

Ángel G. VALENZUELA SERRANO  
Julia GUZMÁN IZURRATEGUI  
Cristina R. LUQUE GUERRERO  
Universidad de Málaga

## **LA PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO EXIGENCIA CONSTITUCIONAL**

La intención del presente trabajo es enseñar un recorrido dentro del ordenamiento jurídico español en el que se detalla el derecho a la Salud de los españoles. Partimos de cómo se llega a forjar el derecho a la salud que tenemos hoy día y como se basa este derecho en la Sociedad a través de la Constitución española. Además la Constitución española no es una norma en la que se detalla el derecho a la Salud de una forma directa sino que tenemos un derecho a la salud comprendido en la Carta Magna de un Estado en la que comienza desde el primer artículo mencionando el carácter social de la misma y con ello el carácter que tiene este derecho para todos los españoles, siendo comprendido este derecho a lo largo del texto constitucional.

Hechos que se regularan en legislación de jerarquía normativa inferior y de aplicación directa desde la Constitución hasta el resto del ordenamiento jurídico.

### **PLANTEAMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978**

En el ordenamiento jurídico español nos encontramos con que se ha establecido el derecho a la salud como un derecho de las personas regulado en varios artículos constitucionales que posteriormente se irán viendo.

La Constitución española (CE) lo ha regulado en varias partes de su articulado y posteriormente desarrollado en el ordenamiento jurídico español en varias leyes. La Constitución española basa la regulación de la Salud como una protección social consistentes en las prestaciones sanitarias. En España ha habido diversas regulaciones pero nunca han sido como ahora las conocemos.

La aparición de las primeras formas fue por ejemplo la regulación del seguro de accidentes cuando trataban de superar los efectos de la beneficencia (forma más primitiva de la acción social). Posteriormente aparecieron las mutualidades, que eran una forma de aseguramiento con autogestión y administración por los propios afectados. Este último sistema ha sido el sistema de transición al sistema de seguridad social con universalización de coberturas, que se caracteriza por la uniformidad y la intensidad de la protección y cuyo acceso procede del seguro de enfermedad, no de la cobertura de accidente de trabajo.

Según el Profesor Peces-Barba, y uno de los padres de la Constitución española, afirma que el objetivo de los derechos sociales se refiere “a la igualdad a través de la

satisfacción de necesidades básicas, sin las cuales muchas personas no podían alcanzar los niveles de humanidad necesarios para disfrutar de los derechos individuales, civiles y políticos, para participar en la plenitud en la vida política y para disfrutar de sus beneficios” (Peces-Barba, 1999).

Así, los ciudadanos necesitados se dirigen a quien tiene capacidad de satisfacer esa necesidad y lo hacen por la previa existencia de una norma que configura el contenido de la prestación demandada, y los poderes públicos deben adoptar las conductas adecuadas para la satisfacción de esas necesidades: elemento personal necesitado; elemento receptor de las peticiones y dispensador de las prestaciones; soporte normativo que permite la actuación de los poderes públicos.

La Constitución española en su primer artículo se configura como un Estado social y democrático de derecho, estableciendo ese rasgo de Social, un régimen de Seguridad Social cada vez más amplio, ya que el texto constitucional no establece un límite cerrado de medidas de asistencia social, lo que permite que se articule un régimen de protección cada vez más amplio, configurándose como un sistema de triple protección: protección de la salud, de seguridad social y de prestaciones o servicios sociales.

Al reconocer la Constitución la existencia de un Estado social, se configura como un Estado intervencionista, que asume funciones básicas en relación a valores de la persona, como puede ser la salud, esencial para el desarrollo de la personalidad de todos los ciudadanos; de ahí, que el Art. 1.2 de la *Ley General de Sanidad*, establezca que “son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan su residencia en España” (*Ley General*, 1986: Art. 1.2).

El derecho al que nos referimos supone, desde el punto de vista subjetivo, la capacidad de los ciudadanos de demandar un conjunto prestacional al Estado, relacionado con las situaciones de necesidad que la protección de la salud pueda demandar. A su vez, y bajo la visión objetiva, se configura como un sistema normativo.

Como punto de partida se encuentran los ciudadanos necesitados, precisados de preservar o recuperar la salud. El destinatario son los poderes públicos a través de sus servicios de salud, como garantes del mantenimiento de la misma para el conjunto de la ciudadanía.

Su carácter universal es fruto de una larga evolución normativa. Se integra el derecho a la protección de la salud en el conjunto de derechos de igualdad, desde el momento en que lo que se trata con su consecución es el garantizar y mantener unas condiciones mínimas para el ejercicio del conjunto de los derechos inherentes a la persona.

Este derecho, teniendo reconocimiento constitucional, se relega al Capítulo III del Título I de la Constitución, quedando así fuera de los derechos fundamentales y libertades públicas. Se encuentra dentro de los principios rectores de la política social y económica, obteniendo las garantías mínimas, o de tercer grado que se derivan del Art. 53.3: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informará 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” (*Constitucion*: Art. 53.3).

Este régimen de protección mínima lo comparte el derecho a la protección de la salud con el derecho a la Seguridad Social (Art. 41), el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (Art. 47) y el derecho a unos servicios sociales de promoción o complementarios (Art. 50).

## EL MODELO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

En el Art. 41 de la CE se recoge la garantía de protección a los ciudadanos mediante un sistema de Seguridad Social, pero diferenciándola claramente de la cobertura sanitaria.

Probablemente por la situación económico-social por la que atravesaba España en los años setenta del S. XX y en concreto la Seguridad Social y por el origen consensual de la Constitución de 1978, este Artículo manifiesta una esencial “levedad”, no concretando ningún sistema de Seguridad Social, ni estableciendo compromiso alguno de los poderes públicos en el diseño de protección social.

Sin embargo, hay que decir, que en el Art. 41 hay una mención importante cuando hace referencia de que la protección se dirige “a todos los ciudadanos”, consagrando con ello la universalización de la asistencia, superando el concepto anterior de “laboralización” de la asistencia y añadiendo las prestaciones no contributivas, permitiendo el acceso de los ciudadanos fuera del ámbito de la condición de “asegurados” y algo más importante en sí, no menciona el carácter de nacional o no. Este carácter conlleva que todos los españoles e incluso los extranjeros tienen derecho a esa protección conllevando un derecho tanto a nacionales como a personas extranjeras. Con la *Ley General de Sanidad*, se hace extensivo el derecho a la asistencia al conjunto de la población.

El hecho de que se tenga derecho a la protección de la salud por la mera condición de ciudadanos, se sustenta en dos principios:

- Universalidad: El derecho a la asistencia es, según la Constitución para todos, y la *Ley General de Sanidad* dice que alcanza a todos los españoles y ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional. Respecto a los extranjeros no residentes su derecho a asistencia ha venido siendo objeto de concreción en una normativa específica. Actualmente ostentan ese derecho, sin ningún requisito, los menores, las mujeres embarazadas y cualquier extranjero en situación de urgencia sanitaria. La garantía de universalidad se recoge actualmente, en el Art. 2 de la *Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud*;
- Igualdad: Con relación a los preceptos constitucionales, la *Ley General de Sanidad*, declaró esta condición respecto al acceso y disfrute de los servicios sanitarios y a la orientación de las políticas sanitarias para corregir desequilibrios territoriales y sociales.

En el texto constitucional destaca por su importancia el Art. 43. Este Artículo impone a los poderes públicos medidas concretas:

- “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”.

Los dos artículos mencionados (art. 41 y art. 43) aparecen diferenciados. Desde la antigua *Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedad*, la asistencia sanitaria se encontraba vinculada a la Seguridad Social. Es la Constitución en su Art. 43 y sobre todo, la *Ley General de Sanidad*, quienes separan estos dos conceptos, creando un sistema de Seguridad Social por un lado, y un Sistema Nacional de Salud por el otro. El primero (Seguridad Social) es centralizado, y el segundo (Sistema Nacional de Salud) autonómico, a través de diecisiete servicios de salud, tras el proceso transferencial operado en enero de 2002.

Según Alzaga “se observa una cierta superposición entre el régimen público de Seguridad Social, mencionado en el Art. 41, y las prestaciones y servicios necesarios aludidos en el párrafo segundo del Art. 43 de la Constitución siendo, como es el Art. 41 corolario del reconocimiento del derecho a la protección a la salud que se formula en el primer párrafo del Art. 43” (Alzaga Villaamil, 1998). En el mismo sentido, Garrido Falla insiste en la relación temática de ambos artículos.

Sin embargo, hay que decir que, el desarrollo normativo, la evolución social y la aplicación cotidiana de la atención sanitaria, han marcado la divergencia de la Seguridad Social y de la Asistencia Sanitaria. En este sentido, el Profesor Borrajo Dacruz y el Profesor Siso Martín sostienen que en España se ha seguido el mismo modelo que adoptaron la generalidad de los países de nuestro entorno: separación de los sistemas sanitarios y los de seguridad social. El derecho a la asistencia sanitaria por la simple condición de ciudadanos (universalización) con independencia de una relación de aseguramiento como base de la asistencia.

En el ordenamiento español, después de la Constitución hay que hacer especial mención a las disposiciones de rango legislativo y otras de rango inferior que desarrollan las primeras:

- *Ley General de Sanidad*: Tenía como cometido sentar las bases del futuro Sistema Nacional de Salud como conjunto institucional que alcanzaría su definitivo desarrollo con la culminación del proceso transferencial de las competencias sanitarias de 1 de enero de 2002. Esta Ley, desarrollo el derecho a la asistencia universal que se recoge en la Constitución, pero trajo también consigo la supresión de la anterior Beneficencia posibilitando dispensas asistencia a aquellas personas que carecieran de derecho a la misma por su condición de afiliados a la Seguridad Social. Todo lo anterior se instrumentó mediante el *Real Decreto 1088/1989 de 8 de septiembre*, que extendió la cobertura sanitaria a las personas sin recursos económicos suficientes y la *Orden de 13 de noviembre de 1989* que desarrolló el Real Decreto.
- *Ley 41/2002 de 14 de noviembre Básica de Autonomía del Paciente*, consolida la declaración del usuario de la sanidad como ser autónomo, sujeto de determinaciones y único agente en la toma de decisiones asistenciales, con cuya voluntad han de contar las Administraciones y profesionales sanitarios respecto de cualquier cuestión que les afecte. Esta norma es la consecución del principio de autonomía establecido en el Artículo 10 de la *Ley General de Sanidad*.
- *Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud*, que tiene como objetivo establecer las garantías de igualdad y homogeneidad entre los diecisiete Servicios de Salud actualmente existentes bajo la dirección y coordinación del

Estado. Los elementos esenciales son la *Alta Inspección del Ministerio de Sanidad y Consumo* y el *Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud*, integrado por el titular del Ministerio y los diecisiete Consejeros autonómicos.

El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se establece en el Artículo 148 de la Constitución, entre las competencias que pueden asumir las CCAA.

La gestión de la asistencia sanitaria fue llevada a cabo de forma centralizada a través del extinguido *Instituto Nacional de la Salud* (INSALUD), antes *Instituto Nacional del Previsión* (INP), para el conjunto del territorio nacional.

Las CCAA que se constituyeron conforme al Artículo 151 de la Constitución, que fueron Andalucía, Canarias, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Navarra y el País Vasco contemplaban en sus Estatutos las competencias de legislación sanitaria, y fueron éstas las que adquirieron competencias propias desvinculándose de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, mientras que las CCAA que se constituyeron al amparo del Artículo 143 de la Constitución (Aragón, Asturias, Islas Baleares, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, La Rioja, Madrid, Murcia y Ceuta y Melilla) quedaban en el ámbito de gestión del INSALUD a día 31 de diciembre de 2001 y por tanto, dentro del sistema centralizado cuando se operó el día 1 de enero de 2002 la culminación en bloque del proceso de las transferencias sanitarias, y sus Estatutos de Autonomía recogen como competencia propia la gestión en materia sanitaria (función meramente ejecutiva), reservándose el Estado la legislación básica de la misma. Desvincularlas de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, exigiría la reforma de sus Estatutos de Autonomía. Por último, Ceuta y Melilla que mantienen una gestión centralizada actualmente a través del *Instituto Nacional de Gestión Sanitaria* (INGESA) dependiente del *Ministerio de Sanidad y Consumo*.

Cada Comunidad ha promulgado su respectiva *Ley Sanitaria*, cerrándose el desarrollo normativo y competencial en esta materia. En Andalucía, la regulación viene establecida por la *Ley Orgánica 6/1981 de 30 de diciembre*, y la *Ley 2/1998 de 15 de junio de Salud de Andalucía*.

Además la Constitución en su artículo 149.1.16 ha establecido que el derecho a la Salud concerniente al Estado español y relacionado con otros países es competencia del Estado por lo que menciona que la Sanidad exterior en cuanto a las Bases y coordinación general de la sanidad y en cuanto a la legislación de los productos farmacéuticos.

Lo realmente importante de todo lo anterior, tanto desde un punto de vista Político como social, es el tránsito de un sistema de aseguramiento a un modelo de asistencia universal, gratuito e igualitario, propiciado por la normativa anteriormente expuesta y sobre todo por la Constitución española la cual sienta las bases para qué es derecho a la salud sea real y efectivo.

## INSERCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Con la vigencia de la Constitución y de la *Ley General de Sanidad*, se asiste a lo que se ha designado como *Servicio Nacional de Salud*.

La novedad, lo trascendental de la aportación del Texto Constitucional, es el poder demandar a los poderes públicos un contenido prestacional para la protección de la salud. Sin embargo, hay que señalar que no todos los preceptos contenidos en la Constitución tienen rango de norma jurídica (en sentido estricto), ni que la mención del término derecho suponga un auténtico derecho subjetivo, ni que la obligación impuesta a los poderes públicos suponga la existencia automática de un mecanismo para exigirla.

En la Constitución española tenemos tres categorías de derechos objeto de protección:

1. Derecho a exigir protección contra los riesgos exteriores que amenacen la salud.
2. Derecho a exigir los servicios necesarios y el acceso a los mismos para obtener cuidados sanitarios.
3. Derecho a exigir las debidas medidas de seguridad e higiene en las actividades profesionales.

Por ello, hay que diferenciar el derecho a la protección de la salud (o derecho a la salud) y el derecho a los cuidados médicos, siendo éste último el auténtico derecho material y el derecho a la protección de la salud, el objetivo.

La Constitución garantiza el derecho a la protección de la salud, no el derecho a la salud, y hay unanimidad en considerar que la protección de la salud es el derecho del ciudadano, que alcanza su correlato en la obligación de los poderes públicos que ha venido concretando como un derecho a la asistencia sanitaria pública como se plasma de forma clara en la *Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del sistema Nacional de Salud*, que en su Art. 2 reconoce el derecho de los ciudadanos a un aseguramiento universal y público: conjunto de actividades y servicios necesarios llevados a cabo por la Administración (sanitaria) para la consecución del derecho a la protección de la salud.

Lo anterior, sin embargo, no obsta para que coexista la titularidad pública con instrumentos de naturaleza privada, bien bajo forma de gestor indirecto, en los conciertos regulados en los Art. 90 “Las Administraciones Públicas Sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas” y Art. 94 de la *Ley General de Sanidad*:

- “1. Los hospitales privados vinculados en la oferta pública estarán sometidos a las mismas inspecciones y controles sanitarios, administrativos y económicos que los hospitales públicos.
2. La Administración Pública correspondiente ejercerá funciones de inspección sobre aspectos sanitarios, administrativos y económicos relativos a cada enfermo atendido por cuenta de la Administración Pública en los centros privados concertados” (*Ley General*, 1986: Art. 94), o con actividad propiamente privada, en el sentido recogido en el Art. 89 del mismo texto legal.

En la propia Constitución se regula como derecho de los ciudadanos la libertad de empresa en el sector sanitario, conforme al artículo 38 de la Constitución el cual menciona: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación” (*Constitucion*: Art. 38).

El sistema garantista respecto de la protección de la salud, quedaría incompleto si, junto a dicho derecho de los ciudadanos no se recogiera otro, subsiguiente, de poder

reclamar a la Administración en caso de que un ciudadano se sienta perjudicado por la actividad sanitaria pública, recogido en el Art. 106.2 de la Constitución el cual menciona que “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos” (*Constitucion*: Art. 106.2).

La responsabilidad en el terreno sanitario ha venido siendo objeto de exigencia en ámbitos como el civil, el penal, el administrativo o el social. En el administrativo, a su vez, pueden desarrollarse actuaciones ante un Colegio Profesional (responsabilidad corporativa), ante los estamentos superiores de dependencia del profesional (en el aspecto disciplinario) o con alguna Administración Pública en el aspecto administrativo sancionador e incluso bajo la forma de responsabilidad patrimonial.

En otro espacio se ubican las normas deontológicas, que son un conjunto de pautas de comportamiento (normas éticas) referido a una profesión, un arte o un quehacer determinado. El terreno natural de aplicación de estos códigos es el corporativo, en la exigencia de responsabilidad a los colegiados por el quebrantamiento de las normas contenidas en aquellos.

No es posible, sin embargo, desconocer el valor orientativo a la hora de precisar el concreto ámbito de la práctica asistencial, la adecuación del comportamiento profesional a la *Lex Artis* en el concreto caso que se juzgue.

La orientación del Art. 43 de la Constitución es que los poderes públicos garanticen la asistencia y prestaciones suficientes en el ámbito sanitario a los ciudadanos, siendo la administración sanitaria quien se define como responsable de la asistencia pública a través de sus órganos e instituciones. Cuando hay un eventual incumplimiento o atención defectuosa, el ciudadano perjudicado tiene reconocida normativamente su capacidad de reaccionar contra dicha Administración.

\* \* \*

La Constitución española no es una norma en la que se detalla el derecho a la Salud de una forma directa sino que tenemos un derecho a la salud comprendido en la Carta Magna de un Estado en la que comienza desde el primer artículo mencionando el carácter social de la misma.

El objetivo de los derechos sociales se refiere “a la igualdad a través de la satisfacción de necesidades básicas como la salud”. Los titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria son todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan su residencia en España. Se reconoce el derecho a la protección de la salud siendo competente los poderes públicos para organizar y tutelar la salud pública.

### Bibliografía

Alzaga Villaamil O. (1998), *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo VIII. Artículos 97 a 112.*, Madrid.

- Camps V. (2001), *Una vida de calidad*, Editorial Crítica, Barcelona.
- Constitucion Española*, Ed. Tecnos, 2010.
- Garrido Falla F., Palomar Olmeda A., Losada Gonzalez H. (2012), *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Tecnos, 13ª Edición.
- Ley General de Sanidad* (1986), No. 14/1986, de 25 de Abril.
- Peces-Barba G. (1999), *Derechos sociales y Positivismo Jurídico*, Ed. S. L. Dyckinson.
- Siso Martín J. (2008), *Las variables jurídicas en el ejercicio de la Medicina. Examen de la responsabilidad sanitaria*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.
- Garzon Valdes E. (2002), *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

## RESUMEN

La Constitución española en su primer artículo se configura como un Estado social y democrático de derecho, estableciendo ese rasgo de Social, un régimen de Seguridad Social. En la Constitución española se recoge la protección de la salud como asistencia social, lo que permite que se articule un régimen de protección de la salud, de seguridad social y de prestaciones o servicios sociales. En el Art. 41 de la CE se recoge la garantía de protección a los ciudadanos mediante un sistema de Seguridad Social, pero diferenciándola claramente de la cobertura sanitaria.

De nuestro estudio tenemos que exponer que en el art. 41 hay una mención importante cuando hace referencia de que la protección se dirige “a todos los ciudadanos”, junto con el art. 43 el cual menciona que los poderes públicos tienen que hacer cumplir ese derecho individual como medida concreta. Con lo que podemos concluir con que la Constitución garantiza el derecho a la protección de la salud, no el derecho a la salud, y hay unanimidad en considerar que la protección de la salud es el derecho del ciudadano, que alcanza su correlato en la obligación de los poderes públicos.

## OCHRONA ZDROWIA JAKO WYMÓG KONSTYTUCYJNY NA PRZYKŁADZIE HISZPANII

### STRESZCZENIE

W pierwszym artykule hiszpańska konstytucja określa formę socjalnego i demokratycznego państwa prawa, wskazując jako jego funkcję socjalną system ubezpieczeń społecznych. W konstytucji ochronę zdrowia uznaje się jako pomoc społeczną, co pozwala na wyartykułowanie systemu ochrony zdrowia, ubezpieczeń społecznych i usług socjalnych. W artykule 41 wyraża się gwarancję ochrony obywateli przez system ubezpieczeń społecznych, odróżniając jednakże tę gwarancję od ubezpieczenia zdrowotnego. W niniejszym studium zaprezentowano, iż w artykule 41 pojawia się istotny zapis, który odnosi tę ochronę do „wszystkich obywateli”, podobnie jak artykuł 43, w którym nadmienia się, że władze publiczne są zobowiązane realizować to prawo indywidualne przy użyciu konkretnych środków. Konkludując, konstytucja gwarantuje prawo do ochrony zdrowia, a nie prawo do zdrowia. Uznaje się, że ochrona zdrowia jest prawem obywatelskim, które znajduje odzwierciedlenie w zobowiązaniach władz publicznych.