitucionalidad por omisión, pues ciertamente la violación de la Constitución (y de los derechos contenidos en la misma) puede producirse tanto por acción, como por omisión³³.

Los *principios rectores de la política social y económica* incluidos en el Capítulo III, Título I de la Constitución siguen suscitando no pocas dudas y polémicas. En este sentido, una corriente de opinión ha mantenido que no reconocen clase alguna de derechos, ni fundamentales, ni de otro tipo, porque como tales principios, carecen de consecuencia jurídica que precisa toda norma jurídica para que sea susceptible de aplicación en la resolución de una controvertida pretensión de los individuos. Si bien esta afirmación conviene matizarla, pues hay auténticos derechos fundamentales reconocidos directamente por la Constitución que reclaman una configuración legal para ser efectivos. Por tanto, lo determinante no es la directa operatividad del derecho desde el texto constitucional, sino “la preexistencia del derecho mismo al momento de su configuración o delimitación legislativa” hecha por la Constitución³⁴.

Pero hay que advertir que lo anteriormente señalado no quiere decir que los preceptos contenidos en el Capítulo III, Título I del texto constitucional no sean normativos. Ya en su momento el Tribunal Constitucional señaló en la STC 80/1992, de 20 de diciembre, que toda la Constitución lo es, pero tal carácter normativo “necesita ser modulado en lo concerniente a los arts. 39 a 52 en los términos del art. 53.3”. Dicho precepto señala que “*el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*”. Dicho de otro modo, aunque no estemos ante derechos subjetivos en sentido estricto aparentemente, los enunciados contenidos en el art. 53.3 tienen sentido en sí mismos. Imponen al legislador, en su

³¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de su fundamentación”, *op. cit.*, p. 844.

³² *Ibidem*, p. 845.

³³ BAZÁN, V.: *Control de constitucionalidad de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Fundación Adenauer, Bogotá, 2014, pp. 131 y ss.

³⁴ APARICIO TOVAR, J.: “Derecho a la asistencia Sanitaria”, *op. cit.*, p. 46.

progresiva realización de la pertinente norma programática, la necesaria configuración de derechos subjetivos en el ámbito material sobre el que se proyecta aquella³⁵.

En consecuencia, partiendo de la consideración de que estos principios rectores se desarrollan en normas jurídicas que implícitamente suponen la imposibilidad de legislar en términos contrarios a lo previsto en aquellos, son estas últimas leyes las que se convierten en claves del sistema articulado de garantía para estos derechos concretos. A las mismas le corresponden hacerlos jurisdiccionalmente exigibles conforme a las disposiciones incluidas en un desarrollo legislativo que respete y actualice el propio mandato constitucional³⁶. En este sentido y como se ha apuntado por la doctrina, con esta interpretación se impide que porque un derecho en su totalidad no pueda exigirse, tutelarse y garantizarse ante y por un tribunal, los distintos contenidos que lo conforman y definidos legalmente sí lo puedan jurisdiccionalmente³⁷.

En todo caso, el valor normativo que se deriva de la naturaleza de principio constitucional impone consecuencias significativas. No se trata de un precepto programático. El principio contenido en el art. 43.1 CE está orientado hacia el valor dignidad humana, determinando en importante medida la actuación de los poderes públicos, dado que indica la dirección que los mismos han de seguir. Existe ya una predecisión constitucional que vincula al legislador y al tiempo es el criterio de justificación de la medida legislativa que configure un derecho a la protección de la salud. Es una legitimación del legislativo para intervenir en las relaciones sociales, lo que implica la utilización de importantes recursos económicos. Por tanto, no se trata de un derecho de los individuos, ni exclusivamente un deber de los poderes públicos, sino una función necesaria de los poderes públicos que en un Estado Social deben remover los obstáculos que impiden el acceso a los cuidados sanitarios en condiciones de igualdad. Pero además, no solamente vinculan al legislador, sino a todos los poderes públicos, tanto Administración Pública como Poder Judicial, que son quienes tienen encomendada la tarea de aplicar las normas para resolver pretensiones y dar satisfacción a las necesidades de los ciudadanos. De este modo, en la aplicación de las normas, tanto la Administración como los Tribunales de Justicia están obligados a una interpretación de las mismas de acuerdo con un juicio de razonabilidad. Dicho de otro modo, la búsqueda de aquella interpretación que mejor satisfaga la realización de los valores constitucionales, expresados también en los principios rectores de la política social y económica, y en concreto, respecto a la protección de la salud, como expresión de la dignidad de los seres humanos, como así ha sido reconocido de manera clara en diversas sentencias del propio Tribunal Constitucional³⁸.

Cabría así convenir que el art. 43.1 CE contiene un principio que expresa una función necesaria del proceso democrático, y también hay que añadir que el hecho de que la norma utilice el término “derecho” implica una elección que no es neutra, sino que el mandato dirigido al legislador impone “la necesaria configuración de derechos subjetivos en el ámbito material sobre el que se proyecta” la norma. Es decir, no cualquier modo de proteger la salud vale, sino que ha de protegerse mediante la atribución de derechos subjetivos a favor de aquellos a quienes se quiere proteger. Derechos subjetivos que

³⁵ JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, M.: “El Derecho Constitucional a la Protección de la Salud”, *op. cit.*, p. 12.

³⁶ GARRIDO GÓMEZ, M.I.: *Derechos Fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007, p. 170.

³⁷ PISARELLO, G.: “La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español”, VV.AA.: *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, PISARELLO, G. (ED.), Bomarzo, Albacete, 2009, p. 72.

³⁸ APARICIO TOVAR, J.: “Derecho a la asistencia Sanitaria”, *op. cit.*, p. 47.

nacerán con la legislación que los establezca. Esto lleva a considerar que el ámbito material al que se refiere el art. 43.1 CE, frente a las otras medidas de protección de la salud que se encuentran en diversas ramas del ordenamiento, está constituido por medidas específicas dirigidas a preservar, mantener o recuperar la salud de los individuos³⁹.

Sería por tanto posible entender que en el art. 43.1 hay un auténtico derecho cuyo nivel de garantías se hace a través de un entramado de normas⁴⁰. Esta visión conduce a la apertura de nuevas vías para la justiciabilidad de los derechos sociales a través del principio de igualdad, la tutela judicial o con su conexión con otros derechos civiles y políticos⁴¹. El derecho a la protección de la salud ofrece el campo adecuado para la puesta en práctica de una “defensa del carácter multi-institucional de la tutela de los derechos sociales”, que llevaría a un sistema multinivel de garantías que involucraría a los propios titulares de los derechos en la defensa y conquista de los mismos.

Esas garantías serían tanto *institucionales* como *extra-institucionales*. Entre las primeras estarían las *garantías políticas* que son las encomendadas a los órganos legislativos y ejecutivos y *semi-políticas*, provistas por órganos externos pero de control político, y por último, *garantías jurisdiccionales* y *semi-jurisdiccionales*. Los mecanismos de solución de controversias extrajudiciales entrarían en esta categoría. Finalmente, hay que hacer referencia a las *garantías supraestatales, estatales e infraestatales*, que serían las dispensadas por las CCAA y los Municipios⁴². Por tanto, este sistema de garantías multinivel viene a completar la validez y la eficacia de las normas constitucionales⁴³.

V.- A modo de reflexión final

La salud es un valor supremo y primario. La salud se configura como un derecho social fundamental vinculado al derecho a la vida y a la dignidad de la persona. Y así es reconocido en la Normativa Internacional, General y Europea sobre los derechos fundamentales, que lo consagran con una proyección universalista, atribuyéndolo subjetivamente a toda persona. Es un derecho inclusivo e indispensable para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, que junto al derecho a la asistencia sanitaria, ha alcanzado un especial valor e importancia ante la situación de crisis sanitaria provocada por el Covid-19.

Dado que se trata de un derecho social de prestación pública exige un elemento institucional de materialización como servicio público, y como tal exige un compromiso del poder público en el plano de la política del Derecho social. De este modo, el derecho a la salud impone a los poderes públicos la obligación de que, en vía jurídica y de política del Derecho, garanticen efectivamente los servicios, prestaciones y cuidados exigidos para la satisfacción plena de este derecho social. Por tanto, en materia de derechos fundamentales y libertades públicas no basta con reconocer, sino que, sobre todo, lo que importa es garantizar.

³⁹ APARICIO TOVAR, J.: “El Derecho a la protección de la salud. El Derecho a la asistencia sanitaria”, p. 1558.

⁴⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La asistencia sanitaria como derecho fundamental y el Sistema Nacional de Salud como garantía institucional: Balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador”, *op. cit.*, p. 23).

⁴¹ ABRAMOVICH, V. Y COURTIS, C.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 168 y ss.

⁴² PISARELLO, G.: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 112-113.

⁴³ APARICIO TOVAR, J.: “Derecho a la asistencia Sanitaria”, *op. cit.*, p. 49.

La situación de crisis sanitaria provocada por el Covid-19 ha puesto de manifiesto que la pretendida firmeza, al menos en el plano normativo, del compromiso constitucional con un “régimen público suficiente” de “Asistencia Sanitaria” (arts. 41 y 43 CE) se ha visto erosionada en la práctica, debido especialmente a la saturación experimentada por los centros hospitalarios y la falta de personal sanitario suficiente en los picos más agresivos de contagios. A lo que hay que unir, el importante deterioro experimentado por la atención médica para otro tipo de patologías, ante la unificación del esfuerzo del personal sanitario en torno al Covid-19 y un sistema sanitario desbordado en torno a la epidemia.

La asistencia sanitaria se configura en el ordenamiento jurídico español como un derecho subjetivo, si bien, constitucionalmente se reconoce a través de una técnica jurídica de garantía débil, al estar incluida dentro de los “principios rectores de la política social y económica”. Sin embargo, esa garantía viene reforzada por el tenor del art. 10.2 CE, que hace referencia a las normas internacionales en materia de derechos fundamentales. Consecuentemente, con independencia de que se trata de un verdadero derecho constitucional, además de su innegable valor normativo, como ha señalado en diferentes ocasiones el propio Tribunal Constitucional, su sentido y alcance van a depender de la concreción que le den las leyes de desarrollo (art. 53.3 CE), a partir de las cuales quedan concretadas las pretensiones procesales y demás instrumentos de tutela de que disponen la ciudadanía. Todo ello sin olvidar, como se ha señalado, que este sistema y modelo es completado mediante las garantías previstas en los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos fundamentales suscritos por España.

Si bien no parece de recibo que el principio de vinculación a la Constitución opere de forma distinta según se trate de los Derechos y Libertades reconocidos en el Cap. II del título I, o bien de los principios rectores del Cap. III, porque la fuerza normativa de la Constitución (art. 9.1 CE) se proclama respecto a toda ella y no solo en relación con algunos de sus contenidos, tampoco la diferenciación entre derechos y principios debe interpretarse como un binomio que divide lo exigible y garantizado de aquello otro con valor meramente informador de la legislación positiva.

Más que una lectura simplista del art. 53.3 CE hay que considerar el modo a través del cual los desarrollos normativos han ido adaptando un régimen jurídico hecho de luces y sombras, pero al que no podemos acercarnos con la perspectiva de que es un ámbito ajeno a la fuerza normativa de la Constitución y al sistema de valores y fórmulas políticas que le dan fundamento.

Bibliografía

ABRAMOVICH, V. Y COURTIS, C.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

APARICIO TOVAR, J.: “Derecho a la asistencia Sanitaria”, VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social, AESSS, Laborum, Murcia, 2016.

APARICIO TOVAR, J.: “El Derecho a la protección de la salud. El Derecho a la asistencia sanitaria”, VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a. N. (DIRS.), Comares, Granada, 2002.

BAZÁN, V.: *Control de constitucionalidad de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Fundación Adenauer, Bogotá, 2014.

BEVERIDGE, W.: *Social Insurance and Allied Services*, HMSO, Londres, 1942.

COMISIÓN EUROPEA: Estrategia de la UE para las vacunas contra la COVID-19, COM(2020) 245 final, 17 de junio de 2020.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1597339415327&uri=CELEX%3A52020DC0245>

COMISIÓN EUROPEA: Comunicación sobre la “Preparación para las estrategias de vacunación y el despliegue de las vacunas contra la COVID-19”, COM/2020/680 final, 15 de octubre de 2020.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020DC0680>

JIMENA QUESADA, L.: “Art. 43”, VV.AA.: *Comentario a la Constitución Española. 40 Aniversario 1978-2018*, Tomo I, PÉREZ TREMPES, P. y SAIZ ARNÁIZ, A. (DIRS.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, M.: “El Derecho Constitucional a la Protección de la Salud”, VV.AA.: *La Salud como Valor Constitucional y sus Garantías. Desarrollo y evolución del art. 43 de la Constitución Española*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2004.

GARRIDO GÓMEZ, M.I.: *Derechos Fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007.

GIMENO SENDRA, V., MORENILLA ALLARD, P., TORRES DEL MORAL, A. Y DÍAZ MARTÍNEZ, M.: *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007.

MALDONADO MOLINA, J.A.: “Los niveles del derecho a la protección de la salud: competencias autonómicas en asistencia sanitaria”, en VV.AA.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N. (DirS.), Granada, Comares, 2007.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “El derecho a la vida ante la crisis sanitaria provocada por la Covid-19”, *Diario la Ley*, nº 9666, 2020.

MOLINA HERMOSILLA, O, VILLAR CAÑADA, I. y GÁMEZ JIMÉNEZ, J.M.: “La asistencia sanitaria como prestación del Sistema de Seguridad Social y su provisión a través del Sistema Nacional de Salud”, VV.AA.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a. N. (COORDS.), Comares, Granada, 2008.

MOLINA NAVARRETE, C.: “La protección de la salud en el Sistema de Seguridad Social: dos historias inacabadas y confusas de segregación normativa e institucional”, VV.AA.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a. N. (COORDS.), Comares, Granada, 2008.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho a la Seguridad Social”, VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a. N. (DIRS.), Comares, Granada, 2002.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho a la salud”, VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (DIRS.), Comares, Granada, 2014.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de su fundamentación”, VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social, AESSS, Laborum, Murcia, 2016.

MONEREO PÉREZ, J.L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La asistencia sanitaria como derecho fundamental y el Sistema Nacional de Salud como garantía institucional: Balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador”, VV.AA.: *Comentario Práctico a la Legislación Reguladora de la Sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a. N. (DIRS.), Comares, Granada, 2007.

PANIZO ROBLES, J.A.: “El acceso a la asistencia sanitaria pública se configura como derecho universal al margen del sistema de la Seguridad Social. (Comentario al Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud)”, *Boletín Laboral Social, CEF*, Julio 2018.

<https://www.laboral-social.com/asistencia-sanitaria-universal-resumen-contenido-rdl-7-2018-panizo-robles.html>

PEMÁN GARVÍN, J.M.: “Derecho a la protección de la salud. Perspectiva internacional y comparada”, VV.AA.: *Derecho Sanitario y Bioética*, GASCÓN ABELLÁN, M., GONZÁLEZ CARRASCO, C. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (DIRS.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

PISARELLO, G.: “La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español”, VV.AA.: *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, PISARELLO, G. (ED.), Bomarzo, Albacete, 2009.

PISARELLO, G.: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

RIVERO LAMAS, J.: “La garantía de los derechos y libertades constitucionales”, VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a. N. (DIRS.), Comares, Granada, 2002.

TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Comares, Granada, 2012.

TRILLO GARCÍA, A. y LLORENTE ÁLVAREZ, A.: “La regulación internacional de la protección de la salud”, VV.AA.: *Comentario Práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N. (DIRS.), Comares, Granada, 2007.

VV.AA.: *La respuesta normativa a la crisis laboral por el Covid-19*, VILA TIERNO, F. (DIR.), Laborum, Murcia, 2020.