

PROTECCIÓN DE LA SALUD, ATENCIÓN PRIMARIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

FERNANDO REY MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

SUMARIO

I. Introducción: el derecho a la protección de la salud, un derecho robusto en la práctica pero de escasa densidad jurídica. II. Por qué no es indiferente que la protección jurídica de la salud sea un derecho legal y no un derecho fundamental: el ejemplo de la STC de 21 de julio de 2016. III. La progresiva fundamentalización del derecho a la protección de la salud. El derecho a la salud no como derecho legal, sino como derecho fundamental de configuración legal. IV. ¿Un derecho fundamental a la protección *primaria* de la salud? V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, UN DERECHO ROBUSTO EN LA PRÁCTICA PERO DE ESCASA DENSIDAD JURÍDICA

No existe un derecho fundamental a la salud; por desgracia, las enfermedades y, por último, la muerte, son hechos asaz obstinados. Sin embargo, dentro del catálogo estándar de derechos fundamentales de cualquier país sí existe (o debería existir) un derecho a la protección jurídica de la salud, que es el derecho al que, normalmente, por razones de economía lingüística, se suele llamar «derecho a la salud».

Este derecho, por referirnos sólo de momento al ordenamiento jurídico español, se recoge en el artículo 43 de la Constitución: 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.

El texto es interesante por diversos motivos. En primer lugar, quizá lo más importante de él no es tanto lo que dice, sino *dónde* lo dice, es decir, en qué parte de la Constitución. Porque los derechos que reconoce nuestra Constitución están más o menos protegidos en función del lugar donde se ubican en el texto constitucional. Concretamente, hay tres niveles de protección: los derechos más intensamente protegidos son los que se reconocen en los artículos 14 a 30.2; luego están los derechos del art. 31 al 38 y, finalmente, los que gozan de la menor protección se encuentran en los artículos 39 a 52. El nuestro, que es el art. 43, está, obviamente, entre estos últimos. Aún más. Es que ni siquiera estos derechos (arts. 39 a 52) son considerados como derechos fundamentales ni por la Constitución, que los define como «principios rectores de la política social y económica», ni por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (salvo algún matiz que no viene ahora al caso). En otras palabras, el derecho «a la protección de la salud» no sería un derecho fundamental, sino otra cosa, un «principio rector». Eso no quiere decir que no sea garantizado en la práctica robustamente; de hecho, nuestro sistema nacional de salud es uno de los más serios del mundo (lo cual no deja de ser paradójico respecto de su pobre condición jurídico-constitucional). Pero el derecho a la protección de la salud tiene, entre nosotros, una condición de derecho *legal* y no, propiamente, de derecho *fundamental*. De forma que se garantiza jurídicamente a través de las leyes y los reglamentos (estatales y autonómicos, por cierto, ya que se trata de una competencia compartida), que pueden ensanchar o fragilizar el contenido concreto del derecho con (casi) total libertad. En el epígrafe siguiente expondré un controvertido ejemplo reciente.

No todos los derechos que tienen las personas son fundamentales. Un derecho es fundamental, en primer lugar, si lo reconoce como tal la Constitución. Porque los derechos pueden provenir de otras fuentes: de un contrato, por ejemplo, o de una ley o un reglamento. El derecho que asiste a un alumno de revisar el examen suspenso es, por ejemplo, un derecho reconocido por el correspondiente reglamento universitario, pero no es un derecho fundamental porque ningún precepto del texto constitucional le alberga. En segundo lugar, no todo lo que se llama «derecho» en la Constitución lo es en realidad; para poder hablar de derecho fundamental tiene que ser un «derecho subjetivo», es decir, una norma que atribuye a su titular un haz de posibilidades de actuación o de prestación en su propio interés que puede ser exigido ante un juez. De modo que, por ejemplo, aunque el art. 47 de la Constitución otorgue a todos los españoles el «derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada», en la medida en que este derecho no es judicialmente exigible porque nadie puede acudir ante un Juez para que éste le asigne una vivienda (y nada menos que «digna y adecuada»), no estamos en presencia de un auténtico derecho fundamental, sino de otra cosa, de un principio rector, esto es, de una norma que establece objetivos que los poderes públicos deben cumplir, pero siempre, obviamente, dentro de sus posibilidades técnicas y presupuestarias.

El reconocimiento que hace nuestra Constitución (y, por cierto, también la mayoría de textos constitucionales de las democracias más avanzadas —algunas

incluso, ni siquiera le consignan expresamente) del derecho a la protección de la salud es de este último tipo. El art. 43.1 CE habla expresamente del «derecho a la protección de la salud», pero, en términos jurídicos precisos, no estamos en presencia de un auténtico derecho fundamental, sino de un principio rector. De ahí que su apartado segundo sea el que establezca realmente el contenido del «derecho» enunciado en el inciso primero: los poderes públicos tendrán que organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Y lo tendrán que hacer mediante la ley, que será el instrumento a través del que se establecerán los derechos y deberes de todos al respecto. En otras palabras: el contenido de lo que deba entenderse por derecho a la protección de la salud no es de naturaleza constitucional, sino estrictamente legal.

¿Qué consecuencia relevante tiene esto? Pues que el legislador (estatal y autonómico según los casos), es decir, las mayorías parlamentarias de cada momento, son casi totalmente libres para establecer y suprimir los derechos y prestaciones concretas que integran la protección de la salud. Si este derecho fuera fundamental, el legislador no podría lesionar el denominado «contenido esencial» de tal derecho. Porque un derecho es fundamental si es reconocido así en el texto constitucional, si es un derecho subjetivo y, por último, si tiene un contenido esencial resistente frente a las concreciones futuras que de ese derecho venga a realizar el legislador. El derecho a la protección de la salud del art. 43 CE no tiene contenido esencial frente al legislador. Al revés: como dispone el art. 53.3 de la Constitución, los principios rectores (como el de la protección de la salud) «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

Y, por eso mismo, el derecho a la protección de la salud carece de protección a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Es cierto que habilitar al Tribunal para conocer de las controversias acerca de concretas prestaciones sanitarias lo colapsaría, pero quizá sí pudiera haber espacio (si se configurara en el futuro como auténtico derecho fundamental) para que entrara a examinar los casos más relevantes.

La lectura del art. 43 suscita otras reflexiones iniciales interesantes. Quisiera llamar la atención sobre el hecho de que aunque no mencione expresamente a la atención primaria de salud, lo que no sorprende en un contexto de configuración tan escasamente densa del derecho a la protección de la salud, que prácticamente es una remisión al desarrollo por ley posterior, sin embargo, sí contiene, además de la parte que, por supuesto, quepa deducir de atención primaria dentro de la protección genérica de la salud, de dos aspectos íntima (aunque no exclusivamente) ligados a la atención primaria, como son «las medidas preventivas» que menciona en el apartado segundo (la medicina preventiva) y «la educación sanitaria» de la que se habla en el tercero. Se podría decir, en este sentido, que la atención primaria de salud (o algunas de sus funciones principales) sí se hallan reconocidas de modo implícito o tácito en nuestro actual texto constitucional.

Así pues, nos encontramos, como punto de partida, con el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en muchos países de Iberoamérica, donde sus textos constitucionales reconocen con gran aparato y profusión el derecho a la protección de la salud, si bien no de forma real (o con muchas limitaciones) en la práctica, en España (y en la mayoría de los países democráticos más avanzados), la protección de la salud es muy robusta en la práctica aunque su reconocimiento constitucional sea débil y laxo.

A lo largo de estas notas pretendo sugerir que en la primera oportunidad de reforma de nuestra Constitución se reconozca el derecho a la protección de la salud como auténtico derecho fundamental y no ya solo, como hasta el momento, como simple principio rector, y que, además, en esa nueva redacción se incluya expresamente (y no de modo tácito como hasta ahora) la atención primaria de la salud. Intentaré argumentar las razones que me conducen hacia esta doble propuesta a partir de un concepto constitucionalmente adecuado de salud en el momento actual, que, como cabe suponer, es algo diferente del de 1978, año de redacción de la Constitución y, curiosamente, también de la relevante Declaración de Alma Ata, que analizaré más adelante.

Intentaré argumentar mi propuesta de modo escalonado. En primer lugar, mostrando que no es neutro, indiferente o inocuo que la Constitución reconozca un debilitado derecho a la protección de la salud en tanto que contemos con un sólido marco legal, porque a veces se producen cambios en la configuración legal del derecho bastante discutibles. Pondré como ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional antes citada.

En segundo lugar, citaré en autos la propia evolución de la jurisprudencia, en España, y en otros países, que cada vez con mayor intensidad tienden a relacionar el debilitado derecho a la protección de la salud, un principio rector, en realidad, con otros derechos fundamentales, de modo que algunos contenidos de la protección de la salud se van fundamentalizando jurisprudencialmente.

En tercer término, y pasando ya a una hipotética nueva redacción del derecho a la protección de la salud en la Constitución, expondré las razones por las que considero que sería interesante mencionar expresamente a la atención primaria de la salud.

II. POR QUÉ NO ES INDIFERENTE QUE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA SALUD SEA UN DERECHO LEGAL Y NO UN DERECHO FUNDAMENTAL: EL EJEMPLO DE LA STC DE 21 DE JULIO DE 2016

En efecto, como se ha indicado, no es neutral que el derecho a la protección jurídica de la salud sea de naturaleza legal y no fundamental. Su protección jurídica es sensiblemente más débil. Como los ejemplos no son concesiones a la pereza mental, invocaré uno que considero bastante expresivo. La STC 139/2016,

de 21 de julio, examina diversos artículos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. La impugnación del Parlamento navarro era doble. Por un lado, con carácter formal, se alega que una reforma del derecho a la protección de la salud no podría hacerse mediante un Decreto-ley, sino que tendría que regularse mediante una Ley; por otro lado, desde el punto de vista del contenido, el reproche mayor hacia el Decreto-ley procede de que excluye de asistencia sanitaria a los españoles que no sean «asegurados» o «beneficiarios» y a diversas categorías de inmigrantes que hasta ese momento sí venían disfrutando de asistencia sanitaria.

Son interesantes ambas vías de análisis. Primero, el formal (que, como enseña se verá, también hace referencia al contenido). La protección de la salud está protegida por una reserva de ley ordinaria. Pero, ¿por qué es esto así? Alguno podría pensar que Parlamento y Gobierno son dos caras de la misma moneda o que, incluso, el Parlamento está dominado en realidad por el presidente del Gobierno. Entonces, ¿qué sentido tiene la reserva legal? Es verdad que puede que en la práctica no haya muchas diferencias políticas entre Parlamento y Gobierno y mucho menos en un sistema parlamentario como el español, y que incluso el órgano que tenga mayor poder real sea el Gobierno, pero una comprensión cabal de la forma de gobierno nos lleva necesariamente a concluir que el Parlamento es la institución con mayor legitimidad democrática porque representa a todos los ciudadanos, mientras que el Gobierno (que es elegido por su presidente, a su vez, investido por el Parlamento) representa «sólo» a la mayoría de los ciudadanos, aunque gobierne para todos. En efecto, en un sistema parlamentario de gobierno como el nuestro, los ciudadanos sólo votamos a los diputados y no al presidente del Gobierno y a sus demás miembros. De ahí que la concreción de los derechos fundamentales deba realizarse mediante la obra del Parlamento, la Ley (y, si se trata, además, de los derechos fundamentales comprendidos entre los artículos 14 a 29 de la Constitución, se exige un tipo especial de Ley, la orgánica, que requiere mayoría absoluta del Congreso y no sólo ordinaria, como la Ley normal).

Pues bien, volviendo a nuestra Sentencia, ¿se extralimitó el Gobierno al regular mediante un Decreto-ley la modificación de algunas prestaciones importantes del sistema de salud? Los decretos-leyes son normas del Gobierno con la misma fuerza que la Ley, pero que sólo pueden ser dictadas en casos de extraordinaria y urgente necesidad y sólo si no afectan a los derechos de los ciudadanos (art. 86.1 CE). El Tribunal Constitucional examina este asunto y concluye que el Gobierno actuó correctamente.

¿Por qué concluyó esto? El Gobierno había justificado el Decreto-ley en la grave dificultad económica del sistema nacional de salud, sin precedentes desde su creación. La reforma que se introduce pretende ser «estructural» para hacer el sistema sostenible en el tiempo, lo que haría necesario aplicarlo con la mayor urgencia posible. El Tribunal Constitucional considera razonable esta justificación de la extraordinaria y urgente necesidad.

Por otro lado, el Tribunal observa que el derecho a la protección de la salud del art. 43.1 CE es un principio rector (no un derecho fundamental – de forma que «carece de contenido constitucionalmente esencial que pueda ser afectado por la legislación de urgencia») y, por lo tanto, «no ostenta las características de derecho cuya regulación por decreto-ley impide el art. 86.1 CE» (fundamento jurídico sexto).

Entremos ahora a revisar lo que ha establecido el Tribunal Constitucional sobre la posible vulneración no ya formal (por el tipo de norma que lo regula), sino material o de contenido. La impugnación del Decreto-ley desde este punto de vista descansaba en que limitaba indebidamente las prestaciones del sistema nacional de salud a algunos españoles (los que no fueran «asegurados» o «beneficiarios» y contasen con unos ingresos anuales superiores a cien mil euros) y a algunos tipos de inmigrantes, concretamente, los que carecieran de residencia legal en nuestro país (salvo que fueran menores de edad o, siendo mayores, si precisaran atención urgente o sea asistencia relativa al embarazo y parto) El Tribunal Constitucional tampoco acepta estas alegaciones. Fundamentalmente, porque el derecho a la protección de la salud «es un derecho de configuración legal y que, por tanto, permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo» (fundamento jurídico octavo).

Esta tesis así expuesta ofrece, a mi juicio, algún elemento de inconsistencia. Primero, porque se dice que permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones, cuando en este caso ni siquiera se trata del legislador, sino del Gobierno legislador, que es otra cosa. Segundo, porque define al derecho como un derecho «de configuración legal» cuando no es ni lo trata, en realidad, como un derecho, sino como un principio rector. Un derecho de configuración legal es otra cosa, como más adelante intentaré explicar, y es, precisamente, lo que creo que debería ser el derecho a la protección de la salud en la nueva regulación constitucional (si es que, superando la vieja anomalía del constitucionalismo español, pudiéramos algún día reformar por fin nuestro texto constitucional).

Repárese también en que el art. 43.2 CE, al referirse a los titulares del «derecho» utiliza expresamente la palabra «todos». Sin embargo, el Tribunal Constitucional no considera que dentro de ese «todos» se incluyan ni los españoles no asegurados ni beneficiarios ni los inmigrantes sin residencia legal en España. Sostiene que deberá ser «la legislación la que en cada momento determine el alcance y la graduación de la gratuidad, así como de las bonificaciones económicas en las prestaciones sanitarias de acuerdo con las exigencias derivadas de las circunstancias cambiantes, respetando los límites constitucionales».

Sinceramente, no se me alcanza a comprender, con esta Sentencia en la mano, cuáles son esos «límites constitucionales». Me parecen más convincentes, pues, los votos particulares de Fernando Valdés y Juan Antonio Xiol, pero, más allá de la discusión jurídica sobre los límites materiales del Decreto-ley (a mi juicio, casa mal este tipo de norma con un cambio «estructural» en el modelo de protección de la salud) o sobre no ya la limitación, sino la entera exclusión del sistema para

algunas categorías de titulares, lo importante, me parece, es poner las condiciones para que algo así no pueda volver a pasar.

En definitiva, ha sido la débil condición jurídica del derecho a la protección de la salud como principio rector la que ha conducido a la mayoría del Tribunal Constitucional a concluir que no ya el legislador, sino incluso el Gobierno, a través de un Decreto-ley, pueden regularle a placer, para ampliar, en su caso, pero también para suprimir el acceso al sistema de salud a determinadas categorías de titulares. Pues bien, esto no habría pasado (o no con tanta facilidad) si el derecho a la protección de la salud se configurara constitucionalmente como un auténtico derecho fundamental y no como un simple y desdentado principio rector.

III. LA PROGRESIVA FUNDAMENTALIZACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. EL DERECHO A LA SALUD NO COMO DERECHO LEGAL, SINO COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE CONFIGURACIÓN LEGAL

Considerar que el derecho a la protección de la salud puede configurarse como un auténtico derecho fundamental no es algo tan extraño como pudiera parecer a las mentes excesivamente conservadoras. La objeción de fondo, siempre más o menos explícita, incluso en la Sentencia antes sumariamente analizada, es la falta de presupuesto económico que pudiera impedir su pleno ejercicio. Este es el pecado original de todos los derechos sociales, entre los que se halla el de la protección de la salud. En efecto, no sería un avance, sino todo lo contrario, que se reconociera un derecho fundamental que más tarde no pudiera hacerse real y efectivo. No me gustan las declaraciones nugatorias de derechos. Me parecen una tomadura de pelo para los ciudadanos. No debería nunca reconocerse en un texto constitucional un derecho cuya prestación no pudiera realizarse cabalmente en la práctica. Soy partidario de las constituciones (y demás normas) con puro músculo, sin colesterol.

Por otro lado, creo que puede resultar útil que el lector conozca que, en el momento de escribir estas líneas, formo parte de un Gobierno autonómico, el de Castilla y León, desde el que puedo observar todos los jueves (aunque mi responsabilidad es la educación y no la sanidad) el enorme coste para las arcas públicas de la sanidad y la farmacia. Los juristas hacemos un flaco servicio a la comunidad si no tenemos en cuenta la realidad de las cosas, incluidos los aspectos económicos. Vengo años propugnando un Derecho Constitucional realista. Porque lo fácil es escribir frívolamente sobre lo que nos gustaría que fueran las cosas, una especie de carta interminable a los reyes magos; lo fácil (y quizá éticamente correcto) es postular todo para todos todo el tiempo. Pero esto, simplemente, no es posible en la realidad porque las necesidades son crecientes y los recursos siempre limitados y en ocasiones decrecientes. Gobernar es elegir cómo se distribuyen los gastos (con un presupuesto limitado) entre las necesidades crecientes y una población cada vez más consciente de sus derechos.

Teniendo esto presente, ¿parece sensato y coherente postular que el derecho a la protección de la salud se convierta en un derecho fundamental? Estoy absolutamente seguro de que sí. Primero, porque ya casi lo es completamente en la práctica. Nuestro sistema nacional de salud es uno de los más potentes y equitativos del mundo. El reconocimiento jurídico como derecho fundamental de la protección de la salud no vendría sino a corroborar formalmente lo que es una realidad sólidamente establecida. Los reproches políticos ordinarios al sistema (listas de espera, copago farmacéutico, los analizados antes en el examen de la Sentencia y otros), aunque relevantes, no oscurecen el hecho de que casi todos los residentes gozan en nuestro país de casi todas las prestaciones de salud posibles. Y, desde luego, tenemos un sistema nacional de salud comparable sin rubor al de la mayoría de los países más avanzados.

Siendo esto así, ¿es dable pensar que pudiera plantearse legislativamente un retroceso grave en el nivel de calidad o equidad del sistema? Desde el punto de vista político sería inimaginable porque la ciudadanía percibe el derecho a la protección de la salud como un derecho fundamental en la práctica, aunque constitucionalmente no lo sea en la actualidad. Y, si esto es así, es evidente que el problema del coste de este derecho es una cuestión en gran medida ya amortizada en la práctica. Los poderes públicos españoles han venido asumiendo ininterrumpidamente que el gasto sanitario, sea el que sea, es indisponible, al menos en sus rasgos fundamentales.

Por lo que se refiere al coste del derecho, también hay que tener en cuenta que el derecho a la salud como derecho social, es un derecho prestacional, esto es, un derecho que implica un hacer estatal que moviliza cuantiosos recursos públicos (el derecho a la educación, a los servicios sociales o a la seguridad social son otros ejemplos). Pero esto no impide que puedan ser catalogados como derechos fundamentales. Alguna doctrina tradicional señala que derechos de esta especie sólo puede ser los derechos de libertad o primera generación, cuyo contenido se agota en una abstención, en un no hacer, por parte del Estado. La libertad de expresión es respetada por el Estado si no actúa contra la persona que critica algún aspecto de la vida pública, por ejemplo. Siendo esto así, podría parecer a simple vista que este tipo de derechos de libertad (a diferencia de los derechos sociales o de igualdad) no cuestan dinero. Pero no es verdad. Todos los derechos fundamentales cuestan mucho dinero. Asegurar la libertad y la propiedad privada, por ejemplo, obliga al Estado a crear y mantener un sistema de seguridad (policial y judicial) que no es barato precisamente. Sólo que parece (para algunos) que este gasto está más justificado que en otros casos.

De todos modos, en el ordenamiento constitucional español ya contamos con un notable ejemplo de derecho fundamental social como es el derecho a la educación obligatoria gratuita (art. 27.1 CE).

Existe otra poderosa razón para considerar que ya es el momento de configurar el derecho a la salud como derecho fundamental y es que la jurisprudencia, tanto la nacional, como la internacional, ha venido fundamentalizando progresivamente

determinados aspectos del derecho a la salud por su íntima conexión con derechos cuya fundamentalidad nadie discute, sobre todo el derecho a la protección jurídica de la vida y el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). El derecho a la salud sería un *derecho conexo* de otros derechos fundamentales, como de modo constante y coincidente han venido reconociendo tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y numerosos tribunales constitucionales, incluido el nuestro.

El voto particular discrepante del Magistrado Fernando Valdés a la Sentencia del Tribunal antes citada, describe magníficamente esta evolución. El derecho a la salud es instrumental del derecho a la vida y la integridad física y moral del art. 15 CE, como se insinúa en los AATC 239/2012, de 12 de diciembre, FJ 5, 114/2014, de 8 de abril, FJ 8, y 54/2016, de 1 de marzo, FJ 5, que declaran expresamente que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por la exclusión del sistema sanitario, «así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado». La conexión entre el principio rector del art. 43 CE y los derechos fundamentales enunciados en el art. 15 CE ha sido establecida en numerosas oportunidades por el Tribunal Constitucional. Por ejemplo, cuando sostuvo que la imposición a un recluso de asistencia médica contra su voluntad (caso de la huelga de hambre de los terroristas de los GRAPO) afectaba a su derecho a la integridad personal, puesto que el derecho a que no se perjudique o dañe la salud «queda comprendida en el derecho a la integridad personal» (STC 120/1990). O cuando declaró que las exploraciones de rayos X a reclusos podía lesionar el art. 15 CE si fueran excesivamente intensas, frecuentes o sin observar las debidas garantías (STC 35/1996). O si «los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el art. 15 CE» (STC 119/2001). O cuando el Tribunal ampara a la veterinaria embarazada del Servicio Andaluz de Salud a la que se reasignan funciones que pueden poner en peligro su salud y la de su futuro hijo (por exposición al contagio de enfermedades) (STC 62/2007). Se podría aducir en causa otros ejemplos.

Ciertamente, según el Tribunal Constitucional, no todo caso de riesgo o daño potencial para la salud implica una vulneración del derecho a la integridad personal, sino tan sólo el que genere un peligro grave y cierto para ella.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que vincula la interpretación de nuestro Tribunal Constitucional por la lectura que del art. 10.2 CE viene haciendo éste, ha ido estableciendo claramente esta conexión. Así, por ejemplo, ha sostenido que la ausencia de cuidados médicos apropiados de la que resulta la muerte de una persona vulnera el art. 2 (derecho a la vida) del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH) (STEDH en el asunto *Valentín Câmpeanu c.*

Rumanía, 17 de julio de 2014); que un Estado falta a sus deberes positivos de proteger la vida de sus ciudadanos (art. 2 CEDH) cuando no se legisla ni se toman medidas prácticas para protegerles y proporcionarles información de los riesgos para su salud a los que les exponen determinadas actividades (STEDH en el asunto Brincat y otros c. Malta, 24 de julio de 2014); que se vulnera la prohibición de someter a tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH) cuando se acuerda la expulsión de una persona extranjera dependiente de un tratamiento médico cuya interrupción le colocaría en riesgo de asumir grandes sufrimientos físicos y reducir su esperanza de vida (STEDH D. c Reino Unido de 2 de mayo de 1997, jurisprudencia revisada después y pendiente de la solución que debe dar la Gran Sala al asunto Paposhvili c. Bélgica num. 41738/10); que se vulnera el derecho a la vida (art. 2 CEDH) cuando se niega la gratuidad de una asistencia médica o unas prestaciones farmacéuticas a las que el sujeto tiene derecho por reconocimiento legal o judicial (SSTEDH Nitecki c. Polonia, de 21 de marzo de 2002, y Panaitescu c. Rumanía de 10 de abril de 2012), así como cuando el Estado no responde a las obligaciones positivas de protección de la salud y de prestación de una adecuada asistencia sanitaria que derivan de ese precepto allí donde esas obligaciones son exigibles (SSTEDH en los asuntos Oyal c. Turquía, de 23 de marzo de 2010, Mehmet Sentürk y Bekir Sentürk c. Turquía, de 9 de abril de 2013, Asiye Genc c. Turquía de 27 de enero de 2015, entre otras).

En conclusión, creo que hay razones poderosas para fundamentalizar plenamente el derecho a la protección de la salud en una hipotética reforma constitucional. Esto nos lleva a otra cuestión importante. Como ha sido señalado, el Tribunal Constitucional ha definido al derecho a la protección de la salud en alguna ocasión como «derecho de configuración legal». A mi juicio, y con todo el respeto hacia el Tribunal, esta es una aproximación conceptual errónea. Lo que el Tribunal ha querido decir en la Sentencia en la que ofrece esta interpretación es, en realidad, que el derecho a la salud es un derecho legal, es decir, un principio rector constitucional que sólo vinculará a los jueces mediante las leyes que lo desarrollen. En otras palabras, es el legislador y no el constituyente el dueño absoluto de la determinación de los titulares, el contenido y los límites de ejercicio de este derecho, que, al ser legal, no es fundamental. El derecho a la protección de la salud es, pues, un derecho legal.

Otra cosa bien distinta de los derechos *legales* son los derechos, estos sí fundamentales, *de configuración legislativa*. Hay que reconocer, de entrada, que este último es un concepto de perfiles borrosos en la literatura: no existe consenso sobre su significado. A mi juicio, el derecho a la protección de la salud debería reconocerse en la nueva Constitución como un derecho fundamental de configuración legislativa y debería dejar de ser un principio rector (y, correlativamente, un derecho legal). Esto me lleva a tener que explicar brevemente qué entiendo por derecho fundamental de configuración legislativa.

Los derechos fundamentales de configuración legislativa no son una categoría nueva de derechos: ya existe una serie de derechos reconocidos por la Constitución

que son intensamente generales y abstractos puesto que constitucionalizan ramas enteras del ordenamiento jurídico, lo cual no supone que lo fundamentalicen todo, sino sólo aquello que los operadores jurídicos y, destacadamente, el Tribunal Constitucional, como intérprete auténtico de la Constitución, consideran su núcleo central por conexión con el sistema de derechos fundamentales y los requerimientos del principio de dignidad humana (art. 10.1 CE). Se trata de derechos como la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que fundamentaliza el Derecho procesal; el derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), que hace lo propio con el derecho laboral colectivo; la «limitación del uso de la informática» (art. 18.4 CE), respecto del Derecho de protección de datos personales; los derechos a acceder y mantenerse en los cargos públicos (art. 23 CE), que fundamentaliza amplias zonas de los derechos electoral y parlamentario; los derechos de los reclusos del art. 25 CE en relación con el Derecho penitenciario y los derechos educativos del art. 27 CE. En todos estos casos se trata de derechos reconocidos por la Constitución y fundamentales pero, por su enorme amplitud de objeto o ámbito normativo, requieren de una actividad legislativa posterior para poder ejercitarlos en plenitud.

«Fundamentalizar» significa que no todos los desarrollos legales del derecho, pero sí algunos, pasan a formar parte del núcleo constitucional (aunque estén configurados por el legislador), de modo que su vulneración podría ser impugnada por los mecanismos de tutela más incisivos de protección de los derechos fundamentales (amparo judicial ordinario preferente y sumario y amparo ante el Tribunal Constitucional) y su eventual reforma y limitación estaría sometida a condiciones más rígidas que la simple derogación por otro ley posterior. El derecho a la protección de la salud sería, a mi juicio, un derecho fundamental de configuración legislativa. Lo cual no supone, como se ha intentado torpemente explicar, que todo el desarrollo legal actual de este derecho se fundamentalice y no pueda ser modificado a la baja según las condiciones de contorno, pero sí que cualquier reforma pueda ser examinada bajo las reglas de un escrutinio judicial más estricto (a diferencia de la situación actual). En definitiva, los derechos fundamentales de configuración legislativa, a diferencia de los derechos legales, permiten un estándar judicial de control más efectivo y la creación de un núcleo de contenidos constitucional/legal del derecho más estable.

En resumen, pues: creo que es razonable postular la transformación inmediata, mediante la correspondiente reforma constitucional, del derecho a la protección de la salud desde su condición actual de derecho legal hacia un derecho fundamental de configuración legislativa.

IV. ¿UN DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN PRIMARIA DE LA SALUD?

Admitido que el derecho a la salud podría (e, incluso, debería) reconocerse como auténtico derecho fundamental, la siguiente cuestión que cabe plantear es

si la enunciación de ese derecho en el texto constitucional debería o no mencionar expresamente la protección de la salud a través de la atención primaria. Esta es, hasta donde se me alcanza, una pregunta bastante original en el tratamiento de todos estos asuntos. ¿Es la atención primaria de salud un *tópico* constitucional?, ¿existe o podría existir una suerte de derecho fundamental específico en este sentido?

En páginas anteriores ya he me he permitido hacer observar que aunque el reconocimiento actual del derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) es más bien vaporoso y débil desde el punto de vista jurídico, alberga explícitamente, sin embargo, dos funciones atribuidas de modo principal a la atención primaria de salud como son la medicina preventiva y la educación para la salud. Lo cual me ha permitido sugerir que existe en el texto actual un reconocimiento tácito o implícito de la atención primaria de salud.

¿Podría o debería el constituyente dar un paso más allá y mencionar expresamente dentro del derecho a la protección de la salud a la atención primaria?

Me parece claro que catalogar en la Constitución la protección de la salud como derecho fundamental no requeriría necesariamente prever de modo explícito la atención primaria. Incluso un simple enunciado que estableciera: «Se reconoce el derecho a la protección de la salud», podría ser, en principio, suficiente, porque, en definitiva, se podría construir el contenido constitucional de este derecho a partir de su doble desarrollo posterior, legal y judicial.

Sin embargo, a mi juicio, podría ser oportuno o conveniente mencionar expresamente en la Constitución la atención primaria a partir de una cierta concreción de lo que significa el concepto de «salud» en la actualidad. De este modo, se podría precisar o delectar en alguna medida el concepto constitucionalmente más adecuado de «salud» para reducir la discrecionalidad de la interpretación jurídica del juez y de la interpretación política que del texto constitucional hace el legislador al legislar. ¿Es el legislador totalmente libre para organizar la atención de la salud del modo que quiera, incluso con un modelo de atención primaria que fuera débil o insuficiente? ¿Permitiría, por ejemplo, un modelo privado de atención primaria, o la vuelta al sistema de ambulatorios en vez de los centros de salud actuales? ¿O la Constitución se lo impediría?

Porque el art. 43 CE se refiere al concepto de «salud», pero, lógicamente, no lo define. Y, por consiguiente, cabe preguntarse qué quiere decir el constituyente cuando emplea el término. De qué «salud» hablamos cuando hablamos de «salud», porque la Constitución recibe el concepto, pero no lo crea. ¿De dónde lo recibe? De la cultura jurídica del entorno. ¿Pero cómo se puede concretar aún más la trazabilidad del concepto para reducir la complejidad de las posibles fuentes de procedencia? Nuestra Constitución fue pionera en establecer un método objetivo de interpretación que tiene utilidad para este tipo de problemas. Me refiere al canon exegético que figura en el art. 10.2, con arreglo al cual los derechos fundamentales españoles deberán ser interpretados conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas y a los demás

tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país. Es decir, la Constitución establece que nuestros derechos fundamentales deberán ser comprendidos a partir del Derecho internacional de los derechos humanos. Esta suerte de «ventana interpretativa» remite la interpretación de lo que debamos entender por «salud» y por «atención primaria» a los textos internacionales, empezando por los del sistema de Naciones Unidas.

Y, en este punto, destaca, respecto de la atención primaria de la salud, lo que se podría considerar, quizá, como su declaración «fundante»: la famosa Declaración de Alma-Ata, fruto de la Conferencia internacional de Naciones Unidas sobre atención primaria de salud, de 12 de septiembre de 1978. Se trata de una Declaración muy interesante, que ha resultado absolutamente determinante para el desarrollo posterior de los sistemas nacionales de salud, incluido, por supuesto, el nuestro. Mucho se ha escrito sobre esta Declaración, pero me permitiré recordar ahora los aspectos que considero de mayor interés a nuestros fines:

La Declaración imprime un giro copernicano al concepto tradicional de salud. Normalmente, la salud ha sido siempre considerada como la simple (y deliciosa) ausencia de enfermedad. La cláusula primera de Alma-Ata, sin embargo, define a la salud como «el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades». En este nuevo enfoque, lo central no es, como en el antiguo, la enfermedad y su cura, sino la salud y su prevención. La literatura médica se ha hecho eco de este giro conceptual.

El nuevo enfoque del concepto de salud impacta también sobre su significado *jurídico*. La idea de salud como «completo bienestar físico, mental y social» remite a la conexión de la protección de la salud con el ejercicio de otros derechos fundamentales, sobre todo de carácter social, y también al propio concepto capital de dignidad humana (art. 10.1 CE), big-bang de todos los derechos fundamentales. Proteger la salud es intentar curar las enfermedades, por supuesto, pero también evitar que se contraigan y eso requiere derechos como el de una alimentación adecuada, una vivienda digna, educación, etc. Una intuición inicial de esta conexión ya se puede observar en la redacción actual del art. 43.3 CE, que relaciona el derecho a la protección de la salud con el ocio y el deporte. Esto apunta en la buena dirección, pero, por favor, ¡que una nueva redacción del derecho a la salud no albergue en el mismo precepto la «adecuada utilización del ocio»! (además, ¿qué ocurre con la inadecuada?; siempre que se respete la Ley, ¿por qué no un ocio inadecuado?).

De modo que el nuevo concepto médico de «salud» a partir del cual debe comprenderse su significado jurídico ofrece otra vía para conectar sistemáticamente el derecho a la protección de la salud con otros derechos fundamentales y para subrayar su naturaleza de derecho fundamental.

La Declaración de Alma-Ata vincula la promoción y protección de la salud con el desarrollo de los países y con la igualdad real de unos ciudadanos respecto de otros dentro del mismo país (cláusulas primera, in fine, segunda y tercera). También esta me parece una perspectiva interesante desde el punto de vista

jurídico porque permite considerar que una de las cláusulas de prohibición de discriminación del art. 14 CE podría ser la salud, incluso aunque no esté prevista expresamente. El Tribunal Constitucional ya ha estimado que la discriminación por razones de salud es un rasgo de discriminación protegido por nuestra Constitución (desde la STC 62/2008). En consecuencia, cuando alguna persona recibiera en alguna de sus relaciones sociales (por ejemplo, laborales) o con las administraciones un trato peor que otras a causa de su salud o enfermedad (pensemos, por ejemplo, en un enfermo con SIDA u otra infección crónica), podría recibir la tutela judicial intensa prevista para los casos de prohibición de discriminación del art. 14 CE.

Es una lástima que se haya utilizado tan poco hasta el momento la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE por razones de salud/enfermedad. Y existe otro aspecto que no ha sido empleado nunca y que, sin embargo, podría ser muy interesante: aplicar la prohibición de discriminación por salud/enfermedad en los casos en que una persona reciba un tratamiento médico diferente y peor que otra en una situación comparable en cualquier otro lugar del territorio nacional. Dejo aquí tan sólo apuntada esta posibilidad.

La Declaración recoge un «nuevo» derecho/deber como es el de «participar individual y colectivamente en la planificación y aplicación de su atención de salud» (cláusula cuarta). Este derecho sería interesante que apareciera en el hipotético nuevo enunciado constitucional de protección de la salud.

A partir de su cláusula sexta (donde la define) y hasta el final, la Declaración de Alma-Ata versa específicamente sobre la atención primaria de la salud. La idea más nutritiva a retener es, en mi opinión, que la cláusula sexta afirma que la atención primaria es «la función central y núcleo principal» de los respectivos sistemas nacionales de salud. Forma parte del «desarrollo social y económico global de la comunidad»; representa «el primer nivel de contacto de los individuos, la familia y la comunidad» con el sistema de salud, «llevando lo más cerca posible la atención de salud al lugar donde residen y trabajan las personas»; y constituye «el primer elemento de un proceso permanente de asistencia sanitaria». Si esto es así, la atención primaria no es un elemento más de la protección jurídica de la salud, sino una pieza indispensable. Esto justificaría su mención expresa en el texto constitucional, por supuesto, pero no sólo como una suerte de reconocimiento simbólico de su valor, sino, con efectos jurídicos más precisos, para prefigurar constitucionalmente un modelo básico de atención primaria que pudiera ser configurado posteriormente por el legislador, pero con límites. Porque así como «salud» tiene un sentido más amplio que el normalmente utilizado en el lenguaje común (o en la medicina hasta hace 40 años), el concepto «atención primaria de salud» no permite albergar jurídicamente cualquier modelo imaginable.

En otras palabras, no todo lo que podríamos llamar, quizá, «atención inicial» de salud es cabalmente la «atención primaria» que se requiere constitucionalmente a partir de un concepto adecuado de «salud». En este sentido, y por

utilizar conceptos jurídicos firmemente establecidos, quizá pudiera concluirse que la idea de «atención primaria de salud» a partir del modelo que inaugura Alma-Ata es lo que los juristas llamamos una «garantía institucional».

¿Qué rasgos, qué modelo? Obviamente, esta es una cuestión que debe resolverse en el diálogo entre la Medicina y el Derecho. Pero, en una lectura inicial, pendiente de mayor reflexión, me parece que algunos elementos actuales de nuestro sistema de atención primaria no tienen vuelta atrás jurídica, no podrían ser modificados: una atención que busque no sólo el tratamiento y rehabilitación de las enfermedades, sino también la promoción de la salud y la prevención; la educación sanitaria, la participación de la comunidad del entorno; con equipos interdisciplinarios (personal sanitario, trabajadores sociales, etc.) —estas funciones se recogen en la cláusula séptima de la Declaración de Alma-Ata—; un modelo que pivote sobre los centros de salud (y no de medicina ambulatoria, que fue el modelo anterior); equitativamente distribuida a lo largo de todo el territorio, etc. Todos estos rasgos (y otros que pudieran señalarse) conformarían la «imagen maestra» del instituto «atención primaria de salud», que debería ser desarrollada, pero nunca vulnerada, por el legislador posterior.

V. CONCLUSIONES

En definitiva, creo que, en una futura y necesaria reforma constitucional por tantos otros motivos, habría que incluir la protección de la salud como un auténtico derecho fundamental. Un derecho fundamental de configuración legislativa y no ya «solo», como hasta ahora, un principio rector y un derecho legal.

Y me parece también que, aunque no fuera del todo necesario, sí sería altamente conveniente que ese nuevo precepto constitucional albergase, como garantía institucional, la mención expresa a la atención primaria de salud, que es, como señala la OMS, la función y núcleo principal de nuestro sistema de salud.

TITLE: *Protection of health and human rights*

ABSTRACT: *The article raises, above all, the problem of the opportunity to constitutionalize the right to legal protection of health as a fundamental right in the strict sense, concluding affirmatively. In current Spanish constitutionalism, it is a constitutional «principio rector» and a legal right. It is proposed, then, in a possible reform of the Constitution, to convert it into a fundamental right of legislative configuration. Second, the work raises the convenience of explicitly recognizing primary health care in the constitutional text.*

RESUMEN: *El artículo se plantea, sobre todo, el problema de la oportunidad de constitucionalizar el derecho a la protección jurídica de la salud como un derecho fundamental en sentido estricto, concluyendo afirmativamente. En el constitucionalismo español vigente, es un principio rector constitucional y un derecho legal. Se propone, pues, en una eventual reforma de la Constitución, convertirlo en un derecho fundamental de configuración legislativa. En segundo lugar, el trabajo se plantea la conveniencia de reconocer expresamente a la atención primaria de la salud en el texto constitucional.*

KEY WORDS: *Right to protection of health. Legal right. Fundamental right of legislative configuration. Legal nature of the right to protection of health.*

PALABRAS CLAVE: *Derecho a la protección jurídica de la salud. Derecho legal. Derecho de configuración legislativa. Naturaleza jurídica del derecho a la protección jurídica de la salud.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 10.11.2017

FECHA DE ACEPTACIÓN: 01.02.2018