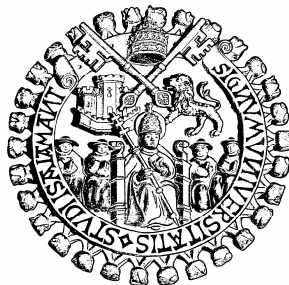


**VNIVERSIDAD D SALAMANCA**



**DEPARTAMENTO DE  
DERECHO PÚBLICO GENERAL  
ÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

~  
**TESIS DOCTORAL**

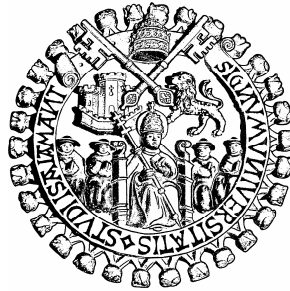
**LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL  
DE LA SALUD EN EL MARCO DEL  
ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE  
DERECHO**

**MARTA LEÓN ALONSO**

**DIRIGIDA POR EL PROF. DR. D. RAFAEL DE AGAPITO SERRANO**

**Salamanca 2009**





**VNiVERSiDAD D SALAMANCA**

**DEPARTAMENTO DE  
DERECHO PÚBLICO GENERAL  
ÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

**LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SALUD  
EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL Y  
DEMOCRÁTICO DE DERECHO**

~  
**TESIS DOCTORAL**  
~

**PRESENTADA POR  
MARTA LEÓN ALONSO**

**DIRIGIDA POR EL PROF. DR. D.  
RAFAEL DE AGAPITO SERRANO**

**Salamanca 2009**



*A mi madre*  
*A quienes me ayudaron*



*“La vida es breve, el Arte largo, la ocasión fugaz, el experimento  
peligroso, el juicio difícil”*

*“La naturaleza obra sin maestros”*

Hipócrates de Kos





## INDICE

<b>.-PROEMIO .....</b>	<b>5</b>
<b>.- SIGLAS Y ABREVIATURAS.....</b>	<b>7</b>
<b>.- INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>9</b>
<b>.- INTRODUZIONE .....</b>	<b>21</b>
<b>PARTE I.- LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD .....</b>	<b>33</b>
<b>CAPÍTULO I.- LA GESTACIÓN Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y SU REPERCUSIÓN EN EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.....</b>	<b>35</b>
<i>Introducción.....</i>	<i>37</i>
<i>1. Los precedentes del Estado social .....</i>	<i>38</i>
1.1. El surgimiento de la denominada «cuestión social».....	38
1.2. Las primeras aportaciones teóricas en la elaboración del concepto de Estado social.....	43
1.3. La primera legislación social. Especial referencia a la legislación en materia sanitaria.....	46
<i>2. La constitucionalización del Estado social .....</i>	<i>54</i>
<b>CAPÍTULO II.- EL DERECHO A LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA DE 1948 .....</b>	<b>67</b>
<i>Introducción.....</i>	<i>69</i>
<i>1. El planteamiento inicial de la doctrina italiana con relación al «diritto fondamentale alla salute». El letargo del artículo 32 CI.....</i>	<i>72</i>
<i>2. La reinterpretación del artículo 32 CI.....</i>	<i>81</i>
2.1. El denominado «danno biologico» y el derecho a la salud del artículo 32 CI. La constitucionalización del Derecho privado.....	81
2.2. Nuevas teorías en torno a los derechos sociales y su influencia en la reinterpretación del derecho a la salud del artículo 32 CI.....	94
<i>3. Naturaleza y estructura actual del derecho a la salud en el ordenamiento jurídico italiano.....</i>	<i>108</i>
3.1. El derecho a la salud como una figura jurídica compleja .....	108
3.2. La contribución de la jurisprudencia ordinaria y constitucional en la elaboración del estatuto jurídico del derecho a la salud del artículo 32 CI.....	113
a).- El derecho a la salud como norma programática .....	113
b).- El derecho a la salud en el ámbito de las relaciones laborales .....	116
c).- El derecho a la salud y la protección del medioambiente .....	118

d).- El derecho a la salud y la interrupción del embarazo .....	119
e).- El derecho a la salud y las penas privativas de libertad en el caso de enfermos graves.....	121
f).- Los límites al derecho a la salud. Los tratamientos sanitarios obligatorios .....	126
g).- El derecho a las prestaciones sanitarias .....	147
4. <i>¿Es posible elaborar un concepto unitario del «diritto fondamentale alla salute»?</i> .....	162
<b>CAPÍTULO III.- EL FUNDAMENTO Y LA POSITIVACIÓN DE LA TUTELA DE LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.....</b>	<b>171</b>
<i>Introducción</i> .....	173
1. <i>Sobre el fundamento de la tutela de la salud en la Constitución española de 1978.</i> .....	176
2. <i>Las consecuencias jurídico-constitucionales de la ubicación del artículo 43 en el Capítulo III del Título I de la CE.</i> .....	182
3. <i>La estructura compleja del derecho a la protección de la salud.</i> .....	208
3.1. <i>La interpretación de la doctrina.</i> .....	208
3.2. <i>El derecho a la protección de la salud como «un haz de posiciones individuales iusfundamentales». (I) El derecho a la salud, (II) el derecho a la protección de la salud, en sentido estricto, y (III) el derecho a la asistencia sanitaria</i> .....	214
<b>CAPÍTULO IV.- EL DERECHO A LA SALUD .....</b>	<b>223</b>
1. <i>El derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la salud</i> .....	225
2. <i>El derecho a la salud y los tratamientos sanitarios.</i> .....	231
2.1. <i>El derecho a decidir sobre la propia salud.</i> .....	231
a).- <i>El principio de la autonomía del paciente y el consentimiento informado.</i> .....	231
b).- <i>Problemas constitucionales derivados del derecho a decidir sobre la propia salud en los supuestos en los que el paciente es un menor de edad.</i> .....	236
2.2. <i>La imposición legítima de tratamientos sanitarios en contra de la voluntad del paciente. Los límites constitucionales a la autonomía del paciente.</i> .....	251
a).- <i>Los tratamientos sanitarios obligatorios cuando está en peligro la salud pública.</i> .....	257
b).- <i>Los tratamientos sanitarios obligatorios cuando sólo está en peligro la salud del paciente. Las intervenciones sanitarias en las relaciones de especial sujeción.</i> .....	264
2.3. <i>Problemas constitucionales en torno a las instrucciones previas o testamento vital.</i> .....	275
a).- <i>Aspectos formales</i> .....	279
b).- <i>Aspectos materiales o de contenido</i> .....	286

<b>PARTE II.- EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD COMO INSTITUCIÓN GARANTIZADA POR LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 .....</b>	<b>297</b>
<b>CAPÍTULO I.- LA TEORÍA DE LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES Y SU APLICACIÓN AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.....</b>	<b>299</b>
<i>Introducción.....</i>	<i>301</i>
<i>1. Origen y evolución de la teoría de las garantías institucionales a la luz de las teorías interpretativas de los derechos fundamentales.....</i>	<i>305</i>
1.1. La formulación inicial de la teoría de las garantías institucionales .....	305
1.2. Las nuevas tendencias interpretativas de los derechos fundamentales y su influencia en la teoría de las garantías institucionales .....	309
<i>2. La recepción en España de la teoría de las garantías institucionales por la doctrina y la jurisprudencia constitucional. ....</i>	<i>324</i>
<i>3. La vigencia actual de la teoría de las garantías institucionales y su aplicación a la salud y su protección en la Constitución española de 1978.....</i>	<i>356</i>
<b>CAPÍTULO II.- EL PROCESO DE FORMACIÓN Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD .....</b>	<b>367</b>
<i>Introducción.....</i>	<i>369</i>
<i>1. La situación preconstitucional.....</i>	<i>371</i>
<i>2. Las previsiones de la Constitución española de 1978 en torno a un posible modelo sanitario. ....</i>	<i>377</i>
<i>3. El proceso de separación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y su inclusión en el Sistema Nacional de Salud. La elección del modelo sanitario en la Ley General de Sanidad de 1986. Cuestiones pendientes.....</i>	<i>384</i>
<b>CAPÍTULO III.- LA CONFIGURACIÓN DE LA “IMAGEN MAESTRA” DE LA INSTITUCIÓN. LOS RASGOS ESENCIALES DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD (I). EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD .....</b>	<b>403</b>
<i>1. El principio de universalidad del Sistema Nacional de Salud.....</i>	<i>405</i>
<i>2. Vías de acceso a la asistencia sanitaria .....</i>	<i>410</i>
<i>3. Especial referencia al derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España .....</i>	<i>419</i>
<i>3. La Sanidad penitenciaria como sector excluido del Sistema Nacional de Salud.....</i>	<i>436</i>
<i>4. Observaciones finales sobre la efectividad del principio de universalidad .....</i>	<i>441</i>
<b>CAPÍTULO IV.- LOS RASGOS ESENCIALES DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD (II). EL CARÁCTER DESCENTRALIZADO DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD .....</b>	<b>445</b>
<i>Introducción.....</i>	<i>447</i>

1. <i>El régimen constitucional de distribución de competencias en materia sanitaria entre Estado y Comunidades Autónomas. La doctrina del Tribunal Constitucional al respecto y su plasmación posterior en la legislación.....</i>	449
1.1. <i>La materia sanitaria en los artículos 148 y 149 de la Constitución española de 1978 .....</i>	449
1.2. <i>La delimitación doctrinal y jurisprudencial del contenido de las competencias estatales en materia de salud: (I) sanidad exterior; (II) bases de la sanidad; (III) la coordinación general; (IV) la legislación sobre productos farmacéuticos y (V) la Alta inspección. ....</i>	457
2. <i>El proceso de asunción de competencias en materia sanitaria por las Comunidades Autónomas y la transferencia de servicios y funciones del Estado a los servicios de salud autonómicos. La actual situación de descentralización sanitaria.....</i>	490
3. <i>Reflexiones en torno a la autonomía y a la igualdad en materia de asistencia sanitaria.....</i>	517
1.1. <i>La autonomía y la igualdad.....</i>	519
1.2. <i>La autonomía y la igualdad en materia sanitaria: el principio de igualdad de trato y la garantía de un estatuto jurídico básico del derecho a la asistencia sanitaria. La relación entre los títulos competenciales del artículo 149.1.1ª CE y del artículo 149.1.16ª CE.....</i>	530
<b>CAPÍTULO V.- LOS RASGOS ESENCIALES DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD (III). EL CARÁCTER INTEGRAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD. LAS PRESTACIONES SANITARIAS.....</b>	<b>581</b>
1. <i>Las prestaciones sanitarias .....</i>	583
2. <i>La cartera de servicios sanitarios. La «qualitas» de la asistencia sanitaria.....</i>	589
3. <i>El «quantum» de las prestaciones sanitarias. La cuestión de la irreversibilidad de las conquistas sociales.....</i>	604
<b>.- CONCLUSIONES.....</b>	<b>621</b>
<b>.-CONCLUSIONI .....</b>	<b>631</b>
<b>.- BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>643</b>

## .-PROEMIO

La memoria de Tesis doctoral que presentamos es el resultado de varios años de investigación en las Universidades de Salamanca y de Bologna (Italia). Su elaboración ha sido posible gracias, en primer lugar, a la obtención de una beca del Programa de Formación del Personal Investigador que me fue concedida por la Universidad de Salamanca. Así mismo, he podido concluir este trabajo mediante la vinculación contractual al Área de Derecho Constitucional del Departamento de Derecho Público General de la citada Universidad, primero como profesora asociada y en la actualidad como ayudante.

No habría podido escribir las páginas que siguen sin el apoyo incondicional de una serie de personas cuya calidad humana e intelectual ha quedado demostrada a lo largo de estos años.

En lo académico, quiero expresar mi más profundo agradecimiento a mi maestro, el Profesor Doctor don Rafael de Agapito Serrano. Sin su generosidad, su ayuda y su comprensión, la conclusión de mi Tesis doctoral no hubiese sido posible. Gracias a la bonhomía del Profesor de Agapito Serrano, mi Tesis tomó el rumbo adecuado para llegar a buen puerto.

Así mismo, desde que inicié mis estudios de Licenciatura en Derecho he contraído una deuda no sólo académica, sino también personal con la Profesora Doctora doña Angela Figueruelo Burrieza. La Doctora Figueruelo me ha alentado siempre frente a la adversidad y me ha acogido bajo su égida.

Detrás de toda investigación científica hay siempre una fuerte motivación personal. Y la motivación de mi Tesis la encontré, sin lugar a dudas, *oltre gli Alpi*. Por ello, ha llegado el momento de dar las gracias públicamente al *Professor* Lucio Pegoraro, quien me abrió las puertas del *Alma Mater Studiorum* de Bologna. El Profesor Pegoraro me ha transmitido y enseñado no sólo su método comparado, sino también un modelo de

investigador y de docente generoso y altruista, sobre todo con los iniciados en la compleja senda universitaria.

En lo personal, deseo dar las gracias a mi familia, que nunca ha dejado de apoyarme y alentarme, en especial en los peores momentos, que no han sido pocos.

Por último, gracias a mis amigos, de dentro y fuera de la Universidad. Gracias a mis compañeros de las Áreas de Filosofía del Derecho, de Historia del Derecho y de Derecho Procesal.

## **.- SIGLAS Y ABREVIATURAS**

BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
C.ci	Codice civile italiano
CC	Código civil español
CE	Constitución española de 1978
CI	Constitución italiana de 1948
CP	Código penal
CPi	Código penal italiano
CPp	Codice di procedura penale
FJ	Fundamento Jurídico
LBAPDO	Ley 41/2002, de 14 noviembre, ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica
LCCSNS	Ley 16/2003, de 28 mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud
LGS	Ley, de 29 de abril, general de sanidad
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

LNSFCA	Ley 21/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación autonómico
LOMESP	Ley Organica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de Salud publica.
OMS	Organización Mundial de la Salud
RCSCSNS	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
SNS	Sistema Nacional de Salud
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional



## **.- INTRODUCCIÓN**



El presente trabajo de investigación tiene como objetivo analizar la tutela constitucional del denominado “derecho a la protección de la salud” desde una perspectiva comparada. La tesis principal que pretendemos defender es la siguiente: este derecho constituye un paradigma de la superación de las divergencias extremas que, tradicionalmente, se han establecido entre derechos sociales y derechos fundamentales.

Esta tesis se sustenta, a su vez, en dos proposiciones que hemos intentado demostrar. La primera de ellas consiste en afirmar que la Constitución española de 1978, tomando como modelo la *Costituzione italiana* de 1948, protege la salud no sólo bajo la forma de un derecho social o de un derecho a acciones positivas del Estado —el derecho a la protección de la salud *stricto sensu* y el derecho a la asistencia sanitaria—, sino también como un derecho de libertad —el derecho a la salud—. Estos derechos comparten la especial supremacía que otorga la Constitución, aunque entre ellos existan diferencias de grado en cuanto a su eficacia normativa y a su resistencia frente a la intervención del legislador.

La segunda de las proposiciones es la de que el derecho a la asistencia sanitaria se hace efectivo en el ordenamiento jurídico español a través del Sistema Nacional de Salud, que se configura, tomando prestada la expresión acuñada por GALLEGO ANABITARTE, como una «institución garantizada constitucionalmente»<sup>1</sup>, cuyos rasgos esenciales, su «imagen maestra», también están protegidos frente a la intervención arbitraria del legislador. Trataremos de verificar si, efectivamente, el mecanismo de la garantía institucional, teorizado por Carl SCHMITT a principios del siglo XX, se puede aplicar, con las modificaciones pertinentes, a determinadas instituciones reconocidas por el constitucionalismo actual.

---

<sup>1</sup> *Vid.* A. GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación, autonomía local, opinión pública)*, Civitas, Madrid, 1994, *passim*.

Sobre la base de estas proposiciones se ha considerado oportuno estructurar la presente Tesis Doctoral en dos partes.

La **Parte I** se dedica a analizar cómo y bajo qué figuras jurídicas se ha incorporado el derecho a la protección de la salud a la Constitución. Teniendo en cuenta que este derecho surge históricamente como un derecho social, en el **Capítulo I** nos referimos brevemente a la gestación y constitucionalización del principio del Estado social. Y ello porque, como tendremos ocasión de mostrar, la positivación del derecho a la protección de la salud, primero en la legislación ordinaria y después en las normas constitucionales, se ha ido realizando paralelamente a la consolidación del Estado social. Además, los problemas jurídico-constitucionales que se han generado sobre la estructura y las funciones del derecho que nos ocupa, sólo se pueden entender —y quizás resolver— si partimos de su origen histórico como un derecho social.

Como se ha indicado, esta Tesis se hace desde una perspectiva comparada. Y ello porque, como ha señalado PEGORARO, el estudioso del Derecho constitucional no puede prescindir de la comparación. En palabras del profesor italiano, «la circulación, siempre intensa, de los modelos impide estudiar las instituciones propias del Derecho constitucional sin tener en cuenta las influencias que provienen del exterior; de la adquisición de visiones comunes en el ámbito legislativo y, sobre todo, jurisprudencial de la siempre mayor homogeneización del tejido normativo, de la eficacia obligatoria de los tratados y convenios internacionales (especialmente en materia de derechos), de los procesos de integración, etc.»<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Vid L. PEGORARO, “El método comparado en el Derecho constitucional: la perspectiva desde el Derecho comparado”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 112, (2001), págs. 25 y 26. Cfr. por todos del mismo autor dos trabajos en colaboración con A. RINELLA, *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, Cedam, Padova, 2002 y *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Cedam, Padova, 2007.

Y, en el mismo sentido, DE VERGOTTINI subraya que la función primaria que cumple la comparación en el Derecho constitucional es el conocimiento: «[...] dallo studio comparato di ordinamenti o di istituti di diversi ordinamenti scaturiscono elementi conoscitivi indispensabili per la scienza del Diritto costituzionale».<sup>3</sup> Pero también desempeña una función secundaria, que consiste en utilizar los resultados de la comparación para alcanzar diversos fines. En nuestro caso, la riqueza y la madurez de la experiencia italiana en torno al *diritto alla salute* nos han servido para comprender las instituciones jurídicas del Derecho constitucional español. Y, en particular, el modelo italiano constituye un valioso instrumento de auxilio para interpretar nuestro propio ordenamiento jurídico en materia sanitaria.

Por estas razones hemos dedicado el **Capítulo II** de esta primera Parte a revisar el tratamiento que se hace del *diritto alla salute* en la Constitución italiana de 1948, como referente inmediato del constituyente español en la redacción del artículo 43 CE. No nos hemos limitado a cotejar los textos normativos italiano y español, sino que hemos analizado la doctrina y la jurisprudencia transalpinas, lo que nos ha permitido aproximarnos a la eficacia jurídica y a la estructura compleja de la norma contenida en el artículo 32 CI. Con ello se ha puesto de manifiesto la imparable fuerza atractiva y, al mismo tiempo, expansiva del derecho a la salud. Son ilustrativas al respecto las palabras de la *Corte Costituzionale* en la Sentencia núm. 37 de 31 de enero de 1991, sobre prevención y lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, al señalar que la salud «costituisce un valore che, protetto dalla Costituzione come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività (art. 32 Cost.), è stato costantemente riconosciuto come primario da questa Corte per la sua inerenza alla persona umana, sia per la sua valenza di diritto sociale, caratterizzante la forma di Stato sociale disegnata dalla Costituzione».

---

<sup>3</sup> *Vid.* G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, CEDAM, 1999, pág. 5.

La consideración de la salud como un valor inherente a la persona humana, su condición de *diritto fondamentale dell'individuo* y su calificación como elemento determinante de la forma del Estado social son, en la actualidad, postulados fuera de toda discusión entre la doctrina y la jurisprudencia italianas. No obstante, hasta alcanzar este grado de desarrollo han tenido que pasar varias décadas para conseguir superar las consecuencias jurídicas derivadas de su inclusión en la genérica categoría de los derechos sociales y su consideración como una norma meramente programática. A este cambio en la exégesis del artículo 32 CI ha contribuido, en primer lugar, la introducción de la categoría del *danno biologico* en el sistema de daños resarcibles —lo que ha supuesto una constitucionalización del Derecho civil a partir de la aplicación del principio de igualdad material *ex* artículo 3 CI en conexión con el artículo 32 CI—. En segundo lugar, también ha sido esencial la elaboración de nuevas teorías sobre los derechos sociales que van a favorecer su revalorización hasta llegar incluso a afirmar que «tutti i diritti sociali condividono lo statuto tipico dei diritti fondamentali tanto sotto il profilo dell'efficacia quanto sotto quello del valore giuridico»<sup>4</sup>.

Sobre la base de la contribución del Derecho constitucional italiano, y sin obviar en ningún momento las particularidades del Derecho constitucional español, se reflexiona, en el **Capítulo III**, sobre el fundamento y la positivación de la tutela de la salud en la Constitución de 1978. Aunque la salud constituya un valor inherente a la persona, sin embargo, desde un punto de vista estrictamente jurídico-constitucional, y en aplicación del artículo 53.3 CE, el derecho reconocido en el artículo 43.1 CE no forma parte de los que se consideran derechos fundamentales en sentido estricto. Pero la literalidad del texto no debe llevarnos a pensar, erróneamente a nuestro juicio, que en nuestra Constitución la salud se consagra sólo bajo la forma de un derecho social. Tal y como se expondrá en este Capítulo, el derecho a la protección de

---

<sup>4</sup> Vid. A. BALDASSARRE, “Diritti sociali”, (*ad vocem*), en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1989, Vol. XI, pág. 32.

la salud es una figura jurídica compleja, en la que confluyen, a nuestro modo de ver, varias posiciones subjetivas: el derecho a la salud, el derecho a la protección de la salud *stricto sensu* y el derecho a la asistencia sanitaria.

Aunque cada uno de estos derechos tenga un estatuto jurídico diferente, todos ellos se refieren a un único bien protegido: la salud, entendida, en la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS) e incorporada indirectamente a la Constitución de 1978, como el estado de completo bienestar físico, psíquico y social, y no sólo como ausencia de patologías. Este concepto amplio nos permite relacionar la salud con otros bienes constitucionalmente protegidos, como la vida, la integridad personal o el medioambiente, entre otros.

De todos ellos, la integridad personal mantiene un vínculo tan estrecho con la salud que, en ocasiones, plantea serias dificultades a los operadores jurídicos al establecer los límites entre ambos. Estas dificultades se manifiestan, principalmente, en el ámbito sanitario. Por este motivo, en el **Capítulo IV**, con el que concluye la primera Parte, nos centramos en algunos de los problemas constitucionales más relevantes que se originan a partir del desarrollo normativo, tanto estatal como autonómico, de determinados derechos fundamentales del paciente, que afectan directamente al derecho a decidir sobre la propia salud. En concreto, abordamos la problemática de la imposición legítima de tratamientos sanitarios en contra de la voluntad del paciente y la regulación de las instrucciones previas o testamento vital, como forma de manifestación anticipada de la autonomía de la voluntad.

Si bien el ejercicio efectivo de cualquier derecho requiere, en mayor o menor medida, la existencia de una estructura estatal, en el caso del derecho a la asistencia sanitaria la intervención del Estado se hace imprescindible. En cumplimiento de los mandatos constitucionales del artículo 9.2 CE<sup>5</sup> y del

---

<sup>5</sup> Artículo 9.2: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y

artículo 43.2 CE<sup>6</sup> y en conexión con el principio del Estado social, el legislador ha establecido un conjunto de servicios y de prestaciones de carácter público bajo la denominación de Sistema Nacional de Salud.

El reconocimiento constitucional de estas instituciones implica la garantía de su conservación y la preservación de aquellos rasgos que las identifican frente a modificaciones arbitrarias del legislador ordinario, que puede decidir sobre su funcionamiento o estructura, pero que en ningún caso podrá eliminarlas del ordenamiento jurídico o alterar su imagen maestra. En esto consiste la denominada garantía institucional, a cuyo estudio dedicamos la **Parte II** de la Tesis.

Para ello, en el **Capítulo I** de esta segunda Parte realizamos un análisis tanto diacrónico como sincrónico, pues nos parece oportuno recordar la formulación inicial de la teoría de Carl SCHMITT y su evolución posterior a raíz de la aparición, tras la Segunda Guerra Mundial, de nuevas doctrinas sobre los derechos fundamentales. Tal y como se expone, las garantías institucionales han sido objeto de una intensa polémica tanto en Alemania como en España, donde su recepción por la doctrina y la jurisprudencia constitucional ha sido en ocasiones confusa, sobre todo cuando se trata de fijar las relaciones entre esta figura y la vertiente objetiva de los derechos fundamentales.

Si admitimos la vigencia actual de la teoría de las garantías institucionales, revisada conforme a las exigencias del constitucionalismo contemporáneo, el paso siguiente consistirá en plantearnos si es posible su aplicación a la institución del Sistema Nacional de Salud y, en caso de serlo, cuál es el alcance de esa protección. En otras palabras, habrá que fijar, en la

---

efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»

<sup>6</sup> Artículo 43.2: «Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios»



medida de lo posible, cuáles son sus rasgos distintivos determinantes, inmodificables por el legislador ordinario.

En esta tarea encontramos, empero, una seria dificultad: la ausencia de reconocimiento expreso de la citada institución en la Constitución española. Sin embargo, como intentamos mostrar en la parte final de este Capítulo, cuando el constituyente proclama en el artículo 43.2 CE la competencia de los poderes públicos para organizar y tutelar la *salud pública* a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, parece que implícitamente está asumiendo la existencia de una institución garantizada constitucionalmente. Una organización jurídica, cuya finalidad es la protección integral de la salud, arraigada socialmente e íntimamente vinculada a valores y principios como la dignidad humana y la igualdad material.

El proceso de formación y constitucionalización del Sistema Nacional de Salud ha sido largo y complejo, y a él dedicamos el **Capítulo II** de la Parte segunda del trabajo. A pesar de su actual configuración, el Sistema Nacional de Salud nace vinculado a la Seguridad Social, una de las instituciones claves del Estado social, que goza de la especial primacía derivada de su consagración en el artículo 41 CE. Ahora bien, aunque la asistencia sanitaria haya sido históricamente una de las prestaciones cardinales de la Seguridad Social, hoy ambas se encuentran desvinculadas, si bien aún se encuentran vestigios de esta relación en la legislación ordinaria e incluso en algunos Estatutos de Autonomía.

Una vez diferenciadas ambas instituciones desde el punto de vista orgánico, funcional y económico, resulta oportuno fijar los rasgos que caracterizan y hacen autónomo al Sistema Nacional de Salud, para lo cual se recurre a la legislación ordinaria, a la jurisprudencia y a la doctrina. En los **Capítulos III, IV y V** hemos tratado de comprobar cómo el Derecho ordinario, esto es, las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de ellas se hace, coadyuvan al Derecho constitucional en la tarea de concretar la imagen vigente de la institución. Así, tal y como se colige de los

artículos 44, 45 y 46 de la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986, el Sistema Nacional de Salud se perfila como una institución universal, pública, descentralizada e integral en cuyo marco se desarrollan todas las funciones y prestaciones que demanda el cumplimiento efectivo del derecho a la asistencia sanitaria

Como se expondrá, del estudio de la principal doctrina y jurisprudencia sobre los derechos constitucionalizados se desprende que la mayor divergencia estructural entre los derechos de libertad y los derechos de prestación consiste en que en los primeros la igualdad y la universalidad son condiciones de partida mientras que para los segundos son metas, objetivos. Y esta afirmación se verifica fácilmente en el caso del derecho a la asistencia sanitaria.

El principio de universalidad, al que dedicamos el **Capítulo IV**, garantiza el acceso a toda persona en condiciones de igualdad a las prestaciones sanitarias públicas. Esta vocación de titularidad universal del derecho a la asistencia sanitaria ha tenido que superar los inconvenientes que plantea una regulación muy dispersa de las distintas vías de acceso en nuestro complejo sistema jurídico, heredero de la idea de los derechos sociales como derechos de la clase trabajadora. La extensión del derecho a la asistencia sanitaria también a los extranjeros en territorio español, aunque sea condicionada, enriquece el estatuto jurídico de la ciudadanía social, cada vez más vinculado a la dignidad humana como elemento definitorio de la categoría de los derechos fundamentales.

Además de la *igualdad en el acceso* a las prestaciones dispensadas por el Sistema Nacional de Salud, en el marco de esta institución se garantiza la *igualdad en el ejercicio* del derecho a la asistencia sanitaria.

En un sistema de salud pública descentralizado, fruto del intrincado reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la garantía de la igualdad en el ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria se ha

convertido en el objetivo principal de las políticas públicas sanitarias. A ello dedicamos la primera parte del **Capítulo V**, el último del que consta el trabajo. El proceso de asunción de competencias en esta materia por las Comunidades Autónomas y la transferencia de servicios y funciones del Estado a los servicios de salud autonómicos ha avivado el debate, siempre abierto, en torno a la autonomía y la garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos individuales.

Para asegurar el principio de igualdad de trato y un estatuto jurídico básico del derecho a la asistencia sanitaria se han seguido tres vías que se estudiarán en la parte final de este Capítulo: la regulación homogénea de los aspectos subjetivos y objetivos del derecho a la asistencia sanitaria, que nos llevará a analizar la relación entre los títulos competenciales de los artículos 149.1.1<sup>a</sup> y 149.1.16<sup>a</sup> CE; en segundo lugar, la potenciación de instrumentos de coordinación y, por último, el establecimiento de un sistema de financiación pública orientado a la equidad.

Otra cuestión que se aborda en esta parte final es la de la extensión y calidad de las prestaciones sanitarias. En virtud del principio del Estado democrático corresponde al legislador determinar el *quantum* de este derecho prestacional a través de la inclusión o exclusión de técnicas, tecnologías y procedimientos de la cartera de servicios sanitarios. Ahora bien, teniendo en cuenta el principio del Estado social, ¿hasta dónde podría reducir el legislador el contenido del derecho a la asistencia sanitaria sin alterar la «imagen maestra» del Sistema Nacional de Salud? Sin poder dar respuestas definitivas a este y a otros interrogantes, lo que se pretende es una aproximación a ese núcleo inviolable por el legislador, constituido por el carácter integral de la institución constitucionalmente protegida.

En las dos últimas décadas hemos asistido a un espectacular avance de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia en materia sanitaria, hasta el punto de hablar incluso del Derecho sanitario como una nueva rama del ordenamiento jurídico. Sin embargo, hasta donde tenemos conocimiento, no

existen en España trabajos de investigación sobre el derecho a la protección de la salud realizados desde una perspectiva constitucional. Mediante este estudio pretendemos un acercamiento al estatuto jurídico de tan proteico derecho para contribuir a su mejor comprensión.

El interés científico del tratamiento constitucional de la salud y de su tutela, tal como se deduce de alguna de las cuestiones planteadas, sobrepasa los límites teórico-constitucionales. No es sólo una cuestión de teoría jurídica, sino de relevancia social e indiscutible actualidad. El buen estado de salud es el factor del que depende, en gran medida, la calidad de vida de los ciudadanos, que se perfila como un nuevo valor incorporado al conjunto de valores que integran el bienestar general (político, social y económico). Alcanzar y conservar el mejor estado de salud posible es, en definitiva, una de las aspiraciones humanas más justificadas y persistentes. Y, por ello, su relevancia ha de ser reconocida por el Derecho constitucional en el marco de un Estado social y democrático de Derecho.

## **.- INTRODUZIONE**



Il presente lavoro di ricerca ha come obiettivo l'analisi della tutela costituzionale del cosiddetto "diritto alla protezione della salute" da una prospettiva comparata. La tesi principale che pretendiamo di difendere è la seguente: questo diritto costituisce un paradigma del superamento delle divergenze estreme che, tradizionalmente, si sono stabilite tra diritti sociali e diritti fondamentali.

Questa tesi si basa, a sua volta, su due proposizioni che abbiamo tentato di dimostrare. La prima consiste nell'affermare che la Costituzione spagnola del 1978, prendendo come modello la *Costituzione italiana* del 1948, protegge la salute non solo sotto forma di un diritto sociale o di un diritto ad azioni positive dello Stato —il diritto alla protezione della salute *stricto sensu* ed il diritto all'assistenza sanitaria—, ma anche come un diritto di libertà —il diritto alla salute—. Questi diritti condividono la speciale supremazia che conferisce la Costituzione, benché tra di essi esistano delle differenze di grado per quanto riguarda la loro efficacia normativa e la loro resistenza di fronte all'intervento del legislatore.

La seconda proposizione sostiene che il diritto all'assistenza sanitaria diventa effettivo nell'ordinamento giuridico spagnolo attraverso il Sistema Sanitario Nazionale, che si delinea, prendendo in prestito l'espressione coniata da GALLEGO ANABITARTE, come una «istituzione garantita costituzionalmente»<sup>7</sup>, i cui tratti essenziali, la sua «immagine maestra», sono anche protetti di fronte all'intervento arbitrario del legislatore. Tenteremo di verificare se, effettivamente, il meccanismo della garanzia istituzionale, teorizzato da Carl SCHMITT agli inizi del XX secolo, possa essere applicato, con le dovute modifiche, a determinate istituzioni riconosciute dal costituzionalismo attuale.

---

<sup>7</sup> Vid. A. GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación, autonomía local, opinión pública)*, Civitas, Madrid, 1994, *passim*.

Sulla base di queste proposte, si è ritenuto opportuno dividere la presente Tesi Dottorale in due parti.

La **I Parte** si dedica ad analizzare come e sotto quali figure giuridiche si è incorporato il diritto alla protezione della salute nella Costituzione. Considerando che questo diritto sorge storicamente come un diritto sociale, nel **Capitolo I** ci riferiamo brevemente alla gestazione e costituzionalizzazione del principio dello Stato sociale. E questo perché, come avremo modo di mostrare, la positivazione del diritto alla protezione della salute, prima nella legislazione ordinaria e in seguito nelle norme costituzionali, si è verificata parallelamente al consolidamento dello Stato sociale. Inoltre, i problemi giuridico-costituzionali che sono sorti sulla struttura e le funzioni del diritto di cui ci occupiamo, si possono capire soltanto —e magari risolvere— se partiamo dalla loro origine storica come un diritto sociale.

Come si è già indicato, questa Tesi si sviluppa da una prospettiva comparata. E ciò perché, come ha segnalato PEGORARO, lo studioso del Diritto costituzionale non può prescindere dal confronto. Secondo il professore italiano, «la circulación, siempre intensa, de los modelos impide estudiar las instituciones propias del Derecho constitucional sin tener en cuenta las influencias que provienen del exterior; de la adquisición de visiones comunes en el ámbito legislativo y, sobre todo, jurisprudencial de la siempre mayor homogeneización del tejido normativo, de la eficacia obligatoria de los tratados y convenios internacionales (especialmente en materia de derechos), de los procesos de integración, etc.»<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Vid L. PEGORARO, “El método comparado en el Derecho constitucional: la perspectiva desde el Derecho comparado”, in *Revista de Estudios Políticos*, num. 112, (2001), pp. 25 e 26. Cfr. per tutti due lavori dello stesso autore in collaborazione con A. RINELLA, *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, Cedam, Padova, 2002 e *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Cedam, Padova, 2007.



E, nello stesso senso, DE VERGOTTINI sottolinea che la funzione primaria che compie il confronto nel Diritto costituzionale è la conoscenza: «[...] dallo studio comparato di ordinamenti o di istituti di diversi ordinamenti scaturiscono elementi conoscitivi indispensabili per la scienza del Diritto costituzionale».<sup>9</sup> Ma svolge anche una funzione secondaria, che consiste nell'utilizzare i risultati del confronto per raggiungere diversi obiettivi. Nel nostro caso, la ricchezza e la maturità dell'esperienza italiana riguardante il *diritto alla salute* ci sono servite per capire le istituzioni giuridiche del Diritto costituzionale spagnolo. E, in particolare, il modello italiano costituisce un prezioso strumento per aiutarci ad interpretare il nostro ordinamento giuridico in materia sanitaria.

Per queste ragioni, abbiamo dedicato il **Capitolo II** di questa prima Parte a rivedere il trattamento concesso al *diritto alla salute* nella Costituzione italiana del 1948, come referente immediato della costituente spagnola nella stesura dell'articolo 43 CE. Non ci siamo limitati a confrontare il testo normativo italiano con quello spagnolo, ma abbiamo analizzato la dottrina e la giurisprudenza transalpina, il che ci ha permesso di avvicinarci all'efficacia giuridica e alla struttura complessa della norma contenuta nell'articolo 32 CI. Si è così evidenziata l'inarrestabile forza attrattiva e, contemporaneamente, espansiva del diritto alla salute. Sono illustrative al riguardo le parole della *Corte Costituzionale* nella Sentenza num. 37 del 31 gennaio 1991, sulla prevenzione e la lotta contro la Sindrome da Immunodeficienza Acquisita, quando segnala che la salute «costituisce un valore che, protetto dalla Costituzione come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività (art. 32 Cost.), è stato costantemente riconosciuto come primario da questa Corte sia per la sua inerenza alla persona umana, sia per la sua valenza di diritto sociale, caratterizzante la forma di Stato sociale disegnata dalla Costituzione».

---

<sup>9</sup> Vid. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, CEDAM, 1999, p. 5

La considerazione della salute come un valore inerente alla persona umana, la sua condizione di *diritto fondamentale dell'individuo* e la sua qualificazione come elemento determinante della forma dello Stato sociale sono, attualmente, dei postulati al di fuori di ogni discussione tra la dottrina e la giurisprudenza italiane. Ciononostante, prima di raggiungere questo grado di sviluppo, sono dovuti passare vari decenni per riuscire a superare le conseguenze giuridiche derivate dalla sua inclusione nella generica categoria dei diritti sociali e la sua considerazione come una norma puramente programmatica. A questo cambiamento nell'esegesi dell'articolo 32 CI ha contribuito, in primo luogo, l'introduzione della categoria del *danno biologico* nel sistema dei danni risarcibili —il che ha implicato una costituzionalizzazione del Diritto civile a partire dall'applicazione del principio di uguaglianza materiale ex articolo 3 CI, in connessione con l'articolo 32 CI—. In secondo luogo, è stata essenziale anche l'elaborazione di nuove teorie sui diritti sociali, che favoriranno la sua rivalutazione arrivando perfino ad affermare che «tutti i diritti sociali condividono lo statuto tipico dei diritti fondamentali tanto sotto il profilo dell'efficacia quanto sotto quello del valore giuridico»<sup>10</sup>.

Sulla base del contributo del Diritto costituzionale italiano, e senza tralasciare in nessun momento le particolarità del Diritto costituzionale spagnolo, nel **Capitolo III**, si riflette sul fondamento e sulla positivazione della tutela della salute nella Costituzione del 1978. Benché la salute costituisca un valore inerente alla persona, tuttavia, da un punto di vista strettamente giuridico-costituzionale, ed in applicazione dell'articolo 53.3 CE, il diritto riconosciuto nell'articolo 43.1 CE non fa parte di quelli che si considerano diritti fondamentali in senso stretto. Ma la letterarietà del testo non deve indurci a pensare, erroneamente a nostro giudizio, che nella nostra Costituzione la salute si consacri soltanto sotto forma di un diritto sociale.

---

<sup>10</sup> Vid. A. BALDASSARRE, "Diritti sociali" (ad vocem), in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1989, Vol. XI, p. 32.

Come si esporrà in questo Capitolo, il diritto alla protezione della salute è una figura giuridica complessa, nella quale confluiscono, a nostro modo di vedere, varie posizioni soggettive: il diritto alla salute, il diritto alla protezione della salute *stricto sensu* ed il diritto all'assistenza sanitaria.

Anche se ognuno di questi diritti ha uno statuto giuridico diverso, si riferiscono tutti ad un unico bene protetto: la salute, intesa, nella definizione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ed incorporata indirettamente nella Costituzione del 1978, come lo stato di completo benessere fisico, psichico e sociale, e non solo come assenza di patologie. Questo concetto ampio ci permette di mettere in relazione la salute con altri beni costituzionalmente protetti, come la vita, l'integrità personale o l'ambiente, tra gli altri.

Fra tutti, l'integrità personale mantiene un vincolo talmente stretto con la salute che a volte prospetta serie difficoltà per gli operatori giuridici al momento di stabilire i limiti fra entrambe. Queste difficoltà si manifestano, principalmente, nell'ambito sanitario. Per questo motivo, nel **Capitolo IV**, con il quale si conclude la prima Parte, concentriamo la nostra attenzione su alcuni dei problemi costituzionali più rilevanti che sorgono a partire dallo sviluppo normativo, tanto statale quanto regionale, di determinati diritti fondamentali del paziente, che riguardano direttamente il diritto di decidere sulla propria salute. In concreto, affrontiamo la problematica dell'imposizione legittima di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente e la regolazione delle istruzioni previe o testamento vitale, come forma di manifestazione anticipata dell'autonomia della volontà.

Sebbene l'esercizio effettivo di qualsiasi diritto richieda, in maggiore o minore misura, l'esistenza di una struttura statale, nel caso del diritto all'assistenza sanitaria l'intervento dello Stato diventa imprescindibile. In

adempimento dei mandati costituzionali dell'articolo 9.2 CE<sup>11</sup> e dell'articolo 43.2 CE<sup>12</sup>, nonché in connessione con il principio dello Stato sociale, il legislatore ha stabilito un insieme di servizi e di prestazioni di carattere pubblico sotto la denominazione di Sistema Sanitario Nazionale.

Il riconoscimento costituzionale di queste istituzioni implica la garanzia della loro conservazione e la preservazione di quei tratti che le identificano di fronte a modifiche arbitrarie del legislatore ordinario, il quale può decidere sul loro funzionamento o struttura, ma in nessun caso potrà eliminarle dall'ordinamento giuridico o alterarne l'immagine maestra. In questo consiste la cosiddetta garanzia istituzionale, al cui studio dedichiamo la **II Parte** della Tesi.

A tal fine, nel **Capitolo I** di questa seconda Parte, svolgiamo un'analisi sia diacronica che sincronica, poiché ci sembra opportuno ricordare la formulazione iniziale della teoria di Carl SCHIMMT e la sua successiva evoluzione in seguito alla comparsa, dopo la Seconda Guerra Mondiale, di nuove dottrine sui diritti fondamentali. Come si espone, le garanzie istituzionali sono state oggetto di un'intensa polemica sia in Germania che in Spagna, dove la loro accoglienza da parte della dottrina e della giurisprudenza costituzionale è stata a volte confusa, soprattutto quando si tenta di fissare le relazioni tra questa figura ed il versante oggettivo dei diritti fondamentali.

Se ammettiamo la validità attuale della teoria delle garanzie istituzionali, riveduta secondo le esigenze del costituzionalismo contemporaneo, il seguente passo consisterà nel chiederci se è possibile applicarla all'istituzione del Sistema Sanitario Nazionale e, se lo fosse, qual è la portata di questa protezione. In altre parole, bisognerà stabilire, per quanto

---

<sup>11</sup> Articolo 9,2.: «Corrisponde ai poteri pubblici promuovere le condizioni affinché la libertà e l'uguaglianza dell'individuo e dei gruppi in cui si integra siano reali ed effettive; rimuovere gli ostacoli che impediscano o rendano difficile la sua pienezza e facilitare la partecipazione di tutti i cittadini alla vita politica, economica, culturale e sociale».

<sup>12</sup> Articolo 43,2: «Compete ai poteri pubblici organizzare e tutelare la salute pubblica attraverso misure preventive e prestazioni e servizi necessari».

possibile, quali sono i suoi tratti distintivi determinanti, che non possono essere modificati dal legislatore ordinario.

In questo compito troviamo però una seria difficoltà: l'assenza di riconoscimento esplicito della citata istituzione nella Costituzione spagnola. Tuttavia, come cerchiamo di dimostrare nella parte finale di questo Capitolo, quando la costituente proclama nell'articolo 43.2 CE la competenza dei poteri pubblici per organizzare e tutelare la *salute pubblica* attraverso misure preventive e prestazioni e servizi necessari, sembra che stia implicitamente riconoscendo l'esistenza di un'istituzione garantita costituzionalmente. Un'organizzazione giuridica, la cui finalità è la protezione integrale della salute, radicata socialmente ed intimamente vincolata a valori e principi quali la dignità umana e l'uguaglianza materiale.

Il processo di formazione e costituzionalizzazione del Sistema Sanitario Nazionale è stato lungo e complesso, e ad esso dedichiamo il **Capitolo II** della seconda Parte di questo lavoro. Nonostante la sua attuale configurazione, il Sistema Sanitario Nazionale nasce vincolato alla Previdenza Sociale, una delle istituzioni chiave dello Stato sociale, che gode dello speciale primato derivato dalla sua consacrazione nell'articolo 41 CE. Tuttavia, anche se l'assistenza sanitaria è stata storicamente una delle prestazioni cardinali della Previdenza Sociale, oggi esse sono svincolate, sebbene esistano ancora delle tracce di questa relazione nella legislazione ordinaria e perfino in alcuni Statuti delle Comunità Autonome.

Una volta distinte entrambe le istituzioni dal punto di vista organico, funzionale ed economico, è opportuno fissare i tratti che caratterizzano e rendono autonomo il Sistema Sanitario Nazionale, e per farlo si ricorre alla legislazione ordinaria, alla giurisprudenza e alla dottrina. Nei **Capitoli III, IV e V** abbiamo tentato di verificare come il Diritto ordinario, ossia le norme che la regolano in ogni momento e l'applicazione che se ne fa, cooperano con il Diritto costituzionale nel compito di concretizzare l'immagine vigente

dell'istituzione. Così, come si deduce dagli articoli 44, 45 e 46 della Legge Generale sulla Sanità, del 25 aprile 1986, il Sistema Sanitario Nazionale si delinea come un'istituzione universale, pubblica, decentrata ed integrale, nel cui ambito si sviluppano tutte le funzioni e le prestazioni che richiede l'adempimento effettivo del diritto all'assistenza sanitaria.

Come avremo modo di esporre, dallo studio della principale dottrina e della giurisprudenza sui diritti costituzionalizzati si evince che la maggiore divergenza strutturale tra i diritti di libertà e quelli alla prestazione consiste nel fatto che nei primi l'uguaglianza e l'universalità sono condizioni di partenza, mentre per i secondi sono mete, obiettivi. E questa affermazione si verifica facilmente nel caso del diritto all'assistenza sanitaria.

Il principio di universalità, al quale dedichiamo il **Capitolo IV**, garantisce ad ogni persona l'accesso in condizioni di uguaglianza alle prestazioni sanitarie pubbliche. Questa vocazione di titolarità universale del diritto all'assistenza sanitaria ha dovuto superare gli inconvenienti che prospetta una regolazione molto dispersa delle diverse vie di accesso nel nostro complesso sistema giuridico, erede dell'idea dei diritti sociali come diritti della classe lavoratrice. L'estensione del diritto all'assistenza sanitaria anche agli stranieri in territorio spagnolo, benché condizionata, arricchisce lo statuto giuridico della cittadinanza sociale, vincolato sempre di più alla dignità umana come elemento caratteristico della categoria dei diritti fondamentali.

Oltre all'*uguaglianza nell'accesso* alle prestazioni dispensate dal Sistema Sanitario Nazionale, nell'ambito di questa istituzione si garantisce l'*uguaglianza nell'esercizio* del diritto all'assistenza sanitaria.

In un sistema di salute pubblica decentrato, frutto dell'intricata ripartizione di competenze tra lo Stato e le Comunità Autonome, la garanzia dell'uguaglianza nell'esercizio del diritto all'assistenza sanitaria si è trasformata nell'obiettivo principale delle politiche pubbliche sanitarie. Ad essa dedichiamo la prima parte del **Capitolo V**, l'ultimo di cui consta il

lavoro. Il processo di assunzione di competenze in questa materia da parte delle Comunità Autonome ed il trasferimento di servizi e funzioni dello Stato ai servizi di salute regionali ha ravvivato il dibattito, sempre aperto, sull'autonomia e sulla garanzia dell'uguaglianza nell'esercizio dei diritti individuali.

Per assicurare il principio di uguaglianza di trattamento ed uno statuto giuridico di base del diritto all'assistenza sanitaria, si sono seguite tre vie che studieremo nella parte finale di questo Capitolo: la regolazione omogenea degli aspetti soggettivi ed oggettivi del diritto all'assistenza sanitaria, che ci porterà ad analizzare la relazione tra i titoli competenziali degli articoli 149.1.1° e 149.1.16° CE; in secondo luogo, il potenziamento di strumenti di coordinazione e, infine, lo stabilimento di un sistema di finanziamento pubblico orientato all'equità.

Un'altra questione affrontata in questa parte finale è quella dell'estensione e della qualità delle prestazioni sanitarie. In virtù del principio dello Stato democratico, compete al legislatore determinare il *quantum* di questo diritto alla prestazione attraverso l'inclusione o l'esclusione di tecniche, tecnologie e procedimenti dalla carta dei servizi sanitari. Tuttavia, tenendo conto del principio dello Stato sociale, ci chiediamo fino a che punto il legislatore possa ridurre il contenuto del diritto all'assistenza sanitaria senza alterare «l'immagine maestra» del Sistema Sanitario Nazionale. Non potendo dare delle risposte definitive a questo ed altri quesiti, ciò che si pretende è un avvicinamento a quel nucleo inviolabile dal legislatore, costituito dal carattere integrale dell'istituzione costituzionalmente protetta.

Negli ultimi vent'anni abbiamo assistito ad uno spettacolare sviluppo della legislazione, della dottrina e della giurisprudenza in materia sanitaria, fino al punto di parlare perfino del Diritto sanitario come di una nuova branca dell'ordinamento giuridico. Tuttavia, per quanto ci è dato sapere, non esistono in Spagna lavori di ricerca sul diritto alla protezione della salute svolti da una prospettiva costituzionale. Mediante questo studio, pretendiamo

avvicinarci allo statuto giuridico di un così proteiforme diritto per contribuire alla sua migliore comprensione.

L'interesse scientifico del trattamento costituzionale della salute e della sua tutela, come si deduce da alcune delle questioni trattate, eccede i limiti teorico-costituzionali. Non è solo una questione di teoria giuridica, bensì di rilevanza sociale e di indiscutibile attualità. Il buono stato di salute è il fattore dal quale dipende, in larga misura, la qualità di vita dei cittadini, che si delinea come un nuovo valore incorporato nell'insieme dei valori che integrano il benessere generale (politico, sociale ed economico). Raggiungere e conservare il migliore stato di salute possibile è, in definitiva, una delle aspirazioni umane più giustificate e persistenti. Perciò la sua rilevanza deve essere riconosciuta dal Diritto costituzionale nell'ambito di uno Stato sociale e democratico di Diritto.



**PARTE I.- LA  
CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL  
DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA  
SALUD**



## **CAPÍTULO I.- LA GESTACIÓN Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y SU REPERCUSIÓN EN EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD**

*Introducción. 1.- Los precedentes del Estado social. 1.1. El surgimiento de la «cuestión social». 1.2. Las primeras aportaciones teóricas en la elaboración del concepto de Estado social. 1.3. La primera legislación social. Especial referencia a la legislación en materia sanitaria 2.- La constitucionalización del Estado social.*



## INTRODUCCIÓN

El reconocimiento del derecho a la protección de la salud en las Constituciones contemporáneas representa la culminación de un largo proceso que se inició hace ya más de dos siglos. Desde la asistencia sanitaria benéfica, pasando por los seguros de enfermedad obligatorios de inspiración bismarckiana, se ha llegado, finalmente, a la consagración a nivel constitucional de uno de los derechos más característicos del constitucionalismo contemporáneo. El derecho a la protección de la salud es, sin lugar a dudas, uno de los derechos sociales por antonomasia. Incluso entre la doctrina y la jurisprudencia italianas se ha llegado a hablar de él como *il principe dei diritti sociali*<sup>13</sup>.

En efecto, el proceso de positivación del mismo, primero en la legislación ordinaria y más tarde en los textos constitucionales, ha sido simultáneo a la gestación y consolidación del Estado social. La transformación de su contenido y de su naturaleza jurídica se ha producido paralelamente a la asunción de nuevas funciones por parte del Estado. Así mismo, cuando el Estado social ha entrado en crisis, uno de los primeros sectores que se ha visto amenazado por el desmantelamiento del sistema prestacional ha sido, precisamente, el sanitario.

Pero, además, la singularidad del derecho a la protección de la salud estriba en ser el ejemplo más claro de la superación de la fractura que, tradicionalmente, se había establecido entre las libertades individuales y los derechos sociales. En este sentido la propia Constitución italiana de 1947 se refiere al *diritto alla salute* como un *diritto fondamentale dell'individuo*.

---

<sup>13</sup> La expresión aparece en el trabajo de C. SALAZAR *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli Editore, Torino, 2000, pág. 3.

Por estas razones, y como paso previo al estudio pormenorizado de su naturaleza y estructura jurídica, es necesario que expongamos, brevemente y sin ánimo de ser exhaustivos, cómo surgió y cómo se constitucionalizó el Estado social, con el único fin de establecer cuál ha sido el marco de referencia en el que se han planteado muchos de los problemas comunes a la genérica categoría de los derechos sociales en la que se ha incluido el derecho a la protección de la salud.

## **1. LOS PRECEDENTES DEL ESTADO SOCIAL**

### ***1.1. El surgimiento de la denominada «cuestión social»***

La fórmula del Estado social sintetiza el final de la separación entre la sociedad civil y el Estado y el establecimiento de un nuevo sistema de relaciones en el que los poderes públicos asumen funciones que hasta el momento les habían sido vedadas. Así mismo, la transformación del Estado tuvo como consecuencia la modificación del contenido de las Constituciones, ya que la nueva actividad estatal hizo que en ellas se incluyeran preceptos destinados a regular su intervención en la economía y en el orden social.

Ahora bien, la formación del Estado social no responde, según indica BALDASSARRE<sup>14</sup>, a un planteamiento teórico e ideológico concreto. El Estado social constituye la pretensión de dar respuesta, más allá del Estado liberal, a dos fenómenos de la época: la industrialización y la democratización. En palabras del citado autor «[...] lo Stato sociale è la risposta politico-costituzionale alla crescente e obiettiva insicurezza sociale, che costituisce il sottoprodotto [...] sia degli squilibri di potere [...] sia dell'instabilità dei valori insita nelle accelerate dinamiche culturali».

---

<sup>14</sup> *Vid.* A. BALDASSARRE, voz “Diritti sociali”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XI, 1989, págs. 28 y sigs., y años más tarde en *Diritti della persona e valori costituzionali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1997, págs. 123 a 222.

En efecto, como señala GARCÍA-PELAYO<sup>15</sup> el Estado social supuso, históricamente, el intento de adaptación del Estado liberal burgués a las condiciones sociales de la civilización industrial y post-industrial, con sus nuevos y complejos problemas, pero, también con sus posibilidades técnicas, económicas y organizativas para afrontarlos.

Según Elías DÍAZ el Estado social nace con el propósito de solucionar los problemas de la sociedad industrial frente a la incapacidad de los esquemas e instituciones tradicionales del Estado de Derecho liberal, siendo el individualismo y el abstencionismo estatal los elementos que precisan una mayor revisión<sup>16</sup>.

Ahora bien, el Estado social toma como base formal para su implantación y desarrollo el Estado de Derecho liberal. Al respecto BALAGUER CALLEJÓN indica que «el Estado liberal surge de un proceso revolucionario en el que los vencedores imponen sus condiciones, mientras que el Estado social surge del pacto en el que los otrora vencedores mantienen una posición de ventaja»<sup>17</sup>. El origen histórico del Estado de Derecho está relacionado con el liberalismo y con el ascenso político, a finales del siglo XVIII, de la burguesía, el llamado *tiers état* por SIÈYES. El sistema socio-político del Antiguo Régimen, cimentado sobre la división en estamentos de todo el cuerpo social, es sustituido por un nuevo orden en el que se redefine la relación entre el Estado y la sociedad. La sociedad civil, integrada por la burguesía liberal, cuyo poder económico se ve favorecido por el desarrollo del

---

<sup>15</sup> En *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, 2ª ed. (9ª imp. 1995), pág. 18.

<sup>16</sup> Cfr. E. DÍAZ en *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1988, 8ª ed. (6ª reimpr.), págs. 84 y 85.

<sup>17</sup> Vid. F. BALAGUER CALLEJÓN, “El Estado social y democrático de Derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social”, en MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M. *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pág. 93.

tráfico mercantil<sup>18</sup>, asume como nuevos valores la igualdad (jurídica), la propiedad y la libertad, rescatando al individuo de las rígidas estructuras corporativas del período anterior. El liberalismo propugna la existencia de un orden natural, fuera del control del Estado, fundado en la iniciativa privada que garantiza la prosperidad económica y el desarrollo social.

En esta situación, el Estado, explica GARCIA-PELAYO<sup>19</sup>, consiste en una organización racional, estructurada de forma jerárquica y con unos objetivos y valores: la garantía de la libertad, de la convivencia pacífica, de la seguridad y de la propiedad. La racionalidad del Estado se manifiesta en el concepto de ley, como norma general y abstracta, en la división de poderes y en la organización burocrática de la Administración. La legitimidad del Estado de Derecho liberal se cimienta en el reconocimiento y garantía de un sistema de derechos y libertades, en el sometimiento de los poderes públicos al imperio de la ley y en el control jurisdiccional de sus actos. La sociedad, por su parte, se concibe como un orden espontáneo, dotado de racionalidad immanente, expresada en leyes económicas y basada en una estructura horizontal. El Estado, como organización artificial, debe limitarse a garantizar las condiciones adecuadas para que se dé la armonía natural en la que se desarrolla la actividad de la sociedad civil.

---

<sup>18</sup> Como indica el profesor F. TOMÁS Y VALIENTE en su *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1988, 4ª ed., (3ª reimpr.), pág. 416, las nuevas libertades de tipo económico sirvieron de marco y de motor al tráfico mercantil. Estas libertades (libertad de comerciar cualquier producto de la tierra o cualquier «obra de trabajo y de la industria», libertad de precio, libertad para el ejercicio del comercio o de la industria, libertad de circulación por todo el territorio nacional de los granos y de las «demás producciones», la supresión de aduanas interiores) sentaron las bases del nuevo régimen jurídico de las relaciones de producción y de intercambio de bienes. Se trató «de crear un mercado nacional y libre, de proteger el libre ejercicio del comercio y de la industria, de suprimir las tasas o fijaciones estatales de precios y de garantizar la “libre concurrencia del trabajo y el capital». De estas afirmaciones, recogidas por el profesor TOMÁS Y VALIENTE de los textos de la época, se deduce que el trabajo es una mercancía objeto de libre contratación, sometida a las reglas de la oferta y la demanda y sujeta sólo a las leyes de la concurrencia.

<sup>19</sup> En *Las transformaciones*, *op. cit.*, págs. 21 y 22.



Pero, coincidiendo con la irrupción en Europa del capitalismo, la situación social va a sufrir una serie de transformaciones que acaban con el mito de la armonía espontánea. Se produce una concentración de la producción y del capital, que desemboca en la formación de grandes monopolios financieros. Paralelamente al desarrollo fabril, se genera un proceso de depauperación de los estratos más desfavorecidos: el proletariado industrial y el excedente de la población rural. El éxodo rural, el crecimiento de las ciudades y la aparición de una masa ingente de trabajadores que viven de la venta de su fuerza de trabajo, modifican las relaciones sociales y los modos de vida. Se acaba con las formas autónomas y autárquicas de subsistencia. En palabras de FORSTHOFF, se abandona el *espacio vital dominado*, que es aquel del que el individuo puede disponer y del que obtiene las garantías básicas para su existencia, y se pasa a formar parte del *espacio vital efectivo*, en el que el hombre está supeditado a un trabajo, a un salario que le permite acceder a determinados bienes con el fin de asegurar un mínimo vital<sup>20</sup>. Esta necesidad de utilizar bienes y servicios sobre los que no se tiene un dominio directo da lugar a lo que FORSTHOFF denomina «menesterosidad social», que afecta, no sólo a las clases más desfavorecidas, sino también a los sectores más pudientes. Las sociedades, cada vez más conflictivas, son incapaces de autorregularse. Ante tal situación, la única vía es permitir la intervención del Estado y así intentar resolver los fallos del mercado<sup>21</sup>. El Estado se verá obligado a adoptar

---

<sup>20</sup> Estas ideas se encuentran recogidas en varios pasajes de la obra de E. FORSTHOFF. Por primera en *Die Verwaltung als Leistungsträger*, en 1938, como recuerda el propio autor en *El Estado de la sociedad industrial. El modelo de la República Federal de Alemania*, traducción de L. López Guerra y J.N. Muñiz, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, págs. 120 y 121 y en “Problemas constitucionales del Estado social”, en W. ABENDROTH, E. FORSTHOFF, K. DOEHRING, *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, págs. 47 y 48.

<sup>21</sup> Sobre las causas que han provocado el cambio en las funciones del Estado hay diversas teorías que el profesor DE CABO MARTÍN, en *La crisis del Estado social*, PPU, 1996, págs. 20 a 30, analiza y reúne en dos grandes grupos: los teóricos no marxistas, que sitúan el origen del Estado social en la intervención del Estado en la sociedad, siendo la intervención económica un instrumento para lograr los objetivos sociales, y los teóricos marxistas, para quienes el origen del Estado social hay que buscarlo en la exigencias del desarrollo capitalista.

Los teóricos no marxistas, con una aptitud optimista sobre el futuro del capitalismo, consideran que éste ha superado su fase cíclica y que ahora se encuentra en un momento de estabilidad. Ya no se trata de resolver problemas de escasez, sino de cómo utilizar los recursos de la abundancia. Dado el perfecto funcionamiento de lo económico, lo que define al Estado es su intervención en lo social. Así, el Estado social sería el que tiende a producir el bienestar general, la cobertura del riesgo y la satisfacción de necesidades generales, fundamentalmente a través de recursos sociales<sup>21</sup>.

Dentro de los teóricos no marxistas, DE CABO MARTÍN distingue, por un lado, aquellos que consideran que el Estado social resulta del desarrollo económico y de la modernización que incluyen los procesos de industrialización y de urbanización<sup>21</sup>. Estos procesos provocan desequilibrios y generan nuevas necesidades que justifican la intervención de los poderes públicos para procurar el bienestar general. El objetivo de esta intervención es compensar los riesgos y las disfunciones del proceso modernizador. Por otro lado, están aquellos que conciben el Estado social como producto del desarrollo político y de la mayor participación de los sectores menos favorecidos. La aparición de los primeros sistemas de seguridad social fue independiente al grado de desarrollo económico. Países industrializados como Gran Bretaña, Bélgica o Suiza tenían un nivel menor de prestaciones que otros Estados menos industrializados como Italia o Dinamarca. Igualmente, se dice que el grado de expansión de programas sociales es independiente del número de trabajadores y de organizaciones sindicales. Sin embargo, sí existe una estrecha relación entre la aparición y extensión de programas de seguridad social y el desarrollo político de los países europeos. En los países donde el derecho al voto estaba más extendido, las prestaciones sociales eran más amplias. Pero, no hay que olvidar, recuerda el autor, que originariamente los programas de seguridad social eran concesiones hechas desde arriba por las élites en respuesta a la movilización política de los trabajadores y no conquistas directas de los obreros. También hay que destacar cómo este proceso se inicia en países donde existen estructuras políticas autoritarias. Las monarquías constitucionales aventajan a las democracias parlamentarias en la concesión de prestaciones sociales hasta la primera Guerra Mundial. En el período de entreguerras la importancia causal del desarrollo político se demuestra por la expansión de prestaciones del Estado cuando se incrementa la fuerza política de los partidos obreros. En el período posbélico tiene lugar la expansión definitiva del Estado social coincidiendo con la disminución de la conflictividad social.

Por lo que se refiere a la teorización marxista sobre el Estado social, ésta es, como indica DE CABO MARTÍN, abundante dando lugar a perspectivas muy diversas que, no obstante, condividen la idea de que el origen del Estado social está vinculado a una fase histórica determinada del desarrollo de las fuerzas productivas y de las relaciones de producción. Pero, aunque compartan este punto de partida, existen dos tendencias que intentan explicar el nuevo carácter del Estado y las funciones que asume: unos buscan los motivos de la intervención del Estado en las exigencias del capitalismo y otros los buscan tanto en las exigencias del capitalismo, como en la lucha de clases. Para los primeros el Estado social surge para controlar el proceso de acumulación del capitalismo. El Estado puede intervenir desde fuera de este proceso, bien por exigencias económicas, como instrumento en manos de las élites o de grupos monopolistas, o bien por necesidades objetivas del capitalismo, siendo el Estado un presupuesto para la existencia social del capital, procurando las precondiciones y los requisitos que el capitalismo necesita y no puede generar por sí mismo.

La actuación del Estado es considerada por otros interna al proceso de acumulación del capital. El desarrollo capitalista depende de la intervención del Estado y conlleva su transformación. Esta postura, explica DE CABO, es ajena a la tradición marxista. La polémica gira en torno a qué debe entenderse por trabajo productivo e improductivo. Para Marx, las actuaciones del Estado no eran productivas. El Estado es algo externo a la economía. Fue la

una serie de medidas (redistribución de la riqueza y prestaciones sociales) en aras de atenuar el conflicto social. De este modo, la realización de la «procura existencial» se convierte en la nueva función del Estado<sup>22</sup>.

### ***1.2. Las primeras aportaciones teóricas en la elaboración del concepto de Estado social.***

La denominada «cuestión social», el antecedente histórico más inmediato a la formación del Estado social, recorre toda la Europa decimonónica. Poco a poco, las clases desposeídas fueron tomando conciencia de su situación, de la falta de coincidencia entre sus intereses y los de la burguesía liberal y de la necesidad de actuar a través de organizaciones para solventar sus problemas de subsistencia.

---

escuela alemana la que empezó a estudiar las relaciones entre las funciones del Estado y el sistema económico. Las nuevas tendencias marxistas suponen un cambio respecto a las ideas originarias de Marx. Se plantean diferentes formulaciones: el Estado no es externo sino que es algo articulado a las relaciones de producción; el Estado en el capitalismo monopolista está llamado a realizar unas funciones para contrarrestar la baja tendencial de la tasa de beneficio; el Estado no se limita a garantizar las condiciones de acumulación capitalista, sino que organiza, programa y controla el desarrollo económico mediante mecanismos selectivos que configuran la estructura interna del Estado del bienestar y que protegen los intereses capitalistas.

Por último, en esta apretada síntesis del estudio del profesor DE CABO, hay quienes opinan que el Estado social surge para dar solución a la contradicción inicial entre las exigencias y posibilidades de acumulación capitalista de postguerra y la lucha de clases. Pero, esta contradicción se soluciona, por un lado, mediante la reestructuración del Estado y sus funciones para preservar los intereses capitalistas y, por otro, mediante el desarrollo de importantes políticas de bienestar. En la primera fase del capitalismo, en la que el objetivo era la creación de riqueza, la contribución del Estado estaba justificada. Pero, a partir de la revolución industrial, con el proceso de socialización de la producción y la aparición de las clases trabajadoras, comienza la contradicción entre acumulación y legitimación. El Estado, además de actuar para favorecer el proceso de producción, deberá asumir otras funciones que lo legitimen ante la clase trabajadora. En esta dialéctica entre acumulación-legitimación se inserta y desarrolla el Estado social, que permite superar esta contradicción y se convierte en una relación de compatibilidad.

<sup>22</sup> Estas ideas se encuentran recogidas en varios pasajes de la obra de E. FORSTHOFF. Por primera en *Die Verwaltung als Leistungsträger*, en 1938, como recuerda el propio autor en *El Estado de la sociedad industrial. El modelo de la República Federal de Alemania*, traducción de L. López Guerra y J.N. Muñiz, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, págs. 120 y 121 y en “Problemas constitucionales del Estado social”, en W. ABENDROTH, E. FORSTHOFF, K. DOEHRING, *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, págs. 47 y 48.

Inicialmente, surgen dos tendencias doctrinales en el tratamiento de la cuestión social que intentan buscar vías de solución a los efectos no deseados de la Revolución industrial. Por un lado, están el marxismo y el socialismo revolucionario que proponen procesos subversivos y la total emancipación de la sociedad respecto del Estado, que no es más que una estructura de poder, un elemento de coacción en manos de la burguesía y el garante de la desigualdad material. Frente a la perspectiva revolucionaria, emergen una serie de teóricos desde el socialismo moderado y el socialismo conservador que defienden un proceso gradual en el tratamiento de la desigualdad mediante reformas sociales. Esta orientación se produce «a contrapelo» del «antiestatismo», como indica GARRORENA MORALES, ya que no toda la tradición socialista prelude la aceptación instrumental del Estado como Estado social<sup>23</sup>.

Por su participación en la formación del concepto de Estado social merece la pena hacer una sucinta exposición del pensamiento de LASSALLE y de VON STEIN.

LASSALLE, fundador de la Asociación General de los Trabajadores Alemanes e inspirador ideológico del partido socialdemócrata, desempeñó un importante papel político apoyando a BISMARCK en la unificación alemana bajo la batuta de Prusia, obteniendo a cambio la elaboración de una legislación social que supuso un hito en toda Europa. Para LASSALLE la desigualdad social no se elimina mediante la revolución contra el Estado<sup>24</sup>. La lucha debe plantearse contra determinados contenidos y modalidades del mismo. El sufragio universal es el medio para transformar el Estado en un instrumento al servicio de la democracia social. Desde el momento en que los partidos y organizaciones obreras obtengan la conquista política del Estado mediante el

---

<sup>23</sup> Vid. A. GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, 1987, 1ª ed. (1ª reimpr.), pág. 34

<sup>24</sup> Vid. F. LASSALLE, *Discours et pamphlets*, traducido del alemán por V. Dave y L. Remy, Ed. V. Giard et E. Brière, Paris, 1903,

sufragio universal, se conseguirán constantes mejoras para las clases trabajadoras que tendrán, por tanto, interés en un Estado fuerte, eficaz y orientado socialmente. Este aportaría el capital, imprescindible para la emancipación de la clase obrera y para la creación de cooperativas de producción que permitieran al proletariado competir con la economía capitalista. La futura sociedad socialista es impensable sin un Estado que dirija el proceso productivo. El Estado es un elemento de transformación social. Ya no es un Estado abstencionista, sino que intervendrá en la sociedad para corregir las desigualdades y crear las condiciones para la efectividad del ejercicio de la libertad.

Otro autor de capital importancia en el momento histórico que nos ocupa fue VON STEIN. En palabras de GARCÍA COTARELO se trata del teórico que con más detenimiento analizó las relaciones entre el Estado y la sociedad<sup>25</sup>. Aunque no utilizó el término Estado social, sí fue él quien hizo la primera elaboración teórica sobre el tema<sup>26</sup>. El autor parte de la idea que entre Estado y sociedad hay una relación dialéctica. El Estado es un concepto puro cuyo fin es procurar el máximo desarrollo de los individuos que lo integran<sup>27</sup>. La sociedad se configura como un sistema de sujeción y de dependencia, sobre todo económica<sup>28</sup>. Pero, Estado y sociedad no son dos configuraciones distintas, sino que son los dos elementos que constituyen toda comunidad humana<sup>29</sup>. VON STEIN considera que lo que caracteriza a toda comunidad es la lucha entre la sociedad y el Estado. Pero, en la realidad, Estado y sociedad están integrados por las mismas personalidades individuales. Todo Estado será «Estado de una sociedad concreta». La fortaleza del Estado depende del nivel

---

<sup>25</sup> Vid. J. GARCÍA COTARELO, *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, 2ª ed., pág. 267.

<sup>26</sup> Vid. L. VON STEIN, *Movimientos sociales y monarquía*, traducción de E. Tierno Galván, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pág. 31

<sup>28</sup> *Ibidem*, págs. 36 y sigs.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pág. 27.

material y moral de sus ciudadanos. Sin embargo, en toda sociedad hay una clase dependiente y otra dominante que se adueña del poder. De este modo el sometimiento social de hecho se convierte en un sometimiento de Derecho. La servidumbre y la dependencia de la sociedad son contrarias a la idea de Estado poniendo en peligro su estabilidad. Para solucionar esta situación es necesario proceder a una transformación de la sociedad con la que todos estén de acuerdo. Lorenz VON STEIN considera que el mejor camino es la reforma frente a la revolución y como forma política más adecuada para llevarla a cabo prefiere la monarquía social a la democracia social. La historia ha demostrado la adaptabilidad y dinamismo de la monarquía a los cambios. La monarquía está, además, por encima de los intereses y de las luchas de clases, ya que sus principios e intereses coinciden con los del Estado.

### ***1.3. La primera legislación social. Especial referencia a la legislación en materia sanitaria***

Aunque la legislación social propiamente dicha surja en el siglo XIX, ya en épocas anteriores existía cierta actividad de los poderes públicos destinada a atender las necesidades básicas de los desposeídos.

Durante el largo período que abarca desde la Alta Edad Media hasta finales del siglo XVIII, enfermedad y pobreza iban unidas y la asistencia al enfermo se consideraba un acto de caridad. La actividad asistencial fue acompañada de medidas de control y represión sobre los indigentes, hecho este que contribuyó a la leyenda negra en torno a las instituciones sanitarias y asistenciales de los pasados siglos.

Sobre el binomio asistencia-represión frente a la enfermedad, la pobreza y el pauperismo resulta de sumo interés el estudio llevado a cabo por APARICIO TOVAR<sup>30</sup>. Describe el autor cómo, inicialmente, las fundaciones privadas y la práctica individual de la limosna coexistían con el ejercicio

---

<sup>30</sup> En *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Civitas, 1989, págs. 142 a 189.

institucionalizado de la caridad por parte de la Iglesia. Destaca la importancia de la fundación de hospitales que fueron el elemento clave de todo el Antiguo Régimen. Los hospitales eran lugares para la práctica de la caridad, donde se dispensaban todo tipo de socorros. Pero, la falta de criterio para proporcionar ayudas requirió la intervención civil, lo que supuso la secularización de la asistencia. Asistir a los pobres ya no era una cuestión moral, sino una cuestión social. Así pues, la asistencia se hace laica y municipal<sup>31</sup>.

Otro tipo de prestación sanitaria en los momentos que preceden a la Revolución francesa fue aquella basada en ideas mutualistas que prestaban a sus asociados Cofradías, Hermandades y Montepíos. El ocaso de estas instituciones llega en el siglo XVIII, ya que su vinculación religiosa o estamental chocaba con las ideas del movimiento ilustrado<sup>32</sup>.

Con la revolución burguesa, sigue explicando APARICIO TOVAR, se profundizan los procesos de secularización y de nacionalización de la asistencia, aunque el auxilio al enfermo sin medios económicos seguía siendo un deber moral. Por otro lado, el triunfo del individualismo y la defensa del abstencionismo estatal no permitían defender la asistencia sanitaria pública. Pero, la situación social cada vez más deteriorada llevó al Estado a asumir ciertas funciones de cuidado de los más desvalidos, aunque esto atentase contra el principio de autonomía individual. Así, la Constitución francesa de 1789 previó la creación y organización de Socorros públicos para atender las necesidades de los menesterosos. La asistencia pública pasa a ser considerada un deber de la Nación. Los bienes de los hospitales se venden, por ser fuente de desigualdades en el trato y se potencian los cuidados a domicilio. Sin embargo, la nacionalización de la asistencia se interrumpe con Napoleón y con la consolidación política de la burguesía, volviéndose a la municipalización y a la beneficencia. El Estado protector revolucionario no sobrevive a las

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, págs. 145 a 163.

<sup>32</sup> *Ibidem*, págs.163 a 166.

contradicciones de la Revolución. Asegurar una protección social implica una intervención del Estado y la negación de la libertad que la burguesía reivindicaba frente a la monarquía. No obstante, los ideales revolucionarios sentaron las bases de la asistencia laica<sup>33</sup>.

El caso inglés de las Leyes de Pobres también es tratado por APARICIO TOVAR. Las primeras intervenciones centralizadas de los poderes públicos a favor de los más necesitados datan del siglo XVII, momento en el que se abandona la caridad privada para pasar a la beneficencia pública. Pero, en realidad se trata de un socorro represivo cuya finalidad no es otra que el control del orden público. De esta época es la *Poor Relief Act* de 1601 adoptada bajo el reinado de Isabel I. Cada municipio debía mantener a sus pobres, expulsando a aquellos que no estuviesen censados. A finales del siglo XVII se introdujeron las *workhouses*, cuya historia fue bastante sombría, ya que supusieron una nueva forma de represión: a través de estas instituciones se distribuían subsidios y en ellas se internaban a los receptores de los mismos. El cambio cualitativo se produjo en 1834 con la *Poor Law Amendment Act*: la asistencia de los pobres pasó a ser la asistencia de los trabajadores<sup>34</sup>.

En España, la situación en materia de salud en el período de las Cortes de Cádiz se caracterizó, tal y como nos recuerda MUÑOZ MACHADO<sup>35</sup>, por la ausencia de una organización eficaz y la falta de legislación adecuada, a pesar del clima de enfermedad provocado por las epidemias procedentes de América que rodeó la labor legislativa. Las Cortes gaditanas se limitaron a recoger en disposiciones generales el mismo sistema del Antiguo Régimen, acentuando el sentido centralizador de la organización sanitaria, aunque en la Constitución de 1812 se contemplase la Sanidad pública como función administrativa de los

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, págs. 166 a 171.

<sup>34</sup> *Ibidem*, págs. 181 y sigs.

<sup>35</sup> Sobre la formación y evolución de los servicios sanitarios véase por todos S. MUÑOZ MACHADO, *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza editorial, Madrid, 1995. El autor hace un estudio pormenorizado de la evolución de los servicios sanitarios desde la Constitución de 1812 hasta nuestros días.



entes locales. En este sentido el artículo 321 preveía entre las competencias de los Ayuntamientos «la policía de comodidad y salubridad».

Las normas ordinarias que se dictan a lo largo del siglo XIX serán el reflejo de políticas de carácter sectorial cuya finalidad no era modificar las estructuras del Estado, sino la de solventar problemas coyunturales para así evitar levantamientos y revoluciones<sup>36</sup>.

La intervención de los poderes públicos en lo que a la salud se refiere se centró en dos grandes bloques de materias. Por un lado, la protección de los aspectos supraindividuales de la misma que afectasen a la población en su conjunto bajo la denominación de *Salud pública*. Por otro lado, se procuró facilitar las condiciones y los medios a quienes no pudieran acceder al mercado sanitario para satisfacer sus necesidades a través de la *Beneficencia*<sup>37</sup>.

Señala MUÑOZ MACHADO que la función de la *Salud pública* incluía las siguientes materias: la higiene de la población, los saneamientos de focos de infección, la policía sanitaria mortuoria, la estadística sanitaria, el control de medicamentos y la salud exterior<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Así lo indica M. GARCÍA-PELAYO, en *Las transformaciones...*, *op. cit.*, págs. 18 a 21. En el último tercio del siglo XIX se desarrollaron en los países más industrializados políticas sociales para intentar solucionar las pésimas condiciones de vida de los estratos más desamparados. Estas políticas no pretendían modificar la estructura social, sino remediar los peores efectos de la industrialización. Eran soluciones que se tomaban *a posteriori*. Lo mismo ocurría en el sector económico: las medidas que tomaba el Estado eran de carácter subsidiario o correctivas de las deficiencias de un sistema que se autorregulaba (medidas arancelarias, subsidios estatales, promoción de la educación tecnológica) destinadas a fomentar directa o indirectamente el potencial económico del país.

<sup>37</sup> *Cfr.* J. APARICIO TOVAR, en *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 171 a 179.

<sup>38</sup> *Vid.* S. MUÑOZ MACHADO, *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, *op. cit.*, págs. 15 a 81. La Sanidad pública tenía como único cometido la realización de tareas para la defensa la salud colectiva. La competencia municipal cedía ante la Administración central en materia de sanidad exterior, quedando disminuida la labor de los Ayuntamientos en un aspecto tan importante para la época como eran los cuidados frente a las epidemias. En cuanto a la organización administrativa, a penas se introdujeron cambios y se utilizaron las Juntas de Sanidad, cuyo origen se remonta a la Guerra de la Independencia. Estas Juntas existían a nivel local y provincial y su tarea era principalmente consultiva. En cuanto a la Administración central del Estado encargada de la materia sanitaria hay que destacar que se trataba de órganos de carácter colegiado, como en etapas anteriores. El primer órgano con

Para regular estas cuestiones en España a lo largo del siglo XIX se aprobaron varias normas que establecían la actuación de los poderes públicos cuando se viera amenazada la salud colectiva y que, en muchos casos, conllevaban la limitación de las libertades individuales mediante medidas coactivas, sobre todo en los casos de prevención de epidemias.

El primer intento normativo fue el proyecto de Código Sanitario de 1822<sup>39</sup>. A pesar de que su aprobación se vio frustrada, este texto puso de manifiesto las arbitrariedades cometidas por la Administración, la ineficacia de las medidas adoptadas y la necesidad de ordenar jurídicamente la actividad administrativa sanitaria. Las causas que motivaron el fracaso del proyecto las resume MUÑOZ MACHADO en tres: en primer lugar, las dudas de carácter técnico-sanitario sobre la eficacia de las medidas propuestas; en segundo lugar, la limitación de los derechos por la acción sanitaria que rebasaba los límites admisibles por los liberales y, por último, el carácter centralizador del Código frente a las tendencias descentralizadoras del momento<sup>40</sup>.

---

competencias relativas a la Sanidad fue el Protomedicato, cuyos orígenes se remontan al siglo XV. Se encargaba de examinar y habilitar a quienes iban a ejercer la medicina y realizaba, además, una función jurisdiccional en asuntos relacionados con el ejercicio de las profesiones sanitarias. Fue suprimido y posteriormente restaurado por las Cortes de Cádiz, que le encargaron la elaboración de un reglamento sanitario, lo que supuso un claro enfrentamiento con la Junta Suprema de Sanidad, cuya creación data de 1721, y que en el período gaditano tenía atribuidas las mayores competencias en materia sanitaria. En este enfrentamiento salió victoriosa la Junta Suprema de Sanidad, cuya principal competencia fue la lucha contra las epidemias.

<sup>39</sup> Este proyecto, que fue elaborado bajo el reinado del rey Fernando VII y durante el período del Trienio constitucional (1820-1823), es estudiado por Santiago MUÑOZ MACHADO, *ibidem* págs. 24 a 29. Como nos explica el profesor MUÑOZ MACHADO se trata del primer intento de reunir toda la materia sanitaria en un solo texto articulado. En aquel proyecto, rechazado por las Cortes, se prestaba especial atención al problema de la defensa contra la entrada de enfermedades provenientes del exterior y a las técnicas de defensa contra los brotes de enfermedades transmisibles en el interior del país. En general, se limitaba a hacer una recopilación de la forma de aplicación de las técnicas sanitarias al uso en aquella época. Se daba por sentado la existencia del contagio como razón suficiente para articular mecanismos de defensa contra la enfermedad, afirmación esta no exenta de polémicas.

<sup>40</sup> *Ibidem*, págs. 24 a 29. El primer escollo se plantea ante la duda de si debía o no el legislador ordenar la sanidad del país basándose en la incertidumbre de la existencia del contagio. Los redactores del proyecto consideraron que sí. Pero, las Cortes ante la

En 1823 se aprueba la Instrucción para el gobierno económico y político de las provincias. En esta norma se intenta dar una ordenación descentralizada. El aspecto más destacable al que da cabida la Instrucción de 1823 es la regulación de lo que con el tiempo serán los servicios sanitarios locales. El artículo 12 de dicha Instrucción establece la obligación para los Ayuntamientos de que:

« [...] haya facultativo o facultativos en el arte de curar personas y animales, según las circunstancias de cada pueblo, señalando a los médicos y cirujanos la dotación correspondiente, a lo menos por la asistencia de los pobres, sin perjuicio de que si los fondos públicos lo pueden sufrir se extienda también la dotación de la asistencia sanitaria a todos los demás vecinos. Los facultativos serán admitidos y contratados por el ayuntamiento, pero si sus sueldos u honorarios se hubieran de satisfacer por iguales o repartimiento vecinal, sólo se sujetará a los pagos a los que quieran servirse de los facultativos elegidos.»

Esta es la primera vez que la Administración asume el cuidado de la salud individual y la primera manifestación de la actividad sanitaria de carácter asistencial.

El 28 de noviembre de 1855 se aprueba la Ley de Sanidad, que establece un esquema organizativo, encabezado por la Dirección General de Sanidad, que perdurará incluso después de la entrada en vigor de la Ley de Bases de Sanidad Nacional, de 25 de noviembre de 1944.

---

inseguridad de la ciencia pensaron que era más lógico no sancionar legalmente un principio que podía ser erróneo.

En cuanto a las relaciones entre el individuo y el Estado, la limitación de los derechos por la acción sanitaria rebasaba lo que los liberales podían admitir. El absoluto poder de la autoridad sanitaria no debía tener más extensión que la necesaria. De ahí que fuera preciso regular la materia para que la Administración no pudiera actuar arbitrariamente. La cuestión era determinar hasta dónde podría llegar la autoridad sanitaria en su actuación en defensa de la salud colectiva. El proyecto se rechazó en este punto, porque se temía que el excesivo poder sanitario tomase medidas que se asemejaran a las de la Sanidad absolutista.

El tercer y último motivo que hizo fracasar el proyecto fue su carácter excesivamente centralizador que contrastaba con los deseos descentralizadores de la época. El proyecto preveía la creación de una Dirección General de Sanidad, que ocuparía la cumbre de la administración sanitaria y que multiplicaría sus funciones en detrimento de las funciones de las provincias y los municipios

En cuanto a la *Beneficencia*<sup>41</sup>, el Estado elaboró una serie de normas (la Ley Orgánica de Beneficencia de 1822, la Ley General de Beneficencia de 1849 y el Real Decreto de 14 de marzo de 1899, que regulaba el ejercicio del protectorado del gobierno sobre la Beneficencia particular) destinadas a organizar las instituciones que prestaban asistencia sanitaria a los desvalidos. La asistencia benéfica sólo se facilitaba a aquellos que se encontrasen en estado de necesidad y no tuviesen medios para remediar su situación de precariedad. Para determinar el estado de necesidad no existían parámetros objetivos, dejando a la Administración un amplio margen de discrecionalidad en sus actuaciones. Por otro lado, como indica APARICIO TOVAR, el ser merecedor de socorro, no implicaba que se tuviera un derecho<sup>42</sup>.

En el siglo XIX coexisten beneficencia pública y privada, esta última desempeñada bajo el control del Estado. La beneficencia era concebida como un correctivo ante la incapacidad individual de satisfacer las necesidades sanitarias y se utilizó en algunos casos con carácter represivo. Baste pensar, como nos recuerda APARICIO TOVAR, que cuando se crea la Dirección General de Sanidad en 1855, lo es también de Beneficencia y Corrección.

La Revolución Industrial generó un nuevo tipo de menesteroso: los trabajadores. Sobradamente conocidas son las condiciones de vida que soportaba la mano de obra fabril. Las medidas asistenciales para paliar la enfermedad eran prácticamente inexistentes. Desde el Estado se fomentaron sistemas de previsión voluntaria, bien de carácter individual, a través de las igualas, o bien de carácter asociativo, mediante Mutualidades y Sociedades de Socorro Mutuo. Pero, estos instrumentos privados fueron insuficientes para hacer frente a los riesgos derivados de la morbilidad.

---

<sup>41</sup> Sobre la evolución de Beneficencia en España consúltese el trabajo de J. APARICIO TOVAR, *La Seguridad Social y la protección de la salud*, *op. cit.*, págs. 181 a 189, y la bibliografía allí citada.

<sup>42</sup> *Ibidem* pág. 185.

Ante esta falta de eficacia, surgen en toda Europa los Seguros Sociales obligatorios que supondrán un cambio sustancial en la consideración del destinatario de las prestaciones. Con las Leyes de Pobres y la Beneficencia el asistido debía soportar el estigma de la discriminación social, ya que para poder recibir ayuda estaba obligado a demostrar su condición de pobre o de necesitado. Sin embargo, el seguro obligatorio de enfermedad, partiendo de la relación contractual entre empresario y trabajador, permite organizar unas relaciones externas a la empresa para proteger la salud mediante la intervención del Estado. Al tener que contribuir a los gastos con el pago de una cuota, el asegurado considera la asistencia prestada como un derecho ganado<sup>43</sup>.

Alemania fue la pionera en materia de seguros sociales obligatorios. Ya desde la Revolución de 1848 se planteó la necesidad de introducir ciertas reformas para paliar las deficiencias de la sociedad liberal. Aunque habrá que esperar hasta los años ochenta para ver el fruto legislativo de estas ideas reformadoras. BISMARCK, a pesar de no compartir las ideas socialistas de sus más cercanos colaboradores, se percató de la conveniencia de una monarquía social para evitar las tentaciones revolucionarias de los trabajadores. Convencido de que la cuestión social puede ser sólo afrontada por el Estado, propicia la elaboración de un conjunto de leyes que configuran un sistema de seguros de enfermedad (1883), de accidentes laborales (1884) y de jubilación (1889)<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> *Vid.* en este sentido J. APARICIO TOVAR, *ibidem*, pág. 193 y sigs.

<sup>44</sup> La Ley de 15 de junio de 1883 establece un seguro de enfermedad obligatorio para aquellos trabajadores y empleados que ganasen menos de una determinada cantidad. El trabajador pagaba dos tercios de la cuota y el empresario el tercio restante. El seguro cubría los cuidados médicos y farmacéuticos, así como una prestación dineraria igual a la mitad del salario durante veintisiete semanas. La entidad aseguradora no estaba administrada por el Estado, sino por asociaciones cooperativas de trabajadores y empresarios. Funcionaban bajo el control de las autoridades locales. La Ley de 6 de julio de 1884 estableció el seguro de enfermedad, que estaba financiado por los empresarios y que podía cubrir hasta los dos tercios del salario. Este sistema de seguros no respondía exactamente a la idea de Bismarck puesto que se trata de un modelo descentralizado en el que el Estado tiene un papel

En Gran Bretaña los ideales del liberalismo resistían todavía conviviendo con un poderoso movimiento sindical. Los trabajadores ingleses recurrían a las *Trade Unions* que funcionaban como sociedades de socorro mutuo sin necesidad de la intervención estatal. Las cuotas pagadas servían para procurar prestaciones sociales a una amplia capa de población. En 1911 se aprueba la *National Insurance Act*. El partido liberal a través de esta norma introduce el seguro social de enfermedad e invalidez intentando paliar las consecuencias más negativas de la pobreza y mejorar un mínimo el nivel de vida.

En España, la primera Ley de accidentes de trabajo data de 1900, norma que establece la responsabilidad del empresario y la obligación de indemnizar económicamente a quienes los sufrieran. Esta idea se mantiene en la nueva Ley de 1922, con la novedad que los empresarios podrían asegurar los accidentes de trabajo bien a través de Mutualidades patronales o de Sociedades de Seguros. Cuando el aseguramiento social obligatorio se extiende a otros riesgos surgen los Seguros Sociales propiamente dichos<sup>45</sup>.

## **2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL**

Los acontecimientos bélicos que se sucedieron en la primera mitad del siglo XX aceleraron la consolidación de la idea del Estado social. En efecto, las graves consecuencias políticas, económicas y sociales provocadas por las dos Guerras Mundiales hicieron más patente que nunca la necesidad de que el Estado interviniese como única vía para superar la situación de crisis

---

secundario, de control en última instancia y no como un árbitro en el conflicto de intereses. En 1889, el Canciller retoma su proyecto con ocasión de la discusión del seguro de invalidez y de jubilación. Este seguro se financiaba con las aportaciones de trabajadores y empresarios y con participación del propio Estado. Para poder acceder a la pensión era necesario alcanzar los setenta años. Este seguro estaba gestionado por cajas regionales mixtas, formadas por los trabajadores, empresarios y delegados del gobierno

<sup>45</sup> Vid. M. R. ALARCÓN CARACUEL, *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, 1999, págs. 32 y sigs.

generalizada. Sin embargo, como explica GARCÍA-PELAYO, la existencia misma del Estado estaba en cuestión. Si el Estado democrático liberal de Derecho quería mantener su vigencia, tenía que adaptar sus valores a las nuevas exigencias y añadir a sus objetivos los de la regulación permanente de los aspectos sociales, económicos y culturales. De ahí el interés existencial del Estado de proceder a la estructuración de la sociedad.<sup>46</sup>

Tal y como nos recuerda GARCÍA COTARELO<sup>47</sup> en el marco del Estado de Derecho liberal burgués, el Estado estaba legitimado para garantizar la seguridad, la justicia y las obras públicas. Cualquier otra función que se le atribuyera lo deslegitimaba, porque se entendía como un abuso de poder, como una injerencia en la sociedad civil. No obstante, la situación de permanente conflicto bélico contribuyó a la deslegitimación del propio Estado, ya que se ponía en constante peligro la seguridad de la sociedad civil. A partir de los años veinte del siglo pasado, al Estado no interventor se le achacan todas las culpas de la crisis económica. Por todos estos motivos, legítimo ya no se considera el Estado que se mantiene sólo como árbitro. Al contrario, legítimo es el Estado que canaliza los conflictos sociales. Lo que ocurre es que esta clase de intervención se hizo, en un primer momento, al margen del formalismo propio del Estado de Derecho. Los cambios llegarán al final de la II Guerra Mundial, cuando el Estado tendrá que reflejar en su estructura jurídico-política las transformaciones que ha experimentado la sociedad. El Estado se verá obligado a articular un orden social y económico diferente. Su nueva forma de legitimación se basa en mantener un régimen de libertades formales al mismo tiempo que avanza hacia la progresiva igualdad de los individuos. El Estado social de Derecho será la síntesis de dos principios hasta ahora excluyentes: la libertad y la igualdad. En este sentido, la constitucionalización del Estado social va a suponer un cambio en la manera

---

<sup>46</sup> Cfr. M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, *op. cit.*, págs. 21 a 25.

<sup>47</sup> En *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, *op. cit.*, págs. 11 y sigs

de entender las relaciones entre la sociedad y el Estado y una transformación en sus funciones<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Sobre las causas que han provocado el cambio en las funciones del Estado hay diversas teorías que el profesor DE CABO MARTÍN, en *La crisis del Estado social*, PPU, 1996, págs. 20 a 30, analiza y reúne en dos grandes grupos: los teóricos no marxistas, que sitúan el origen del Estado social en la intervención del Estado en la sociedad, siendo la intervención económica un instrumento para lograr los objetivos sociales, y los teóricos marxistas, para quienes el origen del Estado social hay que buscarlo en la exigencias del desarrollo capitalista.

Los teóricos no marxistas, con una aptitud optimista sobre el futuro del capitalismo, consideran que éste ha superado su fase cíclica y que ahora se encuentra en un momento de estabilidad. Ya no se trata de resolver problemas de escasez, sino de cómo utilizar los recursos de la abundancia. Dado el perfecto funcionamiento de lo económico, lo que define al Estado es su intervención en lo social. Así, el Estado social sería el que tiende a producir el bienestar general, la cobertura del riesgo y la satisfacción de necesidades generales, fundamentalmente a través de recursos sociales<sup>48</sup>.

Dentro de los teóricos no marxistas, DE CABO MARTÍN distingue, por un lado, aquellos que consideran que el Estado social resulta del desarrollo económico y de la modernización que incluyen los procesos de industrialización y de urbanización<sup>48</sup>. Estos procesos provocan desequilibrios y generan nuevas necesidades que justifican la intervención de los poderes públicos para procurar el bienestar general. El objetivo de esta intervención es compensar los riesgos y las disfunciones del proceso modernizador. Por otro lado, están aquellos que conciben el Estado social como producto del desarrollo político y de la mayor participación de los sectores menos favorecidos. La aparición de los primeros sistemas de seguridad social fue independiente al grado de desarrollo económico. Países industrializados como Gran Bretaña, Bélgica o Suiza tenían un nivel menor de prestaciones que otros Estados menos industrializados como Italia o Dinamarca. Igualmente, se dice que el grado de expansión de programas sociales es independiente del número de trabajadores y de organizaciones sindicales. Sin embargo, sí existe una estrecha relación entre la aparición y extensión de programas de seguridad social y el desarrollo político de los países europeos. En los países donde el derecho al voto estaba más extendido, las prestaciones sociales eran más amplias. Pero, no hay que olvidar, recuerda el autor, que originariamente los programas de seguridad social eran concesiones hechas desde arriba por las élites en respuesta a la movilización política de los trabajadores y no conquistas directas de los obreros. También hay que destacar cómo este proceso se inicia en países donde existen estructuras políticas autoritarias. Las monarquías constitucionales aventajan a las democracias parlamentarias en la concesión de prestaciones sociales hasta la primera Guerra Mundial. En el período de entreguerras la importancia causal del desarrollo político se demuestra por la expansión de prestaciones del Estado cuando se incrementa la fuerza política de los partidos obreros. En el período posbélico tiene lugar la expansión definitiva del Estado social coincidiendo con la disminución de la conflictividad social.

Por lo que se refiere a la teorización marxista sobre el Estado social, ésta es, como indica DE CABO MARTÍN, abundante dando lugar a perspectivas muy diversas que, no obstante, condicen la idea de que el origen del Estado social está vinculado a una fase histórica determinada del desarrollo de las fuerzas productivas y de las relaciones de producción. Pero, aunque compartan este punto de partida, existen dos tendencias que intentan explicar el nuevo carácter del Estado y las funciones que asume: unos buscan los motivos de la intervención del Estado en las exigencias del capitalismo y otros los buscan tanto en las exigencias del capitalismo, como en la lucha de clases. Para los primeros el Estado social surge para controlar el proceso de acumulación del capitalismo. El Estado



Frente a las intervenciones legislativas de carácter coyuntural llevadas a cabo por los distintos gobiernos europeos durante el siglo XIX y primeras décadas del siglo XX, la incorporación de la cláusula social a las Constituciones va a suponer que el Estado asuma la obligación permanente de promover el desarrollo social, económico y cultural de los ciudadanos.

Así, en las primeras décadas del siglo XX en Europa se redactan algunas Constituciones<sup>49</sup> que contienen los principios del Estado social. Sin embargo, su desarrollo se verá truncado por el advenimiento de gobiernos totalitarios. Este fue el caso de la pionera Constitución de la República de

---

puede intervenir desde fuera de este proceso, bien por exigencias económicas, como instrumento en manos de las élites o de grupos monopolistas, o bien por necesidades objetivas del capitalismo, siendo el Estado un presupuesto para la existencia social del capital, procurando las precondiciones y los requisitos que el capitalismo necesita y no puede generar por sí mismo.

La actuación del Estado es considerada por otros interna al proceso de acumulación del capital. El desarrollo capitalista depende de la intervención del Estado y conlleva su transformación. Esta postura, explica DE CABO, es ajena a la tradición marxista. La polémica gira en torno a qué debe entenderse por trabajo productivo e improductivo. Para Marx, las actuaciones del Estado no eran productivas. El Estado es algo externo a la economía. Fue la escuela alemana la que empezó a estudiar las relaciones entre las funciones del Estado y el sistema económico. Las nuevas tendencias marxistas suponen un cambio respecto a las ideas originarias de Marx. Se plantean diferentes formulaciones: el Estado no es externo sino que es algo articulado a las relaciones de producción; el Estado en el capitalismo monopolista está llamado a realizar unas funciones para contrarrestar la baja tendencial de la tasa de beneficio; el Estado no se limita a garantizar las condiciones de acumulación capitalista, sino que organiza, programa y controla el desarrollo económico mediante mecanismos selectivos que configuran la estructura interna del Estado del bienestar y que protegen los intereses capitalistas.

Por último, en esta apretada síntesis del estudio del profesor DE CABO, hay quienes opinan que el Estado social surge para dar solución a la contradicción inicial entre las exigencias y posibilidades de acumulación capitalista de postguerra y la lucha de clases. Pero, esta contradicción se soluciona, por un lado, mediante la reestructuración del Estado y sus funciones para preservar los intereses capitalistas y, por otro, mediante el desarrollo de importantes políticas de bienestar. En la primera fase del capitalismo, en la que el objetivo era la creación de riqueza, la contribución del Estado estaba justificada. Pero, a partir de la revolución industrial, con el proceso de socialización de la producción y la aparición de las clases trabajadoras, comienza la contradicción entre acumulación y legitimación. El Estado, además de actuar para favorecer el proceso de producción, deberá asumir otras funciones que lo legitimen ante la clase trabajadora. En esta dialéctica entre acumulación-legitimación se inserta y desarrolla el Estado social, que permite superar esta contradicción y se convierte en una relación de compatibilidad.

<sup>49</sup> Fuera de nuestro continente, en México se aprueba en 1917 la Constitución de Querétaro que es considerada la precursora del constitucionalismo social

Weimar de 1919 y de la Constitución española de 1931. Ambas normas incluían, además de los clásicos derechos de libertad, un amplio catálogo de derechos de índole social. No obstante, los preceptos de contenido social, dirigidos principalmente al legislador, resultaban de difícil aplicación, lo que imposibilitó, en un primer momento, el reconocimiento de su eficacia jurídica provocando su degradación a la categoría de simples recomendaciones socioeconómicas. ABENDROTH nos recuerda que la propia jurisprudencia de Weimar transformó muy pronto las exigencias de tipo social de la Constitución de 1919 en fórmulas vacías de contenido al ser consideradas como programáticas, carentes de significación concreta y sin carácter vinculante para el legislador del Reich<sup>50</sup>.

Frente a estos planteamientos, se escuchan algunas voces disidentes entre la doctrina constitucionalista de aquellos años. Hay que destacar la aportación al respecto de uno de los mayores juristas de la época. Se trata de Hermann HELLER, quien en 1929 une por primera vez la idea del Estado social a la de Estado de Derecho, acuñando la expresión «Estado social de Derecho»<sup>51</sup>. El autor alemán reivindica el Estado de Derecho frente a la dictadura fascista e intenta dotarlo de un contenido social para atenuar las desigualdades a las que había conducido el Estado liberal. El concepto de Estado de Derecho había pertenecido al acervo común de las ideas y no había sido puesto en discusión hasta el final de la primera Guerra Mundial. En la era del capitalismo desarrollado el proletariado toma conciencia de sí mismo y comienza a hacer suya, en forma de democracia social, la democracia burguesa. Mediante partidos y sindicatos consigue participar en el legislativo y se equipara jurídica y políticamente a la burguesía. Por medio de la legislación, el más débil económicamente intenta poner trabas al económicamente más

---

<sup>50</sup> Vid. W. ABENDROTH, “El Estado de derecho democrático y social”, en W. ABENDROTH; E. FORSTHOFF y K. DOEHRING, *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, págs. 19 y 20.

<sup>51</sup> Vid. H. HELLER, “¿Estado de Derecho o dictadura?”, en *Escritos Políticos*, Alianza Universidad, Madrid, 1985, (Trad. Salvador Gómez de Arce), págs. 283 a 301.

fuerte, exigiendo prestaciones sociales y desposeyéndolo de su propiedad. La burguesía ante esta situación se siente amenazada por un proletariado cada vez más organizado y comienza a renegar del Estado de Derecho y de sus principios. La negación y el vaciamiento de la idea de Estado de Derecho se producen porque el principio de igualdad de los asociados ante la ley se ha convertido en una concepción técnico-formalista. La igualdad ante la ley no significa la prohibición de la arbitrariedad para el legislador, sino que se refiere al momento de aplicar la norma por la Administración. Frente a este Estado formalista y ante las reivindicaciones populares, HELLER propone extender el Estado material de Derecho a todos. Es decir que las necesidades esenciales de todos estén atendidas y que se aplique la igualdad en la ley.

Finalizada la II Guerra Mundial, en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, a diferencia de lo que se hizo en la Constitución de Weimar, no se incluyen normas que desarrollen el principio consagrado en su artículo 20.1 –« La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social.»–. La razón de esta ausencia se debe al intento de evitar las dificultades que se derivaron de la falta de eficacia jurídica de los preceptos que contenían derechos sociales en la Constitución de 1919. Sobre esta cuestión volveremos más adelante, cuando estudiemos la eficacia jurídica y la naturaleza de los denominados derechos sociales, y, en particular, el derecho a la protección de la salud.

El debate doctrinal en torno al concepto y a la naturaleza del Estado social ha vivido momentos de especial intensidad sobre todo en Alemania<sup>52</sup> en un tiempo en el que, como indica FORSTHOFF «la conciencia de la crisis del Estado de Derecho es general y como una superación a dicha crisis se presenta

---

<sup>52</sup> Fuera de Alemania es conocida la postura de M. S. GIANNINI quien considera el concepto de Estado social ambiguo y propone abandonar dicho término porque es científicamente poco significativo y politológicamente infeliz. Este término, dice el constitucionalista italiano, se refiere sólo a una connotación morfológica de ciertos Estados en los que se constitucionalizaron derechos sociales, es decir, situaciones de derecho subjetivo en orden a instituciones de protección social. *Vid.* “Stato sociale: una nozione inutile”, en *Scritti in onore di C. Mortati*, vol. I.Giuffrè, 1977, págs. 139 a 165.

la acomodación del Estado de Derecho a las urgentes tareas sociales mediante una remodelación o reinterpretación del Estado de Derecho en tanto que Estado social de Derecho»<sup>53</sup>.

La incorporación de la fórmula Estado social de Derecho a la Ley Fundamental de Bonn hace preguntarse a FORSTHOFF si es posible la unión del elemento social y del liberal en la unidad de una constitución. Se trata de tomar el Estado de Derecho en su sentido más estricto y, sobre la base de su sistema conceptual, contrastar hasta dónde y en qué medida es compatible con los contenidos y exigencias del Estado social<sup>54</sup>.

Para este autor las fórmulas del Estado de Derecho y del Estado social son incompatibles a nivel constitucional, y sólo admite la eficacia de este último en el ámbito de legislación ordinaria y en el marco de actuación de Administración, que es donde el Estado social realiza sus funciones. Además, las garantías del Estado de Derecho no pueden extenderse al aseguramiento de los fines del Estado social, que es un concepto diferente y no susceptible de formulación jurídica. El Estado social no es un concepto jurídico y, por lo tanto, no puede generar ni derechos, ni obligaciones.

Para FORSTHOFF no caben soluciones de compromiso. La Constitución del Estado de Derecho se caracteriza por un alto grado de formalización<sup>55</sup>. De esta manera se disocia de los elementos ideológicos, lo que permite adaptar el Estado de Derecho a las condiciones presentes, que son diferentes a las del siglo XIX. Esta formalización se manifiesta en la división de poderes, en el concepto de ley como norma general y abstracta, en el principio de legalidad de la Administración, en la garantía de los derechos fundamentales y en la

---

<sup>53</sup> *Vid.* E. FORSTHOFF, “Concepto y esencia del Estado social de Derecho”, en W. ABENDROTH; E. FORSTHOFF y K. DOEHRING, *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pág. 74.

<sup>54</sup> *Ibidem*, pág. 80.

<sup>55</sup> *Ibidem*, pág. 83 y 84

independencia de los tribunales. Si se dan estos elementos, se da la eficacia del Estado de Derecho.

Continua explicando FORSTHOFF cómo las garantías de las constituciones democráticas son compatibles con las exigencias del Estado de Derecho. Y es así porque la mayor parte de esas garantías consisten en límites que acotan los ámbitos del poder. Las garantías de los derechos fundamentales pueden establecerse de modo general y abstracto. Pero, no así las garantías que vinculan al individuo y al Estado. Las garantías jurídico-sociales confieren derechos de participación. Libertad y participación son nociones cardinales que definen la situación del individuo con relación al Estado. La libertad se garantiza mediante una limitación. El Estado se autoimpone límites y deja al individuo en su situación social. La participación es un derecho y una pretensión que conlleva un Estado que ayuda, reparte, adjudica y no abandona al individuo en su situación social. Estado de Derecho y Estado social son en este sentido diversos, por no decir antagónico<sup>56</sup>.

Según FORSTHOFF las normas sociales tienen el problema de su aplicación inmediata, puesto que son normas carácter genérico que precisan de la intervención del legislador, ya que una constitución no puede concretar todos los aspectos de la regulación social. Para FORSTHOFF las normas constitucionales deben poder aplicarse inmediatamente, de lo contrario se trataría de disposiciones meramente programáticas<sup>57</sup>.

Existe una contradicción entre la estructura del Estado de Derecho y las obligaciones de índole social. Por tanto, no se pueden introducir en el Derecho constitucional material la fórmula del Estado social. Estado social y Estado de Derecho se encuentran en una situación de tensión. Un abuso del Estado de Derecho acabaría con la función social y pondría en peligro el propio Estado. Un abuso del Estado social llevaría a un Estado de

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, págs. 85 y 86.

<sup>57</sup> *Ibidem*, págs. 87 y 88.

Administración terminando con el Estado de Derecho<sup>58</sup>. Sin embargo, a pesar de estas apreciaciones, el autor no niega cierta validez a la fórmula del Estado social de Derecho. Según FORSTHOFF tiene un carácter teleológico a favor del Estado social. La opción constitucional por el Estado social debe interpretarse como una vinculación en cualquier aplicación del Derecho por los tribunales y la Administración.

Frente a la postura de FORSTHOFF la mayoría de la doctrina defiende el carácter jurídico-constitucional del Estado social y su compatibilidad con el Estado de Derecho. Así, ABENDROTH considera la fórmula, cuyos componentes son compatibles y complementarios entre sí, como una norma fundamental de Derecho que constituye la base de todo el ordenamiento jurídico y del orden político. Es una precondition lógica para la interpretación de todas las demás normas<sup>59</sup>. Aunque en la Ley Fundamental de Bonn no se establezca en qué consiste exactamente la función social del Estado, sí que se puede establecer materialmente un contenido mínimo de ese principio que vincula toda la actividad estatal. Según ABENDROTH, y citamos textualmente, «la conexión de la idea de Estado social de Derecho con la idea de democracia pone de manifiesto que este Estado tiende a conseguir en cada caso una situación de compromiso entre los grupos sociales que garantice un mínimo de criterios comunes de valor admisible para todos». Concluye diciendo que la intervención del Estado, decidida democráticamente y con el fin de transformar el orden económico y social, será necesaria en el momento en que se vea amenazada la existencia digna de un grupo<sup>60</sup>.

Hoy en día el carácter programático que se le atribuía al Estado social y su falta de eficacia jurídica son planteamientos ampliamente superados. Como

---

<sup>58</sup> *Ibidem*, pág. 106.

<sup>59</sup> Véase W. ABENDROTH, “Sobre el concepto de Estado de Derecho democrático y social tal como se formula en la Constitución de la República Federal de Alemania”, en *Sociedad antagónica y democracia política. Ensayos sobre sociología política*, (Trad. Por M. Sacristán), Ediciones Grijalbo, Barcelona-México, 1973, pág. 266.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pág. 280.

indica BENDA en la actualidad existe un consenso generalizado en torno a su consideración como un *principio rector vinculante* o como una *prescripción de los fines del Estado*<sup>61</sup>. El Estado social ha adquirido una enorme importancia que se ha visto reforzada, en primer lugar, por su unión al Estado de Derecho y, en segundo lugar, por su protección gracias a la inclusión en el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn de la «cláusula de intangibilidad»<sup>62</sup>. Ahora bien, como apunta BENDA el problema de la fórmula del Estado social de Derecho estriba en su carácter *abierto*, con el consiguiente peligro de que el Derecho constitucional descienda al nivel del debate político cotidiano, lo que puede llevar a degradar el concepto constitucionalizado a la «condición de fórmula vaporosa»<sup>63</sup>.

En España el debate en torno a la eficacia jurídica y a la naturaleza del Estado social y democrático de Derecho llega en 1978 cuando el constituyente decide reconocer esta fórmula en el artículo 1.1 y desarrollarla ampliamente a lo largo del todo el texto<sup>64</sup>. GARCÍA-PELAYO ha considerado que el artículo 1.1 CE pertenece a las denominadas normas fundamentales o constitutivas del Estado que definen sus principios estructurales y sus funciones. En palabras del propio autor estamos ante una norma de «carácter acuñador, generador, germinal o troncal de otras normas de la Constitución». Con relación a la fórmula contenida en este precepto la define, no como una simple yuxtaposición de sus tres componentes –el objetivo social, la concepción ascendente o democrática del poder y el sometimiento de ambos términos al Derecho–, sino como una totalidad conceptual. Si se dejara que cada uno de

---

<sup>61</sup> Vid. E. BENDA, “El Estado social de Derecho”, en *Manual de Derecho Constitucional*, BENDA *et al.*, IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 521 y sigs.

<sup>62</sup> Se dice en este precepto lo siguiente: «No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20».

<sup>63</sup> *Ibidem*, pág. 522.

<sup>64</sup> Sobre la proyección de la misma en el articulado de la Constitución véase al respecto el trabajo de E. GARRORENA MORALES *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, *op. cit.*, págs. 48 a 87.

los términos siguiese su propio desarrollo dialéctico, podría conducir, según GARCÍA-PELAYO, al antagonismo con el resto de elementos. Cada uno de ellos, no sólo está limitado por los otros dos, sino que, además, debe ser interpretado a partir de los mismos en su contenido concreto. En consecuencia, el Estado de Derecho permite la protección de los derechos constitucionalizados y, así mismo, adquiere un contenido social y democrático. Por su parte, el Estado democrático, en conexión con el principio social y el Estado de Derecho, pone fin a la oposición entre democracia formal y democracia social. Igualmente, se termina con el antagonismo entre liberalismo y democracia. Las decisiones de la mayoría no están sobre el Derecho, sino bajo el Derecho y no son, *eo ipse*, ni justas ni constitucionales, existiendo la posibilidad de controlar su validez ante la jurisdicción constitucional. Por último, señala GARCÍA-PELAYO, el principio social ha de ser entendido como jurídicamente vinculante, de manera que la satisfacción de la procura existencial ha de entenderse como un derecho de los ciudadanos y una obligación para el Estado. Además, este principio sirve como parámetro interpretativo para comprender el Estado democrático de Derecho<sup>65</sup>.

Sin embargo, después de tres décadas de vigencia de nuestra Constitución, desde sectores importantes de la doctrina se insiste en el

---

<sup>65</sup> Cfr. M GARCÍA-PELAYO, en “El Estado social y democrático de Derecho en la Constitución española”, en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, *op. cit.*, págs. 92 a 104. La literatura española sobre esta cuestión es muy extensa. Sin ánimo de ser exhaustivos, además de los trabajos ya citados de A. GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, 1987, 1ª ed (1ª reimp.), de E. DÍAZ en *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1988, 8ª ed. (6ª reimp.) y de J. GARCÍA COTARELO, *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, puede consultarse la obra de L. PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración pública*, Civitas, Madrid, 1983. Así mismo, se ha convertido en una obra de referencia el trabajo del mexicano J. R. COSSIO DÍAZ *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, en concreto, pueden consultarse las págs 25 a 42 y 121 a 171 –en estas últimas se estudia la principal jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el artículo 1.1 CE–. También es interesante el libro escrito por C. CARMONA CUENCA, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, CES, Madrid, 2000. Por último, para una aproximación al tema puede leerse la aportación de J.L. CASCAJO CASTRO, “La voz «Estado social y democrático de Derecho»: materiales para un léxico constitucional español”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12, 1992, págs. 9 y sigs.



progresivo deterioro del Estado social y en la necesidad de buscar soluciones en el marco del Derecho constitucional. Por ejemplo, el profesor DE CABO MARTÍN, frente a la inminente erosión del principio de supremacía y de normatividad de la Constitución y ante el vaciamiento de contenido del Estado social, propone construir, sobre la base del principio constitucional de la solidaridad, un concepto de Estado social interventor y transformador<sup>66</sup>. DE CABO MARTÍN considera el Estado social y democrático de Derecho como una estructura dentro de la cual el Estado social es el condicionante básico del Estado democrático y del Estado de Derecho<sup>67</sup>. El principio del Estado social determina la configuración del resto de bienes protegidos por la Constitución y provoca la transformación del Derecho. El Derecho no sólo asume una función promocional, sino que amplía sus competencias casi de manera ilimitada, provocando una juridificación de la sociedad o una «lluvia de normas»<sup>68</sup>. Este fenómeno, como veremos más adelante, se ha producido en nuestro sistema jurídico con relación al derecho a la protección de la salud. Pero la transformación del Derecho no es sólo cuantitativa, sino también cualitativa en el sentido del predominio del aspecto objetivo del Derecho sobre el subjetivo. La objetivación del Derecho, concluye DE CABO MARTÍN, es un reflejo del carácter pactado de las normas y de la revalorización que ha de tener el pluralismo en el proceso legislativo.

Sin negar, en ningún momento, la crisis económica que ha hecho sacudir los cimientos del Estado social, siendo utilizada por muchos para poner en entredicho incluso su propia existencia, no podemos compartir el pesimismo doctrinal del profesor DE CABO según el cual, a pesar del

---

<sup>66</sup> *Cfr.* C. DE CABO MARTÍN, *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Barcelona, 2006.

<sup>67</sup> Este carácter condicionante se comprueba empíricamente porque como consecuencia de la crisis económica se produce la del Estado social y a su vez la crisis del Estado social afecta a los postulados del Estado democrático y del Estado de Derecho, reduciéndose la democracia política y social y las garantías en sectores relevantes. *Ibidem*, pág. 50.

<sup>68</sup> La expresión y entrecomillado son del propio autor. *Ibidem*, pág. 21

reconocimiento que se hace en el texto constitucional, en la realidad socio-política el Estado social se encuentra fuertemente transformado o en vías de extinción<sup>69</sup>. Al menos no es así en el ámbito del derecho a la protección de la salud. Si bien es cierto que las exigencias establecidas en el artículo 43 CE, en conexión con los artículos 1.1 CE y 9.2 CE, se han cumplido a través de la legislación ordinaria y de la actuación de la Administración sanitaria, tanto estatal como autonómica, la normatividad y la supremacía constitucional han estado siempre presentes desde que se aprobó la primera Ley General de Sanidad en el año 1986. Y ello a pesar de las dificultades añadidas en el marco de un Estado política y jurídicamente descentralizado.

No obstante, sí compartimos con DE CABO MARTÍN la necesidad de recuperar la riqueza y complejidad teórica del Estado social, que en la práctica va más allá de la mera prestación de servicios, y cuya esencia está en la intervención y en la transformación de la sociedad a través del Derecho<sup>70</sup>. Y todo ello en el marco de un Derecho constitucional combativo<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> *Ibidem*, pág. 16.

<sup>70</sup> *Ibidem*, pág. 17

<sup>71</sup> La idea de un Derecho constitucional garantista y beligerante frente a la “mitezza” o ductilidad propuesta por ZAGREBELSKY, la ha defendido C. DE CABO MARTÍN en varias ocasiones, como por ejemplo en “Estado social de Derecho y ley general: una perspectiva general”, en *Jueces para la democracia*, núm. 23 (1994), págs. 35 y sigs.

## CAPÍTULO II.- EL DERECHO A LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA DE 1948

*Introducción.1. El planteamiento inicial de la doctrina italiana con relación al «diritto fondamentale alla salute». El letargo del artículo 32 CI.2. La reinterpretación del artículo 32 CI. 2.1. El denominado «danno biologico» y el derecho a la salud del artículo 32 CI. La constitucionalización del Derecho privado. 2.2. Nuevas teorías en torno a los derechos sociales y su repercusión en la interpretación del derecho a la salud del artículo 32 CI.3. Naturaleza y estructura actual del derecho a la salud en el ordenamiento jurídico italiano.3.1. El derecho a la salud como una figura jurídica compleja. 3.2. La contribución de la jurisprudencia ordinaria y constitucional en la elaboración del estatuto jurídico del derecho a la salud del artículo 32 CI. a).- El derecho a la salud como norma programática; b).- El derecho a la salud en el ámbito de las relaciones laborales; c).- El derecho a la salud y la protección del medioambiente; d).- El derecho a la salud y la interrupción del embarazo; e).- El derecho a la salud y las penas privativas de libertad en el caso de enfermos graves; f).- Los límites al derecho a la salud. Los tratamientos sanitarios obligatorios; g).- El derecho a las prestaciones sanitarias. 4. ¿Es posible elaborar un concepto unitario del «diritto fondamentale alla salute»?*



## INTRODUCCIÓN

La salud, entendida como un estado de completo bienestar físico, mental y social, es una de las aspiraciones más profundas del ser humano. Esta aspiración individual ha cobrado relevancia para el mundo jurídico y se ha convertido en un valor digno de protección incorporado como derecho en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. Sin embargo, en el entorno europeo más cercano no es fácil encontrar en las Constituciones aprobadas tras la Segunda Guerra Mundial referencias expresas a la protección de la salud como un derecho del individuo<sup>72</sup>. Ni la Ley Fundamental de Bonn

---

<sup>72</sup> Tampoco las Constituciones europeas más recientes, salvo alguna excepción, prestan excesiva atención al derecho a la protección de la salud. Y si se hace alguna alusión, normalmente este derecho se integra en el marco más amplio de la Seguridad Social. Por ejemplo, en el caso de la Constitución griega de 1975, la salud se tiene en cuenta tan sólo en su vertiente pública o colectiva, íntimamente relacionada con la idea de orden público. En la misma línea se encuentra la Constitución del Reino de los Países Bajos de 1983. En la más reciente de las Constituciones de la Unión Europea, la Constitución finlandesa, que entró en vigor el 1 de marzo de 2000, en su artículo 19 reconoce los siguientes derechos:

«Todas las personas que no puedan procurarse la seguridad inherente a una vida digna tienen derecho al sustento y a la atención imprescindibles. Se garantizará por Ley a todas las personas el derecho a la seguridad del sustento básico durante períodos de desempleo, de enfermedad, de incapacidad laboral y durante la vejez, así como por causa de nacimiento de hijos o de pérdida de sostén de familia. El poder público deberá asegurar a todos, de la manera que se regule más precisamente por Ley, servicios sociales y sanitarios suficientes, y promoverá la salud de la población. El poder público asimismo habrá de apoyar la capacidad de las familias y de otras personas a cargo de la atención infantil, para que garanticen el bienestar y el desarrollo individual de los niños [...]».

Una excepción a esta parquedad en el reconocimiento del derecho a la protección de la salud es la Constitución portuguesa de 1975 que, en su artículo 64, establece lo siguiente:

« 1. Todos tendrán derecho a la protección de la salud y el deber de defenderla y promoverla. 2. Se hará efectivo el derecho a la protección de la salud por la creación de un servicio nacional de sanidad universal, general y gratuito, por la creación de condiciones económicas, sociales y culturales que garanticen la protección de la infancia, de la juventud y de la ancianidad y por la mejora sistemática de las condiciones de vida y de trabajo, así como por la promoción de la cultura física y deportiva, escolar y popular y también por el desarrollo de la educación sanitaria del pueblo. 3. Incumbe prioritariamente al Estado, con el fin de asegurar el derecho a la protección de la salud: a) garantizar el acceso de todos los ciudadanos, cualquiera que sea su condición económica, a los ciudadanos de la medicina preventiva,

ni la Constitución de la V República francesa contienen un precepto similar al artículo 43 de la Constitución española de 1978.

Así pues, la Constitución italiana de 1948 constituye, sin lugar a dudas, una excepción al respecto. En efecto, la norma transalpina dedica su artículo 32, ubicado en el Título II (*Rapporti etico-sociali*) de la Parte I (*Diritti e doveri dei cittadini*) al derecho a la salud en los siguientes términos:

---

curativa y de rehabilitación; b) garantizar una racional y eficaz cobertura del país desde el punto de vista médico y hospitalario; c) orientar su actuación hacia la socialización de la medicina y de los sectores médico-farmacéuticos; d) disciplinar y controlar las formas empresariales y privadas de la medicina, articulándolas con el servicio nacional de la salud e) disciplinar y controlar la producción, la comercialización y el uso de los productos químicos, biológicos y farmacéuticos y otros medios de tratamiento y diagnóstico.».

Así mismo, en la Constitución portuguesa el derecho a la protección de la salud y el servicio nacional de sanidad universal se distinguen netamente de la Seguridad social que aparece contemplada en el artículo 63.

En el continente americano llama la atención el caso de la Constitución venezolana de 1999. En esta Constitución se dedican tres preceptos al tema de la salud. En primer lugar, el artículo 83 en el que la salud se define como un derecho social fundamental y una obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. Así mismo, el Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Sigue proclamando el constituyente que todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República. Para garantizar este derecho, el Estado (*ex* artículo 84) creará, dirigirá y gestionará un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, que formará parte del sistema de seguridad social. El sistema público de salud se regirá por los principios de gratuidad, universalidad, integridad, equidad, integración social y solidaridad. De este modo, en la Constitución venezolana se enuncian los rasgos esenciales de esta institución. El sistema público de salud dará prioridad a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades, garantizando tratamiento oportuno y rehabilitación de calidad. Los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados. La comunidad organizada tiene el derecho y el deber de participar en la toma de decisiones sobre la planificación, ejecución y control de la política específica en las instituciones públicas de salud. Por último, en el artículo 85 se establecen los principios en torno a la financiación. El Estado está obligado a financiar la salud pública mediante los recursos fiscales, las cotizaciones obligatorias de la seguridad social y cualquier otra fuente de financiamiento que determine la ley. El Estado garantizará un presupuesto para la salud que permita cumplir con los objetivos de la política sanitaria y regulará las instituciones públicas y privadas de salud. También en la Constitución se hace una referencia a la formación del personal médico, en coordinación con las universidades y los centros de investigación.

«La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

»Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.»<sup>73</sup>

El citado precepto, que sirvió de inspiración al constituyente español para redactar nuestro actual artículo 43 CE<sup>74</sup>, ha dado lugar a una abundante doctrina y jurisprudencia que desde fechas muy tempranas se preocupó por su interpretación. Estos trabajos doctrinales y jurisprudenciales destacan no sólo por su número, sino también por la calidad y la innovación de sus aportaciones con relación a la salud y su tutela constitucional. La lectura detallada de las disquisiciones sobre tan proteico derecho, que ha ocupado a los constitucionalistas italianos durante más de cincuenta años, nos ha permitido verificar que existe una evolución tendente a otorgar una mayor relevancia al derecho consagrado en el artículo 32 CI.

Como acertadamente indica BALDASSARRE si se observa el desarrollo legislativo que han experimentado en Europa los derechos sociales, y en concreto el derecho a la protección de la salud, se llega a la conclusión de que

---

<sup>73</sup> Además del artículo 32, en materia sanitaria hay que destacar los artículos 14 y 38 en los que también se alude a la materia sanitaria. El artículo 14 prevé que

«Il domicilio e inviolabile. Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale. Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali»

Por su parte, en el artículo 38 se proclama lo siguiente:

«Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale. I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria. Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale. Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato. L'assistenza privata è libera.»

<sup>74</sup> Véase al respecto E. BORRAJO DACRUZ, “Artículo 43. Protección de la salud”, en O. ALZAGA (Dir.) *Comentarios a las Leyes Políticas*, VILLAAMIL Tomo IV, Edersa, Madrid, 1983, págs. 149 a 196.

no existen discrepancias sustanciales y sí una creciente influencia recíproca. Por el contrario, a nivel constitucional sí que encontramos variedad de soluciones con relación a los denominados derechos sociales. La Constitución italiana, a diferencia de sus coetáneas, concede una «[...]giustificazione complessiva dei "diritti sociali", che non si limita al già ricordato e fondamentale rapporto tanto con la garanzia dei diritti della persona e della autorealizzazione dell'individuo quanto con il fine della rimozione degli ostacoli alla libertà e all'eguaglianza per lo sviluppo della democrazia nel campo politico ed economico-sociale, ma li qualifica ulteriormente attraverso la definizione degli ambiti di vita sociale o comunitaria necessari per il libero sviluppo della persona umana come formazioni originarie e, come tali, strutturalmente indipendenti ed essenzialmente intangibili da parte dello Stato.» Asignar a la salud la doble consideración, «inusual» añade el autor, de derecho fundamental del individuo e interés de la comunidad sólo es posible si se considera que las normas constitucionales están dirigidas a reconocer el valor originario y constitutivo de los distintos ámbitos de la vida social en los que la persona se desarrolla libremente. Los derechos sociales son en la Constitución italiana la *trama di valore*, inviolables en su contenido esencial y que junto a las libertades civiles y los derechos fundamentales del individuo constituyen la constitución pluralista de la sociedad<sup>75</sup>.

### **1. EL PLANTEAMIENTO INICIAL DE LA DOCTRINA ITALIANA CON RELACIÓN AL «DIRITTO FONDAMENTALE ALLA SALUTE». EL LETARGO DEL ARTÍCULO 32 CI**

Ahora bien, las anteriores afirmaciones, hechas a final de la pasada década de los ochenta, chocan frontalmente con la opinión de un importante sector de la doctrina que durante los primeros años de vigencia de la Constitución italiana distinguió entre las normas *inmediatamente preceptivas*, que

---

<sup>75</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, voz "Diritti sociali", *op.cit.*, pág. 13.



contenían los derechos de libertad clásicos, y las *normas meramente programáticas*, donde se ubicaban los derechos sociales, que se consideraban como simples declaraciones ineficaces desde el punto de vista jurídico. Son ilustrativas al respecto las palabras de Piero CALAMANDREI: «Così, mentre le disposizioni che consacrano diritti di libertà hanno un contenuto certamente giuridico ed attuale, queste relative ai così detti "diritti sociali" hanno importanza soltanto politica e virtuale: in esse tutti i partiti hanno cercato prima delle elezioni motivi per la loro propaganda elettorale, e ora, nelle nuove battaglie parlamentari, vi cercano spunti polemici per accusarsi a vicenda di tradire la Costituzione.»<sup>76</sup>

Así, desde la aprobación de la Constitución italiana en 1947 hasta aproximadamente la década de los setenta, el derecho a la salud del artículo 32 CI vivió un largo y profundo letargo, olvidado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional y ordinaria. Los motivos de la tardanza en el reconocimiento del valor actual que se atribuye a este derecho son, según COCCONI, la ausencia de debate en los trabajos preparatorios de la Constitución sobre la posible identificación del derecho a la salud como uno de los derechos inviolables del artículo 2 CI y, en segundo lugar, la falta de discusión en aquel momento en torno a su rango como derecho constitucional o bien como derecho de configuración legal<sup>77</sup>.

En una primera etapa, la doctrina italiana se centró en la dimensión colectiva de la salud e interpretó el artículo 32 CI como una norma de carácter programático y el derecho a la salud como un derecho social, sin establecer conexión alguna con los *diritti inviolabili* del artículo 2 CI. La denominación de

---

<sup>76</sup> Vid. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Tomo III, Morano Editore, Napoli, 1968, págs. 245 y 246.

<sup>77</sup> Vid. M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, CEDAM, Padova, 1998, págs. 38 y sigs. La discusión de los constituyentes italianos sobre este precepto se centró en las características que debería de asumir la acción pública dirigida a la tutela de la salud: su dimensión, sus destinatarios, la oportunidad o no de incluir en la Constitución su configuración organizativa e institucional y el problema de los tratamientos sanitarios obligatorios y sus límites

*norma programática* para referirse al párrafo primero del artículo 32 CI se utilizó de manera generalizada para restar valor al *diritto alla salute*.

Sin embargo, entre la propia doctrina italiana hubo quienes defendieron su carácter normativo y vinculante. Entre ellos Vezio CRISAFULLI<sup>78</sup>. Si partimos de la consideración del carácter jurídico-normativo de la Constitución, todas sus disposiciones deben ser entendidas también como normas jurídicas de las que emanan obligaciones. Privar de esta fuerza vinculante a las normas programáticas significaría vulnerar la propia Constitución. No se puede confundir "programático" con "directivo", ni tampoco contraponerlo a "obligatorio". Sobre la base de esta tipología de normas, constitutivas de obligaciones para los poderes públicos, y en especial para el legislador, se fundamentan los denominados *interessi costituzionalmente protetti*. Se trataría de posiciones subjetivas de rango constitucional, de expectativas que imponen al legislador la obligación de satisfacer un determinado interés.

El paralelismo que establece CRISAFULLI entre intereses constitucionalmente protegidos y la categoría de los intereses legítimos es criticado por BALDASSARRE<sup>79</sup>. En primer lugar, porque degrada los derechos sociales que se convierten en un mero instrumento de una determinada función pública y, en segundo lugar, porque parece obviar la diferencia entre el poder legislativo y el administrativo: este último no dispone del mismo margen de discrecionalidad del que goza el legislativo cuando regula un derecho social.

Uno de los primeros en analizar el artículo 32 de la *Costituzione* italiana fue LESSONA<sup>80</sup>. Este autor subraya el contenido complejo del precepto en el

---

<sup>78</sup> Cfr. "Efficacia delle norme costituzionali «programmatiche»", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1951, págs 357 y sigs y el capítulo "Le norme programmatiche della Costituzione", de su libro *La Costituzione e le sue norme di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, págs. 51 a 83.

<sup>79</sup> Vid. A. BALDASSARRE en "Diritti sociali", *op. cit.*, págs 4 y 5.

<sup>80</sup> Véase al respecto su trabajo "La tutela della salute pubblica", en *Commentario sistematico della Costituzione*, dirigido por CALAMANDREI y LEVI, Firenze, 1950, Tomo I, págs. 333 y sigs. En el año 1914 Silvio LESSONA escribió su *Trattato di Diritto sanitario*. En esta obra se centra única y exclusivamente en el estudio de la salud pública. LESSONA es contrario al

que se establece una norma programática contenida en el primer párrafo («La República protege la salud como fundamental derecho del individuo e interés de la colectividad y garantiza curas gratuitas a los indigentes»), un derecho de libertad («Nadie puede ser obligado a un determinado tratamiento sanitario excepto por disposición de la ley») y, por último, un límite al legislador («La ley no violará en ningún caso los límites impuestos por el respeto a la persona»).

De la interpretación de este artículo LESSONA deduce que existe un deber del Estado de procurar los medios necesarios para proteger y recuperar la salud de aquellas personas que se encuentren en situación de necesidad<sup>81</sup>. Pero, de este precepto no se derivan sólo obligaciones para el Estado. También los ciudadanos tienen la obligación de someterse a tratamientos sanitarios, preventivos y curativos, cuando su situación de morbilidad pueda ser peligrosa para los demás. Los tratamientos sanitarios obligatorios están sometidos a dos límites. En primer lugar, han de estar previstos en una norma con rango de ley. En segundo lugar, la imposición de un tratamiento sanitario debe respetar, en todo caso, la dignidad de la persona. El autor que ahora comentamos admite el primero de los límites, la reserva de ley. Sin embargo,

---

carácter individualista de la salud, porque el individuo enfermo puede ser peligroso para la sociedad. El respeto a la libertad individual es un obstáculo a la acción sanitaria del Estado. Si existe una necesidad superior, la libertad individual cede e interviene el Estado. La enfermedad de un individuo puede no ser inmediatamente peligrosa para el interés general. Pero, de manera mediata, el comportamiento de un ciudadano que descuida su salud puede resultar peligroso para la raza (*sic*). Estos argumentos, escribe el autor en 1914, no han servido para imponer tratamientos sanitarios obligatorios de prevención o cura de enfermedades. Pero, son la base de la obligación que tiene el Estado de procurar los instrumentos necesarios para posibilitar la cura de las personas. La acción sanitaria tendría dos vertientes: por un lado, la obligación de los individuos de evitar peligros a terceros y la obligación del Estado de contribuir con los medios precisos. La obligación del Estado está limitada por los avances de la ciencia médica y por los medios jurídicos y materiales de los que dispone.

<sup>81</sup> Textualmente LESSONA afirma lo siguiente: «[...]l'azione dello Stato in materia sanitaria sorge solo quando l'individuo non può procacciarsi con le sole sue forze le condizioni necessarie alla salute perché così mentre da un lato si comprende il dovere di venire in aiuto all'individuo per l'allontanamento di pericoli naturali e sociali, dall'altro si comprende pure l'obbligo che ha lo Stato di fornire a tutti i mezzi sanitari preventivi e repressivi», *Trattato di Diritto sanitari, op. cit.*, pág. 12

se muestra muy crítico con *i limiti imposti dal rispetto della persona umana*<sup>82</sup>. Esta es una fórmula muy abstracta, difícil de definir, y que no se debería haber incluido en la Constitución. «Quando si prescrive che, in materia di trattamenti sanitari obbligatori, la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana, si determina senz'altro la prevalenza dell'individuo alla propria dignità personale, nei confronti dell'interesse pubblico» y este conflicto entre el interés colectivo y el interés individual debe resolverse, según LESSONA, con la renuncia del interés individual.<sup>83</sup>

Otro de los primeros estudiosos del artículo 32 CI fue Ferruccio PERGOLESI<sup>84</sup> que parte de la clara distinción entre derechos de libertad individuales y derechos sociales. Estos últimos se contraponen a los clásicos derechos de libertad por no establecer límites a la intervención del Estado. Los derechos sociales imponen la actuación del Estado dirigida a satisfacer necesidades sociales e individuales mediante prestaciones de muy distinta naturaleza. Entre estos derechos incorporados a la *Costituzione* se encuentra el derecho a la salud. A pesar de que la legislación preconstitucional en materia sanitaria sea abundante, la novedad estriba, según PERGOLESI, en la

---

<sup>82</sup> Cfr. LESSONA, “La tutela della salute”, *op. cit.*, págs. 336 y sigs.

<sup>83</sup> *Ibidem*, pág. 338. Entre nosotros, E. COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud. (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, Oñati, 1988, ha estudiado con detenimiento la doctrina italiana de los primeros años de vigencia de la Constitución de 1948, y considera que respecto a la inclusión en la Constitución del límite de la dignidad humana existen dos posturas: la de aquellos que defienden tal reserva porque se teme que el legislador entienda equivocadamente la defensa de los intereses colectivos y ponga en peligro la dignidad de la persona; en segundo lugar, la de quienes, como LESSONA, consideran que el temor a una malentendida protección de los intereses colectivos pueda conducir a la paralización de la obra del legislador. LESSONA es partidario de un concepto de salud-eficiencia inadmisibles, ya que no permite desarrollar al máximo las posibilidades que implica el reconocimiento constitucional del derecho a la salud. Además, añade COBREROS MENDAZONA, el concepto de eficiencia es variable y puede ser peligroso para los ciudadanos en el caso de que se exijan sacrificios a la dignidad de la persona con carácter general.

<sup>84</sup> *Vid.* F. PERGOLESI, “Tutela costituzionale della salute”, en *Il corriere amministrativo*, 1961, págs. 991 y sigs. y también en *Scritti minori di Diritto pubblico*, Tomo I, Bologna, 1988, págs. 245 y ss.

constitucionalización de la salud y de los principios fundamentales que informan dicha disciplina.

El autor utiliza un concepto de salud limitado al estado anatómico-fisiológico correspondiente a una persona normal<sup>85</sup>. Partiendo de esta premisa, aclara que en lugar de hablar de un derecho a la salud sería más correcto referirse a un derecho a la *tutela* de la salud, entendido como el derecho a una serie de prestaciones de carácter preventivo o curativo dirigidas a la conservación o a la recuperación de la salud. Sin embargo, añade, ni siquiera formulado de esta manera se puede afirmar que se trate de un derecho subjetivo. El artículo 32 CI en su párrafo primero («La República protege la salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad») contiene una norma de carácter programático, que no tiene eficacia inmediata. El amplio abanico de situaciones jurídicas que confluyen bajo la expresión derecho a la tutela de salud comprende desde el interés legítimo de los ciudadanos sin recursos económicos a la asistencia sanitaria pública y gratuita, hasta el simple interés de los ciudadanos por disponer de una buena organización de servicios sanitarios.

Respecto al párrafo 2 del artículo 32 CI, PERGOLESI considera que no existe con carácter general un deber jurídico de curarse. Sin embargo, la Constitución prevé la posibilidad de imponer mediante ley un determinado tratamiento sanitario, sin violar, en ningún caso, los límites impuestos por el respeto a la persona humana. La obligación de curarse en determinados supuestos se fundamenta, en primer lugar, en el hecho de que la salud se considera no sólo un derecho del individuo, sino también un interés de la colectividad. En segundo lugar, hay que tener presente que la *Costituzione* impone, en el artículo 2, el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad, que presuponen la eficiencia física (*sic*). Por último, PERGOLESI recurre en su argumentación al Código civil italiano, que prohíbe en su artículo

---

<sup>85</sup> *Ibidem*, págs. 993 y 994.

5 los actos de disposición del propio cuerpo cuando originen una disminución permanente de la integridad física o cuando sean contrarios a la ley, al orden público y a las buenas costumbres. Esta prohibición se refiere no sólo a la tutela de la personalidad del individuo, sino también a la protección de la colectividad.<sup>86</sup>

Uno de los cambios más profundos en la interpretación del derecho a la salud en esta primera etapa se produce de la mano de MORTATI<sup>87</sup>. Este autor no analiza la naturaleza jurídica del derecho que nos ocupa, pero, sí destaca la conexión que existe entre el artículo 32 CI y los *Principi fondamentali* que abren el texto italiano de 1948. Esta relación corrobora que la esencia de toda acción del Estado es la protección y el desarrollo de la personalidad de los individuos. Para este fin el Estado debe, por un lado, preservarla de acciones que pongan en peligro su integridad y, por otro, tiene la obligación de procurar que se den las condiciones necesarias para su pleno ejercicio.

MORTATI, además de subrayar la importancia que adquiere a nivel constitucional la acción sanitaria estatal y sus límites, insiste en el reconocimiento que la *Costituzione* hace de los intereses individuales relacionados con la salud de los ciudadanos. El mérito de la norma italiana consiste, en palabras textuales del autor, en «il riconoscimento a favore dei singoli cittadini, come tali, di una pretesa agli interventi ed alle prestazioni statali rivolte a prevenire o curare fatti suscettibili di compromettere la loro sanità»<sup>88</sup>.

Ahora bien, MORTATI advierte que la salud no es sólo objeto de una *pretesa*. La interpretación conjunta del principio de solidaridad recogido en el

---

<sup>86</sup> *Ibidem*, pág. 996.

<sup>87</sup> El principal trabajo de C. MORTATI es el artículo “La tutela della salute nella Costituzione italiana”, que se publicó, por primera vez, en la *Rivista degli infortuni e malattie professionali*, núm.1, (1961) págs. 1 y sigs. Hoy aparece recopilado en *Scritti*, Vol. III, Giuffrè Editore, Milano, 1972, págs. 435 y sigs.

<sup>88</sup> *Ibidem*, pág.1.

artículo 2 CI y del reconocimiento en el artículo 32 CI de la salud como interés colectivo—y no sólo como un derecho individual— le permite concluir que sobre ella recae también un deber individual de conservación. Existe, por lo tanto, un binomio derecho-deber entorno a la salud individual que suscita una serie de problemas referidos, principalmente, a la obligatoriedad o no de los tratamientos sanitarios y a los límites a los que se debe someter la acción sanitaria del Estado en el respeto de la dignidad humana.

Respecto a la obligatoriedad o no de los tratamientos sanitarios MORTATI distingue entre los supuestos en los que la enfermedad afecte sólo a la salud de una persona, de aquellos casos en los que la enfermedad que se pretende combatir comporte un riesgo para la salud de terceras personas.

MORTATI supera la visión productivista del individuo y considera ilícita la imposición coactiva de un tratamiento sanitario cuando no exista un riesgo para la salud de los demás. Ni el interés de la colectividad, ni el deber de todo ciudadano de realizar una actividad o una función que contribuya al desarrollo de la sociedad, previsto en el artículo 4 CI, autoriza al Estado a imponer un tratamiento sanitario cuando el ciudadano afectado no quiera someterse voluntariamente<sup>89</sup>.

Sin embargo, en aquellos supuestos en los que exista un riesgo para la salud de terceros, MORTATI sí estima legítima la imposición de tratamientos médicos. El conflicto entre el respeto a la autonomía de la persona y la tutela de la salud pública se resuelve a favor de ésta última. Ahora bien, la imposición de tratamientos sanitarios debe respetar una serie de límites. Además de la reserva de ley para la adopción de medias profilácticas obligatorias, se detiene el autor en el límite del respeto a la persona humana, tal y como viene establecido en el último inciso del artículo 32 CI<sup>90</sup>. Se trata de un límite

---

<sup>89</sup> *Ibidem*, pág. 4.

<sup>90</sup> Como recuerda MORTATI, *ibidem* pág. 7, el límite del respeto a la persona humana se incluyó en la Constitución de 1948 por influencia de la experiencia histórica de las leyes nazis de defensa de la raza. Algunos autores, entre ellos LESSONA citado por el propio

genérico que puede adoptar contenidos diferentes según evolucionen la opinión pública y el estado de la ciencia. Ahora bien, la elasticidad de este principio no es ilimitada y debe mantenerse siempre en el marco del sistema constitucional. En un intento por precisar cómo se debe aplicar este principio en los supuestos de tratamientos sanitarios obligatorios, MORTATI considera que se ha de valorar el fin que se persigue con la adopción de una determinada medida sanitaria y las condiciones que tienen que concurrir para que su aplicación sea admisible. Dentro del marco constitucional considera el autor que serán válidos aquellos tratamientos sanitarios que, incluso generando un menoscabo de la integridad física, primero, no estén inspirados por fines discriminatorios que atenten contra el principio de igualdad; segundo, que su utilización conlleve un beneficio tanto para la sociedad como para el sujeto que deba someterse a ellos y, por último, que el estado de la ciencia permita establecer con certeza el grado de peligro que la enfermedad de un individuo supone para terceros y que su restablecimiento sólo sea posible mediante ese tratamiento médico y no otro.

Otro límite al que hace referencia MORTATI es el del derecho a la intimidad, con el que se trata de evitar que la práctica de los tratamientos sanitarios pueda lesionar intereses cuyo sacrificio no sea necesario para la tutela de la salud pública<sup>91</sup>.

En definitiva, aunque no analice la naturaleza jurídica del derecho contenido en el artículo 32 CI, MORTATI deja planteadas las cuestiones fundamentales en torno, en primer lugar, a los derechos y deberes que recaen sobre la salud individual y, en segundo lugar, respecto a las obligaciones y poderes del Estado en materia de asistencia sanitaria. Todas estas cuestiones,

---

MORTATI, han criticado la oportunidad de incluir en la Constitución un límite tan genérico como éste, que llegado el caso podría impedir la adopción de determinadas medidas necesarias para la salud pública en nombre de concepciones morales defendidas por un sector de la población.

<sup>91</sup> *Ibidem*, pág. 8



como se verá en páginas sucesivas, serán objeto de ulteriores discusiones doctrinales y de pronunciamientos de la jurisdicción ordinaria y constitucional.

## **2. LA REINTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 32 CI**

Dos son los fenómenos jurídicos que van a incidir en la reinterpretación del artículo 32 CI, suscitando el interés de la doctrina y de la jurisprudencia por esta norma constitucional minusvalorada durante mucho tiempo. Nos referimos, en primer lugar, a la introducción de la categoría del *danno biologico* en el sistema de daños resarcibles y, en segundo lugar, a las nuevas teorías en torno a los derechos sociales.

Analicemos por separado cada uno de estos elementos.

### ***2.1. El denominado «danno biologico» y el derecho a la salud del artículo 32 CI. La constitucionalización del Derecho privado.***

El *danno biologico* se define como el menoscabo en la integridad psicofísica de la persona que debe ser valorado y resarcido en sí mismo, con independencia de las consecuencias de tipo económico que la lesión pueda generar en el patrimonio del afectado. Esta categoría es el resultado de la labor creativa de la jurisprudencia y de la doctrina italianas en su propósito de colmar un vacío legal en materia de daños resarcibles<sup>92</sup>. Así mismo, mediante esta figura se da cumplimiento, en el ámbito del Derecho privado, a los mandatos constitucionales de protección y respeto de los derechos de la persona.

Para comprender la repercusión que tiene la elaboración teórica del daño biológico en el resurgimiento del derecho a la protección de la salud del

---

<sup>92</sup> El número de sentencias, monografías, artículos y comentarios publicados en Italia sobre el daño biológico es abrumador. En esta investigación nos referiremos exclusivamente a aquellas aportaciones que han influido en el proceso de revalorización del artículo 32 CI.

artículo 32 CI, es necesario que hagamos un sucinto repaso al denominado Derecho de daños a la persona en el ordenamiento jurídico italiano.

Hasta mediados de los años setenta, la persona, para el Derecho civil y desde una perspectiva estrictamente patrimonialista, era objeto de tutela jurídica sólo en su condición de *erogatore di forza-lavoro*<sup>93</sup>. En coherencia con esta visión del *homo economicus*, cuando se producía un evento que afectaba a la integridad física o psíquica de un individuo, aquel sólo era relevante para el Derecho en la medida que repercutiese en la capacidad laboral del afectado. El cálculo de la indemnización por los daños causados se hacía mediante el denominado método tradicional<sup>94</sup> que tomaba como referencia la capacidad de generar rentas del afectado. Según el tenor literal del *Codice civile* (Cci), de la alteración de la integridad personal se podían derivar dos tipos de daños. Por un lado, un perjuicio de orden patrimonial, bien como daño emergente —por ejemplo, los gastos derivados de la asistencia médica—, o bien como lucro cesante —por ejemplo, la pérdida de ingresos o la pérdida de la capacidad para el trabajo—. Estos supuestos configuran los denominados daños patrimoniales, que aparecen regulados en el artículo 2043 y concordantes del *Codice civile*. Existe otro tipo de daños que pueden aparecer a raíz de una lesión, que no inciden sobre la capacidad productiva de la persona, sino sobre sus creencias, sus sentimientos, su dignidad o sobre la estima social. Estos son conocidos como daños no patrimoniales, que se contemplan en el artículo 2059 Cci y que sólo son resarcibles en los supuestos que establezca la ley<sup>95</sup>.

En este esquema dual de daños resarcibles, patrimoniales y no patrimoniales, las lesiones físicas y psíquicas, como acabamos de decir, sólo se

---

<sup>93</sup> La expresión la encontramos en M. BESSONE y E. ROPPO, “Diritto soggettivo alla «salute», applicabilità diretta dell’articolo 32 della Costituzione ed evoluzione della giurisprudenza”, en *Politica del Diritto*, 1979, pág. 770.

<sup>94</sup> Cfr. el estudio de G. GIANNINI, *Il danno alla persona come danno biologico. Confronto tra il metodo tradizionale di risarcimento e il nuovo metodo alternativo*, Giuffrè, Milano, 1986.

<sup>95</sup> El artículo 2059 del *Codice civile* establece lo siguiente: «Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.»

indemnizaban en tanto en cuanto repercutieran en la capacidad laboral de la persona afectada. Esta práctica daba lugar a supuestos en los que graves lesiones o bien se indemnizaban con sumas reducidas, debido a su escasa incidencia sobre la renta del sujeto, o bien no daban lugar a resarcimiento alguno por no disminuir la capacidad para el trabajo. Así mismo, se generaban situaciones de discriminación, ya que ante idénticos daños físicos la cuantía de la indemnización variaba según los ingresos económicos del perjudicado. Un ejemplo de esta práctica lo encontramos en el conocido como *Caso Gennarino* en el que el *Tribunale di Milano*, en 1971, para calcular el resarcimiento de los daños personales causados a un niño, hijo de un obrero, toma como base los ingresos del padre al considerar que, probablemente, este niño, cuando fuera adulto, realizaría la misma actividad profesional que su progenitor.

Esta solución hermenéutica chocaba frontalmente con los principios consagrados en la Constitución de 1948 —en concreto con los establecidos en el artículo 2 (protección de los derechos inviolables del hombre y cumplimiento de los deberes de solidaridad política, económica y social) y en el artículo 3 (igualdad de los ciudadanos sin distinciones, entre otras, de naturaleza social)— y revelaba la necesidad de desvincular el cálculo de las indemnizaciones por los daños físicos y psíquicos de la capacidad laboral de cada persona. Era imprescindible acabar con la injusticia que suponía resarcir de manera diversa daños personales idénticos. Así lo entendieron los tribunales ordinarios<sup>96</sup>.

Conforme a esta nueva línea jurisprudencial, la pérdida de la salud debe ser indemnizada en sí misma, con independencia de las consecuencias patrimoniales que se deriven del hecho dañoso. Para llegar a esta conclusión se toma como referencia el artículo 32 de la Constitución italiana en el que se consagra el derecho a la salud que corresponde a cada individuo y que tiene

---

<sup>96</sup> En concreto, esta labor corrió a cargo del *Tribunale di Pisa* y del *Tribunale di Genova* que en una serie de sentencias, entre las que destaca las dictadas el 10 de marzo de 1979 y el 25 de mayo de 1975, defienden la autonomía del daño biológico.

eficacia inmediata en las relaciones *inter privatos*. Si toda persona es titular de este derecho y si, por tanto, cada sujeto tiene derecho a su propio bienestar físico y psíquico, los daños que se causen deben ser resarcidos independientemente de otras consideraciones. Sobre la base de estos argumentos se introduce un *tertium genus* en la categoría de daños resarcibles bajo la denominación de *danno biologico*. Se trata de un daño de naturaleza extrapatrimonial<sup>97</sup>, autónomo respecto a los daños patrimoniales *ex* artículo 2043 Cci y a los daños no patrimoniales *ex* artículo 2059 Cci, que se va a resarcir de manera uniforme en todos los casos<sup>98</sup>.

A partir de este momento se rompe la dualidad de los daños resarcibles establecida en el *Codice civile* y la disciplina de los daños a la persona, interpretada desde la perspectiva constitucional, queda estructurada de la siguiente manera: en primer lugar, el daño biológico que constituye un menoscabo a la integridad física y psíquica cuya indemnización debe ser igual para todos; en segundo lugar, el daño patrimonial que es el perjuicio que se ocasiona en los ingresos económicos del afectado como consecuencia del daño a la salud y cuya indemnización variará en cada caso, dependiendo del rédito de cada sujeto; y, por último, el daño moral, que es el causado a los sentimientos, a las creencias, a la dignidad, indemnizable sólo en los supuestos previstos por la ley.

---

<sup>97</sup> Se define como “extrapatrimonial” para no confundirlo con el daño “no patrimonial” *ex* artículo 2059 Cci.

<sup>98</sup> Con un ejemplo se entenderá mejor. Si tras un accidente de tráfico una persona pierde una pierna esta recibirá una indemnización de 2000 euros en concepto de daño biológico con independencia de sus ingresos. Si a raíz del accidente esta persona pierde su trabajo, entonces también se le resarcirá por las rentas que no va a percibir. Es el denominado lucro cesante. En este supuesto la cantidad sí variará dependiendo de la actividad laboral de cada persona. Si el afectado es un deportista de élite que gana 120.000 euros al año su indemnización por daños patrimoniales será mayor que si el afectado es un profesor universitario cuyos ingresos son de 36.000 euros. En ambos casos, el resarcimiento del daño a la salud es el mismo, en virtud del principio de igualdad (artículo 2 CI) y del derecho a la salud (artículo 32 CI). Sin embargo, el resarcimiento del lucro cesante difiere según sus respectivas rentas.

Con este nuevo planteamiento se supera la anterior práctica jurisprudencial que valoraba las lesiones psicofísicas de la persona con relación a su capacidad para generar ganancias, y no tenía en cuenta el daño a la integridad psicofísica en sí misma considerada. Como se señala por la doctrina<sup>99</sup>, esta innovadora jurisprudencia marca un punto de inflexión en la interpretación del *Codice civile* al imponerse el principio constitucional de igualdad (artículo 3 CI) y la protección del derecho a la salud (artículo 32 CI) sobre la lógica patrimonialista. La salud y la integridad psicofísica dejan de ser considerados instrumentos generadores de rentas y se convierten en valores autónomos que la República ha de proteger.

Una vez que se ha admitido por la doctrina y la jurisprudencia la autonomía y el carácter resarcible del daño biológico, surgen varios problemas en torno a esta nueva categoría: su naturaleza jurídica<sup>100</sup>, los criterios que se han de aplicar para calcular la indemnización del daño biológico<sup>101</sup> y, por

---

<sup>99</sup> Véase en este sentido M. BESSONE y E. ROPPO, en “Diritto soggettivo alla «salute»...”, *op. cit.*, pág. 771.

<sup>100</sup> Tres son las principales posturas que se defienden al respecto. En primer lugar, se considera el daño biológico como una figura al margen de la clasificación tradicional que distingue entre daños patrimoniales y no patrimoniales, y, por tanto, no se le aplica ni el artículo 2043 Cci, ni el artículo 2059 Cci. Una segunda interpretación, encabezada por F. BUSNELLI (*Vid.* “Diritto alla salute e tutela risarcitoria”, en *Tutela della salute e diritto privato*, dirigido por BUSNELLI y BRECCIA, Milano, 1978, y avalada por la jurisprudencia de los años ochenta de la *Corte di Cassazione* y de la *Corte Costituzionale*, Sentencia de 30 de junio de 1986, núm. 184), considera que el daño a la salud, al constituir una lesión de un bien jurídico que además tiene relevancia constitucional *ex* artículo 32 CI, sería un daño injusto y quedaría al amparo de lo dispuesto en el artículo 2043 Cci. En tercer lugar, hay que destacar la reciente jurisprudencia de la *Corte di Cassazione* y de la *Corte Costituzionale* (en concreto la Sentencia de 11 de julio de 2003, núm. 233) que ubican el daño a la salud en el artículo 2059 Cci como un daño no patrimonial. Defienden esta postura entre otros, DE CUPIS, A.: “Il diritto alla salute tra Cassazione e Corte costituzionale”, en *Giurisprudenza civile*, I, (1980), págs. 535 y sigs y en *Istituzioni di Diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1983 y, recientemente, G.B. FERRI, en “Le temps retrouvé dell’articolo 2059 Cci”, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, págs. 1990 a 2001.

<sup>101</sup> Por lo que se refiere al sistema para calcular la indemnización de los daños a la salud, éste ha variado de un Tribunal a otro. Son cuatro los procedimientos que se han seguido en Italia para liquidar los daños a la salud (*Cfr.* P.G. MONATERI voz “Danno alla Persona”, en *Digesto italiano*, UTET, Torino, 1997). En primer lugar, el método equitativo que permite al juez determinar libremente el montante de la indemnización; en el extremo opuesto se encuentra el conocido como *metodo genovese*. Es un sistema rígido en el que la indemnización se calcula multiplicando el triple de la denominada pensión social anual por el coeficiente de capitalización relativo a la edad y el sexo del sujeto afectado por el porcentaje

último, las iniciativas legislativas dirigidas a unificar la materia<sup>102</sup>. Estas son cuestiones sobre las que no podemos entrar en este momento, porque

---

de los daños permanentes. Este sistema es excesivamente mecánico en el que no se tienen en cuenta otros factores. No obstante, sirve de punto de partida para garantizar cierta uniformidad. En tercer lugar, el *metodo pisano*, tiene en cuenta a la hora de calcular la indemnización los dos aspectos presentes en el daño biológico: el aspecto estático, (daños a la integridad psicofísica) y el aspecto dinámico (los daños causados a la vida de relación). Y finalmente está el denominado *metodo tabular*, que en los últimos años se ha extendido a la mayor parte de los tribunales ordinarios italianos. Según este sistema, la cuantificación del daño se hace a partir de una valoración médico-legal sobre la base de unas tablas, En estas tablas, a cada lesión se le asigna un porcentaje que indica su incidencia sobre la integridad de la persona. En estas tablas se distingue entre lesiones permanentes y lesiones temporales y se introduce una variable con relación a la edad del afectado: la indemnización del mismo grado de invalidez decrece a medida que aumenta la edad de la víctima. Seguidamente, a cada porcentaje se le atribuye un valor económico en concepto de indemnización. El problema, en cuanto a la heterogeneidad del sistema de liquidación, surge precisamente en este punto: no existe uniformidad a la hora de asignar un valor monetario a cada porcentaje. Es revelador al respecto el estudio llevado a cabo por *Il Sole24Ore, Guida al Diritto, Dossier n. 6/2002*, en el que se compara la liquidación que hacen diversos Tribunales italianos ante un mismo supuesto: una persona de dieciocho años con una lesión que le afecta al 30% de su integridad en Roma recibe 65.000 euros, en Lecce 79.000 euros, en Palermo 85.000 euros y en Milano 91.000 euros.

<sup>102</sup> En los últimos años ha habido varias tentativas para homogeneizar a nivel nacional los criterios de liquidación del daño biológico. En este sentido cabe destacar el *Disegno di legge* presentado en el Consejo de Ministros el 4 de junio de 2000, en cuya elaboración participaron G. ALPA y F. BUSNELLI. En este proyecto se definía el *danno biologico*; se introducían tablas para el cálculo de la liquidación, tanto del daño biológico, como del daño moral; estas tablas iban acompañadas de *valvole di adattamento* para impedir el automatismo en la aplicación de las mismas, permitiendo al juez un margen para la apreciación de las circunstancias personales del afectado en casos excepcionales y, por último, se preveía la modificación del *Codice civile*, con la incorporación al mismo de los preceptos de la futura ley, para adaptarlo a la *Costituzione*. Esta iniciativa normativa que pretendía sistematizar la disciplina del daño biológico no ha visto la luz. *Vid* al respecto los comentarios de G. ALPA en su trabajo “Il «danno biologico»: parabola o evoluzione di un progetto di politica del Diritto”, en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, págs. 375 a 382.

En la espera de la aprobación de una ley que regule de manera uniforme toda la materia, han ido apareciendo otras normas de carácter sectorial. Así, por ejemplo, el *Decreto Legislativo* núm. 38, de 23 de febrero de 2000, en materia de seguros contra accidentes de trabajo y enfermedades laborales (conocido como “Riforma INAIL”, *Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro*) en el que se regula el daño biológico y su indemnización en el ámbito laboral. El 5 de marzo de 2001 se aprueba la *Legge su disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati*. Esta Ley, en su artículo 5, regula el daño biológico y su resarcimiento en los supuestos de lesiones de poca entidad (que afecten como máximo al 9% de la capacidad funcional total) provocadas por accidentes de tráfico. El 3 de julio de 2003 se aprueba la tabla nacional en la que se establecen las indemnizaciones para los casos de lesiones de invalidez leve, entre el 1 y el 9%. Tabla que se actualiza anualmente mediante decreto ministerial. En 2005 se aprueba el *Codice della assicurazione private*, mediante el *Decreto Legislativo* núm. 209, de 7 de septiembre, que viene a derogar parte de la normativa vigente

exceden, con mucho, los límites de nuestra investigación, pero, que sí queremos dejarlas aunque sólo sea apuntadas, puesto que la *Corte Costituzionale* se ha tenido que pronunciar sobre ellas.

En efecto, las Sentencias dictadas al respecto han ido configurando constitucionalmente el daño a la salud. Uno de los primeros pronunciamientos de la *Corte Costituzionale* que marca un antes y un después en la interpretación de la relación entre los artículos del *Codice civile* en materia de daños a la persona y los artículos 2, 3 y 32 CI, fue la Sentencia núm. 88 de 26 de julio de 1979<sup>103</sup>, en la que se afirma rotundamente que el derecho a la salud del artículo 32 CI:

«[...]è non solo interesse della collettività, ma anche e soprattutto diritto fondamentale dell'individuo, sicché si configura come un

---

hasta la fecha. En esta norma se contempla el resarcimiento del daño biológico derivado de accidentes de tráfico, y se prevé la indemnización de los daños conforme al sistema de tablas, tanto de las lesiones permanentes como temporales. Como cada año, el *Ministero dello Sviluppo* ha aprobado, mediante *Decreto* de 24 de junio de 2008 (publicado en la *Gazzetta Ufficiale* de 30 de junio, núm. 151) la tabla nacional que permite calcular el importe de las indemnizaciones para el caso de lesiones de leve entidad. Así mismo, se ha creado una Comisión interministerial que está trabajando en la elaboración de una tabla única de aplicación en todo el territorio nacional para la indemnización de las lesiones a la integridad psicofísica que conlleven un grado de invalidez entre el 10% y el 100% de la capacidad funcional total del individuo. Tanto en el supuesto de lesiones leves, como en los casos de gran invalidez, el juez podrá aumentar la indemnización (hasta una quinta parte en el caso de lesiones de leve entidad y hasta el 30% en el caso de lesiones graves) teniendo en cuenta las circunstancias personales del afectado.

El panorama apenas descrito pone de manifiesto la disparidad de regímenes a los que está sujeto el daño biológico en Italia, dependiendo del origen de la lesión. Esta situación choca frontalmente con el principio de igualdad del artículo 3 de la *Costituzione*. Parece indiscutible la necesaria intervención del legislador para poner fin a esta fragmentación y dar debido cumplimiento a los mandatos constitucionales de los artículos 3 y 32 de la *Costituzione*.

<sup>103</sup> Esta Sentencia tiene su origen en un proceso civil ante el Tribunal de Camerino que plantea la duda sobre la constitucionalidad del artículo 2043 del *Codice civile* por violar los artículos 3, 24 y 32 CI, al no contemplar el resarcimiento del daño a la salud independientemente de los daños económicos y morales. Según el Tribunal *a quo* el daño a la salud no sería resarcible, de acuerdo al Derecho vigente, porque no estaría incluido ni en la categoría de los daños patrimoniales (*ex* artículo 2043 Cci) ni en la de los daños morales (*ex* artículo 2059 Cci). En contestación a este planteamiento, la *Corte Costituzionale*, en una sentencia *interpretativa di rigetto* —la Corte estima infundada la pretensión de expulsar el artículo 2043 del Codice Civile del ordenamiento jurídico y establece cuál debe ser la interpretación de dicho precepto para que se adecue a los dictados de la *Costituzione*— considera que la violación del derecho a la salud da lugar a la indemnización por el menoscabo de la integridad psicofísica de la persona en virtud de la combinación del artículo 32 CI y del artículo 2059 Cci. La expresión “daño no patrimonial” del artículo 2059 Cci se refiere a cualquier daño no susceptible de valoración económica, incluido el daño a la salud.

diritto primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati. Esso certamente è da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione»

Tras afirmar que el derecho a la salud es un derecho fundamental del individuo con eficacia frente a terceros, se añade que en caso de vulneración de este derecho:

«[...]l'indennizzabilità non può essere limitata alle conseguenze della violazione incidenti sull'attitudine a produrre reddito, ma deve comprendere anche gli effetti della lesione al diritto considerato come posizione soggettiva autonoma indipendentemente da ogni altra circostanza e conseguenza».

Es decir, no sólo se deben resarcir los perjuicios económicos derivados de la lesión, sino que también deben repararse los daños causados al derecho a la salud, como bien jurídico merecedor de una tutela autónoma e independiente de otras circunstancias y consideraciones.

Como se señala por algún comentarista de esta Sentencia<sup>104</sup>, la solución a la que llega la *Corte* podría parecer contradictoria con la opinión manifestada por la doctrina (CRISAFULLI, MORTATI, GIANNINI, MAZZIOTTI) según la cual se niega la posibilidad de que de normas de contenido social, como sería el caso del artículo 32 CI, se deriven auténticos derechos subjetivos. Sin embargo, esta contradicción no es tal porque las conclusiones a las que llega la doctrina se hacen desde la perspectiva de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Por el contrario, la *Corte Costituzionale* se mueve en la “otra cara” del derecho a la salud, es decir, en el ámbito de las relaciones *inter privatos*.

Otra Sentencia fundamental en esta materia es la dictada por la *Corte Costituzionale* el 30 de junio de 1986, núm. 184. En esta ocasión se tiene que pronunciar sobre la constitucionalidad de la reserva de ley que hace el artículo 2059 Cci («Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge»). Según el juez *a quo*, esta norma sería inconstitucional

---

<sup>104</sup> En concreto nos referimos aquí a la nota escrita por A. AZON bajo el título “L'altra «faccia» del diritto alla salute”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1979, págs. 657 a 663.



en la medida que no permitiría el resarcimiento del daño biológico fuera de los supuestos previstos por la ley, con lo que se vulneraría el derecho a la tutela de la salud del artículo 32 CI. Frente a este planteamiento, los magistrados consideran que no se viola la Constitución, porque el daño biológico no es un daño no patrimonial y, por lo tanto, no se le aplica el artículo 2059 Cci<sup>105</sup>. La noción de daño no patrimonial se refiere sólo a los daños morales subjetivos<sup>106</sup>. El daño biológico se indemniza porque es un daño injusto ex artículo 2043 Cci. La Corte explica que el resarcimiento del daño biológico se fundamenta en la aplicación conjunta del artículo 32 CI, en el que se proclama el derecho fundamental a la salud de todo individuo, y del artículo 2043 Cci<sup>107</sup>. De esta manera, el daño biológico se configura como un *tertium genus*, diferente y autónomo al daño estrictamente patrimonial y al daño moral.

Aclara la Corte que el daño biológico es el daño base, el “danno evento”. En primer lugar se produce el hecho dañoso, el “evento-

---

<sup>105</sup> Con esta Sentencia se pretende salvar la constitucionalidad del artículo 2059 Cci. Así lo pone de relieve, en primer lugar, la doctrina, BUSNELLI habla de “salvataggio” de dicho precepto (*Vid.* BUSNELLI, “Le sentenze della Corte Costituzionale in tema di danno alla salute”, en BARGAGNA y BUSNELLI, *La valutazione del danno alla salute. Profili giuridici, medico-legali ed assicurativi*, CEDAM, Padova, 1988, pág. 307) y, en segundo lugar, los magistrados de la Corte cuando declaran que «se nell'ordinamento non esistessero altre norme o non fossero rinvenibili altri principi relativi al danno biologico e, pertanto, quest'ultimo fosse risarcibile solo ai sensi dell'articolo 2059 c.c. e cioè, salve pochissime altre ipotesi, soltanto nel caso che il fatto costituisca (anche) reato e relativamente ai soli (conseguenti) danni morali subiettivi, si porrebbe certamente il problema della costituzionalità dell'articolo 2059 c.c.»

<sup>106</sup> BUSNELLI en el comentario a esta sentencia subraya la distinción que hace la Corte entre el daño a la salud y el daño moral subjetivo e indica que, en este último caso, el bien jurídico afectado es la dignidad de la persona que encuentra su fundamento constitucional en el artículo 2 de la Carta magna italiana. *Vid.* “Le sentenze della Corte Costituzionale in tema di danno alla salute”, en BARGAGNA y BUSNELLI, *La valutazione del danno alla salute. Profili giuridici, medico-legali ed assicurativi*, CEDAM, Padova, 1988, pág. 307.

<sup>107</sup> Tras un pormenorizado examen de los trabajos preparatorios, de la jurisprudencia y de la doctrina en torno al *Codice Civile*, la Corte dice textualmente que «[...]dalla ratio dell'articolo 2043 c.c., coordinata con l'esigenza di effettività della tutela dei diritti fondamentali, questa soluzione ermeneutica argomenta un principio di risarcibilità dei danni più generale di quello originariamente tradotto nella regola del codice civile, comprendente non solo i danni patrimoniali, ma pure i danni non patrimoniali causati dalla lesione di un diritto personale costituzionalmente protetto, quale il diritto alla salute».

menomazione dell'integrità fisio-psichica". Señala la doctrina<sup>108</sup> que el daño biológico y el daño a la integridad física y psíquica son expresiones equivalentes, siendo la integridad psicofísica la condición básica para el disfrute de un normal estado de salud. Como resultado del menoscabo de la integridad corporal se puede generar, o no, un daño patrimonial y un daño moral. Ambos son consecuencia (*danni-conseguenza*) del daño biológico y se verifican con posterioridad al hecho dañoso.

La *Corte Costituzionale*, en esta importantísima Sentencia, ha ido más allá y se ha preocupado por analizar la diferencia entre daño biológico y daño a la salud. Diferencia que nos parece de suma importancia, ya que refleja la concepción de salud elaborada por la OMS, e incorporada en el artículo 32 de la *Costituzione* italiana de 1948 y en el artículo 43.1 de la Constitución española de 1978, entendida como situación de completo bienestar físico, psíquico y social.

Mientras que el daño biológico o daño a la integridad física y psíquica se refieren al menoscabo objetivo de la integridad corporal, el daño a la salud es un concepto más amplio y según la *Corte* constituye un «danno giuridicamente valutato». La diferencia entre ambas figuras es primordial, sobre todo en el momento de fijar la indemnización. Las lesiones físicas y psíquicas se pueden valorar con métodos objetivos y abstractos en todos los supuestos. Sin embargo, la valoración del daño a la salud debe permitir al juez, partiendo de una base objetiva, tener en cuenta las circunstancias personales de cada sujeto. Al respecto se señala que para evitar una excesiva rigidez a la hora de aplicar los criterios uniforme de valoración del daño biológico debe existir, por un lado,

«[...] un'uniformità pecuniaria di base (lo stesso tipo di lesione non può essere valutato in maniera del tutto diversa da soggetto a soggetto,[...])» (Sentencia núm. 184 de 1986)

---

<sup>108</sup> En este sentido, *Vid.* M. BARGAGNA, "Rilievi critici e spunti ricostruttivi", en BARGAGNA y BUSNELLI, *La valutazione del danno...*, *op. cit.*, pág.454 y 455.

Y por otro,

«[...] elasticità e flessibilità per adeguare la liquidazione del caso di specie all'effettiva incidenza dell'accertata menomazione sulle attività della vita quotidiana.» (Sentencia núm. 184 de 1986)

Este concepto amplio del daño a la salud absorbe el daño biológico y todas las figuras que habían sido elaboradas por la jurisprudencia como, por ejemplo, el daño estético o el daño a la vida de relación.

Contribuye de manera decisiva a la distinción entre daño biológico y daño a la salud la opinión de BUSNELLI<sup>109</sup>. Para este autor, el daño biológico no es un concepto jurídico, sino un término propio de la medicina legal, que consiste en una alteración psicosomática del individuo. Por el contrario, el daño a la salud surge de la violación de un derecho de rango constitucional. El concepto de salud es estrictamente jurídico-normativo y no se limita al aspecto biológico, sino que incluye todos aquellos elementos necesarios para el desarrollo de la personalidad. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Pisa, BUSNELLI hace hincapié en la doble dimensión del daño a la salud: una dimensión estática, referida a la disminución de la integridad psicofísica en si misma, y una dimensión dinámica, que toma como referencia el concepto integral de salud, que incluye el denominado bienestar social que se manifiesta en la vida de relación de cada persona.

BUSNELLI es partidario de utilizar la expresión daño a la salud al adecuarse ésta al mandato constitucional del artículo 32 CI. Adoptar este concepto, y no el de daño biológico, comporta consecuencias de tipo práctico, ya puestas de manifiesto por la *Corte Costituzionale* en su sentencia núm. 184 de 1986. El menoscabo de la integridad física y psíquica en si mismo considerado (daño biológico), sí que puede ser valorado de manera uniforme en todos los casos. Pero, el daño a la salud, en su significado constitucional más amplio, no es un daño abstracto y homogéneo para todos, porque la salud varía de una

---

<sup>109</sup> “Danno biologico e danno alla salute”, en *La valutazione del danno alla salute*, CEDAM, Padova, 1986, págs. 3 a 14,

persona a otra, dependiendo de muchos condicionantes (sociales, culturales, edad, sexo, etc.). De ahí que la liquidación del daño a la salud no se deba hacer sólo sobre la base de un sistema de tablas, sino que, partiendo de la uniformidad, se ha de dejar al juez cierto margen de maniobra para valorar los daños que las lesiones psicofísicas han causado en la salud de la víctima en cada caso concreto. De este modo se corrigen las injusticias que se pueden causar al aplicar un sistema objetivo de valoración.

Aunque formalmente se siga hablando de *danno biologico*, poco a poco, la jurisprudencia ha adoptado el concepto material de daño a la salud, lo que demuestra la adaptación del Derecho privado a los criterios innovadores del Derecho constitucional<sup>110</sup>.

Así, por ejemplo, la *Corte di Cassazione*, en reiterada jurisprudencia, define el daño biológico como:

«[...] menomazione dell'integrità psicofisica della persona in sé e per sé considerata, in quanto incidente sul valore uomo in tutta la sua concreta dimensione, che non si esaurisce nella sola attitudine a produrre ricchezza, ma si collega alla somma delle funzioni naturali afferenti al soggetto nell'ambiente in cui la vita si esplica, ed aventi rilevanza non solo economica, ma anche biologica, sociale, culturale ed estetica»<sup>111</sup>

Aunque hayan pasado ya tres décadas desde la irrupción del daño biológico, la polémica sobre su naturaleza jurídica sigue aún hoy abierta. Prueba de ello es la controvertida Sentencia de la *Corte Costituzionale* núm. 233 de 11 de julio de 2003, núm. 233, en la que en un intento por zanjar la discusión en torno a la constitucionalidad del artículo 2059 Cci –los daños no patrimoniales sólo son resarcibles en los supuestos previstos por la ley– y haciéndose eco de la jurisprudencia de la *Corte di Cassazione*, se reconduce el daño a la salud al ámbito de los daños no patrimoniales y se afirma que cuando

---

<sup>110</sup> BUSNELLI, *op. cit.* pág. 14 habla de «una rilettura costituzionale di tutto il sistema codicistico dell'illecito civile muovendo dal combinato disposto degli artt. 32 Cost. e 2043 cod.civ».

<sup>111</sup> Sentencia de la *Corte di Cassazione*, *Sez. Civile*, núm. 12740 de 1999.

estén en juego valores personales protegidos por la Constitución, el resarcimiento de los daños no está sujeto al límite de la reserva de ley que establece el artículo 2059 Cci.

Declara la Corte:

«[...]che può dirsi ormai superata la tradizionale affermazione secondo la quale il danno non patrimoniale riguardato dall'articolo 2059 Cc si identificherebbe con il cosiddetto danno morale soggettivo. In due recentissime pronunce (Corte di Cassazione, 31 maggio 2003, n. 8827 e 8828), che hanno l'indubbio pregio di ricondurre a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona, viene, infatti, prospettata, con ricchezza di argomentazioni –nel quadro di un sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale– un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'articolo 2059 Cc, tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: e dunque sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (articolo 32 Cost.); sia infine il danno (spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona.»

Recientemente se ha asistido en Italia a un nuevo giro de la jurisprudencia y de la legislación entorno a esta cuestión, recuperando y ampliando planteamientos que la *Corte costituzionale* había ya defendido en los años ochenta, más concretamente en su Sentencia núm. 184 de 30 de junio de 1986. Si, como hemos visto, en el año 2003 tanto la jurisprudencia constitucional como la de la *Corte di Cassazione* postulaban la inclusión del *danno biologico* dentro de la categoría de los daños no patrimoniales, desde finales de 2005, con la aprobación del *Codice della assicurazione private*, mediante el Decreto Legislativo núm. 209 de 7 de septiembre, y tras algunos de los pronunciamientos más relevantes de la casación italiana sobre la materia<sup>112</sup>, el

---

<sup>112</sup> Nos referimos en concreto a la Sentencia núm. 24451 de 18 de noviembre de 2005.

daño biológico asume de nuevo la autonomía que le corresponde con relación a los daños no patrimoniales. Se ha llegado incluso a hablar del *danno biologico pluridimensionale*<sup>113</sup>. Bajo la denominación de daño biológico se incluirían, por un lado, un aspecto estático del mismo, es decir el menoscabo a la integridad psicofísica del sujeto en si misma considerada, y por otro lado, una vertiente dinámica o relacional, que tiene que ver con las repercusiones de las lesiones en las relaciones de la persona: relaciones familiares, sentimentales, sexuales, de ocio, etc. Esta interpretación sólo es posible desde una perspectiva constitucional, que tiene en cuenta los diversos valores protegidos por la norma de 1948 y que han de informar todo el ordenamiento jurídico. Nos estamos refiriendo al desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana, a la igualdad material y a la salud (artículo 2, 3 y 32 de la *Costituzione* italiana).

## ***2.2. Nuevas teorías en torno a los derechos sociales y su influencia en la reinterpretación del derecho a la salud del artículo 32 CI***

El reconocimiento de la salud como derecho fundamental del individuo se logra en Italia tras años de polémica doctrinal y jurisprudencial. Como ya se ha dicho, dos han sido los fenómenos que han contribuido a la configuración actual de este derecho como *diritto fondamentale dell'individuo*. El primero de ellos, tratado en el epígrafe anterior, consistió en la elaboración por el Derecho civil de la categoría del *danno biologico*, mediante la aplicación directa, en el ámbito de las relaciones privadas, de la norma constitucional contenida en el artículo 32 CI en conexión con el artículo 2 CI. El segundo de los elementos a tener en cuenta en este proceso de configuración, en el que nos centramos a continuación, es la superación de la fractura establecida entre los derechos de

---

<sup>113</sup> En este sentido es muy ilustrativa la definición del daño biológico que se da en el artículo 138.2 del *Codice della assicurazione private* define como «la lesione temporanea o permanente dell'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito».

libertad y los derechos sociales, como consecuencia de la elaboración de nuevas teorías en torno a la estructura y a la función de éstos últimos.

Según afirma LUCIANI<sup>114</sup> el obstáculo más difícil de superar hasta alcanzar el pleno reconocimiento y la efectividad del artículo 32 CI ha sido, sin lugar a dudas, el origen histórico del derecho a la protección de la salud como típico derecho social y expresión de planteamientos del todo ajenos a la forma de Estado liberal. Por este motivo, inicialmente, se negó su inclusión en el catálogo de los derechos fundamentales junto a los derechos clásicos de libertad. Cada una de estas categorías, derechos de libertad y derechos sociales, encontraba su inspiración en principios diferentes. Los primeros, en la libertad. Los segundos, en la igualdad material. En un Estado liberal de Derecho el principio de igualdad está destinado a someterse al de libertad. Tampoco se admite que entre las funciones del Estado, considerado como mero garante de las reglas del mercado, se incluya la de satisfacer las necesidades sociales. Sin embargo, hoy el principio de igualdad no se interpreta como contrario al principio de libertad, sino que junto al principio democrático constituyen, en cierta medida, una condición previa al mismo y una especificación.

Aunque en la Constitución italiana de 1948, y a diferencia de lo que ocurre en el supuesto español, no se reconozca expresamente la fórmula del Estado social, sin embargo, el contenido material del mismo sí que aparece en el articulado del texto trasalpino. En primer lugar, su artículo 3 establece lo siguiente:

«1. Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

»2. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza

---

<sup>114</sup> *Vid.* M. LUCIANI, “A proposito del «diritto alla salute»“, en *Diritto e Società*, 1979, págs. 407 y sigs.y, posteriormente, también en voz “Salute, I) Dirritto alla, Dir.Cost.”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1991.

dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.»

El fundamento normativo del Estado social también aparece en el artículo 2 del citado texto cuando afirma que:

«La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.»

Los derechos inviolables de la persona, según el constituyente italiano, se reconocen y se protegen no sólo en su vertiente individual, sino también en su vertiente social. La dignidad humana se tutela desde el punto de vista ético y moral y, además, en su aspecto material. Y es en este punto donde el principio de igualdad se convierte en un complemento necesario del principio de dignidad. En palabras textuales de BALDASSARRE «[...] la base assiologica della rinnovata concezione della “dignità umana” non è certo l'astratta libertà dell'uomo isolato del “diritto di ragione” ma è piuttosto l'idea fondamentale della *equal liberty*, della libertà eguale». La relación que media entre el principio de la dignidad humana, el principio de libertad y las condiciones sociales de una democracia pluralista se consagra, de este modo, en la Constitución italiana, siendo un claro reflejo de la transformación del Estado de Derecho liberal en el Estado social y democrático de Derecho<sup>115</sup>. La dimensión social

---

<sup>115</sup> Cfr. BALDASSARRE, voz “Diritti sociali”, *op. cit.*, págs.10 y sigs. Basar los derechos sociales en la dignidad humana como hace BALDASSARRE, implica, según argumenta B. PEZZINI *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, 2001 pág.37, situar su fundamento fuera de la Constitución «[...]che potrebbe essere reso pienamente operante in termini giuridici solo attraverso il ricorso a costruzioni in termini di *costituzione materiale*, d'altro canto, se tale fondamento fosse effettivamente condiviso potrebbe certamente affermarsi come un elemento addirittura di vincolo nei confronti della costituzione (sia pure di un vincolo *non giuridico*); per converso, se non risultasse sostanzialmente condiviso, lascerebbe esposti i diritti sociali non semplicemente ai problemi di carente o mancata attuazione, ma addirittura alla perdita del fondamento ». Hay autores como C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali...*, *op. cit.*, pág. 19 y sigs. que consideran discutible intentar unificar los derechos sociales en torno al principio de igualdad material. Según esta autora, el recurso al principio de igualdad material sirve para ahondar en la contraposición entre lo derechos de primera y de segunda generación. Es un *topos* afirmar que los derechos de libertad se basan en la libertad y los derechos sociales en la igualdad



de la persona y la garantía de sus derechos en aquellos ámbitos de vida colectiva evidencian la falta de adecuación de los postulados del Estado de Derecho liberal y la inadmisibilidad de una concepción estrictamente individualista y negativa de los derechos constitucionales<sup>116</sup>.

Además de las referencias indirectas al Estado social de los artículos 2 y 3, la Constitución italiana dedica dos Títulos enteros, dentro de la Parte consagrada a los *Diritti e doveri dei cittadini*, a regular las relaciones ético-sociales (Título II, artículos 29 a 34) y las relaciones económicas (Título III, artículos 35 a 47). Basta una rápida ojeada a estos preceptos para comprobar cómo el constituyente italiano optó por constitucionalizar un amplio catálogo de derechos sociales.

Ahora bien, a pesar de su aparente sistemática, los derechos sociales en Italia se caracterizan por dos notas esenciales que han venido a complicar el estudio de esta categoría jurídica. En primer lugar, no se establece una gradación entre los distintos derechos de la persona constitucionalizados, como sí ocurre en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la compleja jerarquización prevista en el artículo 53 CE. En segundo lugar, existe entre estos derechos una gran heterogeneidad, lo que impide establecer una definición única de los derechos sociales<sup>117</sup>.

En efecto, los derechos sociales representan una de las instituciones más problemáticas del Derecho constitucional, ya que no es fácil, a partir del tenor literal de la Norma de 1948, establecer cuál es su estructura y su naturaleza, cuál es su eficacia y el nexo que existe con los derechos de libertad.

---

materia como si fuera posible cuantificar que cuota de cada principio corresponde a cada uno.

<sup>116</sup> Vid. M COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, *op. cit.*, pág. 50 y 51.

<sup>117</sup> Véase al respecto los comentarios de M MAZZIOTTI, voz “Diritti sociali”, en *Enciclopedia del Diritto*, págs. 802 y sigs. Vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, G. CORSO, “I diritti sociali nella Costituzione italiana”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 3, 1981, págs. 755 y sigs. y de A. BALDASSARRE, voz “Diritti sociali”, *op. cit.*, págs. 28 y sigs y más tarde en *Diritti della persona e valori costituzionali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1997, 123 a 222.

Desde su aparición los derechos sociales se han considerado por la doctrina constitucional incomprensibles en su esencia jurídica y no asimilables a la categoría de los derechos fundamentales en sentido estricto<sup>118</sup>. Los derechos sociales eran algo ajeno a la lógica de los sistemas jurídicos del Estado de Derecho liberal. Su tardía constitucionalización, llevada a cabo tras la II Guerra Mundial, ha dificultado notablemente su comprensión. Además, las Constituciones han sido muy ambiguas a la hora de reconocerlos, siendo necesaria la intervención de la jurisprudencia para dotarlos de un estatuto conceptual adecuado que los sacara del *limbo del pregiuridico*<sup>119</sup>.

Desde una perspectiva histórica, la relación entre derechos sociales y Constitución ha pasado por cuatro fases que Barbara PEZZINI delimita de la siguiente manera<sup>120</sup>. La fase inicial —denominada por la autora *fase reduccionista o de exclusión*— coincide con el nacimiento y desarrollo del constitucionalismo moderno y se extiende a lo largo de todo el siglo XIX. Este período se caracteriza por un rechazo a la inserción de los derechos sociales en las Constituciones: puesto que el Estado no tiene poder para disponer sobre los bienes o las prestaciones que deberían ser garantizadas por los derechos fundamentales de naturaleza social, en consecuencia se niega su juridicidad. La segunda fase —*fase orgánica*— se sitúa en los años de la primera postguerra mundial. Algunas disposiciones de carácter social se incluyen en las Constituciones bajo la forma de obligaciones para el Estado, que debe desarrollar determinadas funciones sociales, ya que existe un interés público que se inserta orgánicamente en la Constitución. Ahora bien, estas funciones atribuidas a los poderes públicos no conllevan el reconocimiento de derechos para los ciudadanos, aunque en los propios textos se utilice la expresión

---

<sup>118</sup> Explica A. BALDASSARRE, en “Diritti sociali”, *op. cit.*, pág. 1, que «[...]ipotizzare una prestazione sociale come oggetto o contenuto di un diritto soggettivo e, nello stesso tempo, configurare una pretesa o un potere dispositivo nei confronti del sovrano (legislatore) contraddicevano i principi di fondo su cui si poggiava l'intera impalcatura giuridica».

<sup>119</sup> La expresión es del propio A. BALDASSARRE

<sup>120</sup> Cfr. B. PEZZINI *La decisione sui diritti sociali*, *op. cit.*, págs. 45 a 94.

"derecho" ¿Cómo se resuelve esta situación, esta *fonte di ambiguità*? Bien relativizando el contenido del término "derecho", o bien forzando el alcance de la categoría de los derechos sociales hasta llegar a asimilarlos con otros derechos constitucionalmente garantizados. En la tercera fase —*fase solidaria o de igualdad sustancial*—, que se inicia al final de la II Guerra Mundial, los textos constitucionales incorporan el principio personalista, que modifica sustancialmente el objetivo de las funciones del Estado. Ya no se trata de proteger sólo el interés público, sino que la intervención estatal se centra en la protección del interés individual. Además, la introducción del control de constitucionalidad y de sus instrumentos de garantía permite reconstruir una unidad jurídica normativa que deja apreciar todos los aspectos subjetivos de los derechos sociales. Por último, en el momento actual —*fase identitaria y relacional*— nos encontramos con una revalorización del carácter individual de los derechos sociales que coexiste con una reducción de la voluntad y de la capacidad política para resolver problemas complejos de tutela social. Un declive del intervencionismo, íntimamente relacionado con lo que se viene denominado crisis del Estado del bienestar.

También BALDASSARRE realiza un análisis histórico sobre la aparición y desarrollo de esta nueva categoría del Derecho constitucional<sup>121</sup>. Durante la experiencia de Weimar las normas constitucionales que contenían derechos sociales fueron consideradas por un amplio sector de la doctrina como proposiciones sin un significado específico; premisas, indicaciones que sólo el legislador podía transformar en preceptos normativos, de tal manera que los derechos sociales se convertirían en verdaderos derechos tan sólo en la medida que así se estableciera en una ley. Para otros los denominados derechos sociales eran normas de principio, vinculantes para el legislador ordinario que está obligado a desarrollarlas. Para ambas concepciones, señala BALDASSARRE, los derechos tienen un valor político, pero no jurídico, ya que no disponen de

---

<sup>121</sup> A. BALDASSARRE, en "Diritti sociali", *op. cit.*

una tutela inmediata, ni son accionables directamente. Necesitan la intervención del legislador, que goza de un amplio margen de discrecionalidad, para transformarse en auténticas pretensiones jurídicas.

Esta oposición entre los derechos clásicos de libertad y los nuevos derechos sociales se mantuvo incluso después de la entrada en vigor de las Constituciones de la segunda postguerra. Pero en este momento histórico las diferencias entre ambas categorías se fundamentaban sobre la base del antagonismo existente entre los principios del Estado de Derecho liberal (la libertad en sentido negativo) y los principios del Estado social democrático (la igualdad). Esta tensión se podría superar, según los teóricos de la época, si se considerasen los derechos sociales como meros principios programáticos, ya que sólo los derechos de libertad son derechos originarios. Por el contrario, los derechos sociales, según su naturaleza y su propia *ratio* son “derechos de status”, “derechos de participación” concedidos por el Estado. Los derechos de libertad son derechos constitucionales, mientras que los derechos sociales son tan sólo derechos de configuración legal, cuya exigibilidad depende única y exclusivamente de la intervención del legislador ordinario<sup>122</sup>.

Estos planteamientos ponen de manifiesto la incapacidad para superar los límites tradicionales del Estado de Derecho liberal y para formular una reinterpretación del mismo acorde con los cambios producidos a partir del establecimiento de los nuevos sistemas de democracia pluralista. Efectivamente, el triunfo de la democracia impuso una revisión de los fundamentos del Estado de Derecho liberal y la necesaria conciliación entre los principios de libertad e igualdad. Ni la libertad abstracta, ni la igualdad formal aseguran que todos los individuos puedan gozar de los derechos fundamentales, ni que las necesidades sociales puedan ser satisfechas de igual manera<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> A. BALDASARRE, *Ibidem*, pág. 4 y 5.

<sup>123</sup> *Vid* los comentarios al respecto de M. LUCIANI “Il diritto costituzionale alla salute”, en *Diritto e società*, 1980, págs. 771 y sigs.

Durante años se ha recurrido a la figura de los *diritti civili* para definir los derechos sociales como derechos legales. Según BALDASSARRE este recurso es inadecuado. ¿Por qué? Recuerda el autor que los *diritti civili* tenían sentido en aquellos ordenamientos jurídicos en los que los derechos de los ciudadanos se basaban en una ley ordinaria o en una constitución flexible. Sin embargo, desde el momento que los derechos de los ciudadanos, incluidos los sociales, son reconocidos y garantizados por una constitución rígida ya no se puede defender su carácter legal. Tampoco es sostenible, prosigue el autor, la contraposición derechos sociales *versus* derechos de libertad, basada en la idea de que los derechos sociales requieren prestaciones positivas, mientras que los derechos de libertad comportan sólo un deber de respeto y de abstención.

En la misma línea señala MAZZIOTTI<sup>124</sup> que hay derechos sociales cuyo ejercicio no precisa de la intervención del legislador y derechos de libertad que sí la requieren para su efectividad y para dotarlos de una garantía concreta. MAZZIOTTI define el derecho social, en sentido objetivo, como el conjunto de normas mediante las cuales el Estado lleva a cabo su función moderadora de las diferencias sociales, con el fin de asegurar la igualdad. Desde una perspectiva subjetiva, se define como el derecho de cada individuo a participar en los beneficios de la vida asociada, que se manifiesta en derechos concretos a determinadas prestaciones de los poderes públicos<sup>125</sup>. Los derechos de libertad implican la existencia de una esfera dentro de la cual el individuo puede actuar libremente; los derechos sociales buscan la intervención del poder público para satisfacer necesidades básicas de los ciudadanos; los derechos de libertad civiles reflejan el denominado *status negativus sive libertatis*, los derechos de libertad políticos el *status civitatis activae* y los derechos sociales el *status socialis positivus*. Aunque éstos se fundamenten en el principio de igualdad, las

---

<sup>124</sup> M. MAZZIOTTI, “Diritti sociali”, en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, págs. 804 y sigs.

<sup>125</sup> *Ibidem*, pág. 804. Esta definición excluye de la categoría de los derechos sociales a todos aquellos derechos públicos subjetivos que consisten en el ejercicio de una libertad, como por ejemplo el derecho de asociación sindical o el derecho de huelga.

diferencias entre ambas categorías no deben entenderse como un antagonismo. Al contrario, entre ambas existe una implicación recíproca. Según se expresa MAZZIOTTI «[...]la garanzia dei diritti di libertà è condizione perché le prestazioni sociali dello Stato possano essere oggetto di diritti individuali; la garanzia dei diritti sociali è condizione per il buon funzionamento della democrazia, quindi per un effettivo godimento delle libertà civili e politiche».<sup>126</sup>

Afirma LUCIANI que entre los derechos sociales y los derechos clásicos de libertad existe una discontinuidad histórica, pero, no ontológica ni tampoco lógica. La pretendida *a-socialità* de los derechos de libertad no es admisible, porque ninguno de los derechos fundamentales clásicos tiene sentido sin una dimensión social. Ningún derecho fundamental es tal si no cuenta con una intervención social que haya institucionalizado su protección. No se puede perder de vista, dice el autor, que la principal garantía de los derechos de libertad es su consideración como un derecho de prestación, al igual que la mayor parte de los derechos sociales. En definitiva, concluye el autor, cuando utilizamos la expresión *derechos sociales* nos estamos refiriendo a una clase de derechos que se distingue del resto de derechos constitucionalizados sólo por su origen histórico y por su peculiar relación con el principio de igualdad material del artículo 3.2 de la Constitución italiana<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> *Ibidem*, pág. 805.

<sup>127</sup> Cfr. M. LUCIANI, “Salute (diritto alla salute- Dir. Cost.)”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1991, págs. 3 y 4. y también su trabajo “Sui diritti sociali”, en *La tutela dei diritti davanti alle Corti costituzionali*, dir. por R. ROMBOLI, Giappichelli, Torino, 1994, págs. 99 y sigs. La prioridad histórica de los derechos de libertad los convierte en un *prius* lógico con relación al resto de los derechos inviolables y condicionarían la existencia misma de la democracia, mientras que los derechos sociales vendrían sólo a caracterizar, eso sí, de manera determinante, el significado de la Constitución. Esta afirmación se fundamenta, según LUCIANI, en dos premisas: primera, que los derechos de libertad son *categorie a priori* de la democracia pluralista y, segunda, que estos derechos son «[...]le “strutture di base” della persona, destinate a rappresentare il supporto (categoriale) su cui “lógicamente” si appoggiano tutte le altre forme di estrinsecazione della personalità umana» (“Salute...”, *op. cit.* pág. 3). LUCIANI admite la primera de las premisas. Sin embargo, no comparte la segunda, por que, si se utiliza un concepto de persona en su dimensión social, entonces también los derechos sociales formarían parte de su estructura básica.

En general, la mayor parte de la doctrina italiana sigue recurriendo a definiciones unitarias de los derechos sociales como derechos del ciudadano a una prestación positiva por parte del Estado, en contraposición a los derechos de libertad que imponen a los poderes públicos un deber de abstención, respetando la esfera privada del individuo.

Sin embargo, hay autores que, como CORSO, subrayan el hecho de que bajo el término *derechos sociales* en la Constitución se engloben «in modo riassuntivo pretese giuridiche verso i pubblici poteri, interessi legittimi, diritti di credito nei rapporti interprivati, forme di controllo sull'esercizio di poteri pubblici, fini pubblici non coordinati a pretese giuridiche dei soggetti privati, meccanismi di garanzia»<sup>128</sup>.

BALDASSARRE también se muestra crítico con la tendencia que unifica bajo la denominación derecho social una rica pluralidad de situaciones jurídicas. Primeramente, porque entra en contradicción con una concepción de los derechos sociales como derechos constitucionales; en segundo lugar, porque no es capaz de captar la verdadera diferencia entre derechos de libertad y derechos sociales y, por último, porque no recoge la variedad de situaciones

---

<sup>128</sup> G. CORSO, "I diritti sociali nella costituzione italiana", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1981, págs. 759 y sigs. Según este autor la expresión *derecho social* no parece la más adecuada para denominar la riqueza de situaciones que aparecen recogidas en el Título II y II de la Parte I de la Constitución italiana. Para distinguir lo que son derechos sociales de otras situaciones jurídicas, CORSO propone tres criterios: la titularidad, el sujeto pasivo obligado con relación al sujeto titular y los medios de tutela. En cuanto a la *titularidad*: el derecho social no es un derecho de todos. La atribución de un derecho social se hace en función de una situación de desigualdad, de exclusión, de discriminación. Es un derecho individual, pero la pertenencia a un grupo identifica al sujeto titular del mismo. No obstante, el autor es consciente de que este criterio no es absoluto porque la tendencia generalizada es hacia la universalización de la titularidad. Piénsese, sin ir más lejos, en el derecho a la protección de la salud: de ser un derecho reservado a la clase trabajadora ha pasado a ser un derecho de todos los ciudadanos. El segundo criterio es el del *sujeto pasivo obligado*. En este punto CORSO señala la variedad de sujetos obligados que existen: el legislador, la Administración pública, los individuos particulares. Hay incluso supuestos, como en el caso del derecho a la salud, entendido como derecho a la integridad física, o del derecho a la protección del medio ambiente en los que los sujetos pasivos pueden ser varios. Finalmente, CORSO se detiene en la observación de los distintos *mecanismos de tutela*: el control de constitucionalidad, la tutela judicial ordinaria, la tutela contencioso- administrativa, la tutela penal y la tutela de la Administración pública.

que se engloban bajo esta categoría. Dentro de la categoría genérica de los derechos sociales distingue dos subgrupos: los derechos *sociales de libertad* y los *derechos sociales a prestaciones*<sup>129</sup> Es indiscutible que los derechos de libertad, una vez constitucionalizados, son aplicables directamente. Esto se debe, no ya a su valor o a la garantía que los ampara, sino a su estructura jurídica: su ejercicio depende únicamente del comportamiento o de la conducta de su titular. Ahora bien, la "autoaplicabilidad", así denominada por BALDASSARRE, también es propia de algunos derechos sociales, los llamados *derechos sociales de libertad*, entre los que se incluyen la libertad de elección de profesión (artículo 4 CI), la libertad de enseñanza (artículo 33 CI), la libertad sindical (artículo 39 CI), etc. Este autor propone incorporar también a este grupo el derecho a la salud (artículo 32 CI), que en opinión de la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* tiene las mismas características que los derechos de libertad. Su estructura jurídica es del todo semejante a la libertad personal (artículo 13 CI). La libertad personal protege al individuo en su integridad física y psíquica frente a amenazas o lesiones, directas y actuales. El derecho a la salud protege a la persona de agentes de morbilidad o de actividades lesivas de terceros que afectan al entorno personal o colectivo y que, posteriormente, tienen repercusiones sobre las personas.

El segundo grupo de derechos está integrado por los que él denomina *derechos sociales a prestaciones*, cuyo contenido consiste en una pretensión jurídica frente a otros sujetos con el fin de que éstos adopten determinados comportamientos o conductas a favor del titular del derecho. Insiste BALDASSARRE en que estos últimos no se pueden confundir con las normas programáticas<sup>130</sup>. ¿Cuál es la diferencia entre ambas categorías? Si bien en ambos casos el legislador dispone de un margen de discrecionalidad para

---

<sup>129</sup> A. BALDASSARRE, "Diritti sociali", *op. cit.*, págs. 30 y sigs.

<sup>130</sup> Una norma programática en la que aparece, por ejemplo, en el artículo 31 CI «La Repubblica protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù». Un derecho social a prestaciones es el contemplado en el artículo 38 CI «Ogni cittadino inabile [...] ha il diritto al mantenimento e all'assistenza». *Cfr.* BALDASSARRE, *ibidem*, pág. 30.



establece sobre cómo y cuándo desarrollarlos, sin embargo, no tiene capacidad para decidir el *si* y el *quid* de la garantía del derecho. Si así fuera, se estaría degradando el derecho social constitucionalizado a un derecho legal.

Dentro de los derechos sociales a prestaciones, BALDASSARRE distingue dos categorías: los *derechos sociales incondicionados* y los *derechos sociales condicionados*. Los derechos sociales incondicionados se refieren a prestaciones que pueden ser exigidas directamente por sus titulares al sujeto obligado (público o privado). Entre estos derechos BALDASSARRE incluye el derecho a recibir cuidados médicos, el derecho de las mujeres a la igualdad en las condiciones de trabajo, el derecho al descanso y a vacaciones, etc. En caso de conflicto, corresponde al juez determinar el *quatum* de la prestación, a no ser que éste se prevea en la ley. Los *derechos sociales condicionados*, por el contrario, dependen para su ejercicio de la existencia de una organización que dispense las prestaciones, como sería el caso del derecho a las prestaciones sanitarias o el derecho de los indigentes a los cuidados gratuitos. Cuando se dan las condiciones de hecho para el disfrute de estos derechos, no cabe duda de que dan lugar a pretensiones jurídicas que se pueden ejercer directamente y proteger mediante la vía judicial. Pero, ¿qué ocurre si no se da el supuesto de hecho, si no existen las instituciones proveedoras de estas prestaciones? BALDASSARRE señala, acertadamente, que en este caso no se vería afectada la garantía del derecho social. Esta protección, establecida por la Constitución, no puede negarse porque significaría negar el carácter constitucional de estos derechos<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> En este punto BALDASSARRE se detiene en el análisis de la fórmula alemana de *la reserva de lo posible o de lo razonable*. En materia de derechos sociales hay que distinguir entre el reconocimiento que hace la Constitución y su garantía concreta, limitada por la reserva de lo posible. Este principio no significa que el legislador disponga de una total discrecionalidad para desarrollar los derechos. Por el contrario, está obligado a graduar su ejercicio, de acuerdo con el marco general de los intereses constitucionalmente reconocidos y de conformidad a las exigencias de los presupuestos del Estado. BALDASSARRE valora positivamente el recurso a esta fórmula, si bien recuerda que en Italia, a diferencia de lo que ocurre en Alemania, los derechos sociales están no sólo reconocidos, sino también garantizados por la Constitución de 1948, de manera que la *Corte Costituzionale* puede controlar la actividad del legislador y verificar si se ha utilizado la debida *ragionevolezza* a la hora de desarrollar los derechos sociales. La utilidad de esta fórmula la resume el autor que

El mayor error de la doctrina a la hora de interpretar la joven categoría de los derechos sociales ha sido, según BALDASSARRE, el siguiente: se han confundido los problemas ligados a la aplicabilidad y a la garantía de los derechos sociales con cuestiones relacionadas con su naturaleza jurídica: «[...]la trasposizione dei problemi di "fattibilità" o di attuazione in problemi di natura concettuale od "ontologica", se non proprio di valore, è senza dubbio alcuno una scorrettezza logica, poiché tra i due ordini di questioni non c'è ponte»<sup>132</sup>.

Para BALDASSARRE los derechos constitucionales son, ante todo, valores, entre los que existe una unidad y un equilibrio, que en determinados momentos precisan la protección del Estado y en otros su intervención en forma de prestaciones. Los derechos sociales no son una categoría meramente descriptiva. Están ligados a un *status* social. Son, además principios constitucionales orientados a la redistribución de los recursos económicos, sociales y políticos. En definitiva, los derechos sociales son «la testimonianza concreta della socialità dello Stato democratico voluto dalla Costituzione e della sintesi di valore che la sorregge continuamente, quella tra la libertà individuale e l'eguaglianza». Los derechos sociales tienen el estatuto típico de los derechos fundamentales. Desde el punto de vista de su valor jurídico, son irrenunciables, inalienables, indisponibles, intransmisibles e inviolables. Desde el punto de vista de su eficacia, la *Corte Costituzionale* ha establecido que todos los derechos sociales que han sido desarrollados por el legislador ordinario tienen la misma eficacia que los derechos de libertad<sup>133</sup>.

---

venimos comentando en tres puntos. En primer lugar, permite identificar cuál es el verdadero problema de los derechos sociales condicionados: no se trata de su naturaleza jurídica sino de establecer una graduación en el momento de ser desarrollados por el legislador. En segundo lugar el *principio de la reserva de lo posible* permite a la *Corte Costituzionale* valorar la *ragionevolezza* del legislador en su tarea de regular el ejercicio de los derechos sociales. Por último, posibilita a la *Corte* para enjuiciar si el legislador ha respetado la *ratio* de cada derecho. *Cfr.* BALDASSARRE, "Diritti sociali", *op. cit.*, pág.30.

<sup>132</sup> *Ibidem*, pág. 29.

<sup>133</sup> A. BALDASSARRE, "Diritti sociali", *op. cit.*, pág. 31.

No comparte esta opinión Alessandro PACE<sup>134</sup>, para quien el reconocimiento constitucional de un derecho tiene como única consecuencia que el legislador no puede vulnerarlo. Sin embargo, lo que el denomina «cobertura constitucional» no dice nada respecto a su indisponibilidad, intransmisibilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad. Estas características se derivan, prosigue diciendo el autor, no de su reconocimiento constitucional, sino de su calificación como «derecho de la persona». Así mismo, la mayor o menor tutela jurisdiccional que pueda obtener un derecho constitucional depende de su estructura de *derecho absoluto* o bien de *derecho relativo*, en el sentido de derechos oponibles *erga omnes* y derechos oponibles sólo en las relaciones con determinados sujetos<sup>135</sup>. Los derechos absolutos comprenden los derechos de la persona y los derechos reales. Desde el punto de vista de su estructura, ambas categorías de derechos no necesitan la intervención de un tercero para realizar el interés que incorporan. Entre los derechos de la persona, hay un grupo de derechos que consisten en el ejercicio de una libertad (*agere licere*), como puede ser la libertad personal, la libertad de comunicación, etc., o derechos en los que no hay actividad por parte del titular, sino que consisten en bienes o atributos esenciales de la persona, como el derecho a la vida, la integridad física y psíquica, el derecho al nombre, etc. Entre los derechos relativos, consistentes en una obligación, PACE distingue entre los supuestos en los que el derecho se ejerce frente al Estado y los supuestos en los que el sujeto pasivo de la relación es otro particular. Así mismo, dentro de estos derechos relativos, se ha de determinar si el contenido consiste en una prestación positiva, en una omisión o en el ejercicio de un poder. Entre los derechos a una prestación positiva por parte del Estado se encuentran los derechos sociales. Estos están siempre condicionados a la intervención del legislador y de la Administración. Gozan de una tutela mucho

---

<sup>134</sup> Vid. A. PACE, “La heterogénea estructura de los derechos constitucionales”, en *Cuadernos de Derecho público*, núm. 3 (1998), págs. 20 y sigs.

<sup>135</sup> Aclara A. PACE que esta distinción no se hace en el sentido de derechos ilimitados (absolutos) y derechos limitados (relativos). *Ibidem*, pág. 21, nota 62.

más débil, ya sea desde el punto de vista legislativo, ya sea desde el punto de vista judicial que la prevista para los derechos que se han denominado absolutos.

### **3. NATURALEZA Y ESTRUCTURA ACTUAL DEL DERECHO A LA SALUD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO**

#### ***3.1. El derecho a la salud como una figura jurídica compleja***

Acabamos de ver cómo la categoría de los derechos sociales se caracteriza, esencialmente, por su complejidad<sup>136</sup>. Así mismo, hemos hecho hincapié en la imposibilidad de elaborar un concepto único de derecho social, válido para todos ellos. Igualmente, se ha subrayado la conveniencia de tratar por separado cada uno de los derechos que se han venido agrupando bajo esta genérica denominación.

Ahora bien, al aproximarnos al contenido del artículo 32 CI se puede comprobar, con una rápida lectura, que nos encontramos con lo que muchos han denominado un *Jano bifronte*. En efecto, en este precepto de la Constitución italiana confluyen una serie de situaciones jurídicas, muy diversas entre sí, que se agrupan bajo el término de *derecho a la salud*. La doctrina y la jurisprudencia italianas han preferido no definir *a priori* en qué consiste este derecho y han optado por analizar separadamente cada una de las vertientes que lo configuran como un derecho constitucionalmente protegido.

---

<sup>136</sup> Hay autores que además de subrayar su carácter complejo hacen hincapié en la ambigüedad del término *social*. Son muy ilustrativas las breves reflexiones que hace al respecto M. LUCIANI. Según este autor, «[...]nel pensiero giuridico e politico, in definitiva, si è definito come “sociale” ora quel diritto che fosse proprio “della” società; ora quello che si realizzasse “nella” società; ora quello che fosse creato, delimitato e garantito “dalla” società; ora quello che fosse, in fine, in armonia “con” la società; col risultato di elevare l’incertezza terminologica al massimo grado, e di cogliere, in ciascuna di queste impostazioni, solo una piccola parte della realtà del diritto sociale, non sufficiente a qualificarlo per intero» “A proposito del diritto alla salute”, en *Diritto e società*, 1979, pág. 407.

Por ejemplo, Barbara PEZZINI, en uno de los trabajos más esclarecedores sobre esta materia, afirma que estamos ante una compleja categoría jurídica en la que concurren, contemporáneamente y de manera interrelacionada, un derecho social, un derecho de libertad, un deber de preservar la salud y un interés colectivo<sup>137</sup>.

Así mismo, el tantas veces citado a lo largo de esta investigación, Antonio BALDASSARRE<sup>138</sup> recuerda que todos los derechos fundamentales tienen una estructura que « [...]oscilla dalla pienezza del diritto soggettivo alla più tenui forme dell'interesse legittimo» y distingue dos situaciones subjetivas genéricas derivadas del artículo 32 CI: el *derecho a la salud* y el *derecho a los tratamientos sanitarios*<sup>139</sup>.

Así es. En primer lugar, es un derecho fundamental del individuo que se puede incluir en la categoría de los derechos inviolables del artículo 2 CI. En este sentido la *Corte costituzionale* establece que la salud «[...]è tutelato dall'articolo 32 Costituzione non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo, sicché si configura come un diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati.» (Sentencia núm. 88 de 1979) y, por lo tanto, « [...] impone piena ed esaustiva tutela» (Sentencias núm. 184 de 1986, núm. 559 de 1987 y núm. 992 de 1988). Desde el punto de vista de su eficacia el derecho a la salud se considera, por tanto, como un derecho subjetivo y, en

---

<sup>137</sup> Vid. B. PEZZINI, “Il diritto alla salute: profili costituzionali”, en *Diritto e società*, 1983, pags. 19 y sigs.

<sup>138</sup> “Libertà I) Problemi generali”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Tomo XIX, Roma, 1990, pág. 29.

<sup>139</sup> Vid. A. BALDASSARRE, “Diritti sociali”, *op. cit.*, pág. 25. Explica el autor que la Constitución italiana de 1948, además de regular *luoghi della socializzazione primaria e secondaria* en los que se forma y desarrolla la personalidad, reconoce una serie de ámbitos que, aún sin tener una forma tipificada y siendo cambiantes a lo largo de la historia, son también esenciales para el desarrollo individual y colectivo. Con relación a estos espacios vitales se reconocen una serie de derechos sociales atribuidos al hombre como tal, con independencia de su status social (trabajadores, menores, etc.). Y dentro de esta categoría de derechos se ubicaría el derecho a la salud, que goza de la máxima tutela otorgada por la Constitución y es el eje alrededor del cual giran los demás derechos.

consecuencia, directamente invocable ante un juez, sin que sea necesaria la intervención previa del legislador ordinario. La finalidad de este derecho es proteger la integridad física y psíquica del individuo frente a posibles amenazas externas. En este sentido, estamos ante un derecho cuya estructura es similar a los denominados derechos de libertad clásicos. Se reconoce así la titularidad individual de un bien natural y personal que todos (particulares y poderes públicos) están obligados a respetar. Ahora bien, recuerda BALDASSARRE que no se trata de un derecho ilimitado. Así la *Corte Costituzionale*, en su Sentencia núm. 212 de 1983 establece que, partiendo de la base indiscutible de que es un derecho subjetivo directamente protegido por la Constitución, «[...]può, ove necessario, incontrare limiti oggettivi: non soltanto nella stessa organizzazione dei servizi sanitari, ma ben anche nella esigenza della concomitante tutela di altri interessi, del pari costituzionalmente protetti[...]»

En segundo lugar, en el artículo 32 CI BALDASSARRE identifica un derecho implícito a los tratamientos sanitarios como un derecho instrumental<sup>140</sup>. Ahora bien, señala el autor que, si bien se utiliza la expresión *derecho a los tratamientos sanitarios*, en realidad, son tres situaciones subjetivas, bien diferenciadas, las que aparecen en el artículo 32, además del derecho a la salud. En primer lugar el *derecho a recibir cuidados médicos*, como el primero de los derechos del enfermo. Un derecho subjetivo sin el cual el derecho a la salud quedaría vacío de contenido. También identifica BALDASSARRE, en segundo lugar, el *derecho de los indigentes a los cuidados médicos gratuitos*, como un derecho a prestaciones positivas, condicionado por la existencia de una organización sanitaria pública. Y, en tercer lugar, la *libertad de someterse a tratamientos sanitarios* y

---

<sup>140</sup> *Ibidem*, pág. 27. Aunque no aparezca reconocido de manera expresa, este derecho se deduce, en primer lugar, del mismo derecho a la salud, ya que para garantizar la ausencia de enfermedad, es necesario procurar la asistencia sanitaria. En segundo lugar, al consagrar el constituyente el derecho de los indigentes a los cuidados médicos gratuitos, se está afirmando la existencia de un derecho a los cuidados médicos. Y por último, hay que tener en cuenta que en el artículo 32 se proclama la libertad, con ciertos límites, para someterse o no a determinados tratamientos sanitarios.

a escoger facultativo médico, como un derecho ligado con la libertad del propio cuerpo *ex* artículo 13 CI.

En la misma línea LUCIANI entiende el derecho a la salud como un derecho fundamental garantizado por la *Costituzione*. Como tal derecho fundamental, es, por un lado, un valor objetivo inmanente al ordenamiento jurídico y, además, un auténtico derecho subjetivo tutelable ante los tribunales ordinarios. Su contenido no sólo se refiere a la intangibilidad de la integridad del hombre, sino que también tiene una dimensión social. Para LUCIANI la expresión *derecho a la salud* es una fórmula sintética que expresa la garantía de una pluralidad de situaciones subjetivas muy diferentes entre sí y que reciben una diversa tutela: el derecho a la propia integridad psicofísica; el derecho a un medio ambiente sano; el derecho a tratamientos sanitarios preventivos; el derecho a ser curado; el derecho de los indigentes a cuidados gratuitos; el derecho a no ser curado<sup>141</sup>.

Ante esta fragmentación del contenido de la norma del artículo 32 CI, SANTOSUOSSO<sup>142</sup> afirma, a nuestro juicio acertadamente, que el derecho a la salud se ha convertido en lo que él denomina una *formula contenitore*, a la que se han ido incorporando, a través de la labor de jueces y tribunales, situaciones y conflictos relacionados con la esfera personal, la tutela de los individuos, sus decisiones y actos de disposición sobre la salud. Según SANTOSUOSSO el reconocimiento jurisprudencial del derecho a la salud se ha llevado a cabo de manera tumultuosa, hecho este que no ha facilitado, en absoluto, la elaboración de un marco teórico claro.

Lo que sí resulta indiscutible es la unidad psicofísica del individuo y la imposibilidad de separar la salud, como bien protegido por el ordenamiento, del valor de la persona. Desde el punto de vista jurídico-constitucional, la

---

<sup>141</sup> *Vid.* M. LUCIANI, “Salute...”, *op. cit.*, pág. 5.

<sup>142</sup> “Dalla salute pubblica all'autodeterminazione: il percorso del diritto alla salute”, en M. BARNI y A. SANTOSUOSSO, *Medicina e Diritto prospettive e responsabilità della professione medica oggi*, Giuffrè Editore, 1995, pág. 77.

persona se configura como un valor unitario. En este sentido, el artículo 32 CI debe ser considerado como una derivación y una especificación del artículo 2 CI. Sería limitativo pensar que el contenido del derecho a la salud se reduce sólo al respeto de la integridad física del individuo (dimensión individual) o sólo al derecho a la asistencia sanitaria (dimensión social)<sup>143</sup>.

Para MODUGNO<sup>144</sup> el derecho a la salud es un ejemplo emblemático del proceso de superación de la fractura entre derechos de libertad y derechos sociales, de la separación entre lo público y lo privado. El derecho contenido en el artículo 32 CI debe de ser incluido entre los derechos inviolables del artículo 2 CI, conservando su naturaleza de derecho social. Según este autor estamos ante lo que el denomina un *nuovo diritto*. Cuando MODUGNO habla de *nuovi diritti* lo hace para referirse a aquellos derechos, relacionados con el valor de la libertad personal, que surgen a partir de la jurisprudencia constitucional y que, o bien no aparecían como tal en la Constitución, o bien no se habían tenido en cuenta con anterioridad por el intérprete. En principio, si aplicamos estos criterios delimitadores, el derecho a la salud del artículo 32 CI no debería considerarse un nuevo derecho. Sin embargo, gracias a la transformación de la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* italiana, éste ha adquirido un significado y una tutela tan amplia y efectiva que ha permitido considerarlo “nuevo” en

---

<sup>143</sup> Vid. PERLINGIERI, “Il diritto alla salute quale diritto della personalità”, en *Rassegna di Diritto civile*, 1982, Tomo II, págs. 1020 y sigs. Explica A. BALDASSARRE, “Diritti sociali”, *op. cit.*, pág. 10 cómo la *Costituzione italiana* de 1948 consagra una “imagen de hombre” que responde a la idea de persona, tanto en su dimensión individual como social, que permite unificar los derechos de libertad con los derechos sociales. Estos últimos encuentran su fundamento normativo-constitucional en los principios de igualdad formal y material (*ex* artículo 3 CI) y en la dignidad humana (*ex* artículo 2 CI). El concepto de dignidad humana constitucionalizado refleja la transición del Estado liberal al Estado democrático y está estrechamente vinculado a la libertad positiva y a las condiciones sociales de una democracia plural. Así pues, señala BALDASSARRE que al referirnos a la dignidad humana hay que tener en cuenta la doble dimensión de la persona: como valor ético-moral y como ser social. En el Estado democrático de Derecho el principio de la dignidad humana tiene también el objetivo de tutelar al hombre frente a las privaciones de tipo material, constituyendo el fundamento esencial de los derechos sociales

<sup>144</sup> Vid. *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino 1995, pág. 40 y sigs.



cuanto a su tratamiento jurídico como derecho subjetivo efectivamente tutelado.

### ***3.2. La contribución de la jurisprudencia ordinaria y constitucional en la elaboración del estatuto jurídico del derecho a la salud del artículo 32 CI***

Hemos dicho, en repetidas ocasiones, que a pesar del reconocimiento expreso a nivel constitucional de los derechos sociales existe una gran ambigüedad e indeterminación en cuanto a la definición sustancial de los mismos. Será necesaria la intervención de la jurisprudencia ordinaria y de la *Corte Costituzionale* para procurarles un estatuto conceptual apropiado. Esta afirmación parece haber sido hecha pensando en el derecho a la salud del artículo 32 CI<sup>145</sup>. En efecto, este derecho no se define *a priori*, sino que su definición surge a través del análisis que hace el intérprete del entramado de problemas concretos relacionados con este bien jurídicamente protegido. Basta recordar en este punto cómo la labor del juez ordinario y del constitucional ha sido concluyente a la hora de tratar la cuestión del *danno biologico* y el sometimiento del Derecho privado a los mandatos constitucionales de respetar el principio de igualdad y la tutela de la salud de los ciudadanos.

#### **a).- El derecho a la salud como norma programática**

Como tuvimos ocasión de explicar en epígrafes anteriores, durante muchos años el artículo 32 CI, considerado como una norma meramente programática, no atrajo la atención de la *Corte Costituzionale*. Sin embargo, esta situación inicial ha cambiado considerablemente y hoy el derecho a la salud se

---

<sup>145</sup> El papel de la *Corte costituzionale* ha sido, y sigue siendo, fundamental en la elaboración del contenido del derecho del artículo 32 CI. Basta ojear los informes anuales elaborados por el Presidente de turno de la *Corte* para comprobar cómo el derecho a la salud ocupa un papel central en los pronunciamientos de esta alta magistratura. Estos informes se pueden consultar en la página de la *Corte costituzionale*: <http://www.cortecostituzionale.it>.

invoca en sectores muy diversos que abarcan desde el derecho al medio ambiente, hasta el derecho al cambio de sexo, pasando por el derecho a un entorno de trabajo salubre o el derecho al resarcimiento de los daños a la persona derivados de los accidentes de tráfico<sup>146</sup>.

En el actual Estado social de Derecho, la protección de la salud es efectiva en dos ámbitos: en las relaciones entre particulares y en las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos. Los escasos pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional hasta los años setenta se referían, sobre todo, a los aspectos públicos de este derecho que tenían que ver, esencialmente, con la higiene y con la salud pública<sup>147</sup>. Por ejemplo, en el año 1964 la *Corte Costituzionale* es llamada a pronunciarse sobre la conocida como *Legge Merlin* que obligaba al cierre de los 560 burdeles que desde 1883 funcionaban en Italia bajo control del Estado<sup>148</sup>. El recurso se fundamenta en el hecho de que la supresión del control sanitario de quien ejerce la prostitución iría en contra de la tutela de la salud constitucionalmente garantizada. La *Corte* responde, en su Sentencia núm. 44 de 16 de junio de 1964, que el principio inspirador de la *Legge Merlin* es la protección de la dignidad humana y que invocar la violación del derecho a la salud *ex* artículo 32 CI no es motivo suficiente para declarar su inconstitucionalidad. Es más, si se admitiese el control sanitario por parte del Estado de quienes ejercen la prostitución, se iría en contra del espíritu de la propia ley y se reinstauraría el viejo sistema de las *case chiuse*.

No debemos olvidar que en esos primeros momentos la protección de la salud, como obligación genérica de los poderes públicos, tenía una connotación eminentemente programática. De las normas programáticas,

---

<sup>146</sup> Véase al respecto el comentario que hace A. SANTOSUOSSO en “Dalla salute pubblica all'autodeterminazione...”, *op. cit.*, págs. 75 y sigs.

<sup>147</sup> Un estudio detallado de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud hasta mediados de los años sesenta puede verse en G. CECCHERINI, M.L. LOI y M. SANTILLI “L'articolo 32 nella giurisprudenza costituzionale”, en BUSNELLI, F. D.; BRECCIA, U. (Dir): *Tutela della salute e diritto privato*, *op. cit.* págs. 55 y sigs.

<sup>148</sup> Esta Ley toma el nombre de la senadora socialista Angelina Merlin, expartisana y feminista, que asumió como una lucha personal el cierre de las conocidas como *case chiuse* en Italia que se consiguió mediante la aprobación de esta Ley, el 20 de febrero de 1958.

como el artículo 32 CI, se derivan meros intereses legítimos que se transforman en derechos subjetivos únicamente tras la intervención del legislador. Conforme a esta interpretación, el derecho a la salud no gozaba de protección en las relaciones entre particulares y se le privaba de tutela resarcitoria<sup>149</sup>.

---

<sup>149</sup> En Italia existe un importante debate doctrinal y jurisprudencial en torno a los derechos subjetivos y a los intereses legítimos, sobre todo en materia de jurisdicción. El interés legítimo se define como una situación jurídica subjetiva individual, que consiste en un poder de protección, mediata e indirecta, frente a la Administración pública del interés reconocido por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, un empresario del sector hostelero tiene un interés legítimo a obtener una licencia de apertura de su negocio y, si la Administración se la deniega, fuera de los supuestos previstos por la ley, podrá recurrir ante la jurisdicción administrativa. Los intereses legítimos se reconocen por primera vez en Italia en la Legge núm. 5992 de 1889, que crea la Sección IV del *Consiglio di Stato*, que será el órgano jurisdiccional competente para tutelarlos. Posteriormente, en la Constitución de 1948 encontramos tres preceptos que se ocupan de esta compleja figura: el artículo 24 CI –«Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi»–, el artículo 103 CI –«Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi»– y el artículo 113 CI –«Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa»–. Si se vulnera un interés legítimo, el juez competente es el juez administrativo (el *Tribunale Amministrativo Regionale* y el *Consiglio di Stato*, según proceda). Por el contrario, si la lesión recae sobre un derecho subjetivo, será la *giurisdizione ordinaria* (el *Tribunale*, la *Corte d'Appello* y la *Corte di Cassazione*) quien conocerá de aquellas materias que no hayan sido atribuidas a la *giurisdizione speciale*. Hasta el año 1999 la vulneración de un interés legítimo no daba lugar a ningún resarcimiento por los daños injustos sufridos por el ciudadano, porque se entendía que el artículo 2043 del *Codice civile* –«Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno»– sólo se aplicaba a los derechos subjetivos. Sin embargo, tras la Sentencia núm. 500 de 1999 de la *Corte di Cassazione* y con la posterior introducción del artículo 7 de la Legge 205, de 21 de julio de 2000, sobre disposiciones en materia de jurisdicción administrativa, se reconoce la posibilidad de obtener el resarcimiento por el daño causado a un interés legítimo por la Administración pública. En esta Ley se procede, además, a una ampliación de las competencias de la jurisdicción administrativa por bloques de materias entre las que se encuentran «tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti...al servizio farmaceutico», y precisa el legislador que tales controversias se refieren a «de attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale...con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati, delle controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona o a cose e delle controversie in materia di invalidità». Por tanto, según el tenor literal de esta norma todas las cuestiones inherentes a las prestaciones sanitarias, ya sean intereses legítimos o derechos subjetivos, serán resueltas por el juez administrativo. M ANDREIS, «La tutela giurisdizionale del diritto alla salute», en *Profili attuali del diritto alla salute, op. cit.*, págs. 229 y sigs, subraya que esta tendencia a atribuir en exclusiva determinadas materias a la jurisdicción administrativa es un reflejo de la orientación generalizada hacia la «commistione in tale

**b).- El derecho a la salud en el ámbito de las relaciones laborales**

En torno a los años setenta se empiezan a vislumbrar ciertos cambios. La primera vez que el artículo 32 CI se invoca en una relación entre particulares será en el ámbito laboral. En concreto, se trata de un pronunciamiento de la *Corte di Cassazione*, la sentencia de 21 de marzo de 1973, núm. 796, en la que se condena a la Administración pública al resarcimiento del daño producido a un trabajador como consecuencia de la amputación de una pierna provocada por la falta de condiciones de salubridad en el puesto de trabajo. La *Corte di Cassazione* fundamenta su decisión en el artículo 32 CI y considera que la salud no es un simple interés legítimo, sino un auténtico derecho fundamental, un derecho primario y absoluto de la persona humana, que constituye un límite a la discrecionalidad administrativa y cuya lesión da lugar al derecho al resarcimiento de los daños causados<sup>150</sup>. Se reconoce la obligación del empresario, derivada directamente del artículo 32 CI, de garantizar las condiciones de seguridad y salubridad en el puesto de trabajo. Esta obligación, que aparecía recogida en el artículo 2087 del Código civil italiano –«L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa tutte le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro»–, adquiere mayor relevancia a partir de la reinterpretación que se hace de la norma constitucional. Aunque la introducción del artículo 2087 Cc

---

fattispecie delle tradizionali categorie del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo». Sin embargo, en el año 2004 la *Corte costituzionale* es llamada a pronunciarse sobre estos preceptos y en su Sentencia núm. 204, de 5 de julio, declara inconstitucional parte del citado artículo 7. Argumenta la *Corte* que «il vigente articolo 103, primo comma, Cost. non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare "particolari materia" nelle quali "la tutela nei confronti della pubblica amministrazione" investe "anche" diritti soggettivi». La *Corte*, en esta polémica Sentencia, se ha inclinado por establecer un criterio fundamentado en la naturaleza de las posiciones jurídicas protegidas (derecho subjetivo e interés legítimo) y ha rechazado el criterio por el legislador, basado en las distintas materias a la hora de establecer el reparto jurisdiccional.

<sup>150</sup> *Vid.* al respecto los comentarios de M. BESSONE y E. ROPPO, en "Diritto soggettivo alla «salute», ...", *op. cit.*, págs. 766 y sigs.

supuso un salto de calidad en las relaciones laborales, no obstante, su alcance estaba limitado, porque se entendía la tutela de la salud como una competencia exclusiva de los poderes públicos y una obligación del empresario frente a éstos poderes públicos y no ante al trabajador, de manera que la salud de éste último era protegida indirectamente.

Sin embargo, la nueva dimensión que se le da al artículo 32 permite superar este límite<sup>151</sup>. El artículo 32 CI no contiene sólo un principio general, de naturaleza programática, sino que está dotado de una eficacia inmediata en las relaciones intersubjetivas. En palabras textuales de SMURAGLIA «[...]non si tratta, cioè, soltanto di un principio “pubblicistico” d’ordine generale, al quale corrisponde un diritto soggettivo pubblico, ma anche di un principio destinato ad applicarsi immediatamente nei rapporti tra i privati, dando luogo a diritti soggettivi perfetti, sì da trasformare il generico diritto alla salute in un valore costituzionale assistito da effettive e concrete garanzie»<sup>152</sup>.

La aplicación inmediata del artículo 32 CI se tradujo, así mismo, en la inclusión en el *Statuto dei Lavoratori* de 1970 de una norma dirigida a tutelar la salud de los trabajadores. Esa norma es el artículo 9 en el que se establece que «I lavoratori, mediante loro rappresentanze, hanno diritto di controllare l'applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni e delle malattie

---

<sup>151</sup> Véase al respecto los comentarios de M. C. CHERUBINI en “Diritto alla salute”, en *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. Civ.* Vol. VI, Torino, 1990, págs. 82 y 83.

<sup>152</sup> Vid. C. SMURAGLIA, “Salute, III) Tutela della salute – Dir. Lav.”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, pág. 1. Cfr. igualmente el comentario de L. MONTUSCHI sobre lo que el denomina revolución “cultural” obrera y sus consecuencias para la salud de los trabajadores en su trabajo “Il I° comma dell’articolo 32”, en *Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali*, dirigido por G. Branca, Zanichelli Editore, Bologna, 1976. En nuestros días, en materia de acoso psicológico en el trabajo o *mobbing*, para proteger la salud del trabajador y establecer las obligaciones al respecto del empresario, se recurre también a la lectura combinada de los artículos 32 CI, 41.2 CI, que limita la iniciativa privada prohibiendo el ejercicio de prácticas que puedan perjudicar, la libertad, la seguridad de los individuos y la dignidad humana, y a los artículos 2087 Cc y 1175 Cc y 1375 Cc, en los que se consagran, respectivamente, los principios del buen comportamiento y buena fe, Véase la reciente Sentencia de la *Corte Costituzionale* núm. 238 de 2006 en la que se pronuncia sobre la constitucionalidad de la Ley de la Región Friuli-Venezia Giulia, de 8 de abril de 2005, núm. 7, sobre *Interventi regionali per l’informazione, la prevenzione e la tutela delle lavoratrici e dei lavoratori dalle molestie morali e psico-fisiche nell’ambiente di lavoro*.

professionali e di promuovere la ricerca, l'elaborazione e l'attuazione di tutte le misure idonee a tutelare la loro salute e la loro integrità fisica.»

### **c).- El derecho a la salud y la protección del medioambiente**

Uno de los sectores donde el derecho a la salud asume especial protagonismo en la década de los setenta es el medioambiental. El derecho a un ambiente sano no tiene en el ordenamiento jurídico italiano una garantía constitucional inmediata. Su tutela es indirecta y se basa en la protección de otros intereses constitucionales como son el paisaje (artículo 9 CI: «La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione.»), la salud como «interesse della collettività» y la salud como derecho individual<sup>153</sup>. La *Corte Costituzionale* en la Sentencia núm. 247 de 1974, que resolvía una cuestión de inconstitucionalidad referente al artículo 844 Cci, a propósito de inmisiones entre fundos colindantes, declaró que:

« [...]la norma è infatti destinata a risolvere il conflitto tra proprietari di fondi vicini per le influenze negative derivanti da attività svolte nei rispettivi fondi. Si comprende quindi che il criterio della normale tollerabilità in essa accolto vada riferito esclusivamente al contenuto del diritto di proprietà e non possa essere utilizzato per giudicare della liceità di immissioni che rechino pregiudizio anche alla salute umana o all'integrità dell'ambiente naturale, alla cui tutela è rivolto in via immediata tutto un altro ordine di norme di natura repressiva e preventiva. [...]Resta salva in ogni caso l'applicabilità del principio generale di cui all'articolo 2043 del codice civile».

---

<sup>153</sup> Cfr. A. BALDASSARE, “Diritti sociali”, *op. cit.*, pág. 26. La protección del ambiente se configura como un interés difuso, cuya vulneración y tutela repercuten en los individuos. El carácter colectivo de la protección del medio ambiente es predominante. Ahora bien, cada vez que existe una amenaza a la salud personal, existe el derecho del individuo para que se adopten todas las medidas preventivas y represivas para que cese la amenaza y el derecho a obtener el resarcimiento debido por los daños causados. «[...] essendo la salute il valore di riferimento garantito dall'articolo 32 Cost, quanto del “diritto all'ambiente (salubre), non è agevole tracciare la linea di confine tra gli interessi tutelabili dal singolo e quelli tutelabili collettivamente». En opinión de BALDASSARE el derecho a un medio ambiente salubre ocupa una situación precaria entre la tutela pública y privada del derecho a la salud. Se trata de un derecho que debe ser tutelado teniendo en cuenta los demás intereses constitucionalmente protegidos y la graduación de éstos ligada a los recursos financieros disponibles.

Es decir, la vulneración de la salud humana provocada por un problema de tipo ambiental conlleva un derecho de resarcimiento del daño causado conforme a las reglas generales derivadas de la responsabilidad por daños ilícitos *ex* artículo 2043 Cci.

La *Corte di Cassazione* también se ha pronunciado respecto al derecho a la salud y la protección del medio ambiente, relacionando los artículos 2 CI y 32 CI. Cada persona, como titular de derechos inviolables, como individuo y como miembro de formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad, tiene un derecho fundamental a la salud y, por lo tanto, tiene derecho a un ambiente sano que prevalece incluso sobre las acciones de la Administración dirigidas a tutelar la salud pública<sup>154</sup>.

#### **d).- El derecho a la salud y la interrupción del embarazo**

También se apela al derecho a la salud en materia de aborto. En esta ocasión la *Corte* se tiene que pronunciar sobre el artículo 546 del *Codice Penale*<sup>155</sup>. En el transcurso de un procedimiento penal, el juez instructor plantea

---

<sup>154</sup> Sentencia de la *Corte di Cassazione Sez. Un.*, de 6 de octubre de 1979, núm. 5172. en *Il Foro Italiano*, Vol I, 1979, pags. 2302 y sigs.

<sup>155</sup> Este precepto establecía lo siguiente: «Chiunque cagiona l'aborto di una donna, col consenso di lei, è punito con la reclusione da due a cinque anni. La stessa penna si applica alla donna che ha consentito l'aborto». El citado artículo formaba parte del Título X que regulaba los delitos contra la integridad y la sanidad de la estirpe, título que fue derogado por el artículo 22 de la Ley de 22 de mayo de 1978 relativa a las normas sobre la tutela social de la maternidad y la interrupción voluntaria del embarazo que establece estos dos supuestos:

##### Artículo 4:

«Per l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni, la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico istituito ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della legge 29 luglio 1975 numero 405, o a una struttura socio-sanitaria a ciò abilitata dalla regione, o a un medico di sua fiducia.»

##### Artículo 6:

«L'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave

una cuestión incidental sobre la constitucionalidad del citado precepto en la parte en la que se castiga a quien practicare un aborto, aún en el supuesto de que esté demostrada la peligrosidad del embarazo para el bienestar físico o el equilibrio psíquico de la gestante, sin que concurren las circunstancias eximentes previstas en el artículo 54 para el estado de necesidad<sup>156</sup>.

Según el juez *a quo*, aplicando este precepto, el denominado aborto terapéutico sólo es posible cuando exista un peligro inminente, actual e inevitable de provocar un grave daño a la persona, mientras que el aborto practicado con fines médicos para evitar que una mujer sufra un empeoramiento en su estado de salud es penalizado. Esta incriminación vulneraría los artículos 31CI y 32.2 CI, según los cuales la República «protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo» y «tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività».

La *Corte* en su sentencia núm. 27 de 18 de febrero de 1975 declara inconstitucional este precepto, porque no prevé que la interrupción del

---

pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.»

<sup>156</sup> Dice el artículo 54 CPI:

«1. Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo. 2. Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. 3. La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretto a commetterlo».

Recordemos, brevemente, que el estado de necesidad permite dañar un bien ajeno, incurriendo en un tipo penal, pero descartando la antijuridicidad de la acción debido, precisamente, a la presencia de la figura justificante. Su fundamentación gira entorno a la posibilidad que el Derecho otorga al particular de dañar o poner en peligro un bien jurídico determinado con el objetivo de salvar otro bien jurídico de igual o mayor trascendencia jurídica.



embarazo pueda producirse cuando la gestación implique posteriormente un daño o un peligro grave para la salud de la madre, médicamente probado e inevitable por otros medios. Dice la *Corte* lo siguiente:

«[...]l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione. Ed è proprio in questo il vizio di legittimità costituzionale, che, ad avviso della Corte, inficia l'attuale disciplina penale dell'aborto.»

Añade la *Corte* que la condición de la mujer gestante es especial y no encuentra tutela en una norma de carácter general como el artículo 54 CP, que exige, no sólo la gravedad y el carácter inevitable del daño o del peligro, sino también su inmediatez. Por el contrario, aunque el daño o el peligro derivado de un embarazo puedan ser previstos, sin embargo, no siempre son inmediatos. Así mismo, la eximente del estado de necesidad se basa en la equivalencia entre el bien dañado y el bien que se quiere salvar. Al respecto al *Corte* ha sido tajante al declarar que:

«Ora non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare. »

Señala SANTOSUOSSO que la relevancia de esta Sentencia para la evolución del derecho a la salud estriba en que, por primera vez, se introduce este derecho en el mundo de la medicina como medida y criterio interno a una relación terapéutica destinado a superar no sólo una patología orgánica, sino también psíquica<sup>157</sup>.

#### **e).- El derecho a la salud y las penas privativas de libertad en el caso de enfermos graves**

---

<sup>157</sup> Vid A. SANTOSUOSSO “Dalla salute pubblica all'autodeterminazione: il percorso del diritto alla salute”, *op. cit.*, págs. 87 y 88.

La tutela del derecho a la salud se invoca también por la *Corte costituzionale* para controlar la discrecionalidad del legislador a la hora de establecer los supuestos en los que, obligatoriamente, procede la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad cuando el condenado sea portador del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o padezca el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), tal y como se contempla en el *Codice penale*<sup>158</sup> y en el *Codice di procedura penale*<sup>159</sup>. Contra esta previsión legal se planteó

---

<sup>158</sup> El artículo 146 dice lo siguiente con relación a la suspensión obligatoria de la pena:

«L'esecuzione di una pena, che non sia pecuniaria, è differita: [...]3) se deve aver luogo nei confronti di persona affetta da infezione da HIV nei casi di incompatibilità con lo stato di detenzione ai sensi dell'articolo 286 bis, comma 1 c.p.p.».

El legislador italiano también ha previsto una serie de supuestos de suspensión facultativa, ya no obligatoria, de la pena privativa entre los que se contempla (artículo 147.2) el de aquellos condenados que se encuentren en condiciones de grave enfermedad física. Para los enfermos psíquicos el legislador ha previsto lo siguiente en el artículo 148:

«Se, prima dell'esecuzione di una pena restrittiva della libertà personale o durante l'esecuzione, sopravviene al condannato una infermità psichica, il giudice qualora ritenga che l'infermità sia tale da impedire l'esecuzione della pena, ordina che questa sia differita o sospesa e che il condannato sia ricoverato in un manicomio giudiziario, ovvero in una casa di cura e di custodia. Il giudice può disporre che il condannato, invece che in un manicomio giudiziario, sia ricoverato in un manicomio comune se la pena inflittagli sia inferiore a tre anni di reclusione o di arresto, e non si tratti di delinquente o contravventore abituale, o professionale, o di delinquente per tendenza. Il provvedimento di ricovero è revocato e il condannato è sottoposto all'esecuzione della pena, quando sono venute meno le ragioni che hanno determinato tale provvedimento.»

<sup>159</sup> El artículo 286-bis del *Codice di procedura penal*, tras la reforma llevada a cabo por la Legge 222/1993 establece lo siguiente:

«Non può essere mantenuta la custodia cautelare in carcere nei confronti di chi sia affetto da infezione da HIV e ricorra una situazione di incompatibilità con lo stato di detenzione. L'incompatibilità sussiste, ed è dichiarata dal giudice, nei casi di AIDS conclamata o di grave deficienza immunitaria; negli altri casi l'incompatibilità per infezione da HIV è valutata dal giudice tenendo conto del periodo residuo di custodia cautelare e degli effetti che sulla pericolosità del detenuto hanno le sue attuali condizioni fisiche. La richiesta di accertamento dello stato di incompatibilità può essere fatta dall'imputato, dal suo difensore o dal servizio sanitario penitenziario. Nei casi di incompatibilità il giudice dispone la revoca della misura cautelare, ovvero gli arresti domiciliari presso l'abitazione dell'imputato[...].»

una *questione di legittimità* que la *Corte costituzionale* estimó infundada en su Sentencia núm. 70, de 9 de marzo de 1994.

El juez *a quo* considera que la norma, al prever la suspensión obligatoria de la ejecución de la pena de los afectados por el VIH vulnera el artículo 2 de la Constitución, ya que compromete la tutela de los derechos inviolables del resto de la colectividad cuya protección se perseguía con la privación de libertad del condenado. En segundo lugar, también se violaría el principio de igualdad puesto que la norma establece un tratamiento irracionalmente discriminatorio para los enfermos “comunes” respecto a las personas afectadas por el VIH, «considerato che, alla luce dei dati offerti dalla scienza medica, i medesimi caratteri di gravità, irreversibilità ed ingravescenza sono presenti in molte altre patologie». Así mismo, al establecer la obligatoriedad de la suspensión no permite apreciar las peculiaridades de cada caso en concreto minusvalorando la función de la judicatura. Por último, se estaría contraviniendo el artículo 27.3 CI –«Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.»– y el artículo 32 CI.

La *Corte* resuelve la cuestión sobre la base del delicado problema de los límites internos que debe respetar el legislador al adoptar sus propias decisiones en el marco del «non sempre agevole bilanciamento di valori». En este supuesto se trata de ponderar dos valores en juego: el respeto del derecho a la salud y la seguridad de la colectividad respecto a la prevención de delitos mediante la ejecución de las sanciones penales. Para la *Corte* la tutela de la colectividad se puede garantizar a través de otros medios distintos a la privación de libertad y, además, recuerda en los siguientes términos que la pena tiene una función reeducativa y no de prevención general o de defensa de la población:

«[...]occorre anche osservare che qualora la norma in esame fosse ritenuta non conforme ai principî costituzionali per il sol fatto che dalla sua applicazione possono in concreto scaturire situazioni di pericolosità per la sicurezza collettiva, ne conseguirebbe che alla

esecuzione della pena verrebbe assegnata, in via esclusiva, una funzione di prevenzione generale e di difesa sociale, obliterandosi in tal modo quella eminente finalità rieducativa che questa Corte ha invece inteso riaffermare anche di recente (v. sentenza n. 313 del 1990), e che certo informa anche l'istituto del rinvio che viene qui in discorso.»

Por el contrario, el riesgo de contagio del VIH en las instituciones penitenciarias es muy alto y la suspensión de la ejecución de la pena se considera una medida adecuada que el legislador cree necesaria para garantizar el derecho a la salud<sup>160</sup>.

Con relación a la posible vulneración del principio de igualdad en perjuicio de los enfermos afectados de otras patologías, la *Corte* declara que no hay ninguna discriminación: las peculiaridades del SIDA y el peligro de contagio justifican un tratamiento diferenciado:

«Nessuna discriminazione, infatti, può intravedersi tra malati "comuni" e persone affette da AIDS, in quanto le caratteristiche affatto peculiari che contraddistinguono quest'ultima sindrome adeguatamente giustificano un trattamento particolare che, giova ribadirlo, si incentra sulla necessità di salvaguardare il bene della salute nello specifico contesto carcerario: una finalità, dunque, eterogenea rispetto ad altre gravi malattie, in ordine alle quali il rimedio del rinvio della esecuzione è funzionale esclusivamente alle esigenze del singolo.»

La *Corte* tiene, de nuevo, la oportunidad de pronunciarse sobre la previsión legal de la suspensión obligatoria de la ejecución de la pena en otra sentencia dictada ese mismo año. Nos estamos refiriendo a la Sentencia núm. 308 de 3 de agosto de 1994. En este caso el juez *a quo* solicita que se aplique el beneficio de la suspensión también a las situaciones de privación preventiva de

---

<sup>160</sup> B. PEZZINI, en "Principi costituzionali e politica della sanità il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute", GALLO, C.E.; PEZZINI, B. (Dirs.): *Profili attuali del Diritto alla salute*, Giuffrè, Milano, 1998 pág. 46, recuerda que la elección del legislador se sitúa en la línea marcada por la jurisprudencia constitucional según la cual la privación de libertad cesa cuando sea incompatible con las condiciones de salud del condenado. Sigue diciendo la autora que la presunción *iuris et de iure* de la incompatibilidad de la enfermedad del SIDA con la privación de libertad es un elección no arbitraria, ya que se fundamenta en la gravedad de la enfermedad, y, además, no lesiona otros intereses constitucionalmente protegidos, puesto que la suspensión de la pena no afecta a la defensa de la colectividad.

libertad. La *Corte* responde que la suspensión de la ejecución de la pena es una medida de carácter extraordinario, sólo aplicable en situaciones extremas como lo es la proliferación del VIH entre la población carcelaria. Añade la *Corte*, y esto es una novedad respecto a la Sentencia anterior, que la finalidad de la norma no es tanto la tutela individual del condenado, como sí lo es la tutela del resto de presos:

«[...]la finalità che la norma è chiamata a svolgere nel sistema, si è osservato come non sia tanto il bene della salute del singolo condannato a venire in discorso, quanto, piuttosto, la salvaguardia della sanità pubblica nel particolare consorzio carcerario, cosicché, e di riflesso, l'incompatibilità normativa con la condizione di detenuto, che la novella ha introdotto per coloro che risultino portatori di quella specifica malattia, non si fonda "sulla presunzione ex lege che l'esecuzione della pena realizzi un trattamento contrario al senso di umanità, ma si proietta sul diverso versante della tutela di quanti potrebbero patire pregiudizio ove la pena venisse immediatamente eseguita".»

A raíz de la alarma social provocada por los delitos cometidos por personas infectadas por el VIH a las que se les había suspendido la pena privativa de libertad, la Corte da un giro a la interpretación favorable que había hecho hasta entonces del artículo 146 del *Codice penale* y del artículo 286 *bis* del *Codice di procedura penale*, rechazando, a partir de este momento, el automatismo que lleva a poner en libertad a determinados sujetos que pueden resultar peligrosos para la sociedad y que carecen de un entorno favorable para su mejora y reinserción.

Así, en su Sentencia núm. 438 de 18 de octubre de 1995 declara la inconstitucionalidad del artículo 146 del *Codice penale* en la parte en la que establece que la suspensión se podría dar incluso cuando la expiación de la pena pudiera llevarse a cabo sin perjuicio para la salud del sujeto y la de los demás detenidos.

En otra sentencia inmediatamente posterior, la Sentencia núm. 439, con relación al artículo 286 *bis* del *Codice di procedura penale* y su compatibilidad con el artículo 3 de la Constitución, la Corte establece que es irracional la

prohibición absoluta de *custodia cautelare* que prevé el legislador sólo a favor de los enfermos de SIDA. Según la Corte a estas personas se les debe aplicar, «pur con i temperamenti resi necessari dalla peculiarità del morbo, la generale regola che consente, anche nel caso di malattie altrettanto gravi, l'adozione della misura carceraria, allorché esigenze cautelari di eccezionale rilevanza facciano ritenere inadeguata qualsiasi altra misura.» La Corte declara, finalmente, inconstitucional el citado artículo del *Codice di procedura penale* y concluye afirmando que corresponderá al juez verificar, caso por caso, teniendo en cuenta las estructuras disponibles, si la privación de libertad puede llevarse a cabo sin perjuicio para la salud del sujeto y de los demás detenidos.

La normativa, anteriormente considerada conforme a la Constitución, ya no lo es. En un primer momento encontró su justificación en la necesidad de resolver una situación dramática y de emergencia; pero los hechos han demostrado que la obligatoriedad de la suspensión de la pena y la excarcelación de los enfermos de SIDA no es la medida más adecuada para la tutela de la salud<sup>161</sup>.

#### **f).- Los límites al derecho a la salud. Los tratamientos sanitarios obligatorios**

De lo dicho hasta ahora podemos concluir que el derecho a la salud del artículo 32 CI es un derecho fundamental del individuo, un derecho de libertad que tiene una vertiente activa y otra pasiva. Dentro de la vertiente activa del derecho entrarían todos los actos de libre disposición sobre el propio cuerpo (donación de órganos, inseminación artificial, interrupción voluntaria del embarazo, cambio de sexo, etc.). Por otro lado, la vertiente pasiva del mismo consistiría, básicamente, en una pretensión de tutela de la integridad física y psíquica frente a intromisiones, tanto de los poderes

---

<sup>161</sup> Véase al respecto la reflexión que hace B. PEZZINI en “Principi costituzionali e politica della sanità”, *op. cit.*, pág. 48 y sigs.

públicos como de los demás particulares, cuya vulneración da derecho a su titular a ser resarcido.

Ahora bien, este derecho no es ilimitado, sino que, en determinados supuestos y bajo estrictas condiciones, su ejercicio puede verse restringido, bien por la existencia de límites objetivos, o bien porque pueda entrar en conflicto con otros intereses constitucionalmente protegidos. Así lo entendió el propio constituyente al establecer en el artículo 32.2 CI, en materia de tratamientos sanitarios, lo siguiente: «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.» Tampoco se debe de olvidar el tenor literal del párrafo primero del citado precepto, en el que el derecho a la salud, además de ser un derecho fundamental del individuo, se proclama como un «interesse della collettività».

Según PEZZINI el derecho a la salud como derecho de libertad reúne las características propias de los denominados derechos de la persona o de la personalidad: la intrasmisibilidad, la imprescriptibilidad, la irrenunciabilidad y la indisponibilidad<sup>162</sup>. Todas estas notas imponen una serie de límites al poder jurídico del titular del derecho con la finalidad de dar mayor estabilidad y protección al propio bien tutelado, tanto en su vertiente individual como en su vertiente colectiva. De los rasgos citados, el que presenta mayores dificultades es la indisponibilidad. En efecto, tal y como subraya PEZZINI, la indisponibilidad del derecho a la salud es una de sus características más controvertidas. Por que, ¿qué significa afirmar que el derecho a la salud es un derecho indisponible: negar a su titular el poder de disponer de él en determinadas relaciones contractuales con terceros, o no reconocerle ninguna facultad sobre el destino de su derecho?

---

<sup>162</sup> B. PEZZINI, en “Il diritto alla salute: profili costituzionali”, en *Diritto e società*, 1983, págs. 32 y sigs.

Tradicionalmente estas cuestiones se resolvían sobre la base del artículo 5 del *Codice civile* que establece lo siguiente:

«Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.»

En este precepto se reconoce la libre disponibilidad de la integridad física y los límites que se imponen a dicha libertad. Límites que se justifican, no ya sobre la base del valor que se atribuye al propio cuerpo, sino sobre su carácter instrumental respecto al cumplimiento de determinados fines del Estado<sup>163</sup>. En este sentido, si se aplica el tenor literal del artículo 5 Cci, la falta de consentimiento del paciente, por ejemplo para ser sometido a una transfusión de sangre que el facultativo estime indispensable para su supervivencia, sería irrelevante desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, esta concepción patrimonialista de la persona se ve superada con la entrada en vigor de la *Costituzione*. Como señala MODUGNO el artículo 5 Cci no representa el fundamento de la legalidad de los tratamientos sanitarios impuestos contra la voluntad del paciente, sino que aquel se encuentra en la norma constitucional<sup>164</sup>.

Ahora bien, ¿existe el deber constitucional a la propia salud, la obligación genérica de someterse a cualquier tratamiento sanitario? O, por el contrario, ¿se reconoce el derecho constitucional a rechazar cualquier intervención médica?

---

<sup>163</sup> Vid M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute...*, *op. cit.*, pág. 83

<sup>164</sup> F. MODUGNO, “Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione”, en *Diritto e società*, 1982, págs. 309 y sigs. Señala el autor que «la *sedes materiae* è, invece, rappresentata dall'articolo 32 Cost., anche per il suo valore superlegislativo e costituzionale. Esse, dopo aver stabilito che “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”, aggiunge, specificamente, che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”, e conclude, significativamente, che “la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”»



Con relación a los tratamientos sanitarios<sup>165</sup> rige, en principio, la libre voluntad de la persona, de manera que cualquier acto médico, ya sea de diagnóstico o terapéutico, ha de contar con el previo consentimiento del paciente. Así se establece en el artículo 33 de la Ley que regula el *Servizio Sanitario Nazionale* de 1978 —«Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari.[...]»— en el que se subraya que, aún en los supuestos de tratamientos sanitarios obligatorios, hay que buscar siempre el consenso del paciente: « [...]Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori di cui ai precedenti commi devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato».

Esta afirmación, hoy compartida de manera pacífica por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, encontró cierta oposición entre quienes consideraban el derecho a la salud como un derecho indisponible<sup>166</sup>. Según esta interpretación, al tratarse de un derecho social, predomina en él la vertiente colectiva, en detrimento del aspecto subjetivo e individual. La tutela de la salud pública se impone y la libre disposición de la persona queda mermada frente al interés general.

Estos planteamientos se han visto superados<sup>167</sup>. Si bien la tutela de la salud individual debe de orientarse a la realización de un modelo de sociedad basado en la solidaridad, esto no significa que el derecho fundamental del individuo tenga que ceder siempre y en todo caso. De la existencia de un interés colectivo no se puede derivar un deber a la propia salud, ni tampoco limitaciones al derecho subjetivo, a no ser que estén expresamente recogidas

---

<sup>165</sup> Por tratamiento debe entenderse, según D. VICENZI AMATO, en “Il 2° comma dell’articolo 32”, *Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali*, dir. por G. BRANCA, Zanichelli Editore, Bologna, 1976, pág. 176, cualquier medio diagnóstico o terapéutico destinado a prevenir o a curar una enfermedad.

<sup>166</sup> En este sentido R. D’ALESSIO, “I limiti costituzionali dei trattamenti sanitari”, en *Diritto e società*, 1981, págs. 537

<sup>167</sup> En contra de la preeminencia del aspecto colectivo del derecho la salud sobre el individual, se han pronunciado, entre otros, M. MAZZIOTTI, “Diritti sociali”, *op. cit.*, págs. 805 y sigs y M. LUCIANI, “Il diritto costituzionale alla salute”, *op. cit.*, págs. 769 y sigs.

en la Constitución<sup>168</sup>. El derecho a la disponibilidad del propio cuerpo se entiende como la libertad de todo individuo a no someterse a ningún tratamiento sanitario, a no ser que sea obligatorio, cuando así esté previsto por una ley en el marco de la Constitución y bajo determinadas y estrictas condiciones.

Sobre el fundamento constitucional de los tratamientos sanitarios obligatorios y sus condiciones de aplicación, existe en Italia una división de la doctrina entre quienes consideran que la legitimidad de los mismos se encuentra en el artículo 13 CI<sup>169</sup>, donde se consagra la inviolabilidad de la libertad personal<sup>170</sup>, y quienes, por el contrario, opinan que su base constitucional está en el artículo 32.2 CI<sup>171</sup>.

---

<sup>168</sup> *Vid* al respecto las reflexiones de D. VICENZI AMATO, en “Il 2° comma dell’articolo 32”, *op. cit.*, págs. 174 y sigs y también F. MODUGNO, “Trattamenti sanitari «non obbligatori»...”, *op. cit.*, págs. 310 y sigs. Según este último «Le sole limitazioni costituzionalmente consentite sono rivolte a salvaguardare la salute collettiva dai pericoli o dai danni che ad essa possono derivare dalle manifestazioni, positive o negative, dell’esercizio di quel diritto individuale». Y añade que «l’interesse collettivo alla salute che giustifica siffatte limitazioni si risolve anzi, a guardar bene, nel diritto individuale degli altri componenti della collettività alla tutela della propria salute»

<sup>169</sup> *Cfr.*, por ejemplo, A. PACE, “Libertà personale (diritto costituzionale)”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXIV, Milano, 1974, págs. 295 y sigs, o A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, quien defiende un concepto amplio del término libertad personal referido al «libero sviluppo della persona attraverso il godimento della libertà fisica», pág. 52.

<sup>170</sup> El artículo 13 CI establece lo siguiente:

«1. La libertà personale è inviolabile. 2. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. 3. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. 4. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. 5. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.»

<sup>171</sup> Así, D. VICENZI AMATO, en “Il 2° comma dell’articolo 32”, *op. cit.*, *passim*, y F. MODUGNO, “Trattamenti sanitari...”, *op. cit.*, *passim*.

Los primeros ven, además, un nexo evidente entre los citados preceptos constitucionales, ya que en ambos se postula la libertad de disponer del propio cuerpo. El artículo 32 CI constituye el límite dentro del cual el interés de la colectividad puede prevalecer sobre el derecho individual. Sólo dentro de esos límites se puede hablar de la constitucionalidad de un tratamiento sanitario obligatorio. Cuando esa obligatoriedad compromete la libertad física de la persona y se convierte en una *medida coactiva*, entonces es necesario buscar su fundamento constitucional fuera del artículo 32.2 CI y situarlo en el artículo 13.2, en el que se prevé el recurso a la coacción, pero, en todo caso siguiendo los parámetros establecidos en el artículo 32 CI<sup>172</sup>. Esta interpretación permite distinguir entre los tratamientos sanitarios *meramente obligatorios* y los tratamientos sanitarios *coactivos* que son constitucionalmente legítimos sólo si, en los casos y condiciones previstos por la ley, se impongan mediante una decisión motivada de la autoridad judicial competente<sup>173</sup>.

Ubicar los tratamientos sanitarios obligatorios en el artículo 13 CI significa, por tanto, que para su imposición es necesaria, además de la existencia de una ley que así lo prevea, la intervención de la autoridad judicial. Recordemos que en este precepto se establece lo siguiente: «non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, *se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.*» Por el contrario, si se considera que la base constitucional de los tratamientos sanitarios obligatorios está en el párrafo segundo del artículo 32 CI, será suficiente la reserva de ley y

---

<sup>172</sup> Así A. SANTOSUOSSO y G. TURRI en “I trattamenti obbligatori” en *Medicina e Diritto*, *op. cit.*, pág. 117 y sigs., para quienes esta interpretación aporta la justificación de la preeminencia del interés colectivo *ex* artículo 32 y la garantía de las modalidades de ejecución de los tratamientos sanitarios coactivos *ex* artículo 13.

<sup>173</sup> Esta distinción la plantean, entre otros, A. PACE en “Libertà personale (Diritto costituzionale)”, *op. cit.*, págs 295 y sigs., S. P. PANUNZIO en “Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione. (A proposito della disciplina delle vaccinazioni)”, en *Diritto e società*, 1979, págs. 888 y sigs.

la decisión de imponer un determinado tratamiento se entenderá como un acto administrativo, sin que sea necesaria la intervención del poder judicial.

En opinión de otros autores<sup>174</sup>, la relación entre los artículos 32 y 13 carece de fundamento. El artículo 32.2 CI se ocupa de los tratamientos sanitarios obligatorios. El artículo 13 CI de la libertad personal y de sus limitaciones. El primero prevé un instrumento para tutelar la salud; el segundo consagra las garantías procesales y sustanciales necesarias para los supuestos de privación de libertad.

Entonces, ¿por qué se ha establecido esta relación entre ambos artículos en materia de tratamientos sanitarios, sobre todo teniendo en cuenta que el constituyente se refiere expresamente a éstos en el artículo 32? VICENZI AMATO aporta una de las explicaciones más plausibles sobre este asunto. La autora que ahora comentamos considera que la conexión surge a partir de la doble función que, tradicionalmente, se le ha atribuido al internamiento de los enfermos mentales: la cura y la privación de libertad para proteger al paciente y al resto de los ciudadanos. El tratamiento sanitario restrictivo de la libertad personal se entendía como una subespecie del tratamiento sanitario obligatorio *ex* artículo 32.2 CI. Este carácter híbrido del internamiento psiquiátrico llevó, erróneamente según VICENZI AMATO, a poner en conexión los dos artículos de la Constitución.

Esta cuestión tampoco ha sido resuelta por la legislación ordinaria. La intervención de la autoridad judicial cuando se trata de limitar la libertad personal e imponer un tratamiento obligatorio, incluso cuando hay uso de la fuerza, cumple en todos los supuestos una función de convalidación y es posterior a la decisión administrativa. No ocurre lo mismo en el ordenamiento jurídico español en el que, salvo en los supuestos de urgencia, la intervención

---

<sup>174</sup> Así lo ha entendido D. VICENZI AMATO, en “Il 2° comma dell’articolo 32”, *op. cit.*, pág. 169 y sigs.

judicial es preceptiva con carácter previo a la adopción de una medida de internamiento coactiva contra la voluntad del paciente<sup>175</sup>.

---

<sup>175</sup> En el ordenamiento jurídico español corresponde a los tribunales civiles tomar la decisión de ingresar en un centro médico a las personas aquejadas de un trastorno mental. Esta medida se regulaba en los siguientes términos en el ahora derogado artículo 211 del Código Civil

«El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá *autorización judicial*. Esta será *previa* al internamiento, *salvo que razones de urgencia* hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

»El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203.

»Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269, 4), el Juez, de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente, y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y acordará lo procedente sobre la continuación o no de internamiento.»

Desde el año 2001 esta materia se rige por lo establecido en la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En el artículo 763 de esta norma se regula el procedimiento a seguir para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico:

«1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será *previa* a dicho internamiento, *salvo que razones de urgencia* hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, *dentro del plazo de veinticuatro horas*, a los efectos de que se proceda a la preceptiva *ratificación de dicha medida*, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento.[...]

»2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

»3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin

Los tratamientos sanitarios obligatorios en los casos de enfermedades mentales estaban previstos en Ley núm. 180, de 13 de mayo de 1978. Esta Ley se incorpora a la Ley núm. 833 de 23 de diciembre de 1978 que establece el *Sistema Sanitario Nazionale*, en los artículos 33, 34 y 35. El tratamiento sanitario obligatorio en caso de enfermedad mental consiste, según los citados preceptos, en un internamiento coactivo contra la voluntad del paciente impuesto, bien por el alcalde del ayuntamiento donde tenga su residencia habitual la persona, o bien por el alcalde del municipio donde se encuentre en ese momento, a propuesta de un facultativo y con la opinión favorable de otro

---

perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

»4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.»

Están facultados para instar la actuación judicial los parientes directamente interesados (cónyuge o pareja de hecho, descendientes, ascendientes o hermanos del presunto incapaz) y «*cualquier persona* está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las *autoridades y funcionarios públicos* que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.» (artículo 757.3).

médico vinculado a un hospital público. El internamiento coactivo se llevará a cabo cuando, quien se vea afectado por alteraciones psíquicas que precisen una intervención terapéutica de urgencia, se niegue a ello, siempre y cuando no existan alternativas a la hospitalización —«[...]Il trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale può prevedere che le cure vengano prestate in condizioni di degenza ospedaliera solo se esistano alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, se gli stessi non vengano accettati dall'infermo e se non vi siano le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere» (artículo 34, Ley núm. 833, de 23 de diciembre de 1978, que establece el *Sistema Sanitario Nazionale*)—. El alcalde competente tiene la obligación de notificar a la autoridad judicial competente la decisión adoptada que deberá de ir acompañada de los informes médicos preceptivos. El juez deberá convalidar o no la medida propuesta en el plazo de 48 horas previsto por la Ley desde el momento que se produce el internamiento. La omisión de la comunicación al juez constituye un delito de *omissione di atti di ufficio*<sup>176</sup>.

---

<sup>176</sup> En concreto el artículo 35 de la citada ley prescribe lo siguiente:

«Il provvedimento con il quale il sindaco dispone il trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera, da emanarsi entro 48 ore dalla convalida di cui all'articolo 34, quarto comma, corredato dalla proposta medica motivata di cui all'articolo 33, terzo comma, e dalla suddetta convalida *deve essere notificato, entro 48 ore dal ricovero, tramite messo comunale, al giudice tutelare nella cui circoscrizione rientra il comune.*

»Il *giudice tutelare*, entro le successive 48 ore, assunte le informazioni e disposti gli eventuali accertamenti, *provvede con decreto motivato a convalidare o non convalidare il provvedimento e ne dà comunicazione al sindaco.* In caso di mancata convalida il sindaco dispone la cessazione del trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera.

»Se il provvedimento di cui al primo comma del presente articolo è disposto dal sindaco di un comune diverso da quello di residenza dell'infermo, ne va data comunicazione al sindaco di questo ultimo comune, nonchè al giudice tutelare nella cui circoscrizione rientra il comune di residenza. Se il provvedimento di cui al primo comma del presente articolo è adottato nei confronti di cittadini stranieri o di apolidi, ne va data comunicazione al Ministero dell'interno, e al consolato competente, tramite il prefetto.

»Nei casi in cui il trattamento sanitario obbligatorio debba protrarsi oltre il settimo giorno, ed in quelli di ulteriore prolungamento, il sanitario

Volviendo al texto constitucional italiano y retomando lo que allí se dice, tres son las condiciones que debe de cumplir un tratamiento sanitario obligatorio para su conformidad con la *Costituzione*: **(I)** que suponga un beneficio para la salud no sólo de los demás miembros que conforman la colectividad, sino también de quien ve limitada su libertad de disponer sobre su propio cuerpo; **(II)** que el tratamiento esté previsto por una ley y **(III)** que se respete, siempre y en todo caso, la dignidad humana. Veamos, brevemente, cada uno de estos requisitos.

**(I)** Los tratamientos sanitarios obligatorios tienen como único fin la tutela de la salud individual y colectiva. De manera que nunca podrá imponerse un tratamiento sanitario para garantizar, por ejemplo, la seguridad o el orden público. La libertad individual para decidir sobre la propia salud sólo puede verse limitada cuando la finalidad última del tratamiento sea, única y exclusivamente, la protección de la salud.

Así lo ha entendido la *Corte costituzionale*, no sólo con relación a los tratamientos de carácter terapéutico, sino también con las medidas preventivas, como pueden ser las vacunas obligatorias o los análisis de sangre

---

responsabile del servizio psichiatrico della unità sanitaria locale è tenuto a formulare, in tempo utile, una proposta motivata al sindaco che ha disposto il ricovero, il quale ne dà comunicazione al giudice tutelare, con le modalità e per gli adempimenti di cui al primo e secondo comma del presente articolo, indicando la ulteriore durata presumibile del trattamento stesso. Il sanitario di cui al comma precedente è tenuto a comunicare al sindaco, sia in caso di dimissione del ricoverato che in continuità di degenza, la cessazione delle condizioni che richiedono l'obbligo del trattamento sanitario; comunica altresì la eventuale sopravvenuta impossibilità a proseguire il trattamento stesso. Il sindaco, entro 48 ore dal ricevimento della comunicazione del sanitario, ne dà notizia al giudice tutelare.

»Qualora ne sussista la necessità il giudice tutelare adotta i provvedimenti urgenti che possono occorrere per conservare e per amministrare il patrimonio dell'infermo.

»La omissione delle comunicazioni di cui al primo, quarto e quinto comma del presente articolo determina la cessazione di ogni effetto del provvedimento e configura, salvo che non sussistano gli estremi di un delitto più grave, il reato di omissione di atti di ufficio. [...]»



preceptivos en personas supuestamente afectadas por el VIH para evitar riesgos en la salud de terceros.

A este respecto, la *Corte* es llamada a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley de 4 de febrero de 1966 que establece la obligatoriedad para los padres o tutores de vacunar a los niños menores de un año contra la poliomielitis<sup>177</sup>. Dicha norma no preveía un sistema de indemnización para aquellos casos en los que se pudiesen provocar daños como consecuencia de la inoculación del virus. Este supuesto tiene su origen en una causa abierta ante la jurisdicción civil por una madre que reclamaba ser indemnizada al haber contraído la poliomielitis, con parálisis espinal permanente, al ser contagiada por su hijo que acababa de ser vacunado. La *Corte* declara, en su Sentencia núm. 307 de 14 de junio de 1990, en primer lugar, que este tipo de vacuna es un típico caso de tratamiento sanitario obligatorio conforme al artículo 32, y que la ley que impone una medida de estas características:

«[...]non è incompatibile con l'articolo 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale. »

Añade que el tratamiento sólo procede cuando éste no incida negativamente en el estado de salud de quien debe someterse al mismo, «salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili.» Es decir, la *Corte* admite que la vacunación provoque efectos secundarios leves sobre la salud, temporales y de poca importancia, que no invalidan desde el punto de vista constitucional el tratamiento.

---

<sup>177</sup> En Italia, además de la vacuna contra la poliomielitis, son obligatorias la vacuna contra la hepatitis B, contra la difteria, y la antitetánica.

Por el contrario, la *Corte* sí considera ilícitos los daños posteriores que puedan derivarse para la salud del individuo, incluida la enfermedad contraída por contagio a través de la vacuna, ya que la relevancia constitucional de la salud como interés colectivo no es suficiente para justificar esta medida sanitaria:

«Tale rilievo esige che in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, ciascuno possa essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico, ma non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri. Un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute –e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario– implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento. In particolare finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito.»

La *Corte* esta Sentencia concluye declarando inconstitucional la Ley en cuanto no prevé una indemnización por los daños causados, siguiendo una jurisprudencia ya asentada según la cual todo menoscabo de la salud conlleva su resarcimiento<sup>178</sup>.

---

<sup>178</sup> Así, como se señala en la citada Sentencia,

«La giurisprudenza di questa Corte è infatti fermissima nel ritenere che ogni menomazione della salute, definita espressamente come (contenuto di un) diritto fondamentale dell'uomo, implichi la tutela risarcitoria ex artículo 2043 c.c. Ed ha chiarito come tale tutela prescindendo dalla ricorrenza di un danno patrimoniale quando, come nel caso, la lesione incida sul contenuto di un diritto fondamentale (sentt. nn. 88 del 1979 e 184 del 1986).

»[...]Con la presente dichiarazione di illegittimità costituzionale, invece, si introduce un rimedio destinato a operare relativamente al danno riconducibile sotto l'aspetto oggettivo al trattamento sanitario obbligatorio e nei limiti di una liquidazione equitativa che pur tenga conto di tutte le componenti del danno stesso. Rimedio giustificato - ripetersi - dal corretto bilanciamento dei valori chiamati in causa dall'articolo 32 della Costituzione in relazione alle stesse ragioni di solidarietà nei rapporti fra ciascuno e la collettività, che legittimano l'imposizione del trattamento sanitario.»

Otra de las resoluciones adoptada por la *Corte*, relacionada también con los requisitos que han de cumplir las medidas sanitarias obligatorias de carácter preventivo, fue la polémica Sentencia num. 218, de 23 de mayo de 1994 en la que se declara inconstitucional el artículo 5, párrafos 3 y 5, de la Ley núm. 135 de 1990, sobre medidas urgentes para la prevención y la lucha contra el SIDA. En este precepto se establecía (párrafo 3) que nadie podrá ser sometido, sin su previo consentimiento, a pruebas tendentes a verificar si se es o no portador del VIH, a no ser por motivos clínicos *en su propio interés*, y se añadía (párrafo 5) que el ser portador del VIH no podrá constituir un motivo de discriminación para el acceso a determinados puestos de trabajo o su permanencia en ellos.

Estos preceptos son declarados contrarios al artículo 32 CI sobre la base de los siguientes argumentos. En primer lugar, la *Corte* recuerda que la protección de la salud incluye:

«[...]la generale e comune pretesa dell'individuo a condizioni di vita, di ambiente e di lavoro che non pongano a rischio questo suo bene essenziale. Sotto il profilo dell'assistenza pubblica la tutela della salute si specifica nel diritto, basato su norme costituzionali di carattere programmatico, all'erogazione, nel contesto delle compatibilità generali non irragionevolmente valutate dal legislatore, di adeguate prestazioni di prevenzione e cura, dirette al mantenimento o al recupero dello stato di benessere.»

Además, la tutela de la salud implica el *deber* del individuo de no lesionar ni poner en peligro con su propio comportamiento la salud de los demás «in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri.»

Por otra parte, el interés común, y el propio interés personal del individuo, justifican que determinadas personas se sometan a tratamientos sanitarios obligatorios. Esta situación se da en aquellos supuestos de enfermedades infectocontagiosas, cuya transmisión está unida al comportamiento del individuo, que está obligado a adoptar conductas responsables y las cautelas necesarias para impedir la difusión de la

enfermedad. El interés común y la protección de terceros hacen obligatorias determinadas pruebas de diagnóstico que han de estar previstas por la ley en aquellos supuestos en los que la actividad profesional pueda suponer un riesgo:

«Riconosciuta legislativamente l'esistenza di attività e servizi che comportano rischi per la salute dei terzi, derivanti dall'essere gli operatori addetti portatori di una malattia diffusiva quale l'AIDS, ne segue la necessità, a tutela del diritto alla salute, di accertare preventivamente l'assenza di sieropositività per verificare l'idoneità all'espletamento dei servizi che comportano questo rischio e che non possono essere solo quelli inerenti alle attività degli addetti alle forze di polizia. Lo stesso legislatore, nel settore della sanità e dell'assistenza, ha inteso disporre la protezione dal contagio professionale, avendo particolarmente di mira il rischio che gli addetti possono correre nell'esercizio dell'attività professionale; rischio per il quale operano in prevalenza le misure di protezione previste. L'ulteriore necessità che si manifesta è di tutelare la salute dei terzi in ogni settore nel quale esista per essi un serio rischio di contagio, trasmissibile da chi svolga un'attività loro diretta.»

Por tanto, los reconocimientos médicos se consideran tratamientos sanitarios *ex* artículo 32 CI, y pueden ser legítimamente impuestos «solo in necessitata correlazione con l'esigenza di tutelare la salute dei terzi (o della collettività generale)». Son medidas indispensables que encuentran un límite insoslayable en el respeto de la dignidad de la persona que exige la protección de su privacidad para evitar su marginación y proteger su «vita lavorativa e di relazione».

Algunos autores se muestran muy críticos con esta Sentencia, entendiendo que sólo aparentemente está fundada en Derecho<sup>179</sup>. El argumento jurídico del peligro de la colectividad es repetitivo y formulado de manera muy abstracta, sin especificar nada en absoluto con relación a la cuestión planteada. La decisión de la *Corte* no modifica la ley, porque, según este sector crítico de la doctrina, decir que un tratamiento puede ser obligatorio cuando exista un peligro para la salud de terceras personas no añade nada.

---

<sup>179</sup> *Cfr.* A. SANTOSUOSSO y G. TURRI en "I trattamenti obbligatori" *Medicina e Diritto*, *op. cit.*, pág. 123 y sigs.

Con relación a esta Sentencia COCCONI explica que la decisión que adopta la Corte no es autoaplicativa, es decir, deja en manos del legislador la tarea de determinar las modalidades del reconocimiento médico y los sectores en los que se deberá llevar a cabo<sup>180</sup>.

(II) La reserva de ley es el segundo de los requisitos para que un tratamiento sanitario obligatorio sea constitucionalmente legítimo. «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge», reza el artículo 32.2 en su primer inciso.

También la Ley 833 de 23 de diciembre de 1978, por la que se crea el *Servizio Nazionale Sanitario*, en su artículo 33 establece la reserva de ley en los siguientes términos:

«Nei casi di cui alla presente legge e in quelli espressamente previsti da leggi dello Stato possono essere disposti dall'autorità sanitaria accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, secondo l'articolo 32 della Costituzione, nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura.»

Puesto que se trata de la limitación de un derecho fundamental, la libre autodeterminación del individuo con relación a su propio cuerpo, la reserva de ley es obligada.

Pero, ¿qué tipo de reserva es: *relativa* o *absoluta*? La doctrina italiana se divide al respecto. Para CRISAFULLI estamos ante una reserva de ley *relativa*<sup>181</sup>. Esto significa que el requisito del artículo 32.2 CI se cumple, incluso si la ley se

---

<sup>180</sup> Cfr. M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute, op. cit.*, pág. 97. El legislador, refiriéndose expresamente al deber de tutela de la salud de terceros, ha reconocido la existencia de un grave riesgo de contagio del VIH cuando se desarrollan determinados tipos de actividades profesionales. Así, con relación a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, ha establecido que, para verificar su idoneidad para el desempeño de las funciones anejas al puesto de trabajo, pueda preverse la realización de pruebas, previo consentimiento del interesado, para verificar la inexistencia del VIH. Aquellas personas que no quieran someterse a dichas pruebas, no realizarán aquellos servicios que puedan poner en peligro la salud de terceros.

<sup>181</sup> *Vid.* V. CRISAFULLI, “In tema di emotrasfusioni obbligatorie”, en *Diritto e società*, 1982 pags.558 y 559.

limita a regular *lo esencial*<sup>182</sup> de la materia reservada, permitiendo que a través de fuentes subordinadas y de actos administrativos y jurisdiccionales se integre la disciplina y se haga efectivo el mandato constitucional, dentro de un margen más o menos amplio de discrecionalidad. Añade CRISAFULLI que aunque la reserva de ley fuera absoluta, las consecuencias serían las mismas: el intérprete no podría nunca añadir nuevos supuestos de tratamientos sanitarios al margen de los estrictamente previstos por la Ley<sup>183</sup>.

Como hemos dicho hay parte de la doctrina que no admite la reserva de ley relativa cuando se trata de tratamientos sanitarios *coactivos* y critican, severamente, la *Legge* 833 de 23 de diciembre de 1978. Así PANUNZIO<sup>184</sup> evidencia que en esta Ley, en efecto, no se distingue entre tratamientos sanitarios *obligatorios* y tratamientos sanitarios *coactivos*, calificando como obligatorios todos los tratamientos que no son voluntarios, incluidos los que conllevan cierta coacción física, como es el caso del internamiento de enfermos mentales. Al imponer una limitación a la libertad personal, este tipo de medidas coactivas están amparados por la reserva de ley absoluta y por la intervención de la autoridad judicial competente, como se establece en el artículo 13 CI. La *Legge* 833 de 23 de diciembre de 1978 ignora este precepto, lo que lleva a PANUNZIO a advertir de la posible inconstitucionalidad de la citada norma. Además, denuncia este autor la *amministrativizzazione* de los procedimientos para aplicar un tratamiento sanitario. La intervención del *sindaco* en la toma de decisión implica una excesiva intervención de la Administración pública en la limitación de los derechos fundamentales, no

---

<sup>182</sup> El subrayado es del propio autor.

<sup>183</sup> Existe sólo una excepción a esta prohibición en materia de higiene, salud pública y policía veterinaria, y sólo en casos de urgente necesidad, que aparece contemplada en el artículo 32 de la *Legge* 833 de 23 de diciembre de 1978, que permite al *Ministro per la Sanità*, al *Presidente della Giunta regionale* o al *Sindaco*, según el ámbito territorial afectado, tomar medidas mediante el ejercicio de los denominados *poteri di ordenanza*.

<sup>184</sup> En “Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione. (A proposito della disciplina delle vaccinazioni)”, *op. cit.*, pág. 891.

dejando margen al control judicial, salvo en el caso previsto por la Ley para el internamiento obligatorio de los enfermos mentales.

(III) El último de los requisitos que ha de cumplir todo tratamiento sanitario obligatorio para ser constitucional es el respeto a la dignidad humana.

En palabras de MODUGNO<sup>185</sup> estamos ante un límite funcional de la actividad del legislador, cambiante por el transcurso del devenir histórico, pero con unos referentes que la Constitución define y garantiza: la dignidad del artículo 3 CI, que se concreta en una serie de situaciones subjetivas que la Constitución llama *diritti inviolabili*, como son la libertad de conciencia y religiosa (artículo 19 CI) y la libertad de pensamiento (artículo 21 CI). Según MODUGNO «Il rispetto della persona umana si sostanzia dunque nel rispetto delle opinioni, delle credenze, dei convincimenti dei singoli, che, più di oggi altro valore [...] rappresentano il patrimonio più geloso ed autentico del singolo e il contenuto della sua dignità». Esto significa que el legislador, a la hora de prever un tratamiento sanitario obligatorio, contrario, por ejemplo, a las convicciones religiosas, pero necesario para proteger la salud de terceras personas, tendrá que ponderar los dos valores constitucionales en liza (la salud individual de los terceros y el respeto a la dignidad humana). Sin embargo, cuando no exista riesgo para la salud colectiva, el respeto a la dignidad de la persona prevalece y no cabría la imposición de un tratamiento destinado, únicamente, a proteger la salud del individuo<sup>186</sup>. Sobre la base de estos planteamientos, la intervención de un juez, ordenando el sometimiento a un determinado tratamiento sanitario contra la voluntad del paciente, no previsto

---

<sup>185</sup> En “Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione”, *op. cit.*, pág. 314

<sup>186</sup> Este sería el supuesto de los Testigos de Jehová que rechazan recibir transfusiones de sangre. Véase al respecto el trabajo de R. D’ALESSIO “I limiti costituzionali dei trattamenti sanitari. (A proposito dei Testimoni di Geova)”, *op. cit.*, *passim*. También puede consultarse el artículo de G. M. PARODI “Trattamenti sanitari obbligatori, libertà di coscienza e rispetto della persona umana”, en *Il Foro Italiano*, 1983, págs. 2656 a 2661.

por la ley, vulnera las previsiones constitucionales<sup>187</sup>. Así ocurriría en el caso de las transfusiones. No hay ninguna ley que imponga la transfusión de sangre como tratamiento sanitario obligatorio. De manera que, en ausencia del consentimiento del paciente, no se podrá llevar a cabo.

Ahora bien, en este punto hay que hacer una observación con relación a los menores. Estos no tienen capacidad jurídica para manifestar su consentimiento o su disenso con relación a un tratamiento sanitario. Esta situación de incapacidad se tutela a través de la institución de la patria potestad<sup>188</sup>.

La Constitución italiana en su artículo 30.1 establece que «È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio.» En el mismo sentido, el *Codice civile*, en el artículo 147, prevé lo siguiente: «Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli».

Sin embargo, no hay que perder de vista el tenor del párrafo 2 del artículo 30 CI que dice lo siguiente: «Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti.» Se trata de una reserva de ley para regular la incapacidad de los padres, entendida esta incapacidad en sentido *lato*, y no como incapacidad jurídica, incluyéndose bajo este término todos aquellos

---

<sup>187</sup> Cfr. D'ALESSIO "I limiti costituzionali dei trattamenti sanitari. (A proposito dei Testimoni di Geova)", *op. cit.*, págs. 550 y sigs.; F. MODUGNO, "Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione", *op. cit.*, pág. 315; V CRISAFULLI, "In tema di emotrasfusioni obbligatorie", *op. cit.*, págs. 564 y sigs., advierte que esta afirmación debe de ser matizada en el caso de menores e incapaces. En estos supuestos, la intervención del juez podría justificarse.

<sup>188</sup> En el artículo 316 del *Codice civile* se dice que el hijo está sujeto a la patria potestad de los padres hasta la mayoría de edad o hasta su emancipación. En principio, la patria potestad se ejerce por ambos progenitores. En el supuesto de que existan opiniones contrarias sobre cuestiones de especial relevancia, cualquiera de los padres podrá recabar la intervención del juez. El juez, tras dar audiencia a los padres y al hijo, si es mayor de 14 años, propondrá la solución que considere más favorable para el interés del hijo y de la unidad familiar. No obstante, si la divergencia persistiera, atribuirá el poder de decisión a aquel de los progenitores que, para ese supuesto en concreto, considere el más idóneo para proteger el interés del hijo.



casos en los que los padres no puedan hacer frente a sus obligaciones. Entre estos supuestos entraría el problema de conciencia que supondría para ellos el elegir entre seguir los mandatos de la religión que profesan, o bien la salud de sus hijos menores.

Ahora bien, negarse a que un hijo se someta a una transfusión de sangre no sería causa suficiente para privarles de la patria potestad<sup>189</sup>. El juez puede privar a los padres de la patria potestad si abusan de los poderes inherentes a la misma, o si violan o no cumplen los deberes que les corresponden (artículo 330 Cci). Puede darse el caso que su conducta, aunque no lleve aparejada la pérdida de la patria potestad, sí que resulte perjudicial para el hijo. En estos supuestos, el juez, a instancia del otro progenitor, de familiares o del ministerio fiscal (artículo 336 Cci) podrá adoptar las medidas que considere oportunas según las circunstancias de cada caso (artículo 333 Cci).

La *Corte costituzionale* se ha pronunciado sobre esta materia en su Sentencia núm 26, de 30 de enero de 1991, que resuelve una *questione di legittimità* con relación a una ley aprobada por la Región de Sicilia sobre *Norme per la salvaguardia dei diritti dell'utente del Servizio Sanitario Nazionale e istituzione dell'ufficio di pubblica tutela degli utenti dei servizi sanitari*. En concreto, el análisis se centra en el artículo 7 de la citada Ley, en el que se dice que los servicios sanitarios podrán solicitar la intervención del juez de menores en el supuesto que el progenitor que ejerza la patria potestad no dé su consentimiento para la realización de pruebas de diagnóstico, actividades terapéuticas o asistenciales, derivándose de este comportamiento un grave perjuicio para la salud del menor.

Uno de los aspectos que había despertado la sospecha de inconstitucionalidad tenía que ver con las personas legitimadas para solicitar la intervención del juez. Al permitir que los servicios sanitarios en estos casos se

---

<sup>189</sup> Cfr. V CRISAFULLI, “In tema di emotrasfusioni obbligatorie”, *op. cit.*, pág 565.

dirijan a la autoridad judicial, se estaría supuestamente modificando el artículo 333 Cc, en el que, recordemos, se enumeran las personas legitimadas para ello. La Ley siciliana modificaría así el *Codice civile* y el reparto de competencias legislativas entre Regiones y Estado. La *Corte* considera que no se produce tal modificación, ni, por tanto, una vulneración del reparto de competencias. Según el juez constitucional:

«Nel prevedere che l'operatore sanitario può, in certi casi, ritenuti gravemente pregiudizievoli per la salute del minore, "chiedere l'intervento del giudice minorile", la disposizione stessa si è limitata, infatti, a richiamare un semplice potere di segnalazione o di denuncia dell'organo amministrativo nei confronti dell'autorità giudiziaria, potere che non comporta l'esercizio del diritto di azione di cui all'articolo 336 cod. civ., ma che è diretto soltanto a sollecitare tale esercizio da parte di uno dei soggetti legittimati dalla stessa norma (pubblico ministero o, in casi di urgente necessità, giudice minorile). In ogni caso, trattandosi di semplice segnalazione o denuncia e non di ricorso, il potere in questione va ricondotto alla sfera degli ordinari poteri amministrativi spettanti all'operatore del servizio sanitario, in relazione al perseguimento delle finalità connesse alla tutela pubblicistica del diritto costituzionale alla salute.»

Es decir, los servicios sanitarios pueden poner en conocimiento del juez la existencia del comportamiento de un padre gravemente perjudicial para la salud del menor. No se trata de un recurso, ni del ejercicio de una acción procesal. Estamos ante un acto administrativo destinado a cumplir con el objetivo de la tutela del derecho a la salud<sup>190</sup>.

---

<sup>190</sup> Lo que resulta inviable desde el punto de vista jurídico-constitucional es la intervención del *sindaco*. Expone V. CRISAFULLI, *ibidem*, pág. 566, el caso del alcalde de Roma, quien el 24 de mayo de 1982, mediante una ordenanza municipal, ordenó que una niña de tres años fuese sometida a una transfusión de sangre, ante la negativa de sus padres que eran Testigos de Jehová, sobre la base del artículo 33 de la Legge 833 de 1978, del *Servizio Sanitario Nazionale*, en el que recordemos se prevé que los tratamientos obligatorios, contrarios a la voluntad del paciente, sólo serán posibles en los casos que establezca la Ley. Recordemos que la única intervención posible del *sindaco* es la prevista por el artículo 35 de la citada norma en los supuestos de internamientos de enfermos mentales. Tampoco es competente para decretar la alimentación forzosa de aquellas personas que se encuentran privadas de libertad en huelga de hambre. Estos sujetos están sometidos a un régimen especial, en aplicación del artículo 13 CI, confiados forzosamente a la tutela del Estado, quien tiene el deber de protegerlos contra cualquier perturbación de su integridad física. *Cfr.* siempre V. MODUGNO, *ibidem*, pág. 567, nota 5

**g).- El derecho a las prestaciones sanitarias**

Hasta ahora hemos visto las manifestaciones más relevantes del derecho a la salud como un derecho de libertad. Esta vertiente se configura, principalmente, a través de *posiciones jurídicas de defensa*. Sin embargo, como dijimos más arriba, de la interpretación del artículo 32 CI también se deduce la existencia de un derecho de carácter marcadamente prestacional, el derecho a la asistencia sanitaria, que impone al Estado la obligación de actuar para proteger la conservación de este bien primario. Este deber de salvaguarda no se limita a la creación y mantenimiento de un servicio sanitario nacional, sino que el Estado ha de procurar, con todos los medios a su alcance, que se den las condiciones necesarias para su realización.

En este sentido, la *Corte Costituzionale*, en su Sentencia núm. 142 de 1982, se pronuncia sobre una norma tributaria que preveía la posibilidad de deducir en la declaración de la renta de las personas físicas determinados gastos sanitarios efectuados por el contribuyente sólo en el caso de que éstos se hubiesen realizado en territorio nacional. La *Corte* declara esta limitación territorial inconstitucional argumentando lo siguiente. En primer lugar, cuando la legislación tributaria establece esta deducción «[...]lo fa certamente in considerazione dell'importanza primaria del bene della salute e dell'obbligo costituzionale della sua tutela». Sigue diciendo la *Corte* que corresponde al legislador la determinación de los instrumentos, el tiempo y el modo de llevar a cabo esta tutela. Haciendo uso de esta potestad el legislador crea en el año 1978 el *Servizio Sanitario Nazionale*:

«E, infatti, sia per quanto riguarda l'assistenza diretta, sia per quanto riguarda la deducibilità delle spese di cura sostenute in proprio dal contribuente, la legislazione nazionale postcostituzionale offre il quadro di un'evoluzione nel senso della più estesa tutela del bene della salute. Momento fondamentale di attuazione dell'intervento della collettività nella tutela della salute dell'individuo è l'emanazione della legge (n. 833 del 1978) che istituisce il Servizio sanitario nazionale, la cui finalità peculiare è quella di assicurare direttamente a tutti i cittadini, indipendentemente dalla loro capacità economica [...] "la diagnosi e la cura degli eventi morbosi, quali che ne siano le cause, la

fenomenologia e la durata" e "la riabilitazione degli stati di invalidità terapeutica e psichica". »

Ahora bien, tanto antes como después de la creación del *Servizio Sanitario Nazionale*, no estaba ni está prohibido a los ciudadanos acudir a otras instancias profesionales para recabar asistencia médica. El legislador ordinario ha tenido en cuenta los gastos hechos por el contribuyente al margen del servicio público y ha acordado, en virtud del artículo 32 CI, su deducción. Por tanto, dice la *Corte*, no es cierto que:

«[...]il diritto dei cittadini alla tutela della salute "è compiutamente garantito dall'ordinamento sanitario dello Stato italiano nell'ambito del quale agiscono coloro che risiedono nel territorio nazionale". Se ciò avesse ritenuto il legislatore, sarebbe venuta meno la giustificazione della deducibilità delle spese mediche sostenute dal cittadino.»

Concluye sentenciando, con base a estos razonamientos y al principio de igualdad, que no tiene justificación alguna la distinción que hace la disposición tributaria sometida al juicio de constitucionalidad entre los gastos efectuados en territorio italiano de los efectuados en el extranjero:

«[...]Le considerazioni fin qui svolte convincono la Corte che l'articolo 10, lett. f, del d.P.R. n. 597 del 1973, laddove limita la deducibilità delle spese e compensi di cui trattasi al caso che sia indicato il domicilio o la residenza del percipiente nel territorio dello Stato, confligga con gli artt. 3 e 32 della Costituzione perché in materia che si riferisce alla protezione della salute individuale discrimina irrazionalmente il trattamento fiscale delle spese sostenute nel territorio nazionale da quelle sostenute all'estero. Infatti, se le spese cui si riferisce la deducibilità sono riconosciute necessarie per la tutela della salute (e senza alcun rilievo dal fatto che esse avrebbero o no potuto essere evitate rivolgendosi alle strutture sanitarie nazionali), non appare ragionevole un trattamento diverso a seconda che il percipiente sia in Italia o all'estero. »

Para BARDUSCO el artículo 32 CI, concebido como una *norma finalista*, demuestra su capacidad para invalidar aquellas leyes, como la citada norma tributaria, que se opongan a su contenido social. No obstante, preceptos constitucionales como el artículo 32 CI sirven de poco al ciudadano cuando para obtener la satisfacción de sus necesidades debe esperar a que, a través de una decisión legislativa, se proceda a la organización de un servicio que

procure las prestaciones necesarias para atender a sus exigencias. Los titulares de los derechos sociales están prácticamente desprovistos de tutela jurídica ante los comportamientos omisivos del legislador<sup>191</sup>.

Un sector importante de la doctrina<sup>192</sup> considera que el derecho social constitucionalmente garantizado tiene como finalidad tutelar la salud como *función* del Estado. Una función indeclinable e inherente a la *statualità*<sup>193</sup>. Sin embargo, existe un amplio margen de libertad política que permite al legislador establecer las formas y elegir los medios e instrumentos para llevar a cabo la función del Estado. Al respecto PEZZINI afirma que la Constitución no resuelve la duda acerca de la necesidad de un sistema público proveedor de las prestaciones sanitarias, «lo reserva alla discrezionalità del legislatore, che dovrà concretamente configurare un modello di funzione di tutela della salute che soddisfi il diritto individuale e l'interesse collettivo, in particolare anche inventando modelli per il riparto dei ruoli e delle competenze della pubblica amministrazione e di operatori privati.»<sup>194</sup> PEZZINI habla de *modelos* para subrayar la relatividad y variabilidad de la elección política respecto a la estructura y organización de las prestaciones sanitarias. Porque, a diferencia de lo que ocurre con otros derechos sociales (el derecho a la educación o el

---

<sup>191</sup> A. BARDUSCO, "Diritto alla salute e decisione politiche", en *Sanità Pubblica*, 1983, págs. 417 y sigs. Toma prestadas las palabras de G. CORSO según el cual bajo este punto de vista, el derecho social, «immesso nel calco del diritto civico (nato come sottospecie del diritto pubblico soggettivo), rischia di vedere evaporare la propria natura di diritto (soggettivo): i diritti civili –diritti a prestazioni amministrative– non vengono considerati infatti diritti soggettivi e, in qualche caso, neppure interessi legittimi», "I diritti sociali nella Costituzione italiana", en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1982, pág. 762.

<sup>192</sup> Así R. FERRARA, en "Salute (diritto alla)", en *Digesto delle discipline pubbliche*, 1997, pág. 10 y B. PEZZINI, en "Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute", en *Profili attuali del Diritto alla salute*, dir. por C.E. GALLO y B. PEZZINI, Giuffrè, Milano, 1998, pág. 11.

<sup>193</sup> La expresión es de B. PEZZINI, *ibidem*, pág. 11

<sup>194</sup> *Ibidem.*, pág. 11.

derecho a la seguridad social) en el caso del derecho a la salud nada dice la Constitución en cuanto a la forma de organización de las prestaciones<sup>195</sup>.

Existe un consenso generalizado a la hora de calificar el derecho a las prestaciones sanitarias como un derecho “condicionado”. La noción de derechos constitucionales condicionados aparece por primera vez en la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale*, en la sentencia número 455 de 1990,

---

<sup>195</sup> En Italia el *Servizio Sanitario Nazionale* se crea mediante la *Legge* 833 de 23, de diciembre de 1978, que extiende la asistencia sanitaria a todos los ciudadanos. Las prestaciones sanitarias comprenden la prevención, la cura y la rehabilitación. Así mismo, en esta Ley se establece una corresponsabilidad entre las Regiones y los Ayuntamientos. Se crean las *Unità sanitarie locali* con el objetivo de gestionar los hospitales y demás servicios territoriales, como por ejemplo los servicios de medicina del trabajo, los servicios de control medioambiental y las agencias regionales para la protección del medio ambiente. La Ley deja la puerta abierta a la prestación de servicios mediante estructuras privadas concertadas con las estructuras públicas.

Entre los años 1992 y 1993 se acomete la primera gran reforma conocida como *Riforma De Lorenzo-Garavaglia*, en honor a los dos Ministros de Sanidad que la llevaron a cabo. Esta Ley crea las *Aziende sanitarie locali* con la pretensión de procurar un sistema sanitario eficiente. Las *Aziende Sanitarie Locali* son entes dotados de personalidad jurídica propia, gozan de autonomía organizativa, administrativa, patrimonial, contable, técnica y de gestión. Su misión es organizar la asistencia sanitaria en su ámbito territorial y procurar que se cumpla con los niveles esenciales de asistencia fijados por el Estado. Con su creación se establece una neta separación entre la programación y la gestión sanitaria. Esto significa que, por ejemplo, el gobierno regional puede decidir cuáles serán las líneas generales en materia sanitaria, mientras que corresponde a las *Aziende Sanitarie* decidir, a través de sus dirigentes, cómo cumplir con esos objetivos. Con esta reforma se pretende, igualmente, dotar de mayor protagonismo a las Regiones y a los Ayuntamientos en el proceso de la programación sanitaria. Por último, en esta Ley se reconoce al ciudadano el derecho a elegir la institución sanitaria de la que recibir asistencia, incluidas las entidades privadas que estén acreditadas para ello.

La última gran reforma sanitaria se aprobó el 18 de junio de 1999. Esta fue elaborada por la Ministra Rosa Bindi. Cada vez se introducen más elementos de gestión empresarial en las *Aziende Sanitarie*, que siguen teniendo naturaleza pública, pero que deberán organizarse aplicando criterios empresariales. Por ejemplo, sus directores serán evaluados anualmente sobre la base los resultados obtenidos y de los objetivos cumplidos. Los médicos estarán obligados a optar entre dedicarse al ejercicio privado de la profesión, fuera del *Servizio Sanitario* o bien dedicarse en exclusiva a la sanidad pública.

A pesar de todas las reformas que ha experimentado el *Servizio Sanitario Nazionale*, enfocadas a disminuir su déficit crónico y a mejorar la calidad de la asistencia, no se han logrado grandes cambios. Ante esta situación, la anterior Ministra de Sanidad, Livia Turco, presentó ante el Parlamento italiano, el 26 de junio de 2006, las líneas de actuación del Gobierno Prodi en materia sanitaria recogidas en un documento que llevaba por título “Un New Deal della Salute—Linee del programma di Governo per la promozione ed equità della salute dei cittadini”. Este documento puede consultarse en la página del *Ministero della salute*: <http://www.ministerosalute.it/dettaglio/pdPrimoPiano.jsp?id=331&sub=0&lang=it>

precisamente con relación al derecho a la salud<sup>196</sup>. En este pronunciamiento, la *Corte* reconoce, en primer lugar, que el derecho del artículo 32, entendido como derecho a la integridad física y psíquica de la persona, es un derecho de defensa *erga omnes*:

«Secondo il costante orientamento della giurisprudenza costituzionale, il diritto alla salute è riconosciuto e garantito dall'articolo 32 della Costituzione come un "diritto primario e fondamentale che (...) impone piena ed esaustiva tutela" Questa tutela, tuttavia, si articola in situazioni giuridiche soggettive diverse in dipendenza della natura e del tipo di protezione che l'ordinamento costituzionale assicura al bene dell'integrità e dell'equilibrio fisici e psichici della persona umana in relazione ai rapporti giuridici cui in concreto inerisce. In ragione di ciò, questa Corte ha affermato che, considerato sotto il profilo della difesa dell'integrità fisio-psichica della persona umana di fronte alle aggressioni o alle condotte comunque lesive dei terzi, il diritto alla salute è un diritto *erga omnes*, immediatamente garantito dalla Costituzione e, come tale, direttamente tutelabile e azionabile dai soggetti legittimati nei confronti degli autori dei comportamenti illeciti»<sup>197</sup>

Pero, además, el derecho a la salud del artículo 32 tiene una vertiente eminentemente prestacional como derecho a los tratamientos sanitarios. En este sentido la *Corte* afirma que estamos ante un derecho constitucional condicionado por la actuación del legislador ordinario:

«[...] la Corte ha sempre precisato che, considerato sotto il profilo del diritto a trattamenti sanitari, il diritto alla salute è soggetto alla "determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione" della relativa tutela da parte del legislatore ordinario. Quest'ultima dimensione del diritto alla salute [...] comporta che, al pari di ogni diritto a prestazioni positive, il diritto a ottenere trattamenti sanitari, essendo basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere, è garantito a ogni

---

<sup>196</sup> Un interesante comentario a esta Sentencia puede verse en M. COCCONI, "Il valore costituzionale della salute come criterio-guida delle scelte legislative e di organizzazione: fra esigenze di concreta realizzazione e fedeltà alla propria consistenza ontologica", en *Sanità Pubblica*, 1991, págs 289 y sigs. Según la autora, el mérito de la *Corte Costituzionale* estriba en haber diferenciado las cuestiones que tienen que ver con la naturaleza jurídica del derecho a la salud de aquellos aspectos relacionados con su desarrollo y ejecución.

<sup>197</sup> En esta misma línea se pueden ver la Sentencia núm. 992 de 1988, la Sentencia núm. 88 de 1979, la Sentencia núm. 184 de 1986, la Sentencia núm. 559 de 1987, la Sentencia núm. 1011 de 1988, y la Sentencias núm. 298 y núm. 307 de 1990.

persona come un *diritto costituzionale condizionato* dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento»

El legislador, en el ejercicio de sus funciones, encuentra una serie de límites objetivos, como son los recursos económicos y organizativos de los que dispone en cada momento. Ante estas limitaciones de tipo material el legislador ordinario tiene que encontrar un *ragionevole bilanciamento*<sup>198</sup> entre los distintos intereses constitucionalmente protegidos a la hora de satisfacerlos y hacerlos efectivos. Sin embargo, advierte la *Corte* que el carácter condicionado del derecho a los tratamientos sanitarios no implica una degradación de su tutela y que, en todo caso, la actuación del legislador estará sometida al control de constitucionalidad, ya que su discrecionalidad para desarrollar los derechos sociales no es, ni mucho menos, absoluta:

«[...] Questo principio, che è comune a ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, non implica certo una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione a una puramente legislativa, ma comporta che l'attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute) avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione: bilanciamento che è pur sempre soggetto al sindacato di questa Corte nelle forme e nei modi propri all'uso della discrezionalità legislativa»

Por lo tanto, toda persona que se encuentre en las condiciones objetivas previstas en la legislación sanitaria tiene «“pieno e incondizionato diritto” a fruire delle prestazioni sanitarie erogabili, a norma di legge, come servizio pubblico a favore dei cittadini.»<sup>199</sup>

---

<sup>198</sup> Una aproximación al concepto de *ragionevolezza* como principio a respetar en el ejercicio de todas las funciones públicas puede verse en L. PALADIN, “Ragionevolezza (principio di)”, en *Enciclopedia del Diritto, Aggiornamento I*, 1997, págs. 899 y sigs.

<sup>199</sup> Cfr. las Sentencias núm. 103 del 1977 y núm. 175 del 1982.



Ahora bien, ¿el derecho a la salud es el derecho a cualquier prestación considerada *indispensable*?<sup>200</sup> ¿Son reembolsables los gastos médicos efectuados por un ciudadano en un centro privado cuando dichas prestaciones sanitarias no están incluidas entre las que se procuran gratuitamente por el *Servizio Sanitario Nazionale*? La jurisprudencia italiana ha seguido una orientación en el sentido de considerar reembolsables aquellos gastos que cubren una prestación considerada indispensable para la recuperación, tanto física como psíquica del paciente, ya que, de otro modo, se vería comprometido el derecho a la salud del artículo 32 CI.

En interesante al respecto la Sentencia núm. 992 de 27 de octubre de 1988. En esta caso la *Corte costituzionale* debe decidir si el *Servizio Sanitario Nazionale* ha de rembolsar a un paciente los gastos derivados de una prueba de diagnóstico que se ha llevado a cabo en un centro privado, en contra de la legislación vigente en la materia, que prevé que las pruebas diagnósticas de elevada cuantía que se realicen en centros privados no concertados con el Estado no se financiarán por el *Servizio Sanitario Nazionale*, ni siquiera en los supuestos en los que los centros privados sean los únicos que posean los medios técnicos necesarios para ello, ni tampoco en los casos en los que esas pruebas resulten indispensables<sup>201</sup>.

Como viene siendo ya habitual en su jurisprudencia, la *Corte* ha afirmado que el bien de la salud humana representa, con base al artículo 32 CI, un derecho primario y fundamental que impone una plena y exhaustiva tutela. Por tanto, dice la *Corte*, la exclusión total de un derecho al reembolso, incluso en los casos en los que las prestaciones sean indispensables, como se establece

---

<sup>200</sup> Este interrogante se lo plantea E. FERRARI en su comentario a la Sentencia núm. 992 de 27 de octubre de 1988, “Il diritto alla salute è il diritto a qualunque prestazione ritenuta «indispensabile?»”, en *Le Regioni*, núm. 6, (1989), págs. 1923 a 1938.

<sup>201</sup> Así se deduce del artículo 32.4 de la *Legge* núm. 730, de 27 de diciembre de 1983, sobre disposiciones para la elaboración del presupuesto anual y plurianual del Estado—Ley de Presupuestos de 1984, y del artículo 15 de la *Legge* núm. 887, de 22 de diciembre de 1984, sobre disposiciones para la elaboración del presupuesto anual y plurianual del Estado—Ley de Presupuestos de 1984.

en la normativa objeto de recurso, vulnera la garantía constitucional. Dice la Corte que:

«[...]le strutture sanitarie pubbliche si integrano, nella loro potenzialità, con altre private, purché convenzionate, restando fermo il diritto del cittadino di rivolgersi –a proprie spese– a libere prestazioni. Quanto qui richiesto costituisce completamente esaustivo della tutela dovuta. La comune esperienza suffraga –e il caso ne è palmare conferma– come possano esservi cure ed interventi (è conforme, in punto, la giurisprudenza della Corte di Cassazione) non altrimenti soddisfattibili, talché risulta palese l'iniquità del diniego di relativo ristoro a cura del Servizio sanitario nazionale, anche in ordine ovviamente alla pregressa inscindibile diagnostica. Va dichiarata pertanto, restando assorbita ogni altra prospettazione, l'illegittimità costituzionale delle dedotte norme, per contrasto con l'articolo 32 Cost.»

Por estos motivos la *Corte* declara inconstitucional la citada normativa en la parte en que no se prevé la ejecución de prestaciones de diagnóstico especializadas de elevado coste en centros privados no concertados, cuando estos sean los únicos que dispongan de los medios técnicos necesarios para realizar la indispensable diagnosis.

En contra de esta tendencia generalizada de la jurisprudencia constitucional a reconocer el derecho de reembolso de los gastos sanitarios, se plantean principalmente dos objeciones que CRICENTI sintetiza de la siguiente manera<sup>202</sup>. En primer lugar, no se puede confundir el aspecto personalista del derecho a ser curado, que tiene plena tutela, con el aspecto meramente patrimonial, cuya protección encuentra importantes límites. Es decir, del reconocimiento del derecho a la salud no se pueden derivar consecuencias económico-patrimoniales. No todo interés económico relacionado con las prestaciones sanitarias, forma parte de este derecho. Si así fuera, el reembolso por parte del Estado de todos los gastos sanitarios que resultasen indispensables, no tendría como fin último la tutela de la salud, sino del patrimonio de quien efectúa el gasto. La segunda objeción tiene que ver con la

---

<sup>202</sup> En, “La natura del diritto alla salute. A proposito del diritto alle prestazioni indispensabili”, en *Giurisprudenza di merito*, 1997, págs. 338 y sigs.

naturaleza prestacional del derecho a la salud. Como tal, su contenido viene determinado por la normativa existente, de tal manera que el ciudadano sólo tendría derecho a las curas que la legislación le garantiza, debiendo soportar los gastos que se deriven de las prestaciones no cubiertas por el *Servizio Sanitario Nazionale*.

Uno de los casos más polémicos sobre los que se ha tenido que pronunciar la *Corte Costituzionale* en los últimos años con relación al contenido del derecho a las prestaciones sanitarias es el conocido como *Caso Di Bella*, que saltó a los medios de comunicación a finales de 1997 y que algún autor ha calificado como *il tipico pasticcio all'italiana*<sup>203</sup>.

El fisiólogo de la Universidad de Modena, el profesor Luigi DI BELLA, había creado una terapia antitumoral cuya eficacia clínica no estaba lo suficientemente probada. La *Commissione Unica del Farmaco*, organismo estatal encargado de controlar la calidad de los medicamentos en Italia, rechaza su inclusión en el *Prontuario farmaceutico* y, por lo tanto, no permite su distribución con cargo al *Servizio sanitario nazionale*. Ante esta negativa, el profesor DI BELLA y su terapia pasan a ocupar las portadas de los principales medios de comunicación del país.

Contemporáneamente, varios *Pretori* de distintas localidades de Italia conminan a algunas *Aziende Sanitarie Locali* a procurar uno de los fármacos de la terapia a los pacientes que habían planteado un recurso contra la decisión del la *Comissione* de no prescribir este fármaco<sup>204</sup>.

---

<sup>203</sup> Así se expresa G. FRANCE en su comentario a la Sentencia de la *Corte Costituzionale* núm. 185 de 1998, en "L'accesso alle prestazioni sanitarie e l'efficacia clinica: il caso Di Belle", *Le Regioni*, núm. 6, 1998, pág. 1524.

<sup>204</sup> G. FRANCE, "L'accesso alle prestazioni sanitarie e l'efficacia clinica: il caso Di Bella", *op. cit.*, págs. 1533 *in fine* y sigs. llama la atención sobre el papel que juega la magistratura en Italia a la hora de decidir el acceso de los ciudadanos a la asistencia sanitaria. Por ejemplo, recoge la decisión y los argumentos adoptados por un *pretore* de la Región de Puglia a favor de la distribución gratuita de la *cura Di Bella*. Este *pretore* define el derecho a la salud del enfermo grave, en los casos en los que la ciencia médica oficial no cuenta con remedios eficaces, como «il diritto di poter ricercare terapia alternative al di là della medicina

Así mismo, la Coordinadora de *Associazioni per la Difesa dell'Ambiente e dei Diritti degli Utenti e dei Consumatori* presenta un recurso administrativo contra esa decisión ante el *Tribunale Amministrativo Regionale* del Lazio, que a su vez solicita a la *Commissione Unica del Fármaco* que revise su decisión, afirmando que la normativa del *Prontuario farmaceutico* admite la distribución de fármacos con cargo al Estado cuando no exista una terapia alternativa válida, aún en los casos en los que no se haya probado su eficacia.

El *Ministero della Sanità* cedió bajo la presión de la opinión pública y del Parlamento y autorizó, mediante el *Decreto-Legge* núm. 23 de 14 de abril de 1998, iniciar el proceso de experimentación de la cura siguiendo los protocolos internacionales en la materia y bajo la supervisión de un comité de expertos. El *Consiglio di Stato*, como veremos a continuación, recurre este *Decreto-Legge* ante la *Corte Costituzionale*, al considerar que vulnera el principio de igualdad y el derecho a la salud. La *Corte Costituzionale*, en el mes de mayo de 1998, dicta Sentencia y declara que la terapia debe ser distribuida gratuitamente entre todos los pacientes mientras dure la experimentación. Justo en el momento en el que el Parlamento iba a ratificar el *Decreto-Legge* que contenía esta propuesta, se hicieron públicos los primeros informes que confirmaban la ineficacia de la terapia.

Como hemos dicho, el *Consiglio di Stato* plantea un recurso de inconstitucionalidad ante la *Corte* contra el *Decreto Legge* núm. 94 de 8 de abril de 1998 alegando la violación del artículo 3 CI por dos motivos.

---

“tradizionale” e di “farsi curare dal proprio medico di fiducia con qualsiasi terapia o pratica medica innovativa non ufficiale o non sperimentata, purché ritenuta utile ed indispensabile per il tipo di malattia diagnosticata». Sigue argumentando que el enfermo terminal no puede esperar a que concluya el proceso de experimentación, de ahí que en estos supuestos el *Ministero della Sanità* no pueda exigir que se aplique la normativa común a la *multiterapia Di Bella* y, en consecuencia, ordena que la *Unità Sanitaria Locale* correspondiente suministre los fármacos al paciente. La *ordinanza* de este *pretore* y otros documentos relacionados con el caso pueden consultarse en el número monográfico que la revista *Bioetica. Revista interdisciplinare* dedicó en 1998.

En primer lugar, porque según el *Consiglio di Stato* se está violando el principio de igualdad en perjuicio de los fármacos que integran la llamada *multiterapia Di Bella*, ya que sólo a éstos se les exige, para su distribución a cargo del *Servizio Sanitario Nazionale*, que existan resultados clínicos documentados en fase avanzada, en contra a los requisitos que se establecían en el *Decreto Legge* núm. 536 de 1996, en el que se consideraba suficiente o bien que los medicamentos estuviesen sometidos a experimentación clínica, con independencia de la fase que en se encontrasen, o bien que esos mismos medicamentos estuvieran ya autorizados para otras curas diversas.

En segundo lugar, el recurrente considera que se está vulnerando el principio de igualdad de trato entre los enfermos terminales seleccionados para formar parte de la experimentación, para los que la *multiterapia* es distribuida gratuitamente, y aquellos enfermos que no han sido admitidos en este proceso y que son autorizados a utilizar la cura, pero, corriendo ellos con los gastos que se deriven de la misma; disposición esta de dudosa constitucionalidad, considerando el tipo de patología, ya que no sería razonable pretender el cumplimiento de la segunda fase de experimentación como condición para la distribución gratis de los fármacos. Se está vulnerando, no sólo el principio de igualdad, *ex* artículo 3 CI, sino también el derecho a la salud del artículo 32 CI.

En el recurso, también se plantea la inconstitucionalidad de la norma por su carácter particular, violando el principio de generalidad y abstracción de las leyes y, además, el principio de separación de poderes legislativo/ejecutivo, porque no se encuentra ningún fundamento para explicar la aprobación de una *legge-provvedimento*.

En síntesis, a la *Corte* se le pide que se pronuncie, desde la perspectiva del respeto al principio de igualdad y al derecho a la salud, sobre las consecuencias de no distribuir con cargo al *Servizio Sanitario Nazionale* la *multiterapia Di Bella*, aún cuando los fármacos que la componen sí están individualmente autorizados para el tratamiento de otras patologías.

Es decir, la cuestión tiene por objeto valorar la conformidad con la *Costituzione* de un acto normativo que, con disposiciones de carácter singular y derogando los procedimientos previstos, prevé, primero, una experimentación clínica simplificada y acelerada de los fármacos, incluidos en la *multiterapia*, permitiendo a los médicos, su uso en el campo oncológico, hasta que concluya la experimentación y, segundo, que los enfermos que no estén incluidos en dicha experimentación puedan acceder a los fármacos previo pago.

La *Corte* descarta que el *Decreto Legge* núm. 94 de 8 de abril de 1998 contenga una discriminación objetiva respecto a los fármacos que integran la *multiterapia*. La interpretación sistemática de las disposiciones de la citada norma evidencia que la exigencia de que existan estudios clínicos favorables en la fase avanzada de la investigación para que los fármacos se puedan distribuir, es común a todos los medicamentos objeto de ensayos clínicos, en aplicación de las directrices de la Unión Europea, para procurar una buena práctica en la ejecución de la experimentación con nuevos fármacos.

Por el contrario, sí admite la vulneración del principio de igualdad y del derecho a la salud de los pacientes excluidos. Pero, lo hace de manera muy prudente. La *Corte* ha corroborado en varias ocasiones la idea según la cual no pueden recaer sobre el *Servizio Sanitario Nazionale* las consecuencias de la libre elección de los individuos en torno al tratamiento terapéutico preferido. Esto significaría negar la responsabilidad y el papel que desempeña el Estado, a través de órganos especializados, respecto a la experimentación y a la certificación de la eficacia y no nocividad de las sustancias farmacéuticas en pro de la tutela de la salud.

La libertad de cura está garantizada por el *Servizio Sanitario Nazionale* en el marco de un nivel aceptable de prestaciones, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. Esto implica que se verifique la validez científica de los fármacos y de las terapias por los órganos establecidos para ello que aseguran un estándar internacional de ética y de calidad de los productos. Fuera de este sistema, la libre elección es plena, pero ésta no puede constituir

un gravamen ni para el *Servizio Sanitario Nazionale*, ni para las arcas públicas. Es irracional que el Estado deba procurar prestaciones médicas gratuitas cuya eficacia es sólo hipotética. La afirmación de una libertad de cura, en este sentido, no puede vulnerar las obligaciones del servicio público. Se puede, al máximo, situar en un espacio jurídicamente libre y puesto a disposición de la libre elección del sujeto.

La *Corte* considera que, en los casos extremos en los que no existen alternativas terapéuticas, podrán incluir en el contenido mínimo del derecho a la salud las expectativas que pueden derivarse de las experimentaciones farmacológicas en curso. Y si estas expectativas se configuran como parte de ese núcleo esencial del derecho a la salud, entonces su ejercicio no debe hacerse depender de condicionantes económicos. Ahora bien, la *Corte* advierte que la decisión del legislador de activar la experimentación de un complejo de sustancias y autorizar su uso a personas ajenas al proceso de prueba, no comporta el reconocimiento de su utilidad.

La *Corte* declara inadmisibles, y por lo tanto inconstitucional en base al principio de igualdad, que el disfrute de un derecho dependa, para los sujetos interesados, de las diversas condiciones económicas en las que se encuentren. Pero, como hemos dicho la decisión de la *Corte* está llena de cautelas y limita su alcance de su decisión, preocupada por sus efectos económicos.

En primer lugar, la gratuidad de los fármacos se limita a los medicamentos que forman parte de la *multiterapia Di Bella*. En segundo lugar, sólo se verán beneficiadas aquellas personas afectadas por patologías para las que no existen alternativas terapéuticas válidas o tratamientos ya autorizados. Y por último, esta solución sólo será válida hasta que concluya la experimentación de la *multiterapia Di Bella*. Dentro de estos límites –objetivos, subjetivos y temporales– el legislador está constitucionalmente obligado a

garantizar que puedan disfrutar de esta cura también los sujetos que no hayan sido admitidos en la experimentación<sup>205</sup>.

Observa la doctrina<sup>206</sup> que, en primer lugar, en esta Sentencia se atribuye sólo al legislador el poder de activar y hacer efectivos los términos de

---

<sup>205</sup> En concreto la *Corte* se expresa en los siguientes términos:

«La dichiarazione d'illegittimità costituzionale delle norme censurate è circoscritta entro i limiti che seguono:

»a) limite di oggetto, in relazione ai farmaci rientranti nel “multitrattamento Di Bella”, di cui all'articolo 1 del decreto-legge n. 23 del 1998. Soltanto per tali farmaci, oggetto di sperimentazione clinica e di un'autorizzazione speciale temporanea all'uso terapeutico, fuori della sperimentazione, disposte con normativa ad hoc si verificano le condizioni che distinguono questo da tutti gli altri possibili casi di “speranza terapeutica” riposta in qualsivoglia terapia che si supponga efficace;

»b) limite di soggetti, in relazione ai pazienti affetti da patologie tumorali comprese tra quelle sottoposte alla sperimentazione in corso, di cui all'articolo 1, rispetto ai quali il medico ritenga sotto la propria responsabilità, e sulla base di elementi obiettivi, che non esistano valide alternative terapeutiche tramite medicinali o trattamenti già autorizzati per tali patologie. Negli altri casi - quando cioè esista la possibilità di un trattamento già sperimentato e validato - la pretesa che lo Stato debba essere comunque tenuto a fornire gratuitamente altre prestazioni mediche, anche solo ipoteticamente efficaci, non sarebbe ragionevole. Non possono ricadere, infatti, sul servizio sanitario nazionale le conseguenze di libere scelte individuali circa il trattamento terapeutico preferito, anche perché ciò disconoscerebbe il ruolo e le responsabilità che competono allo Stato, attraverso gli organi tecnoscientifici della sanità, con riguardo alla sperimentazione e alla certificazione d'efficacia, e di non nocività, delle sostanze farmaceutiche e del loro impiego terapeutico a tutela della salute pubblica;

»c) limite di tempo in relazione al periodo della sperimentazione di cui all'articolo 1, cioè fino al momento in cui sia possibile disporre di dati scientificamente attendibili, in base ai quali si possa uscire dalla situazione di incertezza attuale circa la non implausibile efficacia del “multitrattamento Di Bella”, momento in cui dovrà operare la disciplina a regime.

»Entro i limiti suddetti, il legislatore è costituzionalmente tenuto a provvedere, nella sua discrezionalità, agli interventi volti a garantire che possano usufruire del “multitrattamento Di Bella” anche i soggetti, non ammessi alla sperimentazione, che non sono nelle condizioni di affrontare i relativi costi a causa di insufficienti disponibilità economiche, alla stregua di criteri che spetta esclusivamente al legislatore stabilire secondo ragionevolezza. Necessario per ricondurre la disciplina legislativa a conformità costituzionale, tale intervento dovrà aver luogo con la più grande tempestività in ragione della particolare urgenza.»

<sup>206</sup> *Cfr.* al respecto W. GASPARRI, “Somministrazione di farmaci e diritto alla tutela della salute”, en *Le Regioni*, núm. 6, 1998, págs. 1544 a 1567.



este fallo. La *Corte* dispone que los sujetos que no hayan sido admitidos podrán disfrutar de modo gratuito de la *cura Di Bella* según los criterios que corresponde establecer exclusivamente al legislador con *ragionevolezza* en los límites objetivos, subjetivos y temporales de la motivación con la mayor celeridad posible, en razón a la particular urgencia del caso. De esta manera se quiere privar al juez civil y al juez administrativo de la posibilidad de tomar cualquier decisión relacionada con el pronunciamiento de la *Corte*.

La segunda observación formulada se refiere al límite establecido por la propia *Corte* preocupada por los efectos económicos de su propia sentencia: el suministro gratuito de los fármacos de la terapia *Di Bella* está subordinado a la disponibilidad económica. En tal sentido, la propia *Corte* ofrece al legislador un criterio, ya establecido en el sistema sanitario, para proceder a la distribución gratuita de los medicamentos. Sólo los *non abbienti*<sup>207</sup>, es decir, los que carecen de recursos económicos, tendrán derecho a la prestación gratis, mientras que en los demás casos la distribución de fármacos se hará mediante el sistema de *tickets* o de cuotas de participación en el gasto<sup>208</sup>. Sin embargo, el legislador ha

---

<sup>207</sup> La limitación de los efectos de la Sentencia sólo en favor de aquellos que no tengan suficientes recursos económicos puede causar cierta perplejidad, ya que parece introducirse un elemento exógeno en el contenido mínimo del derecho a la salud. El concepto de *indigenza* al que se refiere el artículo 32.1CI debe entenderse en sentido relativo, lo que es lo mismo que decir que su producción depende “del coste y de la importancia de la que se tiene necesidad y se determina caso por caso”. En la argumentación de la *Corte* no parece que esté en discusión el derecho a la asistencia sanitaria de quienes no pueden hacer frente a determinados coste y el derecho de quien, sin embargo, puede asumirlo. El problema parece ser el de la tutela de la salud en las hipótesis en las que la ausencia de respuesta alternativa para quien resulta imposible la obtención gratuita del fármaco, no afecta sólo los intereses patrimoniales del indigente, sino que afecta a todos los sujetos en situaciones de no-elección en las que estaría irremediablemente afectado un bien estrechamente personal como es la salud.

<sup>208</sup> En Italia los ciudadanos, además de contribuir indirectamente mediante el pago de impuestos al sostenimiento del *Sistema Sanitario Nazionale*, participan directamente en los gastos sanitarios a través de cuotas de participación o *tickets*. Los criterios de participación de los ciudadanos en el coste de las prestaciones sanitarias varían según su situación económica, según la edad y dependen también del tipo de enfermedad de la que se trate. De tal manera que en la legislación vigente, todavía en fase de experimentación, se establecen diferentes modalidades de exención que benefician a las personas con enfermedades crónicas o raras, a las personas afectadas por enfermedades invalidantes y a las personas con ingresos económicos muy bajos. Corresponde a las Regiones fijar cada una de las exenciones. Así

desatendido este límite y ha previsto el acceso a la cura a todos los pacientes en los que concurren las condiciones del *Decreto Legge* de 1998.

#### 4. ¿ES POSIBLE ELABORAR UN CONCEPTO UNITARIO DEL «DIRITTO FONDAMENTALE ALLA SALUTE»?

La respuesta a este interrogante ha de ser afirmativa, como así lo ha entendido la profesora PEZZINI, para quien las distintas vertientes jurídicas del complejo *diritto alla salute* deben unirse bajo la categoría del *diritto fondamentale*. En efecto, como ha señalado la propia autora en la Constitución italiana «[...]pretesa di astensione e pretesa di prestazione si intrecciano e si fondono, presentandosi come le due facce di una moneta; la libertà individuale si pone in definitiva come il presupposto, la radice, di un diritto strutturato in forma articolata in varie direzioni, sia positive che negative, che corrispondono ai diversi profili che la norma prende in considerazione nell'attribuire una tutela.»<sup>209</sup>.

También la jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional, considera el *diritto fondamentale alla salute* como una posición jurídica compleja, conformada por situaciones de distinta naturaleza. Un entramado de pretensiones de abstención y de prestación que confluyen bajo esta genérica denominación, como así lo entendió la *Corte costituzionale* en su fundamental Sentencia núm. 455, de 26 de septiembre de 1990, siendo el ejemplo más claro

---

mismo, hay determinadas prestaciones que son gratuitas para todos los ciudadanos, con independencia de los anteriores criterios (las mamografías, citologías, colonoscopias y las prestaciones maternoinfantiles). Por último, debemos señalar que en Italia todavía son deducibles (hasta el 19%) los gastos sanitarios realizados al margen del sistema público de salud, por ejemplo, los cuidados odontológicos, las curas termales prescritas por un facultativo, los trasplantes, etc.

<sup>209</sup> Cfr. B. PEZZINI, “Il diritto alla salute: profili costituzionali”, *op. cit.*, pág. 72

de superación de la tradicional separación entre los derechos de libertad y los derechos sociales<sup>210</sup>.

Como hemos tenido ocasión de verificar en páginas anteriores, la salud es un bien jurídico que, constantemente, ha sido reconocido como primario por la *Corte costituzionale*, tanto por su inherencia a la persona, como por su condición de derecho prestacional que caracteriza la forma de Estado social diseñada por la propia Constitución<sup>211</sup>.

En efecto, la tutela jurídica de la salud repercute, directamente, en la protección de la persona, que como valor supremo del ordenamiento jurídico se consagra en el artículo 2 CI en su aspecto individual y en su vertiente intersubjetiva. Si la salud es un atributo esencial de la persona, esto significa que el derecho del artículo 32 CI bien puede ser considerado como fundamental e inviolable<sup>212</sup>. Siendo así, estamos ante un principio-guía de la acción del legislador y de los demás poderes públicos, así como de la actuación de los ciudadanos en las relaciones *inter privatos*.

Aunque la libertad individual sea la esencia de este derecho, sin embargo no agota su contenido. En efecto el *diritto alla salute* en su configuración más prestacional, es decir, como derecho a la asistencia sanitaria, está directamente vinculado con el principio de igualdad material del artículo 3.2 CI. Un mandato constitucional que obliga a la República a remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando la libertad de hecho y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo del individuo.

---

<sup>210</sup> El ponente de esta Sentencia fue el constitucionalista A. BALDASSARRE, lo que, probablemente, explica la relevancia y claridad de dicho pronunciamiento.

<sup>211</sup> Así aparece expresamente reconocido en la Sentencia núm. 37 de 11 de enero de 1991.

<sup>212</sup> *Vid.* B. PEZZINI, “Il diritto alla salute: profili costituzionali”, *op. cit.*, págs. 72, quien considera que el derecho a la salud forma parte indiscutible de la categoría de los derechos fundamentales, tradicionalmente entendidos como los derechos de la persona que, a su vez, pueden dividirse en *diritti di stato*, *diritti ai segni distintivi della persona*, *diritti agli elementi costitutivi della persona* y *diritti di libertà*. Según PEZZINI el derecho del artículo 32 formaría parte de los derechos a los elementos constitutivos de la persona.

Al inicio de este Capítulo vimos cómo la ubicación del artículo 32 en el Título II de la Constitución de 1948 supuso que, durante varias décadas, se considerase como una norma meramente programática. Sin embargo, en la actualidad el derecho a la salud en el ordenamiento jurídico italiano se encuadra dentro de la categoría de los denominados *diritti inviolabili*, cuyo contenido puede abarcar desde un derecho subjetivo hasta un interés legítimo<sup>213</sup>.

Los *diritti inviolabili dell'uomo* son *originarios* en cuanto inherentes a la persona. BALDASSARRE<sup>214</sup> los identifica con valores primarios e intangibles en su núcleo axiológico, protegidos frente a cualquier sujeto privado, incluido su titular, o poder público constituido, incluido el de revisión constitucional<sup>215</sup>. Son valores materiales que constituyen el fundamento de un modelo de convivencia social y política.

Ahora bien, estamos hablando del derecho a la salud en su vertiente de libertad individual, distinta al aspecto prestacional que se reconoce como el derecho a la asistencia sanitaria. En el primer caso estaríamos ante lo que BALDASSARRE ha calificado como *derechos originarios* o generales y, en el segundo supuesto, se trataría de un *derecho derivado* o *especial*. Estos segundos también se consideran derechos inviolables, pero, no se atribuyen a cualquier persona, sino que dependen de la posesión de un especial *status* o situación. Los primeros estarían protegidos por la intangibilidad de su contenido

---

<sup>213</sup> Cfr. M. LUCIANI, en voz "Salute, I) Dirritto alla, Dir.Cost.", *op. cit.*, pág. 4.

<sup>214</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, "Diritti inviolabili", en *Diritti della persona e valori costituzionali*, G. Giappichelli Editore, 1997, Torino, pág. 29.

<sup>215</sup> A este respecto, B. PEZZINI, "Il diritto alla salute: profili costituzionali", *op. cit.*, pág.75, aclara que aunque sea difícil establecer cuál es el núcleo esencial de este derecho, sin embargo, a través de la reforma constitucional nunca podría perder su rango constitucional, precisamente porque se trata de un derecho inviolable.

esencial. Los segundos, según BALDASSARRE, por la existencia de una *garanzia d'istituto*, revisada y actualizada respecto a su clásica concepción<sup>216</sup>.

El derecho a la salud como derecho de libertad se identificaría, en principio, con el derecho a la integridad física. Sin embargo, esta identificación, propia del Derecho privado<sup>217</sup>, debe de entenderse superada, ya que el concepto de salud es mucho más amplio que el de integridad física<sup>218</sup>. En primer lugar, la salud tiene un componente psíquico inherente también a la persona e inescindible de la condición humana. Además, la salud, como bien jurídico protegido, no es sólo ausencia de enfermedad, sino que, como acertadamente ha establecido la Organización Mundial de la Salud (OMS), es un estado de completo bienestar físico, mental y social. Esta definición ha sido asumida por la jurisprudencia de la *Corte costituzionale* italiana que ha distinguido, en su famosa Sentencia núm. 184 de 1986, el aspecto estático de la salud —éste sí identificable con la integridad física y psíquica— del aspecto dinámico, que coincide con el completo bienestar social del que habla la OMS.

Como derecho de libertad, la salud es un derecho individual, de titularidad universal, que otorga a cada persona la facultad de exigir un comportamiento de respeto, de abstención, tanto a los poderes públicos como a los demás ciudadanos. En este sentido estamos ante un oponible *erga omnes*.

---

<sup>216</sup> Vid. A. BALDASSARRE, “Diritti inviolabili”, *op. cit.*, pág. 67 a 70. Según el constitucionalista italiano un *istituto giuridico* consiste en una estructura normativa formada por distintos elementos unidos entre sí por una cierta coherencia.

<sup>217</sup> Recordemos aquí lo que se dijo con relación a la superación, a partir de la entrada en vigor de la *Costituzione italiana* en 1948 del artículo 5 del *Codice civile*

<sup>218</sup> L. CHERUBINI, “Tutela della salute e atti di disposizione del proprio corpo” en *Tutela della salute e diritto privato*, dir. por F.D. BUSNELLI y V. BRECCIA, Milano, 1978, págs. 71 y sigs., analiza las diferencias conceptuales entre “salud” e “integridad física”. Ambas se refieren a situaciones de hecho bastante parecidas y que coinciden en gran medida. Pero, el concepto de salud parece aludir al reflejo exterior de la condición de bienestar del sujeto. Se trata de un concepto relativo y variable, no sólo en función de la concreta condición de la persona, sino también del grado de desarrollo de la sociedad, que, así mismo, tiene que ver con la condición de bienestar percibida por el sujeto mismo. Mientras que la integridad es un valor esencial que salvaguardar, la salud es una entidad susceptible, no sólo de conservación y de reintegración, sino de mejora, promoción, y en cuanto tal, representa un medio para la realización del pleno desarrollo de la personalidad humana.

Este rasgo se incorpora recientemente al elenco de características de los derechos fundamentales. Recordemos que los derechos constitucionalizados se configuraban, tradicionalmente, como posiciones jurídicas de ventaja tan sólo frente a los poderes del Estado. Eran derechos públicos subjetivos cuya máxima expresión se encuentra en la formulación teórica elaborada por JELLINEK<sup>219</sup>.

La eficacia *inter privatos* del derecho a la salud pone de manifiesto cómo hoy no es posible mantener la separación tajante entre Derecho público y Derecho privado. No olvidemos que el *risorgimento* constitucional del derecho recogido en el artículo 32 CI se hace a partir de la creación de una nueva figura en el ámbito de los daños a la persona, el *danno biologico*, y de la inestimable aportación de la jurisprudencia de los tribunales civiles que, a su vez, inspirará la jurisprudencia de la *Corte costituzionale*. Por otro lado, la labor creativa de los privatistas sólo ha sido posible partiendo de la idea de la Constitución como

---

<sup>219</sup> G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1892. Aquí nos referiremos a la versión italiana de la 2ª edición de esta obra publicada en 1905, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Società Editrice Libreria, Milano 1912. Los derechos públicos subjetivos constituyen la capacidad que el ordenamiento jurídico confiere al individuo para activar determinadas normas jurídicas que se traducen en pretensiones frente al poder del Estado. JELLINEK clasificó las relaciones entre los individuos y el Estado en cuatro grupos, según la posición jurídica en la que unos se encontrarán respecto del otro. En primer lugar, el *status subiectionis* (págs. 96 y 97) o pasivo, que supone la subordinación del individuo ante el Estado, que actúa como un ente ordenador que exige el cumplimiento de deberes y obligaciones a los ciudadanos. Los ciudadanos sólo pueden obedecer. Una personalidad absoluta del individuo, sin estar sometido, es algo incompatible con la naturaleza misma del propio Estado. Sin embargo, toda personalidad es limitada, también la del propio Estado que ve su soberanía limitada y surge, entonces, el *status libertatis* (págs. 105 a 118) o negativo, que implica el reconocimiento de una esfera de libertad de la que está excluido todo poder. Las Declaraciones de derechos decimonónicas tenían la finalidad de tutelar las libertades frente a los poderes públicos. Sin embargo, mientras no se instituyan tribunales que protejan los derechos de los individuos será difícil distinguir entre los auténticos derechos públicos subjetivos y los efectos reflejo del Derecho objetivo. Con el reconocimiento del *status libertatis* los individuos pueden accionar pretensiones para que se reconozca su status y se remueva el acto lesivo. En tercer lugar, aparece el *status civitatis* (págs. 127 a 150). El individuo se convierte en miembro de la comunidad estatal. El Estado, en cumplimiento de sus competencias, le reconoce capacidad jurídica para formular pretensiones destinadas a que el poder estatal actúe a su favor. La pretensión más importante es, sin lugar a dudas, la tutela jurídica de sus libertades. Así mismo, engloban este *status civitatis* todas aquellas pretensiones que consistan en un dar o hacer por parte del Estado. Por último, el *status activae civitatis* (págs. 151 a 212) o status activo confiere al individuo la capacidad para ejercer derechos políticos y no sólo acciones contra el Estado.

norma suprema del ordenamiento jurídico y de la afirmación de la doble vertiente de los derechos fundamentales. Recordemos que éstos son derechos subjetivos, garantes de las libertades individuales, y, simultáneamente, normas objetivas destinadas a la consecución de los valores y principios constitucionalizados.

Aunque el derecho a la salud sea un *diritto inviolabile*, inherente a la persona y oponible *erga omnes*, no es un derecho ilimitado. En el constitucionalismo del Estado social y democrático de Derecho el ejercicio de los derechos fundamentales está limitado y condicionado desde la propia norma constitucional, ya que en ella se reconocen otros valores y principios, de igual o mayor relevancia. Los derechos no son únicamente derechos individuales, sino que, recordemos, son *derechos intersubjetivos*. El legislador, dentro del marco constitucional, podrá limitar el ejercicio de un derecho, siempre y cuando exista un interés que así lo justifique y, en todo caso, respetando su contenido esencial. De nuevo aquí hay que distinguir entre las dos vertientes del derecho a la salud. Considerado como una libertad, la resistencia que opone el núcleo esencial del derecho es mayor que la que se encuentra el legislador a la hora de regular el derecho a las prestaciones sanitarias. En este último caso, la discrecionalidad legislativa es más amplia en comparación con el margen de actuación del que se dispone para establecer tratamientos sanitarios obligatorios que limitan la autodeterminación del individuo con relación a la propia salud.

El constituyente italiano ha establecido una estrecha relación entre estos derechos y el principio democrático. Efectivamente, los derechos fundamentales son, tal y como subraya BALDASSARRE, la condición *a priori* de la democracia pluralista, que se fundamenta en la libertad en sentido positivo. El valor primario y absoluto de la persona, recogido en el artículo 2 CI, además de tener en cuenta al individuo en sí mismo considerado, incorpora un aspecto intersubjetivo, social. El concepto de persona y sus propios valores y derechos representan el núcleo axiológico, primigenio, sin el cual no es posible

concebir la democracia pluralista. Una democracia, dice BALDASSARRE, que no se agota en el parlamentarismo o en el principio de mayoría, sino que tiene en cuenta una serie de valores y de garantías destinadas a proteger el pluralismo económico, social y político. Gracias a esta conexión, los derechos fundamentales no se circunscriben sólo a los derechos tradicionales de libertad, sino que la categoría de los *diritti inviolabili* se amplía también a aquellos derechos cuya función es el desarrollo social de la persona<sup>220</sup>.

En esta línea de pensamiento la propia *Corte costituzionale* ha afirmado, en repetidas ocasiones, que el carácter primario de la salud impone una plena y exhaustiva tutela, no sólo como derecho subjetivo, sino también como derecho a prestaciones del Estado.

A diferencia de lo que ocurre con su vertiente de libertad individual, el derecho a la salud como derecho prestacional no es un derecho absoluto, oponible *erga omnes*, sino que sólo se puede invocar ante los poderes del Estado. Como bien ha puesto de relieve CARLASSARRE, incluso bajo este aspecto el derecho que nos ocupa presenta peculiaridades<sup>221</sup>. Por un lado, existen prestaciones sanitarias propiamente dichas facilitadas por el Estado. Es lo que se conoce como asistencia sanitaria, en sentido amplio, que engloba un conjunto de actividades y medidas de carácter preventivo y curativo. Sin embargo, por otro lado, nos encontramos con determinadas pretensiones del ciudadano hacia los poderes públicos exigiendo comportamientos cuya finalidad es evitar que el bien constitucionalmente protegido, la salud, sufra un menoscabo. En este sentido, el artículo 32 CI contiene un mandato dirigido al legislador para que adopte las normas necesarias para prevenir el daño a la salud; contiene, así mismo, una obligación para la Administración pública de realizar tareas de vigilancia y de tutela.

---

<sup>220</sup> *Ibidem*, pág. 41 a 46

<sup>221</sup> *Cfr.* L. CARLASSARRE, “Libertà d’iniziativa economica e tutela della salute nella Costituzione”, en *Rivista trimestrale di Diritto penale dell’economia*, 1992, págs 606 y sigs.



El derecho a la salud, como derecho a los tratamientos sanitarios, es un *derecho condicionado*. Así lo entendió la *Corte costituzionale* al afirmar que este derecho depende de la actuación del legislador ordinario quien, mediante la ponderación con otros intereses constitucionalmente protegidos, y teniendo siempre presente los límites objetivos con relación a los recursos organizativos y financieros de los que se dispone en cada momento, determinará el contenido del catálogo de prestaciones.

De todo lo dicho hasta ahora podemos concluir que el *diritto fondamentale alla salute* se ha convertido en Italia en uno de los elementos básicos que configuran la ciudadanía social. La fuerza atractiva y expansiva del *diritto fondamentale alla salute* han hecho de él el paradigma de lo que el Derecho constitucional contemporáneo debe de considerar como un derecho de la persona constitucionalizado. En él confluyen fuerzas centrípetas y centrífugas que, simultáneamente, exigen una mayor intervención del Estado, como garante de ese completo bienestar físico, mental y social en el que consiste la salud, al mismo tiempo que se reclaman márgenes más amplios para la autonomía del individuo en aras de poder decidir sobre el destino de su propia vida.



### **CAPÍTULO III.- EL FUNDAMENTO Y LA POSITIVACIÓN DE LA TUTELA DE LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978**

*Introducción 1. Sobre el fundamento de la tutela de la salud en la Constitución española de 1978. 2. Las consecuencias jurídico-constitucionales de la ubicación del artículo 43 en el Capítulo III del Título I de la CE. 3. La estructura compleja del derecho a la protección de la salud. a).- La interpretación de la doctrina; b).- El derecho a la protección de la salud como «un haz de posiciones individuales insfundamentales». (I) El derecho a la salud, (II) el derecho a la protección de la salud, en sentido estricto y (III) el derecho a la asistencia sanitaria.*



## INTRODUCCIÓN

La Constitución española de 1978, sin lugar a dudas inspirada por el texto italiano de 1948, recoge fielmente el concepto de salud propuesto por la OMS que la define como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no sólo como ausencia de enfermedad o dolencia.

Referencias directas e indirectas a la salud se encuentran diseminadas a lo largo de toda la Norma Fundamental, lo que pone de manifiesto el especial interés del constituyente con relación a esta materia. Además hay que recordar, como así lo hacen GARCÍA HERRERA y MAESTRO BUELGA, que el contenido de nuestra Constitución, debido a su tardía elaboración, se enriqueció con la experiencia de otros países que, como Italia, ya habían constitucionalizado los principios y derechos del Estado social. Señalan los citados autores que la Constitución española se elaboró bajo la concepción dominante «que identificaba con nitidez el entrelazado conceptual que asegura simultáneamente bienestar social y legitimidad del sistema político, y que tenía una traducción inequívoca en lenguaje jurídico».<sup>222</sup>

Con carácter general, se proclama el derecho a la protección de la salud en el artículo 43.1 CE y se establece, en el párrafo segundo de este mismo precepto, la obligación de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. De la interpretación conjunta de ambos párrafos se deduce la presencia de un derecho a la asistencia sanitaria, dispensada en el seno de una institución pública, el Sistema Nacional de Salud, que se encargará de procurar los servicios y medidas indispensables a tal fin. Así mismo, el fomento de la

---

<sup>222</sup> Vid. M. A GARCÍA HERRERA; G. MAESTRO BUELGA, *Marginación, Estado social y prestaciones sociales*, Cedecs, Barcelona, 1999, pág. 37 y anteriormente en GARCÍA HERRERA, M. A.; MAESTRO BUELGA, G.: “Prestaciones sociales y Comunidades Autónomas”, en GARCÍA HERRERA, M. A (Dir.): *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, pág. 405.

educación sanitaria, como medida preventiva para asegurar un buen estado de salud, se convierte en una tarea más de los poderes públicos (artículo 43.3 CE)

Por otro lado, el constituyente se ha encargado de proteger la salud de grupos de ciudadanos cuyas características los hacen más vulnerables y, por tanto, merecedores de una tutela reforzada. En este sentido, la protección integral de los hijos y de las madres que se consagra en el artículo 39.2 CE incluye la atención sanitaria. También los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales se beneficiarán, conforme a la previsión del artículo 49 CE, de las políticas públicas preventivas, de tratamiento, rehabilitación e integración. El Estado, según el tenor literal del citado precepto, procurará que se les preste la atención especializada que requieran y les amparará especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I otorga a todos los ciudadanos. Existe otro sector de la ciudadanía, cada vez más numeroso, cuya salud ha pasado a ser prioritaria en las políticas sanitarias. Nos estamos refiriendo a la llamada tercera edad. Los problemas específicos que plantea la salud de la tercera edad serán atendidos mediante un sistema adecuado de servicios sociales (artículo 50 CE). Por último, la Constitución hace una referencia expresa a la salud de los consumidores y usuarios que será garantizada por los poderes públicos (artículo 51.1 CE).

El aspecto organizativo e institucional en torno a la salud se encuentra igualmente presente en la Constitución de 1978. Son dos las instituciones que, a través de sus servicios y prestaciones, amparan la salud de los ciudadanos. Nos estamos refiriendo al sistema de Seguridad Social (artículo 41 CE) y al sistema de salud pública (artículo 43.2 CE).

Como no podía ser de otra manera, y dada la estructura descentralizada del Estado español, en el Título VIII de la Constitución existen varios preceptos destinados a regular la difícil y no siempre pacífica distribución de competencias en materia sanitaria entre el Estado y las Comunidades Autónomas (artículos 148.1.20<sup>a</sup> y 21<sup>a</sup>, 149.1.1<sup>a</sup>, 149.1.16<sup>a</sup> y 17<sup>a</sup> CE).

Por último, no cabe duda respecto a la estrecha vinculación que existe entre la salud y otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Estos son la vida, la integridad física y moral (artículo 15 CE) y el medioambiente (artículo 45 CE). Una lectura conjunta de los citados preceptos nos induce a pensar que en la Constitución española, además de reconocerse el derecho a la asistencia sanitaria, se constitucionaliza el derecho a la salud, propiamente dicho.

De este sucinto repaso de los principales preceptos que en la Constitución se ocupan de la salud, se advierte el amplio espectro de categorías jurídico-constitucionales a las que se recurre en el texto de 1978 para protegerla. En efecto, la salud se tutela bien bajo la forma de un derecho de libertad (el derecho a la salud en sentido estricto), bien como un derecho a prestaciones (el derecho a la asistencia sanitaria) o bien mediante la constitucionalización de un servicio público encargado de hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria.

Es importante subrayar que, aunque desde el punto de vista de su naturaleza y estructura estemos ante categorías jurídicas diferentes —un derecho de libertad, un derecho a prestaciones y una institución garantizada por la Constitución—, sin embargo, no existe contraposición entre ellas. Al contrario, lejos de mantenerse la dicotomía entre las diversas vertientes de lo que podríamos denominar genéricamente como derecho a la tutela de la salud, prevalece una íntima conexión entre ellas. En primer lugar, en cada una de estas figuras confluyen, simultáneamente, aspectos individuales, prestacionales e institucionales que se manifestarán, con mayor o menor intensidad, según se trate de una u otra. En segundo lugar, aunque los mecanismos constitucionales de protección que se derivan de cada una de las citadas categorías tengan distinta intensidad, no obstante, todos persiguen el objetivo común de tutelar la salud como bien jurídico individual y objeto de relaciones intersubjetivas.

La complejidad del derecho a la tutela de la salud hace imposible un análisis sólo desde una perspectiva estructural (¿qué es?, ¿cuál es

fundamento?), o sólo desde una perspectiva funcional (¿para qué sirve?). Como ha señalado entre nosotros PÉREZ LUÑO la realización práctica de los derechos fundamentales, depende del equilibrio en la reflexión teórica entre ambos enfoques<sup>223</sup>.

En la línea de pensamiento marcada por el profesor PÉREZ LUÑO, pretendemos, en las páginas que siguen, identificar y analizar las diferentes vertientes que encierra la compleja estructura del derecho a la tutela de la salud en el ordenamiento jurídico español. Ello nos permitirá demostrar cómo, efectivamente, este derecho tiene un carácter multifuncional: asegura la libertad y la autodeterminación personal con relación a la salud; ordena el establecimiento y conservación de determinados sistemas públicos para garantizar el cumplimiento del mandato constitucional establecido en el artículo 9.2 CE e impone su protección jurídica, no sólo en las relaciones con los poderes públicos, sino también entre particulares, lo que conlleva un desarrollo de los mecanismos jurídicos de tutela desde la perspectiva del Derecho ordinario (administrativo, civil, laboral, penal).

Pero antes de entrar en estas cuestiones veamos, en primer lugar, cuál es el fundamento de la tutela jurídica de la salud y, en segundo lugar, cuáles son las consecuencias que se derivan de la inclusión del derecho a la protección de la salud entre los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III, del Título I de nuestra Constitución.

## **1. SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA TUTELA DE LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.**

La fundamentación consiste, como indica DE CASTRO, en la búsqueda racional de motivos que generen en las personas el convencimiento de que existe una exigencia o necesidad insoslayable de reconocer y garantizar el

---

<sup>223</sup> *Vid.* A.E. PEREZ LUÑO, “Análisis funcional de los derechos fundamentales”, en *La tercera generación de derechos humanos*, Aranzadi, Madrid, 2006, pág. 287.



disfrute de los derechos<sup>224</sup>. Justificar una institución, una norma o una decisión jurídica supone, en palabras de PRIETO SANCHÍS, aportar razones a favor de su reconocimiento por el Derecho positivo<sup>225</sup>.

No obstante, como previene el mismo PRIETO SANCHÍS, esta no es una tarea fácil, porque el concepto de derechos humanos es un concepto tan difundido como difuso. Sin embargo, hay dos aspectos del concepto que sí aportan certeza. En primer lugar, un elemento *teleológico*: los derechos son la traducción normativa de los valores de la dignidad, la libertad y la igualdad y han permitido la transformación de las aspiraciones humanas desde la moralidad a la legalidad. En segundo lugar, el concepto de derechos humanos tiene un claro elemento *funcional*: son legitimadores del poder, son reglas fundamentales para medir la justificación de las formas de organización política<sup>226</sup>.

No es este el lugar ni el momento para hacer un repaso exhaustivo a las diversas teorías sobre la fundamentación de los derechos humanos. Sólo recordaremos que los valores en torno a los cuales se ha centrado su reivindicación han sido, tal y como explica PÉREZ LUÑO, la dignidad, la libertad y la igualdad<sup>227</sup>. Las distintas teorías sobre la fundamentación han hecho hincapié, con mayor o menor énfasis, en alguno de estos tres valores que aparecen en el frontispicio de todas las Constituciones contemporáneas.

Con relación al valor de la dignidad, considerada como calidad ínsita y exclusiva del ser humano, FERNÁNDEZ SEGADO afirma que se trata de la

---

<sup>224</sup> Vid. B. DE CASTRO CID, *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, León, 1993, págs. 121.

<sup>225</sup> Vid. L. PRIETO SANCHÍS *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pág. 17

<sup>226</sup> *Ibidem*, pág. 11

<sup>227</sup> Vid. A. E. PÉREZ LUÑO, “Sobre los valores fundadores de los derechos humanos”, en AA.VV. *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, pág. 279.

fuente de todos los derechos, con independencia de su naturaleza<sup>228</sup>. En este sentido, los derechos del Título I de la CE, incluidos los del Capítulo III, emanan, en mayor o menor medida, de la dignidad y son inherentes al hombre en cuanto persona humana, persona cívica y también social, implicada en el proceso económico y cultural<sup>229</sup>. En palabras del propio FERNÁNDEZ SEGADO el artículo 10.1 CE «dentro de un estilo lingüístico más propio de una proposición descriptiva que de otra prescriptiva, presenta un valor que desborda el de una mera declaración rectora de la conducta social de los titulares de los poderes públicos, teñida de una alta carga dialéctica, para integrar una auténtica norma jurídica vinculante, un mandato jurídico objetivo que a todos, ciudadanos y poderes públicos, vincula y que reviste una notable relevancia política y, desde luego, jurídica, como se desprende de las diversas funciones que un precepto de esta naturaleza está llamado a cumplir»<sup>230</sup>.

Respecto a los valores de la libertad y de la igualdad, y habiendo ya superado el planteamiento inicial según el cual los derechos civiles y políticos se basaban en la idea de libertad y los derechos sociales en la idea de igualdad material, nos encontramos en la actualidad con la fusión de ambos que ha dado pie a la acuñación de término *libertad real*. En este sentido, la mayor parte de la doctrina justifica la existencia de los derechos sociales, entre ellos el derecho a la protección de la salud, como instrumentos al servicio de los demás derechos constitucionalizados.

Al respecto, hay que destacar la aportación de BÖCKENFÖRDE para quien los derechos sociales, lejos de ser contrapuestos a los derechos fundamentales de libertad, permiten, por el contrario, asegurarla. Si la libertad

---

<sup>228</sup> *Vid.* F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Estudios jurídico-constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F., 2003, págs 23 a 26.

<sup>229</sup> *Ibidem*, págs 30 y 31.

<sup>230</sup> *Ibidem*, pág. 20 y 21.

jurídica debe convertirse en libertad real, sus titulares han de poder participar en los bienes sociales materiales<sup>231</sup>.

También ALEXY ha defendido esta concepción instrumental de los derechos sociales: «la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor».<sup>232</sup>

Además de estos planteamientos, en los últimos tiempos ha recobrado fuerza la denominada *teoría de las necesidades*, defendida en su día por la conocida Escuela de Budapest<sup>233</sup> y estudiada en España por filósofos del Derecho como los profesores DE LUCAS y AÑÓN ROIG<sup>234</sup> o el profesor MARTINEZ DE PISÓN<sup>235</sup>, entre otros<sup>236</sup>.

Según este último, los problemas de fundamentación de los derechos sociales, y especialmente el del derecho a la protección de la salud, están resueltos, en parte, recurriendo al argumento de las necesidades básicas<sup>237</sup>. Y sólo en parte porque esta teoría, como veremos, no resuelve el dilema sobre cómo fundamentar su normatividad.

¿Por qué se justifica la existencia de un derecho a la protección de la salud? Según MARTINEZ DE PISÓN la carencia de salud impide al individuo ser

---

<sup>231</sup> Vid. E. BÖCKENFÖRDE “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”, en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pág. 74.

<sup>232</sup> Vid. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 486.

<sup>233</sup> Sobre la Escuela de Budapest puede consultarse en lengua castellana el trabajo de J. HERRERA FLORES, *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*, Madrid, Tecnos, 1989,

<sup>234</sup> Vid. J. DE LUCAS y M.ª J. AÑÓN ROIG, “Necesidades, razones, derechos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 7, 1990, págs. 55 a 81; M.ª J. AÑÓN ROIG, *Necesidades y derecho. Un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994

<sup>235</sup> Vid. J.M.ª MARTÍNEZ DE PISÓN, *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Madrid, Tecnos, 1998.

<sup>236</sup> Para una aproximación básica al tema, puede consultarse el monográfico de la revista *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 7, de 1990.

<sup>237</sup> Vid. J.M.ª MARTÍNEZ DE PISÓN, “El derecho a la salud: un derecho social esencial”, en *Derechos y libertades*, núm. 14, 2006, págs. 134 y sigs. 134 y sigs.

dueño de sí mismo como ciudadano y como persona. Esta carencia conduce a un estado de necesidad. Las necesidades básicas constituyen, en primer lugar, un parámetro para valorar los obstáculos económicos y sociales que imposibilitan el ejercicio de la libertad y, en segundo lugar, sirven para planificar los medios adecuados para su remoción. Los derechos sociales son el reconocimiento jurídico de una exigencia de los individuos tendente a lograr los instrumentos adecuados para llevar una vida digna.

Las necesidades fundantes de los derechos sociales reúnen una serie de características: son *básicas, objetivas, universales e históricas*<sup>238</sup>. Pensemos en la salud. El buen estado de salud es una necesidad *básica*<sup>239</sup> porque es una condición o prerequisite para llevar una vida digna y determina el mínimo vital de todo ser humano. En segundo lugar, la ausencia de salud o morbilidad es algo *objetivo*, externo al individuo y constatable. No es algo subjetivo o fruto de deseos o apetencias personales. Así mismo, la falta de salud es *generalizable* o *universal*, ya que puede afectar a toda la población. Aunque las necesidades cambien, éstas son comunes a todos. Es decir, están presentes en todos y cada uno de los seres humanos. Por último, la salud es una necesidad *histórica*, porque surge en un momento determinado, en unas coordenadas espacio-temporales cambiantes. Las exigencias en torno al buen estado de salud varían de acuerdo con el mayor o menor grado de desarrollo.

En definitiva —concluye MARTINEZ DE PISÓN—, las necesidades básicas lo son en la medida en que su privación deja al individuo sin algo

---

<sup>238</sup> Sobre el perfil del concepto de necesidad véase J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *Políticas de bienestar...*, *op. cit.*, págs. 171 a 178.

<sup>239</sup> L. DOYAL e I. GOUCH, *Teoría de las necesidades humanas*. Icaria, Barcelona, 1994, pág. 14, consideran que las necesidades básicas de todo individuo son la supervivencia física y la autonomía personal. Sin embargo, éstas no son fines en sí mismas, sino que están al servicio de la participación social y del desarrollo de la libertad. Para que se puedan satisfacer dichas necesidades es preciso que se den una serie de condiciones favorables: formas organizadas de producción y reproducción, sistemas de comunicación y autoridad. Según los citados autores «las necesidades sociales son derechos morales que se transforman en derechos sociales y civiles a través de las políticas sociales, y cuyas formas concretas varían de cultura a cultura así como los modos de satisfacción».

imprescindible para que sea considerado, en sentido kantiano, “un fin en sí mismo”, es decir, un agente libre que puede decidir sobre su vida y su entorno sin ningún tipo de condicionantes<sup>240</sup>.

Ahora bien, ¿tienen las necesidades básicas un elemento normativo? ¿Hay una relación lógica entre la existencia de necesidades y el derecho a su satisfacción?

Como explican DE LUCAS y AÑÓN ROIG las necesidades son una buena razón para la fundamentación de los derechos sociales. Sin embargo, su existencia no basta para justificar su carácter normativo. Las necesidades son razones para la acción, sin embargo, de ellas no se derivan obligaciones jurídicas<sup>241</sup>.

MARTINEZ DE PISÓN apoya esta conclusión y reivindica la importancia moral de las necesidades básicas como un argumento más a tener en cuenta para justificar los derechos sociales<sup>242</sup>. En el caso del derecho recogido en el artículo 43 CE, si la constatación de la carencia de salud no es argumento suficiente, aunque sí necesario, para que surja el compromiso moral y la obligación jurídica de procurar los medios para satisfacer dicha necesidad, ¿qué otras vías existen para dotar de obligatoriedad a los derechos sociales y en concreto al derecho a la protección de la salud? MARTINEZ DE PISÓN recurre a una fundamentación consensual del derecho a la protección de la salud. El consenso sirve para reconocer, justificar, dotar de contenido y proteger los derechos sociales. La fuerza vinculante del artículo 43 se deriva del amplio acuerdo político y social para reconocer jurídicamente este derecho y para mantener un sistema público de asistencia sanitaria<sup>243</sup>.

---

<sup>240</sup> Vid. J. MARTÍNEZ DE PISÓN, “El derecho a la salud...”, *op. cit.*, pág. 136.

<sup>241</sup> Vid. J. DE LUCAS y M.ª J. AÑÓN ROIG, “Necesidades, razones, derechos”, *op. cit.*, pág. 80.

<sup>242</sup> Vid. J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *Políticas de bienestar...*, *op. cit.*, págs. 192 y sigs.

<sup>243</sup> Vid. J. MARTÍNEZ DE PISÓN, “El derecho a la salud...”, *op. cit.*, pág. 139 a 142. L. PRIETO SANCHÍS, en sus *Estudios sobre derechos fundamentales*, *op. cit.*, págs. 65 y sigs. considera

## **2. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICO-CONSTITUCIONALES DE LA UBICACIÓN DEL ARTÍCULO 43 EN EL CAPÍTULO III DEL TÍTULO I DE LA CE.**

Ya se ha dicho que la Constitución de 1978 a lo largo de todo su articulado presta especial atención a la salud desde distintas perspectiva. Sin embargo hay un precepto, el artículo 43 CE, que constituye el eje central en torno al cual se sistematiza su protección en el ordenamiento jurídico español y cuyo tenor literal dice lo siguiente:

«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.»

Este artículo, cuya redacción durante el proceso constituyente estuvo exenta de polémica<sup>244</sup>, se encuentra ubicado en el Capítulo III del Título I de

---

que la fundamentación consensual de los derechos se encuentra con dos problemas. En primer lugar, aunque las construcciones teóricas no han de ser descripciones históricas, en el caso de los derechos humanos ni su dimensión ética ni su positivación han sido el resultado de un debate pacífico e igualitario. En segundo lugar, los derechos humanos tienen, entre otras funciones, la de delimitar el poder, las decisiones de la mayoría. Sería poco coherente encomendar la determinación de los derechos a cualquier fórmula consensual, porque algunos de estos derechos representan ámbitos de inmunidad intocables para cualquier decisión colectiva.

<sup>244</sup> La tramitación parlamentaria del artículo 43 CE puede consultarse en la obra *Constitución Española: Trabajos parlamentarios*, edición preparada por F. SAINZ MORENO, Cortes Generales, Servicio de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1980. El artículo 36 del texto del *Anteproyecto de Constitución* decía lo siguiente:

«1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la sanidad y la higiene, así como garantizar las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentan la educación física y el deporte y facilitan la adecuada utilización del ocio.»

En el Congreso de los Diputados la Ponencia encargada de analizar las enmiendas rechazó las referentes al párrafo primero y se centró en las modificaciones del párrafo segundo, introduciendo la enmienda que hacía referencia a las medidas preventivas como medio más eficaz para proteger la salud contra la enfermedad. Así, el párrafo segundo quedó redactado en los siguientes términos:

la Constitución dedicado a los *Principios rectores de la política social y económica*. Si bien el contenido de este Capítulo es muy heterogéneo, las normas que en él se

---

«Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la sanidad y la higiene, a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.»

El párrafo tercero también se modificó y se introdujo la educación sanitaria como un aspecto más a fomentar por los poderes públicos.

El texto del Anteproyecto pasó a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, que no introdujo ninguna modificación al propuesto por la Ponencia. En el pleno se aprueba el ya *Proyecto de Constitución* y el entonces artículo 39 queda redactado como sigue y pasa al Senado para su discusión:

«1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la sanidad y la higiene, a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentan la educación sanitaria, la educación física y el deporte y facilitan la adecuada utilización del ocio.»

En el Senado se plantearon varias enmiendas al texto del Proyecto de las que la Comisión de Constitución rechazó las referidas al párrafo primero. Respecto al párrafo segundo, se admitieron las enmiendas que defendían la sustitución de la expresión sanidad e higiene por la más moderna de salud pública. Este cambio lo defendió SÁNCHEZ CASTIÑEIRAS basándose en la definición de salud pública dadas por la Asociación Americana de Salud Pública (Aplicación de las ciencias médicas, sociales y de otras disciplinas, en actividad comunal —*in situ*—, para proteger y mejorar la salud del pueblo) y por WINSLOW («La salud pública es la ciencia y el arte de, primero, impedir las enfermedades; segundo, prolongar la vida; y, tercero, fomentar la salud y la eficiencia mediante el esfuerzo realizado por la comunidad para el saneamiento del medio, el control de enfermedades transmisibles, la educación de los individuos en higiene personal, la organización de los servicios médicos y enfermería para el diagnóstico temprano y el tratamiento preventivo de las enfermedades, y el desarrollo de un mecanismo social que asegure a cada uno un nivel de vida adecuado para la consecución de la salud, organizando estos beneficios de tal modo que cada ciudadano se encuentre en condiciones de gozar de su derecho natural a la salud y a la longevidad.»)

La Comisión Constitucional del Senado aceptó también una enmienda al tercer párrafo que defendía la separación del ocio del resto del precepto quedando de la siguiente manera:

«3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio. »

El texto que aprobó el Senado se mantuvo por la Comisión Mixta Congreso-Senado y así se culminó el trámite de elaboración parlamentaria del artículo 43, que dice lo siguiente

«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.»

consagran comparten todas ellas la polémica en torno a su estructura y eficacia jurídica.

Algún autor foráneo como es el caso de Silvio BASILE, que se ocupó tempranamente del estudio de nuestra Norma Fundamental, ha sido muy crítico con la inclusión del artículo 43 en el Capítulo III al considerarla del todo irracional<sup>245</sup>. En su opinión, este derecho tendría que haberse colocado junto al derecho a la educación, en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de nuestra Constitución. En primer lugar, porque la diferencia que había entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a la educación en el momento de elaborarse la Constitución radicaba en la existencia de una institución pública de enseñanza. Pero, esta diferencia iba a ser transitoria y no era una razón técnica suficiente para convertirla en definitiva. Porque nada impide, en el orden económico, que exista un servicio sanitario público que garantice un verdadero y auténtico derecho a la salud, del mismo modo que existe un sistema público que garantiza el derecho a la educación<sup>246</sup>. Por otro lado, subraya el autor que si la educación es una exigencia importante para la persona, la salud lo es todavía más. Sin embargo, el hecho de haber ubicado el

---

<sup>245</sup> *Vid.* S. BASILE, “Valori superiori”, en *La Costituzione spagnola del 1978*, dirigido por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. PREDIERI, Giuffrè Editore, Milano, 1981. Si bien existe una versión en español de este volumen publicada el mismo año por la editorial Civitas, nos remitimos aquí a la versión italiana del mismo. Debemos advertir que en la traducción al español del trabajo del profesor BASILE hemos encontrado un error de comprensión que cambia por completo el sentido de la versión original. En el texto italiano el autor escribe: «a parte le questioni di minore importanza, “il diritto al lavoro” —al meno se inteso in senso proprio, come diritto ad ottenere un posto di lavoro—, in un’economia neo-capitalista, può essere al massimo una direttiva per una politica di pieno impiego, non un vero e proprio diritto: la collocazione razionale sarebbe stata nel terzo capitolo. *Non è, invece, per nulla razionale che qui sia collocato il diritto alla salute perché nulla impedisce nell’assetto economico la garanzia in proposito di un vero e proprio diritto da parte di un apposito servizio sanitario pubblico, così come è garantito il diritto all’istruzione*» (pág. 267, *in fine*). En la versión española, por el contrario, leemos lo siguiente: «En cambio, no es irracional que se sitúe aquí (en el Capítulo III) el derecho a la salud [sic],...» (pág. 289, *in fine*). Es decir, el traductor ha dado un giro completo a las palabras de S. BASILE: donde éste dijo que no era en absoluto racional la ubicación del artículo 43 en el Capítulo III, el traductor entendió que sí lo era.

<sup>246</sup> En el momento de la publicación de este trabajo, el año 1981, faltaban todavía cinco años para la aprobación de la Ley General de Sanidad que instauró un servicio público sanitario.



derecho a la salud en el Capítulo III sí ha sido determinante, al menos bajo el punto de vista de su tutela<sup>247</sup>.

Esta opinión ha sido minoritaria y a pesar de su indiscutible importancia, el derecho a la protección de la salud, desde una concepción estrictamente positivista del ordenamiento, no se ha considerado jurídicamente un derecho fundamental, sino más bien un derecho social o un principio rector subjetivado<sup>248</sup>. Lo que es *fundamental* desde el punto de vista antropológico no lo es desde el punto de vista jurídico-constitucional<sup>249</sup>.

Es de todos conocido el debate en torno a cuáles de los derechos que se consagran en la Constitución española son derechos fundamentales *strictu sensu*. La doctrina española, recurriendo a criterios formales o a criterios materiales, según los casos, se divide entre quienes opinan, en primer lugar, que derechos fundamentales son todos los comprendidos en el Título I de la Constitución<sup>250</sup>. Un segundo grupo de autores<sup>251</sup> reduce su ámbito a los

---

<sup>247</sup> *Ibidem* págs. 267 a 268.

<sup>248</sup> La expresión la utiliza S. DEL REY GUANTER en “El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional”, en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 6, 1998, pág. 162

<sup>249</sup> Sobre la concepción de la fundamentalidad metajurídica y jurídica de los derechos fundamentales, véase el breve y esclarecedor comentario que hace F. BASTIDA FREIJEDO en “Concepto y modelos teóricos de los derechos fundamentales”, en F. BASTIDA FREIJEDO *et alt.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española* de 1978, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 30 a 33. Dice este autor, comparando los artículos 15 CE y 43 CE, que el derecho a la vida es jurídicamente un derecho fundamental, porque así se dispone en la Constitución: establece una pretensión subjetiva de eficacia directa, el legislador no la puede suprimir y sólo puede regularla en los términos y en las condiciones establecidas por la Constitución. Insiste el profesor BASTIDA FREIJEDO en que su validez jurídica no deriva del hecho de que la vida sea esencial para el ser humano, aunque este sea el motivo que llevó al constituyente a dotarle de relevancia jurídica. Por estas mismas razones, el derecho a la protección de la salud no es un derecho fundamental, porque la propia Constitución no lo coloca en lo que BASTIDA denomina posición jurídica suprema. La configuración jurídica de este derecho corresponde por entero al legislador y sólo será alegable ante los tribunales en los términos que la ley establezca. (*Loc. cit.*)

<sup>250</sup> Entre otros autores defienden esta tesis G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995, págs. 367 a 369, A. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1998, (7.<sup>a</sup> ed.), págs. 72 a 75, y L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, págs. 103 a 105.

incluidos en el Capítulo II del citado Título. Por último, hay quienes interpretan que derechos fundamentales son, únicamente, los establecidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I<sup>252</sup>.

De los tres posicionamientos expuestos el que goza de mayor aceptación es el que defiende que derechos fundamentales son los del Capítulo II del Título I. Ahora bien, estos derechos no son fundamentales porque así los denomine la Constitución o por estar ubicados en un determinado lugar dentro del texto. Como señala BASTIDA FREIJEDO no se trata de una concepción nominal o formalista de los mismos. Su fundamentalidad, precisa el profesor BASTIDA, se basa «en su configuración constitucional como normas de potencial autodisposición por el titular del derecho y, a la vez, de existencia indisponible por el legislador»<sup>253</sup>.

Si el estatuto jurídico básico de los derechos fundamentales en nuestra Constitución se identifica, en primer lugar, con la disponibilidad inmediata del mismo por su titular, sin que sea necesaria la previa intervención del legislador, y, en segundo lugar, con la limitación de la actividad legislativa con relación a su existencia y desarrollo, parecería lógico excluir de esta categoría, en principio, al derecho a la protección de la salud del artículo 43 CE. No se trataría de un derecho en sentido técnico ya que, aplicando la definición acuñada por KELSEN, del artículo 43 CE no se deduce la existencia de «un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de

---

<sup>251</sup> Así, P. CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 25, 1989, págs. 36 a 41, o J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho constitucional*, Marcial Pons Madrid-Barcelona, 2003, (9.ª ed.), págs. 238 a 243.

<sup>252</sup> Por ejemplo L. MARTÍN-RETORTILLO en el trabajo escrito en colaboración con I. DE OTTO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, 65 y sigs.

<sup>253</sup> *Vid.* F. BASTIDA FREIJEDO “Concepto y modelos teóricos de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pág. 40. Para BASTIDA FREIJEDO todos los derechos constitucionalizados en los Capítulos I y II son derechos fundamentales. Fuera de estos Capítulos no hay derechos fundamentales, sino otro tipo de situaciones jurídicas.

una obligación»<sup>254</sup>. Para que los potenciales titulares de este supuesto derecho pudiesen ejercerlo, tendrían que esperar a que el legislador ordinario desarrollase el contenido del artículo 43 CE. Sin embargo, estas afirmaciones han de ser necesariamente matizadas, como veremos más adelante al analizar la estructura compleja del derecho que nos ocupa.

Así pues, el derecho a la protección de la salud pertenecería a los genéricamente denominados derechos sociales, una de las tipologías más complejas, heterogéneas y polémicas del Derecho constitucional. En torno al fundamento, naturaleza y eficacia jurídica de los derechos sociales se ha discutido durante décadas y, a pesar de ello, resulta un debate inconcluso, sin resultados teóricos aparentemente demasiado satisfactorios. Este hecho ha llevado a algunos autores a hablar incluso en términos de aporías<sup>255</sup>.

Sin embargo, tal y como reclama GOMES CANOTILHO, frente a esta especie de capitulación-resignación, sobre todo de su régimen de garantías, los derechos económicos, sociales y culturales han de regresar al espacio jurídico-

---

<sup>254</sup> H. KELSEN, en su *Teoría pura del Derecho*, (Trad. de la 2.<sup>a</sup> edición en alemán por Roberto J. Vernengo), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1981, pág. 147.

<sup>255</sup> Cfr. al respecto los trabajos de R. GARCÍA MACHO, *Las aporías de los derechos fundamentales y el derecho a una vivienda*, Madrid, Instituto de estudios de la Administración Local, 1992, págs. 102 y J.L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, págs. 29 a 34. En concreto para este último el problema especulativo de los derechos sociales presenta una serie de dificultades que al autor parecen irresolubles. En primer lugar, el Estado social no produce una estructura institucional garantista de los derechos sociales. No se puede dar, en segundo lugar, un tratamiento armonizado a estos derechos porque son muy heterogéneos entre sí. En unos priman los intereses individuales y en otros los intereses públicos. Estos derechos tienen, en tercer lugar, un carácter relativo, ya que dependen tanto en su interpretación como en su alcance de una serie de datos económicos y sociales variables. Son, en cuarto lugar, derechos muy dinámicos, siendo esta una característica que choca con el carácter abstracto, general e hipotético propio de la ley. En quinto lugar, hay que señalar que su régimen jurídico suele ser muy complejo e inorgánico. Tampoco existen estructuras organizativas adecuadas del sistema constitucional para la realización de los principios, valores y derechos constitucionalizados. En séptimo lugar, CASCAJO CASTRO señala la ambivalencia del denominado Derecho de la economía: por un lado facilita la autorregulación de los procesos económico y, por otro, interviene en dichos procesos en cumplimiento de las exigencias del Estado social. Por último, destaca el profesor CASCAJO CASTRO cómo el predominio de la vertiente objetiva sobre la subjetiva, actúa en detrimento de la protección judicial de los derechos sociales.

constitucional y ser considerados como elementos esenciales de una comunidad jurídica bien ordenada<sup>256</sup>. No podemos dejarnos llevar por el pesimismo doctrinal que desde siempre ha rodeado a esta categoría. Como indica acertadamente PRIETO SANCHIS si los derechos del Capítulo III del Título I se hallan jurídicamente devaluados no es porque sean derechos sociales, sino que obedece más bien a una decisión política del constituyente<sup>257</sup>.

Ya vimos cómo los preceptos que contienen derechos sociales durante décadas fueron considerados por la doctrina europea<sup>258</sup> *disposiciones programáticas* sin fuerza vinculante para el legislador, que sí está facultado para actuar, pero, no obligado a ello. Ahora bien, la idea de Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, recogida en el artículo 9.1 CE, invalida afirmaciones de este tipo. Así lo han entendido tanto la jurisprudencia constitucional como la doctrina española.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, por ejemplo en su Sentencia 16/1982, de 16 de abril, F.J. 1º, afirmó lo siguiente:

«Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, *es una norma jurídica*, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella»<sup>259</sup>

---

<sup>256</sup> Vid. J.J GOMES CANOTILHO, "Metodología «fuzzy» y «camaleones normativos» en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales", *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 6, 1998, págs. 35 y 36.

<sup>257</sup> Vid. L. PRIETO SANCHÍS *Estudios sobre derechos fundamentales*, *op. cit.*, pág. 190.

<sup>258</sup> Por ejemplo, E. FORSTHOFF en *El Estado de la sociedad industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, págs. 258 y sigs., y en «Concepto y esencia del Estado Social de Derecho», en la obra colectiva *El Estado Social*, (Trad. de J. Puente Egido), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, págs. 86 y 87, o P. CALAMANDREI en *Opere Giuridiche*, Tomo III, Napoli, Morano, 1968, págs. 245 y 246.

<sup>259</sup> Las cursivas son nuestras.

El carácter normativo de la Constitución se predica de toda ella. Esto significa, como señaló en su día GARCÍA DE ENTERRÍA, que todos sus preceptos se han de aplicar sin posibilidad de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos<sup>260</sup>. Los derechos sociales, al estar insertos en la Constitución, también son normas jurídicas que, en palabras de FREIXES SANJUÁN, se aplicarán teniendo en cuenta la estructura y la función constitucional que la norma fundamental les atribuya<sup>261</sup>.

En contra de esta idea se ha pronunciado GARRIDO FALLA para quien «por el simple hecho de que el precepto se incluya en un texto constitucional (o legal), no queda, sin más, convertido en norma jurídica. Es necesario, además, que tenga “estructura lógica” de norma jurídica: que sea una orden, mandato, prohibición —con la correspondiente consecuencia de su incumplimiento— o, en definitiva, que delimite esferas de correlativos derechos y deberes entre sujetos»<sup>262</sup>.

El propio Tribunal Constitucional ha matizado su jurisprudencia inicial con relación a la normatividad de la Constitución. Este es el caso de la STC 80/1982, de 20 de diciembre, en la que, por un lado, proclama de nuevo el carácter de norma jurídica de la Constitución, y, por otro, modula la característica de la eficacia directa cuando se trata de los derechos del Capítulo III del Título I CE. Es decir, se reconoce la supremacía de la Constitución, pero la eficacia directa se limita a los derechos comprendidos en los artículos 14 a 38 CE. Esta interpretación vendría corroborada por el tenor literal del artículo 53.3 CE. Dice el Tribunal Constitucional:

«Que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal, es algo que se afirma

---

<sup>260</sup> Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Constitución como norma jurídica”, en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*. Civitas, Madrid, 1980, págs. 91 a 152.

<sup>261</sup> Vid. T. FREIXES SANJUÁN, *Constitución y Derechos fundamentales*, Barcelona, PPU, 1992, pág. 9.

<sup>262</sup> Vid. F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, (2.<sup>a</sup> edición), pág. 579

de modo inequívoco y general en su artículo 9.1, donde se dice que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución”, sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor, que tuvo lugar, según la disposición final, el mismo día de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”. Decisiones reiteradas de este Tribunal en cuanto intérprete supremo de la Constitución (artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) han declarado ese indubitable valor de la Constitución como norma. Pero si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los artículos 39 a 52 en los términos del artículo 53.3 de la CE, no puede haber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los artículos 14 a 38, componentes del capítulo segundo del título primero, pues el párrafo primero del artículo 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo “vinculan a todos los poderes públicos”. Que el ejercicio de tales derechos haya de regularse sólo por ley y la necesidad de que esta respete su contenido esencial implican que esos derechos ya existen con carácter vinculante para todos los poderes públicos, entre los cuales se insertan obviamente “los jueces y Magistrados integrantes del poder judicial” (artículo 117 de la CE), desde el momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional.» (STC 80/1982, de 20 de diciembre, F.J. 1º).

Que la Constitución sea una norma jurídica está fuera de toda discusión. Sin embargo, la diversa estructura de los preceptos que la integran revela como entre ellos existen normas cuya eficacia depende de la intervención del legislador. En palabras de Ignacio DE OTTO, la normatividad no significa aplicación y exigibilidad inmediata ante los tribunales ordinarios de toda la Constitución<sup>263</sup>.

En la misma línea, Alejandro NIETO insiste en que de la afirmación que la Constitución es una norma jurídica no se infiere que siempre y en todo caso sea directamente aplicable<sup>264</sup>. Hay preceptos que, por su naturaleza y estructura, aún siendo normas inequívocas y válidas, no son proposiciones jurídicas completas. Según NIETO la incomplitud de la norma es un acto deliberado del constituyente que, debido al carácter contingente de las

---

<sup>263</sup> Vid. I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988, 2ª ed., pág. 86.

<sup>264</sup> Vid. A. NIETO, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, núm.100 (1983), págs. 393 a 395.

circunstancias, ha preferido no vincularse definitivamente, permitiendo así que una norma de rango inferior adapte el ordenamiento jurídico a las necesidades de cada momento. En este sentido la Constitución es una norma de definición de valores principales y, en consecuencia, una norma de reenvíos<sup>265</sup>.

Para establecer los efectos jurídicos concretos de las normas contenidas en la Constitución se ha procedido a su clasificación en distintas categorías. Partiendo de la quizás demasiado genérica —y probablemente insuficiente<sup>266</sup>— distinción entre normas orgánicas y normas dogmáticas o materiales, la doctrina ha acometido la categorización de éstas últimas sobre la base de su diferente eficacia jurídica.

Una de las tipificaciones más conocida es la adoptada por RUBIO LLORENTE quien divide las normas materiales en cuatro grupos: las que declaran derechos fundamentales, las que consagran garantías institucionales, las que establecen mandatos al legislador y las que contienen principios fundamentales y fines del Estado<sup>267</sup>.

---

<sup>265</sup> *Ibidem*, págs. 399 a 401.

<sup>266</sup> Así lo entiende I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, op. cit.*, págs. 28 y 29. Primero, porque no aclara nada en cuanto a los efectos jurídicos de las diversas normas constitucionales. En segundo lugar, la distinción entre normas orgánicas y normas materiales no es tan diáfana, ya que hay normas que disfrutan de esa doble naturaleza. Por último, las Constituciones no se limitan a organizar los poderes del Estado y a garantizar los derechos de los ciudadanos, sino que introducen principios sobre la inserción del poder público en la sociedad, fines a perseguir, imponen mandatos al legislador y protegen instituciones.

<sup>267</sup> *Cfr.* F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 89 a 97. Hay que tener en cuenta, como así lo pone de manifiesto J. R. COSSÍO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, pág. 279, que esta división propuesta por RUBIO LLORENTE se toma prestada de la doctrina alemana y que, por lo tanto, debe de ser importada con ciertas reservas. Sobre todo tras analizar el contenido del Capítulo III del Título I de la Constitución y constatar que hay preceptos que no son reconducibles a ninguna de las categorías formuladas. J. R. COSSÍO DÍAZ, *ibidem* pág. 283 a 285, propone los principios rectores como un nuevo tipo normativo constitucional autónomo cuyas notas relevantes serían las siguientes: se trata de normas jurídicas eficaces para los distintos poderes públicos sin intermediación de ley que establecen fines a perseguir a través de conductas impuestas consistentes en un hacer o en un dar, pero, no conceden derechos. La obligación pública que se establece en cada principio rector requiere de una ley para hacerse efectiva y, finalmente, esas obligaciones persiguen mejorar las condiciones de vida individual y colectiva.

¿En cuál de estas categorías entraría el artículo 43 CE? Si aplicamos el criterio formal de fundamentalidad que se deriva del artículo 53.1 CE, en el Capítulo III del Título I no habría derechos fundamentales. En este sentido para los primeros comentaristas del artículo 43 CE se trataría de «una simple norma de acción de invariable alegación ante los Tribunales [...] que ordena a los poderes públicos [...] la organización de los oportunos servicios para tutelar la salud [...]»<sup>268</sup>. Es una norma dirigida al poder público, que no tiene una dimensión subjetiva y que, por lo tanto, no reconoce facultades que puedan ser ejercidas directamente por los individuos. El propio Tribunal Constitucional, por ejemplo en su Sentencia 36/1991, F.J. 5º, ha afirmado que «los principios reconocidos en el Capítulo III del Título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables».

Sin embargo, el carácter expansivo del derecho a la tutela de la salud, tanto desde el punto de vista semántico como estructural, nos lleva a afirmar que en el artículo 43.1 CE sí se recoge una norma material que declara un derecho fundamental: el derecho a la salud en sentido estricto, que en conexión con el artículo 15 CE, se configura como un derecho de disponibilidad inmediata por su titular, sin ser precisa la mediación del legislador cuya actuación estará sometida a ciertos límites, tanto con relación a la existencia misma del derecho como a su desarrollo posterior.

Así mismo, el artículo 43 es la sede del derecho a la asistencia sanitaria que responde a la estructura de un clásico derecho social, cuya eficacia sí depende de la intervención del legislador. Robert ALEXY, en una de las elaboraciones doctrinales más interesantes en torno a la naturaleza y estructura de los derechos fundamentales<sup>269</sup>, explica que las normas constitucionales que

---

<sup>268</sup> Vid. F. GARRIDO FALLA, “Artículo 43”, en el vol. col. *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 789.

<sup>269</sup> R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.



contienen derechos sociales tienen la estructura de los principios. Recordemos, brevemente, que para ALEXY los principios «son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las condiciones jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización* que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en distinto grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestas»<sup>270</sup>. Por el contrario, las *reglas* son normas que se cumplen o no se cumplen. Son *mandatos definitivos*, determinados, concretos tanto en lo fáctico como en lo jurídico. Las reglas no admiten ponderación ni la necesitan. Entre principios y reglas hay, por tanto, una diferencia cualitativa<sup>271</sup>.

Si los derechos sociales responde a la estructura de los principios esto significa que no se puede establecer un modelo definitivo de los mismos, ya que dependen de los condicionantes jurídicos y económicos, lo que obliga al intérprete a ponderar, en cada caso concreto, si la provisión de determinadas prestaciones entra o no en colisión con otros principios constitucionales. Son normas de carácter indeterminado —aunque la indeterminación no sea una característica exclusiva de los derechos sociales—, son derechos *prima facie* cuyo contenido específico se concretará mediante la *ponderación* con otros principios. La ponderación consiste, básicamente, en establecer entre los distintos principios una *relación de precedencia condicionada*<sup>272</sup>.

Dos de las objeciones más invocadas en contra de los derechos sociales son su elevado coste económico y la justiciabilidad deficiente. Frente a la

---

<sup>270</sup> *Ibidem*, pág. 86.

<sup>271</sup> *Ibidem*, pág. 87.

<sup>272</sup> *Ibidem*, pág. 92. La propuesta de Robert ALEXY para establecer qué derechos sociales fundamentales son definitivos se basa en la ponderación entre principios: el principio de libertad fáctica, el principio de la división de poderes y el de la competencia que tiene el legislador democráticamente elegido y, por último, principios materiales como la libertad jurídica de los demás, otros derechos sociales y los bienes colectivos. *Ibidem*, pág. 494

primera objeción, ALEXY afirma que el carácter gravoso de estos derechos no puede implicar su inexistencia. Además, todos los derechos fundamentales, en mayor o menor medida, limitan la competencia presupuestaria del legislador que no es absoluta. En cuanto a la justiciabilidad deficiente, responde el autor que este es un problema que también afecta a los derechos fundamentales tradicionales. Añade que la existencia de un derecho no puede depender sólo de su justiciabilidad<sup>273</sup>.

La complejidad del artículo 43 CE no se detiene aquí, constituyendo un claro ejemplo de la heterogeneidad que se esconde bajo el genérico epígrafe de los *principios rectores de la política social y económica*. En este mismo precepto hay normas de contenido social que adoptan la estructura de *fin*es del Estado. Así, en el párrafo tercero del citado artículo se dice que «Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio».

Como señala DE OTTO lo que prescribe este tipo de normas es el logro de un fin, pero no la conducta a realizar que se deja a la discrecionalidad de sus destinatarios<sup>274</sup>. Aunque de estos fines no se deriven directamente obligaciones exigibles ante los Tribunales de justicia, sí vinculan a los poderes públicos y sobre todo, y así lo dice RUBIO LLORENTE, obligan al juez a la hora de interpretar el Derecho. Toda norma o toda decisión que de la voluntad estatal emane ha de ser entendida como aproximación a estos fines e interpretada en consecuencia<sup>275</sup>.

También en el artículo 43.2 CE, *in fine* nos encontramos con un *mandato al legislador*: la ley establecerá los derechos y deberes de todos respecto a las prestaciones y servicios necesarios. Para que el derecho a la asistencia sanitaria pueda ser ejercido, es necesario que se promulguen las leyes necesarias para

---

<sup>273</sup> *Ibidem*, págs. 495 y sigs.

<sup>274</sup> Cfr. I. DE OTTO, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, págs. 43 y 44.

<sup>275</sup> *Vid.* F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder...* *op. cit.*, pág. 96.

ello. El hecho de mezclar este mandato con el enunciado del derecho a la protección de la salud, ha debilitado la imagen de este último, porque, aunque en su vertiente prestacional precise de la intervención del legislador, sin embargo, emana directamente de la Constitución<sup>276</sup>. Tal y como señala RUBIO LLORENTE, los mandatos al legislador son fuente de Derecho objetivo. El problema está en cómo fiscalizar la actuación del legislador y, sobre todo, los supuestos de inactividad legislativa.

Por último, en este precepto existe una *garantía institucional* a la que el constituyente se refiere en los siguientes términos: es competencia de los poderes públicos organizar y tutelar la *salud pública* (artículo 43.2).

Al margen de las tipificaciones elaboradas por la doctrina respecto a las distintas normas que contiene la Constitución, no debemos olvidar que en nuestra Norma Fundamental se incluyó un precepto clave, el artículo 53 CE, en el que se sintetiza el sistema de garantías –normativas, jurisdiccionales e institucionales<sup>277</sup>– que tutelan los derechos constitucionalizados en el Título I.

A partir de la interpretación del citado precepto se ha hecho una clasificación de estos derechos en varios grupos atendiendo al mayor o menor grado de protección que se les otorga en cada caso. En esta escala, los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III, y por tanto también el contenido del artículo 43, ocupan el último lugar. No son de aplicación inmediata, no están protegidos por el recurso de amparo, ni tampoco por el límite que impone al legislador el respeto del contenido esencial.

Recordemos al respecto el contenido del párrafo 3º del citado artículo 53:

---

<sup>276</sup> *Ibidem*, pág. 95.

<sup>277</sup> Nos remitimos aquí a la clasificación hecha por el profesor A. E. PÉREZ LUÑO en su trabajo *Los derechos fundamentales, op. cit.*, págs. 61 a 101.

«El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, 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.»

Aunque el tenor literal del artículo 53 CE aclare más bien poco con relación a la naturaleza del derecho a la protección de la salud, sí que contiene algunas indicaciones sobre su eficacia jurídica.

Lo primero que se deduce de este precepto, poco afortunado en su redacción como así lo ha subrayado la mejor doctrina<sup>278</sup>, es que los principales destinatarios de las normas del Capítulo III son los poderes del Estado<sup>279</sup>. Según nos explica COSSIO DIAZ los principios rectores de la política social y económica, en cuanto normas constitucionales, imponen un deber general de observancia a todos los poderes públicos y una obligación prestacional específica al legislador que es el único órgano que puede cumplirla. Porque, como señala el autor, si bien la eficacia de los principios rectores se contempla desde la Constitución, ha de realizarse en la ley<sup>280</sup>.

Admitiendo que existen diferencias importantes entre los derechos constitucionalizados, también es cierto que todos ellos, en mayor o menor medida, precisan de la intervención del legislador. La indeterminación y abstracción de los derechos sociales no son, en consecuencia, argumentos suficientes para declarar su falta de eficacia normativa<sup>281</sup>. Piénsese en los denominados *derechos fundamentales de configuración legal*, como, por ejemplo, los derechos de participación política del artículo 23 CE, el derecho a la tutela

---

<sup>278</sup> Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 69.

<sup>279</sup> Sobre la eficacia jurídica de los derechos sociales y su relación con los poderes del Estado puede consultarse el trabajo de E. COBREROS MENDAZONA “Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 17 (1987), págs. 27 y sigs.

<sup>280</sup> Vid. J.R. COSSIO DÍAZ, Estado social y derechos de prestación, *op. cit.*, pág. 270

<sup>281</sup> Así. J.L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, *op. cit.*, pág. 70.

judicial efectiva del artículo 24 CE o el derecho a la educación del artículo 27 CE. Desde el punto de vista de su estructura, el derecho a la educación no se diferencia en mucho del derecho a la protección de la salud del artículo 43.1 CE. En ambos casos se ha requerido la intervención del legislador para que éste concretizara las condiciones de su ejercicio. Por lo tanto, el carácter normativo de los derechos sociales no debería de vincularse a la necesidad de una legislación de desarrollo.

Lo que sí resulta indiscutible es que el margen de actuación del legislador a la hora de concretar el contenido de los denominados derechos sociales es mucho más amplio que en el caso de los derechos civiles y políticos. Sin embargo, en esta tarea el legislador tampoco goza de una discrecionalidad absoluta. En este punto surgen varios interrogantes: ¿Qué límites constitucionales está obligado a respetar el legislador de los derechos sociales? ¿Existe un núcleo intangible, un contenido esencial en estos derechos? ¿Son controlables por el Tribunal Constitucional las omisiones, los silencios del legislador?

No hay respuestas definitivas a estas preguntas. Las posibles soluciones se mueven entre la legitimidad política del legislador y la obligación jurídica que se deriva de la primacía normativa de la Constitución. Estamos ante el debate en torno a las complejas relaciones que median entre el poder legislativo y el Tribunal Constitucional, «entre la justicia y la política», entre el principio de democracia y el principio de constitucionalidad<sup>282</sup>.

Al Tribunal Constitucional le compete interpretar y controlar la constitucionalidad de los actos o disposiciones que puedan afectar al contenido del Capítulo III del Título I, como así lo hizo tempranamente en su STC 32/1983, de 28 de abril, con relación al artículo 43 CE y al concepto general de bases de la sanidad, o en la Sentencia 37/1994, de 10 de febrero, en

---

<sup>282</sup> *Vid.* L. PRIETO SANCHÍS, en “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *op. cit.*, págs. 53 y sigs.

la que el Tribunal Constitucional ha sido muy claro al establecer que la Seguridad Social se configura como una garantía institucional. Ahora bien, mientras que en el caso de los derechos del Capítulo II del Título I el máximo intérprete de la Constitución goza de una gran libertad en la determinación del contenido esencial de estos derechos, no ocurre lo mismo con los del Capítulo III, puesto que el artículo 53.1 CE sólo reserva esta garantía a los primeros. La inmunidad de los denominados derechos sociales frente al legislador es, en este sentido, menor aunque no inexistente.

El Tribunal Constitucional encuentra importantes barreras a su intervención en materia de derechos sociales, porque el carácter pluralista del texto constitucional *ex* artículo 1.1 CE permite una diversidad de soluciones, todas ellas compatibles con la Constitución. En este sentido, recuerda el Tribunal Constitucional lo siguiente.

« [...] los derechos de Seguridad Social, como derechos sociales de prestación que implican una carga financiera considerable, son de contenido legal y requieren ineludiblemente de intermediación legislativa. Corresponde al legislador en función de las situaciones de necesidad existentes y de los medios financieros disponibles determinar la acción protectora a dispensar por el régimen público de Seguridad Social y las condiciones para el acceso a las prestaciones y para su pérdida. Esta característica de derechos prestacionales que requieren una base financiera sólida y una administración de recursos escasos permiten al legislador una *amplia libertad de configuración*.» (STC 126/1994, de 25 de abril, F.J. 5º)<sup>283</sup>

Por lo tanto, como ha aclarado el Tribunal Constitucional, «salvada la garantía institucional que consagra el artículo 41 CE de preservar un régimen público de seguridad social en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (STC 213/2005, de 21 julio, F.J. 10º) «el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar

---

<sup>283</sup> El subrayado es nuestro.

recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales.» (STC 184/1990, de 15 de noviembre, F.J. 3º).

Aunque la garantía del contenido esencial está reservada para los derechos del Capítulo II del Título I, el legislador cuando configura el contenido de estos derechos prestacionales ha de moverse dentro de unos límites que, en el caso del sistema de Seguridad Social y del Sistema Nacional de Salud, coinciden con la imagen maestra que existe de dichas instituciones. Tal como expone el Tribunal Constitucional:

« [...] se impone a los poderes públicos la obligación de establecer -o mantener- un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. En otros términos, el referido precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público “cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo ... un núcleo o reducto indisponible por el legislador” [STC 32/1981, F.J. 3º], de tal suerte que ha de ser preservado “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar” [SSTC 26/1987, F.J. 4º, y 76/1988, F.J. 4º]» (STC 37/1994, de 10 de febrero, F.J. 3º).

Aunque no exista un modelo definitivo ni del sistema de Seguridad Social ni tampoco del Sistema Nacional de Salud, se han de preservar, por imperativo constitucional los rasgos estructurales de la institución<sup>284</sup>. Y aquí es donde entraría en juego la difícil tarea del Tribunal Constitucional, consistente en establecer la imagen de la institución, sin invadir, en ningún caso, las competencias del legislador.

Si resulta difícil establecer límites a la actuación del legislador en materia de derechos sociales, ni decir tiene los problemas prácticos y doctrinales que se generan en torno a un posible control por parte del Tribunal Constitucional de su inactividad. Porque, como ha escrito FIGUERUELO BURRIEZA<sup>285</sup>, «el

---

<sup>284</sup> STC 37/1994, de 10 de febrero, F.J. 4º.

<sup>285</sup> *Vid.* A. FIGUERUELO BURRIEZA, en “La influencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder legislativo”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 91, (1993), pág. 68

enjuiciamiento de la omisión atiende en muchas ocasiones a factores «extra-jurídicos» y supone una fiscalización de la *mens legislatoris* que no encaja en el proceso aséptico de depuración del ordenamiento, donde se examina una norma a la luz de los principios y normas constitucionales.»

Las declaraciones de inconstitucionalidad por omisión<sup>286</sup> representan, en palabras del propio Tribunal<sup>287</sup>, un capítulo muy complejo del proceso constitucional, que requiere de un tratamiento prudente, ya que se corre el riesgo de rebasar la función de la jurisdicción constitucional. Además, como se recuerda en la propia jurisprudencia, la inconstitucionalidad por omisión «sólo se produce cuando la propia Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de contenido constitucional y el legislador no lo hace», distinguiendo de este modo entre aquellas omisiones del legislador que se pueden suplir a través de una declaración jurisprudencial, en virtud de un mandato directo de la Constitución, y aquellas otras que no son susceptibles de esta operación sin invadir la autonomía del legislador. Dentro de esta última categoría se incluirían los derechos sociales, porque, como argumenta el Alto Tribunal « [...] la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta.» (STC 45/1989, de 20 de febrero, F.J. 4º).

---

<sup>286</sup> Para un acercamiento al tema *cf.* I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997 y la Tesis Doctoral de J.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general, derecho comparado, el caso español*, Civitas, Madrid, 1998.

<sup>287</sup> Así en la STC 24/1982, F.J. 3º, de 13 de mayo, y, posteriormente, en la STC 87/1989, de 11 de mayo.



BÖCKENFÖRDE<sup>288</sup> también aborda esta espinosa cuestión partiendo del análisis de las diferencias estructurales que existen entre derechos de libertad y derechos sociales. Diferencias que conllevan, necesariamente, formas de garantía distintas. Los derechos de libertad imponen límites a la acción del Estado sobre determinados ámbitos de la actividad humana, cuya existencia antecede a cualquier regulación legal. Se aplican directamente, se imponen por sí mismos. Cuando los poderes públicos actúan sobre estos ámbitos de libertad protegidos, lo han de hacer respetando unos límites. Límites que en caso de ser vulnerados legitiman las pretensiones de defensa propias de este tipo de derechos. Por lo que se refiere a los derechos sociales, éstos no son algo preexistente que deba ser protegido por el ordenamiento jurídico. Los derechos sociales precisan de una acción del legislador y/o de la Administración que permita el acceso a los bienes materiales. Las normas que contienen derechos sociales son, según BÖCKENFÖRDE, genéricas e imprecisas y de ellas no se derivan pretensiones jurídicas que sean invocables directamente ante los tribunales. Sí son, por el contrario, de aplicación inmediata con relación a los órganos estatales de legislación y de administración. En este sentido, los derechos sociales son mandatos de actuación. Ahora bien, ¿qué ocurre con aquellos derechos de libertad que tengan incorporada una vertiente prestacional? Según BÖCKENFÖRDE el problema estructural sería el mismo: las pretensiones serían tan abstractas y genéricas que se exigiría la previa intervención del legislador o de la Administración para poder identificar pretensiones individuales exigibles judicialmente<sup>289</sup>.

Concluye el constitucionalista alemán su disertación en torno a los derechos sociales afirmando lo siguiente: aunque los derechos sociales no

---

<sup>288</sup> *Vid.* “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”, en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, págs. 75 a 78.

<sup>289</sup> *Ibidem*, pág. 79

tengan el carácter de derechos fundamentales en sentido estricto —al no ser de aplicación inmediata, ni exigibles por los ciudadanos— esto no significa que sean simples proposiciones programáticas políticas y no vinculantes. Los derechos sociales son *mandatos constitucionales*, deberes jurídico-objetivos de actuar que tienen como destinatarios el legislador y la Administración. La vinculación jurídica consiste, según BÖCKENFÖRDE en tres cosas: (1) los poderes públicos están vinculados al fin social perseguido<sup>290</sup>, (2) no es constitucionalmente admisible la inactividad de los poderes públicos y (3) las medidas adoptadas para alcanzar los fines sociales están protegidas constitucionalmente contra su supresión o eliminación. De esta vinculación jurídica se puede deducir una vertiente jurídico-subjetiva de los derechos sociales. Vertiente que se plasma en pretensiones de defensa frente a la discrecionalidad del poder público<sup>291</sup>.

Esa vertiente jurídico-subjetiva de los derechos sociales también la destaca entre nosotros PRIETO SANCHIS, aunque los derechos sociales sean, principalmente, *normas objetivas*<sup>292</sup>. Para este autor la virtualidad de los derechos sociales como normas objetivas es doble. En primer lugar, su reconocimiento constitucional permite dar cobertura a la intervención de los poderes públicos que de otra forma sería lesiva para determinados derechos y libertades. En

---

<sup>290</sup> Esta interpretación es defendida, entre otros, por Ignacio DE OTTO, que usa la expresión de «normas de programación final», en *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988 (2ª ed.), pág. 43. El legislador está vinculado por los *finés* que prescriben las normas que contienen derechos sociales. Quienes piensan así dotan de fuerza normativa a estos preceptos en cuanto al objetivo que se debe alcanzar, pero no en cuanto a los medios que se han de utilizar. El legislador deberá adoptar alguna medida, ya que la falta de actuación sería incompatible con los fines preestablecidos en la Constitución.

<sup>291</sup> *Ibidem*, pág. 81. C. BERNAL PULIDO, en “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria”, edición digital a partir de *Doxa. Discusiones*, núm. 4 (2004), págs. 129 y sigs., no comparte la idea de mandato objetivo, ya que, según sus palabras, está compuesto por dos categorías jurídicas opuestas: las normas programáticas y las posiciones jurídicas que incorporan derechos subjetivos. La paradoja de este mandato objetivo está, principalmente, en que su cumplimiento no puede ser exigido en el marco del Derecho. Su incumplimiento está desprovisto de coacción.

<sup>292</sup> *Vid.* L. PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995, pág. 42.

segundo lugar, se configuran como pautas interpretativas de las disposiciones constitucionales y legales que orientan al intérprete a favor de las opciones más propicias para la igualdad sustancial, que es el sustrato de todo el Capítulo III.

Aunque de estos preceptos no emanen, en principio, derechos subjetivos, ni puedan ser invocados directamente por los ciudadanos ante los tribunales, porque así lo ha querido el constituyente y lo ha corroborado la jurisprudencia constitucional<sup>293</sup>, sin embargo, la necesidad de un posterior desarrollo legislativo de los derechos sociales no impide que en ellos se reconozca una vertiente subjetiva. Así lo entiende el propio PRIETO SANCHÍS y autores como ZAGREBLESKY<sup>294</sup>.

En efecto, aunque de la constitucionalización de los derechos del Capítulo III no se derive una acción concreta ante la jurisdicción ordinaria hasta que así lo decida el legislador, esto no obsta para que sí puedan ser interpretados por los tribunales ordinarios y protegidos por el Tribunal Constitucional, no sólo mediante el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, sino también indirectamente mediante el recurso de amparo<sup>295</sup>. En estos casos, indica COSSIO DÍAZ, los derechos sociales actúan como parámetros materiales subordinados a las peculiaridades del derecho recurrido en amparo<sup>296</sup>.

Esta última afirmación viene corroborada por la actuación de nuestro Alto Tribunal. Por ejemplo, en la Sentencia 95/2000, de 10 de abril, se le concede el amparo a una ciudadana de nacionalidad rumana, compañera de

---

<sup>293</sup> Pueden consultarse, entre otros, los siguientes pronunciamientos: STC 36/1991, F.J. 5º, STC 14/1992, F.J. 11 y STC 119/1996, F.J. 3º.

<sup>294</sup> G. ZAGREBLESKY, “La Costituzione italiana”, en la obra colectiva *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, págs. 443 y 444, reconoce el valor jurídico de los derechos sociales, no sólo como criterios de interpretación de la inconstitucionalidad de las leyes que se oponen a ellos, sino también como verdaderos derechos.

<sup>295</sup> *Vid.* L. PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *op. cit.*, págs. 44 y sigs.

<sup>296</sup> *Vid.* J.R. COSSIO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, *op. cit.*, págs. 272 y 273.

hecho de un trabajador afiliado a la Seguridad Social, a la que se le había denegado su derecho a la asistencia sanitaria por no residir ella legalmente en España. A esta persona se le exigía por la Administración sanitaria para ser beneficiaria de las prestaciones un requisito que no establece la legislación en materia de Seguridad Social, la residencia legal, vulnerándose de este modo el principio de igualdad y el derecho a la tutela judicial efectiva. Aunque formalmente el amparo se le otorgue por el quebrantamiento de los artículos 14 y 24 CE, cumpliendo así la exigencia del artículo 53.2 CE, en su origen el derecho afectado por la actuación de los poderes públicos es el derecho a la asistencia sanitaria del artículo 43 CE.

Como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, los principios rectores de la política social y económica serán tenidos en cuenta por jueces y tribunales, ya que sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el artículo 53.3 CE y el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el que se establece que «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». Cualquier decisión que se adopte por los órganos jurisdiccionales desconociendo la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad, conforme a dichos principios rectores de la política social y económica, acentuaría su falta de justificación<sup>297</sup>.

Otra posible vía a través de la cual los principios rectores desarrollan toda su eficacia con relación al poder judicial es, según indica COSSIO DIAZ, la cuestión de constitucionalidad<sup>298</sup>. Dice el párrafo 2º del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en consonancia con los artículos 35 a 37 de la Ley

---

<sup>297</sup> Así STC 126/1994 y STC 95/2000.

<sup>298</sup> *Vid.* J.R. COSSIO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, *op. cit.*, pág. 267.

Orgánica del Tribunal Constitucional, que «cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica.»

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional en su STC 113/1989, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, respecto el artículo 22.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social en el que se prohíbe el embargo de las prestaciones sociales de manera incondicionada y al margen de su cuantía<sup>299</sup>. En primer lugar, nuestro Alto Tribunal justifica la inembargabilidad de las prestaciones sociales en los siguientes términos:

«Los valores constitucionales, que conceden legitimidad al límite que la inembargabilidad impone al derecho del acreedor a que se cumpla la sentencia firme que le reconoce el crédito, se encuentran en el respeto a la dignidad humana, configurado como el primero de los fundamentos del orden político y de la paz social en el artículo 10.1 de la Constitución al cual repugna, según aduce el Abogado del Estado, que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales así como en la protección de la familia, el mantenimiento de la salud y el uso de una vivienda digna y adecuada, valores éstos que, unidos a las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad que debe garantizar el régimen público de Seguridad Social, están constitucionalmente consagrados en los artículos 39, 41, 43 y 47 de la Constitución, y obligan a los poderes públicos, no sólo al despliegue

---

<sup>299</sup> Esta cuestión de inconstitucionalidad se planteó a raíz de la suspensión de la ejecución de una sentencia en la que se había condenado al autor de un delito de lesiones graves a abonar una indemnización que se venía satisfaciendo a través de la retención mensual de parte del salario del condenado. Cuando éste causó baja laboral pasó a percibir una prestación económica de la Seguridad Social. El artículo 22.1 LGSS preveía la inembargabilidad de estas prestaciones lo que provocó la declaración de insolvencia del condenado y la consiguiente interrupción del abono de la indemnización. No conforme con ello, y mediante el oportuno escrito, el lesionado suplicó el cumplimiento total de la Sentencia en cuanto a las responsabilidades civiles, planteando la posible inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 22.1 LGSS o, en su caso, que el órgano judicial elevara la cuestión al Tribunal Constitucional, por su presunta contradicción con los artículos 14 y 118 CE. El Tribunal penal acordó elevar cuestión de inconstitucionalidad con relación al artículo 22.1 LGSS por posible contradicción del mismo con el artículo 24.1 CE.

de la correspondiente acción administrativa prestacional, sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales, a cuyo fin resulta razonable y congruente crear una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores que coadyuve a que el deudor pueda mantener la posibilidad de una existencia digna.» (STC 113/1989, F.J. 3º).

A continuación el Tribunal Constitucional examina si se está vulnerando el derecho de los acreedores a hacer efectivo el crédito judicialmente reconocido más allá de lo que exige la protección de los valores constitucionales. De producirse tal sacrificio desproporcionado es indudable que el precepto legal cuestionado será inconstitucional en cuanto limita un derecho fundamental, el artículo 24 CE, más allá de toda justificación.

Recuerda el Tribunal Constitucional que «la determinación de cuál es el nivel económico de subsistencia de las personas corresponde determinarlo al legislador dentro del margen razonable de libertad que es necesario reconocerle cuando se trata de concretar un concepto indeterminado o cláusula general que es preciso coordinar con los límites que exige el respeto debido a los derechos fundamentales». La Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 1.449) en consonancia con el Estatuto de los Trabajadores (artículo 27.2) reduce la inembargabilidad de las pensiones a la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional. Sigue diciendo el Tribunal Constitucional que la norma que establece la inembargabilidad de las pensiones sin limitación cuantitativa alguna, el artículo 22.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, está pensada para la mayoría de los casos en los que el importe económico de las pensiones es tan reducido que difícilmente alcanza para satisfacer las más necesidades básicas. No obstante, también es cierto, como así lo indica el Tribunal Constitucional «que existen pensiones de superior cuantía, cuya total inembargabilidad puede suponer un sacrificio desproporcionado del derecho del acreedor en la medida en que tales pensiones excedan de la finalidad de la norma de garantizar la subsistencia económica del pensionista.» Concluye diciendo el Tribunal Constitucional que

«el artículo 22.1 de la Ley General de la Seguridad Social al no señalar límite cuantitativo, constituye sacrificio desproporcionado del derecho a que las Sentencias firmes se ejecuten, garantizando, según se deja dicho, por el artículo 24.1 de la Constitución» y, por lo tanto, lo declara inconstitucional.

Un último comentario respecto a la relación entre el poder judicial y los derechos sociales del Capítulo III. En virtud del principio de separación de poderes, y a diferencia de lo que ha ocurrido en la práctica jurisprudencial italiana que ya tuvimos ocasión de examinar, en nuestro ordenamiento jurídico los miembros del poder judicial no tienen capacidad para determinar el contenido de las obligaciones prestacionales que se reconocen en la Constitución. Es decir, un juez ordinario no puede ampliar el contenido de la asistencia sanitaria del artículo 43 CE, modificando para ello la cartera de servicios sanitarios e incluyendo una nueva prestación con cargo al Servicio Nacional de Salud. Recordemos que esto sí ha ocurrido en Italia, a raíz del *Caso di Bella*, cuando algunos *pretori*, invocando el *diritto alla salute* del enfermo grave *ex* artículo 32 CI, conminaron a las instituciones sanitarias locales a suministrar con cargo a fondos públicos una terapia alternativa contra el cáncer que estaba en fase experimental y, por lo tanto, no formaba parte del prontuario farmacéutico.

Al margen de las dificultades que plantea la categoría de los derechos sociales y de la diversidad de opiniones que ha generado, todos los autores destacan, en mayor o menor medida, como ha hecho notar COSSÍO DÍAZ<sup>300</sup>, la presencia de dos elementos comunes: la necesaria intervención del Estado para llevar a cabo las prestaciones sociales y la persecución de la igualdad como objetivo final. COSSÍO DÍAZ considera que la igualdad debe realizarse garantizando unas determinadas condiciones mínimas. Para ello el modo más tradicional ha sido mediante prestaciones a cargo del Estado. Los derechos sociales son prestaciones estatales cuyo fin es la satisfacción de «mínimos

---

<sup>300</sup> *Vid.* J.R. COSSIO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, *op. cit.*, págs. 46 a 47.

vitales». El autor que ahora citamos prefiere hablar de «derechos de igualdad» para referirse a la significación axiológica del tema y de «derechos prestacionales» cuando se trata de su dimensión activa o material. Estas dos acepciones aluden a la necesidad de desarrollar los valores consagrados en la Constitución y a los instrumentos necesarios para tal fin. La acepción «derecho social» tuvo su razón de ser en un momento histórico determinado, pero, según este autor, hoy es más oportuno hablar de derechos de igualdad y de derechos prestacionales.

En definitiva, y a pesar de las carencias jurídico-constitucionales del derecho a la protección de la salud derivadas, principalmente, de su ubicación en el Capítulo III del Título I CE, la labor del legislador y de la jurisprudencia ordinaria, junto con la inestimable aportación de una innovadora doctrina, han conseguido dotar de plena eficacia a este derecho. En este caso, como señala MARTINEZ DE PISÓN, ha funcionado la llamada ética intersubjetiva. A través del consenso social se ha logrado reconocer, justificar, dotar de contenido y proteger el derecho a la salud<sup>301</sup>.

### **3. LA ESTRUCTURA COMPLEJA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.**

#### ***3.1. La interpretación de la doctrina***

Por todo lo dicho hasta ahora, la separación tajante entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos sociales por otro ha de entenderse necesariamente relativizada. La transformación del Estado liberal de Derecho en el Estado social y democrático de Derecho ha supuesto, en primer lugar, la incorporación de los derechos sociales a los textos constitucionales. Así mismo, se ha verificado una evolución en los derechos de libertad que son reinterpretados desde la óptica prestacional. En este sentido, además de

---

<sup>301</sup> Vid. J.M.<sup>a</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN, “El derecho a la salud: un derecho social esencial”, en *Derechos y libertades*, núm. 14, 2006, pág. 139.



configurarse como límites de los poderes públicos, los derechos de libertad encierran un deber de actuación. Y siendo así, todos los derechos constitucionalizados van a tener una vertiente subjetiva y una vertiente objetiva cuya extensión variará dependiendo de cada caso concreto. Señala PRIETO SANCHÍS como en los derechos sociales predomina la dimensión objetiva sobre la subjetiva, pero, esta es una cuestión de grado y no un elemento esencial que permita separar nítidamente los diferentes derechos. Las libertades operan como derechos subjetivos y se ha tardado en reconocer en ellas normas objetivas y pautas hermenéuticas. Con los derechos sociales ocurre lo contrario. Estos derechos surgen como exigencias objetivas de la idea de Estado social y posteriormente se articulan como derechos subjetivos. En palabras textuales de PRIETO SANCHÍS «si las libertades no le decían al Estado qué debía hacer, sino más bien lo que no debía hacer, los derechos sociales nacen con el propósito de imponer ciertos comportamientos a las instituciones públicas, y ello se consigue mediante la imposición de metas o fines plasmados en normas objetivas»<sup>302</sup>.

El derecho a la protección de la salud es, a nuestro juicio, uno de los mejores referentes para estudiar la relativización de la dicotomía entre los diversos derechos constitucionalizados. Nos enfrentamos con un derecho que, bajo la apariencia de un *simple* derecho social, encierra varias posiciones jurídicas de muy diversa naturaleza y estructura.

La peculiaridad de este derecho ha sido evidenciada por la doctrina española incluso antes de la aprobación de la vigente Constitución. Ya en 1976 ESCRIBANO COLLADO distinguió las tres dimensiones que en su opinión configuraban el derecho a la salud: un derecho a la actuación del Estado, un

---

<sup>302</sup> Vid. L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales, op. cit.*, pág. 189.

derecho a las prestaciones sanitarias y un derecho a la protección jurisdiccional<sup>303</sup>.

También los primeros comentaristas del Texto de 1978 se han detenido en el análisis de la estructura compleja del artículo 43. Entre los trabajos más relevante merece ser destacada la temprana aportación de BORRAJO DACRUZ<sup>304</sup>. Subraya este autor que, a diferencia de lo que ocurre en el caso italiano —recordemos que en el artículo 32 CI se habla del *diritto alla salute*—, en nuestra Norma fundamental se habla de derecho a la *protección* de la salud. Lo que aparentemente se podría plantear como una cuestión de carácter meramente lingüístico tiene, sin embargo, importantes repercusiones jurídicas. Porque según BORRAJO DACRUZ no es lo mismo hablar del *derecho a la protección de la salud* que del *derecho a la salud*. Cuando se utiliza la expresión *derecho a la protección de la salud* se hace para aludir a aquella posición jurídica subjetiva que otorga a su titular la facultad para exigir a los poderes públicos una serie de prestaciones sanitarias, preventivas y curativas, cuya finalidad es la preservación, conservación y, en su caso, restauración de la salud. Esta opción del constituyente español es considerada muy acertada por BORRAJO DACRUZ quien alaba la redacción del párrafo 1º del artículo 43 CE. Recurre este autor al Derecho privado y, utilizando la categoría de las obligaciones de medios y obligaciones de resultado, explica que el titular del derecho a la protección de la salud no es acreedor de una obligación de resultado, porque la salud depende de muchas variables. Más bien el sujeto es acreedor de una obligación de medios que deberá procurar el Estado para proteger la salud. De ahí que sea más correcto utilizar la expresión *derecho a los cuidados médicos*, que a su vez incluiría tres categorías de derechos: el derecho a exigir una protección contra los riesgos exteriores que pongan en peligro la salud; el derecho a exigir

---

<sup>303</sup> Vid. P. ESCRIBANO COLLADO, *El derecho a la salud*, Cuadernos del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1976.

<sup>304</sup> Vid. E. BORRAJO DACRUZ, “Comentario al artículo 43 de la Constitución”, en vol. col. *Comentarios a las Leyes Políticas*, dirigidos por O. ALZAGA VILLAAMIL, Tomo IV, págs. 149 a 196.

la organización y la disponibilidad de los servicios de salud suficientes y la garantía del acceso a los mismos y, por último, el derecho a exigir la seguridad y la higiene en las actividades profesionales<sup>305</sup>.

Si bien es cierto que no existe un derecho a ser curado (obligación de resultado), aunque sí un derecho a que se utilicen todos los medios para ello (obligación de medios), el contenido del artículo 43 CE no se limita a reconocer el derecho a la asistencia sanitaria. En este precepto también se constitucionaliza el derecho a no sufrir atentados contra la propia salud. De esta opinión es la profesora PARRA LUCÁN según la cual el derecho a la protección de la salud incluiría, por un lado, el derecho a la asistencia médica y, por otro, el derecho a la salud<sup>306</sup>.

Esta exégesis del artículo 43 CE ha sido defendida por un sector cada vez más amplio de la doctrina. Conforme señala PEMÁN GAVÍN<sup>307</sup>, sin lugar a dudas muy influenciado por la doctrina italiana, el derecho a la salud se proyecta en tres direcciones, que constituyen las diferentes dimensiones o aspectos del mismo. En primer lugar, el derecho a las prestaciones sanitarias del Estado. Esta es la principal de las vertientes que aparece recogida en el artículo 43.1 CE. En segundo lugar, el derecho a la salud como una posición subjetiva con relación a la actividad desarrollada por el Estado para proteger lo que tradicionalmente se ha conocido como salud pública. Este segundo aspecto tiene que ver, según PEMÁN GAVÍN, con una amplia gama de cuestiones que se regulan por un sinnúmero de leyes y reglamentos y que abarcan cuestiones como la salubridad e higiene en el trabajo o la protección de la salud de los consumidores. Todas estas materias tienen un tratamiento constitucional específico (artículo 40.2 CE, seguridad e higiene en el trabajo;

---

<sup>305</sup> *Ibidem*, pág. 173 y sigs.

<sup>306</sup> *Cfr.* M. A. PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, págs. 76 y 77.

<sup>307</sup> En *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, págs. 79 y sigs.

artículo 45 CE, protección del medio ambiente; artículo 51 CE, protección de la salud de los consumidores, etc.). Finalmente, el derecho a la salud puede entenderse como el derecho de la persona a que su salud no sea amenazada por acciones del Estado o de los particulares. La salud se contempla, en este último caso, como un bien individual que el ordenamiento jurídico debe tutelar con el fin de conservarlo frente a agresiones o perturbaciones externas. Es un derecho absoluto o de exclusión *erga omnes*, cuyo objeto no es la actividad del Estado, sino la propia salud. Existe una relación entre el sujeto y el objeto (persona-salud) que todos deben respetar, absteniéndose de realizar actos lesivos. Este aspecto del derecho a la salud coincide con los derechos de la persona constitucionalizados en el Capítulo I (artículo 15 CE, derecho a la vida y a la integridad física y moral; artículo 17 CE, la libertad personal; artículo 18 CE, derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen).

La existencia de esta tercera vertiente se podría rebatir alegando que ni la ubicación del artículo 43, ni el propio tenor literal del precepto invitan a pensar que pueda existir un derecho a la salud configurado como un derecho de libertad, recurriendo a la terminología clásica. Pero, ni su inserción en el Capítulo III del Título I, ni el contenido del precepto son suficientes para determinar la inexistencia de esta posición jurídica subjetiva. Recuerda PEMÁN GAVÍN que si bien es cierto que la mayor parte de los artículos del Capítulo III se refieren a una acción positiva, prestacional del Estado, lo que ha determinado la primacía del primero de los tres aspectos, también es cierto que derechos a prestaciones los encontramos fuera de este Capítulo III. Así mismo, dentro del propio Capítulo III hay derechos y principios que no se ciñen a la actividad prestacional de los poderes públicos. En cuanto a la literalidad del artículo 43 CE, PEMÁN GAVÍN es de la opinión que los párrafos primero y segundo son independientes, aunque entre ellos exista una relación indiscutible. De manera que, según palabras textuales del autor, «el segundo no agota todas las consecuencias derivables del reconocimiento del derecho a la

protección de la salud que realiza el párrafo 1º». Limitar una proclamación tan amplia como la que se hace del derecho a la protección de la salud al sólo reconocimiento de un derecho prestacional, sería hacer una interpretación excesivamente limitada que no tendría fundamento alguno<sup>308</sup>.

También para MUÑOZ MACHADO el derecho a la protección de la salud tiene una vertiente negativa, como un derecho individual frente al Estado al que impone un deber de abstención, y una vertiente positiva que se traduce en una serie de medidas públicas para proteger la salud o mejorarla<sup>309</sup>.

En la misma línea NAVARRO MUNUERA<sup>310</sup> analiza la doble faz de este derecho. Primeramente, se reconoce el derecho a la integridad e intangibilidad de la propia salud, como el derecho que toda persona tiene a mantener la plena integridad de su salud individual. Este derecho implica la abstención por parte de todos los sujetos, públicos y privados, de llevar a cabo acciones lesivas de este bien jurídico del individuo. Es un derecho de la personalidad, complementario, dice el autor, del derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral del artículo 15 CE y relacionado con la dignidad y la intangibilidad de la propia salud. En segundo lugar, en el artículo 43.1 se consagran, el derecho al establecimiento y prestación de un servicio público de tutela de la salud y, además, el mandato dirigido a los poderes públicos de establecer una organización sanitaria al servicio de la tutela de la salud de todas las personas.

MENÉNDEZ REXACH<sup>311</sup> considera que el artículo 43 CE es un «principio general del Derecho»<sup>312</sup> cuyo valor normativo está fuera de toda

---

<sup>308</sup> *Ibidem*, págs 82 y 83.

<sup>309</sup> *Vid.* S. MUÑOZ MACHADO, “La organización de los sistemas de salud (La integración, la reforma y la crisis de los servicios sanitarios públicos)” en *Actas del I Congreso Derecho y Salud*, Barcelona, 1992 pág. 95.

<sup>310</sup> En “Bioética y Ley General de Sanidad”, en M. CASADO (Editora) *Materiales de Bioética y Derecho*, Cedecs, Barcelona, 1996, págs. 88 y sigs.

<sup>311</sup> *Vid.* A. MÉNDEZ REXACH, “El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas”, en *Ponencias del XI Congreso Derecho y Salud. Nuevos retos del Sistema Nacional de Salud*. 2003, págs.16 y sigs.

duda en virtud del tenor literal del artículo 53.3º CE. Defiende este autor un concepto amplio de la protección de la salud, que no se limita a la asistencia sanitaria del artículo 43 CE, y que incluye un contenido que no está explícito en la Ley Fundamental pero que sí se ha desarrollado por la legislación ordinaria. Añade el autor que hay aspectos del derecho a la protección de la salud que no se satisfacen mediante la implantación de un sistema público de salud, sino que requieren otras medidas: educativas, de tutela del medio ambiente, de adecuación de las condiciones de trabajo, etc.

***3.2. El derecho a la protección de la salud como «un haz de posiciones individuales iusfundamentales». (I) El derecho a la salud, (II) el derecho a la protección de la salud, en sentido estricto, y (III) el derecho a la asistencia sanitaria***

De este rápido repaso a la principal doctrina que ha estudiado el artículo 43 CE se infiere la superación de la interpretación restrictiva que, inicialmente, sólo veía en este precepto una norma programática o, a lo sumo, un principio rector subjetivado. Sin embargo hoy en día, y usando la expresión acuñada por ALEXY, el derecho a la protección de la salud en el ordenamiento jurídico español es, a nuestro juicio, «un derecho fundamental como un todo», es decir un haz de posiciones individuales iusfundamentales<sup>313</sup>. Estas son **(I)** el *derecho a la salud*, **(II)** el *derecho a la protección de la salud*, en sentido estricto, y, por último, **(III)** el *derecho a la asistencia sanitaria*.

**(I)** En primer lugar, de la interpretación sistemática de los artículos 15 y 43.1 se puede deducir la existencia del derecho a la salud integrado por dos

---

<sup>312</sup> Aclara J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, op. cit., pág. 126 que los principios rectores de la Constitución no podrán aplicarse nunca por los Tribunales ordinarios en «defecto de ley» como se dice en el artículo 1.4 del Código civil. Su eficacia se contrae, dice JIMÉNEZ CAMPO, a la función informadora. Sólo la legislación los hará Derecho aplicable en un proceso concreto.

<sup>313</sup> Vid. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pág. 240.

vertientes cuyo objetivo común es garantizar un ámbito de libertad y de autonomía con relación al estado de salud de cada individuo.

La primera de estas vertientes otorga a su titular la capacidad *prima facie* –es decir, siempre y cuando no se establezcan límites constitucionales– de hacer u omitir lo que determine la voluntad individual respecto a su estado de salud. Esto significa que se reconoce la libertad<sup>314</sup> para decidir sobre su propio destino: fumar, aún sabiendo los efectos nocivos que del tabaco se derivan; optar por la denominada medicina alternativa (homeopatía, acupuntura, etc.) en lugar de la medicina convencional; someterse o no a un determinado tratamiento sanitario, etc. Este reconocimiento conlleva, a su vez, la existencia de un derecho, también *prima facie*, y por tanto susceptible de restricciones, a exigir a los poderes públicos que no impidan las acciones u omisiones de su titular<sup>315</sup>.

Ahora bien, como señala ALEXY el derecho general de libertad puede extenderse más allá de la protección de *acciones* e incluir también la protección de *situaciones* y de *posiciones jurídicas*, amparando de este modo no sólo el “hacer” del titular, sino también su “ser” fáctico y jurídico<sup>316</sup>. Esta afirmación, aplicada a nuestro ámbito de estudio, nos permite afirmar que de los artículos 15 y 43.1 CE se deriva, en segundo lugar, una situación subjetiva configurada como una libertad negativa. Es decir, todo individuo está constitucionalmente legitimado para exigir a los demás, poderes públicos y ciudadanos, que observen una conducta tal que no altere el equilibrio psicofísico en que consiste el estado de salud de cada uno. Es decir, impone un deber de abstención. El derecho a la salud se configura, recurriendo a la expresión utilizada por Robert ALEXY, como un *derecho de defensa* frente al Estado para que éste se abstenga de intervenir. Entraría dentro de la categoría de los denominados *derechos a acciones*

---

<sup>314</sup> Sobre el concepto del derecho general a la libertad véase la explicación del profesor ALEXY, *ibidem*, págs 331 y sigs.

<sup>315</sup> *Ibidem*, págs. 189 y 190 y pág. 333.

<sup>316</sup> *Ibidem*, págs. 334.

*negativas*. Y dentro de los derechos a las acciones negativas, se podría ubicar en la tipología de los *derechos a la no afectación de propiedades*. El propio ALEXY pone como ejemplo de *propiedades* las de vivir y estar sano<sup>317</sup>.

Los dos aspectos analizados, la libertad positiva y negativa, confluyen bajo la expresión *derecho a la salud*, admitiendo, en todo caso, que el buen o mal estado de salud no depende sólo de la voluntad de su titular, aunque a éste sí se le reconozca por el ordenamiento jurídico la potestad para decidir, dentro de unos límites constitucionalmente establecidos, sobre qué hacer con este bien de titularidad individual.

(II) Simultáneamente, con esta proteica figura, además de garantizar un ámbito de libertad y de autonomía, se pretende asegurar unas condiciones de vida dignas a todos los ciudadanos mediante la intervención del Estado. Estaríamos ante *el derecho a la protección de la salud* en sentido estricto. Bajo esta perspectiva, el derecho consagrado en el artículo 43.1 CE, en conexión con los preceptos constitucionales que directa o indirectamente aluden a esta cuestión, se presenta como un *derecho a acciones positivas* del Estado o un *derecho a prestaciones en sentido amplio*. Esta categoría se divide, a su vez, en derechos a protección, derechos a organización y procedimiento y derechos a prestaciones en sentido estricto o derechos sociales fundamentales.

Recurriendo, una vez más, a esta exhaustiva clasificación hecha por ALEXY<sup>318</sup>, del entramado constitucional en materia sanitaria se infiere una posición jurídica subjetiva bajo la forma de un *derecho a protección*<sup>319</sup>. Su titular está legitimado para exigir al Estado que éste, a través de acciones fácticas o normativas, lo proteja frente a intervenciones de terceros. Se trata de

---

<sup>317</sup> *Ibidem*, pág. 192. Según el autor, la fórmula de este derecho sería: *a* tiene frente al Estado un derecho a que éste no afecte la salud de *a*.

<sup>318</sup> *Ibidem*, págs. 427 y sigs.

<sup>319</sup> Sobre los problemas que plantean los derechos a protección puede consultarse también el trabajo de R. ALEXY "Sobre los derechos constitucionales a protección", en ALEXY, R. *et al.*: *Derechos sociales y ponderación*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2007, págs. 45 a 84



establecer por parte de los poderes públicos una esfera de protección en torno a la salud individual para impedir que sujetos de igual jerarquía vulneren ese bien jurídico.

El ordenamiento español está repleto de normas tendentes a proteger la salud en relaciones de reciprocidad entre sujetos jurídicos iguales. Por ejemplo, toda la normativa sobre seguridad y salud laboral, como la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales. O la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. O los artículos 359 a 378 del Código Penal que tipifican los delitos contra la salud pública. Así mismo, la reciente Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco. Ante este fructífero panorama normativo parece cobrar fuerza la afirmación de PISARELLO según la cual la garantía de los derechos sociales dependen más de la intervención del legislador que de su reconocimiento y de la intervención de la justicia constitucional<sup>320</sup>.

Como señala ALEXY, a través de este tipo de derechos el legislador configura una parte del ordenamiento jurídico y de la vida social. Sin embargo, no sólo mediante acciones normativas, sino que también la actuación de los poderes públicos conforma estos medios de protección. Piénsese, por ejemplo, en el control de la calidad agroalimentaria o en la supervisión de la calidad, seguridad y eficacia de los medicamentos y productos sanitarios llevados a cabo por la Administración Pública.

Ahora bien, ALEXY es consciente de que los derechos a protección plantean varios problemas, comunes a cualquier derecho a acciones positivas del Estado. En primer lugar, surge la duda de si existen realmente derechos subjetivos de protección o si, por el contrario, estamos sólo ante normas

---

<sup>320</sup> *Vid.* G. PISARELLO, “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, núm. 92, 1998, pág. 447.

objetivas que prescriben al Estado el deber de protección de los individuos, sin conferirles a éstos derecho subjetivo alguno. Llevada esta cuestión al terreno de la salud la pregunta se podría formular en los siguientes términos ¿tiene el Estado el deber jurídico de actuar, bien sea a través de normas o mediante actos de administración pública, para proteger la salud? Si se concibe el deber de protección como una obligación relacional, a este deber del Estado le correspondería un derecho del individuo. Este podría invocar ante al Estado un derecho para que se proteja su salud frente a posibles agresiones de terceros. La violación del derecho se produciría cuando el Estado no cumpliera suficientemente con su deber de protección. El problema surge a la hora de determinar qué se entiende por una protección suficiente de la salud. La solución a esta cuestión, señala ALEXY, en un régimen democrático como el alemán o el español en los que existe un control de constitucionalidad, se acaba convirtiendo en un problema de competencia entre el Tribunal Constitucional y el legislador

En segundo lugar, otro problema que plantean los derechos de protección es su posible confusión con los derechos de defensa. Ambos se ejercen frente al Estado. Ahora bien, en el caso de los derechos de protección lo que se le pide al Estado es que establezca todas las medidas necesarias para que los demás no vulneren, en nuestro caso, la salud individual. En el supuesto de los derechos de defensa el Estado tiene que inhibirse de realizar cualquier acto que ponga en peligro la salud de los ciudadanos. Para la satisfacción del derecho de defensa es necesario que se omitan por parte del Estado *todas* las acciones de destrucción o de afectación. Por el contrario, según ALEXY para el cumplimiento de los derechos de protección basta con que se realice *una sola acción*. Así pues, el artículo 43 CE contiene el mandato de proteger la salud. Pero, no incluye el mandato de toda acción, sino que los poderes públicos disponen de un *campo de acción* en el que moverse<sup>321</sup>. No hay que perder de vista

---

<sup>321</sup> *Vid.* R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pág.447.

que el deber de protección que recae sobre el Estado tiene el carácter de principio. Esto significa que al configurarse como un principio, exige la mayor protección posible para la salud de los individuos, pero siempre teniendo en cuenta las condiciones fácticas y jurídicas del momento.

(III) Por último, la lectura conjunta de los párrafos 1º y 2º del artículo 43 CE nos permite afirmar que en este precepto se constitucionaliza un *derecho a la asistencia sanitaria* en el marco de una institución pública denominada Sistema Nacional de Salud. En este caso, estamos ante un derecho a *prestaciones en sentido estricto*<sup>322</sup>. Esto es, un derecho frente al Estado a un conjunto de servicios y cuidados medico-sanitarios cuya existencia se fundamenta sobre la base de la constitucionalización del Estado social y del mandato contenido en el artículo 9.2 CE. Mediante la asistencia sanitaria pública se garantiza que el individuo pueda desarrollarse libre y dignamente dentro de una comunidad social. De esta manera se asegura la libertad fáctica evitando, como explica ALEXY, que las libertades jurídicas se conviertan en fórmulas vacías<sup>323</sup>.

En conclusión, las tres posiciones iusfundamentales que conforman el denominado genéricamente derecho a la protección de la salud tendrían cada una de ellas un estatuto jurídico diferente. Así, la posición más fuerte estaría constituida por el derecho a la salud, en conexión directa con el derecho a la integridad psicofísica del individuo del artículo 15 CE. En este caso, prevalece la vertiente subjetiva del derecho sobre la objetiva, con lo cual la intervención del legislador se ve limitada por un contenido esencial fuerte, que vendría a

---

<sup>322</sup> Recordemos que el profesor R. ALEXY, *Ibidem* pág. 482 y 483, distingue entre derechos a prestaciones explícitamente estatuidos y derechos a prestaciones adscritos interpretativamente. A los primeros se les suele denominar derechos sociales fundamentales y a los segundos derechos fundamentales a prestaciones. No obstante, las semejanzas que existen entre ambas categorías (contenido, estructura y problemas) llevan a este autor a llamarlos a todos derechos sociales fundamentales. El problema del caso alemán, que no es extrapolable a la situación de nuestro ordenamiento jurídico, es que como es bien sabido en la Ley Fundamental no existen derechos sociales. Siendo así, ALEXY se plantea el interrogante de si es posible adscribir a las disposiciones de derechos fundamentales por vía interpretativa normas que otorguen derechos sociales fundamentales.

<sup>323</sup> *Ibidem*, pág. 488.

coincidir con la intangibilidad de la integridad personal y el bienestar psicofísico del individuo. A este derecho se le aplicarían todas las garantías subjetivas y objetivas propias de los derechos de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, incluidos el recurso de amparo y la reserva de ley orgánica para el desarrollo de los aspectos esenciales del derecho y el establecimiento de límites o restricciones al mismo, como es el caso de los tratamientos sanitarios obligatorios.

Por otro lado, en los casos del derecho a la protección de la salud en sentido estricto y del derecho a la asistencia sanitaria lo que predomina en ellos es la vertiente objetiva sobre la subjetiva. En ambos derechos es necesaria la intervención del legislador para que éste conforme su contenido. Es decir, el objeto concreto del derecho, la titularidad del mismo y las obligaciones y los derechos de sus destinatarios. En cuanto a las garantías de orden constitucional, ambas posiciones jurídicas están tuteladas por las garantías objetivas. Es decir, no cabría, en principio, plantear un recurso de amparo por vulneración de alguno de estos dos derechos. No obstante, nada impide que de la violación, por ejemplo, del derecho a la asistencia sanitaria, se pudiera derivar un daño para el derecho a la salud, en la acepción que venimos manejando, y se justificase, de este modo, la interposición del amparo ante el Tribunal Constitucional.

En definitiva, y como defiende un sector cada vez más importante de la doctrina, hay que abogar por un sistema unitario de derechos fundamentales, entre los que no existe una jerarquía, sino diferentes niveles de protección<sup>324</sup>.

---

<sup>324</sup> Así, PRIETO SANCHÍS, en *Estudios sobre derechos fundamentales*, *op. cit.*, págs. 103 y sigs., afirma que el carácter fundamental de un derecho es algo relativo y depende de su mayor o menor resistencia a la intervención del legislador. Según este planteamiento, en el Título I de la Constitución española existirían tres grados o niveles de resistencia, unidos por dos notas comunes a todos ellos: el reconocimiento constitucional y la vinculación de los poderes públicos. Este sería el grado mínimo de resistencia que autoriza a calificar a un derecho como fundamental. Aunque, evidentemente, la Constitución considere a unos derechos más fundamentales que a otros. De este modo se podrían individuar diversas categorías de derechos fundamentales. En primer lugar, estarían los derechos y libertades del Capítulo II, cuya nota distintiva sería la reserva de ley y el respeto del contenido esencial, ex

Estos derechos han de ser interpretados según la función determinada constitucionalmente para cada uno de ellos —acotar esferas de autonomía privada, determinar grados de participación y configurar prestaciones públicas— y a través de un orden de valores positivizado en la propia Constitución<sup>325</sup>.

---

artículo 53.1 CE. El segundo grado de resistencia afectaría a los derechos y libertades del Capítulo I, que no gozan de este rigor en orden a su desarrollo normativo, pero tampoco padecen la rebaja o debilitamiento del Capítulo III. Por último, estaría el grupo formado por los derechos del Capítulo III que sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Esta clasificación o graduación de fundamentalidad no responde, según PRIETO SANCHÍS, ni al modo de ejercicio de los derechos, ni a su origen histórico, ni al contenido, ni a su titularidad. Es una clasificación que nace de la Constitución y que es operativa sólo en el plano de la interpretación y de la aplicación de los derechos.

<sup>325</sup> *Vid.* T. FREIXES SANJUÁN, *Constitución y derechos fundamentales...*, *op. cit.*, *passim*.



## **CAPÍTULO IV.- EL DERECHO A LA SALUD**

- 1. El derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la salud.*
- 2. El derecho a la salud y los tratamientos sanitarios. 2.1. El derecho a decidir sobre la propia salud. a).- El principio de la autonomía del paciente y el consentimiento informado; b).- Problemas constitucionales derivados del derecho a decidir sobre la propia salud en los supuestos en los que el paciente es un menor de edad. 2.2. La imposición legítima de tratamientos sanitarios en contra de la voluntad del paciente. Los límites constitucionales a la autonomía del paciente. a).- Los tratamientos sanitarios obligatorios cuando está en peligro la salud pública; b).- Los tratamientos sanitarios obligatorios cuando sólo está en peligro la salud del paciente. Las intervenciones sanitarias en las relaciones de especial sujeción. 2.3. Problemas constitucionales en torno a las instrucciones previas o testamento vital. a).- Aspectos formales; b).- Aspectos materiales o de contenido.*





## 1. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA Y EL DERECHO A LA SALUD

Como ya se ha dicho en páginas precedentes una de las caras o vertientes del derecho objeto de nuestra investigación está constituida por el denominado *derecho a la salud* que se configura, en primer lugar, como una libertad positiva que implica reconocer a su titular la capacidad para decidir sobre su propia salud. En segundo lugar, este derecho se manifiesta como una posición subjetiva que otorga a cada persona un poder para exigir a los demás, ya sean poderes públicos o sujetos particulares, que observen una conducta que no altere el equilibrio biopsíquico en que consiste el estado de salud de cada uno. Es decir, impone un deber de abstención. En este sentido, el derecho a la salud se estructura como una libertad negativa *erga omnes*.

Así entendido, el derecho a la salud, mantiene un nexo indiscutible con uno de los derechos fundamentales más relevantes del Título I de Constitución. Nos estamos refiriendo al derecho a la integridad física y moral o derecho a la integridad personal, como así ha preferido denominarlo parte de la doctrina<sup>326</sup>.

La integridad personal según la define CANOSA USERA «abarcaría el cuerpo humano con todos sus componentes, desde las moléculas que forman sus genes, incluyendo por tanto la integridad genética, hasta su anatomía y apariencia, así como las potencialidades intelectuales y sensoriales, incluidas las que tienen que ver con la capacidad de experimentar dolor físico o padecimiento psicológico o moral»<sup>327</sup>. El derecho a la integridad física y moral consistiría, según el mismo autor, en el derecho a disponer de la propia

---

<sup>326</sup> Así, por ejemplo, R. CANOSA USERA en su monografía *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Madrid, 2006. No obstante, esta expresión ya fue utilizada por G. RODRÍGUEZ MOURULLO en “Artículo 15. Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte”, en *Comentarios a la legislación Penal, Derecho Penal y Constitución*, Tomo I, dirigidos por M. COBO DEL ROSAL, 1982, págs. 61 y sigs.

<sup>327</sup> *Vid.* R. CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal*, *op. cit.*, pág. 89.

integridad personal y a no sufrir intervención alguna sin consentimiento del titular. Añade CANOSA USERA que al lado de la vertiente negativa del derecho hay que incluir un nuevo aspecto: el derecho a su protección frente a cualquier ataque o riesgo en una sociedad tecnológicamente avanzada<sup>328</sup>. De manera que bajo la expresión integridad física y moral concurrirían un haz de situaciones jurídicas subjetivas protegidas por el ordenamiento jurídico<sup>329</sup>.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se prefiere utilizar la doble alusión a la integridad física y moral y sólo en los últimos años aparece alguna referencia a la expresión integridad personal<sup>330</sup>. Para el Tribunal Constitucional el derecho a la integridad física y moral protege «la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (STC 120/1990, F.J. 8º)

PÉREZ ROYO identifica en esta definición los dos elementos que configuran el derecho a la integridad personal<sup>331</sup>. En primer lugar, hay un *elemento subjetivo*, que consiste en el consentimiento con carácter previo a cualquier intervención sobre el cuerpo del titular del derecho. La manifestación del consentimiento marca la distinción entre las intervenciones legítimas y las que no lo son. En segundo lugar, concurre un *elemento objetivo*, consistente en la existencia de una lesión o un menoscabo objetivamente verificable. Comprobar que se han producido lesiones físicas no plantea mayores dificultades. Sí que puede ser más problemática la constatación de los daños a la integridad psíquica del individuo y su valoración.

Teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, y partiendo de la definición elaborada por la OMS, resulta muy difícil marcar la frontera entre integridad

---

<sup>328</sup> *Ibidem* págs.288 y 289.

<sup>329</sup> *Ibidem*, págs.177 y sigs.

<sup>330</sup> Como en el supuesto de la STC 5/2002, de 14 de enero, F.J. 4º.

<sup>331</sup> *Vid.* J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho constitucional*, (9ª edición), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, págs. 339 y 340.

personal y salud. Sobre todo si esta última no se identifica exclusivamente con la ausencia de patologías. Prueba de la no tan clara relación entre estos dos bienes jurídicos la encontramos en la división de opiniones al respecto entre la doctrina.

Hay quienes, por un lado, consideran que la salud forma parte de la integridad personal. Así, por ejemplo, SERRANO ALBERCA para quién la constitucionalización del derecho a la integridad supone también el reconocimiento del derecho a la salud<sup>332</sup>. O RODRÍGUEZ MOURULLO, según el cual la doble adjetivación «física y moral» permite extender la protección constitucional a la integridad psíquica y a la salud física y mental cuando ésta se vea afectada por enfermedades que no impliquen ninguna pérdida de miembros u órganos corporales. Según el penalista, lo que se pretende garantizar en el artículo 15 CE es la *incolumidad personal*, que comprende, a su vez, una pluralidad de derechos: el *derecho a la integridad física*, en el sentido de no ser privado de ningún miembro u órgano corporal; el *derecho a la salud física y mental*, es decir, a estar libre de enfermedades que eliminen la buena salud; el *derecho al bienestar corporal y psíquico*, esto es el derecho de la persona a que no se le hagan padecer sensaciones de dolor o sufrimiento y, finalmente, el *derecho a la propia apariencia personal* o derecho a no ser desfigurada en su imagen externa.<sup>333</sup>

Otros autores como MUÑOZ CONDE<sup>334</sup>, distinguen ambos bienes: la integridad corporal se refiere al aspecto físico, en forma de mutilación o de inutilización de algún órgano o miembro corporal, mientras que el ataque a la salud es la enfermedad.

---

<sup>332</sup> Vid. J.M.<sup>a</sup> SERRANO ALBERCA, “Comentario al artículo 15”, en *Comentarios a la Constitución* dirigidos por Garrido Falla, Civitas, Madrid, 1985, págs. 266 a 283.

<sup>333</sup> Vid. G. RODRÍGUEZ MOURULLO en “Artículo 15...”, *op. cit.*, págs. 82 y 83,

<sup>334</sup> En *Derecho Penal. Parte especial*, 15<sup>a</sup> edición, Tirant LoBlanch, Valencia, 2004, pág. 109.

Una visión distinta es defendida por BERDUGO DE LA TORRE, para quien la salud que aparece en el Código Penal<sup>335</sup> es la salud entendida en sentido amplio, es decir, incluye también la integridad física. Según el profesor BERDUGO, la salud se puede vulnerar «tanto produciendo una alteración en su normal funcionamiento durante un período de tiempo mayor o menor —supuesto de enfermedad o incapacidad temporales—, como causando un menoscabo en el sustrato corporal»<sup>336</sup>.

Con relación a esta cuestión, tampoco el Tribunal Constitucional ha adoptado una postura definitiva. De acuerdo con su jurisprudencia, « [...] el derecho a la salud, o mejor aún, a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal» (STC núm. 35/1996, de 11 marzo, F.J. 3º). Sin embargo, no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica, necesariamente, una vulneración del artículo 15 CE (STC núm. 119/2001, de 29 mayo, F.J. 6º y STC núm. 5/2002, de 14 de enero, F.J. 4º). El hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar —esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento— o un riesgo o daño para la salud, supone un plus de afectación. Sin embargo, no es una condición *sine qua non* para entender que exista una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física (STC 207/1996, F.J. 2º).

Para que la vulneración del derecho a la salud repercuta en el derecho a la integridad, el daño que se ocasione a la salud ha de ser, según manifiesta el Tribunal Constitucional, grave, inmediato e imputable a una acción u omisión de los poderes públicos. Esta situación se ha planteado en los casos resueltos por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 119/2001, de 24 de mayo, y en la Sentencia 5/2002, de 14 de enero.

---

<sup>335</sup> En el Título III del Libro II del Código Penal, bajo la denominación genérica “De las lesiones”, se recogen una serie de conductas delictivas que afectan, según se establece en el artículo 147.1 CP, a la integridad corporal o a la salud física o mental.

<sup>336</sup> *Vid.* I. BERDUGO DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982

En la STC 119/2001, de 24 de mayo, se intenta examinar la incidencia que el ruido puede tener sobre determinados derechos, distinguiendo entre aquellos que se protegen por el recurso de amparo, como sería la integridad física y psíquica, de aquellos valores y derechos constitucionales que se tutelan por otras vías, entre los que estarían la salud y el medioambiente. En sus razonamientos el Tribunal Constitucional parte de la consideración de que el ruido puede llegar a ser un factor psicopatógeno y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. La exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tiene probadas consecuencias sobre la salud de las personas y sobre su conducta social (F.J. 5º). Dice el Tribunal Constitucional:

« [...] cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del artículo 15 CE, sin embargo cuando 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 derecho garantizado en el artículo 15 CE.»<sup>337</sup>

También se aprecia un solapamiento o yuxtaposición entre ambos derechos en la STC 5/2002, de 14 de enero. En este asunto el Tribunal Constitucional afirma que « [...] el derecho a la salud o, mejor aún, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma» (F.J. 4º).

De estas dos Sentencias se infiere que para el Tribunal Constitucional sólo cabría hablar de lesión del derecho a la integridad personal, tal y como

---

<sup>337</sup> STC 119/2001, de 24 de mayo, F.J. 6º. El subrayado es nuestro

evidencia CANOSA USERA, cuando se menoscaba de manera *grave, cierta e inmediata* la salud<sup>338</sup>. Con esta conclusión no están de acuerdo ni el citado autor, ni tampoco el Magistrado JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, quien en un voto particular formulado al fallo de la STC 119/2001, de 24 de mayo, considera que la separación entre integridad (artículo 15 CE) y salud (artículo 43 CE) no tiene ningún sentido si se defiende, como lo hace la OMS, que la salud es el «estado de absoluto bienestar físico, mental y social». Así mismo, no comparte la idea según la cual para que haya vulneración de la integridad *ex* artículo 15 CE es necesario que la salud corra un peligro grave e inmediato. Según el Magistrado basta la existencia de cualquier efecto nocivo (alteración del sueño, interferencia con la comunicación oral, perjuicios en el aprendizaje, pérdida auditiva, estrés o hipertensión) para estimar vulnerado el derecho fundamental.

En el mismo sentido se pronuncia CANOSA USERA. Si se admitiera que únicamente hay lesión del derecho a la integridad cuando se menoscaba de manera grave e inmediata la salud, la vulneración del derecho a la salud sólo se podría tutelar mediante el recurso de amparo cuando existiese un riesgo grave e inmediato, mientras que en los supuestos de riesgos menos graves o mediatos los ciudadanos se tendrían que valer de otros instrumentos procesales distintos del amparo<sup>339</sup>.

Si bien es cierto que existe una íntima conexión entre el derecho a la integridad personal y el derecho a la salud y que en muchos supuestos resulta difícil discernir si se trata de uno u otro, sin embargo no se puede concluir que los bienes protegidos sean los mismos, ya que la salud abarca, no sólo la incolumidad personal, sino también la ausencia de patologías y un cierto grado

---

<sup>338</sup> *Vid.* R. CANOSA USERA en su monografía *El derecho a la integridad personal, op. cit.*, pág. 107.

<sup>339</sup> *Vid.* R. CANOSA USERA “Pretensiones ambientales en amparo constitucional. Comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 10-11, 2003, pág. 706

de bienestar social, de calidad de vida, que varía según el tiempo y el lugar en el que se encuentre el titular del derecho. Puede suceder que se vulnere la integridad personal sin que como consecuencia se derive, necesariamente, un daño a la salud. Puede incluso darse el caso en el que ambos derechos entren en conflicto y uno de ellos acabe cediendo a favor del ejercicio del otro. En este último sentido, el ordenamiento jurídico español permite que en determinados supuestos y bajo estrictas condiciones se limite el derecho a la integridad personal mediante la imposición coactiva de una determinada terapia en contra de la voluntad de la persona para proteger la salud individual e incluso la salud de terceros<sup>340</sup>. De esta cuestión nos ocuparemos en las páginas siguientes.

## **2. EL DERECHO A LA SALUD Y LOS TRATAMIENTOS SANITARIOS**

### ***2.1. El derecho a decidir sobre la propia salud.***

#### **a).- El principio de la autonomía del paciente y el consentimiento informado.**

Hemos dicho en repetidas ocasiones que el denominado, genéricamente, por el constituyente derecho a la protección de la salud es una figura compleja, con múltiples caras. Además de su carácter prestacional, que se materializa a través del derecho a la asistencia sanitaria en el marco del Sistema Nacional de Salud, se configura como un derecho de libertad en sentido clásico, con una vertiente negativa y otra positiva que convierten al sujeto en titular de pretensiones de abstención y de actuación con relación a esa esfera íntima y privada que se denomina salud individual. Ese haz de facultades que integran el derecho ha sido desarrollado por el legislador a partir del mandato constitucional recogido en el artículo 43.2 *in fine* CE.

---

<sup>340</sup> Sobre la compleja relación entre ambas situaciones jurídico subjetivas, véase R. CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal, op. cit.*, págs. 105 y sigs

En efecto, tal y como se establece en este precepto al legislador le compete la tarea de determinar los derechos y deberes de los poderes públicos y de los ciudadanos con el fin de tutelar la salud. A propuesta del Defensor del Pueblo se incluyó en la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986 (LGS), un catálogo con los derechos y deberes de todos respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias. Este catálogo se ha visto modificado y ampliado con la aprobación de la Ley 41/2002, de 14 de diciembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LBAPDO). Basta una rápida lectura de estas dos normas para advertir que estamos ante una serie de derechos fundamentales ejercidos por el paciente en el ámbito de las relaciones médicas<sup>341</sup>.

El legislador de 1986 abre este elenco de derechos con una referencia expresa al respeto a la personalidad, a la dignidad humana y a la intimidad, sin que, en ningún caso, pueda existir discriminación por razones de raza, de tipo social, sexual, moral, económico, ideológico, político o sindical (artículo 10.1 LGS). En términos parecidos se pronuncia la LBAPDO en su artículo 2, donde se enumeran los principios básicos que informarán la actuación del personal sanitario.

Así mismo, se presta especial atención al derecho a la intimidad del paciente, garantizando la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en las instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público (artículo 10.3 LGS y artículo 7 LBAPDO).

En la Ley General de Sanidad cobra relevancia el derecho a la información de los usuarios de los servicios sanitarios. En primer lugar, se les deberá proporcionar toda la información sobre los servicios sanitarios a que

---

<sup>341</sup> Así lo entiende también R. CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal*, *op. cit.*, págs. 105, *in fine*.



pueden acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso (artículo 10.2 LGS). Esta información permitirá, entre otras cosas, elegir el médico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas en la Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regulen el trabajo sanitario en los Centros de Salud (artículo 10.13 LGS)<sup>342</sup>.

Ahora bien, sin lugar a dudas el aspecto más relevante de la legislación sanitaria reguladora de los derechos de los pacientes tiene que ver con la autonomía que se reconoce al enfermo para decidir sobre su propia salud. Como ha señalado algún autor reconocer este principio en el ámbito de la medicina implica una revolución en la relación médico-paciente. El paciente ha dejado de ser un enfermo desvalido para convertirse en un sujeto de derechos<sup>343</sup>.

El punto de partida en el estudio de esta cuestión no puede ser otro que el texto constitucional, ya que, en palabras de CASCAJO CASTRO «la salud es una realidad individual y social que encuentra su propio programa normativo en nuestra Constitución vigente»<sup>344</sup>.

En efecto, el derecho a decidir sobre la propia salud<sup>345</sup> conlleva el reconocimiento, en el ámbito sanitario, de la libertad ideológica. Libertad que no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según convicciones personales, sino que comprende,

---

<sup>342</sup> Véase el RD 1575/1993, de 10 de septiembre, por el que se regula la libre elección de médico en el INSALUD.

<sup>343</sup> Así lo pone de manifiesto J. CANTERO MARTÍNEZ, en *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2005, pág. 7.

<sup>344</sup> Vid. J.L. CASCAJO CASTRO, José Luís, “El derecho a la salud: mujeres y salud, un derecho constitucional”, en N. MONTESINOS SÁNCHEZ, M.ª T. ROMÁ FERRI, C. CATALÁ PÉREZ, *Derecho, mujeres y salud*, Universidad de Alicante, Alicante, 1998, págs. 21 y sigs.

<sup>345</sup> Sobre la adecuación de esta expresión véase S. TARODO SORIA, *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2005, págs. 312 a 316.

además, una dimensión externa de *agere licere* con arreglo a las propias ideas. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones<sup>346</sup>.

El derecho a decidir sobre la propia salud se inspira a su vez en el principio de la autonomía del paciente. La autonomía del paciente es la proyección, en el marco de las relaciones médicas, de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y expresión del respeto a la dignidad de la persona y a su libre desarrollo<sup>347</sup>. El Tribunal Constitucional, en la STC 53/1985, de 11 de abril, F.J. 8º, declara que «la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás.»

Cuando el paciente presta su consentimiento, redacta las instrucciones previas o solicita el alta voluntaria, significa que está ejerciendo libremente el derecho a decidir sobre su propia salud. Este derecho conlleva, en primer lugar, la potestad de elegir entre las opciones clínicas disponibles y, en segundo lugar, incluye la libertad de negarse a la imposición de cualquier tratamiento sanitario, salvo en los supuestos establecidos por la ley<sup>348</sup>. Veamos, primeramente, el derecho a elegir entre las distintas opciones clínicas disponibles.

Como regla general, nadie puede ser sometido a un tratamiento sanitario, ya sea de pronóstico, diagnóstico o terapéutico, contra su voluntad. Cualquier intervención requiere, por lo tanto, el previo consentimiento de la persona. Teniendo en cuenta la conexión entre salud e integridad personal hay que traer a colación en este punto las explicaciones de DÍEZ-PICAZO

---

<sup>346</sup> Por ejemplo en las Sentencias 19/1985, 20/1990, 120/1990, 137/1990, 66/1994, 166/1996, y, 177/1996 y en el Auto 1227/1988.

<sup>347</sup> Así lo define J. CANTERO MARTÍNEZ en *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, *op. cit.*, pág. 7.

<sup>348</sup> *Vid.* M. BEATO ESPEJO, “El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 119 (1989), pág.56.

GIMÉNEZ quien recuerda que el derecho a la integridad física y moral, además del tradicional significado que se le atribuye en la Constitución Española de 1978 como límite a los tratos inhumanos y degradantes, implica que las personas tienen un derecho a la intangibilidad, salvo que medie su consentimiento. Porque, «incluso tratándose de intervenciones bienintencionadas y objetivamente idóneas para producir un beneficio —como son destacadamente las de naturaleza médica—, existe un imperativo constitucional de previo consentimiento de la persona»<sup>349</sup>.

Así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su STC 120/1990. En concreto, en el F.J. 8º de esta controvertida resolución se dice lo siguiente:

«Este mismo precepto constitucional [se está refiriendo al artículo 15 CE] *garantiza el derecho a la integridad física y moral*, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también *contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular*. Por ello, este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional.»

Sobre la naturaleza jurídica del consentimiento, el Tribunal Supremo, en dos Sentencias del año 2001, de 12 de enero y de 11 de mayo, respectivamente, declaró que se trata de un derecho fundamental. En concreto, dijo lo siguiente:

« [...] El consentimiento informado constituye un *derecho humano fundamental*, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y

---

<sup>349</sup> *Vid* L. M.<sup>a</sup> Díez-PICAZO GIMENEZ, *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, 2ª edición, págs. 205 y 206

consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo.» (STS núm. 3/2001, Sala de lo Civil, de 12 enero)

Según el Tribunal Supremo la información médica que permite al enfermo elegir con libertad entre las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, no es un mero formalismo. Este derecho encuentra su apoyo en la Constitución española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10.1 y, principalmente, en la libertad, reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias<sup>350</sup>.

Señala la civilista PARRA LUCÁN que, probablemente, el propio Tribunal Supremo no ha pretendido sacar ninguna consecuencia concreta al afirmar que el consentimiento informado es un derecho fundamental, sino sólo evitar una interpretación que lo reduzca a un mero requisito formal, cuyo incumplimiento carezca de consecuencias jurídicas<sup>351</sup>. En definitiva, el consentimiento informado es una garantía de la inviolabilidad de la integridad personal y de la libertad de conciencia que llevadas al terreno médico se materializan en el derecho a decidir sobre la propia salud.

**b).- Problemas constitucionales derivados del derecho a decidir sobre la propia salud en los supuestos en los que el paciente es un menor de edad.**

El consentimiento del paciente se contempla por primera vez en nuestra legislación sanitaria en el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril,

---

<sup>350</sup> También se remite el Tribunal Supremo a los Pactos Internacionales suscritos por España como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, principalmente en su Preámbulo y artículos 12, 18 a 20, 25, 28 y 29, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, en sus artículos 3, 4, 5, 8 y 9 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966 en sus artículos 1, 3, 5, 8, 9 y 10.

<sup>351</sup> *Vid.* M<sup>a</sup>. A. PARRA LUCÁN, “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, en *Aranzadi civil* [en línea], núm. 2, 2003. Dirección URL: <http://www.westlaw.es>

General de Sanidad (LGS) entre los derechos que todos tienen ante las distintas administraciones sanitarias. En esta Ley se decía que el paciente tiene derecho a que se le dé, directamente o a través de sus familiares o allegados, toda la información necesaria sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento (artículo 10.5 LGS) para poder elegir libremente entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento por escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública, cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas o cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento (artículo 10.6 LGS).

El 1 de enero del año 2000 entra en vigor en España el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997. El artículo 5 de este Convenio establece que las intervenciones en el ámbito sanitario sólo se podrán efectuar una vez que la persona afectada haya prestado su libre e informado consentimiento, que podrá ser retirado en cualquier momento<sup>352</sup>. Así mismo, se prevé en sus artículos 6 y 7 una serie de normas sobre qué hacer en aquellos supuestos en los que el paciente no puede prestar su consentimiento.

A raíz del Convenio de Oviedo, se aprueba la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LBAPDO). En esta Ley, en primer lugar, se derogan, entre otros, los apartados 5, 6, 8, 9 y 11 del citado artículo 10 LGS, se hace una regulación más completa del consentimiento y se introduce el novedoso y polémico tema de las

---

<sup>352</sup> También la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en su artículo 3.2 reconoce el derecho a la integridad física y psíquica y, en el marco de la medicina y de la biología, impone el respeto del consentimiento libre e informado de la persona.

instrucciones previas o voluntades anticipadas, como así se denomina en alguna legislación autonómica<sup>353</sup>.

En la Ley 41/2002 se define el consentimiento informado como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud (artículo 3 LBAPDO). Así mismo, en el apartado 2 del artículo 2 LBAPDO se dice que todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos previstos por la Ley.

Tal es la importancia que ha adquirido esta materia que el legislador del año 2002 consideró oportuno dedicar todo el Capítulo IV (artículos 8 a 13) al respeto de la autonomía del paciente como piedra angular de las relaciones médicas. En estos artículos se insiste, una vez más, en que cualquier actuación en el ámbito sanitario requiere el consentimiento libre, voluntario e informado del paciente, una vez que éste haya valorado todas las opciones aplicables al caso concreto. En este sentido, el facultativo le proporcionará, antes de recabar su consentimiento, la información básica siguiente: las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y las contraindicaciones.

El consentimiento se prestará verbalmente, aunque en la Ley se prevén varios supuestos en los que, necesariamente, se hará por escrito: en caso de intervención quirúrgica, en los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, ante la aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la

---

<sup>353</sup> Es necesario recordar que esta Ley estatal se aprueba con posterioridad a la entrada en vigor de otras leyes autonómicas reguladoras de la materia en las Comunidades de Cataluña, Galicia, Madrid, Aragón y Navarra.

salud del paciente (artículo 8.2 LBAPDO). Así mismo, se establece que el paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

Ahora bien, en determinadas circunstancias puede ocurrir que el paciente no esté capacitado para prestar directamente el consentimiento. Es decir, que no pueda realizar actos con trascendencia jurídica, como decidir sobre su propia salud. En estos casos, el consentimiento se prestará mediante representación, según dice el artículo 9.3 LBAPDO, bien de las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, o bien a través de su representante legal<sup>354</sup>.

La LBAPDO distingue tres tipos de incapacidad: la *incapacidad natural*, que se produce cuando el paciente no es capaz de tomar decisiones a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación (artículo 9.3,a) LBAPDO), la *incapacidad legal* (artículo 9.3,b) LBAPDO) y, por último, la *incapacidad del menor de edad*

---

<sup>354</sup> Esta Ley es mucho más precisa que la Ley General de Sanidad de 1986. En esta última sólo se decía que el consentimiento lo prestarían los familiares o personas allegadas cuando el paciente no estuviera capacitado para tomar decisiones. Ante lo escueto de este precepto, se tenía que recurrir, necesariamente, a las normas civiles reguladoras de la capacidad. Como señala la profesora PARRA LUCÁN en “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, *op. cit. passim* la Ley General de Sanidad al utilizar la expresión «quien no esté capacitado para tomar decisiones» podía aludir tanto a quien, según la ley, tiene limitada su capacidad de obrar (menores o incapacitados) como a quien, en razón de su lesión o enfermedad, no se encuentra en condiciones de prestar consentimiento. En los supuestos de menores o incapacitados, la referencia que la Ley General de Sanidad hace a parientes o allegados no encaja, explica PARRA LUCÁN, con la regulación del Derecho civil de la capacidad por razón de edad o por razón de enfermedad o deficiencia que impide a la persona gobernarse por sí misma (incapacitación). No parece que el artículo 10 de la Ley General de Sanidad pretendiera desplazar esta regulación sino que, para el tema del consentimiento prestado cuando los pacientes eran menores o incapacitados, y en ausencia de norma específica que regulara determinada intervención (para los trasplantes, para las técnicas de reproducción asistida, para las esterilizaciones), había que acudir a la compleja normativa sobre capacidad. Recuerda PARRA LUCÁN que la normativa sobre la capacidad de los menores no está regulada de una manera sistemática. Debían tenerse en cuenta, además de las normas concretas que en diferentes sedes se ocupan de lo que puede o no puede hacer el menor por sí, la regulación del Código Civil sobre relaciones entre ascendientes y descendientes, incapacitación, tutela, y lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

(artículo 9.3,c) LBAPDO). De estas tres situaciones la que suscita mayores controversias desde el punto de vista del Derecho constitucional es la incapacidad del menor de edad.

Recordemos al respecto la STC 154/2002, de 18 julio, en la que el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo interpuesto por los progenitores de un menor de 13 años, todos ellos Testigos de Jehová<sup>355</sup>, frente a dos sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, que les condenó como autores responsables de un delito de homicidio en su modalidad de comisión por omisión<sup>356</sup>. En la demanda de amparo presentada por los padres del menor fallecido se cuestionan los dos argumentos que sirvieron de base para la condena penal. En primer lugar, la irrelevancia del consentimiento y oposición de un niño de trece años a que se le hiciera una transfusión estando en juego su vida; y, en segundo lugar, la exigibilidad a los padres de una acción

---

<sup>355</sup> Los hechos fueron los siguientes. El pequeño Marcos de 13 años se hirió en una pierna mientras montaba en bicicleta en el mes de septiembre de 1994 en la localidad de Ballobar (Huesca). A pesar de la aparente levedad de la lesión, pasados unos días el estado de salud del menor se agravó. Por este motivo se le trasladó a la Policlínica de Fraga (Huesca), donde los médicos aconsejaron que se le condujese al Hospital Arnau de Llérida. En este hospital se le diagnosticó una fuerte hemorrágica que precisaba de una transfusión sanguínea. Los padres, Testigos de Jehová, pusieron en conocimiento de los facultativos que atendían a su hijo que su religión no les permitía la aceptación de una transfusión de sangre y pidieron algún tratamiento alternativo distinto a la transfusión. Al no existir tal tratamiento, los padres solicitaron el alta médica para trasladar a su hijo a otro centro hospitalario. El hospital se negó y puso los hechos en conocimiento del Juzgado de Guardia para que éste autorizase la hemotransfusión. El Juzgado así lo hizo en vista de la urgencia vital para el menor. Los padres aceptaron la orden del Juez y no se opusieron a la transfusión. Sin embargo, cuando se quiso llevar a cabo, el menor reaccionó negativamente e incluso rechazándola con violencia. Frente a esta actitud del menor, los padres no hicieron nada para disuadirlo. Marcos entra en coma y, finalmente, fallece.

<sup>356</sup> Las dos Sentencias de 27 de junio de 1997, dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. La primera de ellas estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 20 de noviembre de 1996, que había absuelto a los demandantes de amparo como autores responsables de un delito de homicidio por omisión. La segunda los condena a la pena de dos años y seis meses de prisión como autores responsables de un delito de homicidio, con la concurrencia, con el carácter de muy cualificada, de la atenuante de obcecación o estado pasional.



disuasoria de la negativa de su hijo a dejarse transfundir hasta el extremo de imputarles, a causa de su conducta omisiva, el resultado de muerte.

Respecto a la primera de las cuestiones, el Tribunal Constitucional considera que los menores son titulares plenos de sus derechos fundamentales a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y su facultad de disponer sobre ellos puedan decidirlo aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute por parte del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar. Dice el Tribunal Constitucional que «al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal —como distinto del derecho a la salud o a la vida— y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física.» (STC 154/2002, F.J. 9º). Sin embargo, se añade en esta Sentencia que el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos —entre otros los actos relativos a los derechos de la personalidad en los que queda excluida *ex* artículo 162.1 Cc la potestad de representación legal que tienen los padres— no es suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable (STC 154/2002, F.J. 10º).

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional es llamado a pronunciarse sobre el siguiente interrogante: ¿se puede limitar la libertad de creencias de unos padres con el fin de salvaguardar el interés de su hijo menor de edad? Para el Tribunal Supremo los padres incumplieron las funciones dimanantes de su condición de garantes de la salud del menor. Por el contrario, el Tribunal Constitucional, admitiendo, en todo caso, que el ejercicio de la libertad ideológica no resulta por sí sólo suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos,

estima que el comportamiento de los progenitores del menor fallecido se encuentra amparado por el derecho fundamental a la libertad religiosa. Argumenta el Tribunal Constitucional que exigir a los padres una actuación suasoria o permisiva de la transfusión, habiendo posibilitado sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección de su hijo «contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias.» (STC 154/2002, F.J. 15º).

En el mismo año que se dicta esta Sentencia se aprueba la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que viene a desarrollar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con relación a la capacidad del menor de edad para ejercer sus derechos fundamentales en función de su grado de madurez, y cuya redacción se inspira en el artículo 6 del Convenio de Oviedo de 1997 en el que se establece que «la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez.»

En cumplimiento de esta previsión, y en sintonía con otras normas de nuestro ordenamiento jurídico<sup>357</sup>, la LBAPDO ha introducido en el artículo 9.3.º<sup>358</sup>, de manera indirecta, el principio según el cual el menor podrá decidir

---

<sup>357</sup> Recordemos, una vez más, que el Código civil en el artículo 162.1 establece como una excepción a la representación legal que ostentan los padres de los hijos menores no emancipados aquellos actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. También la Ley Orgánica de protección jurídica del menor de 1996 en el artículo 9.1 reconoce al menor de edad el derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en los procedimientos en los que esté directamente implicado y que conduzcan a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social, debiéndose interpretar cualquier limitación a su capacidad de obrar en sentido restrictivo (artículo 2)

<sup>358</sup> Artículo nada claro en su redacción en el que se dice lo siguiente:

sobre su salud cuando sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En efecto, en el citado precepto se dice que se otorgará el consentimiento por representación cuando, entre otros supuestos, el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. De estas palabras se deduce, *sensu contrario*, que cuando sí lo sea podrá decidir por sí mismo.

Sobre la base de este principio, se han fijado, en primer lugar, dos presunciones. Se entiende por el legislador que si el paciente es un menor de doce años, éste carece de dicha capacidad, en cuyo caso las decisiones las tomará su representante legal. Así mismo, en esta Ley se contempla una presunción legal de madurez cuando se trate de menores emancipados y de menores mayores de dieciséis años, que no sean incapaces ni estén incapacitados. A éstos se les reconoce el derecho a decidir, aunque en el caso de una intervención de riesgo, se informará a los padres cuya opinión se tendrá en cuenta a la hora de tomar una decisión definitiva.

En segundo lugar, la interpretación de la LBAPDO nos permite deducir que en ésta se incorpora, aunque no expresamente, otra regla aplicable a los menores de entre doce y dieciséis años a los que se les atribuye la libertad de decidir sobre su propia salud cuando, recordemos, sean capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. Si, por el contrario, se trata de un paciente menor de entre doce y dieciséis años sin suficiente capacidad, corresponde tomar las decisiones respecto a su salud a su

---

« Se otorgará el consentimiento por representación: [...]c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.»

representante, una vez que se haya escuchado la opinión del menor. Así se desprende del artículo 9.3 LBAPDO<sup>359</sup>.

Estamos ante un principio orientador que se deberá concretar caso por caso, correspondiendo al médico evaluar si el menor de edad entre doce y dieciséis años tiene la suficiente capacidad para entender las consecuencias de su decisión. El principal problema estriba en que en nuestro ordenamiento no existe un procedimiento estandarizado de evaluación de la capacidad del paciente, ni tampoco se establecen criterios concluyentes para determinar hasta dónde llegan las atribuciones del personal sanitario para decidir en estos casos y dónde empiezan las competencias de los poderes públicos, como por ejemplo de los jueces y tribunales. Se trata, en definitiva, de un problema más fáctico que jurídico cuya solución recae sobre el personal médico<sup>360</sup>. DE LAMA AYMA<sup>361</sup> destaca, de entre los varios criterios utilizables para evaluar la capacidad, el principio de razonabilidad o irrazonabilidad de la decisión tomada por el menor, es decir, si la opción del paciente menor es la misma que elegiría cualquier otra persona que se encontrara en su situación. Así mismo, señala esta autora que habrá que valorar si el menor toma la decisión de forma libre, sin presiones o condicionamientos. Por último, el grado de capacidad

---

<sup>359</sup> Para M. BENAC URROZ, “La problemática del menor maduro en la obtención del consentimiento informado”, en P. GONZÁLEZ SALINAS y E. LIZARRAGA BONELLI (coordinadores) *Autonomía del paciente, información e historia clínica: (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Cívitas, Madrid, 2004, págs. 85 y sigs., en el artículo 9.3 se contemplan cuatro supuestos: (1) menor de doce años: presta el consentimiento su representante legal; (2) menor entre doce y dieciséis años no capaz ni intelectual ni emocional mente de comprender el alcance de la intervención: consiente su representante legal después de haber oído la opinión del menor; (3) menor de hasta dieciséis años, con capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención: la Ley no dice nada al respecto y (4) menor mayor de dieciséis años o emancipado: consiente siempre él. Sin embargo, en los casos de grave riesgo para su salud, los padres serán informados y su opinión tenida en cuenta a la hora de tomar una decisión.

<sup>360</sup> Así lo entiende también J.L. BELTRÁN AGUIRRE, en “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica”, en *Actas del XV Congreso “Derecho y Salud”. La reforma del marco jurídico de la sanidad: cambios recientes y próximos*, Oviedo, noviembre 2006, pág. 16.

<sup>361</sup> En *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2006, págs. 316 a 321

variará también en función de la gravedad de la enfermedad y del riesgo para su vida.

Tampoco se prevé en la LBAPDO cómo solucionar aquellos supuestos en los que exista un conflicto entre la opinión del menor y la de sus padres o representante legal. BENAC URROZ propone aplicar el artículo 163 del Código civil, según el cual en caso de oposición de intereses, el juez procederá al nombramiento de un defensor judicial que represente al menor en juicio y fuera de él<sup>362</sup>. Así mismo, la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, recoge en el artículo 10 una serie de medidas para facilitar el ejercicio de sus derechos. Entre estas medidas se establece que el menor podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas. Igualmente podrán solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente, plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo y solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones públicas.

En todo caso, la representación legal en este ámbito ha de ser excepcional, someterse a una interpretación restrictiva y ejercerse siempre en interés del menor. Así se desprende del propio tenor literal del artículo 9.5 LBAPDO —«La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario»— y del artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor que entre sus principios generales establece que «las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva». En definitiva, la decisión final sobre el grado de libertad del

---

<sup>362</sup> Cfr. M BENAC URROZ, “La problemática del menor maduro en la obtención del consentimiento informado”, en P. GONZÁLEZ SALINAS y E. LIZARRAGA BONELLI (coordinadores) *Autonomía del paciente, información e historia clínica: (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Cívitas, Madrid, 2004, págs. 85 y 86.

paciente para decidir sobre su propia salud tendrá que basarse en el difícil equilibrio que existe entre el respeto de su autonomía y el deber de sus padres o representantes, y del propio Estado, de velar por el supremo interés del menor.

Ahora bien, en la propia Ley se contemplan tres situaciones en las que ni los menores emancipados, ni los mayores de dieciséis años, ni tampoco los «menores maduros» podrán decidir sobre su propia salud. Estos supuestos son la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, que se regirán por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad.

En este sentido, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece con relación a los donantes que éstas deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar (artículo 5.6). Respecto a las receptoras se dice en su artículo 6.1 que «toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.»

Por lo que a los ensayos clínicos con medicamentos se refiere el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regula esta materia, prevé en su artículo 4 que en el caso de menores de edad sólo se podrán realizar ensayos cuando «sean de interés específico para la población que se investiga, y sólo cuando dicha investigación sea esencial para validar datos procedentes de ensayos clínicos efectuados en personas capaces de otorgar su consentimiento informado u obtenidos por otros medios de investigación. Además, la investigación deberá guardar relación directa con alguna enfermedad que padezca el menor o bien ser de naturaleza tal que solo pueda ser realizada en menores.» En el citado artículo se establece que el bienestar del menor ha de prevalecer por encima de los intereses de la ciencia y de la sociedad, de manera

que han de existir datos que permitan prever que los beneficios esperados superen los riesgos o que el riesgo que conlleva el ensayo sea mínimo.

Con relación al consentimiento se dice en el artículo 7.3, a) que la práctica de ensayos clínicos requiere el consentimiento informado previo de los padres o del representante legal del menor. Dicho consentimiento deberá reflejar la presunta voluntad del menor y podrá retirarse en cualquier momento sin perjuicio alguno para él. Se añade en esta norma que cuando el menor tenga doce o más años, será él quien deberá consentir para participar en el ensayo. Esta última previsión entra en colisión con lo establecido en el artículo 9.4 de la Ley 41/2002 que, recordemos, exige la mayoría de edad. Estamos ante un ejemplo más de la falta de concordancia entre las distintas normas reguladoras de una misma materia en el ámbito sanitario. En todo caso, el Real Decreto 223/2004 ordena que el menor reciba, del personal que cuente con experiencia en el trato con menores, una información sobre el ensayo, los riesgos y los beneficios adecuada a su capacidad de entendimiento. El investigador aceptará el deseo explícito del menor de negarse a participar en el ensayo o de retirarse en cualquier momento, cuando éste sea capaz de formarse una opinión en función de la información recibida.

Por último, la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica contempla en su artículo 4.2 la posibilidad de que la persona que vayan a participar en una investigación biomédica o que puedan aportar a ella sus muestras biológicas otorguen el consentimiento por representación cuando se trate de un menor de edad, siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación. Se añade en la Ley que los menores participarán en la medida de lo posible y según su edad y capacidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación.

Sin lugar a dudas la tercera de las excepciones previstas por el artículo 9.4 LBAPDO a la autonomía del paciente menor para decidir sobre su propia salud es la que suscita mayores problemas. Nos estamos refiriendo a la interrupción del embarazo. En este supuesto, la interpretación literal de la

LBAPDO nos llevaría a la siguiente conclusión: corresponderá a los padres o representante legal de la menor prestar o no el consentimiento para que se proceda a la interrupción del embarazo. Un importante sector de la doctrina ha sido muy crítico con esta previsión legal<sup>363</sup>, que no sólo deja sin solución un tema espinoso, sino que, además, viene a complicar el ya complejo entramado de normas que regulan el consentimiento informado cuando se trata de menores.

El citado artículo 9.4 LBAPDO entra en colisión con importantes normas de nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, en el Código Penal nada se dice con relación a la edad de la mujer que, eso sí, necesariamente ha de prestar su consentimiento para que se le practique un aborto en los supuestos permitidos por el artículo 417 *bis* CP<sup>364</sup>. Conviene en este momento traer a colación que una de las alegaciones que se hicieron por parte de los recurrentes del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 *bis* del Código Penal fue, precisamente, que en esta norma no se contenía previsión alguna sobre las consecuencias que la norma penal iba a originar en otros ámbitos jurídicos, aludiendo en concreto al procedimiento a través del cual puede prestar el consentimiento la mujer menor de edad o sometida a tutela. A este respecto el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 53/1985, de 11 abril, F.J. 14º contestó que «en cuanto a la forma de prestar consentimiento de la menor o incapacitada, podrá aplicarse la regulación establecida por el Derecho

---

<sup>363</sup> Por ejemplo, C. LEMA AÑÓN en «Sobre el consentimiento informado de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo», *Jueces para la democracia*, núm. 43, 2002, pág. 35, dice textualmente que esta regulación «representa una solución inadmisibles y al tiempo significa una regresión con respecto a las prácticas habituales, a la opinión de la doctrina jurídica mayoritaria y a la práctica jurisprudencial».

<sup>364</sup> Recordemos que el artículo 417 *bis* del Código Penal declara expresamente no punible la práctica del aborto en los supuestos de grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, delito de violación y presunción de que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas. Así mismo, determina las comprobaciones previas que han de constar, exige el consentimiento expreso de la mujer embarazada y la realización del aborto por el médico o bajo su dirección en centros o establecimientos públicos o privados acreditados, de acuerdo con el Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre Centros Sanitarios Acreditados y Dictámenes Preceptivos para la Práctica Legal de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.



privado, sin perjuicio de que el legislador pueda valorar si la normativa existente es la adecuada desde la perspectiva de la norma penal cuestionada.»

En la legislación civil sobre menores y emancipados nada se establece al respecto. Aunque durante la minoría de edad la capacidad de obrar esté limitada, el menor con cierto grado de madurez podrá ejercer por sí mismo los derechos de la personalidad, según se establece en el artículo 162 del Código civil. Es más, como acertadamente señala PARRA LUCÁN la norma del artículo 9.4 LBAPDO sería del todo incoherente con las normas que permiten a los menores reconocer hijos (artículo 121 Cc), contraer matrimonio a partir de los catorce años (artículo 48 Cc), ejercer la patria potestad sobre sus hijos con asistencia de sus padres (artículo 157 Cc) e incluso crearía cierta confusión si se leyera de manera conjunta con la norma del Código Penal que establece la edad, sorprendentemente baja como nos recuerda PARRA LUCÁN, de trece años como límite a partir del cual un menor puede prestar el consentimiento requerido para entender que no hay abuso sexual (artículo 181.2 CP)<sup>365</sup>.

Por tanto, al tratarse de un acto que afecta a la integridad personal y a la intimidad de la menor —ambos derechos de la personalidad, utilizando la terminología civilista— se debería de aplicar a nuestro juicio el artículo 162.1 Cc según el cual si la menor tiene capacidad natural suficiente, ejercerá por sí misma los derechos de los que es titular<sup>366</sup>. Porque, lo que está en juego, y esto

---

<sup>365</sup> Como muestra del grado de complejidad y de las repercusiones sociales de la materia, nos recuerda PARRA LUCÁN la noticia que en el año 2002 saltó a los medios de comunicación: se trataba de una menor de quince años que se negaba a abortar en contra de la voluntad de sus padres. La disparidad de opiniones entre la menor y los padres provocó la intervención del Juzgado de instrucción número 3 de El Ferrol (A Coruña), cuyo titular, el magistrado José Luís Arlet Barros, ordenó su traslado a casa de otros parientes. Finalmente, los padres de la joven acabaron cediendo, comprometiéndose a respetar la decisión de su hija. *Vid.* M<sup>a</sup>. A. PARRA LUCÁN, “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, en *Aranzadi civil* [en línea], núm. 2, 2003. Dirección URL: <http://www.westlaw.es>.

<sup>366</sup> Así lo entienden L. ARROYO ZAPATERO, «Los menores e incapaces ante el aborto y la esterilización», en *Estudios criminológicos*, Vol. XI, Santiago de Compostela, 1988, pág. 14; C.M. ROMEO CASABONA, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1994 y M.J SANTOS MORÓN, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre, Madrid, 2000, pág. 165.

es importante señalarlo, no es la extensión del aborto más allá de los supuestos despenalizados, sino la extensión de los derechos y libertades de las menores<sup>367</sup>.

Otra cuestión polémica que se ha planteado a raíz de la aprobación de la LBAPDO tiene que ver con el uso de anticonceptivos de emergencia por

---

<sup>367</sup> Así lo recuerda C. LEMA AÑÓN «Sobre el consentimiento informado de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo», *op. cit.*, pág. 35. El intenso debate sobre tan compleja cuestión llevó al Juzgado de lo Contencioso número 12 de Barcelona a suspender cautelarmente, mediante un auto del 12 de septiembre de 2005, dos artículos del Código Deontológico de los médicos de Cataluña, aprobado el 24 de enero de 2005, en concreto los artículos 33 y 59 porque se observó que en ellos había indicios suficientes de ilegalidad al contradecir lo previsto en la Ley 41/2002. En el primero de los preceptos citados se establecía que el «médico, en el caso de tratar a un paciente menor de edad y cuando lo considere con las suficientes condiciones de madurez, deberá respetar la confidencialidad hacia los padres o tutores y hacer prevalecer la voluntad del menor.» Por su parte, el artículo 59 del citado Código prohíbe al facultativo practicar cualquier interrupción de embarazo o esterilización sin el consentimiento libre y explícito del paciente, dado después de una cuidadosa información, especialmente cuando éste sea menor, pero con capacidad para comprender aquello a lo que consiente. Si no existe capacidad será preciso el consentimiento de las personas vinculadas responsables. En este Auto se dice que

«los valores en conflicto quedan constituidos por el derecho a la intimidad y la autonomía de los menores respecto de aquello que afecte a su salud y su integridad física, incluyendo su libertad de conciencia, y por otro lado el derecho y el deber de los padres o tutores de proteger a los menores a su cargo y de velar por su desarrollo; en otras palabras, la integridad de la patria potestad»,

Finalmente, en septiembre de 2007 el Juzgado Contencioso Administrativo número 12 de Barcelona ha anulado ambos preceptos al considerar que «los menores tienen indudablemente derecho a la información y a la intimidad, pero estos derechos no excluyen de entrada la patria potestad; hay que admitir que una norma colegial que permite negar la información a los padres no resulta admisible sin una cobertura legal expresa. Por tanto, la norma es plenamente aceptable en aquello que se refiere al deber de informar al menor, pero no en aquello que impone la confidencialidad a los padres o tutores». Según se establece en la Sentencia, el artículo 33 del citado Código Deontológico :

«resulta excesivamente genérico respecto al régimen legal del consentimiento; para comenzar, el código deontológico dispone el desplazamiento del consentimiento al menor sobre la base de un juicio de madurez del mismo, mientras que las leyes se refieren al concepto de comprensión intelectual y emocional».

Con relación al artículo 59, el titular del juzgado número 12 considera que «no sigue el planteamiento de la ley 41/2002, ya que impone en todo caso el consentimiento del menor».

menores, la conocida como «píldora del día después». En estos supuestos se deberían aplicar las reglas establecidas en el artículo 9.3, c) de la citada Ley. En el caso de menores mayores de dieciséis años o menores emancipados, este asunto no debería plantear ningún problema: se le dispensará el fármaco siempre y cuando la menor preste su consentimiento y no exista grave riesgo para su salud, en cuyo caso se informará a los padres o tutores legales. Si existiera conflicto entre la decisión de la menor y éstos, la decisión final la adoptaría la autoridad judicial competente. Si se tratase de una menor mayor de doce años y menor de dieciséis, el médico podrá prescribir el anticonceptivo de emergencia siempre y cuando la menor esté capacitada para comprender intelectual y emocionalmente la información terapéutica proporcionada. En ningún caso se le podría facilitar el anticonceptivo de emergencia a una menor de doce años sin el consentimiento de sus padres o representantes legales.

A las excepciones previstas en el artículo 9.4 LBAPDO hay que añadir la donación y extracción de órganos obtenidos de un donante vivo, en cuyo caso siempre será necesaria la mayoría de edad, quedando excluida, por lo tanto, toda posibilidad de que el representante legal del menor pueda consentir<sup>368</sup>, y la hemodonación, que también exige la mayoría de edad del donante<sup>369</sup>.

## ***2.2. La imposición legítima de tratamientos sanitarios en contra de la voluntad del paciente. Los límites constitucionales a la autonomía del paciente.***

Ya dijimos en páginas anteriores que el derecho a decidir sobre la propia salud implica también la libertad de negarse a la imposición de cualquier

---

<sup>368</sup> Como se establece en el artículo 4 a) de la Ley 30/1979, de 27 de octubre de extracción y trasplante de órganos y el artículo 9.1, a) y b) del Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, de trasplante de órganos.

<sup>369</sup> Artículo 6.1 del Real Decreto 1854/1993, de 22 de octubre, de requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y bancos de sangre.

tratamiento sanitario. Sin embargo, esta libertad no es absoluta y puede verse legítimamente limitada, ya que para proteger o restablecer el buen estado de salud es necesario, en muchos casos, aplicar determinados tratamientos sanitarios, preventivos o curativos, que conllevan una intervención en la integridad personal del individuo.

La estrecha relación entre salud e integridad personal implica que para la restauración o conservación de la primera se precise, en ocasiones, franquear la barrera objetiva y subjetiva que impone el respeto de la integridad personal. De ahí que cualquier intervención médica sobre la integridad psicofísica de la persona requiera su previo consentimiento. Siendo esta la regla general existen, no obstante, una serie de supuestos en los que el tratamiento se puede imponer legítimamente en ausencia de consentimiento e incluso contra la voluntad del paciente, lo que implica una limitación de la integridad personal en aras de tutelar otros bienes constitucionalmente protegidos.

Con relación a esta cuestión, la LBAPDO en su artículo 9.2, *b)* establece que el personal sanitario podrá llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. Este supuesto no plantea mayores problemas, porque no se trata de un caso de tratamiento obligatorio impuesto en contra de la voluntad del paciente, sino de un supuesto de ausencia de consentimiento, tanto directo como por representación.

Los problemas de índole jurídica surgen cuando el paciente plenamente capaz se niega a someterse a un determinado tratamiento sanitario que, por las razones que a continuación expondremos, se puede imponer para proteger la salud de terceras personas o la propia salud del enfermo. Esta situación implica establecer límites al derecho a decidir sobre la propia salud.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina constitucional admiten pacíficamente que los derechos fundamentales no son ni absolutos ni ilimitados<sup>370</sup>. Son ilustrativas al respecto las palabras del Tribunal Constitucional en la STC 120/1990, F.J. 8º, en la que invocando anteriores pronunciamientos<sup>371</sup>, recuerda que los derechos fundamentales puedan ceder sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos. En todo caso, subraya el Tribunal Constitucional, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho «más allá de lo razonable», de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean «necesarias para conseguir el fin perseguido», han de tener presente la «proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone» y, en todo caso, han de respetar el contenido esencial del derecho.

En consecuencia, también las intervenciones médicas en contra de la voluntad del paciente deben de reunir una serie de requisitos que han sido enumerados por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>372</sup>. En

---

<sup>370</sup> *Cfr.* por ejemplo L. AGUIAR DE LUQUE, “Los límites de los derechos fundamentales” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, págs. 9 a 34.

<sup>371</sup> Así STC 11/1981 F.J. 7º; STC 2/1982 F.J. 5º; 110/1984 STC F.J. 5º-,

<sup>372</sup> Consúltese al respecto la STC 7/1994, F.J. 3º. En este pronunciamiento se establecen los criterios que se han de respetar a la hora de practicar una prueba de paternidad para que no resulte vulnerado el derecho a la integridad personal. Primeramente, la práctica no puede ser ni considerarse degradante ni contraria a la dignidad de la persona. En este sentido, la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina, en circunstancias adecuadas no lo es. En segundo lugar, debe existir una causa prevista por la Ley que justifique la medida judicial de injerencia. En el caso analizado por el Tribunal Constitucional la cobertura legal la da el artículo 127 del Código Civil. Dicho precepto no es más que la instrumentación de un terminante mandato constitucional. Se refiere el Tribunal Constitucional al artículo 39.2 CE en el que se establece que «la ley posibilitará la investigación de la paternidad», en consonancia con la idea de «protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación» y con el deber: «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio» (artículo 39.3 CE). En tercer lugar, dice el Tribunal que «las pruebas

primer lugar, la intervención que limita el derecho a decidir sobre la propia salud debe de estar prevista por la ley. En segundo lugar, corresponde a la autoridad judicial competente acordar dicha intervención verificando que el supuesto de hecho se adecue a lo establecido en la norma habilitante. Como veremos a continuación dicha intervención no siempre será necesaria *a priori*, pero sí deberá ser siempre posible *a posteriori* como medio de verificar que se han cumplido los requisitos de legitimidad. Así mismo, no han de existir otros medios menos lesivos para la integridad personal del paciente. En cuarto lugar, la medida no puede ser, en ningún caso, degradante ni contraria a la dignidad humana, ni puede poner en peligro la salud del paciente. Igualmente, debe de existir una proporción entre la necesidad de intromisión en la integridad personal del paciente y el fin que se persigue con la imposición del tratamiento sanitario.

En la Constitución de 1978 no hay ningún precepto que de manera expresa autorice, como sí ocurre en el caso italiano<sup>373</sup>, la imposición de límites al libre sometimiento a la asistencia medicosanitaria. Sin embargo, autores como COBREROS MENDAZONA, han visto en el último inciso del artículo 43.2 CE —«La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto»— una

---

biológicas en la medida que conllevan la práctica de una intervención corporal tan sólo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos, de tal suerte que, cuando la evidencia sobre la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos para la integridad física, no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos». Sin embargo, el Juez nunca podrá decretar la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo para su salud. Finalmente, la medida judicial que ordena realizar las pruebas biológicas debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física o moral del afectado por ellas, y la finalidad a la que sirve.

<sup>373</sup> Como ya tuvimos ocasión de analizar en el Capítulo I, la *Costituzione italiana* en su artículo 32.2 recoge la prohibición expresa de imponer un determinado tratamiento sanitario, a no ser que exista una ley que así lo disponga. Ley que, en ningún caso, podrá vulnerar los límites impuestos por el respeto a la persona humana.

reserva legal para el establecimiento de deberes sanitarios específicos, incluidos los tratamientos sanitarios obligatorios<sup>374</sup>.

Como señala BORRAJO DACRUZ será la Ley, como acto normativo que emana de una cámara legislativa, el único instrumento jurídico válido para configurar las obligaciones y responsabilidades de los ciudadanos de cara a la acción sanitaria pública<sup>375</sup>. Por lo tanto, se precisa de una ley formal específica que justifique la limitación de la autonomía de la voluntad del paciente. Ahora bien, recuerda acertadamente COBREROS MENDAZONA que si tenemos en cuenta la conexión entre el derecho a la protección de la salud con varios de los derechos fundamentales de nuestra Constitución de 1978, entre ellos el derecho a la integridad personal *ex* artículo 15, se originan al respecto una serie de problemas adicionales que, aunque no pueden ser tratados por razones obvias en esta exposición, sí que deben de dejarse al menos enunciados como muestra de la necesaria reinterpretación del artículo 43 CE desde la óptica del Derecho constitucional. Se refiere en concreto COBREROS MENDAZONA a cuestiones como si es preciso o no recurrir a la Ley Orgánica para regular determinados aspectos de la materia; a la eventual intervención del legislador

---

<sup>374</sup> Cfr. E. COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud. (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, Oñati, 1988, pág. 221. E. COBREROS MENDAZONA es uno de los autores que con mayor detenimiento ha tratado el tema de los tratamientos sanitarios obligatorios con relación al derecho a la protección de la salud. La primera vez que se enfrentó con este argumento fue en su tesis doctoral defendida en 1987 en la Facultad de Derecho de San Sebastián y publicada un año después por el Instituto Vasco de Administración Pública bajo el título que acabamos de citar. Posteriormente, ha publicado varios artículos: “La negativa a los tratamientos sanitarios”, en Actas del IV Congreso Derecho y salud cuyo título fue Los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria, 1996 y “La voluntariedad de los tratamientos sanitarios y su excepción por riesgo para la salud pública. Especial referencia al caso de la tuberculosis en la Comunidad Autónoma vasca”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 46 (1996), págs. 343 y sigs.

<sup>375</sup> Vid. E. BORRAJO DA CRUZ, “Artículo 43. Protección de la salud”, *op. cit.*, pág. 187.

autonómico; a la delegación a favor del Gobierno; a la utilización del decreto-ley y, por último, a los límites de la normación reglamentaria<sup>376</sup>.

La primera referencia a los tratamientos sanitarios obligatorios aparece en la Ley General de Sanidad de 1986, en concreto en su artículo 10.6, en el que como excepciones al principio de la autonomía del paciente se establecen los siguientes supuestos: en primer lugar, no será preciso el previo consentimiento cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública; en segundo lugar, cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas allegadas y, en tercer lugar, cuando la urgencia no permita demoras al poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

Como ya dijimos, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica deroga el artículo 10.6º de la Ley General de Sanidad, pero apenas sí introduce modificaciones al respecto. La única novedad a destacar<sup>377</sup> es que se regulan en apartados diferentes el consentimiento por representación y la intervenciones médicas legítimas en las que no media ningún tipo de consentimiento previo, ni directo, ni por representación. Así en el artículo 9.2 de la LBAPDO se contemplan dos supuestos en los que las intervenciones en el ámbito sanitario se podrán realizar sin consentimiento alguno. En primer lugar, no será necesario el consentimiento previo cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En segundo lugar, tampoco se precisa el consentimiento cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su

---

<sup>376</sup> *Crf.* al respecto E. COBREROS MENDEZONA, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, *op. cit.*, págs. 223 y sigs.

<sup>377</sup> Subrayada por R. CANOSA USERA, en *El derecho a la integridad personal*, *op. cit.*, pág.279.



autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

A partir de esta previsión legal, dentro de la imposición legítima de tratamientos sanitarios *en contra* de la voluntad del paciente hay que distinguir, primero, aquellos casos en los que además de la salud del sujeto afectado puede verse comprometida la salud de terceros y, en segundo lugar, los supuestos en los que sólo corre peligro la salud del paciente. Veamos por separado cada uno de ellos y los requisitos para su legitimidad constitucional.

**a).- Los tratamientos sanitarios obligatorios cuando está en peligro la salud pública.**

El artículo 9.2,*a*) de la LBAPDO establece que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente y sin necesidad de contar con su consentimiento previo cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias previstas por la Ley<sup>378</sup>. Se añade que dichas medidas, cuando dispongan el internamiento obligatorio de personas, se comunicarán a la autoridad judicial competente en el plazo máximo de 24 horas.

Respecto a la imposición de tratamientos obligatorios en los supuestos en los que esté en peligro la salud pública, es necesario señalar que esta materia se desgajó de la Ley General de Sanidad de 1986. Tal y como explica COBREROS MENDAZONA<sup>379</sup>, en una primera fase del proceso de elaboración de esta norma se otorgó el carácter orgánico a algunos de los preceptos del Proyecto de Ley porque implicaban restricciones a la libertad personal<sup>380</sup>. Sin

---

<sup>378</sup> Aquí el legislador se está remitiendo a la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (LOMESP).

<sup>379</sup> E. COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos sanitarios obligatorios*, *op. cit.*, págs. 331 a 341 y también en “La voluntariedad en los tratamientos sanitarios y su excepción por riesgo para la salud pública. Especial referencia al caso de la tuberculosis en la Comunidad Autónoma vasca”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 46, (1996), págs. 343 a 364.

<sup>380</sup> En concreto, los artículos 21, 22 y 29 (Capítulo V del Título I «De la intervención pública en relación con la salud individual y colectiva») del Proyecto de Ley General de

embargo, durante la tramitación en sede parlamentaria se decidió que estos artículos se incluyesen en una Ley Orgánica independiente. Con este fin se aprobó la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública<sup>381</sup>.

Esta Ley da cobertura legal para que las autoridades sanitarias, dentro del ámbito de sus competencias, «cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad» (artículo 1 LOMESP) puedan «adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad» (artículo 2 LOMESP). Así mismo, permite a las autoridades públicas, con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, «realizar las acciones preventivas generales», como pueden ser las vacunaciones, y «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,

---

Sanidad, a los que la disposición adicional sexta les reconocía carácter orgánico. El Proyecto de Ley aparece publicado en *BOCG*. Congreso de los Diputados, de 23 de abril.

<sup>381</sup> En efecto, cuando el Proyecto de la Ley General de Sanidad llega al Congreso de los Diputados, en la Ponencia, surgen dudas sobre la conveniencia o no de insertar en la Ley General de Sanidad ciertos preceptos de carácter orgánico. Se solicitó un informe técnico-jurídico que aparece publicado en el *BOCG*. Congreso de los Diputados, de 5 de octubre de 1985. El Grupo Vasco propuso una enmienda para que estos artículos se separasen de la LGS y se tramitasen como Ley orgánica con la inclusión de un sistema de garantías personales. Esta enmienda no prosperó. Curiosamente, unos días más tarde, el Vicepresidente del Congreso anunció a la Cámara la decisión de la Junta de Portavoces, acordando por unanimidad desglosar del Proyecto de Ley los artículos 21, 22 y 29 y suprimir la disposición adicional sexta. La finalidad era incluir estos preceptos en una Ley orgánica denominada de Medidas Especiales en materia de Salud Pública. Se autorizó a los servicios técnicos de la Cámara realizar la correlación de artículos en el Proyecto de Ley general de Sanidad y a articular el nuevo Proyecto de Ley orgánica. Este se sometió a votación final y de conjunto y fue aprobado por la mayoría exigida por el artículo 81.2 CE y fue publicado como Proyecto de Ley orgánica independiente en el *BOCG*. Congreso de los Diputados, de 20 de noviembre de 1985. Durante la tramitación parlamentaria, el Proyecto sólo se vio modificado en la corrección de la expresión «carácter epidemiológico» que fue sustituida por «carácter transmisible». Lo que sí suscitó un debate prolongado fue el tema de las garantías de los particulares frente a las intervenciones de la Administración.

así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible» (artículo 3 LOMESP).

Sin embargo, como señala PEMÁN GAVÍN, esta Ley ni establece los supuestos de hecho que pueden dar pie a la adopción de las medidas especiales en materia de salud pública, ni prevé la intervención del juez, ni tampoco contempla garantías de carácter sustantivo o procedimental para las personas que puedan verse afectadas<sup>382</sup>. La nueva Ley 41/2002 no ha subsanado estas carencias, excepto la necesidad de comunicar al juez el internamiento obligatorio de personas en el plazo de 24 horas<sup>383</sup>.

Con relación a esta última previsión, es necesario subrayar que la Constitución española no establece un principio de exclusividad jurisdiccional para la adopción de restricciones de los derechos fundamentales. Así lo recuerda el Tribunal Constitucional en su STC 207/1996, de 16 de diciembre, F.J. 4º, letra C<sup>384</sup>. Sin embargo, la propia jurisprudencia constitucional y la

---

<sup>382</sup> Vid. J. PEMÁN GAVÍN, “Reflexiones en torno a la regulación básica de los derechos de los pacientes contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre”, en *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*. Estudios Jurídicos, Comares, 2005, pág. 282.

<sup>383</sup> La ratificación de los internamientos forzosos es competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, según se establece en el artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

<sup>384</sup> Dice el Tribunal Constitucional lo siguiente:

«A diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal (entradas y registros en domicilio —artículo 18.2 CE— intervención de las comunicaciones —artículo 18.3 CE—, etc.), no existe en la Constitución en relación con las inspecciones e intervenciones corporales, en cuanto afectantes a los derechos a la intimidad (artículo 18.1 CE) y a la integridad física (artículo 15 CE), reserva absoluta alguna de resolución judicial, con lo que se plantea el problema relativo a si sólo pueden ser autorizadas, al igual que aquellas otras, por los Jueces y Tribunales, esto es, mediante resolución judicial.

»En relación con la práctica de diligencias limitativas del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, en la STC 37/1989 dijimos que era «sólo posible por decisión judicial» (fundamento jurídico 7º), aunque sin descartar la posibilidad de que, en determinados casos, y con la conveniente habilitación legislativa (que en tal caso no se daba), tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial (fundamento jurídico 8º).

doctrina<sup>385</sup> apuntan hacia un reconocimiento de la competencia del poder judicial como órgano competente en materia de límites de derechos fundamentales y libertades públicas, puesto que el ordenamiento jurídico confía a los Jueces y Tribunales su tutela (STC 62/1982, de 15 de octubre, F.J. 5º). No obstante, como señala acertadamente BRAGUE CAMAZO<sup>386</sup> de lo que se trata más bien es de una reserva jurisdiccional que exige que toda medida restrictiva de un derecho fundamental se pueda revisar judicialmente. Estaríamos ante lo que el autor denomina una reserva jurisdiccional *lato sensu* o revisabilidad judicial. Por otro lado, en los casos en los que la medida restrictiva resultase más grave, entonces sí que sería necesario que se acordara previamente por vía judicial. Se trataría de un reserva jurisdiccional *stricto sensu* o de una autorización judicial previa. Esta reserva rige en el ámbito del proceso penal, en aquellos casos previstos por la Constitución con relación a determinados derechos fundamentales y en los supuestos que determine la ley y la práctica jurisprudencial.

En todo caso, como ha escrito COBREROS MENDAZONA, la imposición de tratamientos sanitarios cuando esté en peligro la salud pública ha de hacerse respetando el principio de proporcionalidad. En primer lugar, tiene que existir una justificación científica del tratamiento sanitario conforme a los conocimientos médicos del momento. En segundo lugar, la medida que se adopte no puede, en ningún caso, perjudicar la salud de la persona que recibe

---

»Esta misma exigencia de monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta pues, aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir, ello no obstante (debido precisamente a esa falta de reserva constitucional en favor del Juez), que la Ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.»

<sup>385</sup> Así, por ejemplo, R. CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal*, *op. cit.*, págs. 242 a 244 y A. GIL HERNANDEZ, en *Intervenciones corporales derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995, págs. 60.

<sup>386</sup> En *Los límites a los derechos fundamentales*, Dylkinson, Madrid, 2004, pág. 328,

el tratamiento. Y, por último, la coacción directa sobre el afectado se adoptará como último recurso y se optará siempre, en virtud del principio *favor libertatis*, por el tratamiento menos restrictivo de los derechos fundamentales<sup>387</sup>.

Respecto a la coacción o uso de la fuerza, la regla general es que nadie puede verse sometido contra su voluntad a una intervención en su integridad personal. Lo contrario supondría un trato inhumano y degradante prohibido por el artículo 15 CE. Ahora bien, de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional se infiere que existen una serie de supuestos en los que sí cabría la imposición por la fuerza de un tratamiento sanitario. Estas excepciones se dan, tal y como nos recuerda CANOSA USERA, en situaciones de dependencia del sujeto que o bien carece de capacidad, como en el caso de menores e incapaces, o bien está sometido a la Autoridad penitenciaria. También la existencia de un peligro para la salud pública podría justificar el recurso a la fuerza. El fin constitucional de preservar el supremo interés del menor, la vida del recluso y la salud de la colectividad justifican la coacción<sup>388</sup>.

Hemos dicho que el principio de voluntariedad con relación a las intervenciones sanitarias afecta no sólo a las medidas de carácter curativo, sino

---

<sup>387</sup> Cfr. E. COBREROS MENDEZONA, en “La voluntariedad en los tratamientos sanitarios y su excepción por riesgo para la salud pública. Especial referencia al caso de la tuberculosis en la Comunidad Autónoma vasca”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 46, (1996) págs. 343 a 364.

<sup>388</sup> Señala R. CANOSA USERA que estas excepciones relativizan el carácter definitivo del contenido del derecho a la integridad personal. Dice textualmente que «el núcleo intangible [del derecho] se manifestaría justamente en la posibilidad que el sujeto tiene de negarse a sufrir incluso intervenciones en su integridad previstas legalmente y acordadas por la autoridad competente, rechazando cualquier imposición con coacción física, aun arrojando las consecuencias que la negativa traería consigo, bien jurídicas o bien de otra índole», *El derecho a la integridad personal, op. cit.*, pág. 251. Existe un deber jurídico de colaboración que impide el uso de la fuerza. El Estado carece de la facultad para obligar a cumplir el deber jurídico y sólo podrá sancionar su incumplimiento. La negativa a someterse a una determinada intervención corporal prevista por la Ley no forma parte, para R. CANOSA USERA, del ejercicio del derecho a la integridad corporal y, por lo tanto, no va acompañada de la garantía de indemnidad. Es decir, el sujeto puede ser sancionado. Señala el autor que estaríamos ante una aporía: se reconoce la facultad para negarse a una intervención legítima, pero, se pueden derivar consecuencias gravosas para quien se niegue. En realidad, concluye el autor, el derecho que se ejerce es el de no sufrir tratos inhumanos o degradantes. *Ibidem*, págs. 197 y 198.

también a las medidas preventivas, como pueden ser los reconocimientos médicos en el ámbito laboral. En este sentido, el artículo 22.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, tras afirmar que los reconocimientos médicos son voluntarios, establece que se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los casos en que, primeramente, el reconocimiento resulte imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores; en segundo lugar, cuando se busque verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o, en tercer lugar, cuando así esté establecido en una disposición legal con relación a la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Los supuestos de obligatoriedad que la propia ley establece, según ha aclarado el Tribunal Constitucional en su STC 196/2004, de 15 de noviembre, F.J. 7<sup>o</sup><sup>389</sup>, han de cumplir una serie de requisitos:

---

<sup>389</sup> En esta Sentencia el Tribunal Constitucional otorga el amparo a una trabajadora de IBERIA que fue despedida al ser considerada como “no apta” tras un examen médico que se le practicó en el que se descubrió una concentración de *cannabis* en la orina superior al permitido en el Protocolo de la empresa. Aunque esta información no se puso en conocimiento de IBERIA las pruebas que se realizaron sobre el material biológico de la trabajadora se llevaron a cabo sin contar con su conocimiento. El Juzgado de lo Social núm. 1 de Ibiza consideró que la ausencia de autorización por parte de la trabajadora para que se efectuasen la pruebas vulneraba su derecho a la intimidad y tornaba nulo el despido. IBERIA recurre esta Sentencia y el Tribunal Superior de Justicia de Baleares revoca el fallo al estimar que no se había vulnerado la intimidad de la trabajadora, ya que la empresa se limitó a cumplir con los reconocimientos médicos previstos en su normativa interna para el personal de nuevo ingreso. Así mismo, la trabajadora no se opuso a dicho reconocimiento médico. Por lo tanto, el despido no se podía considerar nulo sino improcedente al no estar suficientemente probada la toxicomanía habitual. El Tribunal Constitucional aclara que en este supuesto no se ha vulnerado el derecho a la integridad personal ya que «una intervención circunscrita a un examen de orina realizado por personal médico, por la forma en que se ejecuta y por no exigir ningún tipo de actuación especial sobre el cuerpo no entra dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad corporal» (F.J. 5<sup>o</sup>). Sin embargo, sí que existe una vulneración del derecho a la intimidad ex artículo 18 CE, ya que la protección constitucional implica que «las intervenciones corporales pueden también conllevar, no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal.» Esto es lo que ocurre en

«la proporcionalidad al riesgo (por inexistencia de opciones alternativas de menor impacto en el núcleo de los derechos incidos); la indispensabilidad de las pruebas (por acreditarse *ad casum* la necesidad objetiva de su realización en atención al riesgo que se procura prevenir, así como los motivos que llevan al empresario a realizar la exploración médica a un trabajador singularmente considerado), y la presencia de un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetivable»

Por tanto, concluye el Tribunal Constitucional que las excepciones a la libre disposición del sujeto quedan vinculadas bien a la certeza de un riesgo o peligro en la salud de los trabajadores o de terceros, o bien, en determinados sectores, a la protección frente a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad, porque, como señala el Tribunal existen empresas y actividades sensibles al riesgo y, en consecuencia, trabajadores especialmente afectados por el mismo<sup>390</sup>.

Ahora bien, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia citada más arriba «la obligatoriedad no puede imponerse, en cambio, si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues aquél, según se dijo, es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometándose o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión.»

---

el supuesto analizado en el que mediante el análisis de orina se pretende averiguar si la trabajadora ha consumido drogas.

<sup>390</sup> Por ejemplo, es particularmente polémico el debate en torno al carácter preceptivo de la práctica de las pruebas de detección del VIH/SIDA entre el personal sanitario. Las posturas se dividen entre quienes consideran que el derecho a la protección de la salud de los enfermos prima sobre el derecho a la intimidad de aquellos profesionales afectados por el virus o por la enfermedad y quienes, por el contrario, defienden la voluntariedad de las pruebas de detección. En España el Ministerio de Sanidad y Consumo a través del Plan Nacional del SIDA ha elaborado una serie de recomendaciones, por lo tanto sin fuerza jurídica vinculante, dirigidas a aquel personal sanitario portador del virus de la inmunodeficiencia humana y otros virus transmisibles por sangre, como el virus de la hepatitis B y C en las que se intenta equilibrar el deber de protección de la salud de los pacientes y la salvaguarda del derecho a la intimidad y el derecho al trabajo de los profesionales sanitarios.

**b).- Los tratamientos sanitarios obligatorios cuando sólo está en peligro la salud del paciente. Las intervenciones sanitarias en las relaciones de especial sujeción.**

Cuando un recluso entra en una institución penitenciaria nace una relación de especial sujeción, definida por LÓPEZ BENÍTEZ, como aquella relación jurídico-administrativa caracterizada «por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación»<sup>391</sup>. El especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales al que se refiere LÓPEZ BENÍTEZ implica una limitación en el ejercicio de los mismos. Limitación que encuentra su fundamento en la Constitución de 1978.

En efecto, el artículo 25.2 CE establece que el condenado a pena de prisión que estuviese cumpliendo la misma, gozará de los derechos fundamentales del Título I CE, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria.

Ahora bien, si analizamos con detenimiento la legislación vigente no encontramos ningún precepto que, expresamente, legitime la imposición de tratamientos sanitarios contra la voluntad de los reclusos. Impera, en principio, el libre consentimiento de la persona privada de libertad para someterse o no a los cuidados médicos. Sin embargo, como ya se ha dicho entre el recluso y la institución penitenciaria se establece una «relación de especial sujeción», configurada por un entramado de derechos y deberes para ambos que legitima

---

<sup>391</sup> M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 161 y 162.



a la Administración penitenciaria para imponer cuidados médicos que en otras circunstancias serían inconstitucionales. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 120/1990, de 27 de junio. En aquella ocasión nuestro Alto Tribunal fue llamado a pronunciarse, recordemos, sobre la legitimidad del derecho-deber de la Administración penitenciaria de suministrar asistencia médica a reclusos en huelga de hambre contra su voluntad cuando la vida de éstos corra peligro.

A pesar de considerar impreciso el concepto de «relación de especial sujeción», el Tribunal Constitucional no ha dudado en afirmar que la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica de esta naturaleza, de manera que las personas que cumplen penas de privación de libertad pueden ver limitados sus derechos constitucionales. Limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes y que deben ser siempre entendidas en sentido restrictivo.

Centrándonos en las obligaciones que corresponden a la Administración penitenciaria, ésta, según se establece en el artículo 3.4 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de noviembre, General Penitenciaria (LOGP), ha de velar por la vida, la integridad y la salud de los internos, pudiendo emplear para ello los medios coercitivos necesarios tal y como se prevé en el artículo 45.1.b) de la citada Ley. Siendo la Administración penitenciaria garante de estos bienes, incurriría en responsabilidad si, ante acciones u omisiones de los propios reclusos que pusieran en peligro su vida, su integridad o su salud, no interviniese para evitar ese resultado.

El deber público de protección de la vida y de la integridad personal de los reclusos puede, incluso, llevar a la suspensión de la privación de libertad. En este sentido, la legislación penal contempla varios casos de suspensión de la condena cuando el penado se encuentre en determinadas circunstancias que afecten directamente a la salud. Así, en primer lugar, el artículo 80.4 del Código Penal establece que los jueces y tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta, sin sujeción a requisito

alguno, en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse con relación a este supuesto de suspensión en su Sentencia 48/1986, de 25 de marzo. El demandante en amparo pidió su excarcelación por padecer una dolencia coronaria grave y además incurable, petición a la cual accedió el Juez de Vigilancia Penitenciaria, pero que denegó la Audiencia Provincial. Según el demandante con esta decisión se estaría limitando el derecho a la vida. El Tribunal Constitucional, en su F.J. 2º, proclama que el derecho a la vida y a la integridad, en su doble dimensión física y moral, constituye el soporte existencial de cualesquiera otros derechos. Por ello, tiene un carácter absoluto y está entre aquellos que no pueden verse limitados. Por otra parte, dice textualmente que:

« [...] la Administración penitenciaria no sólo ha de cumplir el mandato constitucional con una mera inhibición respetuosa, negativa pues, sino que le es exigible una función activa para el cuidado de la vida, la integridad corporal y, en suma, la salud de los hombres y mujeres separados de la sociedad por medio de la privación de su libertad. Desde otra perspectiva complementaria, la relación de sujeción especial entre el recluso y la Administración penitenciaria que hace nacer la condena judicial a una pena de prisión, permite limitar ciertos derechos fundamentales por razón del mismo condicionamiento material de la libertad, pero a la vez impone que se proteja y facilite el ejercicio de los demás que no resulten necesariamente limitados [...]. (Sentencia 48/1986, de 25 de marzo).

Con relación a la puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable, el Tribunal Constitucional indica que esta decisión «tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario». No es preciso que exista un peligro inminente o inmediato, ni tampoco significa, aclara el Tribunal Constitucional,

«[...] que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario, si no se dieron las otras circunstancias antes indicadas además de las previstas en el Código Penal, entre ellas,

como aquí ocurre, la menor peligrosidad de los así libertos por su misma capacidad disminuida. En definitiva, –concluye el razonamiento– no *pietatis causa* sino por criterios enraizados en la justicia como resultado de conjugar los valores constitucionales implicados en esta situación límite, insoluble de otra guisa.» (Sentencia 48/1986, de 25 de marzo)

Aclara el Tribunal Constitucional que este supuesto de suspensión de la pena no se aplica sólo a los enfermos terminales en peligro de muerte, sino también a quien padece un mal sin remedio conocido. Siendo así, «la Audiencia, que denegó la liberación anticipada porque «la estancia en prisión» no constituye «un peligro seguro para su vida», hace decir a la norma interpretada lo que no dice, creando un requisito obstativo, un impedimento más donde no existe». Aunque la excarcelación no garantice la curación de un mal incurable según diagnóstico, permite, según el Tribunal Constitucional,

«[...]una mejoría relativa y una evolución más lenta con menos ocasiones de episodios agudos no sólo por el tratamiento médico, que también podría recibir en la cárcel, sino por el cambio de ambiente que coadyuva positivamente por la unidad psicosomática del ser humano, mientras que la permanencia en el establecimiento penitenciario ha de incidir negativamente en la misma medida. Lo dicho pone de manifiesto que la lectura restrictiva del precepto reglamentario hecha por la Audiencia Provincial más allá de su texto introduce un factor de riesgo para la integridad física y aun para la vida del ya enfermo.» (Sentencia 48/1986, de 25 de marzo).

El Código penal prevé, así mismo, en el artículo 87.1 que el juez o tribunal, con audiencia de las partes, pueda acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados toxicodependientes que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2 del artículo 20 (bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos), siempre que se certifique suficientemente, por un centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. El juez o tribunal solicitará en todo caso informe del médico

forense sobre los extremos anteriores. Sigue diciendo el artículo que en el supuesto de que el condenado sea reincidente, el juez o tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, que será de tres a cinco años. Si el condenado estuviese sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al juez o tribunal sentenciador, en los plazos que señale, y nunca con una periodicidad superior al año, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar así como su finalización.

De lo dicho hasta ahora se infiere que existe un deber jurídico de los poderes públicos de actuación en aras de proteger la vida y la salud de las personas que se encuentren sometidas a una relación de especial sujeción. Ahora bien, ¿hasta dónde llega ese deber?; ¿qué ocurre cuando la obligación de la Administración choca con el derecho de las personas privadas de libertad a decidir sobre su propia salud?

Como señala, acertadamente, ARRIBAS LÓPEZ<sup>392</sup> valorar si la actuación de la Administración es la adecuada cuando ha de intervenir ante hechos inesperados que precisan una acción rápida, como puede ser un altercado interno o un intento de suicidio, resulta más fácil que en aquellos casos en los que la intervención administrativa se requiere ante una actitud prolongada en el tiempo, como puede ser una enfermedad terminal o una huelga de hambre.

---

<sup>392</sup> *Vid.* J. E. ARRIBAS LÓPEZ, “Breves consideraciones sobre la asistencia médica forzosa a los internos en los centros penitenciarios”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 705, (2005), pág. 3 y sigs.

Según ABA CATOIRA<sup>393</sup> en este tipo de supuestos nos enfrentamos con un conflicto interpersonal, en el que la libertad para decidir sobre la propia salud y, en definitiva, sobre la propia vida traspasa el ámbito de lo individual. Y esto es así porque, precisamente, existe una obligación pública de proteger la salud. Obligación que se ve reforzada en el interior de las Instituciones penitenciarias en virtud de esa especial relación de sujeción que se entabla entre el recluso y la Administración.

Así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional en los supuestos de alimentación forzosa de presos en huelga de hambre:

«[...]la necesidad de cohonstar el derecho a la integridad física y moral de los internos en un Centro penitenciario y la obligación de la Administración de defender su vida y salud, como bienes también constitucionalmente protegidos, encuentra en la resolución judicial recurrida una realización equilibrada y proporcionada que no merece el más mínimo reproche, puesto que se limita a autorizar la intervención médica mínima indispensable para conseguir el fin constitucional que la justifica, permitiéndola tan sólo en el momento en que, según la ciencia médica, corra "riesgo serio" la vida del recluso y en la forma que el Juez de Vigilancia Penitenciaria determine, prohibiendo que se suministre alimentación bucal en contra de la voluntad consciente del interno». (STC 120/1990, F.J. 8º)

El Tribunal Constitucional insiste en que el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide que se configure como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional afirma que siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, también puede aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte. Si el conflicto constitucional se mantiene en el ámbito interno de la persona, la libertad de decidir sobre la propia salud o la propia vida no deberían ni limitarse, ni prohibirse. Por el contrario, cuando, en palabras de ABA CATOIRA, la colisión entre bienes constitucionalmente protegidos sobrepasa al individuo y adquiere una proyección interpersonal, al

---

<sup>393</sup> Vid A. ABA CATOIRA, *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto: los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos*, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 248 y sigs.

ser la protección de la vida una obligación pública, se legitima la limitación de la libertad de decidir sobre la propia salud.

El Tribunal Supremo, a pesar de que el propio Tribunal Constitucional haya insistido en que la solución adoptada para el caso de los presos del GRAPO en huelga de hambre pudiera no ser extensible a otros supuestos «que quizás requieran diferente solución en atención a las diferentes condiciones en que aquéllos se susciten» (STC 120/1990, F.J. 5º) y, a pesar de haber reiterado que las limitaciones a la voluntad del paciente enfermo «podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas» (STC 120/1990, F.J. 6º), ha aplicado la doctrina del Constitucional al conflicto de un enfermo de SIDA que se negó a ser tratado de su patología y, en una Sentencia de 18 de octubre de 2005, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, ha condenado a la Administración penitenciaria por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento del interno como consecuencia de no haber adoptado las medidas médicas suficientes para conservar su salud, a pesar de la voluntad manifiesta de aquel de no someterse a tratamiento médico alguno y con independencia de la culpa concurrente de la víctima.

ARRIBAS LÓPEZ se muestra muy crítico con esta resolución, porque existen importantes diferencias entre ambos casos<sup>394</sup>. En primer lugar, en el resuelto por el Tribunal Supremo, la duración de la enfermedad del recluso a lo largo del tiempo ha estado jalonada por las insistentes negativas a someterse a la medicación prescrita. Resulta difícil, por tanto, fijar un momento concreto en el que la vida del enfermo corriese riesgo inmediato, directamente derivado de su negativa. Para que la conducta de la Administración sanitaria resultara inimputable, tendría que haber hecho caso omiso de su voluntad en todas las ocasiones en que se negó a tomar la medicación y utilizar, si hubiese sido

---

<sup>394</sup> J. E. ARRIBAS LÓPEZ “Breves consideraciones sobre la asistencia médica forzosa a los internos en los centros penitenciarios”, *op. cit., passim*.

necesario, los medios coercitivos previstos para vencer su resistencia. Insiste ARRIBAS LÓPEZ que se trata de enfermedades de curso muy largo que exigen tratamientos médicos y farmacológicos prolongados en el tiempo, y no de intervenciones puntuales con riesgo inminente para la vida o la salud de las personas.

Por otro lado, la diferencia entre el caso resuelto en la STC 120/1990 y el caso planteado ante el Tribunal Supremo se basa en una circunstancia que el propio Tribunal Constitucional evidenció en el citado pronunciamiento: la finalidad real de la huelga de hambre no era perder la vida, sino modificar la actitud de la Administración. El fin político de la huelga de hambre es lo que justifica la práctica de análisis y la alimentación intravenosa del recluso. Así se desprende del F.J. 8º de la STC 120/1990. Por lo tanto, concluye CANOSA USERA, que de las palabras del Tribunal Constitucional se puede deducir, «*a sensu contrario*, que si la finalidad real del interno fuera perder la vida y no algún propósito político, la Administración no podría, so pretexto de salvarle, forzar su integridad física y alimentarle forzosamente; en esta situación, la medida carecería de justificación constitucional.»<sup>395</sup>

RUIZ MIGUEL<sup>396</sup>, en su crítica a la STC 120/1990, no comparte en absoluto la distinción que hace el Tribunal Constitucional, «ambigua e impugnabile», según palabras del propio autor, entre «fines lícitos» y «fines no amparados jurídicamente» para justificar la restricción impuesta a la autonomía de los reclusos y someterlos a atención médica contra su voluntad. La expresión «fines no amparados jurídicamente» puede tener dos significados: bien, puede referirse a «fines legalmente prohibidos» o bien a «fines no expresamente autorizados». Esta segunda acepción sería la aplicable al supuesto de los presos del GRAPO. El hecho de solicitar la reunificación de presos no está amparado por la ley, pero, en ningún caso está legalmente

---

<sup>395</sup> Vid. R. CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal, op. cit.*, pág. 277.

<sup>396</sup> Vid. A. RUIZ MIGUEL, “Autonomía individual y derecho a la propia vida”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, (1993), págs. 152 y sigs.

prohibido. Como aclara RUIZ MIGUEL «no lo está ni como fin en sí mismo considerado, pues los ciudadanos no tienen prohibida la prosecución de un fin como tal, ni siquiera el de la reforma de la Constitución y, con mayor razón, el de conseguir cambios legislativos o actuaciones administrativas en un sentido u otro.» Evidentemente, queda fuera de toda discusión la necesaria licitud de los medios empleados para alcanzar dichos fines, «y ello con independencia de que el TC no afirma en ningún momento que la huelga de hambre de presos –como en general cualquier huelga de hambre– esté legalmente prohibida». Sigue argumentando RUIZ MIGUEL que lo que se pretendía con esta Sentencia era presentar en términos jurídicos una difícil decisión que se le planteaba al Estado: «modificar una decisión, que es legítima mientras no sea judicialmente anulada, o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su custodia cuya vida está legalmente obligada a preservar y a proteger» (STC 120/1990, F.J. 7º). Si existiera realmente esa obligación, y con independencia de que el fin perseguido fuera expresamente legal, el Estado estaría obligado a alimentar a los huelguistas, incluso contra su voluntad<sup>397</sup>.

Resultan altamente esclarecedores los votos particulares emitidos por dos de los Magistrados del Tribunal Constitucional en la STC 120/1990. El primero de ellos formulado por RODRÍGUEZ-PIÑERO, que no comparte el argumento utilizado por la mayoría según el cual la relación de sujeción especial del penado justifica la limitación de derechos fundamentales. Limitación que no sería lícita si se tratase de ciudadanos libres o incluso de

---

<sup>397</sup> *Ibidem*, págs. 153 y 154. Dice RUIZ MIGUEL que si se hace una lectura no técnicojurídica de las palabras del Tribunal Constitucional, lo que realmente resulta difícil para el Estado es «el ser enfrentado a la alternativa de ceder a las peticiones de un conjunto de personas bajo la amenaza de que esas mismas personas se van a producir voluntariamente un daño a sí mismas.» Dado por supuesto que no existe la obligación de preservar la vida ajena mediante alimentación forzosa, el problema, según el profesor RUIZ MIGUEL, está en cómo medir los efectos morales de la presión que provoca en terceros las huelgas de hambre. Con la huelga de hambre lo que se hace es traspasar al presionado, la Administración pública, la responsabilidad de los resultados dañosos de la huelga. Pero, este traspaso de responsabilidad ocurre en todos los casos, y no sólo en los supuestos de presos, en los que el Estado tenga que optar o bien por la alimentación forzosa o bien ceder ante la reivindicación.



internos que se encuentren en situaciones distintas. Según el Magistrado «la obligación de la Administración Penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos no puede ser entendida como justificativa del establecimiento de un límite adicional a los derechos fundamentales del penado, el cual, en relación a su vida y salud y como enfermo, goza de los mismos derechos y libertades de cualquier otro ciudadano, y por ello ha de reconocérsele el mismo grado de voluntariedad en relación con la asistencia médica y sanitaria.» La remisión que hace el artículo 25.2 CE a la Ley Penitenciaria para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos no justifica una limitación de derechos, que, en todo caso ha de ser razonable y proporcionada para ser constitucionalmente legítima. Además, la Ley Penitenciaria no dice nada con relación a los tratamientos sanitarios obligatorios. De manera que, ante el silencio de la ley la situación del interno no ha de sufrir restricción alguna de sus derechos respecto a la situación de cualquier otro ciudadano en libertad. Además de la inexistencia de una norma que imponga el tratamiento en este caso concreto, requisito imprescindible para su legitimidad constitucional, tampoco le parece al Magistrado adecuado condicionar la imposición de la alimentación forzosa a la legitimidad del fin perseguido por los huelguistas. Es decir, que esa negativa a recibir asistencia médica sería legítima, según la mayoría del Tribunal, si el huelguista persiguiera objetivos amparados por la ley, pero no en el caso contrario. Esto supone que la decisión de imponer o no la alimentación dependerían de la legitimidad del fin perseguido con la huelga de hambre.

El segundo voto disidente es rubricado por LEGUINA VILLA que no comparte ninguno de los dos motivos en los que se fundamenta la denegación del amparo: la relación de especial sujeción en que se encuentran los reclusos y la ilicitud de la huelga de hambre reivindicativa. No existe ninguna causa que justifique la alimentación forzosa, aunque vaya dirigida a cuidar la salud o a salvar la vida de quienes están en huelga de hambre. La imposición afecta al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del

individuo, que consiste en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás. Aunque el derecho a la vida no pueda ser confundido con un pretendido derecho a morir, ello no significa, aclara el Magistrado, «que no se tenga derecho —sea cual sea la circunstancia en la que uno se encuentre y estando en el pleno uso de las facultades mentales— a que nadie que no sea uno mismo decida e imponga coactivamente lo que haya de hacerse para conservar la salud, seguir viviendo o escapar al peligro de muerte; ni excluye el derecho a rechazar la ayuda o la asistencia sanitaria que ni se desea ni se ha solicitado.» Ni el deber que la Administración penitenciaria tiene de velar por la salud y la integridad física de los internos, ni la supuesta ilicitud del ayuno voluntario como medio reivindicativo o de presión frente a dicha Administración penitenciaria justifica las medidas adoptadas. La finalidad de la huelga de hambre es, según palabras del Magistrado, irrelevante para resolver el conflicto. Lo que importa no es saber si los objetivos que se persiguen con la huelga de hambre son o no lícitos. Lo relevante es saber si es constitucionalmente lícito forzar la voluntad de reclusos. «El deber de velar por la salud y la integridad física de los reclusos termina —según LEGUINA VILLA— frente a la renuncia del recluso enfermo a su derecho a recibir protección y cuidados médicos. Los reclusos que, con grave riesgo para su salud y su vida, pero sin riesgo alguno para la salud de los demás, se niegan a recibir alimentos y asistencia sanitaria no son personas incapaces cuyas limitaciones hayan de ser subvenidas por los poderes públicos. Son personas enfermas que conservan la plenitud de sus derechos para consentir o para rechazar los tratamientos médicos que se les propongan.»

Como ha señalado recientemente la profesora CANTERO MARTÍNEZ<sup>398</sup>, a cuya opinión nos sumamos, este tipo de situación no debería plantear mayores problemas jurídicos, puesto que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre,

---

<sup>398</sup> Vid. J. CANTERO MARTÍNEZ, “La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. (2008), pág. 47.

básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica proclama como principio general la libertad del paciente siendo necesario ante cualquier intervención en la integridad personal el consentimiento libre y voluntario del afectado, siempre que las circunstancias lo permitan. Por consiguiente, salvo que exista un riesgo para la salud pública, a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley, o que se trate de una situación de riesgo grave para la integridad física o psíquica del enfermo, en la que no sea posible conseguir su autorización, en todo los demás supuestos la decisión final de someterse a cualquier tratamiento corresponde única y exclusivamente al paciente, aunque se encuentre privado de libertad en una institución penitenciaria.

### ***2.3. Problemas constitucionales en torno a las instrucciones previas o testamento vital.***

Como hemos visto, la legitimación de cualquier intervención médica se fundamenta en el consentimiento informado. Siendo así, el legislador ha previsto la posibilidad de que la voluntad del paciente se manifieste de forma anticipada por si, llegado el caso, aquel no pudiera expresarla. Esta declaración se puede formular a través de las denominadas, según las distintas leyes reguladoras de la materia, instrucciones previas<sup>399</sup>, voluntades anticipadas<sup>400</sup>,

---

<sup>399</sup> Así la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Esta expresión es también utilizada por la normativa de algunas Comunidades Autónomas. Así, en el artículo 30 de la Ley 8/2003, de 8 de abril, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León de derechos y obligaciones de la persona en relación con la salud; en la Ley 3/2005, de 23 de mayo, de la Comunidad de Madrid, reguladora del ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario; en el Decreto 80/2005, de 8 de julio, de la Región de Murcia, que aprueba el Reglamento de instrucciones previas y su registro. La Comunidad Autónoma de Galicia, inicialmente, en la Ley 3/2001, de 28 de marzo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica del paciente contemplaba el término de voluntades anticipadas que fue sustituido por el de instrucciones previas por la Ley 3/2005, de 7 de marzo, para adecuarse a la normativa estatal básica.

<sup>400</sup> Se recoge esta expresión en las siguientes leyes autonómicas: en el artículo 8 de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, sobre derechos de información concerniente a la salud y a la autonomía del paciente, y a la documentación clínica; en el artículo 34 de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de

expresión o manifestaciones anticipadas de voluntad<sup>401</sup> o voluntades vitales anticipadas<sup>402</sup>.

Las instrucciones previas, tal como se definen en el artículo 11.1 de la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LBAPDO), son un documento en el que «una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo». Estas instrucciones podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito (artículo 11.2 *in fine*).

Este precepto tiene su origen en el artículo 9 del Convenio de Oviedo en el que se declara que «serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad.»

---

Cantabria, de ordenación sanitaria; en el artículo 15 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de salud de la Comunidad Autónoma de Aragón; en la Ley foral 11/2002, de 6 de mayo, de la Comunidad Foral Navarra, que regula los derechos de los pacientes a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica; en la Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad; en el artículo 17 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Comunidad valenciana, de derechos e información al paciente; en la Ley 6/2005, de 7 de junio, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, sobre declaración de voluntades anticipadas en materia de la propia salud; en la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de la Comunidad Autónoma de La Rioja, reguladora del documento de voluntades anticipadas y, por último, en la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, de voluntades anticipadas y del registro de voluntades anticipadas.

<sup>401</sup> Así el Decreto 13/2006, de 8 de febrero, de la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias, que regula las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y su correspondiente registro y también la Ley 3/2005, de 8 de julio, de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de información sanitaria y autonomía del paciente.

<sup>402</sup> Este es el término utilizado por la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de declaración vital anticipada.

La LBAPDO se remite a la legislación autonómica que en cada caso establecerá el procedimiento adecuado para que se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona (artículo 11.2). El único requisito formal que se establece en la Ley estatal consiste en la exigencia de su plasmación por escrito en un documento, además de la mayoría de edad y la capacidad del otorgante.

La restricción que se establece en esta Ley que impide a los menores maduros la formulación de instrucciones previas ha sido calificada de incoherente por un importante sector de la doctrina, ya que, en opinión de BELTRÁN AGUIRRE<sup>403</sup>, si la mayoría de edad sanitaria se ha fijado en los dieciséis años no parece estar justificada esta excepción. No comparte esta postura PARRA LUCÁN que considera que «no debe verse en ello necesariamente una incoherencia. La proximidad de estas instrucciones a la disposición sobre la propia vida puede explicar que se exija un *plus* de capacidad para expresar una voluntad que necesariamente, hay que convenir, no tiene por qué formarse de igual manera “a priori”, antes de que la persona se encuentre en situación de riesgo vital.»<sup>404</sup>

Con relación a los requisitos materiales o de contenido, se dice en el párrafo 3º del citado artículo 11 que «no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas».

Por último, para garantizar el efectivo cumplimiento de los deseos del paciente en la Ley básica se hacen dos previsiones. En primer lugar, se dispone que en la historia clínica del paciente quede constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas declaraciones de voluntad (artículo 11.3 *in*

---

<sup>403</sup> Vid J.L BELTRÁN AGUIRRE, “La capacidad del menor...”, *op. cit.*, pág. 16.

<sup>404</sup> Vid. M<sup>a</sup>. A. PARRA LUCÁN, “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, *op. cit.*, pág. 19

*fine*). En segundo lugar, se establece la creación del Registro nacional de instrucciones previas, dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo que, en coordinación con los servicios autonómicos de salud, custodiará los documentos (artículo 11.5).

En cumplimiento con esta última disposición, el 2 de febrero de 2007 el Ministerio de Sanidad y Consumo aprobó el Real Decreto 124/2007 en el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. Este Registro nacional, tiene como objetivo garantizar la efectividad del documento de instrucciones previas con independencia del lugar en el que haya sido formalizado, para que pueda ser conocido precisa y oportunamente por los profesionales de la salud a los que, en su momento, corresponda la responsabilidad de la asistencia sanitaria que deba prestársele al paciente. En él se recogerán las inscripciones practicadas en los Registros autonómicos por los ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas. Una vez inscritas las instrucciones previas en el correspondiente Registro autonómico, el encargado del mismo lo comunicará al Registro nacional. Para ello dispondrá de un plazo de siete días a partir de la inscripción efectuada. Los encargados de los Registros autonómicos deberán enviar la información mínima que se detalla en el Anexo del Real Decreto<sup>405</sup> y una copia del documento de instrucciones previas.

---

<sup>405</sup> En primer lugar, se deberá señalar la Comunidad Autónoma de procedencia, indicando la unidad responsable del registro autonómico, la persona autorizada que comunica la inscripción y la fecha y hora. Con relación al documento inscrito se especificará, en primer lugar, la denominación según las distintas expresiones utilizadas en cada Comunidad Autónoma, es decir, si se trata de una declaración vital anticipada, un documento de voluntades anticipadas, una expresión de la voluntad con carácter previo, una expresión anticipada de voluntades, un documento de voluntades vitales anticipadas o un documento de instrucciones previas. Así mismo, se harán constar los datos del declarante (nombre y apellidos, sexo, DNI o pasaporte, número de la tarjeta sanitaria o código de identificación personal, fecha de nacimiento, nacionalidad, domicilio, número de teléfono), y los datos del representante. Se deberá indicar el registro donde se ha realizado la inscripción, la fecha y la localización del documento. Igualmente, se deberá especificar si se trata del primer documento, si ha habido modificaciones, sustituciones o revocaciones del mismo. Cómo se

La normativa autonómica prevé que las instrucciones previas se formalicen bien en un documento público ante notario o ante personal al servicio de la Administración designado por la Consejería competente en materia de sanidad o bien en un documento privado, ante tres testigos, mayores de edad, con capacidad de obrar y que no tengan ni relación de parentesco ni patrimonial con el otorgante. La custodia de estos documentos corresponderá a los Registros autonómicos que se creen a tal efecto<sup>406</sup>.

#### **a).- Aspectos formales**

Desde la perspectiva del Derecho constitucional la institución que ahora abordamos tiene aspectos formales y materiales no exentos de polémica. En primer lugar, con relación a las cuestiones formales nos tenemos que referir, necesariamente, a la capacidad del otorgante y a la regulación que sobre esta cuestión se ha acometido por las Comunidades Autónomas, las cuales, en el en el ejercicio de sus competencias estatutarias, han procedido a regular las instrucciones previas incluso antes de la entrada en vigor de la norma estatal<sup>407</sup>.

---

ha formalizado la declaración: ante notario, ante testigos o ante la Administración. En cuanto al contenido de la declaración se señalará si se trata de establecer los cuidados y el tratamiento que se dispensará al paciente o el destino del cuerpo del otorgante o de sus órganos una vez fallecido.

<sup>406</sup> Por ejemplo, en la Comunidad de Castilla y León mediante el Decreto 30/2007, de 22 de marzo, además de regular el documento de instrucciones previas en el ámbito sanitario, ha procedido a la creación el Registro de Instrucciones Previas de Castilla y León

<sup>407</sup> Por orden cronológico fueron aprobadas con anterioridad a la Ley básica 41/2002, bien leyes específicas reguladoras de la materia —en la Comunidad Autónoma de Cataluña, la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica; en la Comunidad Autónoma de Galicia, la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, modificada, posteriormente, por la Ley 3/2005, de 7 de marzo y, por último, en la Comunidad Foral navarra, la Ley foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica— o bien leyes de salud o de ordenación sanitaria que dedicaron parte de su articulado a esta cuestión —como fue el caso de la Comunidad autónoma de Extremadura y su Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud, modificada posteriormente por la Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente, cuyo artículo 11.5 se refería al derecho a la expresión anticipada de voluntades; o la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, y su artículo 28 donde se consagraba el derecho a formular instrucciones previas,

Las instrucciones previas o testamento vital son un negocio jurídico que como tal está regulado por el Derecho civil. Conforme al artículo 149.1.8ª CE el Estado se reserva la competencia exclusiva sobre la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. Siendo así, se tendría que verificar, en primer lugar, cuáles de las Comunidades Autónomas que han procedido a elaborar leyes sobre esta institución están sometidas al Derecho civil común y cuáles tienen su propio Derecho civil autonómico. En segundo lugar, se debería de comprobar, para el caso de las Autonomías con Derechos civiles forales o especiales, si las leyes autonómicas reguladoras del testamento vital cumplen con la función de conservar, modificar o desarrollar el Derecho civil propio.

Las repercusiones prácticas de esta cuestión son de envergadura. Como hemos dicho, la Ley estatal exige la mayoría de edad para poder redactar el documento de instrucciones previas. Este requisito también lo contempla la legislación de la mayoría de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, no es así en tres casos: en la Comunidad Foral Navarra, en la Comunidad Valenciana y en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En efecto, el artículo 9 de la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, reconoce la capacidad para otorgar válidamente la declaración de voluntades anticipadas no sólo a los mayores de edad, sino también al «menor al que se le reconozca capacidad conforme a la presente Ley Foral», esto es a los menores emancipados y a los menores mayores de dieciséis años. Así mismo, el artículo 17 de la Ley 1/2003, de 28 de enero de la Comunidad Valenciana permite otorgar voluntades anticipadas a la «persona mayor de edad o menor

---

artículo derogado por Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente; también es el supuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón y de su Ley 6/2002, de 15 de abril de Salud de Aragón, que establece entre los derechos de los pacientes (Título III) el derecho a formular voluntades anticipadas—.



emancipado». Lo mismo ocurre en el caso de la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de voluntades anticipadas de la Comunidad de Andalucía, en cuyo artículo 4.1 establece que «la declaración de voluntad vital anticipada podrá ser emitida por un mayor de edad o un menor emancipado».

Advierte PARRA LUCÁN<sup>408</sup> de los muchos interrogantes que se suscitan en torno a esta cuestión. Las normas que regulan las instrucciones previas, ¿son legislación de Derecho civil, para la que Navarra sí tiene competencia, pero Valencia y Andalucía no?; ¿pueden considerarse «desarrollo» de la legislación básica dictada por el Estado?; ¿qué ámbito de aplicación tendrían estas normas?: ¿sólo los menores de vecindad civil navarra podrían otorgarlas?; ¿podrían los menores, cualquiera que sea su vecindad, otorgar válidamente las instrucciones previas en territorio de la Comunidad valenciana?; ¿vincularían a los médicos fuera del ámbito de la Comunidad Autónoma?

Según BELTRÁN AGUIRRE<sup>409</sup>, en una interpretación a nuestro juicio excesivamente forzada, la previsión del artículo 9 de la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, no plantea ningún problema porque la citada Ley se dicta al amparo de la competencia en exclusiva en materia de Derecho civil foral y de la competencia en materia de sanidad e higiene, conforme a los artículos 48 y 53 de la LORAFNA, respectivamente. Aunque la Ley Foral 11/2002 no precise nada al respecto, se entiende que la capacidad de los menores de edad para prestar el consentimiento informado y para dictar voluntades anticipadas son materias propias del Derecho civil y, por lo tanto, encardinables en la competencia reconocida por el artículo 48 LORAFNA. En consecuencia, la Ley Foral prevalecería sobre la Ley de bases 11/2002 y se aplicaría a los menores que tuviesen la vecindad civil navarra. Hay que recordar que el

---

<sup>408</sup> Vid. M<sup>a</sup>. A PARRA LUCÁN, “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, en *Aranzadi civil* [en línea], núm. 2, (2003) Dirección URL: <http://www.westlaw.es>

<sup>409</sup> En *Actas del XV Congreso Derecho y Salud*, “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica”, págs. 16 y 17

artículo 14.1 del Código civil establece que la sujeción al Derecho civil común o al especial o al foral se determina por la vecindad civil. Cuando surja un conflicto entre las distintas leyes civiles que coexisten en el territorio nacional (artículo 16.11<sup>a</sup> Cc), se aplicará la ley personal que es aquella que se corresponde con la vecindad civil. Explica ARCOS VIEIRA<sup>410</sup> que allí donde se encuentre el menor se aplicará su ley personal que es la que regula la capacidad de obrar de las personas (artículo 9 Cc). Y siendo así, un mayor de dieciséis con vecindad civil en Navarra que reciba asistencia médica fuera del territorio foral podrá alegar su documento de voluntades anticipadas. Por el contrario, un mayor de dieciséis años que esté en Navarra, pero, cuya vecindad civil sea otra, no podrá otorgar el documento de instrucciones previas si su ley personal se lo prohíbe.

Como hemos dicho, la solución aportada por el profesor BELTRÁN AGUIRRE no nos parece la más adecuada. Porque, aunque esta Comunidad Autónoma tenga reconocida la competencia exclusiva en materia de Derecho Civil Foral para conservar, modificar y desarrollar su Fuero Nuevo, sin embargo, entre las instituciones forales no se encuentra las instrucciones previas o voluntades anticipadas, ni ninguna institución conexas que permita su desarrollo<sup>411</sup>.

---

<sup>410</sup> Vid. M.<sup>a</sup> L. ARCOS VIEIRA, en “Legislación navarra sobre voluntades anticipadas: en particular el sujeto otorgante y la formalización del documento”, en *XII Congreso Derecho y Salud*, “Sistema Nacional de Salud: cohesión y consolidación”, Cuenca, 29-31 de octubre de 2003, pág. 80.

<sup>411</sup> Nuestro Tribunal Constitucional en varias ocasiones se ha pronunciado sobre el alcance y significado del artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE y su relación con los Derechos civiles especiales o forales, por ejemplo en la decisiva STC 88/1993, de 12 de marzo. Para el Tribunal Constitucional este precepto atribuye, en primer lugar, al Estado la competencia exclusiva sobre la «legislación civil», e introduce, en segundo lugar, una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política que se materializa «[...]en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos [Derechos forales] rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su “conservación, modificación y desarrollo”» (F.J. 1<sup>o</sup>). El propio Tribunal se detiene en aclarar qué se entiende por conservación, modificación y desarrollo. En primer lugar, «el concepto constitucional de “conservación ... de los derechos civiles, forales o especiales” permite [...] la asunción o integración en el ordenamiento autonómico de las Compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su ordenamiento y puede

¿Qué solución aporta la doctrina para el conflicto entre la Ley estatal y las leyes valenciana y andaluza? En primer lugar, no se puede olvidar que la Disposición adicional 1ª de la Ley 41/2002 establece que esta norma es una ley básica, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.1ª y 16ª de la Constitución, correspondiendo, por lo tanto, a las Comunidades Autónomas su ejecución y desarrollo. La finalidad de la legislación básica es establecer un régimen jurídico unitario y uniforme de aquellos aspectos que se consideren esenciales por el legislador estatal, entre ellos los requisitos subjetivos de la capacidad del otorgante del documento de instrucciones previas. Siendo así las Comunidades valenciana y andaluza habrían incurrido en un vicio de inconstitucionalidad por incompetencia ¿Cómo solventar la discrepancia existente entre la ley estatal y las leyes autonómicas?

PEMÁN GAVÍN afronta la solución de la divergencia entre la Ley estatal y la Ley valenciana de la siguiente manera<sup>412</sup>. Aunque la Ley valenciana se acordó y se publicó en fechas posteriores a la LBAPDO –28 y 31 de enero de 2003– sin embargo entró en vigor antes de la Ley estatal, el 1 de febrero de

---

hacer también viable, junto a ello, la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial» (F.J. 2º). Además, la Constitución permite, sobre la base de la garantía autonómica de la foralidad, que «los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de «conservación» y «modificación», sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales.» (F.J. 3º). El desarrollo del Derecho Foral permite, en palabras del Tribunal Constitucional, «una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de “modificación”.» Para el Tribunal Constitucional «El “desarrollo” de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.» Dicho esto el Tribunal Constitucional advierte que el desarrollo no podrá hacerse indiscriminadamente, porque en la norma constitucional no se reconoce una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas ya que vulneraría el tenor del artículo 149.1.8.ª CE.

<sup>412</sup>. Cfr. J. PEMÁN GAVÍN, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*. Comares, Granada, 2005, págs. 295 y 296.

2003, ya que la Disposición final única de la LBAPDO había previsto un período de seis meses de *vacatio legis*, con lo cual esta norma no entró en vigor hasta el 16 de mayo. Por tanto, PEMÁN GAVÍN resuelve en términos de *desplazamiento* y no de *inconstitucionalidad* la divergencia entre la Ley autonómica y la Ley estatal, sin que sea necesario acudir al Tribunal Constitucional. Para argumentar esta solución invoca PEMÁN GAVÍN el voto particular que formulan los Magistrados JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, DELGADO BARRIO y RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, a la Sentencia 1/2003, de 16 de enero. En este voto particular se entiende que las colisiones entre leyes autonómicas y leyes básicas estatales modificadas después de la aprobación de aquéllas, pueden y deben ser resueltas directamente siguiendo los siguientes criterios. «En primer lugar, llevando a cabo una interpretación de los preceptos estatales y autonómicos que permita conjugar su aplicación, mostrando que la contradicción entre ellos es meramente aparente, y en su caso haciendo prevalecer la interpretación de las leyes que es conforme con la Constitución y el orden constitucional de competencias». Si esta interpretación conjunta no fuera posible, como sería el caso de la LBAPDO y la Ley valenciana, se aplicaría «la normativa básica estatal, pues la legislación básica debe prevalecer sobre las leyes autonómicas que, a pesar de haber sido aprobadas válidamente en su momento, no resultan del ejercicio de competencias exclusivas –en sentido estricto– de las Comunidades Autónomas, sino de competencias de “desarrollo legislativo” de las bases del Estado». Ahora bien, aclaran los Magistrados que «esta prevalencia no da lugar a la nulidad de la norma autonómica, que fue válida en el momento de su aprobación cuando las bases del Estado eran diferentes, sino a su *inaplicación*, una vez que las nuevas normas básicas del Estado despliegan su eficacia, comprimiendo o desplazando a las de la Comunidad Autónoma que hasta entonces habían venido rigiendo sin mácula alguna de inconstitucionalidad.» Esta manera de operar, es decir, desplazar las normas autonómicas incompatibles con las leyes estatales posteriores «sin necesidad de declararlas inconstitucionales ni nulas, hace posible una aplicación natural,

racional y sin dilaciones indebidas del sistema jurídico complejo propio del Estado de las autonomías creado por la Constitución.» Debido al carácter dinámico de la legislación básica, las modificaciones son continuas lo que obliga al legislador a hacer reajustes. Sin embargo se dice en el voto particular a esta Sentencia que «Este cúmulo creciente de reajustes entre normas diversas no es monopolio exclusivo de este Tribunal, que tiene como función primordial garantizar la supremacía de la Constitución sobre la ley; no es lo suyo, como tarea primera, resolver colisiones entre normas, aunque sean de rango legal.» Para los firmantes de este voto particular «todos los Tribunales de Justicia tienen la facultad de resolver directamente las colisiones que se producen –cada vez con mayor frecuencia– entre las normas autonómicas, aprobadas válidamente en su momento, y las posteriores leyes del Estado que modifican las bases de una materia. Si el Juez estima que la ley estatal no es realmente básica, a pesar de declararse como tal, y que por tanto la ley estatal vulnera el artículo 149 CE, debe elevar cuestión de inconstitucionalidad (a tenor de los artículos 35 LOTC y 5 LOPJ). Sin embargo, si el Juez estima que la ley estatal es básica, tanto material como formalmente [...] deberá fallar de conformidad con la ley estatal, en su caso inaplicando la ley autonómica que resulta incompatible con ella, exactamente igual que si la ley de la Comunidad Autónoma contradijera disposiciones del Derecho comunitario».

Sin embargo, no hay que olvidar que en nuestro sistema jurídico la nulidad de una ley sólo la puede declarar el Tribunal Constitucional a través de los mecanismos procesales previstos y teniendo en cuenta el *ius superveniens*<sup>413</sup>.

---

<sup>413</sup> Este principio se recoge, por ejemplo, en la STC 109/2003, de 5 de junio, en el que se trata de enjuiciar la constitucionalidad de dos normas autonómicas sobre atención farmacéutica tomando como referente la Ley estatal aprobada con posterioridad. Dice el Tribunal Constitucional en el F.J. 6. que aunque la Ley estatal no se encontraba vigente en el momento del planteamiento de los recursos de inconstitucionalidad frente a las Leyes de Extremadura y de Castilla-La Mancha, sin embargo, aquella Ley, que contiene normas básicas en materia de «sanidad», «ha de tomarse en consideración para medir los presuntos excesos competenciales que formulan los demandantes. [...] La legislación básica del Estado a tener en cuenta como elemento de referencia para el enjuiciamiento de las normas autonómicas en este tipo de proceso constitucional ha de ser la vigente en el momento de

Puesto que en el caso de la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de voluntades anticipadas de la Comunidad de Andalucía, aprobada con posterioridad a la Ley estatal, no se planteó el recurso de inconstitucionalidad por ninguno de los legitimados para ello, sólo cabría la vía de la cuestión de inconstitucionalidad para impugnar el artículo 4.1 en el que se permite también a los menores de edad emancipados la declaración de voluntad vital anticipada. Al ser la Ley andaluza posterior a la Ley estatal, el juez ordinario no podría aplicar la técnica del desplazamiento<sup>414</sup>.

### **b).- Aspectos materiales o de contenido**

Con relación a los aspectos materiales, lo primero que se ha de subrayar es lo escueto de la regulación que se hace en la LBAPDO del posible contenido del documento de instrucciones previas. En efecto, esta Ley en su artículo 11.1 establece que en el documento se recogerá la voluntad del paciente «sobre los cuidados y el tratamiento de su salud» y, en el caso de fallecimiento, su voluntad «sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo». Lo mismo ocurre en la normativa de desarrollo en la que los legisladores autonómicos han procedido a elaborar normas concisas, salvo en algunos casos, como por ejemplo en la Comunidad Autónoma de La Rioja o de las Islas Baleares<sup>415</sup>. En concreto, en el artículo 5 de la Ley 9/2005 del

---

adoptarse la decisión sobre la regularidad constitucional [...]. Por ello ha de servir de marco de enjuiciamiento en este proceso constitucional el “ius superveniens”»

<sup>414</sup> Lo que sí parece descartada es la aplicación de la cláusula de primacía del Derecho estatal del artículo 149.3 CE para solucionar la colisión entre la norma estatal y las normas autonómicas; porque de lo que se trata en este caso es de resolver una extralimitación en el ejercicio de competencias por parte de las Comunidades Autónomas. *Cfr.* al respecto G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Colisiones normativas y primacía del Derecho estatal”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo I, El ordenamiento jurídico*, Madrid, Civitas, 1991, págs. 537 a 567.

<sup>415</sup> La Ley del Parlamento de las Illes Balears de voluntades anticipadas de 11 de marzo de 2006, en su artículo 2 establece que las voluntades anticipadas podrán contener:

- a) La manifestación de sus objetivos vitales y sus valores personales.
- b) Las indicaciones sobre cómo tener cuidado de su salud dando instrucciones sobre tratamientos terapéuticos que se quieran recibir o evitar, incluidos los de carácter experimental.

Parlamento de La Rioja, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad encontramos un elenco pormenorizado de las disposiciones de voluntad que se podrán incluir:

«1. El documento de instrucciones previas podrá contener las siguientes previsiones:

A. La expresión de objetivos vitales, calidad de vida y expectativas personales; así como las opciones personales en cuanto a valores éticos, morales, culturales, sociales, filosóficos o religiosos.

B. Las situaciones del declarante relativas a su estado de salud en las que habrá de recurrirse a las instrucciones otorgadas, ya se trate de una enfermedad o lesión que el otorgante padece, ya se trate de las que relacionadas de forma concreta pudiera padecer en el futuro.

C. Los cuidados o el tratamiento a los que quiere o no quiere someterse en los casos anteriormente expresados, de entre los que con carácter enunciativo se señalan los siguientes:

a) Que se agoten los tratamientos indicados sobre sus dolencias, siempre que no sean desproporcionados en su aplicación o en relación a su previsible resultado.

b) Su voluntad contraria a recibir tratamiento de soporte vital; o interrumpir el ya iniciado, cuando éste sea inefectivo para la satisfacción de determinados valores o para mantener una adecuada calidad de vida.

c) Su voluntad contraria a que se prolongue temporal y artificialmente la vida si no se acompaña de ningún resultado aceptable para los objetivos del otorgante.

d) Su deseo de que se utilicen los procedimientos de sedación y analgesia necesarios para evitar el dolor y el sufrimiento.

D. La designación de uno o varios representantes, con facultades para tomar decisiones en lugar del otorgante, actuar de interlocutor con el médico o equipo sanitario e interpretar el documento, todo ello dentro de los límites contenidos en el propio documento [...]<sup>416</sup>.

c) Las instrucciones para que, en un supuesto de situación crítica e irreversible respecto de la vida, se evite el padecimiento con medidas terapéuticas adecuadas, aunque éstas lleven implícitas el acortamiento del proceso vital, y que no se alargue la vida artificialmente ni se atrase el proceso natural de la muerte mediante tratamientos desproporcionados.

d) La decisión sobre el destino de sus órganos después de la defunción para fines terapéuticos y de investigación. En este supuesto, no se requiere autorización de ninguna clase para la extracción y la utilización de los órganos dados.

e) La designación de la persona o de las personas que representen al otorgante en los términos de esta Ley.

f) La decisión sobre la incineración, la inhumación u otro destino del cuerpo después de la defunción»

<sup>416</sup> Se añade que los representantes deberán estar debidamente identificados, ser mayores de 18 años, no estar incapacitados y aceptar la designación. Se precisa que no

E. Instrucciones sobre el destino de su cuerpo, así como de los órganos del mismo, una vez llegado el fallecimiento, de acuerdo con lo establecido en la legislación específica.»

El posible contenido del documento se puede sintetizar en cuatro apartados<sup>417</sup>. En primer lugar, se podrá introducir una declaración sobre valores, principios, convicciones y opciones vitales de la persona que redacta las instrucciones que servirán de criterio para interpretar, posteriormente, su voluntad. En segundo lugar, se incluirá una relación de aquellas situaciones clínicas que sirvan como supuestos de hecho para disponer, en tercer lugar, si podrán aplicarse o no determinados tratamientos de diagnóstico, terapéuticos o paliativos. Estas disposiciones del paciente respecto a los tratamientos médicos podrán tener un contenido positivo o negativo. *Positivo*, cuando se indique que los facultativos actúen en un determinado sentido para aliviar padecimientos o sufrimientos, aunque esto suponga un acortamiento de su vida. *Negativo*, cuando el paciente pida que no se lleven a cabo determinados tratamientos o que se interrumpan los ya iniciados en el caso de que sean insuficientes para satisfacer determinadas condiciones de calidad de vida. Por último, el otorgante podrá establecer cuál es su voluntad sobre el destino de su cuerpo y de los órganos del mismo cuando se produzca el fallecimiento.

Existe, por lo tanto, un amplio margen de libertad a la hora de redactar las instrucciones previas. Sin embargo, la LBAPOD impone una serie de límites que no podrán ser franqueados por la autonomía del paciente. El artículo 11.3º LBAPDO prevé que «no serán aplicadas las instrucciones

---

podrán actuar como representantes el notario autorizante del documento, los testigos ante quienes se hubiera formalizado, el funcionario encargado del Registro de Instrucciones Previas, ni los profesionales que hayan de aplicarlas. En el supuesto que el otorgante designase varios representantes, indicará si éstos actuarán de forma sucesiva o simultánea; y en este último caso, si lo harán mancomunada o solidariamente. En todo caso, dice la Ley que «la actuación del representante estará orientada a hacer valer lo que el otorgante hubiera preferido en el caso de que pudiera decidir. De no conocer la que hubiera sido su voluntad, la actuación del representante estará orientada a hacer valer todo cuanto contribuya a los mejores intereses del otorgante»

<sup>417</sup> Vid. S. TARODO SORIA, *La libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2005, págs. 335 y 336.



previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas»<sup>418</sup>.

Centrándonos exclusivamente en los actos de disposición del paciente «sobre los cuidados y el tratamiento de su salud», el primero de los límites establecidos a la voluntad es el que puede suscitar un mayor interés desde la perspectiva constitucional. En efecto, con la prohibición de instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico el legislador se está refiriendo, indirectamente, a la interdicción de la eutanasia que se penaliza en el artículo 143.4 del Código Penal español en los siguientes términos:

«El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.»

Lo que se castiga en este precepto como homicidio atenuado es la causación «activa» y «directa» de la muerte del enfermo, es decir la denominada eutanasia activa directa, quedando despenalizadas la eutanasia pasiva y la eutanasia activa indirecta. La denominada *eutanasia pasiva* supone la no prestación de medios o la suspensión de todo tipo de tratamiento médico con el objetivo de no prolongar más la vida del paciente. La *eutanasia activa indirecta* consiste en la administración de calmantes con la principal intención de aliviar los dolores del enfermo terminal, aun sabiendo que ello puede traer como consecuencia la anticipación de la muerte. En tercer lugar, la *eutanasia activa*

---

<sup>418</sup> A estos límites se añade por la legislación autonómica más reciente, en concreto la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, del Parlamento de La Rioja reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad, que se tendrán por no puestas las instrucciones «que resulten contraindicadas para su patología» (artículo 5, letra E, apartado 2º)

*directa* implica la utilización de recursos, no ya con el propósito de paliar los dolores del enfermo, sino con el fin de acelerar su muerte<sup>419</sup>.

Como es bien conocido por todos la despenalización de la eutanasia en todas sus modalidades es una demanda que desde hace tiempo se viene formulando desde diversos sectores sobre la base del siguiente argumento: la vida en sí misma no tiene un valor intrínseco, sino que tiene el valor personal que le otorgue el propio enfermo<sup>420</sup>. Así, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG<sup>421</sup> estima que la acción eutanásica es la única vía para salvaguardar otros derechos recogidos en la Constitución española: el derecho al desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE), pues la personalidad se manifiesta no sólo en la vida, sino también en la muerte que uno elige; la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE), porque nadie está más legitimado que el propio afectado para decidir en una situación límite dónde está la dignidad; el derecho a la libertad ideológica (artículo 16.1 CE), que implica el respeto del paciente que quiere morir y, por último, la prohibición de tratos inhumanos (artículo 15 CE) que proscribía el encarnizamiento terapéutico. Por supuesto que la eutanasia lesiona un derecho fundamental: el derecho a la vida. Sin embargo, explica GIMBERNAT ORDEIG la acción eutanásica estaría justificada porque junto a la lesión de un único derecho se defienden otros muchos intereses constitucionales.

Como señala RUIZ MIGUEL<sup>422</sup> en la legislación ordinaria española los conflictos intrapersonales –es decir, los que se plantean entre los derechos del

---

<sup>419</sup> *Vid.* al respecto los comentarios al artículo 143 en *Comentarios al Código Penal, Parte especial*, Tomo I dir. por J. CORDOBA RODA y M. GARCÍA ARÁN, Marcial Pons, Barcelona 2004, págs. 57 a 66.

<sup>420</sup> Sobre el debate en torno al valor intrínseco y el valor subjetivo de la vida es necesario citar aquí el trabajo del filósofo norteamericano R. DWORKIN *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. (Trad. R. Caracciolo y V. Ferreres), Ariel, Barcelona, 1998.

<sup>421</sup> *Cfr.* E. GIMBERNAT ORDEIG, “Eutanasia y Derecho penal”, en *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1990, 3.ª edición, págs, 51 a 54.

<sup>422</sup> En “Autonomía individual y derecho a la propia vida”, *op. cit.*, págs. 135 y sigs.

propio individuo— se resuelven aplicando el principio de supremacía de la vida y de sus condiciones o correlatos, como la integridad física o la salud, sobre la autonomía individual que, como tuvimos ocasión de explicar en páginas anteriores, es la proyección en ámbito sanitario de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y expresión del respeto a la dignidad de la persona y a su libre desarrollo. Sin embargo, aunque en nuestra legislación la regla sea la primacía de la vida, como bien supremo protegido por el ordenamiento jurídico, esta afirmación no parece tan obvia en el conjunto de los valores, principios y derechos establecidos en la Constitución. En primer lugar, porque como subraya RUIZ MIGUEL «la libertad, y no la vida, es uno de los “valores superiores” del ordenamiento jurídico (artículo 1.1), al igual que el artículo 10 sitúa a la “dignidad de la persona” y al “libre desarrollo de la personalidad” [...] como “fundamento del orden político y de la paz social”». En segundo, porque «entre los “derechos inviolables” que también se mencionan en dicho artículo 10, figura no sólo el “derecho a la vida y a la integridad física”, sino también el derecho a la integridad “moral” (artículo 15), “la libertad ideológica” (artículo 16) y el “derecho a la libertad” (artículo 17). De la diversa interpretación que se haga de estos preceptos se puede mantener la primacía general, aunque no absoluta, del derecho a la vida o, por el contrario, una revalorización de la autonomía individual que permita admitir la libre disposición sobre la propia vida.»<sup>423</sup>

Hasta ahora la jurisprudencia constitucional, aunque en ocasiones haya sido bastante ambigua<sup>424</sup>, ha venido considerando la vida como un valor superior del ordenamiento jurídico, cuya dimensión objetiva obliga al Estado a protegerlo incluso contra la voluntad de las personas (STC 53/1985, F.J. 8º).

---

<sup>423</sup> *Ibidem*, pág. 137

<sup>424</sup> Por ejemplo, en la STC 120/1990 en su F.J. 7º, se dice que podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria cuando la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta persigue la propia muerte y no otros fines no amparados por la Ley. Sobre las ambigüedades y contradicciones en las que incurre el Tribunal Constitucional, consúltense los comentarios que hace al respecto A. RUIZ MIGUEL en “Autonomía individual y derecho a la propia vida”, *op. cit.*, págs. 140 a 143.

Esta interpretación ha permitido limitar la autonomía individual y otros derechos constitucionales en liza, al entender que en el sistema jurídico español se admite la libertad de morir, pero no un derecho a morir que implique la obligación de terceros, ya sean éstos poderes públicos o particulares, de colaborar para alcanzar tal fin. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en el F.J. 7º de la ya citada STC 120/1990 en cuyo F.J. 7º se expresa en los siguientes términos:

«Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho.»

En definitiva, en el actual marco normativo y jurisprudencial a penas esbozado queda descartada toda posibilidad de incluir en el documento de instrucciones previas cualquier petición del paciente dirigida al personal médico para que de manera activa y directa se ponga fin a su vida. Siendo esto así, hasta que no se produzca una reinterpretación de nuestra Norma Fundamental que permita acometer una reforma legal que despenalice y regule la eutanasia, los problemas de orden jurídico y práctico se plantean a la hora de establecer los límites entre la eutanasia activa directa y la eutanasia activa indirecta. Es decir, ¿cómo cumplir, sin incurrir en un ilícito penal, con la voluntad de un paciente que manifiesta anticipadamente su deseo para que, si se encontrase en una situación vital irreversible, se le evite cualquier tipo de sufrimiento con medidas paliativas, aunque se acorte su vida? De nuevo la responsabilidad recaerá sobre el médico a quien corresponde, aplicando la *lex artis*, establecer el límite entre la eutanasia directa y la eutanasia indirecta. Según

indica el penalista SILVA SÁNCHEZ la *lex artis* médica «admite la anticipación de la muerte como efecto secundario de la analgesia o la sedación *imprescindibles* para atajar el dolor sufrido por el paciente *en situaciones límite*. A este respecto, parece que viene entendiéndose por “situaciones límite” las de dolores, *que no pueden ser calmados de otro modo*, sufridos en casos de enfermedad avanzada, enfermedad terminal, agonía, minusvalía grave crónica y estado vegetativo persistente» Sin embargo, el propio autor ahora citado reconoce la existencia de zonas grises<sup>425</sup>. Así mismo, no se puede dejar de mencionar en este punto la dificultad que entraña el tratamiento jurídico de los casos de sobredosis de analgésicos y su valoración bien como mala praxis médica o bien como eutanasia activa<sup>426</sup>.

---

<sup>425</sup> En “Los «documentos de instrucciones previas» de los pacientes (artículo 11.1 Ley 41/2002) en el contexto del debate sobre la (in)disponibilidad de la vida”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4 (2003) pags. 1663 a 1671.

<sup>426</sup> Recientemente el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Leganés ha sobreesido el caso de las supuestas sedaciones irregulares a pacientes terminales que se produjeron en el Hospital Severo Ochoa de esta localidad madrileña. En el Auto de 20 junio de 2007 se dice que no se han encontrado «elementos bastantes para, por dolo eventual o por culpa, responsabilizar criminalmente a los imputados por las muertes de sus pacientes tras las sedaciones. Tampoco resulta típica la conducta por vía de los arts. 143 ó 196 CP». Se añade que se trata de un acto de mala práctica médica. Sin embargo,

«[...] no se puede lograr asegurar, al menos con lo que hasta ahora se ha recopilado, que el fallecimiento deviniera exclusivamente por los fármacos prescritos por los doctores. En los casos informados pericialmente, se ha practicado mal la Medicina, pero no consta que las muertes sean consecuencia de ello, pues hay una duda que no puede despejarse: los pacientes pudieron morir o por la sedación indebida o por su enfermedad inicial y esto, para exigir responsabilidad penal, ha de quedar claro. Acción y resultado deben estar conectadas y este último poderse imputar objetivamente al autor.

»Debe dejarse patente que, por más confusión que se haya querido generar por parte de algunos, en estas diligencias no se ha interesado analizar, en ningún momento, el hecho de la sedación a un paciente terminal. Esto nunca se ha sometido a debate de las partes. No. Tampoco se ha querido analizar la manera de proceder en un centro de salud. Tampoco, ni de lejos. Eso no deja de ser parte de las consecuencias de la resonancia social que un día suscitó esta investigación. Aquí lo que se ha puesto en duda es si, en primer lugar, ante determinada enfermedad de un paciente y en su estado debió o no ser sedado para morir sin dolor o bien hubo de ser tratado activamente para su curación y, en segundo lugar, si su muerte fue como consecuencia exclusiva de lo primero. Y nada más -y nada menos-»

Desde un amplio sector de la doctrina penal se sustenta la impunidad de la eutanasia activa indirecta y de los cuidados paliativos sobre el reconocimiento constitucional del derecho a la incolumidad personal en el artículo 15 CE que incluye el derecho a no sufrir. En consecuencia, el recurso a medios químicos que alivien o reduzcan el padecimiento constituye un auténtico derecho subjetivo que genera la obligación de suministrar el tratamiento médico, aunque éste acelere el momento de la muerte. En nuestro ordenamiento jurídico este deber está previsto en los artículos 12.2.g) y 13.2.f) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud donde se contemplan los cuidados paliativos como una prestación del sistema de salud pública. Para el profesor GIMBERNAT<sup>427</sup> el dolor es un menoscabo de la salud que, desde la perspectiva penal, es el bien jurídico protegido por los delitos contra la integridad física. Esto significa que si el médico, en contra de la voluntad del paciente, no aplica los cuidados paliativos requeridos sería responsable de unas lesiones por omisión que en este caso no serían imprudentes, sino intencionales. El planteamiento de GIMBERNAT se sustenta sobre la concepción amplia de salud que se viene defendiendo en esta Tesis y que se formula en la definición que de la misma ha hecho la OMS<sup>428</sup>.

---

<sup>427</sup> En “El problema jurídico de la muerte y el dolor”, *El Mundo*, 19 de abril de 2005

<sup>428</sup> No obstante, hay penalistas que no aceptan que el bienestar individual se incorpore al concepto jurídico penal de salud, porque esto determinaría una plena subjetivización del bien jurídico, incompatible con los modernos postulados del Derecho penal. Así M. GÓMEZ TOMILLO, “Tratamientos paliativos e integridad moral en el contexto de la eutanasia activa indirecta”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4 (2005) págs. 1342 a 1356, defiende el concepto de salud en términos negativos, es decir, como ausencia de enfermedad o de alteración corporal anormal. El dolor es un síntoma del menoscabo de la salud, pero no es un menoscabo en sí mismo. Partiendo de esta idea, la negativa de un médico a aplicar cuidados paliativos no se podría calificar como un delito de lesiones por omisión. Como alternativa al delito de lesiones por omisión, cabría plantearse la posibilidad contemplada en el 196 CP donde se tipifica el delito de denegación de la asistencia sanitaria en el que incurriría el « profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas ». La denegación de la asistencia sanitaria implica una negativa a un requerimiento de ayuda que en los casos que estamos analizando quedaría reflejado en el documento de instrucciones previas. Los cuidados paliativos son una prestación que aparece recogida entre los servicios que presta el Sistema Nacional de Salud. Ahora bien, si se defiende una concepción de la salud como

---

ausencia de enfermedad, sería difícil determinar si la negativa a tratar químicamente el dolor pondría en grave riesgo la salud de paciente, como exige el artículo 196 CP. Rechazadas las lesiones por omisión y la denegación de asistencia sanitaria para tipificar la conducta del médico que se niega a suministra cuidados paliativos, GÓMEZ TOMILLO es partidario de aplicar el delito contra la integridad moral del artículo 173 CP porque entiende que se están infligiendo tratos degradantes que suponen un menoscabo a la integridad moral del paciente. En palabras textuales del autor el sufrimiento evitable y no querido por quien lo padece no es compatible con la percepción actual de lo que constituye una existencia humana digna.





**PARTE II.- EL SISTEMA NACIONAL  
DE SALUD COMO INSTITUCIÓN  
GARANTIZADA POR LA  
CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978**



## **CAPÍTULO I.- LA TEORÍA DE LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES Y SU APLICACIÓN AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD**

*Introducción. 1. Origen y evolución de la teoría de las garantías institucionales a la luz de las teorías interpretativas de los derechos fundamentales. 1.1. La formulación inicial de la teoría de las garantías institucionales. 1.2 Las nuevas tendencias interpretativas de los derechos fundamentales y su influencia en la teoría de las garantías institucionales. 2. La recepción en España de la teoría de las garantías institucionales por la doctrina y la jurisprudencia constitucional. 3. La vigencia actual de la teoría de las garantías institucionales y su aplicación a la salud y su protección en la Constitución española de 1978.*



## INTRODUCCIÓN

Como se viene defendiendo a lo largo de esta investigación, y siguiendo la temprana aportación de MORTATI para el caso italiano<sup>429</sup>, el derecho constitucional a la protección de la salud posee una doble faz. Por un lado, es un derecho de libertad en sentido clásico, en conexión con la integridad física y psíquica, en el que confluyen situaciones jurídicas subjetivas que requieren el establecimiento de una serie de límites a la intervención del Estado y de los particulares en la esfera privada del individuo. Pero además, la protección de la salud constituye uno de los derechos prestacionales por excelencia, cuya efectividad depende de las acciones llevadas a cabo por el Estado. En palabras de MUÑOZ MACHADO el derecho reconocido en el artículo 43.1 de la CE «comprende un aspecto negativo en cuanto que es un derecho individual a que el Estado se abstenga de cualquier acto que pueda lesionar su salud y un aspecto positivo que se concreta en el conjunto de medidas que los poderes públicos deben establecer para conseguir la prevención de las enfermedades o la mejora de las condiciones sanitarias»<sup>430</sup>.

Aplicando la clasificación propuesta por ALEXY para los derechos a prestaciones en sentido amplio<sup>431</sup>, en nuestra Constitución se reconoce, en primer lugar, un *derecho a protección* del individuo frente al Estado para que éste, a través de acciones fácticas y normativas, lo proteja ante las eventuales amenazas de terceros. Esta protección se ha visto ampliamente desarrollada en

---

<sup>429</sup> Vid. C. MORTATI, “La tutela della salute nella Costituzione italiana”, *op. cit.*, págs. 435 y sigs. Como también hemos tenido ocasión de exponer, voces más recientes como la de A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1997, págs. 199 y sigs., también distinguen entre el *diritto alla salute*, como un derecho fundamental del individuo cuya finalidad es proteger la integridad física y psíquica de la persona frente a cualquier amenaza exterior, y el *diritto a trattamenti sanitari* o derecho a los cuidados médicos, que es un derecho instrumental del derecho a la salud.

<sup>430</sup> A. MUÑOZ MACHADO, “La organización de los sistemas de salud (La integración, la reforma y la crisis de los servicios sanitarios públicos)” en *Actas del I Congreso Derecho y Salud*, Barcelona, 1992 pág. 95.

<sup>431</sup> Vid. R. ALEXY, *Teoría...*, *op. cit.*, pág. 430.

nuestro sistema jurídico desde las distintas ramas del Derecho. Así, en el ordenamiento español existe una protección de la salud, principalmente, desde las perspectivas civil, penal, laboral y administrativa cuyo estudio, obviamente, excede con mucho los límites de la presente investigación<sup>432</sup>.

Por otro lado, de la interpretación del artículo 43.1 y 2 CE, surge el derecho a la asistencia sanitaria como un derecho a prestaciones en sentido estricto. Ya tuvimos ocasión de ver cómo entre la doctrina española no son muchos los que establecen la diferencia entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a la asistencia sanitaria. La protección de la salud es, según explica Menéndez Rexach, un concepto más amplio que incluye no sólo la asistencia sanitaria, sino una serie de medidas de muy diversa índole<sup>433</sup>. A pesar de su importancia, el derecho a la asistencia sanitaria ha suscitado menos interés doctrinal que otras cuestiones tales como, por ejemplo, el ejercicio de determinados derechos fundamentales en el ámbito sanitario (el derecho a la integridad personal, el derecho a la protección de datos personales, etc.), o el debate en torno a las nuevas formas de gestión de los servicios públicos de salud, o la articulación de la responsabilidad derivada de los daños producidos por el personal médico. Tal vez uno de los motivos de este abandono sea, como evidencia PEMÁN GAVÍN, la situación fronteriza en la que siempre se ha movido el derecho a la asistencia sanitaria, entre el ámbito administrativo y el

---

<sup>432</sup> Como indica J. APARICIO TOVAR, “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria”, en MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M. *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pág. 1555, «La salud como bien jurídico es objeto de protección de muchas formas por el ordenamiento jurídico. Esa multiplicidad de tratamientos es debida a la complejidad y amplitud del propio concepto de salud que, hay que dejarlo absolutamente claro desde el principio, no es abarcable en toda su dimensión por el Derecho.[...] La salud es de modo general “una polaridad dinámica de la vida”, según dijera Canguilhem, que justifica la afirmación anterior sobre la inabarcabilidad total de la salud por el Derecho»

<sup>433</sup> *Vid.* A. MENÉNDEZ REXACH “El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas”, *op. cit.*, págs. 16 a 18

ámbito de la Seguridad Social, sin que se haya hecho un análisis pormenorizado de su naturaleza y de su régimen jurídico<sup>434</sup>.

La preeminencia en el derecho a la asistencia sanitaria de la vertiente objetiva sobre la subjetiva hace que la intervención del legislador sea una necesidad existencial. Como señala PRIETO SANCHÍS, aunque la defensa de todos los derechos necesita una estructura estatal mínima, en el caso de los derechos sociales se ha de contar con una organización de servicios y prestaciones públicas sólo conocidas en el Estado contemporáneo<sup>435</sup>. En el caso del derecho a la asistencia sanitaria este conjunto de servicios y prestaciones imprescindibles para su efectividad se ordena en un sistema público de origen preconstitucional y que en nuestro ordenamiento jurídico recibe hoy el nombre de Sistema Nacional de Salud.

Esta institución, a la que se refiere indirectamente el artículo 43.2 CE, puede incluirse, como defendemos en las páginas que siguen, en el ámbito de una serie de instituciones u organizaciones, que dada su relevancia como elementos básicos del orden jurídico y social, se integran en la Constitución. Entre esas instituciones basta citar la autonomía local, la Seguridad Social, el matrimonio o la familia. Al estar recogidas en la Constitución, se garantiza su conservación y se preservan sus rasgos esenciales frente al legislador ordinario, que podrá disponer sobre su funcionamiento y su estructura, pero no suprimirlas ni desnaturalizarlas. La doctrina denomina a esta especial protección que otorga la Constitución *garantía institucional*.

---

<sup>434</sup> Vid. J. PEMÁN GAVÍN, “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes”, en las *Actas del IX Congreso “Derecho y Salud”*, celebrado en Sevilla, del 15 a 17 de noviembre, de 2000, en torno al tema *Cambios en el Derecho sanitario: ¿la respuesta adecuada?*, págs. 93. Una versión resumida de este trabajo se publicó también en la *Revista de Administración Pública*, núm. 156 (2001) págs. 101 a 154. Finalmente, en el año 2005 se recoge este artículo junto con otros del mismo autor en su obra *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos, op. cit.*, págs. 43 a 124.

<sup>435</sup> Vid. L. PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, (1995), págs. 13 y sigs.

Como es sabido, esta figura surge con fuerza en las primeras décadas del siglo pasado gracias a la labor del jurista alemán Carl SCHMITT. Observa SCHMITT que en la Constitución de 1919 existe un conjunto de instituciones que, a diferencia de los derechos fundamentales que se recogen como tales en la Constitución de Weimar, sí están protegidas frente a la acción del legislador.

La formulación inicial de la teoría de las garantías institucionales experimenta importantes modificaciones a raíz de las corrientes de pensamiento surgidas tras la Segunda Guerra Mundial. Al observar la especial resistencia de las instituciones ante la acción modificadora del legislador y en el afán por dotar de mayor protección a los derechos fundamentales, se propone la institucionalización de los derechos mediante dos mecanismos: bien a través de la inclusión de la garantía institucional en su contenido objetivo, bien mediante su concepción como instituciones. En este sentido, se ha hablado de la «tentación institucional» de la teoría de los derechos fundamentales<sup>436</sup>.

Estos planteamientos se deben a la confluencia, en el marco general de la interpretación de los derechos fundamentales, de tres creaciones de la dogmática alemana: la teoría de las garantías institucionales, la teoría de la doble vertiente y la teoría institucional. La conexión entre estas tres construcciones ha provocado, como expondremos en este Capítulo, cierta confusión y polémica doctrinal y jurisprudencial, tanto en su país de origen como en España. Sobre todo, en aquellos supuestos en los que la institución garantizada está estrechamente vinculada a un derecho fundamental, como es el caso, por ejemplo, de la autonomía universitaria y la libertad de cátedra.

En cuanto a la relación entre derechos fundamentales y garantías institucionales, la doctrina se ha dividido en tres direcciones: en primer lugar están quienes consideran que garantías institucionales y derechos fundamentales son categorías diferentes; en segundo lugar, quienes defienden

---

<sup>436</sup> Vid. J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32 (1991), pág. 83.



la idea de las garantías institucionales como parte del contenido de algunos derechos fundamentales; por último, quienes postulan el carácter institucional de todos los derechos fundamentales.

Sobre esta cuestión insistiremos más adelante, no sin antes analizar el origen y evolución de la teoría de las garantías institucionales y las repercusiones que sobre ella han tenido las más recientes interpretaciones de los derechos fundamentales.

## **1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DE LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES A LA LUZ DE LAS TEORÍAS INTERPRETATIVAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

### ***1.1. La formulación inicial de la teoría de las garantías institucionales***

Para establecer cuál es el contenido y la vigencia actual de la teoría de las garantías institucionales es necesario hacer una referencia, aunque sea breve, al origen histórico de esta creación de la dogmática alemana. Para ello debemos remontarnos a los años posteriores a la entrada en vigor de la Constitución de Weimar de 1919. Como es bien sabido, en esta norma no se prevén límites a las injerencias del Estado en los derechos constitucionalizados, a pesar del extenso reconocimiento que de ellos se hace en la segunda parte del texto<sup>437</sup>. Esta falta de protección de los derechos fundamentales se agrava con la existencia en la Constitución de preceptos que contienen remisiones al legislador ordinario para que éste fije su contenido. La ausencia de límites y la remisión a la legislación de desarrollo llevan a los intérpretes de la Constitución a plantearse cuál es el significado y la eficacia real de los derechos.

---

<sup>437</sup> Recordemos que bajo la rúbrica “Derechos fundamentales y deberes fundamentales de los alemanes” existen un total de cincuenta y seis artículos (artículos 109 a 165), divididos en cinco Secciones: I. La persona individual; II. La vida social; III. Religión y confesiones religiosas; IV. Educación y enseñanza; V. La vida económica.

Pues, si bien en el plano teórico los derechos fundamentales, a principios del siglo XX, son considerados garantías subjetivas de la libertad ante cualquier restricción proveniente de los poderes públicos, en la práctica, por el contrario, sólo se preservan frente al ejecutivo mediante el principio de legalidad y el control jurisdiccional de su actuación. Por lo que al poder legislativo se refiere, los derechos fundamentales no son más que proposiciones programáticas, debido a su indeterminación material y a la idea de la soberanía del legislador recibida del positivismo jurídico<sup>438</sup>.

Por tanto, faltan en la Constitución de Weimar los mecanismos jurídicos necesarios para proteger los derechos de posibles infracciones, de decisiones que vacíen su contenido o los modifiquen hasta el punto de abolirlos<sup>439</sup>. Carl SCHMITT, consciente de esta debilidad dogmática, estudia con detenimiento en su *Verfassungslehre*<sup>440</sup>, publicada en 1928, el significado de los derechos fundamentales en la dicha Constitución. A partir de su clasificación en diferentes categorías<sup>441</sup>, SCHMITT llega a la conclusión que derechos

---

<sup>438</sup> *Vid.* E. BÖCKENFÖRDE, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, págs. 96 y 97, y “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, págs. 48 a 52, en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.

<sup>439</sup> Así lo indica K. HESSE en “Significado de los derechos fundamentales”, en *Manual de Derecho Constitucional*, BENDA *et al.*, IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 85 y 86

<sup>440</sup> Cito la traducción española a cargo de F. Ayala: *Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad, 1982.

<sup>441</sup> *Ibidem*, págs. 169 a 175. El autor, además de los *derechos de libertad del individuo aislado* (libertad de conciencia, libertad personal, propiedad privada, inviolabilidad del domicilio) distingue, en segundo lugar, los derechos de libertad *del individuo en relación con otros*, en tercer lugar, los derechos del individuo *en el Estado como ciudadano* y, por último, los derechos del individuo *a prestaciones del Estado*. Los derechos del individuo en relación con otros (libre manifestación de las opiniones, libertad de discurso, de prensa, de culto, de reunión, de asociación) serán también auténticos derechos fundamentales mientras el individuo no salga de la situación apolítica de lo social. Cuando esto ocurre, pierden su carácter absoluto. Los derechos políticos y democráticos (igualdad ante la ley, derecho de petición, sufragio igual, acceso igual a los cargos públicos) son derechos que se ejercen *en* el Estado. No responden al principio de distribución y, por lo tanto, son derechos limitados. Por último, los derechos del individuo a prestaciones del Estado (derecho al trabajo, derecho a asistencia y socorro, derecho a la educación, formación e instrucción) dependen de la existencia de una organización. Según su estructura lógica y jurídica están en contraposición con los derechos fundamentales, siendo por ello erróneo hablar de derechos fundamentales indistintamente. Las remisiones al legislador que hacen la mayoría de los preceptos

fundamentales auténticos son «aquellos que pueden valer como *anteriores* y *superiores* al Estado, aquellos que el Estado, no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado. Estos derechos fundamentales no son, pues, según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de *libertad*, de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa.»<sup>442</sup> La incorporación de estos derechos al texto constitucional significa el reconocimiento de lo que él denomina principio de distribución del Estado de Derecho. Es decir, se trata de derechos absolutos que implican una esfera de libertad ilimitada —en principio, dice SCHMITT— en la que las injerencias del Estado son excepcionales y sólo podrán llevarse a cabo sobre la base de una Ley<sup>443</sup>.

Por otro lado, SCHMITT observa que en la Constitución de Weimar, además de derechos, se incorporan una serie de instituciones que sí están dotadas de una especial protección con la finalidad de impedir su supresión por vía legislativa. Esta protección se conoce como garantía institucional<sup>444</sup>.

Las instituciones reconocidas, organizadas y diferenciadas son elementos esenciales del orden social y jurídico establecido. La norma constitucional les confiere una tutela específica, además de la que se deriva de la suprallegalidad formal de la Constitución, frente a posibles modificaciones

---

constitucionales suponen un *giro en el vacío*, porque lo que se hace es dejar en manos del legislador la determinación del contenido de los derechos.

<sup>442</sup> *Ibidem*, pág. 169. Las cursivas son nuestras.

<sup>443</sup> *Ibidem*, págs. 170, 179 y 180.

<sup>444</sup> Aunque fue C. SCHMITT quien expuso y elaboró la teoría de las garantías institucionales, primero en *Verfassungslehre* (1928) y después en *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung* (1931) es pacíficamente admitido por la doctrina que el concepto fue concebido por M. WOLF quien para referirse a la propiedad utiliza la expresión *garantía de instituto* (M. WOLF, “Reichsverfassung und Eigentum”, *Festgabe für Wilhelm Kahl*, Tübingen, 1923, citado, entre otros, por K. STERN, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pág. 620; por L. PAREJO ALFONSO, *Garantía institucional y autonomías locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, pág. 20 y por P. CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, pág. 59.

arbitrarias del legislador. Ejemplos de garantías institucionales en la Constitución de 1919 se encuentran en el derecho al juez legal (artículo 105), en el matrimonio como base de la vida familiar (artículo 119), en la administración local autónoma (artículo 127), en el mantenimiento de una burocracia profesional (artículo 130), en el derecho al descanso dominical (artículo 139), en la garantía constitucional de la libertad de la ciencia y de su enseñanza (artículo 142), en la instrucción religiosa como asignatura ordinaria en las escuelas y el mantenimiento de las Facultades de Teología en las Universidades (artículo 149) <sup>445</sup>.

Si, como hemos visto, en la Constitución coexisten instituciones y derechos fundamentales, cabe plantearse cuál es la relación entre ambas categorías. SCHMITT considera que son autónomas, ya que poseen rasgos distintos<sup>446</sup>. La garantía institucional es, por su esencia, limitada frente al carácter ilimitado, en principio, de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son anteriores al Estado. La garantía institucional existe sólo *dentro* del Estado. Se basa en una institución jurídicamente reconocida que como tal está circunscrita al servicio de ciertas tareas y ciertos fines.

Pero aunque se trate de figuras diferentes, hay supuestos en los que se puede establecer un vínculo entre ellas. A este respecto, BÖCKENFÖRDE, en su análisis de la teoría de los derechos fundamentales en el Estado liberal burgués<sup>447</sup>, explica que las instituciones o institutos jurídicos presentes en el ámbito de un derecho fundamental no tienen ninguna relación directa con el contenido del derecho, a diferencia, como veremos más adelante, de lo se defiende desde otros planteamientos teóricos. Pero, aunque no formen parte

---

<sup>445</sup> C. SCHMITT, *Teoría ...*, *op. cit.*, pág. 175 a 177. En cuanto a la propiedad, los términos del artículo 153 de la citada Constitución no ayudan a aclarar si estamos ante un derecho fundamental o una garantía institucional, puesto que dicho precepto se remite a las leyes para determinar su contenido y sus límites. La propiedad se reconoce como principio propio de la Constitución del Estado burgués de Derecho, ya que no puede haber Estado de Derecho sin propiedad privada.

<sup>446</sup> *Ibidem*, págs. 175 a 178.

<sup>447</sup> E. BÖCKENFÖRDE, “Teoría e interpretación...”, *op. cit.*, pág. 51.

de su contenido, estas instituciones o institutos sí pueden resultar complementarios en el ulterior aseguramiento y flanqueamiento del derecho fundamental. En los casos en los que haya vinculación, la garantía institucional sirve de manera mediata a la protección de los derechos. En estas circunstancias, añade BÖCKENFÖRDE, su función sería doble. Por un lado, la existencia de una garantía institucional limita la actuación del legislador a la hora de regular los derechos fundamentales, ya que en su tarea legislativa deberá tener en cuenta la existencia de instituciones conformadas y reguladas pormenorizadamente. Por otro lado, la garantía institucional desempeña una función expansiva de la libertad, desde el momento en que la protección del derecho fundamental se prolonga a las instituciones que están relacionados con la garantía de la libertad.

### ***1.2 Las nuevas tendencias interpretativas de los derechos fundamentales y su influencia en la teoría de las garantías institucionales***

Como hemos visto en el apartado anterior, la teoría formulada por SCHMITT perseguía el establecimiento de límites a la intervención del legislador en el ámbito de determinadas instituciones constitucionalizadas con la finalidad de proteger su existencia y su funcionamiento. Ahora bien, el abstencionismo estatal, propugnado por las corrientes teóricas de inicios del siglo XX, da paso, tras los años del Tercer Reich, a una reacción garantista que reclama una mayor intervención del Estado en la protección y en la configuración de los derechos fundamentales<sup>448</sup>.

Esta tendencia se refleja, en primer lugar, en los nuevos textos constitucionales aprobados tras la Segunda Guerra Mundial. Entre ellos, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 que supera las deficiencias de la Constitución de Weimar al introducir mecanismos de tutela, como la intangibilidad de la

---

<sup>448</sup> *Vid.* K. HESSE, “Significado...”, *op. cit.*, pág. 86, *in fine*.

dignidad humana y la obligación de respetarla y protegerla como tarea del poder del Estado (artículo 1.1 LF), la inviolabilidad de los derechos fundamentales (artículo 1.2 LF) y su eficacia directa (artículo 1.3 LF), el establecimiento de límites a sus modificaciones y el respeto de su contenido esencial (artículo 19.2 LF), su protección judicial (artículo 19.4 LF), el control de constitucionalidad de las leyes (artículo 93.1.2ª LF) y las dos modalidades de recurso de amparo: el recurso de amparo que toda persona puede interponer cuando se considere lesionada por el poder público en uno de sus derechos fundamentales o en uno de sus derechos contenidos en los artículos 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104, tal y como se establece en el artículo 93.1.4ª,*a*) LF y el denominado recurso de amparo municipal que pueden interponer los «municipios y mancomunidades de municipios por violación a través de una ley, del derecho de autonomía municipal establecido en el artículo 28, exceptuándose, sin embargo, aquellos casos de violación por leyes de los Länder en los que quepa recurso ante la Corte Constitucional del respectivo Land» (artículo 93.1.4ª,*b*) LF).

El fortalecimiento de los instrumentos constitucionales de protección da pie, en segundo lugar, al desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia alemanas, cuyas aportaciones han supuesto un hito en la reciente historia del Derecho constitucional<sup>449</sup>.

Entre los mayores logros de la exégesis de los derechos fundamentales hay que destacar, sin lugar a dudas, la teoría de la doble vertiente, según la cual los derechos fundamentales, además de ser derechos públicos subjetivos, son normas objetivas de principio y decisiones axiológicas con validez en todo el ordenamiento jurídico.

Los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos van a experimentar un fuerte desarrollo bajo la vigencia de la Ley Fundamental de

---

<sup>449</sup> *Vid* E. BÖCKENFÖRDE, “Teoría e interpretación...”, *op. cit.*, págs. 44 a 71.

Bonn<sup>450</sup>. Los derechos subjetivos de los ciudadanos están garantizados por la nueva Constitución y su vigencia se extiende a todas las relaciones entre los particulares y el poder del Estado en todas sus dimensiones. Pero el ejercicio de los derechos fundamentales no es ilimitado. Surge el problema de cómo establecer límites a los derechos públicos subjetivos sin vulnerarlos. En torno a esta cuestión la doctrina y jurisprudencia constitucional alemanas elaboran diversos mecanismos, como el principio de proporcionalidad, la teoría de la interacción o la teoría de los límites inmanentes, que buscan la constitucionalidad de la intervención del legislador en la regulación y desarrollo de los derechos fundamentales.

Como hemos dicho, a la vertiente subjetiva se suma el nuevo carácter objetivo de los derechos fundamentales que se predica tanto del conjunto como de cada uno de los derechos. Considerados en su totalidad, los derechos fundamentales constituyen un orden objetivo, un sistema de valores que demanda su aplicación en todo el ordenamiento e impone un parámetro de conducta en el seno de la comunidad jurídica. Considerados individualmente, cada derecho es un principio que se une al contenido subjetivo para configurar el derecho fundamental<sup>451</sup>.

---

<sup>450</sup> Véase al respecto la síntesis realizada por E. BÖCKENFÖRDE en “Sobre la situación...”, *op. cit.*, págs 101 y sigs.

<sup>451</sup> El reconocimiento del carácter objetivo de los derechos fundamentales se plasma por primera vez en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal en 1958 el conocido *caso Lüth*. Según expone E. BÖCKENFÖRDE la aparición de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales está relacionada con la búsqueda, ante el fracaso del positivismo jurídico, de un nuevo fundamento del Derecho de la República Federal y del significado de los derechos fundamentales basado en conceptos axiológicos. Sobre este argumento *cf.* E. BÖCKENFÖRDE, “Sobre la situación...”, *op. cit.*, págs 104 a 116. Véase también K. HESSE “Significado...”, *op. cit.*, págs. 91 a 94. La concepción de los derechos fundamentales como valores arranca de la teoría de la integración formulada por R. SMEND en 1928 (*Verfassung und Verfassungsrecht*). Nos remitimos aquí a la traducción hecha por José María Beneyto Pérez, *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985. El Estado como ser social, está sujeto a un continuo proceso de actualización funcional, de reproducción, de laboriosa configuración social. El Estado no es una totalidad inmóvil, sino que está sometido a un permanente proceso de integración. Para R. SMEND «el fundamento de la legitimidad [del Estado] son los valores concretos que actúan, por un lado, como factores y, por otro, como elementos básicos de la validez de un orden jurídico-político

Del reconocimiento de la vertiente objetiva se derivan una serie de consecuencias de índole jurídica<sup>452</sup>. En primer lugar, cuando se afirma que los derechos fundamentales son normas objetivas de principio, significa que todos los ámbitos del Derecho quedan conformados constitucionalmente, implicando a los tres poderes del Estado en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Este es el denominado efecto de irradiación de los derechos fundamentales. Por otro lado, como valores individuales están protegidos, no sólo frente a los poderes públicos, sino también ante posibles vulneraciones originadas por sujetos privados. En este caso se trata de la denominada eficacia frente a terceros. Por último, como normas de principio o decisiones axiológicas, poseen un contenido normativo que requiere ser desarrollado. No son derechos que persigan la abstención, sino que pretenden la actuación y protección de sus contenidos. Los derechos fundamentales constituyen, pues, mandatos de acción y deberes de protección.

Entre ambas vertientes, subjetiva y objetiva, no existe una simple yuxtaposición, sino, como indica HESSE, una relación de remisión y complemento recíprocos<sup>453</sup>.

---

determinado» (*op. cit.*, pág. 101). Los derechos fundamentales son factores constitutivos de este proceso. A través de ellos se establece un sistema de valores. Los derechos fundamentales son normas objetivas que reciben el contenido objetivo del fundamento axiológico de la comunidad estatal. Sobre la teoría axiológica de R. SMEND y su influencia en la elaboración de la teoría de la doble vertiente de los derechos fundamentales, véase J.L. CASCAJO CASTRO, “El problema de la protección de los derechos fundamentales”, en *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, pág. 275, y también E. BÖCKENFÖRDE, “Teoría e interpretación...”, *op. cit.*, págs. 57 a 60 y “Sobre la situación...”, *op. cit.*, pág. 105.

<sup>452</sup> Sobre los efectos del reconocimiento del carácter objetivo de los derechos fundamentales *cf.* E. BÖCKENFÖRDE, “Sobre la situación...”, *op. cit.*, pág. 109 a 116. Véase igualmente la aportación de K. HESSE, en “Significado...”, *op. cit.*, págs. 93 y 94.

<sup>453</sup> *Vid.* K. HESSE, “Significado...”, *op. cit.*, pág. 91. Aunque haya discrepancias en cuanto a la relación entre el aspecto subjetivo y objetivo de los derechos fundamentales — véase el epígrafe dedicado por E. BÖCKENFÖRDE al estudio de la conexión entre los dos aspectos en “Sobre la situación...”, *op. cit.*, págs. 117 a 125—, prevalece la idea de que existe una imbricación entre ambas vertientes. En el mismo sentido se pronuncia P. HÄBERLE, en *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2003 (Trad. por J. Brage Camazo), págs. 97 a 115, para quien, como tendremos ocasión de ver más adelante, la relación es de paridad y reciprocidad,



Hasta aquí por lo que se refiere, brevemente, a la teoría de la doble vertiente. Ahora bien, el interés por elaborar nuevos mecanismos de salvaguarda genera una importante corriente institucionalizadora de los derechos fundamentales. De este modo, se pretende que el carácter estable y duradero propio de las instituciones asegure la conservación del derecho fundamental frente al legislador. Para alcanzar este fin se recurre a la aplicación conjunta de la teoría de las garantías institucionales y de la teoría de la doble vertiente. Es decir, se trata de incorporar al contenido objetivo del derecho fundamental las ventajas de la garantía institucional. No obstante, un importante sector de la doctrina alemana<sup>454</sup>, partiendo de un concepto

---

<sup>454</sup> Entre quienes defienden este enfoque destacan DÜRIG, HERGOZ y SCHOLZ, cuyas opiniones han sido estudiadas entre nosotros por A. GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación, autonomía local, opinión pública)*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 63 a 79. Estos autores reconocen que el contenido de determinados derechos fundamentales, excepto los clásicos derechos de libertad, puede incluir, junto al aspecto subjetivo y al axiológico, instituciones o institutos constitucionalmente garantizados. Sin embargo, se muestran muy restrictivos con el concepto de garantía institucional ante el abuso que se ha hecho de dicha expresión. Así, DÜRIG destaca la relativa funcionalidad actual de la teoría de las garantías institucionales que surgió inicialmente para proteger el derecho subjetivo fundamental frente al positivismo legalista. El autor advierte del peligro que supone para el derecho subjetivo el proceso de institucionalización. Recuerda que la garantía institucional existe a partir del derecho subjetivo en el que se basa y que cumple una función secundaria y de servicio. HERGOZ, por su parte, no está de acuerdo con la nueva interpretación institucional de la libertad de expresión. Reconoce que la libertad de expresión tiene dos raíces: una en el principio democrático y otra en la dignidad del hombre. Considera más importante esta última, ya que la dignidad del hombre es el fundamento de la libertad de expresión y no puede institucionalizarse. La interpretación democrática del derecho fundamental a la libertad de expresión no puede sustituir la concepción esencial de este derecho como un derecho individual. La opinión pública no es una garantía institucional. Si se aplica la definición tradicional de garantía institucional —referida a instituciones o institutos con raíces históricas— ni la prensa, ni los demás medios de comunicación, ni la opinión pública son ni institutos jurídicos privados ni institutos jurídicos públicos, similares a la autonomía local o a la función pública. El efecto social de la libertad de expresión no puede ocultar que estamos ante derechos individuales. SCHOLZ centra su comentario en la libertad de arte, ciencia, investigación y enseñanza. Originariamente, se trataba de derechos subjetivos individuales de defensa. Ahora, contienen también un principio jurídico objetivo parcialmente organizado institucionalmente. Estas libertades contienen un derecho subjetivo individual de defensa, una garantía jurídico-objetiva de ámbitos autónomos vitales y materiales de arte, ciencia, investigación y enseñanza, una garantía institucional en la Universidad y en el autogobierno, una decisión axiológica objetiva fundamental a favor de la libertad, fomento y autonomía del arte y de la ciencia, y un mandato al legislador de proteger y fomentar el arte, la ciencia, la investigación y la enseñanza. Se descartan como garantías institucionales la libertad de reunión (artículo 8 de la LF) y la libertad de asociación (artículo 9 de la LF) Sin embargo, en

restringido de la garantía institucional, referido sólo a instituciones o institutos de carácter histórico, limita la relación entre ambas categorías y la excluye cuando se trata de los derechos clásicos de libertad.

STERN es considerado uno de los exponentes más representativos de esta tendencia<sup>455</sup>. Para él, la garantía institucional consiste en una protección de estabilidad y continuidad que la Constitución otorga por su valor a determinadas instituciones jurídico-públicas o institutos jurídico-privados. Se trata de situaciones de hecho, con hondas raíces históricas, ordenadas y delimitadas por complejos normativos, que están constitucionalmente protegidas frente a las intervenciones arbitrarias del poder legislativo. Ahora bien, ¿cómo distinguir entre la actividad legislativa de mero desarrollo de la institución de aquellas intervenciones que vacían su contenido hasta desvirtuarla? Para fijar los límites al legislador, STERN defiende la existencia de un «núcleo esencial» o «esfera nuclear» intangible, que está formado por los elementos imprescindibles e inherentes a la institución. Si la institución se viera privada de estos elementos, perdería su estructura y su esencia<sup>456</sup>.

Explica STERN que las garantías institucionales pueden ser independientes —como la autonomía local (artículo 28.2 LF), la función pública (artículo 33.5) o la independencia judicial<sup>457</sup>— o bien estar relacionadas

---

el comentario a la Ley Fundamental se mantiene que en el artículo 6 de la LF, referido al matrimonio y a la familia, se contiene un derecho subjetivo y un instituto jurídico; en el artículo 28 de la LF, que contempla la autonomía local, se recoge una garantía institucional. Siguiendo la tradición de la época de Weimar, se interpreta la propiedad como un derecho y como un instituto jurídico garantizado constitucionalmente.

<sup>455</sup> En este sentido, *cfr.* A. GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías institucionales...*, *op. cit.*, especialmente, págs 74 a 79 y 86 a 99, quien hace un análisis crítico de su obra *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/1, 1988, págs. 754 a 887.

<sup>456</sup> Para determinar si la intervención del legislador ha menoscabado la esfera nuclear de la institución prefiere el método cualitativo y rechaza el método histórico y el método de la sustracción por ser estrictamente cuantitativos. Así lo explica al tratar la garantía institucional de la autonomía municipal en la traducción parcial del Tomo I hecha por J. PÉREZ ROYO y P. CRUZ VILLALÓN de su libro *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 718 a 720.

<sup>457</sup> K. STERN, “El sistema de los derechos fundamentales en la RFA”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1988, pág. 265.

con un derecho fundamental. Existen determinados preceptos que, además de proclamar derechos fundamentales, incluyen también institutos o instituciones. Por ejemplo, el arte y la ciencia (artículo 5.3º LF), el matrimonio y la familia (artículo 6 LF), la propiedad y la herencia (artículo 14 LF). Pero, a pesar de admitir el vínculo entre derechos fundamentales y garantías institucionales, lo excluye cuando se trata de derechos de libertad.

La relación entre ambas categorías se articula por STERN desde la teoría de la doble vertiente de los derechos fundamentales. Son, por un lado, derechos subjetivos que garantizan un estatuto jurídico frente al Estado<sup>458</sup>. Junto a este carácter jurídico-subjetivo, poseen un contenido objetivo que los configura como valores y principios válidos en todos los órdenes del Derecho. En los supuestos en los que la garantía institucional aparece junto a un derecho fundamental, ésta pasa a formar parte de su contenido y se sitúa entre el derecho subjetivo y los aspectos jurídico-objetivos.

Las tendencias institucionalizadoras de los derechos fundamentales no se detienen aquí. Ya tuvimos ocasión de señalar, en la introducción a este capítulo, que una de las vías que se sigue para fortalecer el derecho fundamental consiste en concebirlo como una institución. Si para STERN los derechos fundamentales son, ante todo, derechos individuales y su función como principios objetivos está orientada al fortalecimiento de su validez en

---

<sup>458</sup> El aspecto jurídico subjetivo se caracteriza como «ámbito de libre conformación de la propia vida (libertades individuales), como igualdad ante la Ley (igualdad jurídica), como garantías de la participación ciudadana y de la cogestión política (participación ciudadana o política y derecho de participación). Los derechos que garantizan este estatuto son por una parte derechos reaccionales (derechos negativos) [...]. Otros constituyen derechos de pretensión y de protección (derechos positivos) [...]. Derechos prestacionales que vayan más allá de ese marco sólo encuentran cabida en la Ley Fundamental (arts. 6.4 y 5) con gran reserva, siendo objeto de discusión por parte de la doctrina [...]. No se encuentran previstas las protecciones de carácter social, económico y cultural. [...]. Una garantía de derechos fundamentales que dependa en amplia medida del legislador o del presupuesto estatal y además haya de caer necesariamente en conflicto con derechos fundamentales negativos traería consigo más inconvenientes que ventajas», *Vid.* K. STERN, “El sistema de los derechos...”, *op. cit.*, págs. 263 y 264.

cuanto derechos subjetivos<sup>459</sup>, para la teoría institucional son, substancialmente, principios objetivos de ordenación de los ámbitos vitales a que se refieren y que en cuanto tales los estructuran y conforman<sup>460</sup>. El máximo exponente de este planteamiento es Peter HÄBERLE<sup>461</sup>.

La teoría institucional y la teoría de las garantías institucionales, en su versión más reciente, tienen el propósito común de ampliar la protección del derecho fundamental mediante su institucionalización. Tanto STERN como HÄBERLE defienden la estructura dual de los derechos fundamentales. STERN incluye en el contenido de determinados derechos, excluidos los clásicos derechos de libertad, un concepto restringido de garantía institucional. HÄBERLE, para referirse a la vertiente objetiva, alude a los complejos normativos que regulan las condiciones de vida para que la libertad personal —la vertiente subjetiva— pueda desarrollarse y hacerse efectiva. No recurre a la figura de las garantías institucionales, y esto es importante subrayarlo, sino a la idea de los derechos fundamentales como instituciones<sup>462</sup>.

Es más, HÄBERLE considera que entre las diversas causas que han contribuido al desconocimiento del aspecto institucional de los derechos fundamentales<sup>463</sup> está el éxito de la teoría de SCHMITT, con quien se muestra

---

<sup>459</sup> *Ibidem* págs. 264 y 265.

<sup>460</sup> *Vid.* E. BÖCKENFÖRDE, “Teoría e interpretación...”, *op. cit.*, pág. 53.

<sup>461</sup> La teoría de P. HÄBERLE quedó plasmada en su tesis doctoral publicada en 1962 bajo el título *Die Wesensgehaltgarantie des Artikulo 19 Abs. 2 Grundgesetz*. Las referencias que haremos a continuación son de la versión española *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2003 (Trad. por J. Brage Camazo)

<sup>462</sup> *Vid.* P. HÄBERLE, *La garantía...*, cit. págs. 73 a 75.

<sup>463</sup> Para P. HÄBERLE, además de la teoría schmittiana, también han influido negativamente en la interpretación institucional de los derechos fundamentales el voluntarismo, el iusnaturalismo racionalista, el subjetivismo, el positivismo y el formalismo. *Ibidem*, págs. 87 a 96. Así mismo M. HAURIOU, en cuya teoría institucional del Derecho se inspira P. HÄBERLE, señala cómo la elaboración de la teoría institucional ha sido lenta y ha tenido que superar los obstáculos puestos por el contractualismo social y por la polémica entre el objetivismo y el subjetivismo. Explica el maestro francés que para el contractualismo social las instituciones están viciadas, porque se han formado mediante la fuerza, siendo necesario reformarlas mediante el contrato social como instrumento de un consentimiento libre. En cuanto a la polémica entre subjetivismo y objetivismo, explica M. HAURIOU que

muy crítico, en especial con su noción de libertad y con el papel que atribuye al legislador.

Según HÄBERLE, el concepto absoluto e ilimitado de libertad que maneja SCHMITT es incompatible con la valoración institucional de los derechos fundamentales. Una libertad como la schmittiana, que precede al Estado, que está más allá del Derecho y que depende sólo de la voluntad del individuo, es contraria a la interpretación institucional. Para HÄBERLE, el aspecto institucional de la libertad se basa *en* el Derecho. A través del Derecho —o, según sus propios términos, a través de *complejos normativos*—la libertad se constituye y adquiere forma. El aspecto institucional de la libertad halla su *modo de ser presente* gracias a la existencia de complejos normativos. El significado institucional se alcanza cuando las condiciones de vida forman parte de los derechos fundamentales y se acepta la relación entre libertad y sociedad, entre Derecho y realidad. Este nexo permite la visión institucional de los derechos fundamentales. La libertad liberal y subjetiva de SCHMITT, sometida sólo a la voluntad, no genera estabilidad. Sin embargo, el aspecto institucional de los derechos fundamentales, además de estabilidad, procura a todo el orden social y al individuo la indispensable libertad. Esta concepción se aplica a todos los derechos fundamentales, en especial a los de libertad. Y esto es posible porque se parte de la declaración de la libertad como institución<sup>464</sup>.

---

frente a la corriente subjetivista, que pretende hacer de las personas jurídicas (personas individuales, morales, corporativas y Estado) y de sus voluntades subjetivas el soporte de todas las situaciones jurídicas estables y también de las reglas de Derecho, reacciona el objetivismo alegando la regla del Derecho objetivo como base de toda existencia jurídica. Pero la corriente objetiva no se limitó a hacer del Derecho objetivo un elemento de continuidad y de permanencia de la institución, sino que pretendió que la norma objetiva fuera el agente de su creación. Superado este enfrentamiento, la teoría institucional sucede a las teorías subjetivistas y objetivistas. M. HAURIOU afirma que los elementos subjetivos son la fuerza creadora y la acción; los elementos objetivos, la regla de Derecho, el medio social, el orden público, son elementos de reacción, de permanencia y de continuidad. *Cfr.* M. HAURIOU, “La teoría de la institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social)”, en *Obra Escogida*, págs. 258 a 296, Instituto de Estudios Administrativo, Madrid, 1946, (Trad. por J.A. Santamaría Pastor y S. Muñoz Machado de “La théorie de l’institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”, en *Cahiers de la Nouvelle Journée*, núm. 4, 1925)

<sup>464</sup> P. HÄBERLE, *La garantía...*, *op. cit.*, págs. 93 a 96.

En cuanto al papel que desempeña el legislador con relación a los derechos fundamentales, frente a la perspectiva liberal de SCHMITT, para quien la realización efectiva de los mismos depende exclusivamente del individuo, HÄBERLE defiende su intervención en el desarrollo y delimitación de los derechos, tanto en su aspecto institucional como en su aspecto personal de derecho individual. Sin el legislador, los derechos fundamentales no se podrían realizar en la esfera social. El significado institucional de los derechos fundamentales autoriza al legislador a establecer límites a la libertad. Pero, al mismo tiempo, los derechos fundamentales como instituciones actúan de límite frente a la actividad legislativa. Es decir, los límites al legislador son immanentes a la propia libertad<sup>465</sup>.

---

<sup>465</sup> *Ibidem*, págs. 115 a 123, sobre la esencia y función de la legislación con relación al aspecto institucional e individual de los derechos fundamentales P. HÄBERLE argumenta lo siguiente. El Derecho no debe estar aislado del hecho. Entre los aspectos normativo y fáctico existe un nexo de coordinación. El significado institucional de los derechos fundamentales estaría en peligro cuando la mayoría de los titulares a quienes la Constitución ha reconocido un derecho no estuviera en grado de hacerlo efectivo, debido a la ausencia de condiciones de hecho favorables. Si así sucediera, se cuestionaría la subsistencia de los derechos fundamentales como instituciones. De ahí que sea necesaria la intervención del legislador para establecer límites con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales como institutos. P. HÄBERLE pone como ejemplo las leyes contra el abuso de la posición dominante, cuyo objetivo es limitar la capacidad contractual de quienes ocupan una situación privilegiada para proteger la libertad contractual como institución impidiendo la creación de monopolios. También correrían peligro los derechos fundamentales en aquellos casos en los que hubiese un uso abusivo de la libertad por parte de una mayoría de individuos. Una libertad de la que se abusa en la realidad social no puede generar estabilidad. Desde una perspectiva institucional, la libertad de la que se abusa no es libertad *en* el Derecho. Así pues, los límites al abuso de la libertad no sólo están permitidos, sino impuestos tanto por el aspecto institucional como por el individual de los derechos fundamentales. La cláusula del Estado social se relaciona con el significado institucional de la libertad. Mediante la garantía del Estado social se mejora el destino material de los individuos que han de poder ejercitar de manera efectiva los derechos de libertad. Esta cláusula limita la libertad con el objeto de garantizar el significado institucional de la libertad. El carácter institucional de los derechos fundamentales autoriza al legislador para conformar y limitar la libertad. Pero, al mismo tiempo esa dimensión institucional sirve de límite a la acción del legislador. Éste, en su labor de configuración y desarrollo de los derechos fundamentales no puede vulnerarlos “en cuanto institutos” [el entrecomillado es del propio autor]. Por ejemplo, las expropiaciones o nacionalizaciones no pueden llegar al extremo de amenazar la propiedad como institución. Los derechos fundamentales como instituciones poseen unos elementos sustanciales y generales que se imponen al legislador: los derechos fundamentales son institutos, en primer lugar, cuando los pueden ejercer un gran número de personas (el paso de la cualidad a la cantidad); cuando pueden ser efectivamente reivindicados por sus titulares (la transformación del hecho en norma), cuando producen un comportamiento individual constante, cuando se

Expuesta la crítica a SCHMITT, nos detenemos, finalmente, en la explicación que HÄBERLE desarrolla en torno a la esencia y a la relación entre las dos vertientes de los derechos fundamentales.

Como ya se ha dicho, para el jurista alemán, los derechos fundamentales poseen una impronta personal y otra objetivo-institucional. Desde el punto de vista del titular, son derechos públicos subjetivos; desde el punto de vista institucional, son condiciones de vida organizadas por complejos normativos. La relación entre ambas vertientes es de paridad y de reciprocidad. Se refuerzan entre sí. Ni el perfil institucional está al servicio del derecho subjetivo, ni la institucionalización de los derechos fundamentales supone un debilitamiento del aspecto subjetivo. La efectividad de los derechos fundamentales, como derechos subjetivos, dependen de la existencia de una serie de condiciones. Estas condiciones objetivas se alcanzan a través de normas jurídicas que regulan los diversos ámbitos vitales. En ocasiones, esos complejos normativos son anteriores a la Constitución y ésta los incorpora. A través de las normas jurídicas, que penetran en todo el ordenamiento, la idea de los derechos fundamentales se formaliza en la realidad social, se convierten en algo institucional y objetivo. La libertad individual, que no es una libertad arbitraria, necesita para su ejercicio que se den las condiciones de vida institucionalmente garantizadas, y, por tanto, el aspecto institucional y los complejos normativos que lo enriquecen. A su vez, la naturaleza institucional de los derechos fundamentales depende de la dimensión personal, ya que los ordenamientos objetivos están supeditados a la actividad creativa individual<sup>466</sup>.

Para explicar la importancia que tiene la acción del titular del derecho sobre el aspecto institucional del mismo, HÄBERLE recurre a la teoría de la institución formulada por HAURIOU.

---

concretizan mediante complejos normativos que los conforman y delimitan y , por último, cuando están presentes en la realidad de manera duradera.

<sup>466</sup> *Ibidem*, págs. 97 a 115 sigs.

Recordemos que para HAURIUO<sup>467</sup> las instituciones representan la categoría de la permanencia, de la continuidad, de lo real. La institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y permanece jurídicamente en un medio social. Para la realización de esta idea, se establece un poder que actúa a través de unos órganos. Entre los miembros del grupo social se producen manifestaciones de adhesión a la realización de la idea, dirigidas por los órganos del poder y reguladas mediante procedimientos. Así pues, según HAURIUO los elementos de toda institución son tres: la idea de la obra a realizar, el poder organizado puesto al servicio de esta idea y, por último, las manifestaciones de adhesión que se producen en el grupo social respecto a la idea y a su desarrollo. Estos tres elementos son comunes tanto a las *institutions-personnes* como a las *institutions-choses*, entre las que se incluirían los derechos fundamentales. La diferencia entre ambos tipos estriba en que en el caso de las *institutions-choses* el poder organizado y las manifestaciones de adhesión no se encuentran dentro de la idea de obra sino fuera, en cuanto que existen y viven en el medio social. En las *institutions-personnes*, por el contrario, se produce un fenómeno de incorporación de estos elementos que conduce a la personificación de la institución.

Con relación a cada uno de los elementos que integran la institución HAURIUO hace las siguientes observaciones. Todo cuerpo constituido lo es para la realización de una obra. Pero no se debe confundir la idea directriz con la noción de fin o con la de función. La idea de Estado es distinta a la del fin del Estado y a la de función del Estado. El fin puede ser exterior a la institución, mientras que la idea es interior a ella. En la idea existe un plan de acción y de organización que supera la noción de fin. La función es la parte ya realizada o determinada de la empresa. Sin embargo, en la idea directriz queda una parte virtual y determinada que va más allá de esa función. La idea directriz se identifica más bien con la noción de objeto. La institución tiene

---

<sup>467</sup> *Vid.* “La teoría de la institución...”, *op. cit.*, págs. 266 a 296.



por objeto realizar la idea. Es la idea de la institución la que propagándose en las memorias de un número indeterminado de individuos va a vivir en el subconsciente de una vida objetiva. La idea se va a crear adhesiones en el grupo de personas interesadas en su realización. El grupo de interesados junto con los órganos de gobierno son los sostenedores de la idea de empresa.

El segundo elemento de la institución es la existencia de un “poder organizado” para la realización de la idea de una institución. Es la organización de la institución que responde a los principios de separación de poderes y al régimen representativo. El poder organizado, la voluntad dirigente, está subordinada a la idea de la obra a realizar.

El tercer elemento es la manifestación de “adhesión de los miembros del grupo y de los órganos de gobierno” a la idea de la obra a realizar y a los medios a utilizar. Mediante este fenómeno de comunión, la idea directriz de la obra pasa momentáneamente al estado subjetivo. Tanto en la fundación como en el funcionamiento de la institución existe una adhesión o una unión de voluntades a la institución. En cuanto a su fisiología, las instituciones tienen un ciclo jurídico vital: nacen mediante operaciones fundacionales que les proporcionan su fundamento jurídico; viven una vida objetiva y subjetiva, mediante operaciones de gobierno y administración sometidas a procedimientos y mueren mediante operaciones jurídicas de disolución o de abrogación.

Pues bien, HÄBERLE, a partir de las enseñanzas del maestro francés, afirma que los derechos fundamentales son *institutions-choses*. Toda institución se basa en la existencia de una idea directriz. Cuando la idea toma forma y penetra en el medio social se institucionaliza. Lo mismo le ocurre al derecho fundamental, que se convierte en una institución mediante su inserción en la sociedad. La introducción de los derechos fundamentales en el medio social, explica HÄBERLE, no es obra sólo de las normas (Constitución, leyes o complejos normativos), sino también de la labor individualizada de sus titulares. Mediante el ejercicio del derecho, los titulares se adhieren a su idea, la

transfieren y actualizan en las correspondientes esferas de vida. Así, los derechos fundamentales se convierten en *choses sociales objectives*<sup>468</sup>. Los derechos se transforman en algo instituido y estable cuando se ejercen en el medio social por una pluralidad indeterminada de individuos. De ahí que a la Constitución le interese la libertad de la pluralidad<sup>469</sup>.

HÄBERLE insiste en el carácter dinámico y elástico de los derechos fundamentales y en su capacidad de evolución y adaptación. No son sólo algo organizado e institucionalizado, sino que mediante el ejercicio individual se convierten en realidad vital. En este proceso dinámico, el aspecto institucional y social de los derechos recibe una impronta subjetiva a través de la actuación de sus titulares. El carácter institucional convierte a los derechos fundamentales en factores de estabilidad para la libertad, el Estado y la Constitución. Pero no son sólo condiciones de hecho. El ejercicio individual por parte de muchos sujetos hace del derecho fundamental un proceso y no sólo una condición<sup>470</sup>.

Como evidencia ALEXY son muchas las condiciones que tienen que concurrir, según la teoría institucional de HÄBERLE, para que los derechos fundamentales sean institutos<sup>471</sup>. De todas estas condiciones, ALEXY destaca

---

<sup>468</sup> P. HÄBERLE, *La garantía...*, *op. cit.*, pág. 107.

<sup>469</sup> *Ibidem*, pág. 108. Así, por ejemplo, la libertad contractual es una institución cuando una pluralidad indeterminada de sujetos celebran contratos; el matrimonio y la familia son instituciones cuando un gran número de matrimonios y familias se constituyen efectivamente; la libertad de opinión es una institución cuando existe una pluralidad de sujetos que manifiestan su pensamiento. Con esta actuación en el medio social los derechos se convierten en algo instituido y estable.

<sup>470</sup> *Ibidem*, pág. 109 y sigs. y las referencias allí hechas a M. HAURIUO.

<sup>471</sup> *Vid.* R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 544 a 546. Sobre las consecuencias jurídicas de la teoría institucional de P. HÄBERLE véase también E. BÖCKENFÖRDE, "Teoría e interpretación...", *op. cit.*, págs. 54 a 55. en primer lugar, se amplía el margen de intervención del legislador en la configuración de los derechos fundamentales. La Ley no limita el derecho fundamental, sino que favorece la realización de esa libertad. De este modo se pueden distinguir las leyes que conforman y determinan los derechos fundamentales, de las leyes que los limitan. En segundo lugar, la libertad bajo el enfoque institucional cumple una determinada función: la realización del contenido objetivo-institucional de los derechos fundamentales. La libertad

dos. Para que un derecho fundamental sea un instituto ha de ser invocado efectiva y permanentemente por el mayor número de personas posible. Esta condición hace referencia a los rasgos del Estado social y democrático. En segundo lugar, los derechos fundamentales han de tener un efecto estabilizador. Ambas condiciones pueden ser interpretadas como fines supraindividuales hacia los que está orientada la interpretación de los derechos fundamentales.

Para concluir este apartado, nos parece muy oportuna la reflexión que hace BÖCKENFÖRDE a propósito de las distintas teorías de los derechos fundamentales, incluida la teoría institucional<sup>472</sup>. Todas ellas se vienen utilizando alternativamente, según expone BÖCKENFÖRDE, como puntos de vista para la resolución de problemas con el fin de alcanzar, en el caso concreto, un resultado “óptimo” de acuerdo a la correspondiente precomprensión que se tiene del mismo. El autor alemán es muy crítico con esta postura, ya que cada teoría de los derechos fundamentales encierra en sí misma una determinada concepción del Estado y de las ideas básicas sobre la relación de dependencia del individuo con la comunidad estatal, siendo la Constitución el marco jurídico fundamental de esas relaciones. Subraya BÖCKENFÖRDE que el uso opcional de las distintas teorías implica negar que la propia Constitución incorpore una determinada idea de la relación individuo-comunidad estatal, en detrimento de su condición de norma jurídica. BÖCKENFÖRDE defiende que las Constituciones sí contienen una teoría propia sobre los derechos fundamentales. De no ser así, la Constitución se reduciría a

---

está, en este sentido, orientada en pro del interés general. Por último, considerar los derechos fundamentales como condiciones de vida organizadas por complejos normativos produce dos tendencias. Primeramente, el enfoque institucional protege el *status quo* alcanzado mediante las regulaciones objetivas. Esto supone, en palabras de BÖCKENFÖRDE, el paso de la libertad al privilegio, pasando por la interpretación institucional de la libertad. En segundo lugar, la institucionalización de los derechos conlleva su delimitación, ya que éstos se circunscriben en ordenamientos-marco. Según BÖCKENFÖRDE este es el camino desde la libertad al deber, pasando por la libertad institucional.

<sup>472</sup> Cfr. E. W. BÖCKENFÖRDE En “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, págs. 66 y sigs.

una estructura formal que por la vía de la interpretación admitiría ideas muy heterogéneas sobre el ordenamiento jurídico<sup>473</sup>.

## 2. LA RECEPCIÓN EN ESPAÑA DE LA TEORÍA DE LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

Con motivo del cincuentenario de la Ley Fundamental de Bonn, STERN pronunció una conferencia sobre la influencia de la Norma alemana en las constituciones extranjeras, afirmando lo siguiente:

«La Ley Fundamental alemana posee la capacidad desde 1949, tras las dolorosas experiencias con un régimen totalitario, de cumplir ampliamente con las altas expectativas de respeto y protección efectiva de los derechos fundamentales, especialmente a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, que ha marcado de forma continuada la evolución tanto de la dogmática de los derechos fundamentales como la realización práctica de estos derechos cardinales en la República Federal de Alemania. Por eso no sorprende cuando Estados con un pasado especialmente marcado por la persecución política y las violaciones masivas de derechos humanos, con ocasión de la superación de esta etapa, han tributado especial atención a la Ley Fundamental alemana en materia de derechos fundamentales.»<sup>474</sup>

---

<sup>473</sup> BÖCKENFÖRDE, explica que la teoría de los derechos fundamentales que recoja cada Constitución puede bien ser una de las ya existentes, bien una combinación de todas o parte de ellas, o bien una completamente novedosa. Así mismo, se detiene, brevemente, en exponer cuál es la teoría que sobre los derechos fundamentales encierra la Ley Fundamental. Para empezar, se recurre a los clásicos derechos de libertad y al principio de libertad del Estado de Derecho liberal. Los derechos se proclaman como derechos preestatales; el objetivo de la acción del Estado es su tutela; son de aplicación directa; vinculan, especialmente, al legislador cuya actuación se somete al control judicial; los derechos de la Ley Fundamental se limitan de manera restringida. Pero, además de estos presupuestos, en la Ley Fundamental de Bonn se ha incorporado la cláusula social, como principio vinculante y coordinado con el Estado de Derecho. El Estado ha de procurar que se den los presupuestos sociales necesarios de la libertad de los derechos fundamentales. Esto supone una mayor intervención del Estado, que ve incrementadas sus competencias. En cuanto al principio democrático, éste viene a complementar el Estado de Derecho. Se constituye como un límite inmanente de la actuación y expansión de la libertad del derecho fundamental. *Ibidem*, pág. 69 y sigs,

<sup>474</sup> *Vid.* K. STERN, “La influencia de la Ley Fundamental de Bonn sobre las constituciones extranjeras”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 25, 1998, págs. 7 a 29.

Pero, lo realmente importante ha sido, como señala el autor que ahora citamos, la adopción global y continuada de las doctrinas elaboradas por la ciencia del Derecho público y por el Tribunal Constitucional Federal. En este sentido se puede hablar de «la historia de un éxito»<sup>475</sup>.

Entre las varias construcciones dogmáticas importadas de Alemania por el Derecho constitucional español, se encuentran la teoría de la doble vertiente de los derechos fundamentales y la teoría de las garantías institucionales. La primera ha sido recibida con gran entusiasmo y forma ya parte indiscutible de nuestro patrimonio jurídico. La segunda, por el contrario, ha tenido un tratamiento desigual, no exento de polémica.

Por lo que se refiere a la teoría de la doble vertiente de los derechos fundamentales, ésta ha quedado reflejada en el propio texto constitucional. En efecto, la Constitución española de 1978, en su artículo 1.1, propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad y la igualdad y declara, en su artículo 10.1, como fundamento del orden político y de la paz social, la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes. Así mismo, nuestra Norma Fundamental recoge los efectos derivados del reconocimiento de la vertiente objetiva de los derechos fundamentales: el efecto de irradiación (artículo 1.1 y 10.1 CE), su eficacia directa frente a los poderes públicos y los ciudadanos (artículo 9.1 CE) y su configuración como mandatos de actuación y protección (artículo 9.2 CE).

Como explica PÉREZ LUÑO, los derechos fundamentales en la normativa constitucional se presentan como un conjunto de valores objetivos básicos y, al mismo tiempo, como el marco de protección de las situaciones subjetivas, desempeñando una doble función<sup>476</sup>. En el plano subjetivo, son garantías de la libertad individual y de aquellos aspectos que contribuyan al

---

<sup>475</sup> *Ibidem*, pág. 12.

<sup>476</sup> *Vid.* A. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 20 y sigs,

pleno desarrollo de la subjetividad humana. En el plano objetivo, aseguran la consecución de los fines y los valores constitucionalmente proclamados.

Para el profesor PÉREZ LUÑO el significado axiológico de los derechos fundamentales es el fruto de un acuerdo entre las distintas fuerzas sociales. En este sentido, los derechos fundamentales constituyen el conjunto de valores esenciales de cada sociedad. Sistematizan el contenido axiológico-objetivo del ordenamiento democrático y garantizan un proceso político libre y abierto. Además de ser límites al ejercicio del poder, son fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos. El aspecto objetivo se suma a la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales en la que se establece el estatuto jurídico de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado y con otros individuos. Así mismo, el contenido subjetivo de los derechos fundamentales va a experimentar un importante desarrollo: además de extender su ámbito de eficacia frente a terceros particulares, su contenido material se amplía. En este sentido PÉREZ LUÑO afirma lo siguiente: en la medida en que se toma conciencia de que el disfrute de los derechos y libertades exige una serie de condiciones materiales, surge el *status positivus socialis* que incluye los denominados derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos garantizan el pleno desarrollo de la subjetividad humana y, por tanto, pasan a integrar la categoría de los derechos fundamentales.

También la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha hecho suya la teoría de la doble vertiente al afirmar que los derechos fundamentales constituyen la base misma del orden político-jurídico del Estado en su conjunto:

«Ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en el sentido estricto, sino en cuanto garantizan un «status» jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el

Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 11). Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el artículo 10.1 de la Constitución, a tenor del cual «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social» (STC 25/1981, de 14 de julio, F.J. 5º).

Este planteamiento ha sido mantenido hasta la fecha tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional española. La teoría de la doble vertiente se ha consolidado en nuestro sistema constitucional.

Menos pacífica y consensuada ha resultado la introducción en España de la teoría de las garantías institucionales. Porque, como recuerda algún autor, y a diferencia de lo que ocurre con la teoría de los derechos fundamentales, aquélla es fruto de la interpretación y no aparece expresamente recogida en la Constitución de 1978<sup>477</sup>. Esta afirmación, como veremos más adelante, tiene que ser necesariamente matizada, porque, si bien la teoría, tal y como fue formulada en sus orígenes, no aparece en el texto de 1978, la Constitución sí reconoce y otorga una especial protección a determinadas instituciones que son elementos claves del Estado social y democrático de Derecho, entre ellas el sistema público de salud.

---

<sup>477</sup> Como señala L. PAREJO ALFONSO, en *Garantías institucionales y autonomías locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, pág. 31, la Constitución no emplea esta expresión, ni tampoco ofrece criterios a partir de los cuales se pueda deducir la existencia de una garantía institucional. Esta construcción es, por tanto, el resultado de la labor interpretativa. No opina lo mismo J. APARICIO TOVAR, en *La Seguridad Social y la protección de la salud, op. cit.*, págs. 68 y 69, para quien el concepto de institución se basa en la existencia de una idea objetiva a la que se adhieren las voluntades de los diversos sujetos particulares. La idea objetiva no surge de la interpretación de la Constitución, sino que preexiste a la Constitución misma. La extensión de la protección la establecerá la determinación histórica de la institución y los términos en los que se reconozca. Pero, la protección constitucional recae sobre la idea objetiva en la medida en se la haya dotado de poder y actúe a través de órganos, en el caso de que se trate de una institución corporativa. Es necesario, por tanto, que se haya producido un fenómeno de fundación, porque una idea objetiva puede estar libre en un medio social, sin que se haya incorporado a institución alguna.

Los primeros pronunciamientos en los que el Tribunal Constitucional utiliza esta figura resultan muy ilustrativos, ya que son un claro exponente de la polémica en torno a la relación entre las garantías institucionales y los derechos fundamentales. En efecto, como veremos a continuación, el Tribunal Constitucional en ciertos supuestos identifica garantías institucionales y derechos fundamentales. En otros casos, nuestro Alto Tribunal recurre a la figura alemana para referirse a la especial protección que otorga la Constitución a determinadas instituciones independientes, sin conexión con los derechos fundamentales. En ocasiones se distinguen ambas categorías y se hace prevalecer el carácter de garantía institucional de determinados derechos en detrimento de su protección.

La expresión «garantía institucional» se utiliza por primera vez en un voto particular emitido por TOMÁS Y VALIENTE, en la Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, sobre la libertad de cátedra y el derecho a crear centros docentes. El Magistrado se pronuncia en los siguientes términos:

«Ya en algunos de los textos citados [se refiere al artículo 48 de la Constitución de la II República y a otras disposiciones normativas] se apunta la doble vertiente de la libertad de cátedra, esto es, *su aspecto de libertad personal y su faceta de garantía institucional*.

Como «expresión fundamentalmente personal de libertad» significa que el profesor puede expresar sin trabas su pensamiento en el centro escolar en cuanto esté cumpliendo desde la cátedra, entendida en sentido amplio como cualquier puesto docente, su actividad didáctica, o, eventualmente, a través del presupuesto de la docencia que es la investigación. La libertad de cátedra es en este sentido libertad individual ejercida en o desde la cátedra. [...].

Pero además, y aún antes, según algunos autores, la libertad de cátedra es una garantía institucional en el sentido que dio a este concepto Carl Schmitt, es decir, un derecho marcadamente público, cuyo contenido está orientado de modo directo en beneficio de la sociedad y, en este caso, en defensa concretamente de la libertad de la ciencia. Con ella el Estado, en cuanto «Estado de cultura», trata de garantizar el libre cultivo de la ciencia y su libre transmisión por vía docente en todos los grados e instituciones del sistema educativo, aun cuando en atención a unos y otros hayan de tenerse en cuenta distintas matizaciones y condicionamientos. Es este aspecto institucional de la libertad de cátedra el que la configura no sólo como un derecho individual de libertad esgrimida frente a los poderes públicos, sino como un bien jurídico cuya protección será exigible a



los poderes públicos aun cuando la enseñanza se ejerza en centros privados.»<sup>478</sup>

Esta exposición ha sido objeto de la crítica de PAREJO ALFONSO, quien considera que se hace un uso incorrecto e impreciso de la garantía institucional<sup>479</sup>. Según TOMÁS Y VALIENTE, para SCHMITT la garantía institucional es «un derecho marcadamente público», cuyo contenido está orientado de modo directo en beneficio de la sociedad. Como ya vimos al inicio de este Capítulo, y tal como nos recuerda PAREJO ALFONSO, la garantía institucional, en la concepción schmittiana, consiste en la protección que la Constitución otorga a determinadas instituciones o institutos. Pero en ningún momento el autor alemán defiende que la garantía institucional sea un derecho público subjetivo dotado de una función o contenido social, como así parece entender TOMÁS Y VALIENTE. Precisa PAREJO ALFONSO que puede ocurrir que exista un titular de una institución al que se le reconozca la titularidad de un derecho subjetivo. De esta afirmación, sin embargo, no se puede extraer la consecuencia de que la garantía institucional sea en sí misma un derecho público subjetivo.

Si el uso de la garantía institucional con relación a los derechos fundamentales da pie a interpretaciones como la que acabamos de ver, es en el ámbito de las instituciones independientes donde la aplicación de esta construcción no parece generar grandes controversias.

Éste es el caso de la Sentencia 32/1981, de 28 de junio<sup>480</sup>. En esta ocasión el Tribunal Constitucional aplica la protección de la garantía institucional al ámbito de la autonomía local. En su exégesis hace una esmerada síntesis de la doctrina germana más clásica, recogiendo con precisión

---

<sup>478</sup> Las cursivas son nuestras.

<sup>479</sup> *Vid.* L. PAREJO ALFONSO, *Garantías institucionales...*, *op. cit.*, págs. 120 a 124.

<sup>480</sup> Esta Sentencia resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley de Cataluña 6/1980, de 17 de diciembre, de Transferencia urgente y plena de las Diputaciones catalanas a la Generalitat.

cada uno de los elementos esenciales que conforman la garantía institucional. Por lo expresivo y condensado que resulta, nos permitimos reproducir el siguiente párrafo:

«El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de estas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace.» (STC 32/1981, de 28 de junio, F.J. 3º)

Por lo tanto, parece tener razón GALLEGO ANABITARTE cuando afirma que es en el ámbito organizativo donde mejor se aplica la teoría de las garantías institucionales<sup>481</sup>. Y esta Sentencia es un claro ejemplo.

Si estas dos Sentencias —la STC 5/1981 y la STC 32/1981— constituyen la primera aportación del Tribunal Constitucional a la recepción de la teoría de las garantías institucionales, en el ámbito doctrinal hay que destacar la labor de PAREJO ALFONSO, a quien corresponde el mérito de haber

---

<sup>481</sup> Cfr. A. GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales ...*, *op. cit.*, págs. 83 a 85.

incorporado esta figura al debate a través de un estudio dedicado, precisamente, a la autonomía local y al análisis teórico de la figura<sup>482</sup>.

PAREJO ALFONSO es muy consciente de la vaguedad y de la abstracción que caracterizan los planteamientos teóricos sobre las garantías institucionales, cuya efectividad depende de la intervención del Tribunal Constitucional, a quien corresponde hacerlos operativos en cada caso concreto. A partir de esta observación, y tras un detallado estudio de esta compleja figura, sobre el que nos detendremos más adelante, el autor analiza en la segunda parte de su trabajo la garantía institucional como técnica protectora aplicada a la autonomía local. Y para ello se centra en explicar cómo el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 2 de febrero de 1981, construye la autonomía local sobre la base técnica de la garantía institucional, aunque no se diga expresamente<sup>483</sup>.

Utiliza este autor un concepto de garantía institucional limitado a las instituciones, sin hacer referencia a los derechos fundamentales. Según PAREJO ALFONSO, la autonomía local no se concibe como un derecho de las colectividades o de grupos sociales. La Constitución no construye la autonomía local sobre la técnica de los derechos públicos subjetivos. Por el contrario, queda amparada bajo la figura de la garantía institucional, que tiene por objeto y protege exclusivamente la institución como tal, limitándose a asegurar su presencia en el ordenamiento<sup>484</sup>.

---

<sup>482</sup> Vid. L. PAREJO ALFONSO, *Garantías institucionales...*, *op. cit.*, Del mismo autor pueden consultarse *Constitución, Municipio y Garantía Institucional*. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección peruana), Editorial jurídica Grijley, Lima, 2000, y el capítulo dedicado a “La autonomía local en la Constitución española”, publicado en S. MUÑOZ MACHADO (Dir.) *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I, 2ª edición. Editorial Civitas, Madrid 2003, págs. 25 a 155.

<sup>483</sup> A este respecto es importante señalar que en el momento en que se publica la monografía de L. PAREJO ALFONSO, el Tribunal Constitucional español todavía no había emitido la Sentencia 32/1981, de 28 de junio, donde se asienta, como apenas hemos señalado, la doctrina de la autonomía local como garantía institucional.

<sup>484</sup> La autonomía local está subjetivada por mandato constitucional en los Ayuntamientos, Diputaciones, Cabildos y Consejos. El autogobierno se hace efectivo a

Advierte PAREJO ALFONSO que esta protección no significa la petrificación de la institución. De la garantía institucional no se puede derivar la prohibición de cualquier alteración del statu quo organizativo de la Administración local. El legislador puede intervenir en su regulación, con el único límite del respeto del contenido esencial<sup>485</sup>.

¿Cómo se articula la protección de las garantías institucionales según el planteamiento de PAREJO ALFONSO?

En primer lugar, recuerda el autor que el *objeto* sobre el que recae la protección es una formación social, jurídicamente organizada, que cumple una función ordenadora en la construcción del Estado y de la sociedad<sup>486</sup>. Cuando

---

través de estos entes. *Vid.* L. PAREJO ALFONSO, *Garantías institucionales...*, *op. cit.*, págs. 148 y 149. El autor, cuando escribía su monografía se preguntaba si las entidades titulares de la garantía del autogobierno contaban con una acción que les permitiera reaccionar en vía judicial frente a las intromisiones legislativas en su autonomía. La respuesta en 1981 era negativa. Hoy, sin embargo, hay que recordar que la Ley Orgánica 7/1999 de 21 de abril, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, BOE de 22 de abril de 1999, añadió un nuevo Capítulo al Título IV: “De los conflictos en defensa de la autonomía local” que permite que puedan ser objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional, por parte de los Entes locales, aquellas leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas que pudieran no resultar respetuosas de dicha autonomía. Para plantear el conflicto en defensa de la autonomía local están legitimados, de un lado, los municipios o provincias que sean únicos destinatarios de la correspondiente ley y, de otro, un séptimo del número de municipios del ámbito territorial a que afecte aquélla, siempre que representen al menos un sexto de la población oficial del ámbito territorial afectado, o la mitad de las provincias en el mismo ámbito, siempre que representen, a su vez, la mitad de la población oficial del ámbito territorial afectado.

<sup>485</sup> Explica detenidamente PAREJO ALFONSO, *ibidem*, *passim*, cómo el contenido nuclear de la autonomía local indisponible para el legislador lo integran elementos de carácter formal y elementos de carácter sustantivo. Entre los elementos de carácter formal están, primero, la existencia misma de la institución, es decir, la organización territorial del Estado sobre la base de los dos escalones últimos, Municipios y Provincias; en segundo lugar, la institucionalización de éstos a través de Administraciones corporativas de carácter representativo y, en tercer lugar, la atribución a estas Administraciones de la gestión de sus respectivos intereses. Estos elementos formales se completan con el contenido sustantivo de la garantía de la autonomía local: la autonomía y la gestión de los intereses imputables a cada entidad autónoma. De este modo queda conformado el núcleo resistente indisponible por el legislador ordinario.

<sup>486</sup> L. PAREJO ALFONSO, *Garantías institucionales...*, *op. cit.*, págs. 34 a 36. Subraya que la institución, además de tener un contenido social, es una formación de carácter técnico-jurídico. Esto es así porque, si se defiende que la Constitución es el orden jurídico básico, el contenido de sus disposiciones ha de ser también jurídico. Las instituciones, así entendidas,

la Constitución incluye en su articulado una institución significa, desde una perspectiva sustancial, el reconocimiento de unos elementos jurídicos y sociales que la caracterizan y que le son inmanentes; desde una perspectiva formal, la constitucionalización de determinadas instituciones supone que se les está otorgando una tutela reforzada. En efecto, los preceptos constitucionales que las consagran, además de gozar de la hegemonía propia de toda norma constitucional, poseen una defensa reforzada, añadida por voluntad del constituyente y basada en la función ordenadora que se les atribuye dentro del sistema diseñado por la propia Constitución<sup>487</sup>.

Para establecer en qué consiste el efecto protector, PAREJO ALFONSO, analiza, en primer lugar, los *sujetos* a quienes se les puede exigir que respeten la institución. Se trata de la denominada *dirección de la garantía institucional*. Esta garantía despliega sus efectos frente al legislador ordinario y, por extensión, frente al Estado en la totalidad de sus funciones. Así mismo, la eficacia de la garantía institucional es también oponible frente a terceros, ya que si las instituciones son piezas básicas en la configuración del ordenamiento estatal, entonces es necesario que extiendan su eficacia en todos los ámbitos del

---

son magnitudes instrumentales de la Ley constitucional para dotar al ordenamiento estatal de una determinada estructura.

Añade el autor que la institución sólo entra en juego y despliega su eficacia como elemento constructivo del orden estatal en la fase de desarrollo infraconstitucional. En este sentido, las normas que contienen garantías institucionales son diversas a los preceptos organizadores del orden constitucional básico (el Gobierno, el Parlamento, el territorio). La institución, por su operatividad diferida, tampoco coincide con el reconocimiento de libertades públicas, que otorgan una posición activa y cuya efectividad es inmediata. Al máximo, la institución puede constituir el cúmulo de presupuestos jurídico-organizativos indispensables para la efectividad de la libertad pública. La institución es un factor objetivo con eficacia ordenadora. Las garantías institucionales no se pueden confundir ni con las normas constitucionales básicas que expresan valores, ya que éstas se agotan en la “fijación” de contenidos sustantivos (valores), careciendo del efecto “organizativo” del orden constitucional propio de las instituciones, ni con los fines constitucionalmente asignados al Estado que, aunque persigan una determinada estructuración del orden constituido y del ordenamiento estatal, cuentan con una protección menor, ya que la protección de las garantías institucionales se encuentra más cerca de la de los derechos fundamentales que de la otorgada a los fines estatales.

<sup>487</sup> *Ibidem*, pág. 32.

Derecho<sup>488</sup>. No comparte esta opinión SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, para quien «hay que excluirse una eficacia frente a terceros de la garantía institucional, pues, obviamente, una institución como tal no puede ponerse en peligro mediante la operación de fuerzas privadas». Según este autor, el destinatario preferente es el legislador, pues a él le corresponde la configuración jurídica de la institución protegida. Admite, así mismo, que la garantía institucional sea oponible frente a los ataques provenientes del ejecutivo en forma de conducta o práctica continuada, dado que la institución, además de una figura jurídica, es una realidad efectiva<sup>489</sup>.

Además de analizar el objeto de protección y los sujetos frente a quienes se opone la garantía, PAREJO ALFONSO se detiene en el estudio de la *intensidad* de la protección que la Constitución dispensa a estas instituciones. Antes de nada, aclara que la garantía institucional nunca ha pretendido ser una técnica de congelación del objeto protegido. Si así fuera, la institución quedaría obsoleta y no podría desempeñar su función ordenadora. La garantía institucional no trata de impedir cualquier modificación, sino de proteger y asegurar la existencia de la institución y de sus características esenciales frente a medidas que impliquen su anulación o destrucción, o una transformación de efectos equivalentes<sup>490</sup>.

Ahora bien, no todos los componentes de la institución gozan de la misma tutela. Existe una gradación según se trate de elementos sustanciales o, por el contrario, de elementos accidentales. Para explicar qué elementos están protegidos por la garantía institucional, la doctrina recurre a la imagen de dos círculos concéntricos. El círculo interior es el núcleo esencial, formado por los rasgos consustanciales a la institución, beneficiario de la protección reforzada

---

<sup>488</sup> L. PAREJO ALFONSO, *Garantías institucionales...*, *op. cit.*, págs. 38 y 39.

<sup>489</sup> Cfr. J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, “La libertad de expresión desde la Teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991, pág. 88.

<sup>490</sup> *Ibidem*, págs. 39.

y, por tanto, resistente a toda transformación arbitraria. El círculo exterior está integrado por elementos accidentales, expuestos a la evolución y al cambio, cuya desaparición no pondría en peligro la continuidad de la institución<sup>491</sup>.

Si bien existe un consenso en cuanto a la existencia de dos esferas, éste se rompe cuando se trata de establecer los criterios para determinar qué forma parte del núcleo esencial y qué elementos quedan fuera<sup>492</sup>.

A este respecto, PAREJO ALFONSO es partidario de identificar el núcleo esencial con la imagen característica de la institución. Es decir, con aquellos elementos que hacen de ella una pieza fundamental del ordenamiento<sup>493</sup>. Sin embargo, afirmar que el núcleo esencial coincide con la imagen característica de la institución podrá ser expresivo en el plano teórico, pero, poco útil en el proceso de aplicación del Derecho.

Para delimitar la imagen característica sugiere PAREJO ALFONSO averiguar cuáles fueron las razones que llevaron al constituyente a considerar la relevancia jurídica y social de la institución y a incorporarla al texto

---

<sup>491</sup> *Ibidem*, pág. 40.

<sup>492</sup> Como apunta PAREJO ALFONSO, *ibidem* pág. 41, en su exposición y análisis de la obra de E. SCHMIDT-JORTZIG, tampoco el Tribunal Constitucional Federal alemán se ha decantado por una solución de fondo para resolver la cuestión de qué es el núcleo esencial, limitándose a señalar que para establecer lo que debe entenderse por esencia de una institución ha de tenerse en cuenta su evolución histórica. No ha pasado de simples aproximaciones tales como «el carácter típico de la institución» o «aquello que proporciona a la institución la posibilidad de su existencia y funcionamiento con vitalidad y no meramente como una sombra de sí misma». Por su parte, el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo ha defendido una interpretación, seguida por gran parte de la doctrina, según la cual para establecer el núcleo esencial es necesario comparar el estado y el contenido de la institución antes y después de la aplicación de la medida enjuiciada. De este modo, el núcleo esencial viene determinado contrastando el estado de la institución antes y después a la modificación. La medida será calificada (o no) como ataque al núcleo esencial dependiendo de la importancia cuantitativa de su incidencia en la institución así contemplada. Esta tesis es denominada de “cuenta antes/después”, “teoría del resto” o “método de la sustracción”. Según PAREJO ALFONSO, con este sistema se relativiza la garantía institucional y se niega la existencia de un núcleo esencial característico. Para esta teoría existen sólo contenidos institucionales históricos, enjuiciables en relación al contenido inmediatamente anterior. Los núcleos esenciales de esos contenidos siguen la misma suerte. Según este método, sería lícito y posible un proceso continuado de vaciamiento sucesivo de la institución, a pesar de su garantía institucional.

<sup>493</sup> *Ibidem*, pág. 44.

constitucional. Es decir, se trata de establecer cuál es la idea generalizada que sobre la función ordenadora de la institución prevalece en la sociedad, que se ha autovinculado jurídicamente al concepto recogido en la Constitución<sup>494</sup>.

Como ya se ha señalado, toda institución tiene una vertiente social y una vertiente jurídica. Pues bien, entre la realidad social efectiva y la norma jurídica existe una relación dialéctica. Esto significa, por un lado, que la regulación jurídica que de la institución se haga no puede ser algo abstracto, ya que se trata de una entidad real. Pero, por otro lado, la idea social dominante en torno a los rasgos característicos de la institución no es fruto de un proceso espontáneo y natural. La imagen que la sociedad tiene de una institución está condicionada por su regulación, en la medida que las instituciones son creaciones de carácter jurídico<sup>495</sup>.

Hay que añadir una observación más. La imagen esencial, obtenida a partir de factores empíricos y normativos, no es definitiva, sino histórica, y está sujeta a los cambios provocados por su evolución en el tiempo. Por tanto, los límites que protegen el núcleo esencial de una institución también son cambiantes. El carácter contingente del núcleo viene impuesto por la necesidad de adaptar la institución a las nuevas exigencias sobrevenidas al momento constituyente. Si no fuera así, como ya se ha dicho, perdería vigencia en el ordenamiento jurídico<sup>496</sup>.

El legislador, añade PAREJO ALFONSO, puede jugar un papel activo y provocar la evolución de la institución, si bien dentro de unos márgenes. Esto es, se podrán introducir cambios o modificaciones, incluso en el núcleo esencial, siempre y cuando representen un proceso evolutivo en el que la nueva configuración legal de la institución se pueda insertar, de manera coherente y uniforme, en el conjunto del ordenamiento estatal. Se excluye,

---

<sup>494</sup> *Ibidem*, pág. 44 y 45.

<sup>495</sup> En sentido, *Vid. supra* la opinión de P. HABÈRLE respecto a la relación entre Derecho y sociedad.

<sup>496</sup> L. PAREJO ALFONSO, *Garantías institucionales...*, cit, pág. 46.



pues, toda modificación que suponga una ruptura con la situación anterior y que conlleve una falta de conexión con el resto del ordenamiento jurídico<sup>497</sup>.

Hasta aquí lo que se refiere a la intensidad de la protección.

El tercer aspecto que analiza PAREJO ALFONSO, además de la dirección y de la intensidad, es la *dimensión temporal del efecto protector*. Recuerda el autor que al estar reconocida por la Constitución, la garantía institucional tiene una eficacia tanto preventiva, es decir, antes de la promulgación de la medida legislativa, como represiva, en calidad de parámetro para el control de constitucionalidad<sup>498</sup>.

Una vez que el intérprete establece que una institución está protegida constitucionalmente, con la consecuente delimitación de su núcleo esencial, todas las medidas posteriores que lesionen ese reducto indisponible se reputarán inconstitucionales. A no ser, claro está, que se haya producido una alteración histórica coherente de la imagen de la institución<sup>499</sup>.

Pero, ¿qué ocurre cuando se produce el vaciamiento sustancial de una institución garantizada, no por una determinada medida legislativa, sino por una serie de acciones sucesivas en el tiempo, que por separado no resultan inconstitucionales? Hemos dicho que el contenido esencial de la institución, comúnmente aceptado y jurídicamente conformado, está sometido a los cambios impuestos por el decurso histórico, en los que también influyen la legislación, la acción administrativa y la práctica judicial. Por lo que se refiere a la actuación reiterada del legislador sobre una institución, sólo será válida en la medida en que la progresiva alteración del régimen jurídico de la institución se adecue a la imagen social que existe de ella. El legislador puede guiar el cambio, pero sin que se produzca una ruptura con la realidad social. De esta manera, se incurrirá en inconstitucionalidad cuando se rompa la conexión

---

<sup>497</sup> *Ibidem*, pág. 47.

<sup>498</sup> *Ibidem*, pág. 51.

<sup>499</sup> *Ibidem*, págs. 51 y 52

entre la idea que la sociedad tiene de la institución y la regulación que el legislador pretende imponer.

Para distinguir entre una simple y admisible evolución de una reforma o modificación PAREJO ALFONSO explica que es esencial determinar si los nuevos componentes que introduce la legislación en la institución se pueden incorporar a su imagen vigente. Toda evolución se caracteriza por la ausencia de una excesiva dificultad para que las sucesivas innovaciones de la institución sean asimiladas o absorbidas por el concepto en uso, de modo que dichas modificaciones aparecen como normales o naturales en razón al ritmo con que tienen lugar. Por el contrario, la evolución se convierte en ruptura cuando los nuevos elementos institucionales no se pueden incorporar orgánicamente a la institución. Es entonces cuando la evolución histórica se muestra no como cambio evolutivo, sino como una reforma o modificación del objeto constitucional protegido, desencadenando el mecanismo de protección de la garantía institucional<sup>500</sup>.

A lo largo de toda su exposición en torno a la articulación de la especial protección que otorgan las garantías institucionales PAREJO ALFONSO insiste en la importancia del intérprete en la delimitación efectiva del núcleo esencial. Quien en cada caso aplique la norma deberá establecer el ámbito institucional indisponible para el legislador. Pero, ¿qué implica remitir la fijación del núcleo esencial al momento de la aplicación del Derecho? Esto significa admitir que es imposible técnicamente establecer con carácter general una delimitación precisa y previa a su aplicación del núcleo esencial. Pero, así mismo, supone reconocer la importancia del proceso de aplicación del Derecho y el papel clave de la jurisprudencia constitucional en esta materia<sup>501</sup>.

El intérprete, a la hora de fijar el ámbito que queda amparado por la garantía institucional, no debe establecer límites demasiado rígidos. Y ello por

---

<sup>500</sup> *Ibidem*, pág. 54.

<sup>501</sup> *Ibidem*, págs. 48 y 49.

dos razones. Primera, porque el núcleo esencial de la institución ha de ser aceptado desde las distintas perspectivas ideológicas; segunda, porque si se imponen excesivas trabas a su modificación, la institución perdería flexibilidad para adaptarse a los cambios propios del decurso histórico y correría el riesgo de caer en desuso<sup>502</sup>.

Si, como hemos visto, el ámbito de las organizaciones parece el más adecuado para aplicar la garantía institucional, cuando esta figura entra en contacto con los derechos fundamentales genera una gran controversia. Controversia que se refleja de forma palmaria en la jurisprudencia constitucional.

Sin lugar a dudas, el debate jurisprudencial en torno a la relación entre derechos fundamentales y garantías fundamentales alcanzó su punto álgido cuando el Tribunal Constitucional tiene que dilucidar la naturaleza jurídica de la autonomía universitaria, en la conocida Sentencia 26/1987, de 27 de febrero, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno vasco contra la Ley 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (LRU).

Las partes en litigio coinciden en afirmar que el fundamento y justificación de la autonomía universitaria se encuentran en la protección de la libertad de enseñanza, estudio e investigación frente a injerencias externas. Sin embargo, existen importantes discrepancias sobre la naturaleza de la autonomía universitaria: ¿se trata de un derecho o de una garantía institucional? El Tribunal Constitucional se pronuncia en los siguientes términos:

«[...]Respecto del primer punto [la naturaleza de la autonomía universitaria], cuyo interés no es sólo teórico, puesto que de una u otra conceptualización derivan importantes consecuencias que las partes destacan, quizá con exceso, para justificar sus respectivas posiciones, *lo primero que hay que decir es que derecho fundamental y garantía*

---

<sup>502</sup> *Ibidem*, pág. 48

*institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan, sino que buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías institucionales, aunque, ciertamente, existan garantías institucionales, que, como por ejemplo la autonomía local, no están configuradas como derechos fundamentales.» (STC 26/1987, de 27 de febrero, F.J. 4º)<sup>503</sup>*

El Tribunal Constitucional parece asumir la tesis según la cual los derechos fundamentales y las garantías institucionales son compatibles. Incluso admite que muchos de los derechos fundamentales son a su vez garantías institucionales. Y también hay garantías institucionales independientes, que no son derechos fundamentales, como es el caso de la autonomía local. Para el Tribunal Constitucional, la polémica sobre cuál es la naturaleza de la autonomía universitaria podría incluso zanjarse porque:

« [...] lo que la Constitución protege desde el ángulo de la garantía institucional es el núcleo básico de la institución, entendido, siguiendo la Sentencia de este Tribunal 32/1981, de 28 de julio, como preservación de la autonomía «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la consciencia social en cada tiempo y lugar». Y no es sustancialmente distinto lo protegido como derecho fundamental puesto que, reconocida la autonomía de las Universidades «en los términos que la Ley establezca» (artículo 27.10 CE), lo importante es que mediante esa amplia remisión, el legislador no rebase o desconozca la autonomía universitaria mediante limitaciones o sometimientos que la conviertan en una proclamación teórica, sino que respete «el contenido esencial» que como derecho fundamental preserva el artículo 53.1 de la Constitución.» (STC 26/1987, de 27 de febrero, F.J. 4º)

Es decir, para el Tribunal Constitucional —y esto es necesario subrayarlo— el «núcleo básico de la institución» y el «contenido esencial del derecho fundamental» vienen a ser lo mismo, y ambos sirven de límite a la discrecionalidad del legislador.

Pero ante la discusión suscitada entre las partes sobre la mayor o menor resistencia frente al legislador —según sea considerada la autonomía universitaria un derecho fundamental o una garantía institucional— el Tribunal

---

<sup>503</sup> Las cursivas son nuestras.

Constitucional recurre a los siguientes argumentos para calificarla, finalmente, como un derecho fundamental y no como una garantía institucional:

«[La autonomía universitaria] se configura en la Constitución como un derecho fundamental por su reconocimiento en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I, por los términos utilizados en la redacción del precepto, por los antecedentes constituyentes del debate parlamentario que llevaron a esa conceptualización y por su fundamento en la libertad académica que proclama la propia LRU.» (STC 26/1987, de 27 de febrero, F.J. 4º)

El Tribunal Constitucional explica que la libertad académica tiene una dimensión individual, la libertad de cátedra, y una dimensión institucional, la autonomía universitaria. Ambas sirven para delimitar ese «espacio de libertad intelectual» sin el cual no es posible «la creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura» (artículo 1.2, *a*) LRU) que constituye la razón de ser última de la Universidad. El «contenido esencial» de la autonomía universitaria estará formado por todos los elementos necesarios para el aseguramiento de la libertad académica.

Esta Sentencia propició la formulación de varios votos particulares de los que, sucintamente, pasamos a exponer las divergencias más destacadas.

El Magistrado DÍEZ-PICAZO no es partidario de considerar la autonomía universitaria como un derecho fundamental. Los derechos fundamentales suponen siempre garantías institucionales, pero hay garantías institucionales que no son derechos fundamentales. Este es el caso de la autonomía universitaria. No considera decisivos ni el criterio de la «ubicación de la norma» —como la propia Sentencia reconoce— ni tampoco el criterio sobre la opinión que algunos de los intervinientes en el proceso constituyente pudieran tener en favor de la tesis del derecho fundamental, pues no refleja como indiscutible una sola supuesta voluntad del constituyente. Según DÍEZ-PICAZO el artículo 27.10 CE contiene una regla organizativa o una directriz del funcionamiento de las Universidades. La libertad de configuración del legislador es, en este punto, mayor que la que puede tener cuando regula el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Tampoco

creo el maestro civilista que la regla de la autonomía de las universidades se encuentre, como regla instrumental, al servicio de otras libertades públicas, como la llamada libertad académica o libertad de cátedra. Esta última está en nuestra Constitución, establecida en el artículo 20 CE, dentro del cuadro de las libertades de expresión, difusión de pensamientos e ideas y de producción y creación literaria artística, científica y técnica. La libertad de cátedra podría quedar perfectamente protegida en un sistema que no reconociera autonomía a las Universidades, pues en un Estado democrático pueden suprimirse sin dificultad las posibles interferencias de las Administraciones Públicas o, en su caso, pueden residenciarse ante los órganos jurisdiccionales. El hecho de que las Universidades estén gobernadas autónomamente no otorga, concluye el Magistrado, una mayor libertad de cátedra a cada uno de sus miembros.

RUBIO LLORENTE tampoco considera que la autonomía universitaria sea un derecho fundamental. Aunque el artículo 27.10º CE esté incluido en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I, no por ello es un derecho fundamental. No todos los preceptos de esta Sección 1ª contienen derechos fundamentales, ni todos los derechos fundamentales están recogidos en dicha Sección. Respecto a la especial protección que reciben los derechos fundamentales comprendidos entre los artículos 14 CE y 30 CE, RUBIO LLORENTE señala que «las instituciones jurídicas no cambian necesariamente de naturaleza en función de cuál sea su protección procesal y una garantía institucional no deja de serlo por el hecho de estar protegida por el recurso de amparo. Hasta donde sé, la doctrina alemana no ha cuestionado nunca que la autonomía municipal sea una garantía institucional, aunque esté protegida por el equivalente germánico de nuestro recurso de amparo.»

En palabras de RUBIO LLORENTE, el error del Tribunal Constitucional al considerar la autonomía universitaria como un derecho fundamental y no como una garantía institucional, tiene su origen en la idea defendida por la mayoría del Tribunal según la cual «el núcleo esencial o reducto indisponible

para el legislador es más rígido o resistente en los derechos fundamentales que en las garantías institucionales [...]»<sup>504</sup>.

Afirma el Magistrado RUBIO LLORENTE que esta distinción no es tan evidente «pues las garantías institucionales, como las de instituto, no son, en la doctrina que establece estas distinciones, sino variedades de los derechos fundamentales como lo son, desde otro punto de vista, los derechos de libertad y los de igualdad o, en la terminología de nuestra Constitución, los derechos fundamentales y las libertades públicas.» Esta última observación de RUBIO LLORENTE ha sido entendida por algunos autores como una postura del Magistrado a favor de «una cierta identidad entre garantías institucionales y derechos fundamentales»<sup>505</sup>. A nuestro entender, esta interpretación es inexacta. El propio RUBIO LLORENTE ha puesto de manifiesto, en varias

---

<sup>504</sup> Nos parece de sumo interés aclarar, como así lo hace A. GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pág. 124, que el Tribunal Constitucional en ningún momento defiende las diferencias de intensidad entre el núcleo esencial de un derecho fundamental y la imagen maestra de una garantía institucional. Es más, el propio Tribunal subraya (STC 26/1987, de 27 de febrero, F.J. 4º) que son las partes las que «[...]marcan las diferencias entre uno y otro concepto como barrera más o menos flexible de disponibilidad normativa sobre la autonomía universitaria». Así mismo, en los antecedentes de hecho de esta Sentencia, el Tribunal Constitucional recuerda que en sus alegaciones el Abogado del Estado «[...] entiende que la autonomía de las Universidades está reconocida en el art. 27.10º de la Constitución como una garantía institucional y no como un derecho fundamental. El “contenido indisponible o núcleo resistente al legislador estriba por tanto, a diferencia de los derechos fundamentales -añade el Abogado del Estado-, en el respeto a la existencia misma de la institución y la necesaria aplicación de ciertos principios organizativos”. Estima que, también a diferencia del «núcleo esencial» de los derechos fundamentales, que “*el poder conformador de las normas que regulan la institución es mucho mayor como garantía institucional*”» (STC 26/1987, de 27 de febrero. Las cursivas son nuestras). DÍEZ-PICAZO sostiene también, como acabamos de exponer, que el legislador tiene más libertad a la hora de configurar una garantía institucional que un derecho fundamental. Pero, en ningún momento el Tribunal Constitucional defiende esta diferencia de intensidad.

<sup>505</sup> *Vid.* el trabajo de J.M. BAÑO LEÓN “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, págs. 155 a 179, quien para respaldar su argumentación en contra de la separación entre derechos fundamentales y garantías institucionales, toma como punto de partida el Voto particular del Magistrado RUBIO LLORENTE en la Sentencia del Tribunal Constitucional 26/1987, de 27 de febrero, que acabamos de exponer.

ocasiones, las importantes diferencias que existen entre los derechos y las garantías institucionales<sup>506</sup>.

A raíz de esta controvertida Sentencia, la doctrina sigue la estela de la disputa suscitada en el seno del Tribunal Constitucional.

En esta línea, BAÑO LEÓN publica un trabajo en el que intenta demostrar que la Constitución no reconoce la fisura entre derechos fundamentales y garantías institucionales<sup>507</sup>. Según el autor, quienes pretenden contraponer ambas categorías lo hacen, en primer lugar, porque parten de una visión de los derechos fundamentales reducida a la noción clásica de derecho público subjetivo y, en segundo lugar, porque se ha olvidado el origen de la teoría de las garantías institucionales y su significado en la concepción schmittiana.

BAÑO LEÓN defiende un significado polivalente de los derechos fundamentales, cuyo contenido no se limita a los derechos subjetivos, sino que también encierra una vertiente objetiva, de la que forman parte las garantías institucionales<sup>508</sup> y los mandatos de actuación dirigidos a los poderes públicos<sup>509</sup>, constituyendo ambos el denominado aspecto objetivo de los derechos fundamentales.

---

<sup>506</sup> Por ejemplo, en su obra *La forma del poder, op. cit.*, págs. 94 y 95 a la que ya tuvimos ocasión de referirnos en la introducción de este Capítulo.

<sup>507</sup> *Vid* J.M. BAÑO LEÓN “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”, *op.cit.*

<sup>508</sup> *Ibidem*, pág. 160. Indica el autor que la garantía de ciertas instituciones u organizaciones es inescindible al reconocimiento de determinados derechos fundamentales y pone como ejemplos el derecho a la libertad personal y la necesidad de la existencia de una garantía procedimental; el derecho a la producción y creación literaria que requieren medidas organizativas y procedimentales que protejan la propiedad intelectual; la libertad de cátedra y de investigación que precisa para su desarrollo la institución universitaria.

<sup>509</sup> *Ibidem*, pág. 161 y sigs. También los mandatos al legislador forman parte de la faz objetiva de los derechos fundamentales. La superación de la concepción liberal del papel abstencionista del legislador ha dado paso a una noción activa en la que el legislador limita y configura el contenido de los derechos fundamentales. La omisión legislativa puede vulnerar los derechos fundamentales del mismo modo que lo haría una extralimitación en el ejercicio de sus funciones. El legislador tiene, por tanto, una fuerza determinante para configurar



Continúa explicando este autor<sup>510</sup> que la distinción entre derechos fundamentales y garantías institucionales desaparece en el momento en que la Ley Fundamental de Bonn establece que los derechos fundamentales son un límite y una medida para el legislador. Los conceptos de “contenido esencial” de los derechos fundamentales y de “reducto indisponible” o “núcleo esencial” de la institución responden al objetivo común de limitar la actuación arbitraria del legislador<sup>511</sup>. Así pues, concluye afirmando que la garantía institucional podrá oponerse a la idea de derecho subjetivo, pero no a la de derecho fundamental.

Una de las consecuencias que extrae el autor de la superación de esta distinción es la de atribuir la especial protección del contenido esencial, no sólo a las normas reguladoras de derechos fundamentales que recogen derechos subjetivos, sino también a las garantías institucionales. Según BAÑO LEÓN la definición que usan los Tribunales Constitucionales alemán y español para establecer en qué consiste el contenido esencial de los derechos fundamentales es perfectamente intercambiable con la utilizada para referirse al núcleo esencial de las garantías institucionales<sup>512</sup>.

Postura ésta contraria a la defendida por DE OTTO, para quien la garantía del contenido esencial es sólo aplicable a los derechos

---

realmente algunos derechos (el derecho al honor y a la intimidad, el derecho a la educación, el derecho a la propiedad privada o la libertad de empresa).

<sup>510</sup> *Ibidem*, pág. 170

<sup>511</sup> *Ibidem*, pág. 170. En este sentido, cita BAÑO LEÓN dos Sentencias del Tribunal Constitucional. La primera es la Sentencia de 8 de abril de 1981, en la que al definir el contenido esencial del derecho de huelga lo hace refiriéndose a aquella parte del derecho sin la cual pierde su peculiaridad. Es aquello que lo hace reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es la parte del contenido ineludiblemente necesaria para que el titular pueda satisfacer aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga. La segunda Sentencia citada es de 28 de julio de 1981, a la que ya nos hemos referido, en la que la autonomía local se define como una garantía institucional frente a la cual el legislador ordinario se encuentra con el límite de un reducto indisponible o núcleo esencial de la institución, que coincidiría con la imagen que de la institución tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.

<sup>512</sup> *Ibidem*, págs.177 a 179.

fundamentales<sup>513</sup>. En efecto, el análisis del artículo 53.1 CE le lleva a afirmar que éste se refiere a los derechos fundamentales y no a las garantías institucionales, ni cuando existe un reconocimiento expreso de las mismas, ni cuando éstas derivan mediatamente de un derecho en sentido estricto. En primer lugar, explica DE OTTO que las instituciones sólo estarán sujetas a la reserva de ley cuando exista un precepto que así lo establezca. Esto quiere decir, según el autor, que a la autonomía universitaria, a la negociación colectiva y a la libertad de empresa no se les aplica la reserva de ley del artículo 53.1 CE, sino la prevista por los preceptos que las contemplan (artículos 27.10º CE, 37.1 CE y 38 CE, respectivamente). En segundo lugar, tampoco en las garantías institucionales opera la garantía del contenido esencial. No obstante, advierte DE OTTO que la inaplicabilidad de la garantía del contenido esencial en el caso de las instituciones, no significa una plena libertad del legislador. La propia institución constituye un límite a la libertad del legislador que deberá respetar su existencia. La ausencia de la garantía del contenido esencial en este caso significa que hay una constitucionalización de una institución abstractamente definida. La garantía institucional ampara la existencia de instituciones, pero no su configuración. No se podrá establecer si la institución responde o no al contenido conceptual que la hace reconocible, sino sólo si se ha respetado el elemento constitucionalmente garantizado. Por último, señala DE OTTO que en los casos en los que exista una conexión entre garantía institucional y derechos fundamentales será necesario determinar cuándo la normación de la institución incide en el derecho fundamental, de modo que quede sujeto al artículo 53.1 CE.

BAÑO LEÓN critica a DE OTTO ya que, en su opinión, la Constitución no distingue entre derechos subjetivos y garantías institucionales para reconocer derechos fundamentales. Esta distinción limita los derechos

---

<sup>513</sup> *Vid.* I. DE OTTO Y PARDO, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía del contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 95 y sigs.

fundamentales a poderes concretos de disposición. Para BAÑO LEÓN en los derechos fundamentales se puede encontrar conjuntamente aspectos garantes de la libertad individual y aspectos institucionales. Lo individual, lo social y lo institucional están de tal forma imbricados que cualquier versión monolítica es siempre parcial<sup>514</sup>.

CRUZ VILLALÓN es otro de los autores que opta por la superación de la distinción entre ambas figuras<sup>515</sup>. Después de la obligada referencia a la Constitución de Weimar y a la aportación de SCHMITT, analiza lo que él denomina el uso anfibológico de la expresión garantía institucional<sup>516</sup>. Se utiliza, por un lado, para aludir al objeto sobre el que recae la garantía, es decir, a la institución protegida. Este sería el «significado sustantivo». Por otro lado, esta expresión puede servir para indicar la garantía, la protección en si misma. En este caso se trata del «significado adjetivo» del término. CRUZ VILLALÓN advierte que en ocasiones la garantía institucional, desde el punto de vista sustantivo, no es más que otro modo de concebir ya sea un derecho (como la propiedad) o un elemento de la estructura política (como la autonomía local). En estos casos, dice el autor, «las garantías institucionales carecen de sustantividad». Así mismo, carecen de «legitimidad» cuando se usa esta locución para elevar el rango normativo de contenidos que no se refieren ni a los derechos ni a la estructura política.

Desde el punto de vista adjetivo, es decir, la garantía institucional entendida como protección de una institución, coincide con la idea de contenido esencial, sin olvidar que la idea del contenido esencial es una derivación ulterior de la garantía institucional. Esta protección consiste en la prohibición dirigida al legislador de desnaturalizar la institución, de modificar

---

<sup>514</sup> Vid J.M. BAÑO LEÓN, “La distinción ...”, *op. cit.*, pág. 178.

<sup>515</sup> Vid. P. CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, en concreto las págs. 54 a 62.

<sup>516</sup> *Ibidem*, pág. 58.

su imagen. La garantía institucional permite, pues, fijar los límites de la intervención del legislador<sup>517</sup>.

La utilidad de esta teoría para los derechos fundamentales radica en que, para que un derecho pueda ser protegido frente a la intervención ilimitada del legislador, es necesario que se presente como instituto. En palabras del autor, sólo en la medida en que quepa elaborar un «contenido institucional», será resistente al parlamento<sup>518</sup>.

Si la década de los ochenta se caracterizó por una aceptación más o menos generalizada de la teoría de las garantías institucionales, a partir de los noventa comienzan a ser frecuentes entre la doctrina española las opiniones críticas sobre esta figura.

Este es el caso de SOLOZABAL ECHAVARRÍA, para quien la “tentación institucional” de los derechos fundamentales ha estado siempre presente en la doctrina alemana, siendo su primera manifestación la garantía institucional<sup>519</sup>. El autor se detiene en el análisis de las diferentes fases por las que ha pasado la relación entre las garantías institucionales y los derechos fundamentales. Relación que se caracteriza, en un primer momento, por la separación de ambas categorías. Así, en la época de la Constitución de Weimar, como ya se ha indicado en repetidas ocasiones, nada tienen que ver las instituciones constitucionalizadas con los derechos fundamentales de corte liberal. Además de sus diferencias estructurales, la protección de la garantía institucional es mayor que la concedida a los derechos fundamentales y a las libertades públicas en el Derecho alemán de los años veinte. Superada esta primera etapa, se inicia una segunda que estará marcada por la influencia mutua. En este sentido, recuerda SOLOZABAL ECHAVARRÍA que las reflexiones doctrinales en

---

<sup>517</sup> *Ibidem*, pág. 61

<sup>518</sup> *Loc.cit.*

<sup>519</sup> *Vid.* J.J. SOLOZABAL ECHAVARRÍA, “La libertad de expresión desde la Teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991, pág. 83.

torno al significado de la “imagen maestra” de las instituciones y a los límites impuestos al legislador en su actividad de configuración organización de las mismas, se reflejan en el Derecho positivo, en concreto en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, como mandato expreso de respeto del contenido esencial del derecho fundamental. Por último, la manifestación más reciente de la “tentación institucional” en la interpretación de los derechos fundamentales está protagonizada por las aportaciones de HESSE y HÄBERLE en las que, y citamos textualmente, «se subraya la dimensión institucional de los derechos fundamentales y la necesidad de los mismos de organización y completamiento normativo, así como su obligada comprensión como realidades políticas de vigencia social efectiva.»<sup>520</sup>

SOLOZABAL ECHAVARRÍA<sup>521</sup> distingue expresamente la teoría de las garantías institucionales del enfoque institucional de los derechos fundamentales. A este respecto, hace la siguiente observación: la teoría institucional tiene una relación equívoca con la teoría de las garantías institucionales. La teoría institucional de HÄBERLE está más relacionada con la obra de SMEND o de HAURIOU, que con las aportaciones de SCHMITT. En este sentido SOLOZABAL ECHAVARRÍA coincide con GALLEGO ANABITARTE, quien también insiste en que la teoría de la garantía institucional no tiene una relación directa con la teoría institucional de los derechos fundamentales<sup>522</sup>.

Así pues, para SOLOZABAL ECHAVARRÍA, entre derechos fundamentales y garantías institucionales existen importantes diferencias. En primer lugar, por lo que se refiere al plano normativo, los derechos fundamentales son configurados a nivel constitucional. Las garantías institucionales, excepto su imagen maestra, se ordenan por el legislador ordinario. En cuanto al objeto de protección, los derechos fundamentales

---

<sup>520</sup> *Ibidem*, pág. 85 y en “Garantías institucionales”, en *Temas básicos de Derecho constitucional*, M. ARAGÓN REYES (coordinador), Civitas, Madrid, 2001, Tomo III, pág. 111.

<sup>521</sup> “La libertad...”, *op. cit.*, pág. 91.

<sup>522</sup> A. GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales ...*, *op. cit.*, pág. 34.

aseguran pretensiones subjetivas constitucionales. Las garantías institucionales amparan estructuras político-administrativas. Por último, los derechos fundamentales contienen un mandato de respeto de un determinado ámbito vital. La garantía institucional implica un mandato al legislador para que respete el contenido esencial de la institución cuando la regule<sup>523</sup>.

Otro autor que se ha mostrado crítico con la importación de la teoría de las garantías institucionales es JIMÉNEZ BLANCO, quien con ocasión de la publicación del libro *Homenaje a García de Enterría*, elabora un trabajo en el que, tras un rápido repaso de la doctrina española y alemana, así como de la principal jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión, llega a la conclusión que en nuestro ordenamiento jurídico la coexistencia de garantías institucionales y derechos fundamentales desemboca en un debilitamiento de éstos últimos. Esta es una diferencia capital con Alemania, donde, una vez superada la concepción schmittiana de separación entre derechos fundamentales y garantías institucionales, la relación de ambos conceptos significa un fortalecimiento del derecho fundamental y no una limitación<sup>524</sup>.

Destaca el autor que si bien en España el Tribunal Constitucional utilizó, inicialmente, la garantía institucional para referirse a instituciones sin conexión alguna con el derecho fundamental, en clara alusión a la autonomía local, en Sentencias posteriores ya se vincula esta construcción con la evolución dogmática de los derechos fundamentales. En concreto, con el reconocimiento de su doble vertiente subjetiva y objetiva. A este respecto, indica JIMÉNEZ BLANCO, el Tribunal Constitucional no ha sabido siempre deslindar la vertiente objetiva de los derechos fundamentales de las garantías institucionales. La conexión de la garantía institucional con la vertiente objetiva del derecho fundamental constituye una rebaja del contenido y eficacia de éste último.

---

<sup>523</sup> J.J. SOLOZABAL ECHAVARRÍA, "Garantías institucionales", *op. cit.*, pág. 110

<sup>524</sup> *Vid.* A. JIMÉNEZ BLANCO, "Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución", en *Homenaje a García de Enterría*, Tomo II, 1991, págs. 635 a 650.

JIMÉNEZ BLANCO se está refiriendo a la libertad de empresa y a la Sentencia 83/1984, de 24 de julio. En 1984 el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de resolver una cuestión de inconstitucionalidad que se le planteó a raíz de un recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a determinadas resoluciones que denegaban la autorización para la apertura de una oficina de farmacia, en aplicación de una serie de disposiciones reglamentarias restrictivas que se fundamentaban en la Ley de Bases de Sanidad Nacional, de 25 de noviembre de 1944. Una de las dudas que debe aclarar el Tribunal es la de si los derechos proclamados en los artículos 35.1 y 38 de la Constitución son susceptibles de ser limitados o regulados y, en caso afirmativo, ¿cuál debe ser el rango de la norma que opera la limitación o regulación?

El Tribunal Constitucional afirma, en el F.J. 3º de la STC 83/1984, de 24 de julio, que en el artículo 38 CE en el que se consagra la libertad de empresa, «predomina, como es patente, el carácter de garantía institucional». Así mismo, declara que estos derechos pueden ser limitados y regulados, porque en la Constitución no hay nada «que excluya la posibilidad de regular y limitar el establecimiento de oficinas de farmacia, como tampoco nada que impida prohibir que se dispensen al público fuera de estas oficinas especialidades farmacéuticas, pues el Legislador puede legítimamente considerar necesaria esta prohibición o aquella regulación para servir otras finalidades que estima deseables».

En cuanto al rango de la norma que puede establecer estos límites, el Tribunal Constitucional aclara que a pesar del mandato recogido en el artículo 53.1 CE «no hay un «contenido esencial» constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad empresarial concreta». Añade que «las limitaciones que a la libertad de elección de profesión u oficio o a la libertad de empresa puedan existir no resultan de ningún precepto específico, sino de una frondosa normativa, integrada en la mayor parte de los casos por preceptos de rango infralegal [...]».

Del argumento expuesto por el Tribunal Constitucional se puede deducir que, aunque los límites que se introduzcan no pueden ser arbitrarios, sin embargo, al hacer predominar el carácter de garantía institucional sobre el de derecho fundamental, se menoscaba la protección de la libertad de empresa<sup>525</sup>.

Para evitar este tipo de conclusiones, JIMÉNEZ BLANCO propone contraponer derecho fundamental y garantía institucional e, incluso, reducir la categoría del derecho fundamental al derecho subjetivo tradicional. Y ello porque el derecho fundamental ofrece mayor resistencia frente al legislador que las garantías institucionales<sup>526</sup>.

En esta rápida revisión de la doctrina española no podía faltar la aportación de GALLEGO ANABITARTE, en uno de los trabajos más críticos que se han escrito entre nosotros sobre las garantías institucionales y que nos ha servido de guía indispensable en esta parte de la investigación<sup>527</sup>.

Este autor prefiere la expresión *institución garantizada constitucionalmente*<sup>528</sup> para referirse a aquellas organizaciones e instituciones que, sin tener relación directa con un derecho fundamental, se elevan a rango constitucional para ser

---

<sup>525</sup> Véase la crítica que hace al respecto A. GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales...*, *op. cit.*, págs. 249 a 252, para quien la libertad de empresa y el derecho de propiedad son dos caras de la misma moneda. Al haber dado prioridad al carácter institucional y no al derecho subjetivo en la interpretación de los artículos 35.1 y 38 CE, el Tribunal Constitucional ha limitado considerablemente el efecto constitucional de la libertad de empresa y profesión.

<sup>526</sup> *Vid.* A. JIMÉNEZ BLANCO, “Garantías institucionales...”, *cit.*, pág. 642. Se cita extensamente por el autor la polémica Sentencia 26/1987, de 27 de febrero, que, como tuvimos ocasión de ver, resuelve el recurso interpuesto por el Gobierno vasco contra la Ley de Reforma Universitaria y en la que el Tribunal Constitucional establece que la autonomía universitaria es un derecho fundamental, a pesar de haber afirmado, primero, que ambas categorías (derecho fundamental y garantía institucional) no son incompatibles, que buena parte de los derechos reconocidos en la Constitución son también garantías institucionales y, por último, que lo que la Constitución protege desde el ángulo de la garantía institucional como núcleo básico de la institución no es sustancialmente distinto de lo protegido como contenido esencial en el caso de los derechos fundamentales.

<sup>527</sup> A. GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías institucionales...*, *op. cit.*

<sup>528</sup> *Ibidem*, págs. 83, 85, 96 y 99.



tuteladas jurídicamente frente a la libre disposición del legislador en el momento de regularlas. Ejemplos de estas instituciones son la autonomía local (artículo 137. c) CE), la autonomía universitaria, a pesar de la opinión del Tribunal Constitucional (artículo 27.10º CE), la independencia judicial (artículo 117 CE), los principios de la función pública (artículo 103.3º CE), los colegios profesionales (artículo 36 CE), así como el matrimonio (artículo 32.2 CE) y la familia (artículo 39 CE), aunque estos últimos estén muy próximos a los derechos fundamentales.

Con relación a la especial protección que les otorgada la Constitución, GALLEGO ANABITARTE hace dos observaciones.

En primer lugar, subraya el amplio margen de discrecionalidad del que dispone el legislador ordinario. Aunque para regular el funcionamiento de las instituciones garantizadas constitucionalmente, el legislador tenga que respetar algo muy próximo a la idea de contenido esencial de los derechos fundamentales, sin embargo, el límite impuesto por éste goza de más fuerza que el respeto a la imagen social de la institución, al ser un mandato de la propia Constitución recogido en el artículo 53.1 CE<sup>529</sup>.

La segunda observación se refiere al concepto mismo de garantía institucional. Como ya hemos apuntado, GALLEGO ANABITARTE propone, para ser aplicada a la situación española, la expresión genérica de instituciones garantizadas constitucionalmente, en lugar del concepto más restringido de garantía institucional, como organización formada y «encontrada» con raíces históricas, ya que existen instituciones, por ejemplo los sindicatos o el jurado, que, sin ser históricas, sí se constitucionalizan y gozan, por lo tanto, de la misma protección que otras instituciones arraigadas como la familia o el matrimonio.

---

<sup>529</sup> *Ibidem*, págs. 83 a 85.

Pero, sin duda, cuando GALLEGO ANABITARTE se muestra más crítico es a la hora de tratar la relación entre derecho fundamental y garantía institucional. Tras un detallado estudio de la doctrina alemana y española más recientes, advierte sobre la gran confusión que se genera al incorporar a la estructura interna del derecho fundamental, dentro de su vertiente objetiva, la garantía institucional<sup>530</sup>. GALLEGO ANABITARTE no comparte este modo de ampliar la protección de los derechos y no esconde su escepticismo sobre la necesidad de apelar a la categoría de las garantías institucionales. Recuerda el autor que los derechos fundamentales son derechos públicos subjetivos y, además, principios o valores superiores del ordenamiento. GALLEGO ANABITARTE estima, de manera acertada, innecesario el uso de la garantía institucional, sobre todo si se tiene en cuenta que el resultado que se persigue con su aplicación, se obtiene a partir del reconocimiento por la doctrina europea del contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales. La garantía institucional sólo añade, en palabras del autor, un «conceptualismo oscurecedor»<sup>531</sup>.

Nos sumamos a la opinión de GALLEGO ANABITARTE según la cual, y citamos textualmente, no se aprecia la funcionalidad de la garantía institucional aplicada a los derechos fundamentales desde el momento en que se afirma su carácter jurídico-objetivo, como valores o principios fundamentales del ordenamiento jurídico. Los derechos fundamentales en España, tal y como están constitucionalizados, permiten, y obligan, una interpretación institucional, axiológica, que no precisa incorporar al derecho fundamental la

---

<sup>530</sup> *Ibidem*, págs. 63 a 79.

<sup>531</sup> *Ibidem*, pág. 95. Concluye GALLEGO ANABITARTE afirmando que «si el principal efecto de la garantía institucional es garantizar la permanencia del derecho fundamental, que además de ser un derecho subjetivo es un instituto o una institución jurídica, como el caso de la propiedad, matrimonio, libertad de crear escuelas privadas, etc., no es admisible lógico-jurídicamente que al no calificar de garantía institucional determinado derecho fundamental, peligre su permanencia o existencia. Si la Constitución vincula a todos los poderes públicos con los derechos fundamentales, y prohíbe que el legislador lesione su contenido esencial, entonces la permanencia del derecho fundamental está garantizada sin necesidad de calificarlo suplementariamente de garantía institucional».

garantía institucional<sup>532</sup>. Sin embargo, concluye el autor, sí tiene sentido reducir la expresión garantía institucional a las “instituciones garantizadas constitucionalmente”, lo que implica la obligación del legislador de respetarlas<sup>533</sup>.

En la misma línea se sitúa el planteamiento de RUBIO LLORENTE<sup>534</sup>, según el cual las diferencias estructurales entre la declaración de un derecho y el establecimiento de una garantía institucional son profundas y tienen consecuencias trascendentales. En efecto, la especial protección que la Constitución proyecta sobre una determinada institución —lo que se ha venido denominando garantía institucional— es una cuestión distinta a la concepción de los derechos fundamentales como un sistema de principios y valores —la vertiente objetiva— que junto al aspecto subjetivo los configuran como la base del Estado social y democrático de Derecho. Instituciones y derechos son, por lo tanto, categorías diferentes. No obstante, esto no es óbice para que exista una estrecha relación entre ambas. En estos casos, la protección constitucional de la institución puede contribuir a la tutela del derecho.

Así, por lo que a nosotros nos concierne, la cobertura constitucional de un sistema público de salud (artículo 43.2 CE) repercute directamente en el derecho a la protección de la salud y más concretamente en el derecho a la asistencia sanitaria. En la medida en que seamos capaces de trazar los rasgos distintivos de la institución del Sistema Nacional de Salud y de definir con la mayor precisión posible su imagen maestra, estaremos dotando de mayor eficacia y tutela al derecho consagrado en el artículo 43.1 CE.

---

<sup>532</sup> *Ibidem*, pág. 105.

<sup>533</sup> *Ibidem*, pág. 270.

<sup>534</sup> *Vid. La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 94 y 95.

### 3. LA VIGENCIA ACTUAL DE LA TEORÍA DE LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES Y SU APLICACIÓN A LA SALUD Y SU PROTECCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

Como acabamos de señalar el mecanismo, de protección que se deriva de las denominadas garantías institucionales conserva toda su validez cuando se aplica a determinadas instituciones, ya sea de Derecho público (autonomía local, Seguridad Social) o de Derecho privado (familia, matrimonio), que debido a su relevancia jurídica y social se constitucionalizan y gozan de una tutela especial frente a las intervenciones de los poderes públicos. Sólo en este sentido se puede hablar de garantía institucional.

Frente a quienes defienden que la técnica protectora de la garantía institucional no proporciona un criterio seguro para valorar la constitucionalidad de la acción del legislador y la critican por ser una técnica meramente defensiva, viendo limitada su funcionalidad, PAREJO ALFONSO<sup>535</sup>

---

<sup>535</sup> A este respecto, PAREJO ALFONSO, *Garantías institucionales...*, *op. cit.*, págs. 26 a 30, hace un detenido análisis de los argumentos esgrimidos por SCHMIDT-JORTZIG a favor de la oportunidad de mantener dicha teoría. Según el autor alemán, aunque hayan desaparecido los presupuestos que favorecieron la elaboración de la garantía institucional como categoría jurídica, ésta conserva su valor, ya que esta teoría hace un análisis sistemático y una conformación técnica de un mecanismo de protección constitucionalizado. Las restricciones impuestas al legislador a través de la teoría de la garantía institucional son el antecedente de la fórmula del respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales del artículo 19.2 de la Ley Fundamental. Además, la virtualidad de esta teoría va más allá del ámbito de los derechos fundamentales. El citado artículo 19.2 LF se circunscribe a los derechos. Sin embargo, la garantía institucional dispensa una protección análoga a la del contenido esencial para otros preceptos constitucionales dirigidos a la fijación o consolidación de núcleos esenciales de complejos normativos o instituciones carentes de la condición de derecho fundamental. La actualidad de las garantías institucionales se justifica, por último, también en aquellos casos en los que aparecen relacionados un derecho fundamental y una garantía institucional. Explica el autor que las nuevas tendencias interpretativas de los derechos fundamentales están enfocadas hacia la objetivación de su contenido (la teoría institucional, la *Werttheorie* o jurisprudencia de los valores, la teoría social de los derechos fundamentales). Este hecho, según SCHMIDT-JORTZIG, conduce a un debilitamiento de los mismos, como posiciones resistentes a la injerencia estatal, debido a una mayor intervención del propio legislador. La eficacia de la doctrina de las garantías institucionales resurge en este punto, ya que aseguran contenidos ordinamentales objetivados vedados al legislador en su núcleo duro. La transferencia de los componentes objetivos de los derechos fundamentales a las correspondientes garantías institucionales implicaría así la correlativa transposición a estos derechos de su eficacia protectora.

aboga por su utilidad. Porque, aunque sea complejo determinar cuál es la imagen maestra de la institución, al igual que establecer cuál es el contenido esencial de cada derecho fundamental indisponible para el legislador, no por ello esta técnica de protección resulta ineficaz<sup>536</sup>.

PAREJO ALFONSO, sin duda uno de los autores españoles que más ha trabajado sobre este argumento, considera que la especial protección que otorga la Constitución consiste en la garantía objetiva de la presencia y del funcionamiento de la institución en el ordenamiento del Estado. Se salvaguarda la institución frente al poder constituido para impedir que la suprima o bien que la desvirtúe, lesione o altere de manera ilegítima. Esta eficacia reforzada, añade el autor, asegura un concepto de cada institución generalizado en la conciencia social y en la conciencia de la comunidad jurídica. Concepto que se integra por las características que la definen y que hacen reconocible su imagen, pese a que la propia imagen de la institución sea histórica y, por lo tanto, cambie y evolucione<sup>537</sup>.

---

<sup>536</sup> *Vid.* de este autor el capítulo dedicado a “La autonomía local en la Constitución española”, *op. cit.*, en concreto las págs. 40 a 61.

<sup>537</sup> Lejos de ser una categoría inútil y obsoleta, la garantía institucional cobra de nuevo relevancia en nuestros días y ha sido utilizada por el Consejo de Estado que en su Dictamen de 16 de diciembre de 2004 sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio aplica la figura creada por SCHMITT a la institución matrimonial. Con relación a la potestad del legislador ordinario para regular esta institución, y sin entrar en un análisis pormenorizado del Dictamen, el Consejo de Estado considera que, y citamos textualmente, el legislador dispone de un amplio margen de actuación en su función ordenadora de la sociedad y en la constante adecuación del Derecho a la realidad social. Ahora bien, en su tarea el legislador debe respetar los límites impuestos por la Constitución. En este sentido, el Consejo de Estado considera que la apertura de la institución matrimonial a parejas del mismo sexo no supone una simple ampliación de la base subjetiva del matrimonio, sino una alteración de la institución matrimonial.

«Desde una perspectiva institucional, la cuestión radica en determinar si el matrimonio al que se refiere la Constitución incorpora, como uno de sus elementos esenciales, la diversidad sexual de los contrayentes, configurando así una determinada imagen del matrimonio, al que resultaría aplicable la doctrina de la garantía de instituto, de forma que aquellas normas legales que desnaturalizasen los perfiles sustantivos del instituto matrimonial no podrían considerarse conformes a la Constitución.»

Un claro ejemplo de la adecuada utilización de esta figura lo encontramos en la institución de la Seguridad Social. Así lo han entendido tanto la doctrina como la jurisprudencia.

En efecto, APARICIO TOVAR<sup>538</sup> recurre a la teoría institucional de HARIOU para explicar cómo el artículo 41 CE, al consagrar el sistema de Seguridad Social, está reconociendo una institución cuya sola existencia es determinante para proveer su protección. La Seguridad Social es una institución enraizada en la conciencia colectiva, cuya continuidad se trata de lograr mediante la garantía institucional.

Este autor subraya la importancia de la legislación ordinaria, de la jurisprudencia y de la doctrina en la elaboración del concepto de las grandes instituciones. El Derecho ordinario ayuda al Derecho constitucional en la tarea de concretar la imagen vigente de la institución. Ésta se determina por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace<sup>539</sup>.

---

Por tanto, continúa diciendo el Consejo de Estado, se ha de establecer si la extensión del matrimonio a parejas del mismo sexo supone una ruptura de la concepción social vigente o si, por el contrario, el matrimonio que la Constitución garantiza no se limita al formado por personas de distinto sexo. La imagen maestra de la institución se configura a partir de la opinión existente en el seno de la comunidad jurídica y de la concepción social vigente sobre la misma. Según el Consejo de Estado, la doctrina jurídica considera mayoritariamente la heterosexualidad como uno de los elementos consustanciales al matrimonio; y la sociedad, a pesar de la aparición de nuevos modelos de convivencia, mantiene la diferencia entre el matrimonio como institución forjada por la tradición y esas otras realidades que se aproximan pero no se confunden con él. El texto completo del Dictamen puede consultarse en la siguiente base de datos del *Boletín Oficial del Estado* [http://www.boe.es/g/es/iberlex/bases\\_datos/ce.php](http://www.boe.es/g/es/iberlex/bases_datos/ce.php)

<sup>538</sup> En *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Civitas, Madrid, 1989.

<sup>539</sup> *Ibidem*, pág. 79. Señala el autor que para definir el concepto de las grandes instituciones jurídicas que ordenan la vida social, es necesario penetrar en los círculos más próximos a la expresión de la idea objetiva. Es decir, se trata de buscar el concepto a través de las reglas jurídicas que, además de ser voluntad subjetiva del legislador, adquieren objetividad en tanto expresión de dicha voluntad. Pero, evocando a Hauriou, recuerda que esas reglas no expresan el contenido positivo de la idea directriz de la institución. Las formas a través de las cuales se expresa la idea directriz de la institución son morales o intelectuales, y si deviene jurídica lo hace a través de principios superiores del Derecho. Y si esto puede ser predicado de cualquier institución, con mayor motivo de la Seguridad Social, sobre todo porque no responde a las categorías jurídicas tradicionales.

Pero, según APARICIO TOVAR, en el caso de la Seguridad Social, recurrir al Derecho ordinario para establecer el núcleo protegido de la institución no está exento de dificultades —basta pensar en el gran número de normas dispersas que regulan la materia— que provocan inseguridad, cuando, por el contrario, lo que se persigue es la continuidad y la estabilidad de la institución. Para delimitar la imagen maestra de la Seguridad Social APARICIO TOVAR opta por buscar los principios que están detrás de la legislación, de las decisiones jurisprudenciales y de las construcciones doctrinales en torno a esta institución. Estos principios, que conforman la Seguridad Social como una realidad de trascendencia y valor universal, son, a juicio del autor, el dinamismo, la solidaridad, la publicidad, la obligatoriedad, la exigibilidad de las prestaciones y la igualdad.

También el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 37/1994, de 10 de febrero<sup>540</sup>, ha sido muy claro al establecer que la Seguridad Social se configura como una garantía institucional.

---

<sup>540</sup> Con esta Sentencia el Tribunal Constitucional resuelve varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Palma de Mallorca y por el Juzgado de lo Social de Gáldar (Gran Canaria) con relación al artículo 129.1 de la Ley General de Seguridad Social en su nueva redacción conforme al Real Decreto-ley 5/1992, de 21 de julio, y a la Ley 28/1992, de 24 de noviembre. Este artículo impone al empresario la obligación de asumir el pago de una parte del subsidio por incapacidad transitoria en caso de enfermedad común o accidente no laboral.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Mallorca considera que este precepto vulnera el artículo 41 de la Constitución, ya que impone al empresario la obligación de asumir el pago de una parte de la prestación prevista en nuestro sistema de Seguridad Social en los casos de incapacidad transitoria por riesgos comunes. Se establece un sistema de responsabilidad empresarial contrario a la naturaleza pública del Sistema de Seguridad Social tal como está diseñado en el artículo 41. Trasladar esta responsabilidad al empresario sería propio de los sistemas asegurativos privados que han sido ya superados y son incompatibles con la Constitución y con la Ley General de Seguridad Social.

El Juzgado de lo Social de Gáldar plantea también varias cuestiones de inconstitucionalidad al considerar que la nueva redacción del artículo 129.1 de la Ley General de Seguridad Social vulnera los artículos 41 y 96 de la Constitución Española. El artículo 41 se vulnera por tres razones. Primero, porque se está produciendo una privatización parcial del régimen al imputar en exclusiva al empresario la responsabilidad de la prestación, ignorando el carácter público que por imperativo constitucional ha de tener el sistema de protección dispensado por la Seguridad Social; en segundo lugar, porque el empresario coopera con la Seguridad Social mediante la cotización sin que proceda gravarle con el abono

En esta Sentencia el Tribunal trata de establecer si el artículo 129.1 de la Ley General de la Seguridad Social es contrario al artículo 41 CE, ya que, según quienes plantean la cuestión de inconstitucionalidad, la citada norma, «privatiza» el régimen de la prestación al imponer al empresario la obligación de asumir el pago de una parte del subsidio de la Seguridad Social por incapacidad transitoria en caso de enfermedad común o accidente no laboral.

Para resolver esta cuestión, en primer lugar, el Tribunal Constitucional hace una síntesis de cuál ha sido su postura con relación al alcance de las obligaciones impuestas a los poderes públicos por el artículo 41 CE. Para la jurisprudencia constitucional este precepto recoge la evolución de los sistemas contemporáneos de Seguridad Social. La protección de los ciudadanos en

---

de prestaciones, lo que supondría retroceder en nuestro sistema hacia modelos de seguro privado; y por último, porque no se garantiza la tutela del trabajador ya que aunque se prevea la responsabilidad subsidiaria de la Administración sólo en los casos en los que no exista empresario, nada se dice para los casos en los que, por ejemplo, el empresario sea insolvente.

Admitida a trámite la cuestión, se persona en la causa el Abogado del Estado que considera constitucionalmente admisible la imposición a sujetos privados de fórmulas de cooperación económica con el sistema público de Seguridad Social. Si esa posibilidad se negase, se pondrían en cuestión los pilares de nuestro Sistema. El legislador cuenta con un amplio margen para configurar el sistema protector a que se refiere el artículo 41 de la Constitución. Esta libertad se refiere tanto a las modalidades de protección como al sistema de reparto de obligaciones. En este caso concreto no se niega la publicidad del sistema. La única dificultad que podría plantearse sería la eventual existencia de lagunas de protección. Pero esto se ha subsanado con una Circular del Instituto Nacional de Seguridad Social de 6 de octubre de 1992 que establece la responsabilidad subsidiaria del Estado. Por todo ello, solicita que se desestime la cuestión planteada. Según el Abogado del Estado, la fundamentación Juzgado de lo Social de Gádar se basa en una concepción teórica de lo que debiera ser un régimen público de Seguridad Social y no en el significado real del artículo 41 CE. El legislador tiene amplia libertad para configurar el cuadro de prestaciones y el de responsabilidades para hacer frente a las mismas. El carácter público de la Seguridad Social equivale a que sea regulado por normas de Derecho Público. Por lo tanto, las cuestiones deben de ser desestimadas.

De las tres cuestiones planteadas—la compatibilidad constitucional de una norma que impone a un sujeto privado la obligación del pago de una prestación de Seguridad Social exonerándose parcialmente a la Entidad Gestora, la presunta vulneración del artículo 96 CE por desconocer la obligaciones asumidas al ratificar el Convenio 102 de la OIT y la duda sobre la conformidad con la Constitución del precepto por dejar espacios sin protección en caso de insolvencia del empresario por falta de mecanismos de garantía— el Tribunal Constitucional se centra sólo en el análisis del artículo 129.1 de la Ley General de Seguridad Social y su compatibilidad con el artículo 41 CE, excluyendo de su examen las dos cuestiones restantes.



situaciones de necesidad es una función del Estado. Esto significa que se ha roto la correspondencia cotización-prestación propia de los seguros privados.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional afirma que el artículo 41 CE impone a los poderes públicos la obligación de establecer<sup>541</sup> un sistema de protección que responda a las características técnicas de cobertura propias de un sistema de Seguridad Social. En palabras del Tribunal Constitucional:

«... el referido precepto [artículo 41 CE] consagra en forma de garantía institucional un régimen público “cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo...un núcleo o reducto indisponible por el legislador”[STC 32/1981, F.J. 3º] de tal suerte que ha de ser preservado “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”[SSTC 26/1987, F.J. 4º y 76/1988, F.J. 4º ]»

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional reconoce, invocando dos de sus principales Sentencias en la materia —la Sentencia 32/1981, sobre la autonomía local y la Sentencia 26/1987, sobre el derecho a la educación— que en el artículo 41 CE se contempla una institución, la Seguridad Social, garantizada constitucionalmente. Pero nuestro Alto Tribunal no se limita a declarar la existencia de una garantía institucional, sino que añade que estamos además ante un derecho de configuración legal, de tal manera que, salvado un reducto indisponible, el legislador tiene total libertad para determinar el alcance de la acción protectora. De nuevo en la jurisprudencia constitucional se identifican derechos, en este caso un derecho social, y garantías institucionales.

Quienes plantean la cuestión de inconstitucionalidad consideran que el hecho de que la obligación de abonar la prestación recaiga sobre el empresario, y no sobre los poderes públicos, supone una dejación de sus obligaciones cuyo

---

<sup>541</sup> El artículo 41 dice exactamente que «Los poderes públicos *mantendrán* un régimen público de Seguridad Social [...]». Esta diferencia semántica entre *establecer* y *mantener* pudiera parecer irrelevante, pero no es así. El actual sistema de Seguridad Social no se crea *ex novo*, sino que es legatario de la tradición anterior a 1978.

fundamento está en la propia Constitución y que el legislador ordinario no puede modificar.

El Tribunal Constitucional hace suyas las palabras del Abogado del Estado y establece que la existencia de una garantía institucional que proteja el actual Sistema de Seguridad Social no significa que su regulación sea inamovible. La flexibilidad de la Constitución impide hablar de un modelo único de Seguridad Social. Lo que impone la garantía institucional del sistema de Seguridad Social es el respeto de aquellas características que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social. Y uno de esos rasgos distintivos es el carácter público. Pero, como indica el Tribunal Constitucional, este carácter público se refiere al sistema en su conjunto. Que se regulen formas de responsabilidad privadas no afecta a la imagen maestra de la institución.

Si, como acabamos de ver, tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten que el sistema de Seguridad Social se beneficia de la especial protección que otorga la garantía institucional, cabría preguntarse si es posible aplicar esta categoría al actual sistema de salud pública. O recurriendo a la expresión utilizada por GALLEGO ANABITARTE<sup>542</sup>, ¿es el Sistema Nacional de Salud una institución garantizada constitucionalmente? Y, si así fuera, ¿cuál es el alcance de dicha protección?

En nuestra opinión el Sistema Nacional de Salud sí es una institución garantizada constitucionalmente que goza, por lo tanto, de la especial hegemonía que otorga la Norma suprema.

Una de las mayores dificultades con la que nos hemos encontrado en nuestra investigación ha sido, precisamente, la omisión de toda referencia directa al Sistema Nacional de Salud en el texto constitucional. En efecto, no existe artículo alguno en la Constitución española donde aparezca

---

<sup>542</sup> A.GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías institucionales:...*, *op. cit.*, *passim*.

expresamente recogida la institución que nos ocupa. Éste sería un argumento suficiente para rebatir la idea del Sistema Nacional de Salud como institución garantizada constitucionalmente.

Sin embargo, y a pesar del aparente silencio, la idea de la institución sí está presente en el texto de 1978 bajo la expresión *salud pública* del artículo 43.2 CE. Cuando el constituyente utiliza esta fórmula se está refiriendo, a nuestro entender, no a la salud colectiva, sino a aquella organización de carácter social y jurídico que en la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 recibe el nombre de Sistema Nacional de Salud. Así pues, la Constitución española reconoce el derecho a la asistencia sanitaria y atribuye a los poderes públicos la competencia de organizar y tutelar un sistema público de salud.

Además de la ausencia de un reconocimiento expreso, se nos plantea un segundo problema, al que dedicamos especial atención en la Parte II de esta Tesis: la delimitación y diferenciación del Sistema Nacional de Salud de otras instituciones, en concreto del sistema de Seguridad Social. Aunque la aparición del Sistema Nacional de Salud como tal sea relativamente reciente, se trata, no obstante, de una institución con raíces históricas. Con relación a la protección de la salud individual, esta institución se construye sobre la base subjetiva y prestacional de la Seguridad Social, aunque con posterioridad se haya producido la separación de la asistencia sanitaria del núcleo de la Seguridad Social y su integración definitiva en el seno del Sistema Nacional de Salud.

El intrincado proceso de escisión de la asistencia sanitaria del seno de la Seguridad Social y las reticencias que este hecho aún suscita en un amplio sector de la doctrina, se deben, en esencia, a que la asistencia sanitaria ocupa, todavía hoy, un espacio de intersección en el que confluyen tanto la normativa de la Seguridad Social como las nuevas normas reguladoras del Sistema Nacional de Salud. La solución sería, como prevé la Disposición Final 2ª de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, refundir y armonizar toda la legislación sobre asistencia sanitaria e integrarla en el marco del Sistema Nacional de Salud, junto con las prestaciones destinadas a proteger la salud

como bien colectivo. De este modo, la asistencia sanitaria, excepto la Sanidad laboral, se desarrollaría al amparo del Sistema Nacional de Salud, al margen de la Seguridad Social que se encargaría, esencialmente, de las prestaciones de índole económica.

En cuanto a la imagen maestra de *salud pública*, ésta se materializa a través un complejo entramado de normas que la delimitan y la distinguen. Como ya señaló el Tribunal Constitucional, para el caso de la autonomía local en el F.J. 3º de su Sentencia 32/1981, de 28 de junio, la imagen comúnmente aceptada de la institución, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena medida por las normas que en cada momento la regulan, y la aplicación que de las mismas se hace. Así, para establecer cuáles son los rasgos esenciales del Sistema Nacional de Salud como institución garantizada constitucionalmente, hemos de acudir a la legislación de desarrollo.

No hace falta indagar mucho en la abundante normativa que se ha dictado en torno a esta institución para trazar sus rasgos maestros. La propia Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986, en los artículos 44, 45 y 46, enumera de modo muy descriptivo sus características.

Los artículos 44 y 45 de la Ley General de Sanidad definen el Sistema Nacional de Salud como el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas que integran todas las funciones y prestaciones sanitarias para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud. Por su parte, el artículo 46 de la Ley General de Sanidad reconoce, expresamente, como características fundamentales del Sistema Nacional de Salud: «a) La extensión de sus servicios a toda la población; b) La organización adecuada para prestar una atención integral a la salud, comprensiva tanto de la promoción de la salud y prevención de la enfermedad como de la curación y rehabilitación; c) La coordinación y, en su caso, la integración de todos los recursos sanitarios públicos en un dispositivo único; d) La financiación de las obligaciones derivadas de esta Ley se realizará mediante recursos de las Administraciones

Públicas, cotizaciones y tasas por la prestación de determinados servicios; e) La prestación de una atención integral de la salud procurando altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados.»

De estos preceptos se pueden deducir cuatro rasgos que perfilan, a nuestro entender, la imagen esencial del Sistema Nacional de Salud. Es una institución universal, que extiende sus servicios a toda la población; es una institución de Derecho público; es una institución integral, ya que, además de aspirar a reunir en su seno todos los servicios sanitarios, aúna tanto prestaciones de carácter preventivo como curativo, dirigidas a proteger la salud individual y colectiva; y, por último, es una institución descentralizada, puesto que las CC.AA asumen un papel esencial en la organización del sistema sanitario.

La imagen maestra de la institución y su funcionamiento efectivo se preservan por la Constitución española mediante la técnica de la garantía institucional. El carácter evolutivo y cambiante de esta institución corrobora la opinión manifestada por GALLEGO ANABITARTE: el concepto de *garantía institucional*, tendría que ser sustituido por un concepto genérico que permitiera la modificación y adaptación de la *institución garantizada constitucionalmente* a las nuevas circunstancias<sup>543</sup>. Este concepto más dinámico se puede aplicar al actual Sistema Nacional de Salud, como una institución fruto de la evolución histórica y normativa de la protección de la salud en España y de su posterior constitucionalización bajo la idea de *salud pública*.

En este sentido, constituye un elemento esencial del orden social y jurídico, un pilar básico del Estado social que forma parte de su complejo institucional. Como señala PEMÁN GAVÍN<sup>544</sup>, la asistencia sanitaria pública se

---

<sup>543</sup> A. GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pág. 85.

<sup>544</sup> *Vid.* J. PEMÁN GAVÍN, “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes”, en las *Actas del IX Congreso “Derecho y Salud”*, celebrado en Sevilla, del 15 a 17 de noviembre, de 2000, en torno al tema *Cambios en el Derecho*

configura como uno de los exponentes más claros de la idea de «procura existencial» elaborada por FORSTHOFF, siendo en el ámbito de la salud y su tutela donde mejor se observan los cambios que se han sucedido a lo largo del siglo XX en la relación entre el Estado y la sociedad.

---

*sanitario: ¿la respuesta adecuada?*, págs. 91 a 132. Una versión resumida de este trabajo se publicó en la *Revista de Administración Pública*, núm. 156, 2001, págs. 101 a 154.

## **CAPÍTULO II.- EL PROCESO DE FORMACIÓN Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD**

*Introducción. 1. La situación preconstitucional. 2. Las previsiones de la Constitución española de 1978 en torno a un posible modelo sanitario. 3. El proceso de separación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y su inclusión en el Sistema Nacional de Salud. La elección del modelo sanitario en la Ley General de Sanidad de 1986. Cuestiones pendientes.*





## INTRODUCCIÓN

Como hemos tenido ocasión de examinar en el Capítulo precedente, la constitucionalización de determinadas instituciones conlleva el reconocimiento de sus rasgos jurídicos y sociales más significativos y la concesión de una tutela reforzada frente a posibles modificaciones arbitrarias de su imagen maestra. La ciencia jurídica alemana denominó a esta especial protección *garantía institucional*. La teoría de las garantías institucionales penetró en España a través de la doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que la aplicó, indistintamente, a los derechos fundamentales y a algunas instituciones consagradas en nuestra Norma Fundamental.

Admitida la vigencia actual de esta categoría jurídica, con las limitaciones señaladas, en las páginas que siguen trataremos de demostrar cómo el constituyente, al declarar en el artículo 43.2 CE que «compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios», está reconociendo la existencia de una institución garantizada constitucionalmente: la salud pública. Con esta expresión se refiere, a nuestro entender, no a la salud colectiva, sino a aquella organización de carácter social y jurídico, íntimamente vinculada a valores y principios como la dignidad humana y la igualdad material, cuya finalidad es la protección integral de la salud. La Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 denomina a esta organización *Sistema Nacional de Salud*.

El SNS a pesar de su moderna configuración, se vincula estrechamente a otra de las instituciones más importantes del Estado social de Derecho: el sistema de Seguridad Social. Tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional han admitido que la Seguridad Social es una institución dotada

de una especial hegemonía derivada de la Constitución Española de 1978 a través de la figura de la garantía institucional<sup>545</sup>.

La enfermedad, laboral y común, ha sido durante décadas una contingencia cubierta por la Seguridad Social. La promulgación de la Constitución y la posterior aprobación en 1986 de la Ley General de Sanidad marcaron el inicio de un lento proceso de escisión de la asistencia sanitaria del marco general de la Seguridad Social. Este proceso, que ha generado discrepancias y dudas, ha concluido, en primer lugar, con la asunción de las competencias en materia sanitaria por todas las Comunidades Autónomas y el consiguiente traspaso de los servicios y funciones del Instituto Nacional de la Salud a los servicios de salud autonómicos<sup>546</sup>. Y en segundo lugar, con la entrada en vigor de un nuevo modelo en el que la sanidad se integra en la financiación general de cada Comunidad Autónoma<sup>547</sup>.

No obstante, a pesar de los cambios legislativos introducidos, ni la sociedad ni una parte —si bien minoritaria— de la comunidad científica distinguen con nitidez ambas instituciones. Incluso el propio legislador se ha mostrado vacilante y, aún hoy, podemos encontrar normas de reciente aparición en las que de manera equívoca se utiliza la expresión «asistencia sanitaria de la Seguridad Social».

---

<sup>545</sup> Véase la STC de 10 de febrero de 1994 (BOE de 17 de febrero de 1994) y los trabajos de J. APARICIO TOVAR *La Seguridad Social y la protección de la salud*, *op. cit.*, págs. 66 a 135 y de M. CARDENAL CARRO, “La Seguridad Social en la Constitución vista por el Tribunal Constitucional”, en *Aranzadi Social*, vol. V, Parte Tribuna, 1999, págs. 209 a 258.

<sup>546</sup> Como tendremos ocasión de analizar más adelante, el 1 de enero de 2002 se culminó el proceso de transferencias de servicios, centros y funciones del Instituto Nacional de Salud —ente gestor de la Seguridad Social— a los servicios de salud de las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE.

<sup>547</sup> El Título VI de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía (BOE núm. 313 de 31 diciembre 2001), modifica el artículo 82 de la Ley General de Sanidad que queda redactado como sigue: «La financiación de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social transferidos a las Comunidades Autónomas se efectuará según el Sistema de financiación autonómica vigente en cada momento [...]»

Pasemos sin más preámbulos a exponer el complejo proceso de formación del Sistema Nacional de Salud. Este proceso no está exento de dificultades que, como veremos, inciden directamente en la conformación actual de esta institución.

### **1. LA SITUACIÓN PRECONSTITUCIONAL**

Hemos dicho que la salud pública consagrada en el artículo 43.2 CE es una institución jurídicamente organizada y socialmente arraigada con profundas raíces históricas. Para perfilar los rasgos distintivos y la imagen maestra del Sistema Nacional de Salud es conveniente hacer un rápido repaso a los precedentes legales de esta institución.

Como hemos señalado en la Parte I de esta Tesis, la intervención del Estado en materia sanitaria ha tenido históricamente dos vertientes, una colectiva y otra individual, contando cada una de ellas con una legislación e instituciones propias. Ambas vertientes han evolucionado de forma independiente y sin apenas conexión hasta muy avanzado el siglo XX.

La asistencia sanitaria individual de quienes no podían acceder a la medicina privada con sus propios recursos económicos corrió, en un primer momento, a cargo de las instituciones religiosas, siendo asumida posteriormente por el Estado mediante la Beneficencia pública. También se crearon sistemas de previsión voluntaria a través de Mutualidades y Sociedades de Socorro Mutuo que dieron paso, años más tarde, a los Seguros Sociales obligatorios, más adecuados para resolver las situaciones de necesidad. Los Seguros Sociales aunaban los esfuerzos de todos los sectores involucrados en el proceso de producción —trabajadores y empresarios— para dar cobertura a las prestaciones económicas y asistenciales derivadas de los riesgos del trabajo. La obligatoriedad de estos Seguros, rasgo imprescindible para su efectividad, era viable únicamente mediante la intervención del Estado, que garantizaba su

funcionamiento a través de organismos como el Instituto Nacional de Previsión, creado en 1908.

De la serie de Seguros Obligatorios creados en España en la primera mitad del siglo XX<sup>548</sup>, a nosotros nos interesa desatacar el Seguro Obligatorio de Enfermedad, introducido por la Ley de 14 de diciembre de 1942. Este seguro se define como «un seguro social organizado como servicio público técnicamente estructurado que imponiendo determinadas obligaciones a trabajadores y empresario, tiene por objeto satisfacer de una manera regular y continua las necesidades médico-farmacéuticas de los asegurados y sus familiares, en caso de anormalidad en la salud y de indemnizar proporcionalmente la pérdida de salario o sueldo del trabajador en caso de incapacidad para el trabajo»<sup>549</sup>. Sin embargo, el artículo 2 de esta Ley deja fuera de la cobertura sanitaria la asistencia derivaba de los accidentes de trabajo, que es regulada por la Ley de accidentes de trabajo de 1900.

Los Seguros Sociales, en un intento de coordinación y de unificación, evolucionan hacia los sistemas de Seguridad Social<sup>550</sup>. La Justificación y

---

<sup>548</sup> En el año 1900 se aprueba la Ley de accidentes de trabajo; en 1919 el seguro obligatorio de vejez y el seguro de paro forzoso; en 1929 el seguro obligatorio de maternidad; en 1947 el seguro obligatorio de vejez e invalidez; en 1956 se aprueba la nueva Ley de accidentes de trabajo y en 1961 el Seguro Nacional de Desempleo.

<sup>549</sup> *Vid.* E. SERRANO GUIRADO, *El Seguro de Enfermedad y sus problemas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1950, pág. 93. Los fines de este seguro eran la prestación de asistencia sanitaria en caso de enfermedad y de maternidad, la indemnización económica por la pérdida de retribución sufrida por el asegurado y derivada de la enfermedad o de la maternidad, la indemnización en caso de maternidad, la indemnización por gastos funerarios al fallecer el asegurado y la práctica de las funciones de medicina preventiva que le correspondan. Estaban obligados a asegurarse todos los productores —tanto por cuenta propia como por cuenta ajena— económicamente débiles, mayores de catorce años (artículos 3, 4 y 5), siendo beneficiarios los asegurados y sus familiares (artículo 8). Las prestaciones a cargo del Seguro eran la asistencia de medicina general, farmacia e indemnización económica por enfermedad. Los recursos para atender las cargas del Seguro estaban constituidos por las aportaciones del Estado, las primas abonadas por los trabajadores y empresarios, las subvenciones donativos y legados y las rentas de los bienes propios del Seguro (artículo 33).

<sup>550</sup> Sobre la noción y evolución de la Seguridad Social véase por todos M. ALONSO OLEA, *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1998, 16ª ed. revisada, págs. 19 a 51. Un estudio ya clásico sobre la base teórica de la Seguridad Social se elaboró en 1954 por el

Directrices de la Ley de Bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963, dice que «conseguida ya la cobertura de los riesgos básicos, comunes y profesionales [...] parece llegado el momento de operar el tránsito de un conjunto de Seguros Sociales a un sistema de Seguridad Social. Con ello se va más allá de la simple sistematización y ajuste de los regímenes ya establecidos». Como indica ALARCÓN CARACUEL, el legislador parecía ser consciente de la diferencia entre un sistema de Seguros Sociales y la Seguridad Social<sup>551</sup>.

Esta Ley dedica su Base 6ª a la Asistencia Sanitaria, que se desarrolla, poco tiempo después, en el Capítulo IV del Título II del Texto Articulado de la Ley de Seguridad Social, de 21 de abril de 1966. De este modo se integran en un mismo cuerpo legal la asistencia sanitaria destinada a atender la enfermedad común y la asistencia sanitaria para los casos de enfermedad laboral y accidentes de trabajo.

Desde este momento, la asistencia sanitaria se reconoce como prestación independiente de las prestaciones económicas, pero siempre en el marco general del sistema de Seguridad Social. Lo mismo ocurrirá en el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974<sup>552</sup>, que dedica el Capítulo IV del Título II a la Asistencia Sanitaria.

Esta regulación se mantiene hasta que el Real Decreto-Legislativo 1/1994, por el que se aprueba el actual Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, excluye de su articulado el Capítulo destinado a la asistencia sanitaria. Más adelante explicaremos en qué consiste este cambio trascendental.

---

italiano A. VENTURI, *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994.

<sup>551</sup> *Vid.* M.R. ALARCÓN CARACUEL, *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, 1999, pág. 38.

<sup>552</sup> En él se refunden el Texto Articulado de 1966 y la Ley de Financiamiento y Perfeccionamiento de la Seguridad Social, de 21 de junio de 1972.

Hasta aquí lo que se refiere a la asistencia sanitaria individual. Paralelamente, se ha desarrollado la tutela de la salud colectiva. En efecto, el Estado se ha ocupado de proteger la salud llevando a cabo tareas de policía sanitaria, siendo ésta una función de carácter estrictamente preventivo que tradicionalmente se denominó *Salud pública*<sup>553</sup>.

Como indica MUÑOZ MACHADO<sup>554</sup>, los servicios de la Administración destinados a la protección de la salud colectiva experimentarán en la primera mitad del siglo XX un gran desarrollo y una gran dispersión de sus competencias. Además de regular las profesiones sanitarias, controlar las enfermedades transmisibles y la Sanidad exterior, la actividad sanitaria pública, sin salirse de lo estrictamente preventivo<sup>555</sup>, asume las funciones de control del estado sanitario de las ciudades, creación de establecimientos para la investigación y tratamiento de enfermedades socialmente trascendentes. La expansión de la actividad sanitaria hace que proliferen nuevas instituciones como la Escuela Nacional de Sanidad en 1924, la Liga Española contra el Cáncer en 1930 o el Instituto Nacional de Venereología en 1933. Pero, por otro lado, el carácter unitario de la Sanidad se rompe y las tradicionales funciones preventivas se dispersan y son asumidas por las diferentes Administraciones Públicas<sup>556</sup>.

Ante la preocupación por las deficiencias de las que adolecía el sistema, la extensión de los servicios sanitarios y la necesidad de reorganizar la sanidad

---

<sup>553</sup> Para un estudio pormenorizado del sistema de Salud pública en España, véase por todos la obra ya citada del profesor S. MUÑOZ MACHADO, *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, en concreto las págs. 15 a 81.

<sup>554</sup> *Ibidem* págs. 68 a 73

<sup>555</sup> Señala el autor, *ibidem*, pág. 68, que aunque «se establezcan servicios prestadores de asistencia, ésta se ordena al fin último de proteger la salud pública, atendándose al ciudadano en concreto sólo por razón a la importancia que su enfermedad tiene para el mantenimiento de la salud de toda la colectividad».

<sup>556</sup> Por ejemplo, cita A. MUÑOZ MACHADO, *ibidem*, págs. 72 y 73, entre otros los casos del Ministerio de Gracia y Justicia que perfecciona la Sanidad carcelaria y reorganiza el personal sanitario al servicio del Ministerio que pasa a denominarse Médicos forenses y de las prisiones preventivas; o el Ministerio de Instrucción Pública, que crea el cuerpo de Inspección Sanitaria de Locales y Alumnado.

nacional, el 25 de noviembre de 1944 se aprueba la Ley de Bases de Sanidad Nacional. Se trata, como señala MUÑOZ MACHADO, de una ley de principios cuyo mayor defecto fue la falta de conexión con la Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedad de 1942<sup>557</sup>.

En efecto, la separación, por un lado, entre la protección de la salud colectiva, articulada en la Ley de Sanidad Nacional de 1944, y la asistencia sanitaria individual por otro<sup>558</sup>, es una constante que se prolongará hasta la aprobación de la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986. Ley que, como veremos, reúne en un solo cuerpo normativo todas las prestaciones destinadas a la tutela integral de salud en su dimensión individual y colectiva.

Este es, a grandes rasgos, el panorama legislativo en materia de asistencia sanitaria individual y protección de la salud pública. Pero, ¿qué ocurría a nivel constitucional? La Constitución de la Segunda República mantuvo unidas en su artículo 46 las prestaciones económicas y la asistencia sanitaria<sup>559</sup>.

Durante la dictadura franquista la situación no cambia. Tanto el Fuero del Trabajo de 1938 como el Fuero de los Españoles de 1945 consideran la

---

<sup>557</sup> *Ibidem* pág. 82.

<sup>558</sup> Este tipo de asistencia fue regulada, en primer lugar, en la Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedad de 1942 y después en el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974.

<sup>559</sup> El artículo 46 establecía lo siguiente:

«El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes.

La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidentes, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el extranjero; las instituciones de cooperación, la relación económico-jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores.»

asistencia sanitaria como una prestación más a la que tenía derecho el trabajador asegurado. Sin embargo, en 1958, la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento estableció por separado « [...] el derecho a los beneficios de la asistencia y seguridad sociales» (Principio IX) y el compromiso del Estado de «perfeccionar la salud física y moral de todos los españoles...» (Principio XII).

De todo lo dicho hasta ahora se concluye, tal como señala MUÑOZ MACHADO, que en el momento de elaborarse la Constitución en España existía ya un sistema sanitario que adolecía de una serie de defectos. En primer lugar, estaba en vigor la mencionada Ley de Sanidad, de 25 de noviembre de 1944, cuyo desarrollo se había efectuado a través de un gran número de normas reglamentarias. Este desarrollo incontrolado supuso la deslegalización de la materia y la configuración de un ordenamiento jurídico sanitario muy amplio, siendo necesaria la refundición de los textos en vigor y la determinación de los principios informadores del sistema.

En segundo lugar, con relación a las intervenciones de los poderes públicos en la protección de la salud colectiva, hay que destacar la ausencia de normas que garantizaran los derechos individuales frente a las injerencias estatales. Por lo que se refiere a la asistencia sanitaria individual, la transformación de los seguros sociales en un sistema de Seguridad Social supuso no sólo la ampliación de la cobertura, sino también una mayor complejidad organizativa. La Seguridad Social, además de recurrir a los establecimientos sanitarios públicos y privados existentes mediante convenios o concertos, creó una organización propia que se sumó a la red hospitalaria estatal, provincial y municipal<sup>560</sup>.

Unas semanas antes de aprobarse la Constitución, el 16 de noviembre de 1978, se suprime el Instituto Nacional de Previsión y se crean las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, Salud y Empleo, adscritas al Ministerio de

---

<sup>560</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *La formación y la crisis...*, *op. cit.*, págs. 87 a 90.



Sanidad y Seguridad Social<sup>561</sup>. Entre las nuevas entidades se encuentra el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD)<sup>562</sup>. Entre las funciones que éste ha desempeñado cabe destacar la administración y gestión de los servicios sanitarios, la ejecución de la política para la asistencia médica y sanitaria y para la promoción de la salud, el desarrollo y ejecución de las actividades precisas para hacer efectivos los servicios, la garantía de las prestaciones sanitarias, la gestión, administración del personal, centros, servicios y establecimientos sanitarios, la coordinación funcional de las actividades de las instituciones públicas o privadas mediante el establecimiento de acuerdos, conciertos o fórmulas de gestión integradas y el fomento de la investigación sanitaria.

En definitiva, el sistema sanitario público preconstitucional se caracterizaba por la separación entre salud colectiva y salud individual, por la inclusión de la asistencia sanitaria en el marco institucional y conceptual de la Seguridad Social, por la dispersión de competencias y por la falta de coordinación entre los distintos servicios. Este hecho, como veremos a continuación, ha dificultado en gran medida la interpretación del texto constitucional de 1978.

## **2. LAS PREVISIONES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 EN TORNO A UN POSIBLE MODELO SANITARIO.**

La situación arriba descrita no se resolvió con la promulgación de la Constitución, pues en el texto de 1978 no se dirime de forma concluyente la polémica sobre las relaciones entre Seguridad Social, asistencia sanitaria individual y salud pública, y ello a pesar del gran número de artículos

---

<sup>561</sup> Real Decreto Ley 36/1978 de 16 de noviembre, sobre Gestión institucional de la seguridad social, la Salud y el Empleo.

<sup>562</sup> Por Real Decreto 1855/1979, de 30 de julio, del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social se regula la estructura y competencias del INSALUD con sujeción a los principios de simplificación, racionalización, economía de costes, eficacia social y descentralización, encomendándole el desarrollo y ejecución de servicios y prestaciones de medicina preventiva, promoción de la salud, asistencia sanitaria y medicina comunitaria.

dedicados a esta cuestión. Hubo que esperar casi una década hasta el inicio del proceso de transformación definitiva del complejo entramado sanitario heredado de épocas anteriores.

Una primera lectura de los preceptos constitucionales relacionados con la salud y su tutela suscita muchas dudas sobre la intención real del constituyente con relación a un posible modelo sanitario. Se podría pensar que, al regular la Seguridad Social (artículos 41 CE y 149.1.17ª CE) y el derecho a la protección de la salud (artículo 43.1 CE) en preceptos diferentes, se quiso escindir la asistencia sanitaria de las prestaciones de la Seguridad Social y crear un sistema de salud independiente. Sin embargo, teniendo en cuenta los antecedentes normativos que acabamos de esbozar, esta interpretación no resulta ni pacífica ni unánime.

En efecto, la conexión, entre los artículos 41 CE y 43 CE ha sido ampliamente tratada por la doctrina, que se ha debatido entre varias opciones. Una de las posibles soluciones sería la de considerar que la Seguridad Social incluye las prestaciones económicas y las sanitarias, tanto en su vertiente individual como colectiva. Otra posible interpretación consistiría en configurar un sistema sanitario independiente que abarcara todas las prestaciones sanitarias al margen del sistema de Seguridad Social, dando cobertura únicamente a las prestaciones económicas. Finalmente, una vía intermedia permitiría que las prestaciones económicas y la asistencia sanitaria individual formasen parte de la Seguridad Social, y que la protección de la salud colectiva fuera llevada a cabo en el marco de un sistema autónomo.

Entre los primeros comentaristas de estos preceptos destaca ALZAGA VILLAAMIL, quien considera que existe una superposición entre el régimen público de la Seguridad Social y las prestaciones mencionadas en el artículo 43.2 CE. Hubiese sido preferible, según este autor, que ambos artículos se hubiesen refundido en uno solo, sobre todo si se tiene en cuenta que el

artículo 41 CE es el corolario del reconocimiento del derecho a la protección de la salud<sup>563</sup>.

GARRIDO FALLA considera obvia la relación temática entre ambos artículos y no entiende muy bien los motivos de esta regulación por separado. El derecho a la protección de la salud del artículo 43.1 CE incluye la asistencia sanitaria que, según él ha sido, hasta la aprobación de la Constitución, el rasgo distintivo de la Seguridad Social. Sin embargo, concluye el autor, la Constitución prejuzga claramente que se organice un servicio público para la tutela de la salud que incluya la asistencia sanitaria<sup>564</sup>.

Hay autores, como BARRADA RODRÍGUEZ, para quienes la Constitución Española de 1978 admite cualquiera de las tres alternativas arriba enunciadas. El citado autor observa que de la lectura conjunta de los artículos 41 CE y 43 CE pueden derivarse diversos modelos, todos ellos factibles en el marco constitucional. En primer lugar, se podría interpretar que el artículo 43 CE es un desarrollo del artículo 41 CE. En este caso, las prestaciones sanitarias quedarían comprendidas en el ámbito de la Seguridad Social. En segundo lugar, el hecho de que el constituyente haya recogido en normas separadas ambas materias, invita a pensar que se trata de ámbitos diferentes. Por último, también podría entenderse que ciertos aspectos de la protección de la salud están incluidos en la Seguridad Social<sup>565</sup>.

De la misma opinión es BORRAJO DACRUZ, para quien la falta de concreción en la redacción de estos artículos permite varias interpretaciones al respecto<sup>566</sup>. Este autor se detiene en el estudio detallado de expresiones

---

<sup>563</sup> Vid. O. ALZAGA VILLAAMIL, *La Constitución Española de 1978*, Ed. Faro, Madrid, 1978, págs. 318 y sigs.

<sup>564</sup> Vid. F. GARRIDO FALLA, “Artículo 41 CE” y “Artículo 43.1 y 2 CE”, en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, págs 550 a 503 y 489 a 492.

<sup>565</sup> Vid. BARRADA RODRÍGUEZ, “Los derechos de la Seguridad Social en la Constitución de 1978”, en *Revista de la Seguridad Social*, núm. 2, 1979, pág. 66.

<sup>566</sup> Vid. E. BORRAJO DA CRUZ, “Artículo 43. Protección de la salud”, en *Comentarios a las Leyes Políticas* dirigidos por O. ALZAGA VILLAAMIL, Tomo IV, 1983, págs 149 a 196.

polisémicas utilizadas por el constituyente, como «salud», «salud pública» o «asistencia sanitaria». Analiza, en primer lugar, el artículo 43.1 CE, en el que se reconoce el derecho a la protección de la *salud* en su sentido más amplio, es decir, tanto en su vertiente individual como colectiva<sup>567</sup>. Mayores dificultades plantea el párrafo segundo del artículo 43 CE, en el que se afirma que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la *salud pública* a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Una interpretación restrictiva de la expresión *salud pública* conduce a BORRAJO DACRUZ a considerar que se refiere sólo al bien colectivo, y no a la asistencia sanitaria individual. Pese a lo restrictivo de esta interpretación del artículo 43.2 CE, el autor reconoce la relación inseparable que existe entre la salud individual y la colectiva. De ahí que considere que la limitación del artículo 43.2 CE a la salud colectiva se explica porque hay otros artículos que tienen un contenido *ampliado*, pues no parece aceptable que se deje fuera del ámbito de los derechos sociales el derecho a la asistencia sanitaria. Ese contenido *ampliado* del que habla BORRAJO DACRUZ se encuentra en el artículo 41 CE bajo el concepto de *asistencia*.

MUÑOZ MACHADO no comparte esta idea. Ni siquiera apelando a los antecedentes del artículo 43 CE —donde no se habla salud pública, sino de *sanidad e higiene*— se puede defender una interpretación restrictiva del concepto de *salud pública*, dado que el artículo 43 CE obliga a los poderes públicos a organizar servicios sanitarios que abarquen prestaciones de carácter preventivo, curativo, rehabilitador, educativo, etc.<sup>568</sup>

---

Esta opinión ya aparece recogida en otro trabajo del autor bajo el título “El derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social”, en *Revista de la Seguridad Social*, núm. 8, 1980, pág. 26.

<sup>567</sup> Vid. “El derecho a la asistencia...”, *op. cit.*, pág. 18.

<sup>568</sup> Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *La integración, la reforma...*, *op. cit.*, pág. 96. El autor hace suya la definición de salud pública a la que nos hemos referido en páginas precedentes. Dicha definición fue invocada en el trámite de elaboración de la Constitución en el Senado por SÁNCHEZ CASTIÑEIRAS, para sustituir la expresión *sanidad e higiene* por la más moderna de *salud pública*. Vid. *Trabajos Parlamentarios*, *op. cit.*, pág. 3485.

Con relación al término *asistencia* del artículo 41 CE<sup>569</sup>, BORRAJO DACRUZ<sup>570</sup> explica que, o bien puede ser sinónimo de *acción protectora*, o bien puede aludir a la *asistencia social pública* o, en una tercera acepción, a la *asistencia sanitaria*. Descarta el primer significado (*asistencia* como *acción protectora*) porque no existiría ninguna diferencia con la expresión a la que va unido en el precepto —«y prestaciones sociales» (artículo 41 CE)—, ya que las prestaciones son la forma característica de la acción protectora. En segundo lugar, si se considera que la palabra *asistencia* el Constituyente quiere decir *asistencia social pública*, significaría que la acción protectora de la Seguridad Social podría canalizarse, bien a través de un sistema de asistencia social financiado por impuestos del que se beneficiarían todos los ciudadanos, bien mediante un régimen previsional de carácter contributivo a favor de los cotizantes. Por último, en cuanto a la *asistencia* entendida como forma sincopada de *asistencia sanitaria*, ésta fue una idea que se introdujo —como recuerda el propio BORRAJO DACRUZ— en la Comisión del Senado, que propuso la siguiente redacción del artículo 41 CE: «Un régimen público de Seguridad Social garantizará las prestaciones sociales y sanitarias a todos los españoles, así como el seguro de desempleo». En definitiva, de la expresión «asistencia y prestaciones sociales» no se puede desprender que la *asistencia* sea sanitaria, ya que la asistencia sanitaria es una prestación social, y la redacción tendría que decir, en todo caso, *la asistencia y demás prestaciones sociales*.<sup>571</sup>

Ante la falta de concreción, BORRAJO DACRUZ estima que la asistencia sanitaria individual se puede dispensar, bien en el ámbito de un sistema sanitario unitario, en conexión con los servicios de salud pública, bien dentro de la Seguridad Social, como una prestación más junto a las de carácter

---

<sup>569</sup> Este precepto señala que «los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la *asistencia* y prestaciones sociales suficientes...».

<sup>570</sup> *Cfr.* “El modelo constitucional de Seguridad Social en España”, en *Revista de Trabajo*, núm. 65, 1982, pág. 31 y sigs.

<sup>571</sup> *Vid.* “El derecho a la asistencia sanitaria...”, *op. cit.*, pág. 26.

económico. Considera el autor que la Constitución es neutral a este respecto<sup>572</sup>.

Entre todas las alternativas posibles el autor parece inclinarse, finalmente, a favor de la separación jurídica, orgánica e institucional de la Sanidad y de la Seguridad social, aunque no excluye la adopción de un régimen mixto que disocie ambas instituciones, y que pueda incluir dentro de la Seguridad Social la prestación de la asistencia sanitaria. El artículo 43 CE atribuye genéricamente a los poderes públicos la organización de la salud. De ahí la consideración de BORRAJO DACRUZ de que existe un modelo mixto en el que la existencia de un sistema sanitario unitario sea compatible con el derecho a la asistencia sanitaria integrado en las prestaciones de la seguridad social.

Como ya apuntamos más arriba, las referencias directas a la materia sanitaria no se circunscriben sólo al Título I, sino que también se encuentran en el Título VIII de la CE, donde se describe el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

En efecto, las Comunidades Autónomas, de acuerdo con el artículo 148.1.21<sup>a</sup> CE, podrán asumir competencias en las materias de *sanidad e higiene*. El Estado, por su parte, tiene competencia exclusiva en materia de *Sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad* y legislación sobre productos farmacéuticos (artículo 149.1.16<sup>a</sup> CE). Así mismo, debe tenerse en cuenta el artículo 149.1.17<sup>a</sup> CE, en el que se recoge la competencia exclusiva del Estado en la legislación básica y régimen económico de la *Seguridad Social*, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas.

De nuevo nos encontramos, al igual que en el Título I, ante expresiones imprecisas y ambivalentes que dificultan la tarea de esclarecer, por un lado,

---

<sup>572</sup> *Ibidem, passim.*

cuáles son los rasgos de un posible modelo sanitario constitucionalizado y, por otro, en qué materia de las contempladas se incluye la *asistencia sanitaria*.

En el Título VIII de la Constitución parece consagrarse la ya tradicional separación en la legislación española de dos materias: la salud pública, en su acepción más clásica como salud colectiva, y la asistencia sanitaria individual. De ahí la referencia a la *salud e higiene* del artículo 148.1.21ª CE, al margen de los artículos 149.1.16ª y 149.1.17ª CE. A este respecto hay que recordar que en el Proyecto de Constitución el entonces artículo 39 —hoy artículo 43 CE— declaraba que «compete a los poderes públicos organizar y tutelar *la sanidad y la higiene*, a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.» Ya se ha dicho que la expresión *sanidad e higiene* se sustituyó por la de *salud pública*, que, a nuestro entender, comprende tanto la tutela de la salud colectiva como individual, así como acciones de tipo preventivo y curativo. Pero no ocurrió lo mismo con el artículo 148.1.21ª, que no se modificó y aún hoy mantiene su redacción inicial.

Por otro lado, el artículo 149.1.16ª CE se refiere a la *sanidad exterior* y a las bases y coordinación general de la *sanidad*, y el artículo 149.1.17ª a la materia *Seguridad Social* CE. Si la salud colectiva se ha relegado al artículo 148.1.21ª, ¿dónde ubicar la asistencia sanitaria? ¿dentro de la materia *sanidad* del artículo 149.1.16ª CE o —como se hizo históricamente— en el seno de la *Seguridad Social*, como una prestación más? A esta cuestión daremos respuesta más adelante, cuando tratemos con mayor detenimiento el carácter descentralizado del Sistema Nacional de Salud.

De lo dicho hasta ahora se deduce que la Constitución no fija un determinado modelo sanitario, ni define la configuración de las relaciones entre Seguridad Social y asistencia sanitaria. Se deja, por lo tanto, un amplio margen de libertad al legislador ordinario, a quien corresponde la elección del modelo y, en consecuencia, decidir si la asistencia sanitaria está incluida en el

concepto más amplio y moderno de Salud pública o si, por el contrario, se mantiene en el tradicional ámbito de la Seguridad Social.

Ahora bien, como señala ALONSO OLEA, la Constitución, al contemplar la Sanidad y la Seguridad Social en preceptos diferentes —tanto en el Título I, artículos 41 y 43, como en el Título VIII, artículos 148.1.21<sup>a</sup> y 149.1.16<sup>a</sup> y 17<sup>a</sup>— está indicando ya la pauta a seguir por la legislación de desarrollo<sup>573</sup>.

### **3. EL PROCESO DE SEPARACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SU INCLUSIÓN EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD. LA ELECCIÓN DEL MODELO SANITARIO EN LA LEY GENERAL DE SANIDAD DE 1986. CUESTIONES PENDIENTES**

La Constitución de 1978 impone a los poderes públicos la obligación de asumir la protección de la salud individual y colectiva en el marco de un sistema público de salud. Sin embargo, como hemos señalado, la Constitución no dice cuál debe ser el modelo sanitario. Esta decisión es competencia de los poderes constituidos.

Llegados a este punto, es obligado preguntarse cuál ha sido la opción del legislador al respecto. La abundante normativa, tanto en materia de salud como de Seguridad Social, refleja una clara tendencia hacia la separación orgánica, funcional y económica de la asistencia sanitaria individual del ámbito de la Seguridad Social y su integración en un sistema independiente, en

---

<sup>573</sup> Vid. M. ALONSO OLEA, *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Civitas, Madrid, 1999. En la Introducción de este trabajo, el propio autor explica cómo en su obra *Instituciones de Seguridad Social* incluía siempre un capítulo dedicado a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, tradición que se interrumpe en 1995. En 1994 ya había publicado su libro *Prestaciones Sanitarias de la Seguridad Social*, que desde 1999 ha pasado a denominarse *Prestaciones del Sistema Nacional de Salud*.



consonancia con el Derecho constitucional comparado y con las directrices marcadas por las normas internacionales ratificadas por España<sup>574</sup>.

---

<sup>574</sup> Cfr. en este sentido el estudio realizado por E. BORRAJO DACRUZ, “Artículo 43. Protección de la salud”, *op. cit.*, págs. 149 a 196. En líneas generales, tanto en el Derecho internacional como en los ordenamientos jurídicos internos del entorno europeo se distingue entre asistencia sanitaria y Seguridad Social. En primer lugar, la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25.1, establece que «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure [...] la salud y el bienestar, y en especial la asistencia sanitaria y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudedad, vejez [...]». También la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961, ratificada por España el 29 de abril de 1980, contempla en artículos diferentes el derecho a la protección de la salud (artículo 11), el derecho a la Seguridad Social (artículo 12) y el derecho a los beneficios de los Servicios Sociales (artículo 13). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la ONU el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España el 13 de abril de 1977, refleja igualmente esta separación, al reconocer en el artículo 9 el derecho de toda persona a la Seguridad Social, mientras que el artículo 12 establece el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud, y enumera una serie de medidas para hacer efectivo este derecho. En cuanto al Derecho constitucional comparado, BORRAJO DACRUZ cita varios ejemplos como el italiano (artículos 32 y 38 de la Constitución de 1948), el griego (artículos 21.3 y 22.4 de la Constitución de 1975) o el portugués (artículos 63 y 64 de la Constitución de 1976), que recogen por separado el derecho a la tutela de la salud y la Seguridad Social.

Por último, debemos recordar que la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea aprobada en el año 2000 (a este documento, que aunque no forma parte físicamente del Proyecto de Tratado por el que se reforman el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea aprobado en Lisboa el 18 de octubre de 2007, sí tiene carácter jurídico vinculante en virtud del artículo 6) consagra, en artículos separados, la Seguridad social (artículo 34) y la protección de la salud (artículo 35).

El artículo 34 establece lo siguiente en materia de Seguridad social y ayuda social:

«1.La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales.

»2.Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.

»3.Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales.»

Por su parte el artículo 35, dedicado a la protección de la salud de los ciudadanos de la Unión, establece:

Al inicio de la década de los ochenta se empieza a tomar conciencia de la dimensión e importancia de los problemas en torno a la salud y a la necesidad de unificar todas las acciones de la Administración del Estado relacionadas con su tutela. Como ya hemos apuntado, la primera gran decisión que se adopta en este sentido fue de carácter orgánico e institucional, mediante la creación en 1981 del Ministerio de Sanidad y Consumo, del que pasa a formar parte el INSALUD<sup>575</sup>, que, no obstante, seguirá conservando su condición de Entidad Gestora de la Seguridad Social hasta su desaparición<sup>576</sup>.

Pero sin lugar a dudas, el gran hito en la reciente historia de la sanidad española ha sido la aprobación de la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986 (LGS), que se redacta de acuerdo con los artículos 43 CE y 149.1.16ª CE. Esta es una Ley de bases que tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud.

Recordemos que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, «lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia para fijar las bases de una materia determinada –como sucede aquí con la sanidad interior, artículo 149.1.16ª CE– «es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de

---

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

Este hecho refuerza la tesis según la cual los sistemas de seguridad social y salud pública, aunque tengan un origen histórico común y responden ambos al principio de solidaridad, son instituciones diferentes.

<sup>575</sup> En efecto, en 1981 se produce la adscripción del INSALUD al Ministerio de Sanidad y Consumo, separándose del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (RD 2823/1981, de 27 de noviembre, modificado por el RD 1943/1986, de 19 de septiembre, y derogado por el RD 957/1991, de 21 de junio).

<sup>576</sup> La última modificación del INSALUD se ha producido mediante el RD 840/2002, de 2 de agosto, por el que se modifica y desarrolla la estructura del Ministerio de Sanidad y Consumo a raíz de la culminación del proceso de transferencias sanitarias a las Comunidades Autónomas, produciéndose su transformación en el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.

vigencia en toda la nación, porque con ellas se proporciona al sistema normativo, en este caso el de la sanidad nacional, un denominador común, a partir del cual cada Comunidad podrá desarrollar sus propias competencias.»<sup>577</sup>

En este sentido, la elección del modelo sanitario es, en palabras de MUÑOZ MACHADO, la primera decisión que ha de tomar el legislador en el ejercicio de su competencia exclusiva sobre las bases de la sanidad<sup>578</sup>. En el mismo Preámbulo de la Ley General de Sanidad de 1986 se afirma con rotundidad que:

«[...]es básica la generalización de este modelo organizativo y el Estado goza, para implantarlo, de las facultades que le concede el artículo 149.1.16<sup>a</sup> de la Constitución. La integración efectiva de los servicios sanitarios es básica, no sólo porque sea un principio de reforma en cuya aplicación está en juego la efectividad del derecho a la salud que la Constitución reconoce a los ciudadanos, sino también porque es deseable asegurar una igualación de las condiciones de vida, imponer la coordinación de las actuaciones públicas, mantener el funcionamiento de los servicios públicos sobre mínimos uniformes y, en fin, lograr una efectiva planificación sanitaria que mejore tanto los servicios como sus prestaciones.»

Como indica MUÑOZ MACHADO, aunque el artículo 43 CE imponga a los poderes públicos la obligación de organizar y tutelar la salud pública la Constitución, sin embargo, no establece la extensión de los servicios sanitarios, ni impone que la asistencia sanitaria individual sea una prestación gratuita del sistema sanitario. En este sentido, la Constitución ofrece un amplio abanico de posibilidades respecto al modelo a elegir. Argumenta el autor que si, por un lado, el modelo sanitario determina el contenido básico de este derecho y si, por otro, ese contenido ha de ser igual en todo el territorio español y, finalmente, si al Estado le corresponde definir las condiciones esenciales para su ejercicio, entonces la definición del modelo sanitario también es básica<sup>579</sup>.

---

<sup>577</sup> F.J. 2º, Sentencia 32/1983, de 28 de abril.

<sup>578</sup> *Vid.* S. MUÑOZ MACHADO, *La formación...*, *op. cit.*, págs. 106 y sigs.

<sup>579</sup> *Ibidem*, pág. 7.

De ahí la importancia de la Ley General de Sanidad de 1986, ya que en ella se diseña el actual sistema público de salud.

La elección de uno u otro modelo, además de condicionar el contenido del derecho a la protección de la salud, afecta, en segundo lugar, a la articulación de las competencias entre las diferentes Administraciones públicas<sup>580</sup>. La regulación básica de la sanidad varía en función de si se adopta un sistema integrado —en el que la gestión de los servicios sanitarios recaiga principalmente en las Comunidades Autónomas— o de si, por el contrario, se mantiene la situación preconstitucional, caracterizada por la intervención de la práctica totalidad de las Administraciones públicas en la gestión de los servicios sanitarios. Como explica MUÑOZ MACHADO<sup>581</sup>, establecer un sistema de salud integrado implica una expansión del concepto de lo «básico», porque si se diseña un modelo sanitario integrado, acabando de este modo con la dispersión de servicios y funciones, se incide directamente en aspectos organizativos. Se podría pensar que se trata de una intromisión en las competencias autonómicas. Esto no es así, porque lo organizativo pasa a ser básico en materia de sanidad.

Siguiendo esta idea también NAVARRO MUNUERA se plantea la duda de si la organización administrativa de los servicios sanitarios de las Comunidades Autónomas por una ley estatal puede considerarse una extralimitación de las bases estatales, en la medida que supone una intromisión en la potestad de autoorganización autonómica. La respuesta es negativa, pues el modelo organizativo y la integración de los servicios sanitarios se convierten en algo básico para garantizar la efectividad de la institución del Sistema Nacional de Salud<sup>582</sup>.

---

<sup>580</sup> *Ibidem*, págs. 108 a 110.

<sup>581</sup> En *Derecho Publico de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1982, Tomo I, págs. 572 y 573.

<sup>582</sup> *Vid.* A. NAVARRO MUNUERA, *La conflictivitat competencial. Sanitat*, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1996, págs. 48 y sigs.

Por último, de la elección de un modelo u otro también dependerá seguir manteniendo la asistencia sanitaria en el marco organizativo de la Seguridad Social o su escisión e inclusión en un sistema sanitario independiente. Esta decisión corresponde sólo al Estado.

Pues bien, el legislador estatal opta por un Sistema Nacional de Salud caracterizado, según el artículo 46 de la Ley General de Sanidad, por la extensión de sus servicios a toda la población; por una adecuada organización para procurar una atención integral y de calidad, debidamente evaluada y controlada, que comprende tanto la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad como la curación y la rehabilitación; por la coordinación y, en su caso, la integración de todos los recursos sanitarios públicos en un dispositivo único, y por una financiación mediante recursos de las Administraciones Públicas, cotizaciones y tasas por la prestación de determinados servicios.

Todo parece indicar, por consiguiente, que la intención del legislador, al reunir en el ámbito del Sistema Nacional de Salud la totalidad de las acciones y servicios destinados a la tutela tanto de la salud individual como de la colectiva, es separar de la Seguridad Social la asistencia sanitaria y crear un sistema de salud basado en el principio de universalidad, descentralizado y único, que incorpore todas las funciones y prestaciones sanitarias.

Sin embargo, en la misma Ley General de Sanidad existen preceptos en los que todavía se aprecian reminiscencias del sistema precedente y se sigue hablando de “asistencia sanitaria de la Seguridad Social”<sup>583</sup>. Se trata de «flec

---

<sup>583</sup> Así el artículo 79.1.b) de la LGS cuando establece que «la financiación de la asistencia prestada se realizará con cargo: [...] b) a las transferencias del Estado, que abarcarán: [...] la compensación por la extensión de la *asistencia sanitaria de la Seguridad Social* a aquellas personas sin recursos económicos [...]» También en el artículo 82 (modificado, como veremos más adelante, por el artículo 68.2 de Ley 21/2001, de 27 diciembre) se dice que «la financiación de los servicios de *asistencia sanitaria de la Seguridad Social* transferidos a las Comunidades Autónomas se efectuará según el Sistema de financiación autonómica vigente en cada momento. Las Comunidades Autónomas que tengan asumida la gestión de los servicios de *asistencia sanitaria de la Seguridad Social*, elaborarán anualmente el presupuesto de

normativos, tributarios de un régimen de prestaciones sanitarias integradas en el aseguramiento de la Seguridad Social.»<sup>584</sup>

Hay autores como APARICIO TOVAR para quienes la entrada en vigor de la Ley General de Sanidad y la creación del Sistema Nacional de Salud no son más que el fruto del desarrollo del Sistema de Seguridad Social. La constitución del Servicio Nacional de Salud y su adscripción al Ministerio de Sanidad podrían hacer pensar en el desgajamiento de éste respecto de la Seguridad Social. Pero esta conclusión no es posible, según APARICIO TOVAR, por varias razones. En primer lugar, los servicios que se crean con la Ley General de Sanidad parten de la base subjetiva, objetiva y financiera del Régimen General de la Seguridad Social. Por otro lado, desde su constitución la Seguridad Social ha incluido entre sus objetivos medidas preventivas, rehabilitadoras y asistenciales, como muestra de su carácter dinámico. No es cierto, por tanto, que hasta la promulgación de la Ley General de Sanidad la prevención correspondiera a la actividad administrativa de la Sanidad Pública, y que el Sistema de Seguridad Social se limitara únicamente a la asistencia. La

---

gastos para dicha función, que deberá contener como mínimo la financiación establecida en el Sistema de Financiación Autonómica. El presupuesto, una vez aprobado, será remitido a los órganos competentes de la Administración del Estado, a efectos de conocer el importe de la financiación total que se destina a la *asistencia sanitaria de la Seguridad Social*.» O la Disposición Adicional 6ª en la que se prevé que los centros sanitarios de la Seguridad Social queden integrados en el Servicio de Salud sólo en los casos en que la Comunidad Autónoma haya asumido competencias en materia de *asistencia sanitaria de la Seguridad Social*, de acuerdo con su Estatuto. En los demás casos, la red sanitaria de la Seguridad Social se coordinará con el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma, y la coordinación de los centros sanitarios de la Seguridad Social con los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas que no hayan asumido competencias en materia de *asistencia sanitaria de la Seguridad Social*, se realizará mediante una Comisión integrada por representantes de la Administración del Estado y de la Comunidad Autónoma, cuyo Presidente será designado por el Estado en la forma establecida reglamentariamente. Finalmente, la Disposición Transitoria 4ª determina que «las posibles transferencias a realizar en materia de gestión de la *asistencia sanitaria de la Seguridad Social* a favor de las Comunidades Autónomas, que puedan asumir dicha gestión, deberán acomodarse a los principios establecidos en esta Ley.»

<sup>584</sup> La expresión es de BAJARDÍ PASCUAL, G.: VIÑAS PONS, M.: “Alcance jurídico del ejercicio de las competencias transferidas” en G. LÓPEZ I CASASNOVAS (Dir.) y A. RICO GÓMEZ (Coord.), *Evaluación de las políticas de servicios sanitarios en el Estado de las Autonomías: análisis comparativo de las Comunidades Autónomas del País Vasco, Andalucía y Cataluña* Fundación BBV, Tomo I, Madrid, 2001, pág. 30

prevención y la rehabilitación han sido cometidos de la Seguridad Social. Por último, el Sistema de Seguridad Social ha dispensado prestaciones sanitarias no sólo a través del título de derecho subjetivo, sino también a través de formas de asistencia social, lo cual significó la quiebra de la Beneficencia Pública. En palabras de APARICIO TOVAR «el Sistema Nacional de Salud, en definitiva, debe ser visto como el fruto del dinamismo del Sistema de la Seguridad Social [...]. Su especificidad es tal que permite su adscripción orgánica al Ministerio de Sanidad sin que por ello deje de ser considerado parte fundamental del Sistema de la Seguridad Social.»<sup>585</sup>

PEMÁN GAVÍN recuerda al respecto que el actual sistema de asistencia sanitaria se creó en el contexto normativo e institucional de la acción protectora de la Seguridad Social. La Constitución de 1978 no altera esta opción institucional, aunque incluye una serie de elementos —la regulación por separado de la Seguridad Social (artículo 41) y del derecho a la protección de la salud (artículo 43), la idea de universalidad en la protección del artículo 43.1, el régimen competencial de los artículos 148 y 149— que van más allá del tradicional concepto de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social de carácter contributivo, y que propician el tránsito a un nuevo modelo de sistema sanitario. Las ideas preconizadas por la Constitución se plasman en la Ley General de Sanidad, pero esta Ley no establece la universalidad como regla, sino como principio. No prescinde de las cotizaciones a la Seguridad Social como fuente de financiación, y mantiene la regulación de la asistencia sanitaria a través de la normativa de la Seguridad Social, a la que remite para establecer los sujetos con derecho a asistencia sanitaria, así como el contenido de la misma, y mantiene la red sanitaria de la Seguridad Social gestionada por el INSALUD en las Comunidades Autónomas que carecen de competencia en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social. De este modo, la asistencia sanitaria aparece como un aspecto del Servicio Nacional de Salud y

---

<sup>585</sup> Vid. J. APARICIO, *La Seguridad Social y la protección de la salud*, op. cit., págs. 199 y sigs.

como una prestación de la Seguridad Social, regulada por dos órdenes normativos disarmónicos cuya lógica es distinta<sup>586</sup>.

Una opinión diversa, y a nuestro juicio más acertada, es la de MUÑOZ MACHADO. Aunque la Constitución no establece un modelo sanitario determinado —salvo el mandato de una organización sanitaria pública que ofrezca una adecuada protección de la salud—, sin embargo, la Ley General de Sanidad de 1986 optó por configurar los servicios sanitarios de forma autónoma, y no como una prestación más de la Seguridad Social, intentando ajustar el modelo de Servicio Nacional de Salud a los principios de integración y descentralización. De esta manera, los servicios sanitarios no pueden confundirse con los servicios de la Seguridad Social aunque, como indica MUÑOZ MACHADO, algunas de las prestaciones que la Seguridad Social debe a sus asegurados sean de carácter sanitario<sup>587</sup>.

También BELTRÁN AGUIRRE se muestra muy tajante al declarar que no tiene ningún sentido que una asistencia sanitaria pública universalista y no contributiva se incluya en el sistema de Seguridad Social. Además, el nuevo sistema de financiación de la sanidad, basado en la corresponsabilidad fiscal autonómica, reclama una independencia del la Seguridad Social. Las últimas tendencias legislativas en las que se detecta una vuelta a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social dificultan la construcción homogénea y equilibrada del Sistema Nacional de Salud, rompiendo la concepción integral e integrada de la salud pública y de la asistencia sanitaria defendida en la Ley General de Sanidad. Por todo ello, este autor defiende una desvinculación definitiva de la

---

<sup>586</sup> Vid. J. PEMÁN GAVÍN, “La culminación del proceso de descentralización de la sanidad español. El Sistema Nacional de Salud tras el cierre de transferencias y la aplicación del nuevo sistema de financiación”, en *Informe Comunidades Autónomas*, 2001, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2002, págs. 663 a 665.

<sup>587</sup> Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *La formación...*, *op. cit.*, págs. 91 a 93.



asistencia sanitaria de la materia Seguridad Social, y su inclusión en la materia y título competencial de la Sanidad<sup>588</sup>.

Para TORNOS MÁS<sup>589</sup>, el sistema sanitario diseñado por la Ley General de Sanidad en 1986 era un modelo de futuro, para cuya consecución ha sido necesario modificar los mecanismos de financiación de la asistencia sanitaria y culminar el proceso de transferencias de los servicios sanitarios del Instituto Nacional de la Salud a los servicios de salud de las Comunidades Autónomas.

Efectivamente, como ahora expondremos, el proceso de integración de la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud ha tenido que superar una serie de trabas de las que destacamos dos: la vinculación de la financiación de la asistencia sanitaria a la Tesorería General de la Seguridad Social, y el retraso en la modificación de los Estatutos de autonomía de las Comunidades del artículo 143 CE para asumir las competencias en esta materia y proceder al traspaso de los servicios y funciones del INSALUD a los Servicios de Salud autonómicos<sup>590</sup>.

Una dificultad añadida a la hora de analizar la separación de la asistencia sanitaria del ámbito de la Seguridad Social es la ambigüedad de los términos utilizados por la legislación de desarrollo cuando se recurre, de manera indistinta, a expresiones como *salud pública*, *sanidad*, *sanidad interior* o *asistencia sanitaria*. Aunque todo parece indicar que la *salud pública* abarca tanto la asistencia sanitaria individualizada como las acciones de protección y mejora de la salud colectiva en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, aún hoy el

---

<sup>588</sup> Vid. J.L. BELTRÁN AGUIRRE, “Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad, en *Derecho y Salud*, núm. 1, 2002, pág. 25

<sup>589</sup> Vid. J. TORNOS I MÁS, “Sistema de Seguridad Social *versus* Sistema Nacional de Salud”, en *Derecho y Salud*, núm. 1, 2002, pág. 4.

<sup>590</sup> Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *La formación...*, *op. cit.*, págs. 119 a 121, destaca la excepción prevista por la Ley General de Sanidad en su Disposición Adicional 6ª, según la cual los centros sanitarios de la Seguridad Social se integrarán en el servicio de salud sólo en las Comunidades Autónomas que hayan asumido la competencia sanitaria de la Seguridad Social. En los demás casos, según reza la citada Disposición, la red sanitaria de la Seguridad Social se coordinará con el servicio de salud de la Comunidad Autónoma.

legislador se refiere a la *asistencia sanitaria de la Seguridad Social*. El uso de esta expresión tenía sentido en las primeras normas de desarrollo legislativo de esta compleja materia, cuando existía una vinculación económica y orgánica de la asistencia sanitaria con relación a la Seguridad Social. Sin embargo, emplear esta expresión —como ocurre en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación autonómico— no tiene, a nuestro modo de ver, justificación alguna, pues además de existir una separación orgánica y funcional, la distinción de las fuentes de financiación corrobora la tesis de su independencia respecto del marco general de la Seguridad Social.

Siguiendo con este rápido repaso a la legislación en materia de salud, es obligada la referencia al Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. Esta norma, derogada en el año 2006 por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, establecía en su artículo 1, como competencia del Sistema Nacional de Salud, la atención y asistencia sanitaria a toda la población. A pesar de esta aseveración, que no debería haber dejado lugar a dudas sobre la separación de la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social, en el artículo 2 se decía que su financiación correría con cargo a los fondos estatales adscritos a la sanidad o con cargo a la Seguridad Social. La referencia que se hace en este precepto a la financiación con cargo a la Seguridad Social debe entenderse en su dimensión histórica, pues a comienzos de 1995, cuando se promulga este Real Decreto, se estaba fraguando la idea de sufragar las prestaciones sanitarias sólo mediante impuestos y prescindir de las cotizaciones a la Seguridad Social.

Además de la legislación sanitaria propiamente dicha, la abundante normativa en materia de Seguridad Social también refleja el proceso de integración de la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud.

Así, la Disposición Final 1ª de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas, faculta al Gobierno para que proceda a la elaboración de un Texto Refundido que regularice, aclare y armonice la normativa básica de la Seguridad Social. Es importante subrayar que en esta refundición se exceptúan las materias relativas a la asistencia sanitaria.

En efecto, años más tarde, el Real Decreto 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, suprime de su articulado el Capítulo IV, del Título II, dedicado a la Asistencia Sanitaria, que había sido introducido en la Ley de Seguridad Social de 1966 y posteriormente en el Texto Refundido de 1974<sup>591</sup>.

Ahora bien, a pesar de esta importante modificación, el artículo 38.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social sigue incluyendo dentro de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean de trabajo o no.

¿Cómo interpretar este precepto? ALONSO OLEA<sup>592</sup> considera que el hecho de que el artículo 38.1.a) de Ley General de la Seguridad Social incluya dentro de la acción protectora de la Seguridad Social la asistencia sanitaria, es irrelevante. Primero, porque el derecho a la asistencia sanitaria se extiende a toda la población española y, en segundo lugar, porque la propia Ley contiene una norma, el artículo 57.1.b), que atribuye la administración y gestión de los servicios sanitarios al Instituto Nacional de la Salud que, en ese momento, era el eje del Sistema Nacional de Salud.

---

<sup>591</sup> Entre las disposiciones todavía en vigor del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974, están los artículos 98 a 112 y 115 a 125 que regulan la Asistencia Sanitaria dentro del Régimen General de la Seguridad Social. Como indica M. ALONSO OLEA, *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1998, 16ª ed. revisada, pág. 298, «muchas de estas normas, por no decir las más, estaban ya derogadas por normas sobre el Sistema de Salud.»

<sup>592</sup> *Ibidem*, pág. 298.

Otro elemento clave para entender la actual relación entre la asistencia sanitaria y el sistema de Seguridad Social es el Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas actuales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que se deben acometer, conocido popularmente como *Pacto de Toledo*, que fue aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados el 6 de abril de 1995.

Este informe, elaborado en el seno de una Ponencia que se crea en la Comisión de Presupuestos de la propia Cámara, es la culminación de un período de estudio y de reflexión en torno a los problemas estructurales de los que adolecía el sistema de la Seguridad Social, con el fin de proporcionar un diagnóstico de la situación y hacer al Gobierno propuestas y recomendaciones para mantener el actual sistema de pensiones y garantizar su viabilidad futura.

Entre las recomendaciones que se formulan en este Informe se propone la separación y clarificación de las fuentes de financiación. En este sentido, la financiación de las prestaciones de naturaleza contributiva dependerá básicamente de las cotizaciones sociales, mientras que la financiación de las prestaciones no contributivas y universales —sanidad y servicios sociales, entre otras— dependerá exclusivamente de la imposición general.

A raíz del *Pacto de Toledo* se aprueba la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, que contempla, entre otras medidas, la financiación de todas las prestaciones de naturaleza no contributiva y de extensión universal a través de aportaciones del Estado. Esta medida se hizo efectiva antes del ejercicio económico del año 2000.

En este sentido, el artículo 1 de la citada Ley 24/1997 modifica el artículo 86.2.b) de la Ley General de Seguridad Social, al establecer que tienen naturaleza no contributiva las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria

incluidas en la acción protectora de la Seguridad Social, que se financiarán mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social<sup>593</sup>.

Esta disposición se cumple antes de lo previsto. En efecto, la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, señalaba en su Exposición de Motivos, como una de las novedades más importantes, la asunción por el Estado de la totalidad de la financiación de la asistencia sanitaria, a través del presupuesto del Instituto Nacional de la Salud. Ya no se habla de las aportaciones mediante cotizaciones. Esto supone, como la propia Ley indica, una desvinculación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social en el plano financiero.

Finalmente, la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación autonómico, dedica su Título VI a la adaptación de la Ley General de Sanidad y del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social al nuevo modelo aprobado por el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas el 27 de julio de 2001<sup>594</sup>.

---

<sup>593</sup> Según J. PEMÁN GAVÍN, “La culminación...”, *op. cit.*, págs. 665 y 666, para quien la asistencia sanitaria es una prestación más de la Seguridad Social, esta modificación supone un punto de convergencia entre la normativa de la Seguridad Social y el Sistema Nacional de Salud, ya que la idea en la que se apoya el sistema sanitario es la de la protección de la salud de la población como un servicio no contributivo y universalizado. Añade este autor que la convergencia sólo se ha materializado en el sistema de financiación de las prestaciones, pero no en los demás aspectos. La legislación sobre Seguridad Social no se ha adaptado a las pautas establecidas en la Ley General de Sanidad de 1986. Pero, a pesar de que la regulación que se hace en el ámbito de la Seguridad Social en materia sanitaria sea un obstáculo para el pleno desarrollo de un modelo sanitario universalizado, integrado y descentralizado, aún cuando no se haya asumido la idea de la asistencia sanitaria como prestación no contributiva y universalizada, este autor defiende la inclusión de la asistencia sanitaria en el marco conceptual e institucional de la Seguridad Social. La asistencia sanitaria es un aspecto del Sistema Nacional de Salud constituido al amparo de la competencia del Estado sobre las bases de la Sanidad, pero también es una prestación de la Seguridad Social.

<sup>594</sup> Para la puesta en funcionamiento del nuevo sistema de financiación autonómica, aprobado por el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas el 27 de julio de 2001, ha sido necesario, además de la introducción de medidas fiscales y administrativas, acometer la reforma de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas. Para ello se aprobó la Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades

Por lo que se refiere a la Ley General de Sanidad, la Ley 21/2001 introduce dos cambios. En primer lugar, los tributos estatales cedidos a las Comunidades Autónomas constituyen una nueva fuente de financiación de la asistencia sanitaria (artículo 79.1.e) LGS). En segundo lugar, modifica la redacción del artículo 82 en el sentido de que la financiación de los servicios de *asistencia sanitaria de la Seguridad Social* transferidos a las Comunidades Autónomas ya no se efectuará a través de los Presupuestos Generales del Estado o de la Seguridad Social, sino «según el Sistema de financiación autonómica vigente en cada momento.»<sup>595</sup>

En cuanto a la modificación introducida por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, ésta afecta al apartado 2 del artículo 86, en el que se dice que la acción protectora de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva y universal, se financiará mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad social excepto —y aquí es donde se introduce la novedad— «las prestaciones y servicios de *asistencia sanitaria de la Seguridad social* y servicios sociales cuya

---

Autónomas (LOFCA). En esta Ley se amplía el principio de corresponsabilidad fiscal introducido por la Ley Orgánica 3/1996 de reforma de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, mediante la cesión de nuevos tributos (artículo 11) y mediante la atribución de competencias normativas a las CCAA sobre los tributos ya cedidos o sobre aquellos susceptibles de asunción (artículo 19). Pero, como fuentes de ingresos de las CCAA se prevé, además de los tributos cedidos y de los recargos, la participación en los ingresos del Estado a través del Fondo de suficiencia que cubrirá la diferencia entre las necesidades de gasto calculadas para la Comunidad Autónoma y su capacidad fiscal. Especial atención merecen en esta Ley la educación y la sanidad, que son considerados servicios públicos fundamentales que el Estado garantizará en todo el territorio español mediante el establecimiento de unos niveles mínimo y medio de prestación de los servicios que podrán dar lugar a la percepción de asignaciones niveladoras.

<sup>595</sup> Sigue diciendo el modificado artículo 82 de la Ley General de Sanidad que:

«las Comunidades Autónomas que tengan asumida la gestión de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, elaborarán anualmente el Presupuesto de Gastos para dicha función, que deberá contener como mínimo la financiación establecida en el Sistema de Financiación Autonómica. El presupuesto, una vez aprobado, será remitido a los órganos competentes de la Administración del Estado, a efectos de conocer el importe de la financiación total que se destina a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.»

gestión se halle transferida a las Comunidades Autónomas, en cuyo caso, la financiación se efectuará de conformidad con el sistema de financiación autonómica vigente en cada momento.»

Nos llama la atención que tanto en la modificación introducida en la Ley General de Sanidad como en la llevada a cabo en la Ley General de la Seguridad Social, se utilice de nuevo la expresión *asistencia sanitaria de la Seguridad Social*. Y ello a pesar de la importancia que supone la desvinculación no sólo del presupuesto de la Seguridad Social, sino también de los Presupuestos Generales del Estado. Se trata de otro «fleco normativo», que pone de manifiesto lo difícil que resulta modificar la imagen de una institución histórica como la Seguridad Social, a pesar de los cambios normativos operados.

Queda una cuestión pendiente sobre la que todavía no hemos hablado y que dejamos planteada: ¿qué ocurre con la salud laboral? ¿debe incluirse en el nuevo Sistema Nacional de Salud o permanecer en el ámbito de la Seguridad Social?

Parece que la mayor parte de la doctrina se inclina por dejar en el seno de la Seguridad Social la asistencia sanitaria laboral. En este sentido, PEMÁN GAVÍN<sup>596</sup> es partidario de un tratamiento diferenciado de la asistencia sanitaria por enfermedad laboral y accidentes de trabajo de la asistencia sanitaria universal y no contributiva. La razón fundamental de esta distinción se encuentra en el principio de responsabilidad empresarial: el riesgo debe ser soportado por quien percibe el beneficio. De acuerdo con esta máxima, el empresario asume la cotización completa para cubrir las contingencias derivadas de los accidentes de trabajo y de las enfermedades laborales (artículo 103.3º de la Ley General de la Seguridad Social)<sup>597</sup>. Es cierto que el modelo

---

<sup>596</sup> Cfr. J. PEMÁN GAVÍN, “La culminación...”, *op. cit.*, págs. 675 a 678.

<sup>597</sup> Conforme al Artículo 103 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 están sujetos a la obligación de cotizar a este Régimen General los trabajadores y asimilados comprendidos en su campo de aplicación y los empresarios por cuya cuenta trabajen. La

sanitario ideado por la Ley General de Sanidad permitiría incluir la asistencia sanitaria laboral en el ámbito del Sistema Nacional de Salud. Así lo indican varios preceptos de la Ley General de Sanidad en los que se postula una concepción integral del sistema sanitario que incluye todas las acciones sanitarias, y por ende la salud laboral (artículo 4.1, 18.9, Capítulo IV, del Título I, artículo 46.b) de la LGS). Pero razones de tipo económico —como el enorme coste para las arcas públicas al asumir el pago de estas prestaciones— y de tipo político y social<sup>598</sup>, que aconsejan mantener separada la asistencia sanitaria laboral como una prestación de tipo contributivo.

Esta opinión es compartida por TORNOS MÁS. Dado que la asistencia sanitaria por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es prestada por entidades colaboradoras y no por entidades gestoras, y dado que estos servicios se financian con cargo a cuotas profesionales cuya gestión corre a cargo de las Mutuas laborales, la salud laboral debe permanecer en la Seguridad Social<sup>599</sup>.

En definitiva, y dejando al margen la asistencia sanitaria por enfermedad laboral y por accidentes de trabajo, podemos afirmar que, a pesar de todos los obstáculos de carácter legislativo que hemos señalado, la asistencia sanitaria individual es un elemento esencial del Sistema Nacional de

---

cotización comprenderá dos aportaciones: la de los empresarios y la de los trabajadores. Sin embargo, para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales la cotización completa correrá a cargo exclusivamente de los empresarios.

Para formalizar la protección respecto de las contingencias por accidente de trabajo y enfermedad profesional del personal a su servicio, los empresarios podrán optar entre hacerlo mediante la entidad gestora competente o asociándose a una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (artículo 70.1 LGSS). Las Mutuas son asociaciones de empresarios sin ánimo de lucro, que asumen una responsabilidad mancomunada con el principal objeto de colaborar en la gestión de la Seguridad Social. Esa colaboración comprende, entre otras actividades, la gestión de contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (artículo 68 LGSS)

<sup>598</sup> Según J. PEMÁN GAVÍN, “La culminación...”, *op. cit.*, pág. 678, si se suprime el tratamiento específico de la asistencia sanitaria derivada de enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, se reduciría la responsabilidad empresarial frente a los riesgos laborales y la protección social de los trabajadores.

<sup>599</sup> *Vid.* J. TORNOS I MAS, “Sistema de Seguridad Social...”, *op. cit.*, pág. 6.



Salud que, sobre la base del artículo 43 de la Constitución, se configura como una institución integrada por los Servicios de Salud del Estado y de las Comunidades Autónomas, que asumen todas las funciones y prestaciones sanitarias para dar el debido cumplimiento al derecho a la protección de la salud.

Para finalizar este apartado nos parece oportuno reproducir una de las conclusiones a las que se llegó en el X Congreso sobre *Derecho y Salud*, celebrado en Palma de Mallorca en el año 2002:

«La asistencia sanitaria pública ha de desvincularse definitivamente de la Seguridad Social e integrarse en la materia Sanidad (artículo 43 CE) y en el título competencial correspondiente a tal materia (artículo 148.1.21ª y 149.1.16ª CE). No tiene ningún sentido que una asistencia sanitaria pública que se predica universalista y no contributiva, a la que, por tanto, se tiene derecho por el simple hecho de ser ciudadano, se vincule a la Seguridad Social, que sigue siendo un sistema esencialmente contributivo y no universalista. Se trata de construir el Sistema Nacional de Salud, que se conforma como un sistema sanitario integral e integrado.»



**CAPÍTULO III.- LA CONFIGURACIÓN DE LA  
“IMAGEN MAESTRA” DE LA INSTITUCIÓN. LOS  
RASGOS ESENCIALES DEL SISTEMA NACIONAL DE  
SALUD (I). EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD**

*1. El principio de universalidad del Sistema Nacional de Salud. 2. Vías de acceso a la asistencia sanitaria. 3. Especial referencia al derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España. 3. La Sanidad penitenciaria como sector excluido del Sistema Nacional de Salud. 4. Observaciones finales sobre la efectividad del principio de universalidad.*



## **1. EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.**

La universalidad es uno de los rasgos esenciales del Sistema Nacional de Salud que configura su imagen maestra como institución garantizada por la Constitución de 1978. El principio de universalidad consiste, básicamente, en garantizar el acceso de cualquier individuo en condiciones de igualdad a las prestaciones sanitarias públicas. Si existe en el actual Estado social y democrático de Derecho una organización social, jurídicamente articulada, cuya actuación afecte a la práctica totalidad de las personas que se encuentren en territorio español, ésta no es otra que el Sistema Nacional de Salud.

En efecto, la titularidad del derecho a las prestaciones sanitarias corresponde a todos. En palabras de CASCAJO CASTRO «los derechos sociales, surgidos históricamente como derechos de los ciudadanos desiguales, como derechos de parte exigibles en igualación, se han convertido en derechos de todos.»<sup>600</sup> Y esto es lo que ha ocurrido con el derecho que nos ocupa.

El principio de universalidad en materia sanitaria aparece implícitamente reconocido en la Constitución española de 1978 al proclamar, en el artículo 43.1 CE, el derecho a la protección de la salud sin limitación subjetiva alguna. Así mismo, en el párrafo segundo del citado artículo, se hace un reenvío a la ley en la que se establecerán los derechos y los deberes «de todos» al respecto. La redacción de este precepto parece indicar que la asistencia sanitaria, como uno de los contenidos del derecho a la protección de la salud, debe alcanzar a cualquier individuo. Además de este reconocimiento generalizado, en la misma Constitución se presta especial atención, como ya se ha señalado, a la salud de determinados sectores como los trabajadores (artículo 40.2 CE), los consumidores y usuarios (artículo 51.1 CE), las madres

---

<sup>600</sup> Cfr. J.L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pág. 41.

e hijos (artículo 39.2 CE), los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales (artículo 49 CE) y las tercera edad (artículo 50), que por sus características como colectivos más vulnerables han merecido una mención aparte.

Por su parte, la Ley General de Sanidad de 1986, siguiendo el mandato constitucional, diseña un modelo de salud pública cuya aspiración es extender, progresivamente, su ámbito de actuación a toda la población. Este objetivo de universalización de la asistencia sanitaria se recoge profusamente a lo largo de toda la Ley. Así, en su artículo 1.2 se afirma 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 establecida su residencia en el territorio nacional. Se añade, en el párrafo 3º del mismo artículo, que los extranjeros no residentes en España y los españoles fuera del territorio nacional tendrán garantizado tal derecho de acuerdo a las leyes y convenios internacionales que lo regulen. También en el primer inciso del artículo 3.2 de la citada Ley se insiste en que la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española<sup>601</sup>. Por último, el artículo 46 establece que el Sistema Nacional de Salud se caracteriza por la extensión de sus servicios a toda la población.

No obstante, y a pesar de la profusa atención que la Ley General de Sanidad presta al carácter universal del Sistema Nacional de Salud, hay quienes consideran que este reconocimiento se ha hecho de forma imprecisa y en unos términos que pueden calificarse como meramente orientadores. En este sentido REBOLLO PUIG observa, en primer lugar, que la Ley General de Sanidad, en su Disposición Transitoria 5ª, establece la extensión gradual de la asistencia sanitaria sin fijar los términos formales ni temporales en los que se ha de llevar a cabo. En segundo lugar, señala el autor que del tenor literal de la

---

<sup>601</sup> Según M. HERNÁNDEZ BEJARANO, *La ordenación sanitaria en España*, Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 105 y sigs. la defectuosa redacción de este artículo puede llevar a identificar erróneamente “asistencia sanitaria pública” con “asistencia sanitaria gratuita”. El que la asistencia sanitaria sea un servicio público al que pueda acceder cualquier individuo no significa que, necesariamente, sea gratuito. Lo será para aquellas personas a las que se les reconozca de manera expresa.

Ley no se deduce qué debe entenderse por universalización de la asistencia sanitaria. ¿Se debe considerar que el principio de universalización implica que todos los ciudadanos estén cubiertos por el Sistema Nacional de Salud? ¿Satisface la universalidad exigida por la Ley General de Sanidad la asistencia sanitaria con cobertura pública, pero, prestada por empresas privadas de aseguramiento sanitario? El hecho de permitir el acceso en condiciones de igualdad a los pacientes privados, ¿es suficiente para entender que la asistencia sanitaria llega a todos los ciudadanos?<sup>602</sup>

Pese a todos los interrogantes que se suscitan al respecto, no se puede negar que la consagración constitucional del derecho a la protección de la salud y la posterior regulación del sistema sanitario en la Ley General de Sanidad de 1986, han significado, como subraya PEMÁN GAVÍN, un respaldo a la posición jurídica del ciudadano con relación al acceso a las prestaciones sanitarias<sup>603</sup>.

El interés por la universalización de la asistencia sanitaria está presente a lo largo de todo el proceso de implantación del modelo de salud contemplado en la Ley General de Sanidad de 1986. Entre las recomendaciones formuladas en el *Acuerdo de consolidación y modernización del Sistema Nacional de Salud*, aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados, el 18 de diciembre de 1997<sup>604</sup>, se insiste en calificar el sistema sanitario público como «un importante elemento de justicia redistributiva y de

---

<sup>602</sup> Vid. M. REBOLLO PUIG, “Sanidad”, en MUÑOZ MACHADO *et al.* (Dirs.): *Las estructuras del bienestar. Derecho, economía y sanidad*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 252 a 257.

<sup>603</sup> Vid. J. PEMÁN GAVÍN, “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes”, en *Derecho y Salud*, vol. 9, núm. 2, (2001), págs. 105 y 106.

<sup>604</sup> Publicado en el *BOCG*, núm. 230, de 7 de enero de 1998. Este Acuerdo tiene su origen en una proposición no de ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular, en el Pleno del Congreso de los Diputados, en la sesión del 11 de junio de 1996, en la que se acordó constituir, en el seno de la Comisión de Sanidad y Consumo, una Subcomisión para estudiar las reformas necesarias con el fin modernizar el sistema sanitario y garantizar su viabilidad futura. El resultado de este trabajo fue un documento en el que se plasmaron una serie de recomendaciones en torno a cuatro materias: aseguramiento y prestaciones, financiación, organización y gestión y coordinación territorial.

cohesión social que se ha de consolidar atendiendo a los principios básicos de universalidad, equidad, solidaridad y aseguramiento público y único.» En este sentido, el sistema sanitario público debe redefinirse y consolidarse como mecanismo de cobertura social frente al riesgo ordinario de los ciudadanos con relación a su salud. Para ello será necesario, como se indica en el *Acuerdo*, adoptar una serie de medidas como «fijar los contenidos y el carácter del derecho a la asistencia sanitaria como derecho público subjetivo, personal y no contributivo, y garantizar tanto la igualdad del contenido del derecho de cada uno de los ciudadanos, sin que existan discriminaciones por razones personales, profesionales o territoriales, como el acceso equitativo a sus contenidos materiales.» También se deberá «llevar a cabo la universalización efectiva del derecho a la asistencia sanitaria, extendiéndolo a todos los grupos sociales, y desvinculándolo de los regímenes de afiliación de la Seguridad Social.»<sup>605</sup>

La más reciente de las normas estatales sobre la materia, la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, de 28 de mayo de 2003, incluye en su Preámbulo la universalidad entre los criterios sustantivos que han permitido configurar el actual Sistema Nacional de Salud. Así mismo, en el artículo 2, letras *b* y *e* de esta Ley, se establecen como principios generales el aseguramiento universal y público por parte del Estado y la financiación pública del Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con el vigente sistema de financiación autonómica. Finalmente, se declara en el artículo 3 que son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria

---

<sup>605</sup> A estas medidas, destinadas a consolidar la asistencia sanitaria universal, se suman dos adicionales que consisten en «precisar en el marco del aseguramiento público el papel a desarrollar por las distintas entidades, especialmente por las actuales mutualidades administrativas, en la gestión y provisión del aseguramiento y de la asistencia sanitaria, de acuerdo con la pluralidad de formas existentes» (*Acuerdo*, I, 1, letra *d*) y en «habilitar instrumentos efectivos de acreditación individual sanitaria (tarjeta sanitaria personal), estableciendo mecanismos de identificación compatibles en todo el Sistema Nacional de Salud, y conferir a las Administraciones sanitarias las funciones que actualmente se desarrollan en el marco de la Seguridad Social en materias relacionadas con el aseguramiento sanitario y la asistencia a ciudadanos extranjeros sujetos a convenios internacionales en materia sanitaria.» (*Acuerdo*, I, 1, letra *d*)



todos los españoles y extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos por la Ley Orgánica 4/2002. A los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea se les reconocen los derechos que se deriven del Derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español. Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea tendrán los derechos que les atribuyan las leyes, los tratados y convenios suscritos.

Pese al pleno reconocimiento del derecho a la protección de la salud y a la reiterada proclamación del principio de universalidad, sin embargo, la extensión de la asistencia sanitaria a toda la población ha sido un proceso lento y complejo.

Lento, porque pasadas tres décadas desde la promulgación de la Constitución todavía hoy existe un porcentaje, si bien mínimo, de ciudadanos excluidos del ámbito de protección del Sistema Nacional de Salud.

Complejo, porque el acceso a la sanidad pública está supeditado a la posesión de un *título jurídico* que acredite a la persona como usuario de este servicio. En este sentido, es necesario subrayar que la legislación vigente no prevé un único modo de acceder a las prestaciones dispensadas por el Sistema Nacional de Salud. La paulatina ampliación del ámbito subjetivo ha ido acompañada de la creación de diversos *títulos jurídicos*, en virtud de los cuales nuevos sectores de la población se han convertido en acreedores de estos servicios. Es decir, el derecho a la asistencia sanitaria se detenta bien por ser trabajador afiliado a la Seguridad Social, bien por encontrarse en situación de desempleo, bien por carecer de recursos económicos, bien por ser menor de edad, bien por ser extranjero residente en territorio español, etc. Para cada uno de estos supuestos (trabajadores, desempleados, personas sin recursos económicos, discapacitados, menores, extranjeros) el legislador ha elaborado una norma específica. Este hecho ha generado la proliferación de disposiciones de distinto rango y una notable dispersión normativa. Situación

ésta que viene siendo habitual en todos los ámbitos relacionados con la sanidad.

Así pues, la universalidad del Sistema Nacional de Salud, proclamada como un objetivo en la Ley General de Sanidad, depende, en gran medida, de la legislación que regula el acceso a las prestaciones sanitarias. Si bien el estudio detallado de las distintas vías a través de las cuales se es titular de este derecho exceda el objeto de nuestra investigación<sup>606</sup>, no obstante consideramos oportuno exponer, brevemente, cuáles son las condiciones que se han de reunir para beneficiarse de las prestaciones sanitarias. Y todo ello con el fin de comprobar si, efectivamente, la universalidad es un rasgo del Sistema Nacional de Salud o tan sólo un *desideratum*.

## **2. VÍAS DE ACCESO A LA ASISTENCIA SANITARIA**

Establecer la imagen maestra del Sistema Nacional de Salud no es tarea fácil. Sobre todo por la estrecha relación que históricamente ha existido entre asistencia sanitaria y Seguridad Social. Este vínculo se hace aún más patente a la hora de determinar quiénes son los titulares de las prestaciones sanitarias. Porque la afiliación a la Seguridad Social constituye, todavía hoy, la forma habitual para poder acceder al Sistema Nacional de Salud. Este hecho choca frontalmente con la idea que venimos defendiendo: la separación entre ambas instituciones —Seguridad Social y Sistema Nacional de Salud— y la inclusión definitiva de la asistencia sanitaria en el marco del Sistema Nacional de Salud. BELTRÁN AGUIRRE ha aclarado, acertadamente, que una cosa son los títulos legales que dan derecho a las prestaciones sanitarias y otra muy distinta la naturaleza jurídica de la asistencia sanitaria y de la institución en cuyo ámbito se dispensa. La asistencia sanitaria es una prestación de carácter universal, que

---

<sup>606</sup> Para un examen exhaustivo del ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria véase el trabajo de M. ALONSO OLEA, *Las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud*, *op. cit.*, en concreto las págs. 52 a 58.

en su origen sí estaba incluida entre las prestaciones de la Seguridad Social, pero que en la actualidad forma parte esencial de una institución independiente como es el Sistema Nacional de Salud<sup>607</sup>.

Dicho esto, no se puede negar que, en efecto, el proceso de universalización toma como punto de partida la base subjetiva de la Seguridad Social. Y por este motivo nos detendremos en el análisis de la normativa de la Seguridad Social que establece los sujetos con derecho a asistencia sanitaria. La legislación que regula esta cuestión se caracteriza, esencialmente, por su fragmentación.

En efecto, la primera referencia sobre esta materia se encuentra en el Capítulo IV, del Título II, del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974<sup>608</sup>. El artículo 98 de esta Ley establece que «la asistencia sanitaria del Régimen General de la Seguridad Social tiene por objeto la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios de dicho régimen, así como su aptitud para el trabajo». Las personas con derecho a la asistencia sanitaria, por enfermedad común, maternidad o accidente laboral, son, según el artículo 100 del Texto Refundido de 1974, los trabajadores activos, los pensionistas y los preceptores de prestaciones periódicas, así como sus familiares o asimilados a su cargo<sup>609</sup>. Se consideran familiares o asimilados a cargo del titular, y por lo

---

<sup>607</sup> Vid. J.L. BELTRÁN AGUIRRE, “Prestaciones sanitarias y autonomías...”, *op. cit.*, pág. 25.

<sup>608</sup> Recordemos que parte de este Capítulo sigue en vigor, ya que no se incluyó en la Disposición Derogatoria Única del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994.

<sup>609</sup> El artículo 100 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, establece que:

«1º. Serán beneficiarios de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente laboral:

»a) Los trabajadores por cuenta ajena que reúnan el requisito general exigido en el número 1 del artículo 94. [Conforme a la legislación vigente en la materia esta referencia debe entenderse hecha al artículo 124.1 del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994, en el que se regulan las condiciones del derecho a las prestaciones:

tanto beneficiarios de las prestaciones sanitarias, el cónyuge, aunque exista separación o divorcio, los descendientes de los cónyuges, con independencia del tipo de filiación, incluidos los menores en régimen de acogimiento familiar, los hermanos, los ascendientes, tanto del titular como de su cónyuge y los cónyuges de tales ascendientes por ulteriores nupcias, los «acogidos de hecho» y quien sin ser cónyuge conviva maritalmente con el titular durante un año de manera interrumpida. Los beneficiarios disfrutarán de la asistencia sanitaria siempre que vivan con el titular del derecho, excepto en los casos de separación y divorcio, y a sus expensas, y que no perciban rentas superiores al salario mínimo interprofesional para adultos, ni tengan derecho a la asistencia sanitaria por título distinto.

Debemos hacer varias observaciones de lo dicho hasta ahora. En primer lugar, la distinción entre *titulares* y *beneficiarios* de las prestaciones sanitarias es contraria a la previsión constitucional del artículo 43 CE y a la Ley General de Sanidad, ya que de la interpretación de estas dos normas se deduce que toda persona tiene derecho a la asistencia sanitaria por sí misma y no en

---

tendrán derecho a las prestaciones las personas que, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta en este Régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario.]

»b) Los pensionistas de este Régimen General y los preceptores de prestaciones periódicas del mismo que no tengan el carácter de pensiones, en los términos que reglamentariamente se determinen.

»c) Los familiares o asimilados que estén a cargo de las personas indicadas en los apartados anteriores y, en caso de separación de hecho, los cónyuges e hijos de dichas personas, siempre que uno y otros reúnan las condiciones que reglamentariamente se determinen. [Apartado redactado conforme al artículo 4 de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas].

»2. Serán beneficiarios de la asistencia sanitaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional los trabajadores por cuenta ajena que reúnan la condición general señalada en el número 1 del artículo 94. [Se refiere, una vez más, al artículo 124.1 del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994].

»3. Para el ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria, en vía administrativa o jurisdiccional, estarán legitimados los trabajadores y pensionistas, titulares de dicho derecho, sin perjuicio de las excepciones que se determinen reglamentariamente a favor de los demás beneficiarios.»

virtud de una relación de parentesco o afinidad con el titular. BELTRÁN AGUIRRE señala que el reconocimiento que en la Ley General de Sanidad de 1986 se hace de la asistencia sanitaria como un derecho que corresponde a cada individuo, dejaría sin efecto el artículo 100 del Texto Refundido de 1974 de la Ley General de Seguridad Social<sup>610</sup>.

REBOLLO PUIG hace hincapié en las insuficiencias y dificultades que implica extender la asistencia sanitaria a través de la ampliación del número de beneficiarios de la acción protectora de la Seguridad Social. Para evidenciar las contradicciones que existen en la legislación vigente sobre esta materia, el autor se detiene en el análisis del artículo 100.3 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 y del artículo 1.4 de la Ley General de Sanidad. Según el primer precepto, sólo estarán legitimados para reclamar el derecho a la asistencia sanitaria, en vía administrativa o jurisdiccional, los titulares del mismo y no los beneficiarios. Por el contrario, el artículo 1.4 de la Ley General de Sanidad reconoce que están legitimados para el ejercicio de los derechos reconocidos en esta Ley, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, todas las personas a las que se refiere el artículo 1.2 de la misma Ley: es decir, todos los españoles y extranjeros con residencia en el territorio nacional<sup>611</sup>.

La «deslaboralización» de la asistencia sanitaria, a la que se refiere DEL REY GUANTER para explicar su desplazamiento del ámbito estricto de la Seguridad Social (artículo 41 CE) al más amplio del derecho a la protección de la salud (artículo 43 CE)<sup>612</sup>, conlleva la ruptura con el principio contributivo y permite su expansión a otros colectivos, sin que sea necesaria la cotización a la

---

<sup>610</sup> *Vid* BELTRÁN AGUIRRE, “Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud”, en *Derecho y Salud*, núm. 2, (1994),pág. 95, nota 12.

<sup>611</sup> *Vid* REBOLLO PUIG, “Sanidad”, *op. cit.*, pág. 254, Pero, las contradicciones no acaban aquí. Mientras que el artículo 1 de la Ley General de Sanidad, en su párrafo 2º y 3º, limita la legitimación activa para ejercer sus derechos en la vía administrativa y judicial a los extranjeros que residan en el territorio nacional, la Ley de Extranjería extiende esa posibilidad a los extranjeros en general, tanto para recurrir los actos en vía administrativa como jurisdiccional.

<sup>612</sup> *Vid* DEL REY GUANTER, “El derecho a la protección...”, *op. cit.*, págs. 161 a 168.

Seguridad Social. Gracias a este cambio, la asistencia sanitaria se ha extendido gradualmente a otros sectores de la población: a las viudas y familiares de fallecidos como consecuencia de la Guerra Civil<sup>613</sup>, a los emigrantes retornados a España<sup>614</sup>, a los minusválidos, con independencia que realicen o no una actividad laboral<sup>615</sup> y a los desempleados<sup>616</sup>.

Posteriormente, y en cumplimiento con el objetivo de la universalización establecido en la Ley General de Sanidad de 1986, de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud se benefician los pensionistas de clases pasivas<sup>617</sup>, las personas que carecen de un nivel mínimo de recursos económicos<sup>618</sup>, los perceptores de prestaciones no contributivas<sup>619</sup>, los

---

<sup>613</sup> Conforme a la Ley 5/1979, de 18 de septiembre, sobre reconocimiento de pensiones, asistencia médico farmacéutica y asistencia social en favor de las viudas, hijos y demás familiares de los españoles fallecidos como consecuencia o con ocasión de la pasada guerra civil y a la Orden Ministerial de 27 de enero de 1981, por la que se regula la asistencia médico farmacéutica y de servicios sociales, previstos en el artículo tercero de la Ley 5/1979, de 18 de septiembre.

<sup>614</sup> Con arreglo a la Orden Ministerial de 18 de febrero de 1981, por la que se establece un convenio en materia de asistencia sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social a favor de españoles emigrantes que retornan al territorio nacional.

<sup>615</sup> Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

<sup>616</sup> Con o sin derecho a prestaciones, las estén o no percibiendo, sin ningún requisito más. La Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección del desempleo, fue derogada por el Real Decreto-Ley 1/1992 y por la Ley de Seguridad Social, ya que establecía ciertas limitaciones innecesarias en vista de la universalización de la asistencia sanitaria por la Ley General de Sanidad.

<sup>617</sup> *Cfr.* artículo 55 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989.

<sup>618</sup> De acuerdo a lo previsto en el 80 de la Ley General de Sanidad —«El Gobierno regulará el sistema de financiación de la cobertura de la asistencia sanitaria del sistema de la Seguridad Social para las personas no incluidas en la misma que, de tratarse de personas sin recursos económicos, será en todo caso con cargo a transferencias estatales»— se dicta el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, que regula la extensión de la asistencia sanitaria a las personas sin recursos económicos suficientes. Para poder acceder a la asistencia sanitaria a través de esta vía es necesario que las rentas que se perciban sean iguales o inferiores en su conjunto anual al salario mínimo interprofesional. Si las rentas son superiores, se tendrá derecho a acceder por esta vía cuando el resultado de dividir las rentas anuales entre el número de menores o incapacitados a cargo del titular sea igual o inferior a la mitad del salario mínimo interprofesional.

<sup>619</sup> Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

menores de edad<sup>620</sup> y, por último, los extranjeros que se encuentre en territorio español<sup>621</sup>. Toda esta abundante, dispersa y confusa normativa se completa con la Ley General de la Seguridad Social de 1994 y sus más recientes reformas<sup>622</sup>.

Conforme a esta Ley, la asistencia sanitaria forma parte de la acción protectora de la Seguridad Social (artículo 38.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social). E insistimos que esta afirmación se hace a pesar de que la Ley General de Sanidad de 1986 haya incluido la asistencia sanitaria individual y la protección de la salud colectiva en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, institución autónoma e independiente de la Seguridad Social, desde el punto de vista orgánico, funcional y económico.

---

<sup>620</sup> Numerosos son los preceptos dirigidos a la tutela de la salud de los menores. Así, el artículo 39.4 de la Constitución Española establece, de modo genérico, que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.» El desarrollo del derecho a la asistencia sanitaria de los menores se encuentra, a nivel internacional, en el artículo 24 del la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, según el cual «los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.» A nivel interno, son varias las disposiciones que tratan el argumento. En primer lugar, el artículo 10.3 de la LO 1/1996, de 11 de enero, de protección jurídica del menor que reconoce el derecho a la asistencia sanitaria de los menores extranjeros que se encuentren en España siempre que estén en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración Pública, aun cuando no residan legalmente en España. Por otro lado, el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, dictado en desarrollo la Ley Orgánica 7/1985, dispone en su artículo 12 que los menores extranjeros que se hallen en territorio español serán tratados de acuerdo a la anteriormente citada Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y al artículo 10.3 de la Ley de protección jurídica del menor. Unos años después se aprueba la nueva LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que, a diferencia de la Ley Orgánica de extranjería de 1985, sí destina un precepto a la salud de los menores. El artículo 12.3 reconoce que «los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.»

<sup>621</sup> Sobre la asistencia sanitaria de los extranjeros en el Sistema Nacional de Salud, nos remitimos al apartado siguiente.

<sup>622</sup> Entre otras, la modificación introducida por la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social y por la Ley 24/1997, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social.

La asistencia sanitaria, según el artículo 86 de la Ley General de la Seguridad Social, a efectos de financiación tiene una doble vertiente: por un lado, se considera una prestación de tipo no contributivo y universal y, por otro, una prestación de tipo contributivo y limitada a determinados sujetos<sup>623</sup>. Esta doble vertiente viene a complicar, aún más si cabe, la determinación de los titulares del derecho a la asistencia sanitaria.

En primer lugar, la asistencia sanitaria es una prestación de tipo no contributivo y universal para los supuestos de enfermedad común (artículo 86.2.b) de la Ley General de la Seguridad Social), en cuyo caso quedarán comprendidos en su campo de aplicación todos los españoles residentes en territorio nacional (artículo 7.3 de la Ley General de la Seguridad Social).

En segundo lugar, cuando la asistencia sanitaria tenga como finalidad atender una enfermedad laboral o un accidente de trabajo, entonces se considera una prestación contributiva (artículo 86.2.a) de la Ley General de la

---

<sup>623</sup> En el artículo 86 de la de la Ley General de la Seguridad Social se regulan los recursos generales para la financiación de la Seguridad Social. Su redacción actual es fruto de la reforma introducida por la Ley 24/1994, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social. En el párrafo 2 de este precepto se establece que «la acción protectora de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva y universal, se financiará mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social [...] con excepción de las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social y servicios sociales cuya gestión se halle transferida a las Comunidades Autónomas, en cuyo caso, la financiación se efectuará de conformidad con el sistema de financiación autonómica vigente en cada momento.» Se añade que «las prestaciones contributivas, los gastos derivados de su gestión y los de funcionamiento de los servicios correspondientes a las funciones de afiliación, recaudación y gestión económico-financiera y patrimonial» serán financiadas básicamente con las cuotas de las personas obligadas, las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga, los frutos, rentas o intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales y cualesquiera otros ingresos, sin perjuicio de lo previsto en la Disposición Adicional 22ª de esta Ley.

El artículo 86.2 establece que a efectos de financiación, previstos en el párrafo primero, «la naturaleza de las prestaciones de la Seguridad Social será la siguiente: a) tienen naturaleza contributiva: las prestaciones económicas de la Seguridad Social, con excepción de las señaladas en la letra b) siguiente; la totalidad de las prestaciones derivadas de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; b) tienen naturaleza no contributiva: las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria incluidas en la acción protectora de la Seguridad Social y los correspondientes a los servicios sociales, salvo que se deriven de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; las pensiones no contributivas por invalidez y jubilación; los complementos a mínimos de las pensiones de la Seguridad Social; las asignaciones económicas de la Seguridad Social por hijo a cargo.»



Seguridad Social) a la que tendrán derecho los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y que estén comprendidos en alguno de los siguientes supuestos: trabajadores por cuenta ajena, trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado, los estudiantes y los funcionarios públicos, civiles y militares (artículo 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social)<sup>624</sup>.

Como ya apuntamos en páginas anteriores, existe un sector de la población que, no estando incluido en ninguno de los colectivos anteriormente

---

<sup>624</sup> De acuerdo al artículo 9 de la Ley General de la Seguridad Social, el sistema de la Seguridad Social está integrado por un Régimen general, regulado en el Título II de la Ley, y por los Regímenes especiales, a los que se refiere el artículo 10. La diferencia entre el Régimen general y los Regímenes especiales radica en que estos últimos tienen una regulación propia y diferente para los colectivos que los integran, sobre todo en materia de cotizaciones y de prestaciones. Estos Regímenes especiales surgen como el modo natural de expansión de la Seguridad Social y, a pesar de los repetidos intentos de unificación e integración en el Régimen general o en un Régimen especial que reúna a los trabajadores autónomos y asimilados, la Ley General de la Seguridad Social mantiene los siguientes Regímenes especiales (artículo 10.2): trabajadores dedicados a las actividades agrícolas, forestales y pecuarias, así como los titulares de pequeñas explotaciones que las cultiven directa y personalmente; trabajadores del mar; trabajadores por cuenta propia o autónomos; funcionarios públicos, civiles y militares; empleados de hogar; estudiantes y los demás grupos que determine el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. J. PEMÁN GAVÍN, “La culminación del proceso de descentralización de la sanidad española”, en *Informe Comunidades Autónomas 2001*, Instituto de Derecho Público, Barcelona 2002, pág. 672 y sigs., está en contra de la pervivencia de los Regímenes especiales, en concreto con relación a las prestaciones sanitarias. Explica este autor que, a pesar de que el contenido de la asistencia sanitaria sea prácticamente análogo al del Régimen general, la gestión y la provisión de las prestaciones difieren sustancialmente. En el caso de los funcionarios civiles y militares, las prestaciones se gestionan a través de unos organismos dependientes de la Administración general del Estado (MUFACE, ISFAS, MUGEJU). Para recibir asistencia sanitaria, los mutualistas pueden elegir libremente, cada año, bien los servicios sanitarios públicos o bien los servicios dispensados por entidades privadas de aseguramiento sanitario con las que existan conciertos. Para J. PEMÁN GAVÍN estos son planteamientos mutualistas y profesionalizados, cuya pervivencia no tiene justificación desde el momento que la asistencia sanitaria es considerada una prestación de tipo universal y no contributivo. Además, no hay que olvidar, añade este autor, que la Disposición Final 2ª de la Ley General de Sanidad de 1986 prevé la integración de los sistemas públicos de cobertura sanitaria en el Sistema Nacional de Salud, y la refundición de, entre otras materias la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social, en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo, tanto del Régimen General como de los Regímenes Especiales, incluidos los regulados por leyes específicas.

citados y disponiendo de recursos económicos suficientes —se fija como referencia el Salario Mínimo Interprofesional— puede acceder a los Servicios públicos de salud, pero, en calidad de *pacientes privados*, debiendo abonar las prestaciones que se les dispensen en las condiciones establecidas por el artículo 16 de la Ley General de Sanidad<sup>625</sup>. Esta situación no tiene base legal alguna desde el momento en el que la asistencia sanitaria se financia a través de impuestos y no de contribuciones a la Seguridad Social.

El reconocimiento o denegación del derecho a la asistencia sanitaria, a través de cualquiera de las vías que hemos explicado, corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social a través de sus Direcciones Provinciales<sup>626</sup>. Una vez formalizado este derecho, y tras comunicarse el alta a la Tesorería General de la Seguridad Social, se procede a la expedición de la tarjeta sanitaria, que es el documento que acredita la titularidad del derecho<sup>627</sup>. La

---

<sup>625</sup> El artículo 16 de la Ley General de Sanidad establece que:

«Las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos. En consecuencia, los usuarios sin derecho a la asistencia de los Servicios de Salud, así como los previstos en el artículo 80, podrán acceder a los servicios sanitarios con la consideración de *pacientes privados* [las cursivas son nuestras], de acuerdo con los siguientes criterios:

«1º. Por lo que se refiere a la atención primaria, se les aplicarán las mismas normas sobre asignación de equipos y libre elección que al resto de los usuarios.

«2º. El ingreso en centros hospitalarios se efectuará a través de la unidad de admisión del hospital, por medio de una lista de espera única, por lo que no existirá un sistema de acceso y hospitalización diferenciado según la condición del paciente.

«3º. La facturación por la atención de estos pacientes será efectuada por las respectivas administraciones de los Centros, tomando como base los costes efectivos. Estos ingresos tendrán la condición de propios de los Servicios de Salud. En ningún caso estos ingresos podrán revenir directamente en aquellos que intervienen en la atención de estos pacientes.»

<sup>626</sup> Así se establece en el artículo 1.2.a) del Real Decreto 2583/1996, de 13 de diciembre, de estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de modificación parcial de las correspondientes a la Tesorería General de la Seguridad Social.

<sup>627</sup> La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, establece, en su artículo 57, que el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de la atención sanitaria que proporciona el Sistema Nacional de Salud se facilitará a través de la tarjeta sanitaria individual, como documento administrativo que acredita determinados datos de su titular.

competencia en orden a la emisión de la tarjeta sanitaria individual corresponde a las Administraciones sanitarias autonómicas<sup>628</sup>.

No se entiende muy bien, desde la perspectiva que venimos defendiendo a favor de la separación entre Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social, porqué sigue siendo el Instituto Nacional de la Seguridad Social, entidad gestora que forma parte de la estructura del Ministerio de Trabajo, el órgano que otorga o deniega el derecho a la asistencia sanitaria.

### **3. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA**

La capacidad de adaptación del Sistema Nacional de Salud a los cambios sociales tiene su mayor exponente en la inclusión de los extranjeros en su ámbito de actuación. En efecto, la legislación vigente reconoce el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España. La titularidad de este derecho no se vincula en nuestro ordenamiento jurídico a la ciudadanía española. El concepto de ciudadano es desplazado por el de persona. La ciudadanía, en palabras de FERRAJOLI, ya no es un factor de inclusión y de igualdad, sino de exclusión y de discriminación; es el último privilegio de *status* que contradice el universalismo de los derechos<sup>629</sup>.

La universalización de los derechos de la persona inspiró al constituyente español en la redacción del artículo 13.1 CE en el que se establece que «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título [se refiere al Título I CE] en los términos que establezcan los tratados y la ley», convirtiendo nuestro ordenamiento jurídico

---

<sup>628</sup> Conforme dispone el Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual.

<sup>629</sup> *Vid.* L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Roma, 1999, págs. 116 y sigs.

en uno de los más avanzados en materia de extranjería en el ámbito de la Unión Europea<sup>630</sup>.

El alcance de este precepto ha sido ampliamente analizado por la jurisprudencia constitucional. Según el Alto Tribunal, de la interpretación del artículo 13.1 CE se deriva la existencia de tres tipos de derechos con relación a los extranjeros. En este sentido, la Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, en su F.J. 4º dice textualmente lo siguiente:

«[...] Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.»

Esta clasificación aparece de nuevo en la Sentencia 95/2000, de 10 de abril<sup>631</sup>, en cuyo F.J. 3º se reitera, en primer lugar, que la expresión «libertades públicas» utilizada en el artículo 13.1 CE no ha de interpretarse en sentido restrictivo, y, en segundo lugar, que la remisión al legislador para regular el ejercicio de estos derechos no supone que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros, sino que significa, únicamente, su reconocimiento con arreglo a la configuración legal que de

---

<sup>630</sup> Así lo entiende, por ejemplo, F. FERNÁNDEZ SEGADO, “El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España: reflexiones en torno a la constitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 7 (2001), pág. 67.

<sup>631</sup> Con esta Sentencia, a la que ya tuvimos ocasión de referirnos al tratar las consecuencias jurídicas de la ubicación del artículo 43 en el Capítulo III de la CE, el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo interpuesto contra una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en cuyo fallo se había denegado el derecho a ser beneficiaria de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a la compañera de hecho del recurrente en amparo, trabajador afiliado a la Seguridad Social, por no residir ella legalmente en España. A esta persona se le había exigido para ser beneficiaria de las prestaciones un requisito que no establece la legislación en materia de Seguridad Social: la residencia legal, vulnerándose el principio de igualdad y el derecho a la tutela judicial efectiva.

ellos se haga. Y, en concreto, por lo que a nosotros nos interesa, el Tribunal Constitucional añade lo siguiente:

«[...] tanto el mantenimiento del sistema público de Seguridad Social (artículo 41 CE) como el reconocimiento del derecho a la salud (artículo 43 CE) y, consecuentemente, la obligación de los poderes públicos de organizarla y tutelarla mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios (artículo 43 CE) se contienen en el Título I del texto constitucional, lo que permite establecer la relación entre ellos y la previsión ya mencionada del artículo 13.1 CE, deduciéndose el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes.» (F.J. 3º, STC 95/2000, de 10 de abril)

El criterio para incluir los distintos derechos y libertades en alguna de las tres categorías identificadas por el Tribunal Constitucional es, como indica FERNÁNDEZ SEGADO, «a la vista de la naturaleza misma del derecho o de la libertad de que se trate, proceder a dilucidar si el mismo pertenece a la persona en cuanto tal y no al ciudadano o, prescindiendo de esta terminología, ciertamente equívoca, si el derecho o libertad es imprescindible para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artº 10.1 CE, constituye el fundamento del orden político y de la paz social»<sup>632</sup>. De lo dicho hasta ahora se desprende que el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros forma parte del *tercer* grupo al que se refiere el Tribunal Constitucional «integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales.» (F.J. 3º, STC 95/2000, de 10 de abril).

Es importante insistir en que el legislador no tiene una libertad ilimitada a la hora de configurar los derechos de los extranjeros e introducir diferencias en su ejercicio con relación a los españoles. El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse al respecto en los siguiente términos en la Sentencia

---

<sup>632</sup> *Vid.* F. FERNÁNDEZ SEGADO, “El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España...”, *op. cit.*, pág. 70

115/1987, que resolvía el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo, contra varios artículos de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España:

«El artículo 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, [...]. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales.»

Corresponderá, por tanto, al legislador ordinario la tarea de establecer las condiciones de acceso al Sistema Nacional de Salud de los extranjeros en España respetando, en todo caso, el marco constitucional. En este sentido, el artículo 43.1 CE reconoce, sin restricciones por razón a la nacionalidad, el derecho a la protección de la salud, cuya vertiente más prestacional se manifiesta a través del derecho a la asistencia sanitaria que se ejerce en el ámbito de un sistema público en el que todos tendrán derechos y deberes conforme a las leyes de desarrollo (artículo 43.2 CE).

El régimen jurídico del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España está regulado por un amplio y disperso número de normas. El propio Tribunal Constitucional, en la citada Sentencia 95/2000, de 10 de abril, hace un completo repaso de la legislación que regula las condiciones del ejercicio de este derecho<sup>633</sup>. En el F.J. 3º de la citada Sentencia

---

<sup>633</sup> Reproducimos a continuación un fragmento de esta Sentencia para ilustrar a qué nos referimos cuando hablamos de la complejidad normativa que rodea la determinación del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria:

«Así se desprende también de la regulación vigente a la fecha de los hechos (artículo 4 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España) y del actual artículo 3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a cuyo tenor “los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de

el Tribunal Constitucional explica que son dos los órdenes normativos de cuya interpretación conjunta se deriva el régimen jurídico del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España: la legislación en materia de Seguridad Social y la legislación en materia de extranjería.

Ahora bien, la extensión de la asistencia sanitaria a este sector de la población está marcada por un antes y un después a la promulgación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros España y su integración social.

La primera fase del proceso gira en torno a la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros, que en su artículo 4.1 establecía que los extranjeros disfrutarán de los derechos y libertades del Título I de la CE —por tanto, también el artículo 43— en los términos previstos en la propia Ley y en las leyes que regulen el ejercicio de cada uno de ellos.

---

desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica”. En el mismo sentido cabe citar los arts. 8 y 9 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, en desarrollo de la anterior Ley Orgánica de 1985, y que sustituyó al anterior Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, norma aplicable en el momento en el que el recurrente solicitó el derecho denegado. Por otra parte, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, declara en su artículo 1.2 que “son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”. Y en lo que se refiere, concretamente, a las prestaciones de asistencia sanitaria preciso es recordar que éstas se reconocen legalmente en nuestro país no sólo a los titulares directos del derecho, sino también a los familiares o asimilados de los beneficiarios que estén a cargo de aquéllos [artículo 100.1 c) del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, precepto cuya vigencia ha mantenido el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que, a su vez, se aprobó el actual Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social]. De otro lado, el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se aprobaron las normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social, reconoce la condición de familiares beneficiarios, entre otros, al cónyuge y descendientes de ambos o de cualquiera de ellos. Posteriormente fue asimilada, a estos efectos, y dándose determinadas condiciones, la pareja de hecho al cónyuge, mediante Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social, de 29 de diciembre de 1984, recogida en la Circular del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 18 de febrero de 1985, cuya existencia y contenido sustancial figura en los hechos probados de la Sentencia impugnada.»

Aunque en esta Ley Orgánica no se hiciera referencia directa a la asistencia sanitaria, sin embargo, en el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que desarrolla la Ley Orgánica 7/1985, sí se dice textualmente en el artículo 9 que los extranjeros podrán acceder a las prestaciones y servicios organizados por los poderes públicos para la protección de la salud, de acuerdo con lo dispuesto por la legislación específica sobre la materia. Las dos normas fundamentales que de manera específica regulan esta materia son la Ley General de Sanidad de 1986 y el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994.

Como ya hemos dicho, en cumplimiento con el mandato constitucional, la Ley General de Sanidad establece en el artículo 1.2 que:

«son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria [...] los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional» y se añade en el artículo 1.3 que «los extranjeros no residentes en España, [...], tendrán garantizado tal derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan.»

Por su parte, el artículo 7, del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social<sup>634</sup> reconoce que:

«1. Estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, [...] los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, [...], ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes: a. Trabajadores por cuenta ajena [...] b. Trabajadores por cuenta propia o autónomos [...] c. Socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado [...] d. Estudiantes [...] e. Funcionarios públicos, civiles y militares [...]»<sup>635</sup>

---

<sup>634</sup> Modificado por Ley 13/1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social y por Ley 66/1997 de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

<sup>635</sup> En este mismo precepto se incluye un apartado en el que se hace referencia a los nacionales de determinados Estados con los que España mantiene una especial relación:

«5. Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos, que residan y se encuentren legalmente en territorio español, se equiparan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el presente artículo. Con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga



Así pues, y conforme a legislación aplicable antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, tienen derecho a la asistencia sanitaria los extranjeros comprendidos en el ámbito de la Seguridad Social *ex* artículo 7 y que cumplan las condiciones que se recogen en el ya citado artículo 124.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994, según el cual, recordemos, «las personas incluidas en el campo de aplicación del Régimen General causarán derecho a las prestaciones del mismo cuando, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta en el Régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario.» Y dentro de las prestaciones a las que se pueden acceder estando afiliado a la Seguridad Social se encuentra, conforme al artículo 38.1.a) de la misma Ley, la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo<sup>636</sup>.

A las personas extranjeras que no estuviesen incluidas en la Seguridad Social y que necesitasen asistencia sanitaria, se les aplica el artículo 2 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, de desarrollo de la Ley 7/1985, conforme al cual los derechos inherentes a las personas son garantizados a los extranjeros en igualdad de condiciones que los españoles. Se ha entendido mayoritariamente que en la categoría de derechos inherentes a la persona se encuentra la asistencia sanitaria a menores, a mujeres embarazadas y la asistencia de urgencia. En estos supuestos, los extranjeros gozarían del derecho a acceder a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud.

---

en los Tratados, Convenios, Acuerdos o Instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o a cuanto les fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida. [...]»

<sup>636</sup> Artículo 38.1.a) de la Ley General de Seguridad Social de 1994 (modificado por Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras).

Sin lugar a dudas, el gran cambio se va a producir con la aprobación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España<sup>637</sup>.

Esta Ley dedica el Título I (artículos 3 a 24) a la regulación de los derechos y libertades de los que son titulares los extranjeros en territorio español, entre los que se encuentra la asistencia sanitaria (artículo 12). El amplio reconocimiento que se hace supone la consagración en una norma con rango de Ley Orgánica de una serie de derechos que durante la vigencia de la anterior Ley de Extranjería, LO 7/1985, de 1 de julio, se ordenaban en su Reglamento de ejecución, aprobado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero.

Ahora bien, aunque se trate de una Ley Orgánica, no todos los preceptos incluidos en la misma lo son. Así lo establece la Disposición Final 1ª de la LO 8/2000, que sustituye a la Disposición Final 4ª de la LO 4/2000, al privar expresamente del carácter orgánico al artículo 12, entre otros<sup>638</sup>. No

---

<sup>637</sup> La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España ha sido reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000.

<sup>638</sup> Del Título I de la LO 4/2000 están excluidos del carácter orgánico, además del derecho a la asistencia sanitaria, el derecho al trabajo y a la Seguridad Social (artículo 10), el derecho a ayudas en materia de viviendas (artículo 13) y el derecho a Seguridad Social y servicios sociales (artículo 14). Sí tienen carácter orgánico el resto de los preceptos contenidos en el Título I, los artículos 25 (requisitos para la entrada en territorio español y 31.2 (situación de residencia temporal) del Título II, los artículos 53 (infracciones graves), 54.1 (infracciones muy graves) y 57 a 64 (expulsión del territorio) del Título III y las Disposiciones Adicional 2ª, Derogatoria y el apartado primero de esta Disposición Final 1ª de la presente Ley, así como las Disposiciones Finales 1ª a 3ª de la Ley 4/2000.

La Disposición Final 1ª contiene un segundo párrafo en el que se dice que los preceptos privados de carácter orgánico se entenderán dictados al amparo del artículo 149.1.1ª y 2ª CE. Sobre este segundo párrafo P. SANTOLAYA MACHETTI, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2002, 2ª ed., pág. 438, se muestra muy crítico. Respecto al artículo 149.1.1ª duda que pueda ser considerado como un título habilitante para regular condiciones referidas a los extranjeros. El Estado puede establecer un régimen unitario de extranjería, dice el autor, pero, no se puede alegar como fuente de ulteriores competencias este precepto, en cuanto su finalidad es otra: evitar diferencias en el ejercicio de los derechos fundamentales entre ciudadanos de diferentes Comunidades Autónomas. Respecto al artículo 149.1.2ª CE, también se muestra reticente a aceptar que este precepto pueda legitimar intervenciones normativas estatales no orgánicas en materias que constituyen

podría ser de otra manera, puesto que la interpretación de la jurisprudencia constitucional ha restringido la reserva de Ley orgánica a los derechos y libertades comprendidos en la Sección 1ª, del Capítulo II, del Título Primero de la CE, excluyendo, por tanto y a pesar de su trascendencia, al derecho a la protección de la salud (artículo 43), incluido en el Capítulo III.

Antes de avanzar en el estudio del artículo 12 de la LO 4/2000, es preciso determinar qué entendemos por extranjero a los efectos de la aplicación de la Ley de Extranjería. Conforme al artículo 1 de la propia Ley se considera extranjero a aquella persona que carece de la nacionalidad española. ¿Qué ocurre, entonces, con los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea? La LO 4/2000, antes de la reforma introducida por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, excluía expresamente, en el apartado 2º del artículo 1, de la aplicación de la Ley a los nacionales de los Estados miembros y a aquellos a quienes les fuera aplicable el régimen comunitario. Pero, la LO 8/2000 sustituyó ese apartado y estableció que lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de los establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales de los que España sea parte.

Pero, será definitivamente en el Reglamento de ejecución de esta Ley<sup>639</sup> donde se proclame que a los ciudadanos de la Unión Europea se les aplicará

---

competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, como es el caso del artículo 13 de la LO 4/2000 que prevé el derecho a ayudas en materia de viviendas, que entraría dentro del artículo 148.1.3ª CE.

<sup>639</sup> El Real Decreto, 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y que sustituye al anterior Reglamento de 20 de julio de 2001, establece en su artículo único, párrafo 2º, que

«Las normas del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se aplicarán con carácter supletorio, o a los efectos que pudieran ser más favorables, a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y a las demás personas incluidas en el ámbito del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Asimismo, las normas del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de

con carácter supletorio o a los efectos que pudiera ser más favorable lo establecido en la Ley de Extranjería y las normas que la desarrollen.

Por lo tanto, a los nacionales de los Estados miembros de la Unión se le aplicará, en primer lugar, el Derecho comunitario en materia sanitaria<sup>640</sup> y con carácter supletorio o si fuera más favorable la normativa española.

La legislación de la Unión Europea distingue dos situaciones en las que se puede encontrar un ciudadano europeo en otro país de la Unión: la residencia y la estancia. Aquellos ciudadanos europeos y/o sus familias que residan habitualmente en un Estado miembro distinto de aquel donde están asegurados, accederán a las prestaciones sanitarias en las mismas condiciones que los nacionales del país de residencia, corriendo los gastos sanitarios a cargo de la entidad aseguradora. Los beneficiarios de estas prestaciones no son sólo los trabajadores, sino también los desempleados, los pensionistas y sus respectivas familiares.

Si se trata, no ya de una residencia habitual, sino de estancias temporales o de desplazamientos por turismo, estudios, trabajo o en el caso del transporte internacional por carretera, el ciudadano europeo tendrá derecho a todas las prestaciones en especie que sean inmediatamente necesarias a la vista de su estado de salud, siempre que sea titular del derecho a

---

enero, se aplicarán con carácter supletorio a quienes sea de aplicación la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.»

<sup>640</sup> En concreto, en materia de asistencia sanitaria, el Reglamento CEE 1408/1971, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los Regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad, que entró en vigor en España el 1 de enero de 1986, y el Reglamento 3095/1995, que modifica el anterior al introducir el artículo 22 *bis*, que extiende la asistencia sanitaria a todos los ciudadanos de la Unión Europea y a sus respectivas familias, incluso si no realizan actividades profesionales. Los Reglamentos Comunitarios se aplican para la coordinación de los sistemas de Seguridad Social de España con los Estados Miembros de la Unión Europea y con los Estados Parte del Espacio Económico Europeo (Islandia, Liechtenstein y Noruega).

la asistencia sanitaria pública en su país de origen<sup>641</sup>. El Estado que preste esta asistencia solicitará el reembolso de los gastos al Estado de residencia.

PEMÁN GAVÍN diferencia estos dos supuestos (asistencia sanitaria en casos de residencia y estancia otros países de la Unión Europea) de la denominada libre circulación de pacientes<sup>642</sup>. En estos casos, la persona se desplaza de un Estado miembro a otro, distinto al de su residencia habitual, con el único objetivo de recibir asistencia sanitaria como beneficiario del sistema público. Como señala PEMÁN GAVÍN la legislación española es muy restrictiva a la hora de reconocer el derecho de reembolso de los gastos por asistencia sanitaria fuera del territorio español, ya sea en otro Estado de la Unión o fuera de las fronteras comunitarias.

En efecto, el artículo 4 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 reconoce el derecho de reembolso de los gastos en los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción<sup>643</sup>.

---

<sup>641</sup> Desde el mes de junio de 2004 se utiliza en España la Tarjeta Sanitaria Europea, cuya creación se acordó en el Consejo Europeo celebrado en Barcelona en el mes de marzo de 2002. A través de esta Tarjeta sus titulares podrán acceder a los servicios sanitarios públicos de los países de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo (Islandia, Liechtenstein, Noruega) y Suiza. Su obtención se tramitará personalmente en cualquiera de los Centros de Atención e Información de la Seguridad Social del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

<sup>642</sup> Vid J PEMÁN GAVÍN, “Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios. Sobre la libre circulación de pacientes en el espacio comunitario europeo (A propósito de la Sentencia Smits y Peerbooms del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 160, 2003, págs. 123 y sigs.

<sup>643</sup> En los mismos términos se expresaba el artículo 5.3 del derogado Real Decreto 63/1995, de 20 de enero de ordenación de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud.

Mayores problemas plantea el régimen jurídico del derecho a la asistencia sanitaria cuando se trata de nacionales de Estados que no pertenezcan a la Unión Europea que se encuentren en España. El artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, bajo la rúbrica *derecho a la asistencia sanitaria* establece lo siguiente:

«1. Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

»2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.

»3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles

»4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.»

Este precepto refleja, por un lado, la voluntad del legislador de ampliar el ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud, reduciendo los requisitos para ser titular de este derecho; por otro lado, acata el mandato constitucional de otorgar una especial protección a los colectivos más vulnerables, como son los menores y las mujeres embarazadas.

Como puede fácilmente deducirse, la LO 4/2000 regula el acceso a los servicios públicos de salud y el régimen jurídico del derecho a la asistencia sanitaria en función de las circunstancias de la persona extranjera en España, previendo a tal efecto diversos supuestos que sucintamente pasamos a analizar.

En primer lugar, tienen derecho a recibir asistencia sanitaria, conforme al artículo 12.1 de la LO 4/2000, aquellos extranjeros que se encuentren inscritos en el Padrón del municipio donde residan habitualmente, con independencia de su situación de regularidad o irregularidad. Se trata de un precepto sobre el que hay que hacer varias observaciones. Este artículo menciona a los *extranjeros que residan habitualmente* en un municipio. ¿A quiénes se está refiriendo concretamente el legislador? Para contestar a esta pregunta es

necesario acudir a otros artículos del mismo texto. El artículo 29 de la Ley de Extranjería recoge las tres posibilidades de permanencia legal en territorio español: la estancia, la residencia temporal y la residencia permanente. Según SANTOLAYA MACHETTI<sup>644</sup>, con relación a la residencia, en esta Ley se utilizan correctamente dos expresiones distintas —*extranjeros residentes* y *extranjeros que residen*— para aludir a realidades diversas. En el primer caso, cuando se emplea el término *extranjeros residentes* (artículos 6.1 y 2 y 13, por ejemplo) se refiere a una de las categorías previstas por la Ley de Extranjería en el artículo 29 (residentes temporales y residentes permanentes). Sin embargo, cuando se recurre a la expresión *extranjeros que residen* (artículos 6.3, 12.1 y 13) es para indicar una situación de hecho, a los efectos de su inscripción en el Padrón municipal, tengan o no regularizada su inscripción en el Registro del Ministerio del Interior. Así pues, todas las personas extranjeras que residan de hecho en un municipio, y no sólo los residentes legales, han de inscribirse en el Padrón municipal<sup>645</sup>.

En el artículo 12.1 de la LO 4/2000 se dice, además, que tendrán derecho a la asistencia sanitaria «en las mismas condiciones que los españoles». A qué se está refiriendo el legislador, ¿a los requisitos para poder ser titular de este derecho o a la igualdad de trato que han de recibir por parte de los servicios sanitarios? La doctrina parece haber entendido mayoritariamente que se refiere a las vías de acceso, a los títulos jurídicos que permiten disfrutar de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud<sup>646</sup>. En cuanto al principio de igualdad de trato ante las distintas administraciones, éste aparece contemplado, en primer lugar, en el segundo inciso del artículo 3.2 LGS en el

---

<sup>644</sup> P. SANTOLAYA MACHETTI, *Comentarios...*, *op. cit.*, págs. 62 y 63.

<sup>645</sup> En este sentido, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en su redacción conforme a la Ley 4/1996, de 10 de enero, define en su artículo 16 el Padrón como el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. Con relación a los extranjeros en la misma Ley se advierte (artículo 18.2) que la inscripción en el Padrón no constituye prueba de la residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no esté previsto en la legislación vigente.

<sup>646</sup> *Vid.* J. PEMÁN GAVÍN, “La configuración...”, *op. cit.*, pág. 118, nota 4;

que se establece que las prestaciones se realizarán en condiciones de igualdad efectiva; así mismo, en el artículo 10.1 LGS al declarar que todos tienen derecho —españoles y extranjeros, como usuarios del Sistema Nacional de Salud— «al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad sin que puedan ser discriminados por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico o sindical» y, por último, en el artículo 16 LGS en el que claramente se dice que «las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos», con independencia de la condición con la que se acceda a estos servicios. También a los ciudadanos extranjeros con derecho a asistencia sanitaria, como usuarios y pacientes del Servicio Nacional de Salud, se les aplicará la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Por tanto, para que un ciudadano extranjero pueda acceder a las prestaciones sanitarias la primera formalidad que debe cumplir es el empadronamiento y, en segundo lugar, ha de reunir los mismos requisitos que se le exigen a los españoles: si no está afiliado a la Seguridad Social, ha de carecer de recursos económicos suficientes, conforme a los parámetros previstos en el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre.

El segundo de los supuestos del artículo 12.2 de la LO 4/2000 se refiere al derecho a la asistencia sanitaria de aquellos extranjeros que se encuentren en España, con independencia de su situación administrativa, en caso de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.

Con relación a este párrafo PEMÁN GAVÍN<sup>647</sup> observa una paradoja. A tenor del artículo 12.2 de la Ley Orgánica 4/2000, los extranjeros tienen reconocido el derecho a la asistencia sanitaria hasta el alta médica en los casos

---

<sup>647</sup> “La configuración...”, op. cit, pág. 20, nota 116.



de urgencia por enfermedad grave o accidente sin ningún tipo de requisito, mientras que los ciudadanos españoles que no sean acreedores de los servicios sanitarios públicos en virtud de alguno de los títulos jurídicos previstos, podrán acceder a la asistencia de urgencia, pero, como pacientes privados. Lo mismo ocurre en el caso de los españoles no residentes en España que se encuentren ocasionalmente en el país. Estas diferencias tienen su origen, como explica el autor, en el modo asistemático y desordenado con el que se ha tratado la universalización de la asistencia sanitaria.

En tercer lugar, en el artículo 12.3 de la LO 4/2000, el legislador consideró oportuno incluir un precepto destinado a regular el acceso a la asistencia sanitaria de los menores extranjeros, salvando así la omisión de la Ley Orgánica 7/1985. Como algún autor ha tenido ocasión de señalar<sup>648</sup>, no se trata de un derecho nuevo, puesto que la protección de la salud del menor ha recibido un amplio tratamiento en el Derecho interno y en el Derecho internacional<sup>649</sup>.

A partir de la interpretación de las diversas normas que se aplican al caso de los menores extranjeros, se pueden distinguir dos vías a través de las cuales éstos pueden acceder a la asistencia sanitaria: como titulares, según el artículo 12.3 de la LO 4/2000, o como beneficiarios, cuando estén a cargo de un titular empadronado, conforme al artículo 12.1 de la misma Ley<sup>650</sup>. Un

---

<sup>648</sup> *Vid.* DE VAL TENA, A. L. “Derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria pública. Comentario al artículo 12 de la LDE”, en *Boletín Aranzadi Laboral*, núm. 21, 2001.

<sup>649</sup> Según I. MARTÍN DELGADO, en “La asistencia de los extranjeros en España”, en *Derecho y Salud*, núm. 2, 2002, pág. 210, el artículo 12.3 de la LO 4/2000 supone un reconocimiento más amplio del derecho a la asistencia sanitaria de los menores extranjeros, ya que no es necesario, como preveía el artículo 10.3 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que se encuentren en situación de riesgo o bajo tutela de la Administración.

<sup>650</sup> *Vid.* I. MARTÍN DELGADO, “La asistencia...”, *op. cit.*, pág. 210. Este autor habla de una tercera vía para aquellos casos en los que el menor esté emancipado y carezca de recursos económicos suficientes. En este supuesto, accedería por la vía del artículo 12.1. Así mismo, advierte que si el menor accede como titular, cumpliendo con los requisitos del empadronamiento y la carencia de recursos económicos, continuará siendo titular de la asistencia, con independencia de que alcance la mayoría de edad.

ejemplo más de los vericuetos que se han de recorrer para establecer a través de qué título jurídico se puede acceder a la asistencia sanitaria pública.

Por último, el párrafo 4 del artículo 12 de la LO 4/2000, prevé la asistencia sanitaria a las ciudadanas extranjeras durante el embarazo, el parto y el postparto, con independencia de cuál sea su situación desde el punto de vista administrativo. Este precepto tiene su referente constitucional en el artículo 39.2 CE que reconoce el aseguramiento integral de las madres por los poderes públicos.

En el artículo 12.4 de la LO 4/2000 no se hace referencia a ningún requisito, ni siquiera se añade la cláusula *en las mismas condiciones que las españolas*<sup>651</sup>. Este precepto está dirigido, en nuestra opinión, a aquellas extranjeras no empadronadas y sin recursos, no incluidas en ninguno de los supuestos analizados (titulares o beneficiarias de la Seguridad Social, empadronadas sin recursos económicos o empadronadas con recursos económicos que acceden como pacientes privados).

En definitiva, y recopilando lo dicho hasta ahora, los extranjeros en territorio español podrán acceder a la asistencia sanitaria a través de distintas vías: la que podríamos definir como la vía tradicional, mediante la afiliación y cotización a la Seguridad Social; en segundo lugar, mediante el empadronamiento en el municipio donde residen habitualmente, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles; en tercer lugar, cuando se trate de menores extranjeros y de mujeres embarazadas con independencia de su situación administrativa, tendrán siempre garantizada la asistencia sanitaria; en cuarto lugar, tendrán derecho a los cuidados médicos en las situaciones de urgencia y por último los extranjeros podrán acceder a las prestaciones del

---

<sup>651</sup> Considera A. L. DE VAL TENA, “Derechos de los extranjeros...”, *op. cit.*, que las condiciones en las que se reconoce este derecho a las extranjeras parecen, a primera vista, más favorables que las condiciones previstas para las españolas. Pero, como indica el autor este precepto debe ser interpretado teniendo en cuenta el principio establecido en el artículo 3 de la LO 4/2000: se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos recogido en la Ley en condiciones de igualdad con los españoles.

Sistema Nacional de Salud como *pacientes privados* cuando no se encuentren incluidos en ninguno de los supuestos anteriores y cuenten con recursos económicos suficientes.

El amplio reconocimiento de titulares del derecho a la asistencia sanitaria que hace el artículo 12 de la LO 4/2000 supone, por un lado, la consagración de la asistencia sanitaria de los extranjeros fuera del ámbito contributivo de la Seguridad Social, que es el contemplado por el artículo 7 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994 y por el artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2000<sup>652</sup>. Los trabajadores extranjeros afiliados a la Seguridad Social tienen derecho a la asistencia sanitaria, pero, los requisitos de afiliación y cotización no son ya imprescindibles, como ocurría antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, para acceder a los servicios sanitarios públicos en territorio español. La ruptura con el principio contributivo significa que la afiliación a la Seguridad Social es uno de los títulos, pero no el único, para acceder a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

El artículo 12 de la LO 4/2000 supone, asimismo, la derogación del artículo 7.5 de la Ley General de Seguridad Social, que recordemos prevé, por un lado, que los nacionales de determinados países (latinoamericanos, portugueses<sup>653</sup>, andorranos y filipinos), residentes legalmente en territorio

---

<sup>652</sup> El derecho a la asistencia sanitaria se disgrega de la Seguridad Social y prueba de ello es su regulación en artículos separados también es esta ley destinada a regular los derechos de los extranjeros. En efecto, el artículo 14.1 de la LO 4/2000 establece, bajo la rúbrica *derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales*, que «Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles.» Esas condiciones, previstas en el artículo 124.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994, como ya tuvimos ocasión de exponer, son la afiliación y el alta en la Seguridad Social. Y entre las prestaciones a las que se pueden acceder estando afiliado a la Seguridad Social se encuentra la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo (artículo 38.1.a) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994).

<sup>653</sup> Esta referencia a los nacionales de Portugal debe entenderse derogada, ya que se les aplica la normativa comunitaria en los términos establecidos en el Reglamento CEE 1408/1971, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los Regímenes de Seguridad Social a los

español, se equiparen a los españoles en cuanto al disfrute de las prestaciones contributivas y no contributivas de la Seguridad Social. Por otro, con respecto a los nacionales de otros países, el citado artículo 7.5 se remite a los Tratados, Convenios, Acuerdos o Instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o a cuanto les fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida. Pues bien, frente a este precepto de la Ley General de Seguridad Social de 1994, el artículo 12.1 de la LO 4/2000 generaliza el derecho a la asistencia sanitaria a toda persona extranjera, con independencia de su nacionalidad, de su situación administrativa o de la existencia de normas internacionales que le reconozcan tal derecho.

### **3. LA SANIDAD PENITENCIARIA COMO SECTOR EXCLUIDO DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.**

Hemos dicho que la universalidad significa que todos tienen derecho a beneficiarse de las prestaciones dispensadas por el Sistema Nacional de Salud sin discriminación alguna. Sin embargo, existe un amplio sector excluido de su ámbito de actuación. Se trata de la población reclusa<sup>654</sup>.

La asistencia sanitaria de los internos en Instituciones Penitenciarias está sometida a un régimen especial, gestionado por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, del Ministerio del Interior<sup>655</sup>, con cargo a su propio presupuesto, y regulado en el Capítulo III del Título II de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

---

trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad.

<sup>654</sup> De acuerdo con los últimos datos facilitados por el Ministerio del Interior, a través de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, (<http://www.mir.es/instpeni>), la población reclusa está integrada, en el mes de septiembre de 2008, está integrada por 72.821 personas.

<sup>655</sup> Cataluña es la única Comunidad Autónoma que ha asumido competencias penitenciarias. La gestión sanitaria en los centros penitenciarios es gestionada por la Dirección General de Servicios Penitenciarios y de Rehabilitación y no por el Servicio Catalán de Salud

El artículo 3 de esta Ley Orgánica establece que la actividad penitenciaria se llevará a cabo respetando «la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena». Así pues, los internos «podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales» y, por lo tanto, «se adoptarán las medidas necesarias para que los internos y sus familiares conserven sus derechos a las prestaciones de la Seguridad Social, adquiridos antes del ingreso en prisión», entre las que se incluye la asistencia sanitaria por accidentes de trabajo y enfermedades laborales. Así mismo, «la administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos.»

El Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, dedica el Capítulo I, del Título IX a la asistencia sanitaria de la población reclusa. En esta norma se asume un concepto integral de la atención sanitaria, al establecer que las prestaciones estarán orientadas a la prevención, a la curación y a la rehabilitación de la salud<sup>656</sup>.

---

<sup>656</sup> En cuanto al catálogo de prestaciones, el artículo 208 del Reglamento Penitenciario establece que la atención médico-sanitaria, farmacéutica y las prestaciones complementarias básicas sean equivalentes a las que se dispensa al conjunto de la población. El modelo de atención sanitaria (artículo 209 del Reglamento) se articula en atención primaria, asistencia especializada, asistencia especializada en régimen de hospitalización, prestación farmacéutica y prestaciones complementarias. La atención primaria básica se cubre en los centros penitenciarios con medios materiales y humanos propios. Establece el Reglamento (artículo 209.1.1ª y 2ª). que «la atención primaria se dispensará con medios propios de la Administración Penitenciaria o ajenos concertados por la misma. Los Establecimientos penitenciarios contarán con un equipo sanitario de atención primaria que estará integrado, al menos, por un médico general, un diplomado en enfermería y un auxiliar de enfermería. Se contará igualmente, de forma periódica, con un psiquiatra y un médico estomatólogo u odontólogo. Los Centros de mujeres dispondrán además de los servicios periódicos de un ginecólogo y, cuando convivan niños con sus madres, de un pediatra.» La atención especializada se lleva a cabo, preferentemente, a través del Sistema Nacional de Salud. (artículo 209.2.1ª del Reglamento). La asistencia hospitalaria se realiza en los hospitales de la red pública en las denominadas Unidades de Acceso Restringido cuya manutención es competencia de la Administración penitenciaria, salvo en los casos de urgencia justificada, en que se llevará a cabo en el hospital más próximo al Centro penitenciario (artículo 209.2.2ª del Reglamento). En cuanto a la dispensación farmacéutica y las prestaciones complementarias básicas (artículo 209.3 del Reglamento) «se harán efectivas por la Administración Penitenciaria, salvo en lo relativo a los medicamentos de uso hospitalario y a los productos farmacéuticos que no estén comercializados en España.»

Para poder llevar a cabo estas funciones, la Administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias formalizarán los correspondientes convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria, en los que se definirán los criterios generales de coordinación, protocolos, planes y procedimientos. La financiación de la asistencia, como hemos dicho más arriba, está a cargo de la Administración Penitenciaria, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita (artículo 207.2 del Reglamento). Así mismo, la Administración Penitenciaria deberá abonar a las Administraciones Sanitarias competentes los gastos que se originen por las inversiones precisas para la adecuación de las plantas de hospitalización o consultas de los Centros Hospitalarios extrapenitenciarios por motivos de seguridad (artículo 207.3 del Reglamento).

Aunque dentro de las funciones que asume la Administración penitenciaria se contemple, efectivamente, la asistencia sanitaria, es evidente que no es ésta su principal tarea y que las Instituciones Penitenciarias tampoco reúnen los medios humanos<sup>657</sup> y materiales necesarios para garantizar el acceso a las prestaciones en igualdad de condiciones que el resto de la población amparada por el Sistema Nacional de Salud. La aparición de nuevas patologías entre la población reclusa, la falta de capacidad de la Administración penitenciaria para hacer frente a una concepción integral de la salud y, sobre

---

<sup>657</sup> No podemos entrar a analizar la situación laboral en la que se encuentra el personal facultativo y los auxiliares técnicos sanitarios dependientes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. La discriminación en los baremos y en la posibilidad de concursar al cuerpo sanitario nacional, la falta de regulación de las condiciones profesionales y laborales, la trasgresión de la ética y deontología del médico, la limitación de la actividad investigadora, la ausencia de formación, de carrera y de promoción profesional son para la Sociedad Española de Sanidad Penitenciaria, los aspectos más críticos que precisan una inmediata solución. *Cfr.* el informe elaborado por la Sociedad Española de Sanidad Penitenciaria “Sanidad penitenciaria: una discriminación para la población asistencial y para los profesionales”, publicado en <http://www.sesp.es/sesp/index.htm>.

todo, la universalización y unificación de toda la asistencia sanitaria en el seno del Sistema Nacional de Salud, hacen necesaria la adaptación de la normativa sobre la materia y la asunción por parte de los servicios de salud de una responsabilidad global de la asistencia sanitaria, como así lo pronostica el Preámbulo del propio Reglamento Penitenciario.

Son, por tanto, varias las razones que aconsejan la integración de la Sanidad penitenciaria en el Sistema Nacional de Salud<sup>658</sup>. Si nos centramos en los argumentos jurídicos, la integración de la Sanidad penitenciaria en el Sistema Nacional de Salud se configura como un mandato dirigido a los poderes públicos presente en la legislación vigente.

En primer lugar, la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, en su objetivo de crear un sistema universal, integrador y unificador de todos los servicios y prestaciones sanitarias, establece en su Disposición Final 2ª que «hasta tanto los sistemas públicos de cobertura sanitaria no queden integrados en el Sistema Nacional de Salud, el Gobierno en el plazo de dieciocho meses contados a partir de la publicación de la presente Ley, procederá a la armonización y refundición de: [...] 5. La asistencia sanitaria de los internos penitenciarios a que se refieren los artículos 3 y 4 de la Ley 1/1979, de 26 de septiembre, y disposiciones concordantes.» Y añade en la Disposición Final 3ª que «1. El Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta conjunta de los Ministerios interesados, dispondrá: a) la participación en el Sistema Nacional de Salud de [...] (la) Sanidad Penitenciaria.»

Desde la perspectiva de la financiación, la integración de la Sanidad penitenciaria pondría fin al sistema de pagos que debe efectuar el Ministerio del Interior por la atención sanitaria especializada y hospitalaria dispensada a los presos a través de los conciertos con la red pública de salud. Porque, si la

---

<sup>658</sup> Nos remitimos en este punto al documento de trabajo elaborado por la Sociedad Española de Sanidad Penitenciaria “Sanidad penitenciaria: una discriminación para la población asistencial y para los profesionales”, citado en la nota anterior, donde se analiza porqué y cómo se ha de llevar a cabo la integración.

asistencia sanitaria es una prestación universal y no contributiva, financiada a través de transferencias públicas, antes a través de los Presupuestos Generales del Estado, ahora a través de los Presupuestos de cada Comunidad Autónoma, no tiene sentido alguno que los centros penitenciarios deban abonar los gastos que se derivan de la asistencia especializada y de la hospitalización de los reclusos<sup>659</sup>.

Tras la culminación del proceso de transferencias de los servicios sanitarios del INSALUD a la práctica totalidad de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas<sup>660</sup>, y ante la falta de voluntad por parte de la Administración central del Estado para llevar a cabo la integración de la sanidad penitenciaria en el Sistema Nacional de Salud, esta tarea corresponderá ahora a las Comunidades Autónomas. En este sentido, la Disposición Adicional 6ª de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, aprobada el 28 de mayo de 2003, prevé, literalmente, que los servicios sanitarios dependientes de Instituciones Penitenciarias, sean transferidos a las Comunidades Autónomas para su plena integración en los correspondientes servicios autonómicos de salud. A tal efecto, en el plazo de 18 meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, y mediante el correspondiente Real Decreto se procederá a la integración de los servicios sanitarios penitenciarios en el Sistema Nacional de Salud, conforme al sistema de traspasos establecidos por los Estatutos de autonomía.

El plazo establecido por la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud ya ha transcurrido y la integración de la Sanidad

---

<sup>659</sup> En cuanto a la asistencia sanitaria por accidentes de trabajo o enfermedades laborales de los reclusos, ésta queda incluida en el Régimen General de la Seguridad Social, conforme al artículo 97 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 que faculta para incluir en este Régimen a otros colectivos, entre los que se encuentran los reclusos que realicen trabajos penitenciarios retribuidos, trabajos de formación profesional ocupacional, aprendizaje o formación profesional como educandos y los condenados a la pena de trabajo en beneficios de la comunidad.

<sup>660</sup> Excepto Ceuta y Melilla, que pasan a depender del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.



penitenciaria en los Servicios de Salud autonómicos todavía no se ha llevado a cabo<sup>661</sup>.

#### **4. OBSERVACIONES FINALES SOBRE LA EFECTIVIDAD DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD**

Como se puede fácilmente deducir, el acceso a las prestaciones sanitarias, aunque generalizado, es bastante complejo. A pesar del reconocimiento expreso del principio de universalidad que debe informar el acceso a los servicios públicos de salud, las normas que establecen qué personas tienen derecho a la asistencia sanitaria se siguen inspirando en el tradicional principio contributivo y en principios de índole asistencial.

Las críticas al respecto se multiplican entre la doctrina<sup>662</sup>. Baste como ejemplo de todas ellas la formulada por PEMÁN GAVÍN. Para este autor<sup>663</sup> la normativa que regula el aspecto subjetivo se ha elaborado a partir de situaciones concretas, de modo fragmentado y disperso, al margen de la necesaria visión de conjunto. Una normativa que complica la gestión administrativa, que no alcanza el objetivo de la universalización de la asistencia sanitaria, con el consiguiente incumplimiento del mandato que se deriva de la

---

<sup>661</sup> Existe un apoyo y una voluntad firme por parte del Congreso de los Diputados que en varias ocasiones (junio de 1996, diciembre de 1999, abril de 2001) instó al Gobierno, a través de sendas proposiciones no de ley, a proceder, en primer lugar, a la integración de los funcionarios de los cuerpos facultativos y de ayudantes técnicos sanitarios de instituciones penitenciarias en la red pública de sanidad y, así mismo, a la integración de la Sanidad penitenciaria en el sistema público de salud. De nuevo, en marzo de 2005, se aprobó en la Comisión de Interior del Congreso una proposición no de ley instando al Gobierno a proceder a la transferencia de los servicios sanitarios de las Instituciones Penitenciarias a las Comunidades Autónomas.

<sup>662</sup> *Vid.* GARCÍA DELGADO, GONZÁLEZ SEARA, MUÑOZ MACHADO (Dirs.): *Las estructuras del bienestar. Derecho, economía y sanidad*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 257.

<sup>663</sup> *Vid.* J. PEMÁN GAVÍN, “La configuración...”, *op. cit.*, págs. 120 y 121. Este autor considera que la asistencia sanitaria es una prestación de la Seguridad Social y su crítica gira en torno a la falta de adaptación de la legislación en esta materia al principio de universalidad. Un atisbo del intento de armonizar la Seguridad Social y la Sanidad sobre la base de la universalización de la asistencia sanitaria se encuentra en la Ley 24/1997 en la que se declara el carácter universal y no contributivo de la asistencia sanitaria.

Constitución y que consagra la Ley General de Sanidad; una normativa que genera una situación incongruente con el sistema de financiación, ya que habiéndose suprimido la aportación procedente de las cotizaciones sociales y financiándose la asistencia sanitaria mediante impuestos, no tiene sentido que haya un colectivo que carezca del derecho a beneficiarse de los servicios públicos de salud y que se mantengan en pie las reglas basadas en el principio contributivo, junto con otras reglas vinculadas a ideas de beneficencia y de protección de colectivos específicos. El derecho a la asistencia sanitaria es universal, pero sólo en cuanto al acceso y no en cuanto a la gratuidad. En un sistema sufragado a través de impuestos, debe reconocerse a todos el derecho a beneficiarse del mismo<sup>664</sup>. La solución pasaría en su opinión por la consagración legal del derecho a la asistencia sanitaria de todas las personas residentes en España, sean españoles o extranjeros, con efectos derogatorios de toda la legislación actualmente en vigor<sup>665</sup>.

En esta línea parece inspirarse el artículo 3 de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, Ley 16/2003, de 28 de mayo, que enumera quiénes son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria. En primer lugar, son titulares todos los españoles y extranjeros en territorio nacional, sin hacer referencia a ningún tipo de condicionante, como la afiliación o la carencia de recursos económicos. En segundo lugar, se refiere esta Ley a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, que disfrutarán de estos derechos de acuerdo al ordenamiento jurídico comunitario y a los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación. Y, por último, también se prevé en esta Ley que a los nacionales de los Estados no

---

<sup>664</sup> Vid J. PEMÁN GAVÍN, “Sobre el proceso de desarrollo y aplicación de la Ley General de Sanidad: balance y perspectivas”, en *Derecho y Salud*, núm. 2, (1999), pág. 32, nota 169.

<sup>665</sup> Vid J. PEMÁN GAVÍN: “La culminación del proceso...”, *op. cit.*, pág. 670 y en “Las prestaciones sanitarias públicas: configuración actual y perspectivas de futuro”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 156 (2001) pág. 136.

pertenecientes a la Unión Europea, se les aplique las leyes, tratados y convenios que se hayan suscrito en materia de asistencia sanitaria.

A pesar de la voluntad de sintetizar en un solo artículo el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria, no encontramos entre las Disposiciones Derogatorias de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud referencia alguna a la ingente masa de normas que sumariamente acabamos de exponer. Todas ellas siguen en vigor y, por tanto, el complejo e intrincado sistema de acceso a las prestaciones públicas de salud.

Pese a todas las dificultades descritas, el Sistema Nacional de Salud se ha ido adaptando al decurso histórico. El principio de universalidad ha generado un fenómeno expansivo que ha permitido a la institución adecuarse a la nueva imagen que de ella se ha formado el conjunto de la ciudadanía. Desde la situación inicial, en la que la asistencia sanitaria pública se reservaba sólo a los trabajadores y a sus familiares, se ha alcanzado un grado de generalización muy satisfactorio en el que incluso aquellos ciudadanos extranjeros en situación irregular gozan de los mismos derechos sanitarios que los nacionales. Una prueba más de la fundamentalidad del derecho a la protección de la salud y su íntima relación con la dignidad de la persona.



## **CAPÍTULO IV.- LOS RASGOS ESENCIALES DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD (II). EL CARÁCTER DESCENTRALIZADO DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD**

*Introducción. 1. El régimen constitucional de distribución de competencias en materia sanitaria entre Estado y Comunidades Autónomas. La doctrina del Tribunal Constitucional al respecto y su plasmación posterior en la legislación. 1.1. La materia sanitaria en los artículos 148 y 149 de la Constitución española de 1978. 1.2. La delimitación doctrinal y jurisprudencial del contenido de las competencias estatales en materia de salud: (I) sanidad exterior; (II) bases de la sanidad; (III) la coordinación general; (IV) la legislación sobre productos farmacéuticos y (V) la Alta inspección. 2. El proceso de asunción de competencias en materia sanitaria por las Comunidades autónomas y la transferencia de servicios y funciones del Estado a los servicios de salud autonómicos. La actual situación de descentralización sanitaria. 3. Reflexiones en torno a la autonomía y a la igualdad en materia de asistencia sanitaria. 1.1. La autonomía y la igualdad. 1.2. La autonomía y la igualdad en materia sanitaria: el principio de igualdad de trato y la garantía de un estatuto jurídico básico del derecho a la asistencia sanitaria. La relación entre los títulos competenciales del artículo 149.1.1ª CE y del artículo 149.1.16ª CE.*



## INTRODUCCIÓN

El actual grado de descentralización que caracteriza al Sistema Nacional de Salud es el resultado de un largo proceso que hunde sus raíces en el intrincado reparto de competencias entre el Estado y los entes autonómicos previsto por la Constitución española de 1978 en los artículos 148 y 149 de su Título VIII. Como declaró el Tribunal Constitucional en su Sentencia 32/1983, de 28 de abril, F.J. 2º, aunque el artículo 43 CE contenga una fijación general de objetivos y de derechos, sin embargo no prevé «un reparto de competencias entre los “poderes públicos” a los cuales en bloque se les confiere la misión de “organizar y tutelar la salud pública” (artículo 43.2 CE). Para saber qué aspectos del sistema de sanidad nacional corresponden al Estado [...] y qué otros pueden o son competencia de cada Comunidad Autónoma, es necesario acudir al Título VIII de la Constitución y al correspondiente Estatuto [...]» De lo dicho por nuestro Alto Tribunal se infiere que el significado y alcance del principio de descentralización del Sistema Nacional de Salud, como uno de los rasgos esenciales e inherentes a esta institución, y su repercusión en el derecho a la protección de la salud, sólo se puede comprender si se analizan aquellos preceptos del Título VIII de la Constitución en los que se regula el régimen de distribución de competencias en materia de asistencia sanitaria entre Estado y Comunidades Autónomas.

A partir del dispositivo establecido en el Título VIII CE y de la relevante jurisprudencia constitucional sobre el alcance de las competencias estatales en materia sanitaria, la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986, diseña un modelo sanitario descentralizado, en el que las Comunidades Autónomas ocupan un lugar preeminente. Así se desprende del Preámbulo de la citada Ley en el que se establece que «el eje del modelo que la ley adopta son las Comunidades Autónomas, administraciones suficientemente dotadas y con la perspectiva territorial necesaria, para que los beneficios de la autonomía no queden empeñados por las necesidades de eficiencia en la gestión. El Sistema

Nacional de Salud se concibe así como el conjunto de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas convenientemente coordinados.» El legislador perfila, por tanto, una organización en la que se quiere compatibilizar el objetivo establecido por la Ley General de Sanidad de integrar todos los servicios sanitarios, superando así la disgregación padecida en el sector durante varias décadas, con el mandato constitucional de descentralización política. Esto se logra, como recuerda MUÑOZ MACHADO<sup>666</sup>, reuniendo todos los Servicios de Salud de las distintas Administraciones Públicas, que pasan a ser organizados y dirigidos por cada una de las Comunidades Autónomas. Añade el autor que el equilibrio entre integración y descentralización queda reflejado en la formulación que se hace en el artículo 50.1 de la Ley General de Sanidad, al establecer que «en cada Comunidad Autónoma se constituirá un Servicio de Salud integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias, que estará gestionado, como se establece en los artículos siguientes [artículos 51 a 55], bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma.».

En el mismo sentido, NAVARRO MUNUERA explica que la integración institucional de todas las estructuras sanitarias se produce, precisamente, a nivel autonómico. En este modelo sanitario, adoptado por el legislador en el ejercicio de la competencia sobre las bases de la sanidad, se asigna a las autoridades autonómicas la responsabilidad en la gestión de los servicios para la protección integral de la salud de los ciudadanos y al Estado la garantía de la unidad del sistema y de la igualdad básica en el disfrute del derecho a la protección de la salud.<sup>667</sup>

La descentralización sanitaria se planteó en los años ochenta del pasado siglo como un objetivo a alcanzar de manera progresiva, a medida que las

---

<sup>666</sup> Vid S. MUÑOZ MACHADO, *La formación y la crisis...*, *op. cit.*, pág. 123 a 125.

<sup>667</sup> Vid. A. NAVARRO MUNUERA, *La conflictivitat competencial. Sanitat, op. cit.*, págs. 48 y sigs.



Comunidades Autónomas fueran asumiendo nuevas funciones sobre la materia. Tras la entrada en vigor de los últimos Decretos de Transferencias, el 1 de enero de 2002, con la consecuente desaparición del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), y tras la aprobación del nuevo sistema de financiación autonómica, en el que se incluye un sistema de financiación específico para la sanidad, se han alcanzado tales cotas de descentralización que ha sido necesario activar mecanismos constitucionales y legales, a los que dedicaremos la parte final de este Capítulo, para garantizar el equilibrio entre autonomía e igualdad básica y para asegurar la compatibilidad entre la descentralización y el carácter unitario, integrador y solidario del Sistema Nacional de Salud.

Pero, antes de exponer el estado actual de la cuestión, es necesario que estudiemos el régimen de distribución de competencias previsto en el Título VIII de la Constitución y el proceso de asunción estatutaria en materia de asistencia sanitaria, así como la transferencia de servicios y funciones del Estado a los Servicios de Salud autonómicos.

## **1. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA SANITARIA ENTRE ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL RESPECTO Y SU PLASMACIÓN POSTERIOR EN LA LEGISLACIÓN**

### ***1.1. La materia sanitaria en los artículos 148 y 149 de la Constitución española de 1978***

El régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas con relación a la asistencia sanitaria individual se caracteriza, esencialmente, por su complejidad. El intérprete, a la hora de abordar esta cuestión, se enfrenta con dos problemas. En primer lugar, del tenor literal de los artículos 148 CE y 149 CE no se deduce fácilmente en cuál de estos preceptos ubicar la asistencia sanitaria prestada en el seno del Sistema

Nacional de Salud. En segundo lugar, tampoco la Constitución establece cuál es el significado y el alcance de las competencias sanitarias reservadas en exclusiva al Estado, que a su vez delimitan las competencias que sobre esta materia pueden asumir las Comunidades Autónomas.

En este apartado nos centraremos en el primero de los interrogantes. Es decir, trataremos de aclarar en cuál de los títulos competenciales del Título VIII se incluye, a nuestro juicio, la asistencia sanitaria individual. Esta cuestión está íntimamente relacionada con un asunto, no exento de polémica, que ya ha sido tratado en otra parte de esta investigación. Nos estamos refiriendo a la discusión doctrinal, todavía candente, en torno a si la asistencia sanitaria individual forma parte de la institución del Sistema Nacional de Salud o si, por el contrario, permanece en el ámbito de la Seguridad Social como una prestación más. El debate planteado sobre la relación entre los artículos 41 CE y 43 CE, entre Seguridad Social y asistencia sanitaria, se traslada ahora al Título VIII.

En efecto, son varios los preceptos de este Título que, tradicionalmente, se han relacionado con la salud. Se trata de los artículos 148.1.21ª CE, 149.1.16ª CE y 149.1.17ª CE.

De acuerdo con el artículo 148.1.21ª CE, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las materias de sanidad e higiene. Por su parte, el Estado, según el artículo 149.1.16ª CE, tiene la competencia exclusiva en materia de sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos. Así mismo, conforme al artículo 149.1.17ª CE, el Estado tiene la competencia exclusiva sobre la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas.

Basta una rápida lectura de estos preceptos para verificar, en primer lugar, cómo tampoco en el Título VIII de la Constitución se establece de manera diáfana cuál es el vínculo entre la protección de la salud colectiva y de

la salud individual, ni se aclara cuál es la conexión entre asistencia sanitaria y Seguridad Social. Si este hecho dificultaba el estudio de los artículos 41 CE y 43 CE, la complejidad alcanza mayores dimensiones cuando el problema se plantea en el seno del Título VIII. Además, no se pueden ignorar las consecuencias que se derivan para el reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas el entender en un sentido u otro la extensión de los conceptos sanidad e higiene, sanidad y Seguridad Social y los posibles nexos entre ellas.

Por lo tanto, ya que la asistencia sanitaria no aparece expresamente mencionada en ninguno de los citados artículos, el primer obstáculo que debemos salvar en el proceso de configuración del Sistema Nacional de Salud como institución descentralizada, será dilucidar en qué materia de las contempladas en los artículos 148 y 149 CE se encuentra ubicada la asistencia sanitaria pública.

Pero, ¿qué hay que entender por materia? TOMÁS Y VALIENTE, refiriéndose al contenido del artículo 149.1 CE, señala que no estamos ante un problema meramente conceptual, sino que se trata de establecer la amplitud con que se interpreta el contenido de cada una de esas materias, íntegra o parcialmente reservadas al Estado. Haciendo referencia expresa a algunas Sentencias del Tribunal Constitucional, recuerda este autor que por materia se puede entender, bien las actividades concretas del poder respecto de determinados fines sociales (STC 32/1981 F.J. 5º), bien una acción autoorganizativa del Estado para regular su propio proceder (STC 32/1981 F.J. 5º), o bien se puede identificar con la sectorización del propio ordenamiento jurídico y/o con las grandes divisiones disciplinares convencionalmente aceptadas, aunque referirse a estos sectores como criterio para delimitar competencias resulte problemático, ya que los límites entre las

distintas áreas del saber jurídico son imprecisos y sujetos a discusión doctrinal (STC 37/1981, F.J. 3º)<sup>668</sup>.

Por su parte MUÑOZ MACHADO<sup>669</sup> subraya que lo fundamental, más que establecer una definición de lo que se entiende por materia, es aclarar cuál es el criterio que debe emplearse para determinar su contenido. Después de referirse a la mejor doctrina comparada que ha estudiado esta cuestión (BIONDI, MAZZIOTTI, GIZZI, VIRGA, AMATO) el autor español opta por un concepto amplio y flexible, como género en el que se puedan incluir diversos asuntos, bienes o actividades. Puede ser una actividad pública, un bien, una institución, una técnica jurídica. Recuerda MUÑOZ MACHADO que el propio Tribunal Constitucional ha rechazado formular un criterio general para definir qué debe entenderse por materia. Lo importante es conocer cuáles son sus contornos, qué es lo que forma parte de la misma, con el fin de determinar la competencia. El Tribunal Constitucional ha recurrido a la idea de «contenido inherente». Así, cuando hay dos materias que se pueden invocar como título competencial (por ejemplo, en el caso de la STC 33/1982, de 8 de junio, sanidad interior *ex* artículo 149.1.16ª u orden público *ex* artículo 149.1.26ª), para aclarar de cuál depende la regulación conflictiva —en este supuesto se trata de una orden del Gobernador Civil de Barcelona interceptando e inmovilizando una partida de mejillones en mal estado— hay que averiguar si esa regulación forma parte del «contenido inherente» de una u otra materia. En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional considera que la interceptación e inmovilización de alimentos en mal estado forma parte de la *sanidad interior*, y no del *orden público* y, por lo tanto, corresponde la ejecución a la Comunidad Autónoma y no al Estado<sup>670</sup>.

---

<sup>668</sup> Vid F. TOMÁS Y VALIENTE, en *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 105 y sigs.

<sup>669</sup> En *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1982, Tomo I, págs. 371 a 373.

<sup>670</sup> Dice el Tribunal Constitucional en el F.J. 3º de la Sentencia 33/1982 lo siguiente:

En definitiva, y ante la imposibilidad de establecer un concepto genérico, el Tribunal Constitucional ha ido perfilando, caso por caso, el contorno de cada uno de los elementos incluidos en los artículos 148 CE y 149

---

«No hay duda de que es posible una dualidad de encuadramientos de un hecho en distintos ámbitos competenciales. El problema concreto aquí planteado es si estaba justificada la actuación del Gobernador por razones de orden público. En este aspecto lo primero que hay que advertir es que en la asignación de competencias establecida en la Constitución, el artículo 149.1.29 de la misma atribuye con carácter exclusivo al Estado la «Seguridad Pública» que supone una noción más precisa que la de «Orden Público». Sin que sea necesario un examen pormenorizado de lo que debe entenderse por Orden Público, es lo cierto que en él pueden incluirse cuestiones como las referentes a la salubridad, para limitarse a lo que aquí interesa, que no entran en el concepto de seguridad, la cual se centra en la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas. Afirmar esto no supone negar que una crisis sanitaria pueda amenazar la seguridad pública y justificar, en consecuencia, una intervención de las autoridades a las que corresponda su custodia. Incluso es de recordar que crisis sanitarias tales como epidemias y situaciones de contaminación graves pueden motivar la declaración del Estado de Alarma (LO 4/1981, de 1 de junio, artículo 4.b) Sin llegar a semejante extremo, no cabe excluir la posibilidad de que en aras de la protección de los ciudadanos la Seguridad Pública requiera tomar medidas para atajar riesgos de la salud pública, cuando estas medidas vengan impuestas por razones de necesidad y urgencia, de forma que no pueda esperarse a la actuación de las autoridades normalmente competentes para afrontar tales riesgos. Pero para respetar el orden normal de las competencias es preciso no sólo que esas medidas se justifiquen por su urgencia y necesidad, sino que se adopten en forma que no sustituyan más que en lo indispensable la intervención de las autoridades competentes para la acción sanitaria o ayuden y complementen a la actividad de éstas».

Y prosigue argumentado en el F.J. 7º que:

«[...]De todo lo expuesto se deduce que la competencia controvertida, que consiste en la facultad de interceptar e inmovilizar alimentos en mal estado, corresponde a la Generalidad de Cataluña de acuerdo con el artículo 17 de su Estatuto y que procede hacer la correspondiente declaración conforme a lo establecido en el artículo 66 de la LOTC. Ello no supone que no sea posible una intervención en la materia por finalidades de seguridad pública, cuya competencia corresponde al Estado en virtud del artículo 149.1.26 de la Constitución, siempre que esa intervención esté justificada por razones de necesidad y urgencia y sea proporcionada en su forma y duración a esa situación de urgente necesidad. Tampoco supone que no deban respetarse las competencias que los Ayuntamientos tienen en la materia según la legislación vigente, correspondiendo, por tanto, a la Generalidad las facultades que estaban atribuidas a la Administración del Estado antes de constituirse el régimen autonómico. [...]».

CE, insistiendo en la necesidad de reconducir la materia específica a la más genérica<sup>671</sup>. Por ejemplo, en su Sentencia 109/2003, de 5 de junio, F.J. 3º, nuestro Alto Tribunal, llega a la conclusión que la ordenación de las oficinas de farmacia, en cuanto establecimientos sanitarios, han de incluirse en la voz *sanidad* del artículo 149.1.16ª CE.

¿Qué ocurre con la *asistencia sanitaria individual*? Ya tuvimos ocasión de explicar con detenimiento en páginas anteriores cómo la asistencia sanitaria se ha ido, poco a poco, escindiendo, orgánica, funcional y económicamente, del ámbito de la Seguridad Social<sup>672</sup>. Hoy por hoy, la asistencia sanitaria forma parte del Sistema Nacional de Salud, institución pública, integral e independiente, articulada en la Ley General de Sanidad de 1986. Y si trasladamos este planteamiento al ámbito del Título VIII CE, podemos afirmar que esta materia específica, la asistencia sanitaria, no se puede colocar en el artículo 149.1.17ª CE, donde se contempla la materia genérica de la Seguridad Social<sup>673</sup>.

Entonces, si la asistencia sanitaria no forma parte de la Seguridad Social, ¿dónde podremos encuadrarla: en el artículo 148.1.21ª CE, donde la *sanidad* aparece junto a la *higiene*, como una materia sobre la que las CCAA pueden asumir todas las competencias, o en el artículo 149.1.16ª CE, donde la *sanidad* se configura como una materia sobre la que el Estado tiene competencia exclusiva para establecer las bases y la coordinación general?

---

<sup>671</sup> Véase al respecto la Sentencia 149/1991, de 4 de julio, F.J. 1º, letra a, y F.J. 4º, letra f; la Sentencia 132/1989, de 18 de julio, F.J. 20º y la Sentencia 180/1992, de 16 de noviembre, F.J. 3º

<sup>672</sup> Nos remitimos a las razones que expusimos en su momento al tratar el proceso de formación del Sistema Nacional de Salud.

<sup>673</sup> No comparte esta opinión, entre otros, J. APARICIO TOVAR, en *La Seguridad Social y la protección de la salud*, *op cit.*, *passim* para quien la asistencia sanitaria se encuentra incluida en la *Seguridad Social*, en el artículo 149.1.17ª CE. Subraya el autor que el término *sanidad* es muy impreciso y de escaso contenido técnico y se utiliza para referirse a una actividad poco definida para proteger la salud individual o colectiva. Distinta es la expresión *salud pública* que según el autor es la actividad administrativa dirigida a tutelar la salud de la colectividad genéricamente considerada, canalizada especialmente a través de acciones preventivas, lo que ha producido su confusión con la *higiene*.

La intención inicial del constituyente parece que fue la de separar las competencias sobre salud colectiva de las competencias sobre salud individual. De ahí que haya recogido en preceptos independientes, por un lado, la *sanidad e higiene*, en el artículo 148.1.21ª CE, que deben entenderse como sinónimos de salud colectiva, y, por otro, la *sanidad*, en el artículo 149.1.16ª CE, en la que quedaría englobada la asistencia sanitaria individual.

Debemos recordar que la referencia a la *sanidad e higiene* que se hace en el artículo 148.1.21ª CE también aparecía en el artículo 43.2 CE. Pero, en el caso del artículo 43.2 CE, esta expresión fue suprimida y sustituida por la más moderna de *salud pública* durante el trámite de elaboración de nuestra Carta Magna. No ocurrió lo mismo con el artículo 148.1.21ª CE, donde se respetó la redacción inicial, de manera que en el sistema de reparto de competencias la *sanidad e higiene* se configura como una materia sobre la que las Comunidades Autónomas pueden ejercer todas sus funciones; sin embargo, en el caso de la asistencia sanitaria individual, incluida en la *sanidad* (artículo 149.1.16ª CE), las Comunidades Autónomas están limitadas por las competencias exclusivas que sobre dicha materia tiene el Estado.

Esta separación entre salud colectiva y salud individual que consagra la Constitución convierte el sistema de reparto competencial, como acertadamente ha señalado MUÑOZ MACHADO, en legatario del modelo preconstitucional de desintegración de funciones y servicios entre las distintas Administraciones públicas<sup>674</sup>.

A nuestro juicio hubiese sido preferible, primero, que en el trámite de elaboración de la Constitución se hubiese eliminado también del artículo 148.1.21ª CE la expresión *sanidad e higiene* y que toda la materia sanitaria se hubiera recogido en un solo precepto del Título VIII; y, en segundo lugar, que en vez de utilizar el término *sanidad* se hubiese constitucionalizado, también en este Título, la expresión *salud pública*, en consonancia con lo establecido en el

---

<sup>674</sup> Vid. A. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público...*, *op. cit.*, pág. 571.

Capítulo III, del Título I de la Constitución. De esta manera, se hubiera evitado la confusión terminológica que, como veremos más adelante, tendrá su reflejo en los Estatutos de Autonomía<sup>675</sup>.

En todo caso, la lectura que se haga de los artículos 148.1.21<sup>a</sup> CE y 149.1.16<sup>a</sup> y 17<sup>a</sup> CE debe hacerse desde una perspectiva histórica. Sobre todo teniendo en cuenta los cambios que se han producido, tanto a nivel legislativo como doctrinal, a favor, por un lado, de la separación definitiva de la asistencia sanitaria del marco general de la Seguridad Social, con excepción de la salud laboral<sup>676</sup>, y, por otro lado, en pro de la integración de todos los servicios y funciones, ya sea para salvaguardar la salud individual como la salud colectiva, en el seno del Sistema Nacional de Salud. En este sentido ALONSO OLEA<sup>677</sup> señala que un servicio general de salud, tal y como está diseñado por la Ley General de Sanidad, en el que se refunden la sanidad general y las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, obliga a reconsiderar la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Y todo ello a pesar de que, inexplicablemente, y en contra de la tendencia generalizada de la doctrina y de la legislación, en las reformas más recientes de los Estatutos de Autonomía se incluya como materia la asistencia sanitaria *de la Seguridad Social*.

---

<sup>675</sup> En efecto, algunos Estatutos de Autonomía utilizan la expresión *sanidad interior*, para referirse a la materia del artículo 149.1.16.<sup>a</sup> CE; otros prevén competencias autonómicas sobre la *coordinación hospitalaria* o sobre la *promoción, prevención y restauración de la salud*, invocando, en ambos casos, como título competencial el artículo 148.1.21.<sup>a</sup> CE Muñoz Machado vaticinó en su día, en previsión de la entonces futura integración de todos los servicios sanitarios en una organización única, la ampliación del concepto *sanidad* del artículo 148.1.21.<sup>a</sup> CE. Este concepto englobaría, según el autor, tanto las acciones destinadas a la protección de la salud colectiva, como la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Con esta interpretación, formulada en 1982, cuatro años antes de la aprobación de la Ley General de Sanidad, el autor pretendía salvar la posible inconstitucionalidad de la competencia sobre *coordinación hospitalaria* que algunos de los Estatutos de las Autonomías del artículo 143 CE habían reconocido, excediéndose del techo competencial establecido por la Constitución. *Cf.* S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público...*, *op. cit.*, pág. 566 y 572.

<sup>676</sup> Nos remitimos en este punto a lo que se dijo al tratar el carácter universal del Sistema Nacional de Salud.

<sup>677</sup> *Instituciones...*, *op. cit.*, págs. 296 y 297.



Cuestión esta sobre la que tendremos ocasión de detenernos en las páginas que siguen.

**1.2. La delimitación doctrinal y jurisprudencial del contenido de las competencias estatales en materia de salud: (I) sanidad exterior; (II) bases de la sanidad; (III) la coordinación general; (IV) la legislación sobre productos farmacéuticos y (V) la Alta inspección.**

Además de la disyuntiva sobre dónde reconducir dentro del Título VIII CE la asistencia sanitaria individual, la lectura del artículo 149.1.16ª CE suscita la duda de cuál es el alcance de las competencias en materia de salud que corresponden al Estado.

Recordemos que el artículo 149.1.16ª CE dice que el Estado tiene competencia exclusiva sobre *sanidad exterior*, sobre las *bases y coordinación de la sanidad* y sobre la *legislación de los productos farmacéuticos*.

**(I) La sanidad exterior.** Una aproximación inicial al artículo 149.1.16ª CE parece indicar que existen dos ámbitos en los que se desarrollan las competencias sanitarias del Estado: la sanidad exterior y la sanidad interior<sup>678</sup>.

---

<sup>678</sup> Así lo entiende, por ejemplo, F. J. SANZ LARRUGA, “Las competencias del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones locales en materia sanitaria”, en *Lecciones de Derecho Sanitario*, GÓMEZ Y DÍAZ-CASTROVERDE y SANZ LARRUGA (Dirs.), Universidad da Coruña, La Coruña, 1999, págs. 113 y sigs. También el Tribunal Constitucional considera que el vocablo *sanidad*, por exclusión respecto a la *sanidad exterior*, debe entenderse referido a la sanidad interior, es decir, a la sanidad dentro del territorio español (STC 32/1983, de 28 de abril, F.J. 2º). Sin embargo, hay autores como S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público...*, *op. cit.*, pág. 567, M. BEATO ESPEJO, “El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 119 (1989), pág. 410 o E. COBREROS MENDAZONA, “La coordinación sanitaria estatal y las Comunidades Autónomas”, en *Documentación Administrativa*, núms. 230 y 231 (1992), pág. 303, ponen en duda la oportunidad de seguir manteniendo esta separación, ya que, en palabras textuales de S. MUÑOZ MACHADO, *ibidem* pág. 565, la sanidad exterior forma parte del «tronco común de la Sanidad».

La *sanidad exterior* se define<sup>679</sup> como el conjunto de actividades que tienen por objeto la vigilancia, la prevención y eliminación de riesgos para la salud derivados de la importación y exportación de mercancías, animales y especies vegetales y del tráfico internacional de viajeros. Esta materia está regulada por el Real Decreto 1418/1986, de 13 de junio, sobre funciones del Ministerio de Sanidad y Consumo en materia de Sanidad Exterior, dictado al amparo del artículo 149.1.16ª CE y del artículo 38.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, donde se añade que también será competencia exclusiva del Estado las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales<sup>680</sup>. Contra este Real Decreto, la Junta de Galicia promovió un conflicto positivo de competencia que fue resuelto por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 329/1994, de 15 de diciembre, donde se dejó sentada la doctrina en torno a la sanidad exterior como competencia exclusiva del Estado, que dispone de funciones legislativas, reglamentarias y ejecutivas:

« [...] la atribución de competencia exclusiva que la Constitución realiza a favor del Estado en materia de sanidad exterior (artículo 149.1.16ª) [...] es plena y alcanza tanto a la normación como a la ejecución, de modo que toda competencia que puede ser encuadrada directamente en dicho título pertenece indubitadamente al Estado [...]. De este modo, la sanidad exterior tiene por objetivo la vigilancia, prevención y eliminación de riesgos para la salud con ocasión del tráfico internacional de personas, mercancías, animales y especies

---

<sup>679</sup> Cfr. por todos J.F. BLASCO LAHOZ, “Sanidad exterior: concepto, contenido y competencia (a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 329/1994, de 15 de diciembre”, en *Tribuna Social*, núm. 54, 1995, y “El Sistema Nacional de Salud y la ordenación de los servicios sanitarios”, en *Aranzadi Social*, 2º semestre (2001), págs. 42 a 44.

<sup>680</sup> De acuerdo al artículo 2 de este Real Decreto corresponde al Ministerio de Sanidad y Consumo las siguientes funciones: las relaciones con los organismos sanitarios y de consumo internacionales por mediación del Ministerio de Asuntos Exteriores; la adopción de las medidas necesarias para aplicar dentro del Estado los acuerdos sanitarios y de consumo internacionales en los que España sea parte; el control y vigilancia higienico-sanitaria de puertos y aeropuertos de tráfico internacional, así como de los puestos y de las terminales aduaneras TIR y TIF; el control y vigilancia higiénico-sanitaria en el tráfico internacional de personas, cadáveres y restos humanos, animales y sus productos, sin perjuicio de las competencias del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, de mercancías (productos alimenticios y alimentarios, medicamentos y demás productos sanitarios, drogas procedentes de tráfico ilícito y otras mercancías susceptibles de poner en riesgo la salud pública y seguridad física de las personas); medios de transporte y todas aquellas actividades concordantes que se determinen en el futuro.

vegetales a través de determinados lugares del territorio nacional, como es el caso de los puertos, aeropuertos y puestos fronterizos autorizados. Y al servicio de este objetivo de protección de la salud se hallan distintas medidas preventivas, asistenciales y prestacionales [...]» (STC 329/1994, de 15 de diciembre, F.J. 2º).

**(II) Las bases de la sanidad.** Dentro de lo que podríamos denominar sanidad interior, el constituyente español distinguen tres competencias exclusivas del Estado: la fijación de las bases, la coordinación general y la legislación sobre productos farmacéuticos.

En torno a estas competencias existe una extensa bibliografía, así como una abundante jurisprudencia constitucional. Por ello, no vamos a repetir lo ya dicho por voces más autorizadas y nos vamos a limitar a exponer los aspectos más relevantes relacionados con la sanidad y con la descentralización como característica esencial del Sistema Nacional de Salud.

En virtud de la competencia sobre las bases de la sanidad, los órganos generales del Estado, en pro del interés general, tienen la potestad para decidir qué es lo básico en sanidad y para elaborar una regulación uniforme de aplicación en todo el territorio nacional. Si al Estado le corresponde establecer las bases de la sanidad, a las Comunidades Autónomas, de acuerdo con la Constitución y sus respectivos Estatutos de Autonomía, les compete el desarrollo legislativo y la ejecución de la normativa estatal. El problema que surge en la articulación de las competencias entre Estado y Comunidades Autónomas es determinar qué se entiende por básico en sanidad y cómo se debe formalizar.

No decimos nada nuevo al afirmar que el concepto de *bases*, o de *legislación básica*<sup>681</sup>, es uno de los más imprecisos del artículo 149 CE. Además, esta competencia estatal recae sobre materias tan relevantes como la

---

<sup>681</sup> El Tribunal Constitucional en la Sentencia 32/1981, de 28 de julio, F.J. 6º, considera equivalentes las expresiones *bases*, *normas básicas* y *legislación básica*. No comparte esta opinión A. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público...*, *op. cit.*, Tomo I *passim*. Según el citado autor, aunque sean conceptos similares, no son idénticos. El concepto de *bases* es más amplio, ya que incluye competencias normativas y ejecutivas, mientras que la *legislación básica* limita la competencia del Estado a funciones normativas.

planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13ª CE), la Seguridad Social (artículo 149.1.17ª CE), el régimen jurídico de las Administraciones públicas y el régimen estatutario de sus funcionarios (artículo 149.1.18ª CE), entre otras. Sobre ellas concurren las competencias legislativas del Estado y de las Comunidades Autónomas. Al elaborar las normas sobre las *bases* de la sanidad, o de cualquiera de estas materias, el Estado limita las competencias autonómicas. Este hecho ha generado, como pone de manifiesto TORNOS I MAS, no sólo un problema de técnica jurídica, sino también un profundo debate político entre tendencias centralistas y autonomistas<sup>682</sup>.

El Tribunal Constitucional, en el ejercicio de la función de defensa del sistema de distribución de competencias, es el único órgano competente para dirimir estas controversias jurídico-constitucionales en el Estado y las Comunidades Autónomas, de acuerdo a los artículos 161.1 c) de la Constitución y 59 de su Ley Orgánica. El resultado de su reiterada intervención a lo largo de las últimas décadas ha sido la elaboración de una teoría sobre las bases.

La jurisprudencia constitucional en torno a esta cuestión se divide en dos etapas. En los primeros años, el Tribunal Constitucional, en pronunciamientos tan relevantes como la Sentencia 32/1981, de 28 de julio, o la Sentencia 32/1983, de 28 de abril<sup>683</sup>, perfila el denominado *concepto material* de bases; años más tarde, a partir de la Sentencia 69/1988, de 19 de abril<sup>684</sup>, y sin abandonar los requisitos materiales, introduce el *concepto formal* de lo básico.

---

<sup>682</sup> Vid J. TORNOS I MAS, “La legislación básica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31 (1991), pág. 276.

<sup>683</sup> En este caso se trata de dos conflictos positivos de competencia promovidos por el Gobierno Vasco contra el Real Decreto 2.825/1981, de 27 de noviembre, sobre registro sanitario de alimentos y contra el Real Decreto 2.824/1981, de 27 de noviembre, sobre coordinación y planificación sanitaria.

<sup>684</sup> Sentencia que resuelve un conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la Nación con relación al Decreto 389/1983, de 15 de septiembre, del Consejo

El propio Tribunal Constitucional, en el F.J. 5º de la Sentencia 69/1988, de 19 de abril, hace una síntesis de cuál es su labor en la definición de la noción material-formal de las bases. En primer lugar, nuestro Alto Tribunal ha de procurar que la tarea de determinar qué es lo básico no quede al libre arbitrio del Estado, evitando, de este modo, que se dejen sin contenido o inconstitucionalmente cercenadas las competencias autonómicas. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional ha de «velar porque el cierre del sistema no se mantenga en la ambigüedad permanente que supondría reconocer al Estado la facultad para oponer sorpresivamente a las Comunidades Autónomas como norma básica, cualquier clase de precepto legal o reglamentario, al margen de cuál sea su rango y estructura.»<sup>685</sup>

¿Qué debe entenderse por bases en sentido material? La Constitución, cuando atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de una determinada materia, en nuestro caso la sanidad, pretende, en palabras del Tribunal Constitucional, que:

« [...] tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la

---

Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, sobre etiquetado de los productos que se comercializan en Cataluña.

<sup>685</sup> Esta misma idea se repite en la STC 80/1988, de 28 de abril, F.J. 5º:

«[...] la tarea que a este Tribunal corresponde para la defensa del sistema de distribución de competencias —artículo 161.1.c) de la Constitución y 59 de su Ley Orgánica— cuando entra en juego, como ahora, la competencia estatal para la ordenación de lo básico, se debe orientar en atención a dos finalidades esenciales, consistente la primera en procurar que la definición de lo básico no quede, en cada caso, a la libre disposición del Estado —pues ello permitiría dejar sin contenido las competencias autonómicas— y cifrada, la segunda, en la preservación de que el cierre del sistema no se mantenga en la ambigüedad permanente que supondría reconocer al Estado la facultad para oponer sin advertencia a las Comunidades Autónomas, como norma básica, cualquier clase de precepto legal o reglamentario, al margen de cuál sea su rango y estructura.»

Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella materia.»  
(Sentencia 1/1982, de 28 de enero, F.J. 1º).

Es decir, existen aspectos esenciales de determinadas materias que, en virtud del interés general, exigen un tratamiento normativo unitario en todo el Estado. Ese «común denominador normativo», al que se refiere la Sentencia, constituye el concepto material de bases y corresponde fijarlo al legislador estatal.

La elaboración jurisprudencial del *concepto material* de las normas básicas se debe a dos motivos. En primer lugar, obedece a la necesidad de dar solución a un problema que se podía plantear en aquellos primeros años de vigencia de la Constitución: la inactividad del legislador estatal y la falta de legislación básica que, en consecuencia, impidiera a las Comunidades Autónomas el normal ejercicio de sus competencias legislativas. La respuesta del Tribunal Constitucional al respecto fue la siguiente:

«El ejercicio de la competencia estatal para el establecimiento de las bases o de la legislación básica a que en distintos párrafos del apartado primero se refiere el artículo 149 no requiere, en modo alguno, la promulgación de leyes de bases [...]. La noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente.» (STC 32/1981, de 28 de julio, F.J. 6º)

En estos casos, cuando el Estado no ha ejercido su competencia para fijar las bases sobre una determinada materia, la intervención del Tribunal Constitucional tiene como objetivo comprobar si la norma autonómica es contraria a una norma estatal considerada básica<sup>686</sup>.

---

<sup>686</sup> Como señala J. JIMÉNEZ CAMPO, “¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, (1989), págs. 66 y 67, el control de constitucionalidad no puede hacerse contrastando la norma autonómica impugnada con la norma estatal. El Estado no ha ejercido su competencia para fijar su carácter básico, ni tampoco este carácter se puede presumir. Explica Jiménez Campo que el carácter básico de la norma estatal no es el punto de partida para juzgar la norma autonómica por exceso de competencia, sino «la conclusión del enjuiciamiento, una vez que la disposición autonómica haya sido puesta en relación con el principio constitucional de

El concepto material de bases surge, en segundo lugar, como un «mecanismo para justificar el control sustantivo por el Tribunal Constitucional.»<sup>687</sup> En el caso de que una norma estatal básica fuese impugnada, corresponde al Tribunal Constitucional «como intérprete supremo de la Constitución, revisar la calificación hecha por el legislador y decidir, en última instancia, si es materialmente básica por garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales [...]» (STC 69/1988, de 19 de abril, F.J. 5º).

Ahora bien, el control sustantivo que lleva a cabo el Tribunal Constitucional sobre las normas estatales básicas no es absoluto, como así lo subraya TORNOS I MAS al recordar que existe un margen de maniobra, de libertad política en manos del Estado, para determinar lo que en cada momento considera básico. El Tribunal Constitucional podrá revisar el alcance de la normativa básica, pero «no podrá nunca enjuiciar el contenido con el que se ha definido lo básico dentro de la extensión material constitucionalmente prefigurada.»<sup>688</sup>

Por su parte JIMÉNEZ CAMPO insiste en señalar que en la resolución de las controversias competenciales se ha de tener en cuenta la prerrogativa que los órganos del Estado tienen para fijar y valorar lo que en cada momento exige la unidad del ordenamiento jurídico. Este margen de maniobra supone que «para cada sector de regulación han de existir, a la hora de definir las bases, no una, sino varias opciones posibles, cada una de las cuales expresará una determinada orientación [...]. Opciones válidas, todas ellas si respetan, sin desfigurarla la competencia autonómica de desarrollo.»<sup>689</sup>

---

unidad (artículo 2) y luego de que sus efectos, por tanto, hayan sido considerados compatibles o no con ese principio y con la igualdad.»

<sup>687</sup> La expresión es de J. TORNOS I MAS, “La legislación básica...”, *op. cit.*, pág. 280.

<sup>688</sup> *Ibidem*, págs. 280 y 281.

<sup>689</sup> *Vid* J. JIMÉNEZ CAMPO, “¿Qué es lo básico?...”, *op. cit.*, págs. 64 y 65.

A esta primera etapa de la formulación jurisprudencial del concepto material de bases corresponde la Sentencia 32/1983, de 28 de abril, en la que se dirimen los conflictos de competencia promovidos por el Gobierno Vasco contra el Real Decreto 2825/1981, de 27 de noviembre, sobre registro sanitario de alimentos y contra el Real Decreto 2824/1981, de 27 de noviembre, sobre coordinación y planificación sanitaria. En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional fija una línea interpretativa en torno a tres conceptos esenciales que son el eje de las competencias del Estado en materia de sanidad interior: bases, coordinación y alta inspección. La doctrina sentada por el Alto Tribunal servirá de punto de referencia, no sólo para posteriores pronunciamientos, sino también, y tal vez sea este el aspecto más importante, para la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 y para la futura legislación sanitaria.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional insiste en recordar la finalidad perseguida al conferir a los órganos del Estado la competencia para establecer las bases de la sanidad: proporcionar un denominador común al sistema normativo de la sanidad nacional en aquellos aspectos considerados básicos o esenciales. Respetando ese mínimo común, las Comunidades Autónomas podrán desarrollar todas sus competencias en materia de sanidad.

Pero, es necesario aclarar que en esta Sentencia «el Tribunal no declara *qué es lo básico* en materia de sanidad interior, sino tan sólo, y movido a ello por la necesidad de resolver este conflicto, *si sería básico*, y por ende estatal, el contenido de un determinado precepto en el caso de que procediera del legislador estatal» (STC 32/1983, de 28 de abril, F.J. 2º, *in fine*). Así pues, el legislador del futuro tiene, en palabras del Tribunal Constitucional, total libertad para establecer las bases de la materia, pudiendo aceptar, o no, las bases fijadas indebidamente por el Gobierno en los Reales Decretos objeto de controversia.



Seguidamente el Tribunal Constitucional señala que la fijación de las bases es una competencia de normación que corresponde al legislador. Sin embargo, se hace al respecto la siguiente observación:

«[...] en algunas materias ciertas decisiones y actuaciones de tipo aparentemente coyuntural, que tienen como objeto la regulación inmediata de situaciones concretas, pueden tener sin duda un carácter básico por la interdependencia de éstas en todo el territorio nacional y por su incidencia en los fundamentos mismos del sistema normativo [...] y así sucede también en el ámbito de la sanidad interior, donde determinadas medidas concretas por su contenido, pero necesariamente generales en cuanto a su ámbito territorial de eficacia, son inseparables de otras medidas de ordenación normativa básica y deben ser por ello incluidas en el concepto de bases de competencia estatal [...].» (STC 32/1983, de 28 de abril, F.J. 2º)

Es decir, la competencia para fijar las bases de la sanidad no corresponde exclusivamente al legislador, sino que se permite la intervención del Gobierno que complementará mediante reglamentos la legislación básica sanitaria. No obstante, esta potestad, atribuida para incidir en aspectos particulares o concretos de la materia básica, está sometida a ciertos límites que se formulan en los siguientes términos:

«Lo que, sin embargo, no podrá hacer el Gobierno es definir en términos generales y por Real Decreto lo que es básico, pues es al legislador postconstitucional a quien corresponde establecer lo que entiende por bases de una materia, delimitando así lo que es competencia estatal y definiendo al mismo tiempo el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma su competencia de desarrollo legislativo [...]. Aunque el Gobierno puede regular la materia básica para completarla, necesita para ello que la definición de lo básico conste previamente en normas legales postconstitucionales o, al menos, que de la legislación preconstitucional puedan inferirse cuáles sean las bases de la materia en cuestión, en cuyo caso esa interpretación, por inferencia de lo básico (que también podrán llevar a cabo las Comunidades Autónomas que decidan ejercer su competencia de desarrollo legislativo sin esperar a una Ley postconstitucional definidora de las bases, como ya dijo este Tribunal en el fundamento sexto de su sentencia 32/1981, de 28 de julio), nacería afectada de una cierta provisionalidad y quedaría pendiente de que el legislador postconstitucional la confirmase o la revocase, sin olvidar que, en todo caso, tanto la interpretación por inferencia como la definición de lo básico por el legislador postconstitucional pueden ser corregidas

por este Tribunal si ante él se impugnan por los cauces procesales preestablecidos.» (STC 32/1983, de 28 de abril, F.J. 2º)<sup>690</sup>

En uno de sus más recientes pronunciamientos relacionados con las bases de la sanidad, en concreto en la Sentencia 109/2003, de 5 de junio<sup>691</sup>, el

---

<sup>690</sup> En el caso de los Reales Decretos 2824/1981, de 27 de noviembre, sobre coordinación y planificación sanitaria y 2825/1981, de 27 de noviembre, sobre registro sanitario de alimentos, la legislación preconstitucional de referencia es la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944. Según el Tribunal Constitucional esta Ley «no proporcionará fácilmente criterios básicos en la materia susceptibles de validez en un Estado como el nacido en la Constitución, tan radicalmente otro del existente cuando aquélla Ley se promulgó, y ello, como es obvio, dificulta la búsqueda y el hallazgo de bases preconstitucionales en las que el Gobierno hubiera podido fundarse al promulgar los Reales Decretos aquí impugnados, y a las cuales no hace ninguna referencia ni en el articulado ni en los preámbulos de los mismos.» Añade el Alto Tribunal que «de la lectura del preámbulo del Real Decreto 2824/1981 se deduce más bien que el propósito del Gobierno al redactarlo fue el de definir «ex novo» lo que son bases de la sanidad interior, y ello sitúa a dicho Decreto en un terreno peligroso o dudosamente conforme con el orden de competencias y obliga a que éste Tribunal analice con todo cuidado el contenido de sus preceptos en cuanto pueda ser definición o establecimiento por vía reglamentaria de las bases de la sanidad interior o nacional.» (STC 32/1983, de 28 de abril, F.J. 2º)

<sup>691</sup> Con esta Sentencia se resuelven varios recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Presidente del Gobierno contra la Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica y contra la Ley de Castilla-La Mancha 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico y por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de los servicios de las oficinas de farmacia. Con relación a las leyes autonómicas se debate la adecuación con la Constitución del régimen jurídico que estas leyes establecen con relación a las autorizaciones administrativas exigidas para la apertura de oficinas de farmacia, centrándose la discrepancia en tres aspectos de dicha regulación: a) El principio de intransmisibilidad de esas autorizaciones, así como la excepción que permite la transmisión por una sola vez de las autorizaciones existentes en el momento de la entrada en vigor de ambas leyes, b) la caducidad de las autorizaciones en determinados supuestos, y c) la titularidad del farmacéutico sobre una sola oficina de farmacia, con exclusión de la cotitularidad. Según el Abogado del Estado las normas objeto de discrepancia a que se ha hecho referencia deben inscribirse en el ámbito material de la “sanidad”. Las Comunidades Autónomas han vulnerado la competencia estatal para dictar bases en dicha materia (artículo 149.1.16ª CE). Con carácter subsidiario considera que también se han invadido otras competencias del Estado, en concreto la prevista en el artículo 149.1.1ª CE, al estar afectados los derechos regulados en los arts. 33, 35, 36 y 38 CE, y las competencias sobre “legislación mercantil” (artículo 149.1.6ª CE) y “legislación civil” (artículo 149.1.8ª CE). Por su parte, las Comunidades Autónomas consideran que las normas recurridas forman parte de la “ordenación farmacéutica”, que constituye un segmento de la propia materia sanitaria y, por lo tanto, no existe vulneración de la Constitución.

En cuanto al recurso contra la Ley del Estado 16/1997, presentado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, se considera que vulnera la Constitución ya que conforme a esta norma estatal la regulación relativa a las autorizaciones de apertura de las farmacias constituye normativa básica en materia de “sanidad” (artículo

Tribunal Constitucional, una vez corroborado que las oficinas de farmacia son "establecimientos sanitarios" y que su régimen jurídico forma parte de la competencia del Estado para fijar las bases de la sanidad<sup>692</sup>, hace una recopilación de su mejor doctrina y explica, en una completa síntesis, cuáles son los requisitos materiales y formales de la normativa básica, estableciendo un «canon de constitucionalidad».

Por lo que se refiere a los requisitos materiales, el Tribunal Constitucional reitera en esta Sentencia la idea de que las bases o la legislación básica son «el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias», «un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional» cuyo objetivo último es garantizar los intereses generales. Ese marco normativo está dotado de estabilidad porque, precisa el Alto Tribunal, mediante las bases se regulan aspectos más estructurales que coyunturales. Tomando como referencia este marco normativo unitario, cada Comunidad Autónoma, en defensa de su propio interés, podrá introducir las peculiaridades que estime convenientes

---

149.1.16<sup>a</sup> CE), y, por tanto, que se erija en parámetro de constitucionalidad de las leyes autonómicas.

<sup>692</sup> Las oficinas de farmacia se consideran en el artículo 103.2 de la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986, como "establecimientos sanitarios". Y como el propio Tribunal recuerda, en el F.J. 3º de la Sentencia 109/2003, de 5 de junio, «ya se ha pronunciado en sus SSTC 32/1983, de 28 de abril, y 80/1984, de 20 de julio, acerca de la materia en que debe encuadrarse competencialmente el régimen jurídico de dichos establecimientos sanitarios, al señalar que "la determinación con carácter general de los requisitos técnicos y condiciones mínimas para la aprobación, homologación, autorización, revisión o evaluación de instalaciones, equipos, estructuras, organización y funcionamiento de centros, servicios, actividades o establecimientos sanitarios ... debe entenderse como una competencia de fijación de bases, que es, por tanto, en virtud del mandato del artículo 149.1.16<sup>a</sup> de la Constitución, de titularidad estatal en cuanto trata de establecer características comunes en los centros, servicios y actividades de dichos centros. En la citada Sentencia [STC 32/1983] se decía también que tales requisitos y competencias debían considerarse siempre como mínimos y que, por consiguiente, por encima de ellos, cada Comunidad Autónoma que posea competencia en materia sanitaria ... puede establecer medidas de desarrollo legislativo y puede añadir a los requisitos mínimos determinados con carácter general por el Estado, otros que entienda oportunos o especialmente adecuados" (STC 80/1984, F.J. 1º)»

dentro del sistema competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto. Sigue diciendo el Tribunal Constitucional que los principios que configuran las bases de una determinada materia son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente; y que si bien las Cortes deberán establecer qué es lo que haya de entenderse por básico, en caso necesario será este Tribunal el competente para decidirlo, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución, con la finalidad de evitar que la definición de lo básico dependa del libre albedrío del legislador, dejando sin contenido las competencias autonómicas.<sup>693</sup>

Como hemos dicho más arriba, al Tribunal Constitucional le corresponde velar por la seguridad jurídica en el sistema de distribución de competencias<sup>694</sup>. Con este fin introduce una serie de *requisitos formales* que deben respetarse al establecer las bases de cualquier materia. Estas exigencias de tipo formal implican, en primer lugar, que las bases se recojan en una norma; en segundo lugar, que en esa norma se declare expresamente, su carácter básico y, por último, que se prefiera que dicha norma tenga rango de ley.

Superados los primeros años de vigencia de la Constitución<sup>695</sup>, y en el actual orden de descentralización de competencias, el componente formal de la legislación básica del Estado adquiere, en palabras del propio Tribunal Constitucional,

---

<sup>693</sup> *Vid.* Sentencia 109/2003, de 5 de junio, F.J. 4º.

<sup>694</sup> F.J. 5º de la Sentencia 69/1988, de 19 de abril.

<sup>695</sup> En los que, como explica el propio Tribunal Constitucional «[...]la tarea urgente que imponía la implantación del sistema de distribución de competencias consistía en adaptar la legislación anterior al nuevo orden constitucional y no le era posible al Estado desplegar una actividad legislativa tan intensa que pudiera, de manera inmediata, configurar todas las ordenaciones básicas que contemplan la Constitución y los Estatutos, resultaba inevitable que el concepto material de «norma básica» adquiriese excepcional relevancia al objeto de conseguir, de la manera más rápida y eficaz, la progresiva determinación de los espacios normativos estatal y autonómico, quedando, por consiguiente, en un segundo plano, el componente formal incluido en la referida doctrina constitucional». (Sentencia 69/1988, de 19 de abril, F.J. 6º).

«[...] una mayor trascendencia como garantía de certidumbre jurídica en la articulación de las competencias estatales y autonómicas, lo cual se manifiesta imprescindible en logro de una clara y segura delimitación de las mismas a través de instrumentos normativos que reduzcan, de manera inequívoca, la indeterminación formal de las normas básicas hasta el nivel que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica, que proclame el artículo 9.3 de la Constitución y cuya presencia efectiva en el ordenamiento jurídico, especialmente en el tan complicado e importante de la organización y funcionamiento del Estado de las Autonomías, es esencial al Estado de Derecho que la propia Constitución consagra en su artículo 1.1.» (Sentencia 69/1988, de 19 de abril, F.J. 6º).

Las normas que regulen las bases, ya sean leyes o reglamentos, han de declarar expresamente su condición de básicas<sup>696</sup>. Indica el Tribunal Constitucional que, sin abandonar el concepto material:

« [...] procede exigir con mayor rigor la condición formal de que la “norma básica” venga incluida en Ley votada en Cortes que designe expresamente su carácter de básica o esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad, debiendo también cumplirse esta condición en el supuesto excepcional de que la norma básica se introduzca por el Gobierno de la Nación en ejercicio de su potestad de reglamento» (Sentencia 69/1988, de 19 de abril, F.J. 6º).

Con relación a esta Sentencia TORNOS I MAS<sup>697</sup> advierte que en la misma se abre una brecha en el requisito formal de las normas básicas ya que, a pesar de exigir que se designe expresamente su carácter de básicas, permite que en ausencia del elemento formal se pueda deducir la naturaleza básica de la estructura de la propia norma. Añade el autor que «con más frecuencia de la deseada el Tribunal Constitucional acude a la teoría de la “inferencia natural”

---

<sup>696</sup> El carácter básico de una norma puede afectar a todos los preceptos que la integran o sólo a parte de los mismos, como ocurre con la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, vigente hasta el 28 de julio de 2006. Esta Ley, en su artículo 2.2 ° decía lo siguiente:

«Lo establecido en los 50, 77 a 80, 84.1, 3, 4, 5 y 6, 85, 88, 89, 90, 93, 96, 97, y 98, Disposición Adicional Tercera y Disposición Adicional Quinta, así como las remisiones expresas a regulaciones de carácter básico a efectuar por el Gobierno, tienen la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.1ª y 16ª de la Constitución sobre bases y coordinación general de la sanidad».

<sup>697</sup> “La legislación básica...”, *op. cit.*, pág. 283.

y, si bien ello puede justificarse en razón de evitar la declaración de inconstitucionalidad por meras razones formales, puede llevar al legislador estatal o al productor de reglamentos estatales a olvidar las exigencias del elemento formal, exigencia detrás de la cual existe una razón de ser diversa del mero formalismo.»

El máximo intérprete de la Constitución en la ya citada Sentencia 109/2003, de 5 de junio, recopilando una jurisprudencia consolidada a lo largo del tiempo, recuerda que, dado el carácter fundamental y general de las bases, el mejor instrumento formal para establecerlas es la Ley. Por que:

«[...] “sólo a través de este instrumento normativo se alcanzará, con las garantías inherentes al procedimiento legislativo, una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas”(STC 69/1988, F.J.5º) [...] En suma, la claridad y certeza normativa, la propia estabilidad de una materia y el equilibrio del sistema de fuentes son los elementos determinantes de la forma que han de adoptar las bases (STC 132/1989).» (Sentencia 109/2003, de 5 de junio, F.J. 4º)

Ahora bien, la exigencia de que las bases vengan contempladas en una norma con rango de ley admite excepciones, permitiéndose que aspectos básicos y concretos de determinadas materias puedan ser regulados a través de reglamentos e, incluso, ser objeto de actos ejecutivos. El Tribunal Constitucional, en el F.J. 5º de su Sentencia 69/1988, de 19 de abril, dice lo siguiente con relación al rango formal que requiere la legislación básica:

«Como excepción a dicho principio de Ley formal, la referida doctrina admite que el Gobierno de la Nación pueda hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Decreto alguno de los aspectos básicos de una materia, cuando resulten, por la naturaleza de ésta, complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases. Esta excepción, establecida principalmente para adecuar la legislación preconstitucional a situaciones nuevas derivadas del orden constitucional, como es la organización territorial del Estado, debe entenderse limitada al sentido que corresponde a su naturaleza de dispensa excepcional de suficiencia de rango normativo, pero no alcanza a la exigencia de que su carácter básico se declare expresamente en la norma o se infiera de su estructura en la misma medida en que es ello aplicable a la Ley

formal, pues lo contrario sería permitir que por la vía reglamentaria se introduzcan elementos de confusión e incertidumbre, siendo que ello se deja negado en la Ley formal.»

En definitiva, aunque se admita como excepción que las bases se formalicen en un reglamento, que en todo caso ha de declarar expresamente su carácter de norma básica, se *prefiere* que la legislación básica venga regulada en leyes. Este es el denominado *principio de preferencia de ley* que JIMÉNEZ CAMPO entiende en los siguientes términos<sup>698</sup>. Dada la trascendencia de la normación básica, se antepone la ley al reglamento por su mayor estabilidad y porque la elaboración de su contenido, a través de las Cortes Generales, asegura la deliberación pública y la participación. No se trata de una reserva de ley. Pero, si el legislador decide ejercer la competencia estatal, debe llevar a cabo una regulación directa y acabada de lo básico. Las remisiones que haga a la potestad reglamentaria se limitarán a aquellas que se justifiquen por el carácter marcadamente técnico o por la naturaleza cambiante y coyuntural de la materia. Sigue explicando JIMÉNEZ CAMPO que el *principio de preferencia de ley* es un criterio de relación entre normas, no entre fuentes. Esta preferencia por la ley no significa la limitación de la potestad reglamentaria para elaborar normas básicas. Sólo se trata de impedir que el legislador renuncie sin límites a favor del Gobierno para llevar a cabo esta tarea. El reglamento no podrá determinar qué es lo básico. Es necesario que una ley lo establezca previamente. En definitiva, el reglamento podrá desarrollar o integrar la legislación básica siempre que exista una ley que defina que es lo básico y que en esta ley se haga una remisión a la potestad reglamentaria sin que esto suponga una dejación de la potestad legislativa.

El Tribunal Constitucional se manifiesta expresamente sobre este *principio de preferencia de ley* en los términos que a continuación reproducimos:

«La definición de las bases, en el ámbito de la legislación compartida, tiene por objeto crear un marco normativo unitario, de

---

<sup>698</sup> Vid J. JIMÉNEZ CAMPO, “¿Qué es lo básico?...”, *op. cit.*, págs. 76 a 79.

aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual las Comunidades Autónomas dispongan de un margen de actuación que les permita, mediante la competencia de desarrollo legislativo, establecer los ordenamientos complementarios que satisfagan sus peculiares intereses; por ello, en principio, debe entenderse que excede de lo básico toda aquella ordenación que, por su minuciosidad y detalle, no deja espacio alguno a la competencia autonómica de desarrollo legislativo, produciéndose, en tal caso, por regla general, un resultado de vulneración competencial que priva a lo presentado como básico de su condición de tal. Precisamente, al fin de evitar tal consecuencia contraria al sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas responde el principio de preferencia de Ley que rige esta materia -no confundible con el de reserva de Ley, incompatible con el aspecto material que interviene en la conformación del concepto de lo básico-, en virtud del cual corresponde, siempre que así sea posible definir lo básico a la norma emanada del poder legislativo del Estado, que es la que mejor garantiza la generalidad y estabilidad de las reglas básicas y, por consiguiente, el respeto debido a las competencias autonómicas de desarrollo -STC 69/1988.» (STC 147/1991, de 4 de julio, F.J. 5º, letra c))

Aprovecha la ocasión el Tribunal Constitucional para recordar que existen facultades que forman parte de la idea de ordenación de una determinada materia, pero, que no se pueden llevar a cabo mediante una ley por su carácter técnico o por su naturaleza coyuntural. Y es ahí donde interviene el reglamento en la delimitación de lo básico. Incluso, recuerda el Tribunal Constitucional, existen supuestos muy excepcionales que en los que se ha admitido la categoría conceptual de actos de ejecución de naturaleza básica, si bien requiere la presencia de alguna especial razón que, de manera manifiesta, así lo justifique<sup>699</sup>. Se deberá examinar, en cada caso concreto, si la

---

<sup>699</sup> «[...]como ocurre cuando el acto de ejecución afecta a intereses de varias Comunidades Autónomas o comporte márgenes amplios de discrecionalidad que sólo puedan ser encomendados a instancias generales -SSTC 1/1982 y 44/1982-; se produzcan situaciones de urgencia y sea preciso evitar daños irreparables o se trate de preservar la normativa de una institución considerada básica y por vía de conexión -STC 75/1983-, pronunciándose en el mismo sentido las SSTC 48/1988 y 49/1988, en la primera de las cuales se establece que "excepcionalmente pueden considerarse básicos ciertos actos de ejecución, cuando por la naturaleza de la materia resultan complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases", diciéndose en la segunda de dichas Sentencias, "que las bases pueden contener regulaciones detalladas de materia, aspectos concretos e incluso actos de ejecución" "cuando sean realmente imprescindibles para el ejercicio efectivo de



minuciosidad del reglamento estatal o del acto de ejecución se justifica por responder a la necesidad de asegurar los fines de unidad normativa mínima que legitima la competencia básica estatal (STC 147/1991, de 4 de julio, F.J. 5º, letra c), *in fine*).

Para MUÑOZ MACHADO que la norma que fije lo básico sea una ley o un reglamento depende, no del sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sino de los principios que rigen las relaciones entre ley y reglamento. La ley podrá remitirse al reglamento siempre y cuando la materia no esté sometida a reserva de ley. «Que la competencia sobre la legislación básica puede instrumentarse de esta manera se deduce del mismo concepto de legislación que ha establecido el propio Tribunal Constitucional, que comprende tanto a la ley como a los reglamentos de ejecución.»<sup>700</sup>

En materia sanitaria, el *principio de preferencia de ley* ha prevalecido en un gran número de normas. Así, por ejemplo, en el artículo 2.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, se establece su condición de norma básica en el sentido previsto por el artículo 149.1.16ª CE, siendo de aplicación en todo el territorio del Estado, excepto los artículos 31 apartado 1, letras b) y c), y 57 a 69, que constituirán Derecho supletorio en aquellas Comunidades Autónomas que hayan dictado normas aplicables a la materia que en dichos preceptos se regula. En el párrafo 2º del citado artículo 2 se prevé que las Comunidades Autónomas puedan dictar normas de desarrollo y complementarias a la Ley General de Sanidad en el ejercicio de las

---

competencias establecidas” Con ello quiere decirse que las reglas y actos que merezcan la calificación de básicos no pierden tal consideración, aunque desciendan a un plano de detalle y minuciosidad, que dificulte o, incluso, impida el desarrollo normativo autonómico o la adopción de determinados actos de ejecución, puesto que ello, según se deja dicho, solamente determinará la invasión de la competencia de la Comunidad en aquellos casos en los que la actuación estatal no venga justificada por alguna de las razones que se dejan expuestas u otras de igual o análogo sentido y alcance excepcionales.» (STC 147/1991, de 4 de julio, F.J. 5º, letra c))

<sup>700</sup> Vid S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público...*, *op. cit.*, pág. 423.

competencias que les atribuyen sus Estatutos. También la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en la Disposición Adicional 1ª, se dice que «Esta Ley tiene la condición de básica, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.8ª y 16ª de la Constitución». Así mismo, la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, en su Disposición Final 1ª, párrafo primero, se recoge el título competencial en virtud del cual el Estado ha elaborado esta norma: «La presente Ley se dicta al amparo del artículo 149.1.1ª, 16ª y 17ª de la Constitución, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad y régimen económico de la Seguridad Social.»

Sin embargo, existen importantes excepciones a este principio, como es el caso 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 que se adoptó, según se establece en su Disposición final 1ª, en virtud de los títulos competenciales previstos artículo 149.1.16ª y 17ª CE<sup>701</sup>.

**(III) La coordinación general de la sanidad.** La tercera competencia que corresponde al Estado, según el artículo 149.1.16ª, es la *coordinación general de la sanidad*. Esta competencia, en palabras del Tribunal Constitucional, «persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que,

---

<sup>701</sup> Esta misma fórmula también se aplicó para aprobar el derogado Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, que se dictó, según rezaba su Disposición Adicional 6ª, al amparo del artículo 149.1.16ª y 17ª CE.

de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema.»<sup>702</sup>

La coordinación, junto al auxilio y la cooperación, constituye según AJA uno de los mecanismos de aplicación del principio de colaboración, cuya finalidad es orientar el ejercicio de las competencias y funciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, al mismo tiempo que actúa como límite de su independencia recíproca<sup>703</sup>. Para ALBERTÍ ROVIRA el principio general de colaboración se configura como el alma misma de la estructura compuesta del poder. La colaboración es la sustancia que permite la síntesis y la combinación de los dos elementos del sistema autonómico: la unidad del conjunto y la autonomía de las partes<sup>704</sup>.

La competencia estatal de coordinación general de la sanidad ha sido ampliamente tratada por la doctrina<sup>705</sup>. Aunque hay quienes defienden un concepto sustantivo de la coordinación, como un poder de dirección que habilita al Estado para definir e imponer el marco de una determinada política sectorial, entre la doctrina y la jurisprudencia se ha impuesto un concepto formal, según el cual la competencia de coordinación atribuye al Estado el

---

<sup>702</sup> Así lo entendió el Tribunal Constitucional en su Sentencia 32/1983, de 28 de abril, (F.J. 2º), doctrina que fue recogida poco después en la Sentencia 42/1983, de 20 de mayo, (F.J. 3º) y en la Sentencia 27/1987, de 27 de febrero.

<sup>703</sup> Cfr. al respecto E. AJA *et alt.*, *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1985, 398 y sigs., y más en concreto con relación a la coordinación las págs. 400 a 409.

<sup>704</sup> Vid E. ALBERTÍ ROVIRA, “La coordinación entre Estado y las Comunidades Autónomas”, en *Documentación Administrativa*, núm. 230-231, (1992) pág. 49.

<sup>705</sup> Para una visión general sobre este tema pueden consultarse los trabajos de A. MUÑOZ MACHADO, A *Derecho Público...*, *op. cit.*, pág. 573 y sigs, y, más recientemente en *La integración...*, *op. cit.*, págs. 110 a 113; J. PEMÁN GAVÍN, *Derecho a la Salud...*, *op. cit.*, págs. 218 y sigs; E. COBREROS MENDAZONA, “La coordinación sanitaria estatal y las Comunidades Autónomas”, en *Documentación Administrativa*, núms. 230-231 (1992), págs. 297 a 320; E. ALBERTÍ ROVIRA, “La coordinación...”, *op. cit.*, págs. 49 a 73; K, AGUIRRE; J. SUBIRATS, “Descentralización y coordinación de la Sanidad en el Estado autonómico”, en *Papeles de Economía Española*, núm. 76 (1998) págs. 78 y sigs., J. REY DEL CASTILLO, “Algunas notas para el diseño de los servicios públicos sanitarios en una España federal”, en *Revista de Administración Sanitaria*, núm. 15 (2000) págs. 107 y sigs. y 125 y sigs. y J.M. SALA ARQUER; F. VILLAR ROJAS “La cooperación en la Sanidad Pública”, en *Revista de estudios autonómico*, núm. 1 (2002), págs. 173 a 200.

poder de establecer procedimientos de participación autonómica y estatal «en la determinación de objetivos y medios, de proyectos que, una vez así formulados, indicarán el sentido que debe adoptar el concreto —e independiente— ejercicio de los poderes de ambas partes, pero que no atribuye a quien posea su titularidad competencia material alguna.»<sup>706</sup>. Subraya MUÑOZ MACHADO<sup>707</sup> que el poder de coordinación atribuido al Estado no significa que éste tenga potestades para incidir o condicionar el ejercicio de la competencias autonómicas. La competencia sobre la coordinación sanitaria es un método de actuación «que alude a la necesidad de que las competencias se desenvuelvan de una manera determinada, con un conocimiento previo de las necesidades, ajustando el ejercicio de las competencias por quien es titular hacia objetos predeterminados elegidos después de contrastar los criterios de todos los entes responsables.»<sup>708</sup> La coordinación no implica que el Estado pueda imponer unos criterios de política sanitaria elaborados unilateralmente. Como indica este autor, la coordinación impone «una conjunción de esfuerzos y una coparticipación en la formulación de los objetivos que las diferentes partes que integran un sistema sanitario deben alcanzar.»<sup>709</sup>

En su tarea de precisar qué debe entenderse por coordinación, el Tribunal Constitucional, de nuevo en su fundamental Sentencia 32/1983, de 28 de abril, formula las siguientes observaciones que nos permitimos reproducir en su integridad ya que sintetizan en qué consiste, exactamente, esta competencia estatal:

« a) Aunque constituye un reforzamiento o complemento de la noción de bases, es una competencia distinta de la de fijación de las bases, como se desprende del hecho de que en el artículo 149.1 no siempre que se habla de bases se habla también de coordinación general, si bien ésta, cuando se incluye, aparece, salvo en una ocasión

---

<sup>706</sup> E. AJA *et al.*, *El sistema jurídico...*, *op. cit.*, pág. 401.

<sup>707</sup> *Derecho Público...*, *op. cit.*, pág 573 y sigs, y, recientemente, en *La integración...*, *op. cit.*, págs. 110 a 113.

<sup>708</sup> *La integración...*, *op. cit.*, pág. 110.

<sup>709</sup> *Ibidem*, pág. 111.

(artículo 149.1.15ª), unida a la competencia sobre las bases (artículos 149.1.13ª y 149.1.16ª).

»b) La competencia de coordinación general presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado, esto es, presupone la existencia de competencias de las Comunidades en materia de sanidad, competencias que el Estado, al coordinarlas, debe obviamente respetar, pues nunca ni la fijación de bases ni la coordinación general deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias de las Comunidades.

»c) La competencia estatal de coordinación general significa no sólo que hay que coordinar las partes o subsistemas (esto es, las competencias comunitarias) del sistema general de sanidad, sino que esa coordinación le corresponde hacerla al Estado.

»d) En consecuencia, la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario.»

Así pues, estamos ante una competencia estatal distinta a la de la fijación de las bases de la sanidad, que implica la existencia previa de competencias autonómicas que el Estado va a coordinar respetando, en todo caso, su contenido y que se configura como un factor clave en el Estado descentralizado.

La Ley General de Sanidad de 1986 plasma en su articulado una concepción *formal* de la coordinación general de la sanidad, tal y como se había definido por la doctrina y la jurisprudencia constitucional. De entre los múltiples mecanismos de coordinación posibles, en esta Ley se recogen, como explica COBREROS MENDAZONA<sup>710</sup>, dos técnicas: la organizativa y la planificadora.

La *coordinación organizativa* se lleva a cabo a través de órganos de carácter colegiado, como el Consejo Interterritorial de Salud, previsto, originariamente, en el artículo 47 de la Ley General de Sanidad y derogado por la Ley 16/2003,

---

<sup>710</sup> “La coordinación sanitaria...”, *op. cit.*, págs. 313 y sigs.

de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Esta Ley dedica íntegramente a este órgano el Capítulo X (artículos 67 a 76). Se trata de un órgano colegiado del Sistema Nacional de Salud compuesto por un representante de cada una de las Comunidades Autónomas y por igual número de miembros de la Administración del Estado que estará presidido por el Ministro de Sanidad y Consumo. En cuanto a sus funciones, en primer lugar hay que subrayar que es el instrumento permanente de comunicación e información de los distintos Servicios de Salud, entre ellos y con la Administración estatal; en segundo lugar, coordina, entre otros aspectos, las líneas básicas de la política de adquisiciones, contrataciones de productos farmacéuticos, sanitarios y de otros bienes y servicios, así como los principios básicos de la política de personal; en tercer lugar, ejerce también las funciones que la Ley le atribuya en materia de planificación y, por último, desempeña las tareas que le puedan ser confiadas para la debida coordinación de los servicios sanitarios. Al margen de estas competencias previstas por la Ley General de Sanidad, el Consejo Interterritorial de Salud ha venido realizando otras, como la elaboración de informes preceptivos y la coordinación de la normativa sanitaria<sup>711</sup>.

La segunda técnica de coordinación contemplada en la Ley General de Sanidad de 1986 es *la planificación sanitaria*, que se lleva a cabo mediante (a) los criterios generales de coordinación y (b) los diferentes planes de salud.

(a) Los criterios generales de coordinación se contemplan en el artículo 70 de la Ley General de Sanidad de 1986. Estos criterios mínimos, básicos y comunes sirven «para evaluar las necesidades de personal, centros o servicios sanitarios, el inventario definitivo de recursos institucionales y de personal sanitario y los mapas sanitarios nacionales.» (artículo 70.2.a LGS) y «la eficacia

---

<sup>711</sup> Cfr. al respecto las explicaciones de J.M. SALA ARQUER y F. VILLAR ROJAS, en “La cooperación en la Sanidad Pública”, *op cit.*, págs. 173 a 200 y posteriormente en “Análisis de la cooperación en un sector determinado: la sanidad pública” en *Derecho y Salud*, núm. 1 (2002), págs. 79 a 94.

y rendimiento de los programas, centros o servicios sanitarios» (artículo 70.2.d LGS). Los criterios generales de coordinación sanitaria serán elaborados por el Gobierno de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y organizaciones empresariales (artículo 70.3 LGS). Una vez aprobados por el Estado, se remitirán a las Comunidades Autónomas para que sean tenidos en cuenta por éstas en la formulación de sus planes de salud y de sus presupuestos anuales. El Estado comunicará asimismo a las Comunidades Autónomas los avances y previsiones de su nuevo presupuesto que puedan utilizarse para la financiación de los planes de salud de aquéllas.

(b) Por lo que se refiere a los planes de salud, la Ley General de Sanidad prevé planes de salud estatales y autonómicos en el ámbito de sus respectivas competencias (artículo 70.1 LGS), planes conjuntos de salud que se elaborarán en el Consejo Interterritorial de Salud (artículo 70.1 LGS) y el Plan Integrado de Salud, que deberá tener en cuenta los criterios de coordinación general sanitaria elaborados por el Gobierno de acuerdo con lo previsto en el artículo 70, y que recogerá en un documento único los planes estatales, los planes de las Comunidades Autónomas y los planes conjuntos (artículo 74 LGS).

¿Qué valoración merecen estos instrumentos de coordinación? El balance de la utilidad de los instrumentos de coordinación no es muy positivo. Como ha señalado PEMÁN GAVÍN ni los criterios generales de coordinación ni el Plan Integral de Salud han tenido existencia real<sup>712</sup>. Por otro lado, el papel desempeñado por el Consejo Interterritorial de Salud ha sido más bien el de «órgano consultivo de las autoridades estatales, con la participación de las Comunidades Autónomas», un «lugar de intercambio y debate entre los responsables de los distintos servicios de salud, autonómicos y estatales»<sup>713</sup>

---

<sup>712</sup> Vid. J. PEMÁN GAVÍN, “La culminación del proceso de descentralización de la sanidad español... *op. cit.*, pág. 30 y sigs.

<sup>713</sup> En este sentido se expresan J.M. SALA ARQUER y F. VILLAR ROJAS, en “Análisis de la cooperación en un sector determinado: la sanidad pública”, *op. cit.*, págs 84 y 85.

Todos los datos apuntan a la necesidad de reforzar el papel del Consejo Interterritorial de Salud como órgano de coordinación tras la culminación del proceso de transferencias sanitarias. Esta parece haber sido la intención del legislador al aprobar la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Sobre este punto volveremos más adelante.

**(IV) La legislación sobre productos farmacéuticos** Conforme al último inciso del artículo 146.1.16ª CE al Estado le corresponde la legislación sobre productos farmacéuticos.

Sobre el vocablo *legislación* el Tribunal Constitucional en su Sentencia 71/1982, 30 de noviembre, F.J. 8º, afirma que cuando se «utiliza en el artículo 149.1 de la Constitución, como precepto referencial para reservar al Estado toda la Legislación, referida a una materia, es en su acepción material y, no formal, constreñida a las leyes, en la acepción de normas que emanan de quienes ostentan el poder legislativo, o de quienes, por excepción o por delegación, pueden producir normas con valor de ley, comprendiéndose también los reglamentos de desarrollo, complementarios o integradores de la ordenación de que se trate». Es decir, al Estado le corresponde regular esta materia mediante leyes o normas con rango de ley y también mediante reglamentos, siendo competencia de las Comunidades Autónomas la ejecución de la legislación estatal sobre productos farmacéuticos.

Sin embargo, esta última afirmación debe ser matizada, porque el Estado podrá también asumir competencias ejecutivas. En efecto, en la Sentencia 32/1983, de 28 de abril, F.J. 3º, el Tribunal Constitucional considera que el control e inspección sobre productos farmacéuticos, aunque por su naturaleza sean competencias de ejecución, pueden ser realizada por el Estado por razones de seguridad pública (artículo 149.1.29ª CE) —materia esta sobre la que tiene competencias exclusivas y, por tanto, también ejecutivas—, o por su concurrencia con otros títulos de competencia estatal.



En la misma Sentencia, el Alto Tribunal se ha pronunciado sobre las competencias de evaluación, registro y autorización de productos farmacéuticos en el sentido siguiente:

«[...]si el legislador dijera que la autorización y el registro sobre los productos («drogas, productos estupefacientes, psicotrópicos o similares especialidades farmacéuticas y sus materias primas y demás productos sujetos a registro farmacéutico, fitosanitario y zoosanitario»), sobre el material o instrumental médico, terapéutico o sanitario, así como sobre los laboratorios, centros o establecimientos que los produzcan, elaboren o importen, *constituye una materia básica de la sanidad nacional*, que corresponde, por tanto, al Estado para que éste la desarrolle por los órganos y con el rango normativo correspondiente en cada caso, este Tribunal no opondría a ello ninguna objeción, pues parece evidente que todo ello es básico en la medida en que afecta de modo grave y directo a la garantía de los derechos constitucionales indicados en el fundamento segundo de esta sentencia y a la garantía de las condiciones de igualdad en su ejercicio que el Estado está obligado (artículo 149.1.1ª CE) a hacer efectiva.» (Sentencia 32/1983, F.J. 3º).

Así pues, las funciones ejecutivas de evaluación, registro, autorización, vigilancia y control de medicamentos de uso humano y de los productos sanitarios corresponden al Ministerio de Sanidad y Consumo, sin perjuicio de las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas. Así se recoge en el artículo 30 de la Ley de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, de 28 de mayo de 2003<sup>714</sup>.

---

<sup>714</sup> Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 54/1990, de 28 de marzo, ha atribuido las competencias ejecutivas de inspección y control de la distribución y dispensación de estupefacientes y psicotrópicos a las Comunidades Autónomas. El Abogado del Estado alega que la competencia ejecutiva de control e inspección de la distribución y dispensación de estupefacientes y psicotrópicos corresponde, a pesar de su naturaleza ejecutiva, al Estado, en una argumentación que la incluye sucesivamente dentro de las bases, la coordinación general y la alta inspección que corresponden al Estado. El Tribunal Constitucional, una vez analizadas las distintas posibilidades de inserción en las distintas competencias invocadas por el Estado concluye que la reivindicación del Estado no se puede apoyar en ninguna de ellas: «En primer lugar, las bases a las que se refiere el artículo 149.1.16 C.E. son, en principio, competencias normativas que persiguen una regulación uniforme y de vigencia en todo el territorio del Estado (STC 1/1982), y aunque este Tribunal ha admitido que en algunas materias, entre las que se halla la Sanidad “ciertas decisiones y actuaciones de tipo aparentemente coyuntural, que tienen como objeto la regulación inmediata de situaciones concretas, pueden tener sin duda carácter básico por la interdependencia de éstas en todo el territorio nacional y por su incidencia en los fundamentos mismos del sistema

normativo” (STC 32/1983), éste no es el caso de la inspección y control de la distribución y dispensación de estupefacientes y psicotropos que es una actuación ordinaria que en modo alguno incide en el sistema normativo y que se concreta en una serie de típicas medidas de ejecución estrictamente regladas y dirigidas a hacer efectiva la aplicación de la legislación vigente que en materia de medicamentos es, como queda dicho, estatal. Esta interpretación es, por lo demás, la adoptada por el propio legislador estatal que en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), no ha incluido dentro de las competencias del Estado que enumera en el artículo 40 relativa a la inspección y control de la distribución y dispensación de estupefacientes y psicotropos.»

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional aclara que tampoco encaja la competencia aludida dentro de la coordinación general de la Sanidad que corresponde al Estado. Para ello invoca la STC 32/1983 en la que se define qué debe entenderse por coordinación general —«la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias»—. Explica el Tribunal como «dicha coordinación presupone la existencia de competencias de las Comunidades Autónomas, que en su grado mínimo deben ser cuanto menos competencias de ejecución a partir de las que el Estado pueda ejercer su competencia de coordinación. Si la inspección y control de la distribución y dispensación de estupefacientes y psicotropos recayese en el Estado por vía de la coordinación se negaría la propia necesidad de la existencia de una coordinación en favor del Estado puesto que ya no habría competencias autonómicas que coordinar. Siendo esto así, la competencia de coordinación no puede amparar el vaciamiento de las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas.»

Tampoco se puede incluir la competencia ejecutiva de control e inspección de la distribución y dispensación de estupefacientes y psicotropos dentro de la alta inspección que se atribuye al Estado. La alta inspección consiste, conforme al artículo 43 de la LGS, en una «función de garantía y verificación del cumplimiento de las competencias estatales y de las Comunidades Autónomas en materia de Sanidad». Señala el Tribunal que esta función «no comprende el ejercicio de competencias de inspección y control directo sobre la distribución y dispensación de medicamentos, sustituyendo la competencia ejecutiva directa de la Comunidad Autónoma.»

Ni tampoco se ampara en otros títulos como la «seguridad pública» atribuido en exclusiva al Estado (artículo 149.1.29ª CE). «Para que este título concurrencial pudiese desplazar o eliminar la competencia específica que la Comunidad Autónoma tiene en virtud de un título directo, sería necesario sin embargo, demostrar, o al menos argumentar, la necesidad imprescindible de que ello fuese así, por resultar insuficientes para garantizar la seguridad pública el ejercicio de las facultades de alta inspección que sobre la distribución y dispensación posee el Estado, en virtud de las cuales puede, como es obvio, condicionar el ejercicio de la competencia de inspección directa de la Comunidad Autónoma y recabar de ésta la comunicación de cuantos datos estime convenientes para el desempeño de sus propias funciones. Ninguna razón se nos ha ofrecido en este sentido y, por consiguiente, ninguna razón encontramos para estimar que la posible afección de la seguridad pública desplace en este caso en favor del Estado la competencia controvertida.»

Ni la genérica competencia del Estado en materia de relaciones internacionales (artículo 149.1.3ª CE) y comercio exterior (artículo 149.1.10ª CE): «la distribución y dispensación de tales productos dentro del territorio de una Comunidad Autónoma no tiene ninguna relación con la competencia de comercio exterior que respecto a los estupefacientes y psicotropos corresponde al Estado y no se discute en este conflicto. En cuanto a las relaciones internacionales, alegadas como título concurrente con la sanidad para recabar la

**(V) La Alta inspección.** El control del Estado sobre los entes autonómicos, como ha señalado CASCAJO CASTRO, parafraseando a KELSEN, pertenece al «momento organizativo esencial de todo Estado» y cobra especial importancia en los modelos descentralizados. La competencia estatal de control debe entenderse como un suplemento esencial de las demás competencias. No se trata de una técnica de limitación de la autonomía, sino de verificar la regularidad de la actividad y de los órganos de las Comunidades Autónomas<sup>715</sup>.

En efecto, el alto grado de descentralización de la asistencia sanitaria, como resultado de las previsiones constitucionales y estatutarias, conlleva el establecimiento de una serie de mecanismos que permitan comprobar el adecuado funcionamiento del Sistema Nacional de Salud. Entre estos mecanismos de control se encuentra la Alta Inspección.

Esta competencia, que no aparece en la Constitución y sí en los Estatutos de Autonomía, permite al Estado, a través de la Dirección General de Ordenación Profesional, Cohesión del Sistema Nacional de Salud y Alta Inspección según la actual organización del Ministerio de Sanidad y Consumo, llevar a cabo tareas de vigilancia sobre la ejecución de la legislación estatal por

---

competencia de ejecución del Estado, la garantía del cumplimiento de las obligaciones estatales no impone que deba ser la Administración del Estado la que lleve a cabo directamente la función de control e inspección de la distribución y dispensación de estos productos. El cumplimiento de dichas obligaciones se garantiza por las propias bases y la coordinación de la sanidad interior y la legislación sobre medicamentos que corresponde en exclusividad al Estado, pero en nada afecta a la distribución de competencias ejecutivas entre el Estado y las Comunidades Autónomas» En definitiva la competencia de ejecución relativa a la inspección y control de la distribución y dispensación de estupefacientes y psicotropos debe entenderse como atribuida a la Junta de Galicia, sin perjuicio, claro está, de la obligación de ésta de llevarla a cabo de manera que pueda ofrecer a la Administración estatal, con el detalle y en el tiempo que esta requiera para el ejercicio de sus propias funciones, los datos que ésta demande. Sin embargo, corresponde al Estado la custodia, el traslado, el análisis y el peritaje de los estupefacientes y psicotropos intervenidos en el tráfico ilícito.

<sup>715</sup> Vid J.L. CASCAJO CASTRO, en la voz “Control del Estado sobre las Comunidades Autónomas”, en el *Diccionario del Sistema Político Español*, dirigido por J.J. González Encinar, Akal, Madrid, 1984, pág. 142 y sigs.

las Comunidades Autónomas. Como explica MUÑOZ MACHADO<sup>716</sup>, en un sistema como el español en el que las diversas funciones sobre la sanidad se reparten varios distintos entes territoriales, el Estado tiene la facultad de supervisión para comprobar que la legislación se está aplicando e interpretando bajo criterios comunes, lo que garantiza el funcionamiento cohesionado del Sistema Nacional de Salud.

La falta de precisión estatutaria respecto al alcance de esta competencia, motivó la intervención tanto de la jurisprudencia como de la doctrina que han contribuido a delinear sus características<sup>717</sup>.

Esta competencia tiene, de acuerdo al F.J. 3º de la Sentencia 6/1982, de 22 de febrero, un carácter jurídico tanto en lo que concierne a su ejercicio, como a su contenido, pues recae sobre la correcta interpretación de las normas estatales y de las que emanan de las asambleas autonómicas, en su indispensable interrelación. Ahora bien, añade el Tribunal Constitucional que «si es cierto que la Alta inspección debe discernir las posibles disfunciones en el ámbito de las respectivas competencias del Estado y la Comunidad, también lo es que no debe convertirse [...] en un control tutelar de la acción administrativa de la propia Comunidad.» (STC 32/1983, de 28 de abril) Esta competencia estatal no puede, por tanto, confundirse con otros órganos de inspección de carácter ejecutivo o técnico<sup>718</sup>.

A este respecto el Tribunal Constitucional es rotundo al afirmar que:

---

<sup>716</sup> Vid. *La integración, la reforma...*, *op. cit.*, págs 113 a 115.

<sup>717</sup> Entre la doctrina merecen ser destacados los trabajos de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, Civitas, Madrid, 1984; J. L. CASCAJO CASTRO, “En torno a la configuración jurisprudencial y doctrinal de la llamada Alta Inspección”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 10, vol. II, (1984), págs. 89 a 102 y, posteriormente, en *Revista de Estudios Políticos*, núms. 46 y 47 (1985), págs. 385 a 399; C. VILA MIRANDA, “Concreciones sobre la función estatal de alta inspección como supervisión”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 21 (1984), pág. 179 a 183; E. AJA *et al.*, *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, *op. cit.*, págs. 169 a 172.

<sup>718</sup> Vid en este sentido C. VILA MIRANDA, “Concreciones sobre...”, *op. cit.*, págs. 180 y 181.

«la Alta Inspección constituye una competencia estatal de vigilancia, pero no un control genérico e indeterminado que implique dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas respecto a la Administración del Estado, sino un instrumento de verificación o fiscalización que puede llevar en su caso a instar la actuación de los controles constitucionales, establecidos en relación con las Comunidades Autónomas, pero no a sustituirlos, convirtiendo a dicha alta inspección en un nuevo y autónomo mecanismo directo de control.» (STC 32/1983, de 28 de abril, F.J. 2º)

Las tareas realizadas por el Estado son, por consiguiente, de verificación, de comprobación, de supervisión, pero, no de sanción. Las acciones de la Alta Inspección se ciñen:

«[...] a una función de informes o actas de conformidad o de infracción de la legislación del Estado, supuesto este último en el que las remitirán al Delegado del Gobierno para que éste dé «traslado a los órganos competentes de la Comunidad Autónoma», se entiende que para que éstos puedan corregir, en su caso, las situaciones que la alta inspección calificara de infracción. Si, por el contrario, la Comunidad no procediera a corregir la situación y ésta persistiera, el párrafo cinco y último de este mismo artículo cuarto prevé que las autoridades del Estado requieran al órgano competente de la Comunidad «para que se adopten las medidas precisas a fin de corregir la infracción». Hasta ahí la alta inspección continúa reducida a sus justos límites y no hay en absoluto exceso alguno de competencia.» (STC 32/1983, de 28 de abril, F.J. 2º)

Por tanto, concluye el Tribunal Constitucional:

«[...] si como consecuencia de la Alta inspección la Administración Sanitaria del Estado tuviera conocimiento de «cualquier problema o proceso que pueda tener una incidencia a nivel nacional», podrá ciertamente actuar en consecuencia, pero ya no podrá cobijar cualesquiera medidas bajo el título competencial de la alta inspección, sino bajo los otros títulos competenciales ya examinados, [...]» (STC 32/1983, de 28 de abril, F.J. 2º)

Porque, señala TORNOS MÁS<sup>719</sup>, si se le ha entregado a las Comunidades Autónomas la ejecución, ésta deber ser respetada y sólo corregir los vicios de legalidad a través del control judicial. También CASCAJO

---

<sup>719</sup> En E. AJA et alt., El sistema jurídico..., *op. cit.*, pág. 171.

CASTRO<sup>720</sup> hace hincapié en la opción constitucional por un control jurisdiccional de la actividad administrativa de las Comunidades Autónomas, frente a la idea de control como típica forma de actuación administrativa.

Como hemos dicho con anterioridad, el legislador ordinario, haciendo uso de su potestad para fijar el contenido de las bases, y siguiendo la doctrina sentada, principalmente, por las Sentencias 32/1983, de 28 de abril, y 42/1983, de 20 de mayo, definió en la Ley General de Sanidad las competencias del Estado en materia sanitaria (Capítulo I, del Título II de la Ley), y elevó el rango legal de algunas de las disposiciones contenidas en los Reales Decretos 2824 y 2825/1981, de 27 de noviembre, sobre coordinación y planificación sanitarias y sobre registro de alimentos.

La Ley General de Sanidad en el artículo 2.1 declara su condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.16<sup>a</sup> de la Constitución y su aplicación a todo el territorio del Estado<sup>721</sup>. También establece competencia estatal exclusiva la sanidad exterior (artículos 38 y 39 LGS) y la competencia para ejecutar por la Administración del Estado determinadas actividades sanitarias que se consideran básicas ampliándose, excepcionalmente, más allá de la facultad normativa el ámbito de la competencia estatal sobre las bases de la sanidad (artículo 40 de la LGS)<sup>722</sup>,

---

<sup>720</sup> “En torno a la configuración...”, *op. cit.*, pág. 92 y en la voz “Control del Estado sobre las Comunidades Autónomas”, en el *Diccionario del Sistema Político Español*, dirigido por J.J. GONZÁLEZ ENCINAR, Akal, Madrid, 1984, pág. 143.

<sup>721</sup> «...excepto los artículos 31 apartado 1, letras b) y c), y 57 a 69, que constituirán derecho supletorio en aquellas Comunidades Autónomas que hayan dictado normas aplicables a la materia que en dichos preceptos se regula.»

<sup>722</sup> Así es, en este artículo se recogen una serie de potestades que corresponde a la Administración del Estado de naturaleza muy heterogénea:

La determinación, con carácter general, de los métodos de análisis y medición y de los requisitos técnicos y condiciones mínimas en materia de control sanitario del medio ambiente.

La determinación de los requisitos sanitarios de las reglamentaciones técnico-sanitarias de los alimentos, servicios o productos directa o indirectamente relacionados con el uso y consumo humanos.

El registro general sanitario de alimentos y de las industrias, establecimientos o instalaciones que los producen, elaboran o importan, que

recogerá las autorizaciones y comunicaciones de las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus competencias.

La autorización mediante reglamentaciones y listas positivas de aditivos, desnaturalizadores, material macromolecular para la fabricación de envases y embalajes, componentes alimentarios para regímenes especiales, detergentes y desinfectantes empleados en la industria alimentaria.

La reglamentación, autorización y registro u homologación, según proceda, de los medicamentos de uso humano y veterinario y de los demás productos y artículos sanitarios y de aquellos que, al afectar al ser humano, pueden suponer un riesgo para la salud de las personas. Cuando se trate de medicamentos, productos o artículos destinados al comercio exterior o cuya utilización o consumo pudiera afectar a la seguridad pública, la Administración del Estado ejercerá las competencias de inspección y control de calidad.

La reglamentación y autorización de las actividades de las personas físicas o jurídicas dedicadas a la preparación, elaboración y fabricación de los productos mencionados en el número anterior, así como la determinación de los requisitos mínimos a observar por las personas y los almacenes dedicados a su distribución mayorista y la autorización de los que ejerzan sus actividades en más de una Comunidad Autónoma. Cuando las actividades enunciadas en este apartado hagan referencia a los medicamentos, productos o artículos mencionados en el último párrafo del apartado anterior, la Administración del Estado ejercerá las competencias de inspección y control de calidad.

La determinación con carácter general de las condiciones y requisitos técnicos mínimos para la aprobación y homologación de las instalaciones y equipos de los centros y servicios.

La reglamentación sobre acreditación, homologación, autorización y registro de centros o servicios, de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre extracción y trasplante de órganos.

El Catálogo y Registro General de centros, servicios y establecimientos sanitarios que recogerán las decisiones, comunicaciones y autorizaciones de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus competencias.

La homologación de programas de formación postgraduada perfeccionamiento y especialización del personal sanitario, a efectos de regulación de las condiciones de obtención de títulos académicos.

La homologación general de los puestos de trabajo de los servicios sanitarios, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades y la libre circulación de los profesionales y trabajadores sanitarios.

Los servicios de vigilancia y análisis epidemiológicos y de las zoonosis, así como la coordinación de los servicios competentes de las distintas Administraciones Públicas Sanitarias, en los procesos o situaciones que supongan un riesgo para la salud de incidencia e interés nacional o internacional.

El establecimiento de sistemas de información sanitaria y la realización de estadísticas, de interés general supracomunitario.

La coordinación de las actuaciones dirigidas a impedir o perseguir todas las formas de fraude, abuso, corrupción o desviación de las prestaciones o servicios sanitarios con cargo al sector público cuando razones de interés general así lo aconsejen.

La elaboración de informes generales sobre la salud pública y la asistencia sanitaria.

Igualmente, reconoció como competencia del Estado la Alta Inspección<sup>723</sup> y la planificación y coordinación general de la sanidad (artículos 70 a 77 de la LGS)<sup>724</sup>.

Por lo que se refiera a las competencias de las Comunidades Autónomas, la Ley General de Sanidad dice que serán aquellas asumidas en sus Estatutos, —conforme al artículo 2.2 de la Ley General de Sanidad, las Comunidades Autónomas podrán dictar normas de desarrollo y

---

El establecimiento de medios y de sistemas de relación que garanticen la información y comunicación recíprocas entre la Administración Sanitaria del Estado y la de las Comunidades Autónomas en las materias objeto de la presente Ley.

Según manifiesta M. BEATO ESPEJO, “El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad, en *Revista de Administración Pública*, núm. 119 (1989), pág. 410, con el que estamos de acuerdo, estas funciones deberían encuadrarse en el título competencial adecuado: coordinación general, alta inspección o productos farmacéuticos.

<sup>723</sup> Inicialmente, esta competencia se reconocía en el artículo 43, hoy derogado por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, Disposición Derogatoria 1ª, que en su lugar, y dada su importancia en un sistema sanitario descentralizado, dedica el Capítulo XI (artículos 76 a 79) a regular las funciones y actividades de la Alta Inspección, entre las que se incluye las siguientes: supervisar la adecuación entre los planes y programas sanitarios de las comunidades autónomas y los objetivos de carácter general establecidos por el Estado; evaluar el cumplimiento de fines y objetivos comunes y determinar las dificultades o deficiencias genéricas o estructurales que impidan alcanzar o distorsionen el funcionamiento de un sistema sanitario coherente, armónico y solidario; supervisar el destino y utilización de los fondos y subvenciones propios del Estado asignados a las comunidades autónomas que tengan un destino o finalidad determinada; comprobar que los fondos correspondientes a los servicios de salud de las comunidades autónomas son utilizados de acuerdo con los principios generales de esta Ley; supervisar la adscripción afines sanitarios de centros, servicios o establecimientos del Estado transferidos con dicha finalidad, sin perjuicio de las reordenaciones que puedan acordar las correspondientes comunidades autónomas y, en su caso, las demás Administraciones públicas; verificar la inexistencia de cualquier tipo de discriminación en los sistemas de administración y regímenes de prestación de los servicios sanitarios, así como de los sistemas o procedimientos de selección y provisión de sus puestos de trabajo y supervisar que el ejercicio de las competencias en materia de sanidad se ajusta a criterios de participación democrática de todos los interesados.

<sup>724</sup> La Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, en sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dedica el Capítulo IV, del Título III a la coordinación general sanitaria y prevé en su artículo 73.1 que la coordinación general se ejerza por el Estado. Para ello, se añade en el precepto, tendrá que fijar «medios y sistemas de relación para facilitar la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las Administraciones públicas sanitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario», reproduciendo literalmente las palabras del Tribunal Constitucional.



complementarias de la dicha Ley en el ejercicio de las competencias que les atribuyen los correspondientes Estatutos de Autonomía—, las que el Estado les transfiera o delegue (artículo 41.1), así como aquellas que no se hayan reservado expresamente al Estado (artículo 41.2).

En cuanto a las Administraciones locales, la Ley General de Sanidad, en su artículo 42, establece que las Comunidades Autónomas, a la hora de fijar la organización de los Servicios autonómicos de Salud deberán tener en cuenta las responsabilidades y competencias de las Administraciones territoriales intracomunitarias (provincias, municipios, etc.), de acuerdo con lo que se prevea en los Estatutos, en la Ley de Régimen Local<sup>725</sup> y en la propia Ley General de Sanidad. Esta última, de acuerdo con lo previsto en los artículos 2.2 y 25.2 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local<sup>726</sup> atribuye a los Ayuntamientos un conjunto de responsabilidades mínimas como son el control sanitario del medio ambiente, que incluye la contaminación

---

<sup>725</sup> El artículo 2.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, establece que para garantizar la efectividad de la autonomía local, la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas deberá asegurar a los entes locales su derecho a intervenir en aquellos asuntos que les afecten directamente y para ello se les atribuirán las competencias procedente, en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos. Se añade en el párrafo 2 del mismo artículo que las leyes básicas del Estado previstas constitucionalmente deberán determinar las competencias que ellas mismas atribuyan o que, en todo caso, deban corresponder a los entes locales en las materias que regulen. Esto es lo que ha hecho la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 en su artículo 42.3: atribuir a los entes locales una serie de competencias mínimas en materia de sanidad e higiene colectiva, que por sus características afectan a los intereses locales y que por su proximidad deben ser gestionados por los Ayuntamientos. Sobre las razones por las cuales la Ley General de Sanidad concreta las competencias de las corporaciones locales véase MUÑOZ MACHADO, *La formación y la crisis...*, pags. 122 y 123.

<sup>726</sup> El artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, establece que «el Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: [...] f) Protección del medio ambiente. [...] h) Protección de la salubridad pública. i) Participación en la gestión de la atención primaria de la salud. [...] j) Cementerios y servicios funerarios. l) Suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales. [...] 3. Sólo la Ley determina las competencias municipales en las materias enunciadas en este artículo, de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2.»

atmosférica, el abastecimiento de aguas, el saneamiento de aguas residuales, y el tratamiento de los residuos urbanos e industriales, el control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones, el control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana, especialmente de los centros de alimentación, peluquerías, saunas y centros de higiene personal, hoteles y centros residenciales, escuelas, campamentos turísticos y áreas de actividad físico deportivas y de recreo, el control sanitario de la distribución y suministro de alimentos, bebidas y demás productos, directa o indirectamente relacionados con el uso o consumo humanos, así como los medios de su transporte y, por último, el control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria.

## **2. EL PROCESO DE ASUNCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA SANITARIA POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LA TRANSFERENCIA DE SERVICIOS Y FUNCIONES DEL ESTADO A LOS SERVICIOS DE SALUD AUTONÓMICOS. LA ACTUAL SITUACIÓN DE DESCENTRALIZACIÓN SANITARIA**

Ya hemos dicho, en repetidas ocasiones, que el Sistema Nacional de Salud diseñado por la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 es un sistema descentralizado en el que las Comunidades Autónomas asumen un papel esencial. Ahora bien, esta Ley no establece cuáles son las competencias de los entes autonómicos, sino que para ello se remite en su artículo 41.1 a los Estatutos de Autonomía. Al respecto MUÑOZ MACHADO valora positivamente la técnica utilizada por la Ley, puesto que una ley ordinaria no es el instrumento adecuado para describir el reparto pormenorizado entre Estado y Comunidades Autónomas<sup>727</sup>.

---

<sup>727</sup> Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *La formación y la crisis...*, *op. cit.*, págs. 121 a 123. Sigue aclarando este autor que cuando la competencia del Estado se refiere a las bases, como en el caso de la sanidad interior, entonces la Ley «no sólo no debe abstenerse de intervenir en el

Por lo tanto, para saber qué competencias corresponden a los entes autonómicos en materia sanitaria se tendrá en cuenta, además de lo establecido en el Título VIII CE, el contenido de los respectivos Estatutos de Autonomía. En el apartado anterior hemos estudiado el marco competencial establecido por nuestra Norma Fundamental. A continuación analizaremos las previsiones estatutarias al respecto.

Como en toda la legislación que se viene citando a lo largo de este trabajo, también en los Estatutos de Autonomía y en los Decretos de transferencias de servicios y funciones del INSALUD a las Comunidades Autónomas se aprecia la tensión entre los deseos reformistas de separar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y las reticencias a abandonar el modelo tradicional. Esta tensión ha propiciado que en los Estatutos de Autonomía se recurra al uso de expresiones, en ocasiones ambiguas, como por ejemplo «sanidad interior», «sanidad e higiene», «asistencia sanitaria de la Seguridad Social», «coordinación hospitalaria», «promoción, prevención y restauración de la salud», etc., cuyo alcance resulta difícil de determinar.

En líneas generales podemos decir que los Estatutos de las Comunidades Autónomas históricas y asimiladas optaron desde el momento de su elaboración por una concepción moderna de la salud pública, que comprende las prestaciones sanitarias colectivas e individuales, estas últimas al margen de la Seguridad Social. Así, en los Estatutos de Autonomía del País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Comunidad Valenciana y Comunidad Foral Navarra, se utilizó la expresión «sanidad interior» que corresponde a la materia «sanidad» del artículo 149.1.16ª CE, «vocablo este último que, —en palabras del Tribunal Constitucional—, por exclusión respecto a la sanidad

---

reparto de competencias, sino que le corresponde específicamente la última delimitación o concreción de lo establecido en los textos fundamentales»

exterior hay que entender referido a la sanidad interior, esto es, a la sanidad dentro del territorio español». <sup>728</sup>

En virtud de la competencia para ejecutar y desarrollar la legislación básica del Estado en materia de «sanidad interior», estas Comunidades Autónomas han elaborado sus propias leyes de salud o de ordenación sanitaria, en las que se regulan todas las acciones que permiten hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria, así como leyes destinadas a establecer los derechos y deberes de los usuarios y pacientes de los servicios de salud autonómicos.

Por otro lado, es en los Estatutos de las Comunidades Autónomas de «vía lenta» donde mejor se aprecia el debate que subyace en torno a la relación entre asistencia sanitaria y Seguridad Social. Si en los Estatutos de las Comunidades históricas y asimiladas se hizo una separación expresa de la «sanidad interior» y de la «Seguridad Social», no ocurrió lo mismo en los Estatutos del artículo 143 CE, en los que se recogieron expresiones como «coordinación hospitalaria de la Seguridad Social» o «asistencia sanitaria de la Seguridad Social». A pesar de que estas Comunidades Autónomas tuviesen limitadas sus competencias, por un lado, a la ejecución y desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado en materia de «sanidad e higiene» y «coordinación hospitalaria» y, por otro, a la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de «gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social», sin embargo, esto no ha sido un obstáculo para que también hayan aprobado sus propias leyes de salud, así como leyes destinadas a proteger los derechos y deberes de los pacientes, como veremos más adelante.

Veamos con más detalle el largo y complejo proceso de transferencias de las competencias en materia sanitaria del Estado a las Comunidades Autónomas.

---

<sup>728</sup> *Vid.* STC 32/1983, de 28 de abril, F.J. 2º.

En este proceso hay que distinguir varias fases. La primera, situada temporalmente al inicio de los años ochenta, y protagonizada por las Comunidades Autónomas históricas y asimiladas a las que corresponde, según sus respectivos Estatutos, el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior —e higiene en el caso de Navarra— y de Seguridad Social, salvo las normas que regulen el régimen económico de esta última, del que sólo tendrán competencias para su gestión, y la organización y administración de todos los servicios relacionados con estas materias<sup>729</sup>.

---

<sup>729</sup> Así el artículo 18 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco: «1. Corresponde al País Vasco el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de Sanidad Interior. 2. En materia de Seguridad Social, corresponderá al País Vasco: a) El desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma. b) La gestión del régimen económico de la Seguridad Social. 3. Corresponderá también al País Vasco la ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos. 4. La Comunidad Autónoma podrá organizar y administrar a tales fines, dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de Sanidad y de Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo. 5. Los poderes públicos vascos ajustarán el ejercicio de las competencias que asuman en materia de Sanidad y de Seguridad Social a criterios de participación democrática de todos los interesados, así como de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales en los términos que la ley establezca.»; el artículo 17 de la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña: «1. Corresponde a la Generalidad de Cataluña el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior. 2. - En materia de Seguridad Social, corresponderá a la Generalidad de Cataluña: El desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma. La gestión del régimen económico de la Seguridad Social. 3. Corresponderá también a la Generalidad de Cataluña la ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos. 4. La Generalidad de Cataluña podrá organizar y administrar a tales fines, y dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas, y ejercerá la tutela de las instrucciones, entidades y funciones en materia de sanidad y seguridad social, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo. 5. La Generalidad de Cataluña ajustará el ejercicio de las competencias que asuma en materia de sanidad y de seguridad social a criterios de participación democrática de todos los interesados, así como de los Sindicatos de trabajadores y Asociaciones empresariales en los términos que la Ley establezca.»; el artículo 33 de la Ley Orgánica 16/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia: « 1º. Corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior. 2. En materia de Seguridad Social corresponderá a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran

el régimen económico de la misma. Corresponde también a la Comunidad Autónoma la gestión del régimen económico de la Seguridad Social en Galicia, sin perjuicio de la Caja Única. 3. Corresponderá también a la Comunidad Autónoma la ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos. 4. La Comunidad Autónoma podrá organizar y administrar a tales fines y dentro de su territorio todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas, y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de Sanidad y Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo.»; el artículo 20 de la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Andalucía: «1º. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior. 2. En materia de Seguridad Social corresponderá a la Comunidad Autónoma: a) El desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma; b) La gestión del régimen económico de la Seguridad Social. 3. Corresponderá también a la Comunidad Autónoma de Andalucía la ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos. 4. La Comunidad Autónoma de Andalucía podrá organizar y administrar a tales fines, y dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y funciones en materia de sanidad y Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo. 5. La Comunidad Autónoma de Andalucía ajustará el ejercicio de las competencias que asuma en materia de sanidad y de Seguridad Social a criterios de participación democrática de todos los interesados, así como de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales en los términos que la Ley establezca.»; artículo 38 de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana: «1º. Corresponde a la Generalidad Valenciana el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior. 2. En materia de seguridad social, corresponderá a la Generalidad Valenciana: a) El desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma. b) La gestión del régimen económico de la Seguridad Social. 3. Corresponderá también a la Generalidad Valenciana la ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos. 4. La Generalidad Valenciana podrá organizar y administrar, a tales fines, y dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y funciones en materia de Sanidad y Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo. 5. La Generalidad Valenciana ajustará el ejercicio de las competencias que asuma en materia de Sanidad y de la Seguridad Social a efectos de participación democrática de todos los interesados, así como de los Sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales en los términos que la Ley establezca.»; y los artículos 53 y 54 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra: artículo 53 «1º. En materia de sanidad interior e higiene, corresponden a Navarra las facultades y competencias que actualmente ostenta, y además, el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado. 2. Dentro de su territorio, Navarra podrá organizar y administrar todos los servicios correspondientes a la materia a la que se refiere el apartado anterior y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones relacionadas con las mismas. 3. Sin perjuicio de lo establecido en los apartados anteriores, corresponde al Estado la coordinación y alta inspección conducente al cumplimiento de las facultades y competencias contenidas en este artículo.» y artículo 54 « Uno. En materia de seguridad social, corresponde a Navarra: a) El desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica de, Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la Seguridad Social. b) La gestión del régimen económico de la Seguridad Social. 2. Dentro de su territorio, Navarra podrá organizar y

Es oportuno insistir en que en estos Estatutos de Autonomía no se utiliza la locución «asistencia sanitaria de la Seguridad Social». En opinión de BELTRÁN AGUIRRE esto es así porque la asistencia sanitaria se entiende como un subsistema de la «sanidad», cuyo desarrollo legislativo se hará al amparo del artículo 149.1.16 CE<sup>730</sup>. La «sanidad interior», tal y como viene reconocida en los Estatutos de Autonomía, en nuestra opinión comprende tanto la tutela de la salud colectiva —que se identifica con la «sanidad e higiene» del artículo 148.1.21<sup>a</sup> CE— como la asistencia sanitaria individual, que se desgaja de la Seguridad Social (artículo 149.1.17<sup>a</sup> CE) y pasa a integrarse en la materia «sanidad» (artículo 149.1.16<sup>a</sup> CE).

Sin embargo, debemos hacer hincapié en lo siguiente: en los Reales Decretos de traspaso de las funciones y servicios del INSALUD a estas Comunidades Autónomas sí se invoca la competencia en materia de «asistencia sanitaria de la Seguridad Social», que corresponde a cada Comunidad con arreglo a los artículos 149.1, apartados 16 y 17 de la Constitución y al propio Estatuto de Autonomía<sup>731</sup>. La referencia a la Seguridad Social es del todo

---

administrar todos los servicios correspondientes a las materias a las que se refiere el apartado anterior y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones relacionadas con las mismas. 3. Corresponde al Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las facultades y competencias contenidas en este artículo.»

En estos Estatutos, excepto en Navarra, la materia *higiene* aparece recogida bien como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de manera aislada, como en los casos del Estatuto catalán (artículo 9.11) y valenciano (artículo 31.11), o bien junto a otras materias conexas: ordenación farmacéutica e higiene (artículo 10.15 del Estatuto de Autonomía del País Vasco) o sanidad e higiene (artículo 13.21 del Estatuto de Andalucía).

<sup>730</sup> *Vid.* BELTRÁN AGUIRRE, “Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad”, en *Derecho y Salud*, vol. I, núm. 1, (2002), pág. 18.

<sup>731</sup> *Vid.* Real Decreto 1517/1981, de 8 de julio, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Cataluña de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud. (*BOE* núms. 176 a 233, de 24 de julio a 29 de septiembre de 1981); Real Decreto 400/1984, de 22 de febrero, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, (*BOE* núms. 51 a 75, del 29 de febrero al 28 de marzo de 1984); Real Decreto 1536/1987, de 6 de noviembre, sobre traspaso al País Vasco de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, (*BOE* núm. 299, de 15 de diciembre de 1987); Real Decreto 1612/1987, de 27 de noviembre, sobre traspaso a la Comunidad Valenciana de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, (*BOE* núm. 312, de 30 de diciembre de 1987); Real Decreto 1679/1990 de 28 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Galicia de las funciones y servicios del Instituto

comprensible, ya que los traspasos se producen a lo largo de la década de los ochenta. En el caso de Cataluña y de Andalucía se llevan a cabo con anterioridad a la elaboración de la Ley General de Sanidad de 1986. En el resto de Comunidades, los servicios y funciones se transfieren en los años inmediatamente posteriores a la aprobación de dicha Ley. En esas fechas se inicia la formación del Sistema Nacional de Salud, que en la década de los noventa se convertirá en una institución descentralizada e independiente. Pero, en aquel momento no existía independencia ni orgánica ni financiera de la Seguridad Social. De ahí que se aluda a la «asistencia sanitaria de la Seguridad Social».

No obstante, cuando las cámaras legislativas autonómicas afrontan la tarea de desarrollar la legislación básica sobre asistencia sanitaria —mediante la aprobación leyes de ordenación sanitaria o de salud y leyes sobre los derechos de los pacientes<sup>732</sup>— no utilizan como materia la «asistencia sanitaria de la Seguridad Social», sino aquellos preceptos estatutarios en los que se consagra la sanidad interior, en clara sintonía con la legislación estatal hacia la independencia del Sistema Nacional de Salud.

---

Nacional de la Salud, (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990); Real Decreto 1680/1990, de 28 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Foral de Navarra de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

<sup>732</sup> Así ocurre en Cataluña: Ley 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria de Cataluña, Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente y la documentación clínica; la Ley 7/2003, de 25 de abril, de protección de la salud y la Ley 8/2008, de 20 de julio, de derecho a la salud de niños y adolescentes; en Navarra: Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud y Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica; en el País Vasco: Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación sanitaria de Euskadi y Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad; en Andalucía: Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía; en Galicia: Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes y Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud; en la Comunidad Valenciana: Ley 3/2003, de 6 de febrero, de ordenación sanitaria de la Comunidad Valenciana y Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana.



Por lo que se refiere a las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE, hay que recordar que el sistema de gradación competencial establecido por la Constitución les limitaba el acceso inicial a la autonomía plena, pudiendo sólo asumir, en esta primera fase del proceso de descentralización sanitaria, las competencias establecidas en el artículo 148.1 CE, debiendo esperar, según impone el artículo 148.2 CE, un plazo de cinco años para aumentar sucesivamente sus competencias en el marco establecido en el artículo 149 CE. Con lo cual, este grupo de Comunidades Autónomas no adquirieron, inicialmente, ninguna de las competencias derivadas de los apartados 16 y 17 del artículo 149.1 CE.

Este límite supuso que en los Estatutos de estas Comunidades Autónomas se incorporasen, en la década de los ochenta, las competencias para desarrollar y ejecutar la legislación básica del Estado, o la competencia exclusiva en los casos aragonés y balear, en materia de «sanidad e higiene». Así mismo, en muchos territorios autonómicos, salvo en Aragón, Baleares y Extremadura, se incluyó la competencia para el desarrollo y la ejecución de la legislación del Estado en materia de «coordinación hospitalaria en general», y en los casos de Asturias, Canarias, Castilla-La Mancha y Castilla y León, se reconoció la «coordinación hospitalaria de la Seguridad Social»<sup>733</sup>.

---

<sup>733</sup> Así, el artículo 11 de la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias establece que: « En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde al Principado de Asturias, para el ejercicio de las competencias establecidas en el artículo ciento cuarenta y ocho de la Constitución el desarrollo legislativo y la ejecución en las siguientes materias: [...] g) Sanidad e higiene,[...], j)Coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social.»; el artículo 23 de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria proclama que: « En el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca, corresponde a la Diputación Regional de Cantabria el desarrollo legislativo y la ejecución de las siguientes materias: [...] 3.ª Sanidad e higiene.»; el artículo 9 de la Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja regula que: «En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma de La Rioja el desarrollo legislativo y la ejecución en las siguientes materias: [...]5.Sanidad e higiene, [...], 9.La coordinación hospitalaria en general.»; el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia recoge que: «En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca,

Hay que hacer varias observaciones respecto al contenido de estas previsiones estatutarias. Con relación a la «coordinación hospitalaria de la Seguridad Social», MUÑOZ MACHADO<sup>734</sup> razona en los siguientes términos: si en el artículo 148 CE no existe ninguna referencia a la Seguridad Social y si ésta es distinta a la materia «sanidad» que se contempla en dicho precepto, entonces las Comunidades Autónomas de segundo grado se habían excedido al atribuirse competencias. Cosa distinta sería, dice el autor, si se manejara un concepto más amplio de «sanidad» que incluyera también la asistencia sanitaria y, por tanto, la coordinación hospitalaria.

---

corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en las siguientes materias: [...] f) Sanidad, higiene, [...], k) coordinación hospitalaria en general.»; el artículo 35.1 de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón dice que: «1.ª Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias: [...] 20.ª Sanidad e higiene.»; el artículo 32 de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha señala que: «En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, es competencia de la Junta de Comunidades el desarrollo legislativo y la ejecución en las materias siguientes: [...] 3.ª Sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud. Coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social.»; el artículo 32 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Canarias establece que: «En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en las siguientes materias: [...] 6.ª Sanidad e higiene [...] Coordinación hospitalaria en general Coordinación hospitalaria; en general, incluida la de la Seguridad Social.»; el artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía para Extremadura considera que: « En el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y ejecución de [...] 6.ª Sanidad e higiene. Centros sanitarios y hospitalarios públicos. Coordinación hospitalaria en general.»; el artículo 10 de la Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de las Illes Balears indica que: «La Comunidad Autónoma tiene la competencia exclusiva en las siguientes materias: 12.ª Asistencia y beneficencia sociales, Sanidad e higiene.»; el artículo 27 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid proclama que: « Corresponde a la Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo, incluida la potestad reglamentaria y ejecución de las siguientes materias, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca: [...]7.ª Sanidad e higiene.» y el artículo 27 de la Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Castilla-León considera que: «En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, es competencia de la Comunidad de Castilla y León el desarrollo y ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias:1ª. Sanidad e higiene Promoción prevención y restauración de la salud. 2ª. Coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social.»

<sup>734</sup> *Derecho Público...*, *op. cit.*, pág. 566.

Por otro lado, en la redacción inicial de los Estatutos de Castilla-La Mancha (artículo 32.3) y Castilla y León (artículo 27.1.1ª) también se recogía como competencia de las Comunidades Autónomas el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de «promoción, prevención y restauración de la salud». No se entiende muy bien el porqué de esta referencia introducida por el legislador autonómico. Si se hubiese defendido un concepto amplio de «sanidad», entonces la promoción, la prevención y la restauración de la salud sí estarían incluidas dentro de esta materia y se trataría de una reiteración sin mucho sentido. Si, por el contrario, y como parece ser el caso de estos Estatutos de Autonomía, se hubiese defendido un concepto restringido de «sanidad», reducido a las acciones encaminadas a la tutela de la salud colectiva, la promoción, prevención y, sobre todo, la restauración de la salud serían acciones contenidas implícitamente en el artículo 149.1.16ª CE o en el artículo 149.1.17ª CE, según se considere la asistencia sanitaria como parte de la Sanidad interior o de la Seguridad Social. Con lo cual, estas Comunidades Autónomas habrían asumido competencias que no les correspondían.

Del panorama normativo descrito se deduce que en los momentos iniciales del proceso de descentralización de la sanidad, y como acertadamente señaló en su día el tantas veces citado MUÑOZ MACHADO<sup>735</sup>, no existía un régimen uniforme de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de sanidad y de Seguridad Social, ni tampoco dentro de la sanidad para las diversas acciones que comprende. Además, añade el autor, de la interpretación conjunta de los Estatutos de Autonomía y de los artículos 148 y 149 CE, se deriva un reparto de competencias caracterizado por la desintegración de la sanidad, convirtiéndose las Comunidades Autónomas en heredadas de un sistema sanitario mal

---

<sup>735</sup> *Ibidem*, pág. 564.

organizado que diferencia entre los servicios públicos de salud del Estado y la asistencia sanitaria de la Seguridad Social<sup>736</sup>.

Ahora bien, cumplido el plazo mínimo de cinco años previsto por el artículo 148.2 CE para poder ampliar sus competencias, las Comunidades que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 CE, modificaron sus Estatutos a raíz de los Pactos Autonómicos firmados el 28 de febrero de 1992<sup>737</sup>. Por lo que a nosotros nos interesa, las Comunidades Autónomas de Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla y León, conforme al artículo 4.g) de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de Transferencia de competencias a Comunidades Autónomas, asumen la competencia de ejecución de la legislación del Estado en materia de productos farmacéuticos<sup>738</sup>. Sin embargo, se excluye expresamente la ampliación de competencias autonómicas en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social. En efecto, en estos Acuerdos se puede leer lo siguiente: «Los partidos políticos firmantes, habiendo abordado las posibilidades de incluir en la

---

<sup>736</sup> *Ibidem*, pág. 571.

<sup>737</sup> Para ampliar las competencias de las Comunidades del artículo 143 CE se siguió un doble procedimiento, como señala E. AJA, en *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, pág. 71 y sigs, que consistió, primero, en aprobar la Ley Orgánica de Transferencias, de acuerdo con el artículo 150.2 CE, y, posteriormente, en modificar los Estatutos de Autonomía mediante la Leyes Orgánicas 1 a 11/1994, de 24 de marzo, de reforma de los Estatutos de Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Comunidad Valenciana, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Baleares, Madrid y Castilla y León.

<sup>738</sup> Artículo 12.8 de la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias; el artículo 33.7 de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria; artículo 11.12 de la Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja; el artículo 12.7 de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia; el artículo 39.12 de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón; artículo 33.8 de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha; artículo 33.7 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Canarias; artículo 9.8 de la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía para Extremadura; artículo 12.12 de la Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; artículo 28.1.10ª de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid y artículo 36.7 de la Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Castilla-León.

ampliación de competencias a que se refieren estos Acuerdos la materia “asistencia Sanitaria de la Seguridad Social (INSALUD)”, y analizadas las circunstancias de todo tipo que concurren en la misma, han considerado la conveniencia de no incluirla.»

En la segunda mitad de los años noventa se produce otra importante modificación de los Estatutos de Autonomía<sup>739</sup>, con el objetivo de permitir a las Comunidades del artículo 143 asumir, entre otras, las competencias en materia de asistencia sanitaria, que hasta entonces las venía desempeñando la Seguridad Social a través del INSALUD.

A partir de esta reforma, en todos los Estatutos del artículo 143 CE se reconoce, de manera unánime, la competencia de la Comunidad Autónoma para ejecutar la legislación del Estado en materia de «gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en el número diecisiete del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de la función a que se refiere este precepto»<sup>740</sup>.

---

<sup>739</sup> Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias; Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón; Ley Orgánica 3/1997, de 3 de julio, de Reforma de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha; Ley Orgánica 1/1998, de 15 de junio, de Reforma de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia; Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, de Reforma de la Ley Orgánica 3/1983, de 23 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid; Ley Orgánica 11/1998, de 30 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto de Autonomía de Cantabria; Ley Orgánica 1/1999 de 5 de enero, de reforma de la Ley Orgánica 7/1981, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias; Ley Orgánica 2/1999, de  $\Omega$ , de Reforma de la Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja; Ley Orgánica 3/1999, de 8 de enero, de Reforma de la Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía para las Illes Balears; Ley Orgánica 4/1999 de 8 de enero, de Reforma de la Ley Orgánica 4/1983, de Estatuto de Autonomía de Castilla-León y Ley Orgánica 12/1999, de 6 de mayo, de Reforma de la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura.

<sup>740</sup> Artículo 12.9 de la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias; artículo 26.1 de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria; artículo 11.14 de la Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja; artículo 12.1.4 de la Ley

Por otro lado, con relación a la materia de «ordenación farmacéutica», las Comunidades Autónomas asumen mayoritariamente la competencia para ejecutar y desarrollar la legislación del Estado<sup>741</sup>, excepto en los casos de Aragón y Canarias que asumen la competencia exclusiva sobre la misma<sup>742</sup>.

---

Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia; artículo 39.1.1 de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón; artículo 33.1 de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha; artículo 33.3 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Canarias; artículo 9.13 de la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía para Extremadura; artículo 12.8 de la Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; artículo 28.1.1ª de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid y artículo 36.12 de la Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Castilla-León.

<sup>741</sup> Así, el artículo 11 de la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias establece que: «En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde al Principado de Asturias el desarrollo legislativo y la ejecución en las siguientes materias: [...]4.ª Ordenación farmacéutica.»; el artículo 25 de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria proclama que: «En el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma de Cantabria el desarrollo legislativo y la ejecución de las siguientes materias: [...] 4.ª Ordenación farmacéutica.»; el artículo 9 de la Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja regula que «En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma de La Rioja el desarrollo legislativo y la ejecución en las siguientes materias: [...] 12.ª Ordenación farmacéutica.»; el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia recoge que: «En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en las siguientes materias: 1.ª, [...] ordenación farmacéutica»; el artículo 32 de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha señala que: «En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, es competencia de la Junta de Comunidades el desarrollo legislativo y la ejecución en las materias siguientes: [...] 4.ª Ordenación farmacéutica.»; el artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía para Extremadura considera que: « En el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y ejecución de [...] 11.ª Ordenación farmacéutica.»; artículo 11 de la Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de las Illes Balears indica que «En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears el desarrollo legislativo y la ejecución de las siguientes materias: [...]14.ª Ordenación farmacéutica, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 149.1.16. a de la Constitución. »; el artículo 27 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid proclama que «En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución de las siguientes materias: [...] 12.ª Ordenación farmacéutica y establecimientos farmacéuticos, sin perjuicio de lo dispuesto en la materia 16. a del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución. » y el artículo 34 de la

Una lectura comparada entre los Estatutos de las Comunidades históricas y asimiladas y los Estatutos de las Comunidades del 143 CE, tal y como estaban redactados a finales de la década de los noventa, permite hacer la siguiente observación: en el primer caso, se atribuye a las Comunidades la competencia para desarrollar y ejecutar la legislación del Estado en materia de «sanidad interior» y «Seguridad Social», en los restantes Estatutos sólo se prevé la competencia para ejecutar la legislación estatal en materia de «gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social» conforme al artículo 149.1.17 CE.

Llama la atención que se continúe hablando de «asistencia sanitaria de la Seguridad Social» y que se haga referencia expresa al artículo 149.1.17<sup>a</sup> CE y no al artículo 149.1.16<sup>a</sup> CE. Este retroceso, o «cambio de rumbo» así denominado por algún autor<sup>743</sup>, va en contra de la tendencia generalizada hacia la integración de la asistencia sanitaria en los sistemas de salud autonómicos y, por tanto, en el Sistema Nacional de Salud. No sólo la legislación estatal, desde mediados de los ochenta, se había fijado como objetivo la integración de la protección de la salud colectiva e individual en el seno de un sistema sanitario único y descentralizado. Una interpretación actualizada de los Estatutos de

---

Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Castilla-León considera que: «1.<sup>a</sup> En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que ella establezca, es competencia de la Comunidad de Castilla y León el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias: [...] 8.<sup>a</sup> Ordenación farmacéutica.»

<sup>742</sup> Artículo 35.1 de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón dice que: «1.<sup>a</sup> Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias: [...] 41.<sup>a</sup> Ordenación farmacéutica, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dieciséis del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución» y artículo 30 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Canarias en el se establece que «La Comunidad Autónoma de Canarias, de acuerdo con las normas del presente Estatuto, tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: [...] 31.<sup>a</sup> Ordenación de establecimientos farmacéuticos.»

<sup>743</sup> Nos referimos a J.L. BELTRÁN AGUIRRE, «Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad», en *Derecho y Salud*, núm. 1 (2002) pág. 17, para quien el hecho que la asistencia sanitaria vuelve a formar parte de la acción protectora de la Seguridad Social, no impide que toda la organización prestacional se desgaje definitivamente de ese Sistema y se integre en el Sistema Nacional de Salud, que prestará asistencia sanitaria a todos los ciudadanos por el simple hecho de serlo, y con más razón aún si se es beneficiario de la Seguridad Social. En suma, según el autor, tales determinaciones legales no prejuzgan que la asistencia sanitaria no pueda incluirse en la materia y título competencial *Sanidad*.

Autonomía de las Comunidades históricas nos permite afirmar que también éstos incluyen la «asistencia sanitaria» en la materia «sanidad interior», al amparo de la cual han elaborado sus propias Leyes de salud, en las que se consagran, en un solo cuerpo normativo, las prestaciones sanitarias individuales y las medidas de tutela de la salud pública.

No se acaba de entender porqué en los Estatutos de las Comunidades que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 CE se mantiene la separación entre la tutela de la salud colectiva («sanidad e higiene») y la asistencia sanitaria individual, sobre todo teniendo en cuenta que la modificación de estas normas y la inclusión de las competencias en materia de asistencia sanitaria es posterior a la entrada en vigor de la Ley General de Sanidad que, recordemos, marcó el fin de la separación entre salud colectiva e individual. El tenor literal de estos Estatutos de Autonomía nos llevaría a la siguiente conclusión: las acciones públicas destinadas a proteger la salud colectiva —o utilizando la expresión «sanidad e higiene» que aparece en la Constitución y en estos Estatutos— se separan de la asistencia sanitaria, produciéndose, de nuevo, la desintegración de los servicios y funciones destinado a tutelar la salud, entendida en sentido amplio.

Además de la inclusión de la asistencia sanitaria en el ámbito de la Seguridad Social, también resulta llamativo el distinto grado de competencias que existe sobre la materia entre los dos grupos de Comunidades Autónomas. Recordemos que los Estatutos de las Comunidades históricas y asimiladas reconocen la competencia para el «desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior y de Seguridad Social, con excepción del régimen económico». Es decir, tanto si se considera la asistencia sanitaria dentro de la sanidad interior, interpretación que compartimos, como si se incluye en la Seguridad Social, estas Comunidades históricas pueden elaborar sus propias leyes sanitarias, con independencia de la materia en la que se considere incluida la asistencia sanitaria. Por el contrario, las Comunidades del 143 sólo tienen la «función ejecutiva de la gestión de la



asistencia sanitaria de la Seguridad Social conforme al artículo 149.1.17<sup>a</sup> CE». Estas diferencias son constitucionalmente admisibles, si bien restan a estas Comunidades Autónomas el protagonismo previsto por la Ley General de Sanidad de 1986 como elementos esenciales del Sistema Nacional de Salud y cuestionan el carácter descentralizado e integrador que se predica de este Sistema<sup>744</sup>.

Ahora bien, a pesar del desigual grado de competencias en materia sanitaria, varias de las CCAA del artículo 143 han promulgado sus propias leyes de salud y de derechos y deberes de los pacientes<sup>745</sup>. Para ello han invocado la competencia estatutaria sobre el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de sanidad e higiene, como en el caso de La Rioja<sup>746</sup>, o bien la competencia exclusiva en materia de sanidad en las leyes de Aragón<sup>747</sup> y

---

<sup>744</sup> Sobre la modificación de los Estatutos de Autonomía del 143 CE en materia de asistencia sanitaria y la desigualdad de trato con relación a las Comunidades históricas y asimiladas, consúltese las aportaciones críticas que ha hecho al respecto J.L. BELTRÁN AGUIRRE, “Prestaciones sanitarias...”, *op. cit.*, págs. 17 a 20.

<sup>745</sup> Así, Castilla-León, Ley 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario y la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud; Murcia, Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud; Canarias, Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria; Castilla-La Mancha, Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria; Extremadura, Ley 20/2001, de 28 de junio, de Salud y la Ley 3/2005 de 8 de julio de información sanitaria y autonomía del paciente; Madrid, Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid; Aragón, Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud; La Rioja, Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud; Cantabria, Ley 10/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria; Islas Baleares, Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud.

<sup>746</sup> La Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de La Rioja en su Preámbulo dice lo siguiente: «El Estatuto de Autonomía de La Rioja, desde su redacción originaria, atribuye a la Comunidad Autónoma de La Rioja la competencia para el desarrollo legislativo y de ejecución en materia de sanidad e higiene.»

<sup>747</sup> La Ley 6/2002, de 15 de Abril, de Salud de Aragón, además de invocar su competencia exclusiva sobre sanidad, hace referencia también a la competencia sobre asistencia sanitaria de la Seguridad Social en los siguientes términos: «[...] con anterioridad [se refiere a la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad] el Estatuto de Autonomía de Aragón recogió en su artículo 39 la competencia de ejecución de la legislación general del Estado en la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.17.<sup>a</sup> de la Constitución Española.» Esta observación que se hace en el Preámbulo de la Ley de Salud es incorrecta, porque la Comunidad Autónoma de Aragón, hasta la aprobación de la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón, no era

las Islas Baleares<sup>748</sup>, o «el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud, así como la coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social» en la Comunidad de Castilla-La Mancha<sup>749</sup> y de Castilla y León<sup>750</sup>.

Pero, tal vez sean las leyes de la Comunidad Autónoma de Extremadura y la de la Comunidad Autónoma de Madrid las más llamativas con relación al título competencial que invocan para proceder a la elaboración de las leyes de salud o de ordenación Sanitaria.

La Ley 10/2001, de 28 de junio, de salud de Extremadura dice lo siguiente:

«El Estatuto de Autonomía de Extremadura confiere a la Comunidad Autónoma competencias de *desarrollo legislativo y ejecutivo* en materia de sanidad e higiene, de coordinación hospitalaria en general, así como *en asistencia sanitaria de la Seguridad Social*, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca.»<sup>751</sup>

---

competente para ejecutar la legislación del Estado en materia de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

<sup>748</sup> Por su parte la Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Illes Balears, invoca en su Exposición de Motivos otros títulos, además de la competencia exclusiva en materia de sanidad: «[...]En el ámbito de las Illes Balears, el Estatuto de Autonomía atribuye a la comunidad autónoma, en el artículo 10.14, la competencia exclusiva en materia de sanidad. Asimismo, el artículo 11.5 del mismo texto legal le atribuye el *desarrollo legislativo y la ejecución de la coordinación hospitalaria, incluida la de la Seguridad Social, y la ordenación farmacéutica*. Todo esto sin olvidar la función ejecutiva del artículo 12.8 sobre *la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social*. Al amparo de los títulos competenciales mencionados, se pretende recoger en una norma de rango legal todas las acciones relacionadas con la salud de los ciudadanos, de manera integral e integrada, y empezar por la formulación de los derechos de los usuarios frente a los procesos asistenciales en el área sanitaria, para continuar con la ordenación de los recursos sanitarios de las Illes, territorialmente y de manera funcional, y finalizar con las acciones del sistema sanitario público de las Illes Balears [...]»

<sup>749</sup> Exposición de Motivos de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha.

<sup>750</sup> El Preámbulo de la Ley 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario reconoce que «El Estatuto de Autonomía de Castilla y León, atribuye a la Comunidad Autónoma competencias en materia de sanidad e higiene en lo que respecta al desarrollo y ejecución de la legislación del Estado; asimismo establece la capacidad de desarrollo legislativo y de ejecución en el marco de la legislación básica, en materia de coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social.»

<sup>751</sup> Las cursivas son nuestras.

Y en la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid se recoge la siguiente afirmación:

«En base a la *potestad normativa* otorgada por la Constitución Española, las Leyes sanitarias, especialmente la Ley General de Sanidad, y el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, artículos 27.4, 27.5 y 28.1.1, el Gobierno de la Comunidad de Madrid, dentro de su ámbito competencial, por medio de la presente Ley, efectúa la ordenación sanitaria, así como la regulación general de todas las acciones que permitan, a través del Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid, hacer efectivo el derecho de protección a la salud.»

Estas disposiciones contradicen lo establecido en los Estatutos de ambas Comunidades. En primer lugar, el Estatuto de Autonomía de Extremadura no prevé como competencia el «desarrollo legislativo y ejecutivo [...] en asistencia sanitaria de la Seguridad Social» tal y como se dice en la Ley 10/2001, de 28 de junio, de salud. El artículo 9.13 de la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura, establece claramente que «corresponde a la Comunidad Autónoma, en los términos que establezcan las leyes y normas reglamentarias del Estado, la *función ejecutiva* en las siguientes materias: [...] 13. La gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en el número 17 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de la función a la que se refiere este precepto.»

Tampoco la Ley de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid se adecua a su Estatuto. En esta Ley se invoca la *potestad normativa* en virtud de los artículos 27.4, 27.5 y 28.1.1<sup>a</sup> del Estatuto. Pues bien, respecto a la sanidad e higiene (artículo 27.4<sup>o</sup>) y a la coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social (artículo 27.5), la Comunidad de Madrid sí tiene la competencia para el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución. Pero, en cuanto a la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social (artículo 28.1.1<sup>a</sup>), sólo dispone de competencia para ejecutar la legislación del Estado en esta materia.

Esta falta de adecuación entre la legislación autonómica y las previsiones estatutarias únicamente podría justificarse si se interpretara que las referencias que se hacen en estos Estatutos a la materia sanidad aluden al concepto amplio del término, que comprende todas las acciones sanitarias, tanto aquellas dirigidas a tutelar la salud como bien colectivo, como aquellas destinadas a proteger la salud individual<sup>752</sup>.

La última fase del proceso de descentralización concluyó el 1 de enero de 2002, con la entrada en vigor de los Reales Decretos de transferencias de servicios, centros y funciones del Instituto Nacional de Salud a los servicios de salud de las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE<sup>753</sup>. Finalizado el

---

<sup>752</sup> En efecto, como opina J.L. BELTRÁN AGUIRRE, en “Prestaciones sanitarias...”, *op. cit.*, pág. 19, la única vía para salvar la aparente colisión entre las leyes autonómicas y los Estatutos de Autonomía sería «entender que el título competencial de desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior habilita a la regulación, como desarrollo legislativo, de la asistencia sanitaria pública, esté o no integrada en la acción protectora de la Seguridad Social, por ser la asistencia sanitaria un subsistema de la sanidad, de manera que si se tiene competencia sobre el sistema también se tiene sobre el subsistema». Considera este autor que «el campo de actuación de la Seguridad Social debe ser la organización y gestión de prestaciones económicas, pero las asistenciales deben cobrar autonomía respecto de la Seguridad Social y asentarse en organizaciones públicas diferentes especializadas en esta función asistencial, concretamente, en nuestro caso, los Servicios Autonómicos de Salud integrados en el Sistema Nacional de Salud, cuya organización y desenvolvimiento se ha de hacer en el marco del título competencial Sanidad, no en el de Seguridad Social. A esta interpretación obliga también la desvinculación general y definitiva de la asistencia sanitaria pública de los fondos de la Seguridad Social, así como su nueva financiación indiferenciada y no finalista por las Comunidades Autónomas, vía LOFCA, esto es, vía corresponsabilidad fiscal.» Aunque en su trabajo analiza el caso concreto de la Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura, considera que esta exégesis es aplicable al resto de Comunidades Autónomas del artículo 143 CE

<sup>753</sup> Real Decreto 1475/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Aragón de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, (*BOE* núm. 311, de 28 de diciembre de 2001); Real Decreto 1472/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Asturias de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, (*BOE* núm. 311, de 28 de diciembre de 2001); Real Decreto 1478/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, (*BOE* núm. 311, de 28 de diciembre de 2001); Real Decreto 1471/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Cantabria de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, (*BOE* núm. 311, de 28 de diciembre de 2001); Real Decreto 1480/2001, de 27 de diciembre sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Castilla y León de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, (*BOE* núm. 311, de 28 de diciembre de 2001); Real Decreto 1476/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad de Castilla-La Mancha de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, (*BOE* núm. 311, de 28

proceso de transferencias, y conforme a la Disposición Transitoria 3ª de la Ley General de Sanidad de 1986, que preveía la subsistencia del Instituto Nacional de la Salud hasta que el traspaso a las Comunidades Autónomas no hubiese culminado, éste deja de existir y es substituido por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria<sup>754</sup>. Se cierra de este modo una etapa fundamental en la historia del sistema sanitario español.

No podemos cerrar este apartado sin hacer una referencia a las últimas reformas estatutarias, llevadas a cabo en la VIII Legislatura, y sus repercusiones en materia sanitaria.

Para empezar debemos señalar que en todos los Estatutos de Autonomía modificados<sup>755</sup>, excepto en el caso de la Comunidad Valenciana, se

---

de diciembre de 2001); Real Decreto 1477/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Extremadura de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, *BOE* núm. 311, de 28 de diciembre de 2001; Real Decreto 1473/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad de La Rioja de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, (*BOE* núm. 311, de 28 de diciembre de 2001); Real Decreto 1479/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Madrid de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, (*BOE* núm. 311, de 28 de diciembre de 2001); Real Decreto 1474/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de la Región De Murcia de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, (*BOE* núm. 311, de 28 de diciembre de 2001).

<sup>754</sup> En efecto, el Gobierno aprobó en el Consejo de Ministros de 2 de agosto de 2002 el Real Decreto por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo (*BOE* de 3 de agosto de 2002). La reorganización de este Ministerio responde a la necesidad de dotarlo de mayor agilidad y calidad en la gestión de las prestaciones sanitarias. Por ello, a partir de ahora, se potenciarán las funciones estatales de coordinación y alta inspección, la comunicación con los ciudadanos, los sistemas de información sanitaria y la protección de los derechos de los consumidores y usuarios. Así el INSALUD, cuya Dirección General se suprime, pasará a denominarse Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, dependiente de la nueva Secretaría General de Sanidad cuyo titular asumirá su presidencia. El Instituto seguirá conservando la misma personalidad jurídica y naturaleza de Entidad Gestora de la Seguridad Social. Asimismo, gestionará las prestaciones sanitarias en el ámbito territorial de las ciudades de Ceuta y Melilla, con el compromiso expreso del Gobierno de realizar cuantas otras actividades sean necesarias para posibilitar el normal funcionamiento de sus servicios.

<sup>755</sup> Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía; Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del

reconoce de manera expresa y en términos muy similares el derecho a la protección de la salud, junto a una serie de derechos de carácter instrumental que aseguran su ejercicio efectivo, como por ejemplo el derecho a acceder en condiciones de igualdad y gratuidad a los servicios sanitarios públicos<sup>756</sup>.

---

Estatuto de Autonomía de Aragón y Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

<sup>756</sup> Así la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña en su artículo 23 proclama el derecho de todas las personas a acceder en condiciones de igualdad y gratuidad a los servicios sanitarios de responsabilidad pública. El Estatuto enumera una serie de derechos cuyo ejercicio se garantiza en el seno del Servicio catalán de salud: el derecho al respeto de las preferencias del paciente en lo que concierne a la elección de médico o médica y de centro sanitario; el derecho a ser informado sobre los servicios a que puede acceder y los requisitos necesarios para su uso y sobre los tratamientos médicos y sus riesgos, antes de que les sean aplicados; el derecho a dar el consentimiento para cualquier intervención; el derecho a acceder a la historia clínica propia, y a la confidencialidad de los datos relativos a la salud propia, en los términos que se establecen por Ley

La Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears en su artículo 25 asegura el derecho a la prevención y a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal. Así mismo, también reconoce a todas las personas una elenco de derechos con relación a los servicios sanitarios: el derecho a ser informadas sobre los servicios a que pueden acceder y los requisitos necesarios para usarlos y sobre los tratamientos médicos y sus riesgos, antes de que les sean aplicados; el derecho a dar el consentimiento para cualquier intervención; el derecho a acceder a su historia clínica propia y a la confidencialidad de los datos relativos a la propia salud, en los términos que establecen las Leyes; el derecho al conocimiento y a la exigencia de cumplimiento de un plazo máximo para que les sea aplicado un tratamiento; el derecho a ser informadas de todos los derechos que les asisten y a no padecer ningún tratamiento o práctica degradante. Por último en el Estatuto balear se incorpora el derecho a un adecuado tratamiento del dolor y a cuidados paliativos, así como la posibilidad de declara su voluntad vital anticipada en los términos que establezca la Ley.

Por su parte la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía garantiza, en su artículo 22.1 el derecho constitucional previsto en el artículo 43 de la Constitución Española a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal y enumera una serie amplia de derechos que corresponden a los pacientes y usuarios del Sistema andaluz de salud: acceder a todas las prestaciones del sistema; la libre elección de médico y de centro sanitario; la información sobre los servicios y prestaciones del sistema, así como de los derechos que les asisten; el derecho a ser informados sobre sus procesos de enfermedad y antes de emitir el consentimiento para ser sometidos a tratamiento médico; el consejo genético y la medicina predictiva; el respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad; la garantía de un tiempo máximo para el acceso a los servicios y tratamientos; disponer de una segunda opinión facultativa sobre sus procesos, el acceso a cuidados paliativos; la confidencialidad de los datos relativos a su salud y sus características genéticas, así como el acceso a su historial clínico y el derecho a recibir asistencia geriátrica especializada.

En el artículo 14 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, se reconoce el derecho de todas las personas a acceder a los

La discusión en torno a la legitimidad constitucional para incluir en los Estatutos de Autonomía cartas de derechos, en su mayor parte derechos prestacionales, ha sido intensa en los últimos años<sup>757</sup>. Por razones obvias no podemos reproducir en estas páginas tan encendido debate. Por ello nos limitamos a apuntar sólo algunas cuestiones.

Como ha señalado ALVAREZ CONDE<sup>758</sup>, los Estatutos no son normas programáticas, sino que contienen auténticos mandatos dirigidos a los poderes públicos autonómicos. Ahora bien, los mismos problemas que ocasionó la constitucionalización del Estado social se plantean hoy en la recepción

---

servicios públicos de salud, en condiciones de igualdad, universalidad y calidad y el derecho a la libre elección de médico y centro sanitario, en los términos que establecen las Leyes. Se establece la obligación de los poderes públicos aragoneses de garantizar un sistema sanitario público desarrollado desde los principios de universalidad y calidad, y una asistencia sanitaria digna, con información suficiente al paciente sobre los derechos que le asisten como usuario. Así mismo, se velará por el cumplimiento del consentimiento informado incluso de forma anticipada.

Por último, la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, en el artículo 13 dedicado a los derechos sociales proclama en su apartado 2º el derecho de todas las personas a la protección integral de su salud y asegura el acceso a los servicios sanitarios de la Comunidad a los ciudadanos de Castilla y León, en condiciones de igualdad, en los términos que la Ley determine. Asimismo serán informados sobre los servicios que el Sistema de Salud preste. El Estatuto se remite a una ley para regular los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario, y entre los que figuran los siguientes: el derecho a la intimidad y confidencialidad relativas a la propia salud, así como el acceso a su historia clínica; el derecho a la regulación de plazos para que les sea aplicado un tratamiento, el derecho al respeto a sus preferencias en lo que concierne a médico y centro, el derecho a recabar una segunda opinión médica cuando así se solicite; el derecho a ser suficientemente informados antes de dar su consentimiento a los tratamientos médicos o a manifestar en su caso instrucciones previas sobre los mismos y el derecho a recibir tratamientos y cuidados paliativos adecuados.

<sup>757</sup> Sobre esta cuestión existe una abundante y reciente bibliografía. Al respecto pueden consultarse para una aproximación al tema los siguientes trabajos: L. M. DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ: “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, (2006), págs. 63 a 75; del mismo autor: “De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos. Respuesta a Francisco Caamaño”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 81 (2007), págs. 63 a 70; F. CAAMAÑO: “Sí, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, (2007), págs. 33 a 46; M. CARRILLO: “Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, (2007), págs. 49 a 73.

<sup>758</sup> Vid. E. ÁLVAREZ CONDE: “Los derechos en el constitucionalismo: tipología y tutela «multilevel»”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 20 (2007), pág. 255.

estatutaria de un catálogo de derechos sociales. Así lo entiende RUIZ-RICO<sup>759</sup>. En primer lugar, el principio del Estado social se manifiesta también en los Estatutos de Autonomía bajo multitud de formulaciones, lo que según el citado autor dificulta, en gran medida, la tarea de determinar su eficacia normativa<sup>760</sup>. En cuanto a las garantías estatutarias para la defensa de los derechos, RUIZ-RICO precisa que no se han introducido novedades en los mecanismos de protección con relación a las garantías constitucionales. A su juicio, la única diferencia cualitativa está en «el hecho de que se haya previsto su aplicabilidad a una categoría de derechos –los derechos sociales– que carecían en su mayoría (a salvo de la educación y la libertad sindical) de un nivel de protección adecuado en la esfera constitucional.»<sup>761</sup> Así, de los derechos sociales se predica su carácter vinculante «explícitamente declarado como reforzamiento potencial de su virtualidad normativa ante el legislador encargado de establecer la regulación esencial del ejercicio de estos derechos.» También se afirma «la existencia de un *contenido* que, aunque no se adjetiva como “esencial” –quizás para evitar una identificación plena con lo dispuesto en el artículo 53.1 de la CE– debe comprender, no obstante, una esfera básica o mínima de satisfacción que queda fuera de la disponibilidad del poder político autonómico.»<sup>762</sup> Sin embargo, no se han previsto a nivel estatutario mecanismos jurisdiccionales y normativos de control de las leyes autonómicas

---

<sup>759</sup> Vid. G. RUIZ-RICO: “Posibilidades que plantea el proceso de reforma estatutaria en relación con la garantía y tutela de los derechos sociales”, en AA.VV: *II Jornadas sobre Reformas Estatutarias, Derechos Sociales y Defensores del Pueblo Autonómicos*, Servicio de Publicaciones del Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2006. Las citas que se hacen de este trabajo son de su versión electrónica: [http://www.defensorand.es/informes\\_y\\_publicaciones/otras\\_publicaciones/otros\\_documentos/informe\\_0003/TEXTTO\\_PAGINADO/index.html](http://www.defensorand.es/informes_y_publicaciones/otras_publicaciones/otros_documentos/informe_0003/TEXTTO_PAGINADO/index.html)

<sup>760</sup> Vid. G. RUIZ-RICO: “Los Defensores del Pueblo autonómicos tras la reforma de los Estatutos de Autonomía”, en *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 6 (2008), pág. 387 y

<sup>761</sup> Vid. “Los Defensores del Pueblo autonómicos tras la reforma de los Estatutos de Autonomía”, *op. cit.*, pág. 387.

<sup>762</sup> *Ibidem*, pág. 388



que los desarrollen para asegurar su cumplimiento o reaccionar contra posibles vulneraciones de los derechos sociales<sup>763</sup>.

Insiste RUIZ-RICO en que «el principal reto al que se enfrenta la aplicación efectiva de los principios y derechos sociales constitucionalizados sigue siendo, junto al riesgo siempre de potenciales regresiones en los niveles prestacionales, la dificultad para controlar la pasividad de los poderes públicos, en forma tanto de omisión legislativa (o normativa en general) como de inactividad de la Administración social.»<sup>764</sup>.

No obstante, el propio autor invita a «“relativizar” en parte la trascendencia de un proceso de constitucionalización (y estatutorización), al menos a efectos de certificar la implementación de programas sociales prestacionales, igualitarios y respetuosos con valores jurídicos en alza (medio ambiente, bienes culturales)», puesto que la experiencia constitucional demuestra que «la mejor receta para asegurar esos mismos derechos no reside directamente en un reconocimiento normativo “supra-legal”, sino más bien en la creación de un completo y eficiente sistema de prestaciones públicas a través legislaciones y políticas públicas»<sup>765</sup> como así ha ocurrido con el derecho a la

---

<sup>763</sup> Continúa explicando G. RUIZ-RICO, *ibidem* págs. 388 y 389, que «el que ya se ha bautizado con el seudónimo de *control de estatutoriedad* todavía se encuentra en una etapa germinal, con escasas posibilidades de fructificar si no cuenta con la colaboración imprescindible del legislador orgánico estatal para instaurar algún *vehículo* o tratamiento procesal adaptado a la singularidad jurídica de la nueva categoría de derechos. Precisamente en este ámbito jurisdiccional queda de relieve el alcance limitado –como no podía ser de otro modo– de la fiscalización contra posibles lesiones e incumplimientos que afectan a los derechos estatutarios.» Sin embargo, añade RUIZ-RICO «lo cierto además es que no parece que sea lógico atribuir a la justicia ordinaria la garantía esencial para el ejercicio de los derechos sociales. La decisión definitiva sobre su grado de satisfacción corresponde al poder político, el único que dispone de medios y capacidad normativa en la fijación del régimen jurídico de una serie de derechos que se miden “en positivo”. Sin embargo, esto no significa que la intervención jurisdiccional sea imposible o inoperativa; se puede llegar a producir vulneraciones “en negativo” de estos derechos sociales o prestacionales, desde interpretaciones excesivamente restrictivas o reduccionistas que resultarían en todo caso susceptibles de un cierto control judicial.»

<sup>764</sup> *Vid.* “Posibilidades que plantea el proceso de reforma estatutaria en relación con la garantía y tutela de los derechos sociales”, *op. cit.*, pág. 39.

<sup>765</sup> *Ibidem*, pág. 40.

asistencia sanitaria, cuya efectividad parece estar garantizada a través de un complejo sistema normativo e institucional.

El proceso de reforma estatutaria verificado en los últimos años, además de incluir el derecho a la asistencia sanitaria, ha servido para eliminar de los textos autonómicos algunas materias y sustituirlas por otras más acordes con el nuevo Sistema Nacional de Salud. En este sentido, se ha suprimido la referencia a la «asistencia sanitaria de la Seguridad Social», excepto en el caso del Estatuto de Aragón en el que se continúa reconociendo expresamente la competencia ejecutiva para la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social (artículo 77.1). Hecha esta excepción, se puede afirmar que a nivel estatutario se ha asumido la separación entre la sanidad y la Seguridad Social<sup>766</sup>.

En los Estatutos reformados se incluyen ahora las siguientes materias: «sanidad», «sanidad interior», «salud pública», «higiene», «productos farmacéuticos» y «ordenación farmacéutica» en clara sintonía con una jurisprudencia ya consolidada del Tribunal Constitucional en torno al artículo 149.1.16ª CE.

En cuanto a la articulación de competencias sobre las materias referidas, nos encontramos en la actualidad con la siguiente situación.

En todos los casos se reconoce la competencia para ejecutar la legislación estatal sobre productos farmacéuticos, lo que implica que no se ha hecho ninguna modificación con relación a la regulación anterior.

Respecto a la «ordenación farmacéutica», en los Estatutos catalán (artículo 162.2), andaluz (artículo 55.1), valenciano (artículo 49.1.1ª) y aragonés (artículo 56) se establece la competencia exclusiva, sin perjuicio de lo que

---

<sup>766</sup> Así lo señala N.M. GARRIDO CUENCA en el caso de los Estatutos catalán y andaluz, en “Sanidad, salud pública y farmacia” en la obra dirigida por el profesor F. BALAGUER CALLEJÓN *Reformas Estatutarias y distribución de competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, pág. 567

disponga el artículo 149.1.16<sup>a</sup> CE<sup>767</sup>. Con relación al concepto de «exclusividad» BALAGUER CALLEJÓN<sup>768</sup> aclara lo siguiente. En los Estatutos de autonomía se manejan dos acepciones de dicho concepto. Por un lado, se alude a la plenitud de facultades (legislativa, reglamentaria y de ejecución) sobre una materia atribuida a las Comunidades Autónomas. Por otro lado, se puede hablar de exclusividad para referirse a la competencia sobre la materia, sea cual sea el tipo de facultades que se puedan desarrollar sobre la misma. Esta perspectiva de la exclusividad es la que debe aplicarse a la materia de «ordenación farmacéutica», en la que también interviene el Estado porque tiene título habilitante para ello. De ahí que se hayan incluido cláusulas de salvaguarda de la competencia estatal prevista en el artículo 149.1.16<sup>a</sup>. Porque, aunque los Estatutos de Autonomía establezcan el régimen de competencias autonómicas, éstos deben ser interpretados conforme a la Constitución para establecer cuál es su verdadero alcance<sup>769</sup>.

Lo mismo se ha de decir con relación a la competencia exclusiva sobre «las funciones en materia de sanidad y salud pública, la promoción de la salud en todos los ámbitos, la planificación de los recursos sanitarios públicos, la coordinación de la sanidad privada con el sistema sanitario público y la formación sanitaria especializada» que se establece en el artículo 74.1 del Estatuto castellano leonés, o la competencia exclusiva en materia de «sanidad y salud pública, en especial, la organización, el funcionamiento, la evaluación, la inspección y el control de centros, servicios y establecimientos sanitarios» que se atribuye a la Comunidad aragonesa en el artículo 71.55 de su Estatuto. En ambos casos se ejercerá en el marco de la legislación básica estatal aprobada en virtud de la competencia del artículo 149.1.16<sup>a</sup>.

---

<sup>767</sup> El Estatuto castellanoleonés habla de desarrollo normativo y ejecución de la ordenación farmacéutica (artículo 71.4)

<sup>768</sup> *Vid.* “Competencias exclusivas”, en F. BALAGUER CALLEJÓN, (Dir.) *Reformas Estatutarias y distribución de competencias*, *op. cit.*, págs. 19 a 31.

<sup>769</sup> *Ibidem*, pág. 25.

Prueba de la complejidad que entraña la materia sanitaria es la redacción detallada que se hace en los Estatutos catalán y andaluz de las funciones compartidas entre Estado y Comunidades Autónomas sobre los distintos aspectos de la sanidad y de la salud pública. En concreto, el artículo 192.3 del Estatuto catalán dice lo siguiente:

«3. Corresponde a la Generalitat, en todo caso, la competencia compartida en los siguientes ámbitos:

a) La ordenación, la planificación, la determinación, la regulación y la ejecución de las prestaciones y los servicios sanitarios, sociosanitarios y de salud mental de carácter público en todos los niveles y para todos los ciudadanos.

b) La ordenación, la planificación, la determinación, la regulación y la ejecución de las medidas y las actuaciones destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos, incluyendo la salud laboral, la sanidad animal con efectos sobre la salud humana, la sanidad alimentaria, la sanidad ambiental y la vigilancia epidemiológica.

c) La planificación de los recursos sanitarios de cobertura pública y la coordinación de las actividades sanitarias privadas con el sistema sanitario público.

d) La formación sanitaria especializada, que incluye la acreditación y la evaluación de centros; la planificación de la oferta de plazas; la participación en la elaboración de las convocatorias y la gestión de los programas de formación de las especialidades y las áreas de capacitación específica y la expedición de diplomas de áreas de capacitación específica.

e) El régimen estatutario y la formación del personal que presta servicios en el sistema sanitario público.»

Por su parte, el Estatuto de Andalucía señala que a la Comunidad Autónoma de Andalucía le corresponde la competencia compartida en materia de sanidad interior y, en particular «la ordenación, planificación, determinación, regulación y ejecución de los servicios y prestaciones sanitarias, sociosanitarias y de salud mental de carácter público en todos los niveles y para toda la población, la ordenación y la ejecución de las medidas destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos, incluyendo la salud laboral, la sanidad animal con efecto sobre la salud humana, la sanidad alimentaria, la sanidad ambiental y la vigilancia epidemiológica, el régimen estatutario y la formación del personal que presta

servicios en el sistema sanitario público, así como la formación sanitaria especializada y la investigación científica en materia sanitaria.»

Por último, algunos de los Estatutos reformados han incluido alusiones a la bioética. En concreto, el Estatuto de Andalucía en su artículo 55.1 prevé la competencia exclusiva en materia de investigación con fines terapéuticos, sin perjuicio de la coordinación general del Estado. Por su parte, el Estatuto valenciano en el artículo 54.7 establece que «la Generalitat velará para que la investigación por medio de personas se ajuste a las previsiones acordadas en la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina». El Estatuto de Castilla y León también se pronuncia al respecto: «La Comunidad promoverá la investigación biomédica y biotecnológica en el marco de sus propias instituciones sanitarias y de investigación» (artículo 74.4). GARRIDO CUENCA<sup>770</sup>, subraya el escaso interés que ha suscitado esta cuestión y resalta el olvido en el texto catalán. Sobre todo teniendo en cuenta el papel que están desempeñando las Comunidades Autónomas en esta materia y que queda reconocido en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica<sup>771</sup>.

### **3. REFLEXIONES EN TORNO A LA AUTONOMÍA Y A LA IGUALDAD EN MATERIA DE ASISTENCIA SANITARIA**

En el actual Sistema Nacional de Salud, configurado como un sistema único y descentralizado, uno de los principales retos que se plantea consiste en compatibilizar la igualdad básica de las personas, como usuarios de un servicio público universal, con el principio de descentralización en la gestión sanitaria propio del modelo autonómico. La culminación del proceso de transferencias de las prestaciones y servicios sanitarios del INSALUD a los servicios de salud

---

<sup>770</sup> En “Sanidad, salud pública y farmacia”, *op. cit.*, pág. 572 y 573.

<sup>771</sup> Tal y como se precisa en la Disposición Final Primera «Esta Ley se aprueba al amparo del artículo 149.1.15 y 16 de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica y en materia de bases y coordinación general de la sanidad.»

autonómicos y la adopción de un nuevo modelo de financiación de la sanidad, han dado paso a un mayor protagonismo de las Comunidades Autónomas. Este hecho genera cierta inquietud, ya que se considera la descentralización sanitaria como fuente de posibles desigualdades. Esta supuesta amenaza ha llevado a algunos autores a defender, una vez más, la idea de la asistencia sanitaria como una prestación de la Seguridad Social. Entre ellos PEMÁN GAVÍN para quien la vinculación conceptual de la asistencia sanitaria con la Seguridad Social refuerza la dimensión solidaria del sistema público de salud, facilitando así una visión unitaria del mismo<sup>772</sup>.

Sin embargo, frente a quienes opinan, en primer lugar, que la asistencia sanitaria, al ser un servicio público de protección universal es más propio de la materia Seguridad Social, asegurando de este modo la uniformidad en las prestaciones, y, en segundo lugar, que la financiación en el marco general de la Seguridad Social garantiza una asignación de fondos más igualitaria, voces autorizadas —como TORNOS MÁS o BELTRÁN AGUIRRE<sup>773</sup>— responden que la igualdad básica se puede alcanzar mediante otras técnicas dentro de un Sistema Nacional de Salud desvinculado de la Seguridad Social. Además, el nuevo sistema de financiación de la sanidad regula sus propios instrumentos, el Fondo de Suficiencia y el Fondo de Cohesión, para asegurar la equidad.

---

<sup>772</sup> Vid J. PEMÁN GAVÍN, “La culminación del proceso...”, *op. cit.*, pág. 667.

<sup>773</sup> Cfr. J. TORNOS I MÁS, “Sistema de Seguridad Social...”, *op. cit.*, pág. 5. Véase, así mismo, la crítica hecha por J.L. BELTRÁN AGUIRRE, en “Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales...”, *op. cit.*, pág. 25, a este “cambio de rumbo” que pretende llevar de nuevo la asistencia sanitaria al ámbito de la Seguridad. Según este autor, las razones que se esgrimen para justificar esta tendencia —la concepción sistemática de la Seguridad Social exige la incorporación de la asistencia sanitaria como una prestación más del sistema; la uniformidad normativa de la sanidad y de las condiciones de vida se alcanza mejor en el marco de la Seguridad Social; la Seguridad Social posee la mayor parte del patrimonio del Sistema Nacional de Salud y, por último, de la Seguridad Social sigue dependiendo todo lo relativo a la salud laboral— dificultan una construcción homogénea del Sistema Nacional de Salud. Al vincularse asistencia sanitaria y Seguridad Social, se rompe la concepción integral e integrada de la salud pública y de la asistencia sanitaria que se defiende en la Ley General de Sanidad de 1986.

No obstante, y a pesar de las garantías introducidas por el legislador estatal a raíz de la culminación del proceso de transferencias sanitarias, a las que más adelante haremos referencia, la proliferación de normas autonómicas, reguladoras no sólo de los aspectos organizativos de los respectivos servicios autonómicos de salud, sino también de cuestiones materiales tan importantes como los derechos de los pacientes, ha avivado el debate en torno a la relación entre el principio de autonomía y el principio de igualdad básica con relación al derecho a la protección de la salud.

### **1.1. La autonomía y la igualdad**

La tensión entre autonomía e igualdad no es un tema nuevo y tampoco es este el lugar para hacer un análisis en profundidad al respecto. No obstante, por razones expositivas y como paso previo al estudio de la igualdad y el principio de autonomía en materia sanitaria, es necesario hacer un sucinto repaso a las ideas fundamentales que sobre tan complejo argumento ha elaborado la mejor doctrina<sup>774</sup>.

Admitida la existencia de una pluralidad de ordenamientos en el Estado español y de las divergencias entre ellos, es necesario encontrar el punto de equilibrio entre la igualdad mínima y el principio de autonomía. Como subraya

---

<sup>774</sup> La bibliografía sobre la relación entre autonomía e igualdad es abundante. De entre todos los trabajos publicados cabe destacar la obra de los siguientes autores: I. DE OTTO, “Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 10, (1983); J. M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN, *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, MAP, Madrid, 1988; L. LÓPEZ GUERRA, “Regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” en la obra colectiva *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, MAP, 1990, págs. 77 a 94; E. AJA, “El artículo 149.1.1.<sup>a</sup> de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social”, en *La función del artículo 149.1.1<sup>a</sup> CE en el sistema de distribución de competencias*, Generalitat de Catalunya, 1992, págs. 25 a 46; J. PEMÁN GAVÍN, “Acerca de la uniformidad de vida como principio constitucional en el Estado de las Autonomías”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 119 (1989), págs. 173 a 198, e *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992; véase también J. TUDELA ARANDA, *Derechos Constitucionales y autonomías locales*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 259 a 262.

MURILLO DE LA CUEVA la Constitución es el lugar donde se establecen los límites entre la igualdad y la autonomía y el marco para su conciliación<sup>775</sup>.

En efecto, el sistema autonómico de distribución territorial del poder previsto en el Título VIII de nuestra Constitución se acompaña de una serie de medidas destinadas a garantizar la igualdad básica de los ciudadanos, poniendo de manifiesto, en palabras de PEMÁN GAVÍN, «la preocupación del constituyente por evitar que el hecho autonómico supusiera la quiebra de la homogeneidad básica en el status jurídico de los españoles, así como también [la preocupación] por lograr una equiparación en lo material o económico a cuyo efecto consagra un principio de solidaridad entendido como “equilibrio económico adecuado y justo”».<sup>776</sup>

El conjunto de mecanismos constitucionales que contribuyen a la consecución de una igualdad básica en el Estado autonómico está integrado, en primer lugar, por la regla prevista en el artículo 138.2 CE, que prohíbe los «privilegios económicos y sociales» que se puedan derivar de las diferencias entre los Estatutos de Autonomía. En segundo lugar, por el principio de igualdad de trato del artículo 139.1 CE, que proclama que «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del Estado». En tercer lugar, por las competencias específicas reservadas en exclusiva al Estado en los diversos apartados del artículo 149.1 CE y, en concreto, por la reserva hecha a su favor en el artículo 149.1.1ª CE de la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los ciudadanos en el ejercicio de sus

---

<sup>775</sup> E. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Igualdad y autonomía. Las competencias sobre asociaciones en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 35.

<sup>776</sup> *Vid* J. PEMÁN GAVÍN, *Igualdad de los ciudadanos...*, *op. cit.*, pág. 130. Más adelante vuelve el autor a insistir en esta idea: «[...] el constituyente tuvo buen cuidado en asegurar que el reconocimiento de las autonomías territoriales no se tradujera en una quiebra de la igualdad básica o fundamental en el *status* jurídico de los españoles e introdujo una serie de previsiones con relevancia competencial —esto es, en relación con el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA— que garantizan tal igualdad básica o fundamental. La igualdad de los españoles viene así a limitar o condicionar al principio de autonomía a través de numerosas previsiones competenciales de alcance sectorial o general.», *ibidem*, pág. 192.



derechos y deberes constitucionales. Y, en último lugar, por el principio de solidaridad y de equilibrio interterritorial, plasmado en los artículos 131.1, 138.1, 156 y 158.2 CE.

La doctrina acepta pacíficamente que el principio general de igualdad ante la ley del artículo 14 CE no es aplicable para comparar el estatuto jurídico de los ciudadanos derivado del ejercicio de la competencia legislativa de cada Comunidad Autónoma<sup>777</sup>. Las diferencias introducidas por el legislador autonómico serán enjuiciadas, por lo tanto, no conforme al artículo 14 CE, sino de acuerdo al sistema de distribución de competencias. Expresivas son al respecto las palabras de DE OTTO: «mientras la Comunidad Autónoma ejerza competencias atribuidas por su Estatuto de acuerdo con lo previsto en la Constitución podrá establecer regímenes tan dispares de los demás como su legislador tenga por conveniente»<sup>778</sup>

---

<sup>777</sup> Cfr. al respecto I. DE OTTO, “Los derechos fundamentales...”, *op. cit.*, pág. 58, que defiende con toda rotundidad que «el principio de igualdad es principio de igualdad ante cada ordenamiento jurídico y para todos los que estén sometidos a él o resulten afectados de un modo u otro por sus normas, porque es evidente que cada ordenamiento autonómico está sujeto al artículo 14 y, en consecuencia, no puede establecer discriminaciones prohibidas, pero no es posible comparar entre sí a individuos sometidos a ordenamientos distintos, porque la igualdad, que prohíbe la discriminación en el interior de cada ordenamiento, no es por sí misma un límite, aunque haya otros, para la diferenciación de posiciones jurídicas individuales que resulta de la pluralidad de ordenamientos, siempre, claro está, que éstos operen dentro del campo que les corresponde». También J.M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN, *Las Autonomías territoriales...*, *op. cit.*, págs. 191 y 192, considera que este principio «despliega, en el seno de cada ordenamiento autonómico, todas sus virtualidades, pero sin afectar a la capacidad de dichos ordenamientos de ser distintos entre sí o respecto al ordenamiento estatal». En la misma línea interpretativa J. PEMÁN GAVÍN afirma, en *Igualdad de los ciudadanos...*, *op. cit.*, pág. 195 y 196 y con anterioridad en el trabajo “Acerca de la uniformidad...”, *op. cit.*, págs. 185 a 188, que «el principio general del artículo 14 CE debe aplicarse separadamente a cada uno de los legisladores y no autoriza a comparar la posición jurídica que deriva para los ciudadanos del ejercicio por parte de las distintas Comunidades Autónomas de los poderes normativos de su competencia. La diversidad normativa de trato entre españoles derivada de la estructura “plural” de nuestro ordenamiento será constitucionalmente admisible siempre que derive del ejercicio por las Comunidades Autónomas de las competencias que les han sido reconocidas en la Constitución y los Estatutos. Tales diferencias no deben ser enjuiciadas por tanto desde la óptica del artículo 14 de la Constitución, sino más bien desde la perspectiva de los preceptos que la Constitución dedica a perfilar la estructura autonómica del Estado [...]».

<sup>778</sup> *Vid.* I. DE OTTO, “Los derechos fundamentales...”, *op. cit.*, pág. 58.

Ahora bien, la ambigüedad de los términos utilizados por la Constitución en los preceptos del Título VIII más arriba enunciados, especialmente en los artículos 139.1 CE y 149.1.1ª CE, ha suscitado importantes dudas interpretativas en torno a su alcance y significado con relación a los principios de igualdad y autonomía, provocando la intervención del Tribunal Constitucional. Del análisis de su principal jurisprudencia se llega a la conclusión de que ambos preceptos persiguen como objetivo cierto grado de igualdad básica en el Estado autonómico. Sin embargo, mientras que en el artículo 139.1 CE se establece un principio de igualdad de trato de los ciudadanos dentro de cada Comunidad Autónoma, en el artículo 149.1.1ª CE se fija un título competencial a favor del Estado, consistente en regular «las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales».

Una primera lectura del artículo 139.1 CE induce a pensar que el constituyente quiso establecer un principio uniformador en materia de derechos fundamentales, en detrimento del principio de autonomía. Contrario a esta interpretación, el Tribunal Constitucional se expresa en los siguientes términos:

«[...] tal principio [el principio de igualdad territorial] no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones [...] puesto que la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan potencialmente da a nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional. Es cierto que esta diversidad se da dentro de la unidad y que, por consiguiente, la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas no puede regular las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales que quedan reservadas a la legislación del Estado (arts. 53 y 149.1.1ª de la Constitución), cuyas normas además son las únicas aplicables en las materias sobre las que las Comunidades Autónomas parecen de competencia legislativa, prevalecen en caso de conflicto, y

tienen siempre valor supletorio (149.3).» (STC 37/1981, de 16 de noviembre, F.J. 2º)

Como señala DE OTTO, aunque en esta Sentencia se rechace una interpretación del artículo 139.1 CE que limite el principio de autonomía<sup>779</sup>, sin embargo, no se aclara cuál es el alcance de la fórmula que aparece en este precepto. Según el autor, el artículo 139.1 CE contiene un mandato de igualdad de todos los españoles ante cada uno de los ordenamientos autonómicos. No exige que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de su potestad normadora, respeten y conserven un mínimo de homogeneidad en las posiciones jurídicas de todos los españoles, sino que establece una prohibición de discriminación en el interior de cada ordenamiento para todos los que estén sometidos o afectados por sus normas.

DE OTTO admite que deba existir cierta homogeneidad en las posiciones jurídicas de los ciudadanos, con independencia del ordenamiento autonómico al que estén sujetos. Si no fuera así, se rompería la unidad del Estado. Pero, esta homogeneidad no viene exigida por el contenido del artículo 139.1 CE, sino que tiene sus propios cauces, como son la supremacía de la Constitución, la prohibición de privilegios económicos o sociales del artículo 138.2 CE, la atribución al Estado de competencias de normación básica y la competencia exclusiva del artículo 149.1.1ª CE para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes. Insiste DE OTTO en que el contenido del artículo 139.1 CE es completamente diferente al del artículo 149.1.1ª CE. El artículo 139.1 CE se aplica para garantizar la igualdad dentro de cada ordenamiento jurídico, y no entre ordenamientos jurídicos.

---

<sup>779</sup> Es decir, en palabras del autor, *ibidem* págs. 54 y sigs, «el artículo 139.1 CE no puede contener un mandato de absoluta uniformidad en los derechos y obligaciones por la muy obvia razón de que tal cosa es contradictoria con la pluralidad de ordenamientos jurídicos que tiene su fundamento en la estructura autonómica del Estado constitucionalmente consagrada: por definición los ciudadanos sujetos a un ordenamiento pueden no tener los mismos derechos y deberes que los sujetos a otro.»

Comparten esta opinión otros autores, como BAÑO LEÓN para quien la igualdad es uno de los componentes de lo que él denomina «uniformidad de las condiciones de vida», idea que aparece reflejada en varios pasajes de la Constitución: en el Preámbulo, en los artículos 1.1, 9.2, 14, y 149.1.1<sup>a</sup>, referidos a la igualdad y en los artículos 40.1, 130.1, 138.2, 158.2, relacionados de forma más directa con la uniformidad<sup>780</sup>.

BAÑO LEÓN explica este principio en los siguientes términos: la conjunción en el sistema de organización territorial de una serie de factores — el nacionalismo, la descentralización y el desequilibrio regional— exige un principio constitucional que garantice una mínima homogeneidad e igualdad. Este principio, la uniformidad de las condiciones de vida, defiende un *status* mínimo común de los ciudadanos ante los servicios y prestaciones públicas por encima de la pluralidad autonómica, y que actúa como regla interpretativa, como límite a las competencias de las Comunidades Autónomas y como fin que el Estado debe alcanzar en el ejercicio de sus funciones. Se trata, sigue explicando BAÑO LEÓN, de disminuir o, al menos, no aumentar las diferencias económicas entre las regiones, de manera que en todas ellas pueda existir un marco equiparable de servicios y prestaciones públicas, dentro del cual coexistan la diversidad legislativa y administrativa propias de un Estado descentralizado<sup>781</sup>.

Con relación a la igualdad y a la estructura territorial del Estado, el autor que ahora comentamos opina que la autonomía no se ve afectada por la existencia de un derecho a la igualdad. Para determinar si una norma autonómica vulnera o no este derecho, se ha de indagar dentro del propio ordenamiento jurídico autonómico y no fuera de él. Se trata, aclara BAÑO

---

<sup>780</sup> Vid. J.M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN, *Las autonomías territoriales...*, *op. cit.*, *passim*. Entre las reglas previstas por la Constitución cuyo objetivo es la uniformidad de las condiciones de vida, J.M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN se detiene en el estudio de la igualdad de trato (págs. 184 a 206), los derechos fundamentales (págs. 206 a 225) y la libertad de circulación y establecimiento (págs. 226 a 228).

<sup>781</sup> *Ibidem*, pág. 165

LEÓN, de que los destinatarios de las normas no sean discriminados entre si, en virtud del principio de igualdad de posición jurídico-formal de todos ante cada ordenamiento. La norma autonómica no puede hacer discriminaciones por razón de pertenencia o no a la Comunidad. Añade que en cada ámbito autonómico, tanto sus naturales como los que gocen de vecindad administrativa, tendrán los mismos derechos que el resto de los españoles frente a dicha ley. Por lo tanto, el artículo 139.1 CE, a pesar de su confusa redacción, debe entenderse como una prohibición de discriminación personal por razón a la vecindad, como interdicción de un *status civitatis* autonómico. Es decir, las normas autonómicas pueden ser diferentes entre si, o a las del Estado, pero, no podrán utilizar como criterio de distinción para su aplicación la condición de vecindad de los destinatarios de dicha norma<sup>782</sup>.

Esta igualdad formal, evidentemente, no impide que las posiciones jurídicas de los ciudadanos sean diferentes cuando se comparan los contenidos materiales de las normas de una Comunidad con los de otra<sup>783</sup>. Las diferencias entre ordenamientos son admisibles sobre la base de la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas; de no ser así se impondría la uniformidad, que es la antítesis de la existencia de las Autonomías. La igualdad es predicable, por lo tanto, *dentro* de cada ordenamiento jurídico, siendo la variedad normativa esencia de la propia autonomía.

Pero, BAÑO LEÓN advierte que la armonía entre diversidad e igualdad es más aparente que real. Para evitar el conflicto entre ambos términos, el

---

<sup>782</sup> *Ibidem*, págs. 192 a 197. Se trata de la igualdad de posición jurídico-formal de todos los españoles ante cada ordenamiento autonómico. En palabras de J. M<sup>a</sup>. BAÑO LEÓN «la norma autonómica no puede discriminar con respecto de unos u otros de sus destinatarios por la razón de pertenecer o no a la Comunidad autónoma.» (pág. 194) y añade que «en el ámbito de la Comunidad autónoma tanto sus naturales como los que gocen de vecindad administrativa, tienen los mismo derechos que el resto de los españoles frente a la ley autonómica» (pág. 196).

<sup>783</sup> Gráficamente explica J. M. BAÑO LEÓN como un ciudadano de la Comunidad Valenciana sometido a una ley de la Comunidad Valenciana tiene que ser tratado igual que los ciudadanos catalanes sometidos a la misma ley. Pero, esto no quiere decir que los derechos y obligaciones que se derivan de la ley catalana sean los mismo que los de la ley valenciana.

artículo 149.1.1<sup>a</sup> CE prevé que el Estado garantice una igualdad sustancial, real y efectiva, no formal, que se configura como un límite de la potestad normativa de las Comunidades Autónomas. La cuestión clave es establecer en qué casos se tiene que dar esa igualdad básica. Corresponderá al Tribunal Constitucional determinar qué debe ser uniforme y qué puede ser diverso, garantizando en su decisión tanto la uniformidad de las condiciones de vida como la diversidad normativa entre los territorios autonómicos<sup>784</sup>.

También MUÑOZ MACHADO<sup>785</sup> alude al principio de uniformidad de las condiciones de vida como «una forma de expresar que los derechos ciudadanos tienen que ser iguales en todas las partes del territorio [...]» Es un principio que «[...] está expresado en nuestra Constitución con mayor claridad y énfasis que en ninguna otra Constitución federal o regional: por un lado, en el artículo 139 como límite general de los poderes autónomos; y por otro, en el artículo 149.1.1<sup>a</sup>, que reserva su regulación al Estado, configurándola como competencia general del mismo [...]»<sup>786</sup>. Ahora bien, el principio de igualdad llevado al ámbito de la organización territorial no puede entenderse como una exigencia de que el contenido de las normas que dicten las Comunidades

---

<sup>784</sup> *Ibidem*, págs. 203 a 206. Aunque la solución dada sea eminentemente casuística, BAÑO LEÓN traza las que considera líneas maestras en las que debe encuadrarse la igualdad supraautonómica. En primer lugar, aclara que la necesidad de un mínimo de uniformidad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales no significa el reconocimiento de un derecho a recibir el mismo trato en todas y cada una de las Comunidades. El derecho a la igualdad autonómica sólo asegura dentro de cada ordenamiento jurídico una igualdad de tipo formal. La igualdad básica o sustancial en las posiciones jurídicas de los ciudadanos se garantiza, primero, atribuyendo al Estado la competencia prevista en el artículo 149.1.1<sup>a</sup> CE y, segundo, mediante el límite que supone para las Comunidades Autónomas el principio de uniformidad en las condiciones de vida. En segundo lugar, la igualdad básica impuesta a las Comunidades Autónomas ha de interpretarse en sentido restringido, para evitar dejar sin eficacia el reparto de las restantes competencias establecidas por la Constitución. La igualdad no significa rigurosa uniformidad. En tercer lugar, la igualdad básica garantizada por el principio de uniformidad en las condiciones de vida no se refiere a todas las situaciones jurídicas en las que se encuentren los ciudadanos, sino sólo a las que afecten al ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales. Por último, la determinación de lo que debe ser uniforme y de lo que puede ser diverso se determinará caso por caso teniendo siempre en cuenta el régimen de distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas.

<sup>785</sup> *Vid. Derecho Público...*, *op. cit.*, págs. 186 a 189.

<sup>786</sup> *Ibidem* pág 420

Autónomas que afecten a la posición del ciudadano tenga que ser idéntico. Esto es así porque el principio de autonomía exige diversidad y libertad. Si se impusiera la uniformidad, carecería de sentido la potestad legislativa autonómica. Pero, por otro lado, el principio de igualdad se erige como límite a la autonomía.

El problema, señala MUÑOZ MACHADO, es establecer en qué supuestos la variedad y diversidad consustanciales al sistema autonómico llegan al límite inadmisibles por suponer un quebranto del principio de igualdad. Esto no resulta nada fácil, porque no existen unas reglas fijas al respecto. No obstante, de la jurisprudencia constitucional se deducen dos parámetros aplicables para determinar cuándo una decisión autonómica atenta contra el principio de igualdad territorial. El primero es de tipo competencial, y consiste en aclarar si la norma autonómica introduce o no variaciones en las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y libertades, produciéndose una intromisión en una competencia exclusiva que corresponde al Estado conforme al artículo 149.1.1ª CE. El segundo criterio de valoración que utiliza el Tribunal Constitucional para esclarecer si una norma autonómica ha quebrantado el principio de igualdad consiste en examinar si la diferencia introducida por la norma está justificada o no.

PEMÁN GAVÍN es contrario al uso de la expresión «uniformidad de las condiciones de vida» aplicada al sistema de distribución de competencias y a que se vea en ella un título competencial autónomo o una etiqueta para referirse a algún principio recogido en la Constitución<sup>787</sup>. Si bien es cierto que en la Constitución existe una «preocupación igualitaria» reflejada en varios preceptos, sin embargo, de ninguno de ellos se puede deducir la existencia de

---

<sup>787</sup> Vid J. PEMÁN GAVÍN, “Acerca de la uniformidad...”, *op. cit.*, págs. 175 y 176 y págs. 184 a 198. Añade el autor que «[...] no hay base constitucional ni tampoco necesidades o exigencias del sistema autonómico que no puedan ser cubiertas con reglas sancionadas en la Constitución. En relación a su utilización como “etiqueta”, entiendo que es preferible usar los propios términos plasmados en la Constitución, salvo que esté demostrada la utilidad o el posible efecto clarificador de su sustitución por otros»

una regla que imponga la uniformidad en las condiciones de vida. Por ejemplo, la finalidad del artículo 139.1 CE, que es uno de los artículos donde se constata esa preocupación, consiste en asegurar la igualdad de trato y evitar discriminaciones entre ciudadanos por parte de las Comunidades Autónomas.

Coincidiendo con la opinión de los autores antes citados, PEMÁN GAVÍN subraya que las diferencias de trato son admisibles, siempre que tengan su origen en el ejercicio de una competencia que corresponda a la Comunidad Autónoma. En este sentido, las diferencias que se deriven del ejercicio de las competencias normativas autonómicas sobre una materia deben enjuiciarse, no desde la perspectiva del principio de igualdad del artículo 14 CE, sino desde el sistema autonómico de reparto de competencias<sup>788</sup>. Según el autor el artículo 139.1 CE no sólo no se opone al pluralismo legislativo, sino que tal pluralismo es el presupuesto sobre el que opera dicho precepto: «puesto que se reconocen unos poderes normativos autonómicos, la Constitución prescribe su utilización no discriminatoria en relación con los españoles no naturales o no residentes en el territorio en cuestión.»<sup>789</sup>

Tampoco, según PEMÁN GAVÍN, sería correcto hablar de «uniformidad de las condiciones de vida» tomando como referencia el artículo 149.1.1<sup>a</sup> CE. En primer lugar, porque este artículo se limita a los derechos y deberes constitucionales y, en segundo lugar, porque no asegura una uniformidad absoluta de su regulación, sino sólo una regulación uniforme en cuanto a las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio. El artículo 149.1.1<sup>a</sup> CE es un título competencial y, al mismo tiempo, un límite para las competencias de las Comunidades Autónomas. Es un título competencial que recae sobre una materia concreta, los derechos y deberes fundamentales, y que permite al Estado regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de estos derechos y deberes. Además, actúa como elemento

---

<sup>788</sup> Vid J. PEMÁN GAVÍN, *Igualdad de los ciudadanos...*, *op. cit.*, págs. 196 y 197.

<sup>789</sup> Vid J. PEMÁN GAVÍN, “Acerca de la uniformidad...”, *op. cit.*, pág. 191.



homogeneizador y reductor de las diferencias jurídicas constitucionalmente admisibles. PEMÁN GAVÍN resalta el papel del Tribunal Constitucional para enjuiciar en qué medida el Estado hace uso correcto de esta regla y en qué casos las Comunidades Autónomas quebrantan el límite que impone y recuerda que, conforme a la jurisprudencia del Alto Tribunal (STC 37/1981, de 16 de noviembre, STC 37/1987, de 26 de marzo, STC 52/1988, de 24 de marzo), las Comunidades Autónomas podrán legislar sobre materias que incidan en los derechos fundamentales bajo dos condiciones: que no lo impida otro título competencial a favor del Estado y que se respeten siempre las condiciones básicas<sup>790</sup>.

Por último, en este rápido repaso a la doctrina sobre la autonomía y la igualdad, ALBERTÍ ROVIRA<sup>791</sup> afirma que el principio de igualdad territorial «se traduce en una igualdad del *status* jurídico-constitucional básico de los ciudadanos, en una igualdad de las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y libertades y de la exigencia de sus deberes constitucionales, pero no en cambio en una perfecta uniformidad de su posición jurídica y de tales condiciones». Si el principio de igualdad territorial se entendiera como una uniformidad monolítica del ordenamiento jurídico autonómico, se estaría vaciando de contenido el principio de autonomía. El principio de igualdad actúa, según ALBERTÍ, como «un límite negativo del poder de las CCAA, de manera que su actuación no puede alterar el estatuto jurídico-constitucional básico que la Constitución garantiza a los ciudadanos, sus posiciones jurídicas fundamentales.» No obstante, las diferencias territoriales son admisibles. Las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus potestades inciden en el ámbito de los derechos y deberes de los ciudadanos. El problema es determinar cuándo una diferencia territorial introducida por las Comunidades

---

<sup>790</sup> *Ibidem*, págs 191 a 194.

<sup>791</sup> *Vid.* E. ALBERTÍ ROVIRA, “Principio de igualdad de derechos y obligaciones de los ciudadanos”, en E. AJA et al., *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 88 y sigs.

Autónomas es legítima. La solución viene de la mano del principio de competencia: «cuando la norma legal, aunque con incidencia sobre el ejercicio de derechos, no afecte a las condiciones básicas de tal ejercicio, puede ser promulgada por las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos le atribuyan competencia legislativa sobre una materia cuya regulación implique necesariamente, en uno u otro grado, una regulación del ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados.»

***1.2. La autonomía y la igualdad en materia sanitaria: el principio de igualdad de trato y la garantía de un estatuto jurídico básico del derecho a la asistencia sanitaria. La relación entre los títulos competenciales del artículo 149.1.1ª CE y del artículo 149.1.16ª CE***

Como hemos visto en el apartado anterior, la Constitución española de 1978 intenta resolver la tensión entre autonomía e igualdad a través de la creación de un estatuto jurídico básico y común para todos los ciudadanos. Este estatuto se garantiza, en primer lugar, mediante la intervención del Estado en el ejercicio de sus competencias, entre las que se incluye la establecida en el artículo 149.1.1ª CE, que le habilita para regular aquellas condiciones básicas necesarias que aseguren la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes. Además de la citada competencia, el artículo 149.1 CE ha previsto otros títulos, como son la legislación básica y la coordinación general sobre determinadas materias, en virtud de los cuales se procura el establecimiento y respeto de ese mínimo común de derechos y obligaciones y de una igualdad material básica para todos. Las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, también podrán intervenir en la configuración del estatuto de los derechos y deberes constitucionalizados, respetando, en todo caso, el mínimo común establecido por el Estado. Así mismo, la armonía entre autonomía e igualdad se logra mediante el respeto del principio de igualdad formal o principio de igualdad de trato, recogido en el artículo 139.1 CE, en virtud del cual los ciudadanos, con independencia de su lugar de procedencia, han de ser tratados de igual manera por las autoridades

autonómicas. Queda, por lo tanto, prohibida toda discriminación en la aplicación del Derecho autonómico entre los sujetos sometidos al mismo.

Pero, ¿qué consecuencias jurídicas se derivan de lo dicho hasta ahora para el Sistema Nacional de Salud y para el derecho a la asistencia sanitaria? En el actual marco de descentralización sanitaria cobra especial relevancia la utilización conjunta y complementaria de los mecanismos constitucionales previstos para asegurar el equilibrio entre el principio de autonomía y el de igualdad. La aplicación del principio de igualdad de trato del artículo 139.1 CE en el ámbito del derecho a la salud es fundamental en el momento actual y de ello ha sido consciente el legislador, como a continuación tendremos ocasión de ver. Así mismo, en los últimos años hemos asistido a un vigoroso ejercicio de las competencias estatales destinadas a garantizar el estatuto jurídico mínimo del derecho a la asistencia sanitaria. Los títulos competenciales que permiten al Estado diseñar este estatuto jurídico básico se encuentran recogidos, como ya se ha dicho, en los artículos 149.1.1ª CE y 149.1.16ª CE. Del alcance del artículo 149.1.1ª CE y de su relación con las competencias estatales en materia sanitaria del artículo 149.1.16ª CE nos ocuparemos en la segunda parte de este apartado

Pero, veamos, en primer lugar, cómo se aplica en el Sistema Nacional de Salud descentralizado el principio de igualdad de trato

Las ideas expuestas más arriba llevadas al ámbito del derecho a la asistencia sanitaria suponen la garantía de la igualdad de trato de todos los ciudadanos por los servicios sanitarios de cada Comunidad Autónoma —que no olvidemos se integran en el Servicio Nacional de Salud— con independencia de la Comunidad Autónoma a la que pertenezcan. Esta afirmación se deriva de la interpretación del artículo 139.1. CE, no como una

regla de uniformidad, sino como una obligación para las Comunidades Autónomas de tratar a todos los ciudadanos por igual<sup>792</sup>.

El principio de igualdad de trato ha sido desarrollado por la legislación sanitaria que siempre ha dedicado especial atención al acceso a las prestaciones sanitarias en igualdad de condiciones de los ciudadanos desplazados que deben ser atendidos por los servicios de salud de una Comunidad Autónoma distinta a la que residen de manera habitual.

La primera referencia a la igualdad de trato aparece en la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986. En su artículo 3.2, tras proclamar el principio de universalidad —“la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española”— establece que el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva, para lo cual los poderes públicos orientarán sus políticas a garantizar la igualdad en el acceso a los Servicios sanitarios en todo el territorio español (artículo 12 LGS).

Recientemente, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, aprobada a raíz de los últimos traspasos de servicios y funciones del INSALUD a los servicios sanitarios autonómicos, establece entre sus objetivos la regulación de las acciones de coordinación y cooperación entre las Administraciones sanitarias «de modo que se garantice la equidad<sup>793</sup>, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud,

---

<sup>792</sup> Interpretación respaldada, como acabamos de ver, por I. DE OTTO, en “Los derechos fundamentales...”, *op. cit.*, pág. 53 y sigs., J.M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN, en *Las Autonomías territoriales...*, *op. cit.*; págs. 192 y 193 y J. PEMÁN GAVÍN, en “Acerca de la uniformidad...”, *op. cit.*, págs 190 y 191 y, posteriormente, en *Igualdad de los ciudadanos...*, *op. cit.*, 138 y sigs.

<sup>793</sup> *Vid.* J.L. BELTRÁN AGUIRRE, “Prestaciones sanitarias...”, *op. cit.*, págs. 20 y 21 y también en “La igualdad básica, la coordinación y la cooperación interterritorial: fundamentos del Sistema Nacional de Salud”, en *Derecho y Salud*, vol. 10, núm. 2 2002, págs. 132 y 133, hace una interesante reflexión sobre el uso de la expresión «equidad» en el ámbito sanitario, del que no es muy partidario, que ha sido incorporado por la doctrina y por las instituciones sanitarias como «límite a los posibles quebrantos de la igualdad por comparación de distintos regímenes prestacionales territoriales». Se relaciona la equidad desde ámbitos políticos y económicos con un trato paritario de los destinatarios de la acción pública sanitaria. Siendo un concepto jurídico indeterminado, de ponderación del rigor de la norma aplicable al caso concreto, no tiene sentido utilizarlo en este caso y, desde una óptica

así como la colaboración activa del mismo en la reducción de las desigualdades en salud» y en su artículo 2.a) reconoce, entre los principios generales que informan la Ley «la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad». Así mismo, el artículo 3.2 prevé que las Administraciones públicas orienten sus acciones para impedir cualquier tipo de discriminación en aras de garantizar el acceso efectivo a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud.

Pero es en el artículo 4.c) donde esta Ley de manera contundente consagra la igualdad de trato. Entre los derechos de los ciudadanos en el conjunto del Sistema Nacional de Salud se contempla el derecho «a recibir, por parte del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre desplazado, la asistencia sanitaria del catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud que pudiera requerir, en las mismas condiciones e idénticas garantías que los ciudadanos residentes en esa Comunidad Autónoma»<sup>794</sup>.

Este derecho se ve reforzado, en primer lugar, a través de la garantía de accesibilidad del artículo 23 de la misma Ley, donde se asegura el acceso en condiciones de igualdad de todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud a las prestaciones previstas por la Ley, y, en segundo lugar, mediante las garantías de movilidad, que se recogen en el artículo 24, y que aseguran el acceso a las prestaciones sanitarias con independencia del lugar del territorio nacional en el que se encuentren los usuarios del Servicio Nacional de Salud.

Sin lugar a dudas, el mayor problema que plantea el principio de igualdad de trato en materia de asistencia sanitaria es cómo sufragar los gastos derivados de la atención a los enfermos desplazados, en el marco de un sistema descentralizado de financiación de la sanidad en el que cada Comunidad Autónoma asume los costes de sus servicios sanitarios.

---

jurídica, la equidad no debe ser incluida en la regulación que hace la Ley General de Sanidad sobre la igualdad.

<sup>794</sup> El subrayado es nuestro.

El artículo 4 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, establece la creación del Fondo de Cohesión sanitaria cuya finalidad es «garantizar la igualdad de acceso a los servicios de asistencia sanitaria públicos en todo el territorio español, y la atención a ciudadanos desplazados procedentes de países de la Unión Europea o de países con los que España tenga suscritos convenios de asistencia sanitaria recíproca, y será gestionado por el Ministerio de Sanidad y Consumo.»

Así mismo, en la Disposición Adicional 5ª de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud se añade que «el Ministerio de Sanidad y Consumo, a través del Fondo de Cohesión Sanitaria y según se determine reglamentariamente, realizará políticas que aseguren la cohesión sanitaria y la corrección de desigualdades. Estas políticas se desarrollarán mediante planes integrales de salud, que tendrán en cuenta variables epidemiológicas y sociales que supongan una mayor necesidad de servicio, tales como patologías crónicas, morbimortalidad estandarizada por edad, población infantil, población inmigrante y otras de carácter similar.»<sup>795</sup>

El equilibrio entre autonomía e igualdad en el seno del Sistema Nacional de Salud conlleva, así mismo, el reconocimiento de un estatuto jurídico mínimo del derecho a la asistencia sanitaria que el Estado ha de garantizar a todos en todo el territorio español. Esto quiere decir que las Comunidades Autónomas están obligadas a hacer efectivo al menos el contenido básico de este derecho. Una vez cubierto ese mínimo común, las Comunidades Autónomas podrán introducir elementos diferenciales, como de hecho así ha ocurrido.

---

<sup>795</sup> El funcionamiento del Fondo de Cohesión viene regulado en Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria

El estatuto jurídico del derecho a la asistencia sanitaria está integrado, en primer lugar, por un ámbito o contenido subjetivo, que se refiere a las personas titulares del derecho, sobre el que ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos al tratar el principio de universalidad. En segundo lugar, forma parte de este estatuto mínimo el ámbito o contenido objetivo, que incluye tanto el catálogo de prestaciones como los derechos de los usuarios del Sistema Nacional de Salud. Aspectos que se tratan en otros apartados de esta investigación.

Lo que nos interesa en este momento es analizar los instrumentos constitucionales previstos para la consecución de este estatuto jurídico común.

La garantía de la igualdad básica de todos los ciudadanos y del funcionamiento cohesionado de los servicios públicos de salud en un sistema descentralizado se alcanza, como acertadamente ha señalado PEMÁN GAVÍN<sup>796</sup>, a través de tres vías: **(I)** mediante una regulación homogénea, tanto de los aspectos subjetivos como objetivos de la asistencia sanitaria; **(II)** en segundo lugar, a través de instrumentos que permitan un funcionamiento coordinado del Sistema Nacional de Salud y por último, **(III)** con fórmulas de financiación orientadas al objetivo de la equidad.

Veamos por separado cada uno de estos elementos.

**(I) La regulación homogénea de los aspectos subjetivos y objetivos de la asistencia sanitaria.** Con el fin de procurar la igualdad básica del derecho a la asistencia sanitaria en todo el territorio, así como el funcionamiento cohesionado del Sistema Nacional de Salud, se atribuye al Estado, en el artículo 149.1.16<sup>a</sup> CE, la competencia sobre las bases de la sanidad. De este modo se pretende asegurar, primeramente, el acceso universalizado a los servicios públicos sanitarios, en segundo lugar, la

---

<sup>796</sup> “La culminación del proceso...”, *op. cit.*, pág. 683 y recientemente también en *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios Jurídicos*, Editorial Comares, Granada, 2005, pág. 170 y sigs.

salvaguarda del ejercicio de los derechos y deberes de los usuarios y pacientes del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad, y, por último, la consolidación de un catálogo básico de prestaciones que deben ofrecer todas las Comunidades Autónomas.

No cabe duda de que la normativa estatal, dictada al amparo de la competencia sobre las bases de la sanidad, desde la Ley General de Sanidad de 1986 hasta la legislación más reciente en la materia, ha perseguido que en todas las Comunidades Autónomas se respete un estatuto jurídico mínimo del derecho a la asistencia sanitaria. En este sentido, la Ley General de Sanidad definía el Sistema Nacional de Salud como un sistema «coherente, armónico y solidario» y propugnaba como principios básicos el acceso y disfrute de las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad, debiendo estar orientada la política de salud a la superación de los desequilibrios sociales y territoriales<sup>797</sup>.

El principio de igualdad en la Ley General de Sanidad se manifiesta, según PEMÁN GAVÍN<sup>798</sup>, de diversas formas que el autor reúne en tres bloques: la igualdad de trato de todos los ciudadanos por parte de los servicios sanitarios, que implica una prohibición de discriminación, recogida expresamente en el artículo 10.1 de la Ley, y que en conexión con el artículo 139.1 CE impone un trato igual dentro de cada ordenamiento jurídico autonómico para todos los ciudadanos, sin hacer distinciones según la Comunidad Autónoma a la que se pertenezca; en segundo lugar, la igualdad básica en el *status* jurídico de los ciudadanos en el sistema sanitario, lo que supone el reconocimiento de determinadas competencias a favor del Estado con el objeto de garantizar unos niveles mínimos de protección de la salud que no pueden ser ignorados por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de

---

<sup>797</sup> *Vid.* artículos 43.1.b) (derogado por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud) y 70.2.c) de la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986.

<sup>798</sup> *Derecho a la salud...*, *op. cit.*, págs. 203 a 209.



sus poderes normativos<sup>799</sup>; y, por último, la igualdad efectiva en la protección otorgada por los servicios sanitarios a los ciudadanos, que impide que la Administración sanitaria descentralizada genere diferencias de hecho para las Comunidades económica y socialmente menos favorecidas, para lo cual se prevé en la Ley General de Sanidad mecanismos como, por ejemplo, los servicios sanitarios de referencia o la fijación, a través de la competencia de coordinación general sanitaria, de fines y objetivos mínimos comunes en materia sanitaria.

También para BELTRÁN AGUIRRE<sup>800</sup> el principio de igualdad tiene una triple dimensión: la individual, en los artículos 3.2 y 16 de la Ley General de Sanidad, donde se prevé el acceso a las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad efectiva y que las normas de utilización de los servicios sean iguales para todos<sup>801</sup>; la territorial en el artículo 3.3, que dispone que la política de salud se oriente a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales<sup>802</sup>; y, finalmente, la financiera, en los artículos 12 y 81, en los que se ordena a los poderes públicos llevar a cabo políticas de gasto sanitario destinadas a corregir las posibles desigualdades y a garantizar la igualdad en el acceso a los servicios sanitarios.<sup>803</sup>

---

<sup>799</sup> Subraya J. PEMÁN GAVÍN, *ibídem*, pág. 206, nota 52, que «esta igualdad básica en el “status” de todos los españoles en relación con el sistema sanitario conecta directamente con la competencia estatal contemplada en el artículo 149.1.1ª Const. en relación con el artículo 43. Const. (derecho a la protección de la salud) [...]»

<sup>800</sup> “Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad”, en *Derecho y Salud*, vol. 10, núm. 1, 2002, pág.20.

<sup>801</sup> El artículo 3.2 establece en concreto: «La asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española. El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva.» Y el primer inciso del artículo 16 de la Ley General de Sanidad añade: «las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos.»

<sup>802</sup> Conforme al artículo 3.3 «la política de salud estará orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales»

<sup>803</sup> En este sentido, el artículo 12 establece que: «Los poderes públicos orientarán sus políticas de gasto sanitario en orden a corregir desigualdades sanitarias y garantizar la igualdad de acceso a los Servicios Sanitarios Públicos en todo el territorio español, según lo dispuesto en los artículos 9.2 y 158.1 de la Constitución. Precepto que se completa con el

Esta preocupación por mantener un cierto grado de homogeneidad que garantice el funcionamiento del Sistema Nacional de Salud se vio también reflejada en normas posteriores a la Ley General de Sanidad de 1986. Así, en el artículo 93.1 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, vigente hasta el 28 de julio de 2006, bajo la rúbrica “Principio de igualdad territorial y procedimiento coordinado” se reconoce, textualmente, el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional dentro del Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la utilización de medicamentos que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias. Hoy, la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios establece el principio de igualdad sin apenas modificaciones: «Se reconoce el derecho de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la prescripción y la utilización de medicamentos y productos sanitarios que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias.» (artículo 88.1)

Entre la legislación sanitaria mas reciente dictada por el Estado destinada a completar el actual marco de descentralización del Sistema Nacional de Salud, hay dos normas esenciales para la garantía de la igualdad básica del derecho a la asistencia sanitaria. Nos estamos refiriendo a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación

---

contenido del artículo 81 de la misma Ley: «La generalización del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria que implica la homologación de las atenciones y prestaciones del sistema sanitario público se efectuará mediante una asignación de recursos financieros que tengan en cuenta tanto la población a atender en cada Comunidad Autónoma como las inversiones sanitarias a realizar para corregir las desigualdades territoriales sanitarias, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.»

clínica y a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud<sup>804</sup>.

Por último, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que regula la Cartera de Servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, asegura a los ciudadanos el derecho a recibir en todas las Comunidades Autónomas las mismas prestaciones, con las mismas condiciones e idénticas garantías (artículos 1, 2.4,5 y 6, y 11.1)

Además de las referencias al artículo 149.1.16<sup>a</sup> CE, también se ha invocado como título competencial para preservar el estatuto jurídico mínimo de este derecho la competencia exclusiva del Estado, prevista en el artículo 149.1.1<sup>a</sup> CE, que le permite regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes.

La conexión entre el citado precepto y el derecho a la protección de la salud se puso de manifiesto por el Tribunal Constitucional en su STC 32/1983, de 28 de abril, al establecer que el perfil del artículo 43 CE debía ser completado con la competencia del Estado del artículo 149.1.1<sup>a</sup> CE, en aras a asegurar un sistema normativo de la sanidad nacional. Es, por tanto, frecuente que en la legislación sanitaria estatal se alegue como títulos la competencia genérica del artículo 149.1.1<sup>a</sup> CE y las competencias específicas del artículo

---

<sup>804</sup> El precedente de ambas normas es la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Tras la entrada en vigor de estas dos nuevas Leyes quedan derogados los apartados 5, 6, 8, 9 y 11 del artículo 10 LGS y el apartado 4 del artículo 11 LGS, en materia de derechos y deberes de los pacientes, así como el artículo 61 LGS, que trata la historia clínica, conforme a la Disposición Derogatoria Única de la Ley 41/2002 de derechos y deberes de los pacientes, así como los artículos 43 LGS (Alta Inspección) y 47 LGS (Consejo Interterritorial), de acuerdo a la Disposición Derogatoria 1<sup>a</sup> de la Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

149.1.16ª CE, con la importante excepción de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad que sólo recurre al artículo 149.1.16ª CE<sup>805</sup>.

Así, por ejemplo, en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, el artículo 2.2 dice lo siguiente: «Lo establecido en los artículos 50, 77 a 80, 84.1, 3, 4, 5 y 6, 85, 88, 89, 90, 93, 96, 97, y 98, Disposición Adicional 3ª y Disposición Adicional 5ª, así como las remisiones expresas a regulaciones de carácter básico a efectuar por el Gobierno, tienen la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.1ª y 16ª de la Constitución sobre bases y coordinación general de la sanidad.» En la Disposición Final 1ª de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que deroga la Ley del medicamento, se establece en su apartado 2º lo siguiente: « Los artículos 38, 68 a 71, 75.1, 3, 4 y 5, 77, 81, 83, 84, 95, 96 y 97 y las disposiciones adicionales tercera y cuarta, tienen la condición de normativa básica y se dictan al amparo del artículo 149.1.1 y 16 de la Constitución, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad.»

En la Disposición Final 1ª de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica se proclama que «esta Ley tiene la condición de básica de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.1ª y 16ª de la Constitución». Así mismo, en la Disposición Final 1ª de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud respecto a los títulos competenciales en virtud de los cuales se afirma que «1.La presente Ley se dicta al amparo del artículo 149.1.1ª y 16ª de la Constitución, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad.» También la referencia al artículo

---

<sup>805</sup> Artículo 2. 1.: «Esta Ley tendrá la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.16.ª de la Constitución y será de aplicación a todo el territorio del Estado [...]»

149.1.1ª CE es frecuente en las normas reglamentarias como, por ejemplo, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que regula la Cartera de Servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

De la lectura de estos preceptos parece deducirse que el legislador identifica lo que son condiciones básicas con legislación básica o bases de la sanidad<sup>806</sup>. En aquellos supuestos en los que la normativa sanitaria estatal se fundamenta en ambos títulos competenciales (artículos 149.1.1ª CE y 16ª CE), se plantea la duda sobre cuál es el alcance y significado del primero de ellos con relación al derecho a la asistencia sanitaria. Sobre todo, porque la legislación donde se invoca el artículo 149.1.1ª CE resulta cuanto menos confusa. Nótese, por ejemplo, lo dicho en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica se dice que «esta Ley tiene la condición de básica, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.1ª y 16ª de la Constitución.»

Con relación a esta cuestión TUDELA ARANDA considera que, a pesar de la falta de claridad del artículo 149.1.1ª CE en cuanto a la naturaleza y alcance de la competencia que se reconoce al Estado, sin embargo, la legislación de desarrollo resulta muy esclarecedora al respecto<sup>807</sup>. Según el

---

<sup>806</sup> Además de esta aparente identificación que hace el legislador entre *condiciones básicas* y *bases*, es práctica habitual no establecer qué preceptos se dictan al amparo del artículo 149.1.1ª o del artículo 149.1.16ª. Aunque haya preceptos que se puedan referir al mismo tiempo a las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho a la protección de la salud y a las bases de la sanidad, no obstante, como manifiesta BELTRÁN AGUIRRE, en “La igualdad básica...”, *op. cit.*, págs. 145 y 146, el no establecer el título competencial crea confusión y ambigüedad y contraría el principio de seguridad. Porque, como veremos a continuación *condiciones básicas* y *bases* no se pueden equiparar, aunque ambas contribuyan a la configuración de un estatuto mínimamente homogéneo del derecho a la asistencia sanitaria.

<sup>807</sup> *Vid.* J. TUDELA ARANDA, *Derechos constitucionales y autonomía política*, Civitas, Madrid, 1994. En concreto, con relación al derecho a la protección de la salud son interesantes los comentarios que hace en las págs. 110 a 113, 122 a 133 y 203 a 211.

autor, la referencia al artículo 149.1.1ª CE «busca legitimar la intervención estatal en aspectos concretos a los que no alcanza el título competencial específico y que se encuentran vinculados con los derechos y deberes constitucionales.»<sup>808</sup> Para el legislador, sigue explicando TUDELA ARANDA, el artículo 149.1.1ª CE contiene un título competencial y no un principio general. La cuestión es determinar cuál es el alcance y la naturaleza de dicho título. Para este autor, el objeto de esta competencia son los derechos y deberes constitucionales, y las normas dictadas al amparo de este título competencial tienen una naturaleza «aproximada a las “bases”». Así pues, según este autor, el Derecho positivo entiende el artículo 149.1.1ª como «el título competencial que la Constitución atribuye al Estado para que éste garantice, mediante la aprobación de las correspondientes normas básicas, una igualdad mínima de todos los españoles en relación con el régimen jurídico de los derechos y deberes constitucionales.»<sup>809</sup>

Esta interpretación no es compartida ni por la mayoría de la doctrina, ni por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Así, por ejemplo, BAÑO LEÓN<sup>810</sup> defiende, con acierto, que el calificativo de básicas no significa que la competencia del artículo 149.1.1ª CE sea una competencia sobre las bases. Para este autor, las condiciones básicas son «aquellas sin las cuales no es posible cumplir adecuadamente el fin de garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.» Y añade que las competencias del Estado se califican de básicas cuando la materia se comparte entre Estado y Autonomías. Sin embargo, «cuando el Estado regula una condición básica en el sentido del artículo 149.1.1ª CE, no utiliza una competencia básica, porque el ejercicio de la competencia se agota con la regulación de las condiciones básicas.»

---

<sup>808</sup> *Ibidem*, págs. 130 y 131.

<sup>809</sup> *Ibidem*, pág. 133.

<sup>810</sup> *Vid. Las autonomías locales...*, *op. cit.*, pág. 252 y 253,

De parecida opinión es DE OTTO, para quien el adjetivo *básicas* del artículo 149.1.1ª CE se refiere a la materia y no a la regulación. Es decir, no se refiere a la *legislación básica*, ni a las *bases*, sino a aquellos factores, a aquellos elementos o materias de diversa índole, que sin formar parte necesariamente del contenido del derecho, deben ser reguladas por el Estado, porque, como señala el autor, coadyuvan a su realización<sup>811</sup>. En nuestro caso, hay instituciones, servicios, elementos relacionados con el derecho a la protección de la salud que, sin formar parte de su estructura, contribuyen a su desarrollo, como algunos aspectos esenciales del Sistema Nacional de Salud: las vías de acceso a la asistencia sanitaria, los parámetros de calidad de las prestaciones, etc.

DE OTTO es consciente de la fuerza expansiva de esta competencia atribuida en exclusiva al Estado para regular las condiciones básicas, bajo cualquier forma normativa (normas con rango de ley, normas de carácter reglamentario). Por este motivo, propone unos límites en la interpretación del artículo 149.1.1ª CE. En primer lugar, la competencia para regular las condiciones básicas no puede servir para ampliar las competencias del Estado en las materias contempladas en los demás apartados del artículo 149.1. CE, como por ejemplo la competencia para establecer las bases sobre la sanidad. En segundo lugar, explica DE OTTO, que en las materias que no son competencia exclusiva del Estado —como sería la sanidad y, más concretamente, la asistencia sanitaria— el artículo 149.1.1ª CE sirve para «sustraer a la eventual competencia autonómica sobre una materia aquellos aspectos concretos de ella en los cuales estén en juego condiciones básicas para el ejercicio de un derecho.»<sup>812</sup> Por último, señala que la interpretación que se haga de este artículo ha de ser restrictiva, tanto en lo que se refiere a las condiciones básicas como a la extensión de la competencia.

---

<sup>811</sup> I. DE OTTO, “Los derechos fundamentales...”, *op. cit.*, págs. 68 y 69.

<sup>812</sup> *Ibidem*, pág. 70.

Para BALAGUER CALLEJÓN el artículo 149.1.1ª CE no atribuye una competencia ordinaria al Estado en materia de derechos y deberes de los ciudadanos. Por esta vía el Estado no puede aumentar sus competencias con relación a esta materia. Sin embargo, sí le otorga una potestad extraordinaria. El artículo 149.1.1ª cumple una función de garantía de la igualdad. Es un límite, de las potestades normativas autonómicas, pero que «depende de la existencia de una regulación estatal específica (esté o no expresamente formulada como tal) en la que se encuentren las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes de los españoles.»<sup>813</sup>

La jurisprudencia constitucional, respecto a la naturaleza y al alcance del artículo 149.1.1ª CE, no ha sido unívoca. Este precepto se ha considerado por el Tribunal Constitucional en ocasiones como una manifestación del principio de igualdad, otras veces como un título competencial del Estado, así como una cláusula interpretativa del reparto de competencias y un límite a las competencias de las Comunidades Autónomas<sup>814</sup>. Sin entrar en el análisis de cada uno de estos aspectos, sí nos interesa destacar en este momento, por la trascendencia que tiene para comprender la relación entre los artículos 149.1.1ª CE y 149.1.1.16ª CE, cómo ha interpretado el Alto Tribunal la materia sobre la que recae el título competencial del artículo 149.1.1ª CE.

Si admitimos que bajo la expresión «derechos y deberes constitucionales» se incluyen todos los comprendidos en el Título I CE, y por lo tanto también el derecho a la asistencia sanitaria del artículo 43 CE, la duda se centra en aclarar cuál es el significado de las «condiciones básicas» a las que se refiere la Constitución. Sin poder detenernos mucho más en estas

---

<sup>813</sup> Vid. F. BALAGUER CALLEJÓN, "Igualdad de los ciudadanos y proceso de descentralización", en ASENSI SABATER, J. (Coord): *Ciudadanos e Instituciones en el Constitucionalismo actual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 653 a 666

<sup>814</sup> Cfr. el estudio realizado por J. TUDELA ARANDA, en *Derechos constitucionales...*, *op. cit.*, págs. 135 a 237.



cuestiones, porque iríamos más allá del objeto de nuestra investigación, sí podemos afirmar que en el seno de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no existe una solución definitiva y pacífica al respecto<sup>815</sup>. Prueba de ello es la Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, y el voto particular emitido, donde se trata de aclarar la naturaleza y alcance de la competencia del artículo 149.1.1ª CE y el significado de la expresión «condiciones básica».

En primer lugar, se explica lo *que no es* la competencia del artículo 149.1.1ª CE en los siguientes términos:

« [...] no se puede identificar con el contenido derivado de otros preceptos constitucionales, tales como los arts. 138.2 y 139.1, que son presupuestos o límites, pero no títulos competenciales; o el artículo 139.2, en cuanto expresión de la unidad de mercado y del derecho a la libre circulación. [...] El artículo 149.1.1ª CE no viene a ser un trasunto, en el plano competencial, del artículo 14 CE, que, por lo demás, vincula a todos los poderes públicos. Este título estatal no representa, pues, una suerte de prohibición para el legislador autonómico de un trato divergente y desproporcionado respecto de la legislación estatal.» (Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, F.J. 7º)

Con relación a la expresión «condiciones básicas» el Tribunal Constitucional aclara que:

« [...] no es sinónimo de «legislación básica», «bases» o «normas básicas». El artículo 149.1.1ª CE, en efecto, no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento —eso sí, entero— de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad. Y si bien es cierto que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate y, en consecuencia, es claro que las Comunidades Autónomas, en la medida

---

<sup>815</sup> El Tribunal Constitucional cuando trata de responder a la pregunta qué debe entenderse por «condiciones básicas», no da una única respuesta. En ocasiones alude a todas aquellas condiciones materiales, que puedan incidir en el ejercicio de los derechos y deberes. Esta interpretación conlleva una intervención prácticamente ilimitada del Estado, porque hay pocas materias que no afecten, directa o indirectamente, al ejercicio de los derechos y deberes. Sin embargo, otras veces, el Tribunal Constitucional usa la expresión «condiciones básicas» como sinónimo de «régimen jurídico básico». Es decir, conforme a esta interpretación el Estado tendría reconocida la competencia para regular los aspectos básicos del régimen jurídico de los derechos y deberes constitucionales. *Cfr.* el estudio realizado por TUDELA ARANDA, *ibídem*, págs. 152 y sigs., sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con relación a este tema.

en que tengan competencias sobre la materia, podrán siempre aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho [...] no lo es menos, sin embargo, que la competencia *ex* artículo 149.1.1ª CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo. En otras palabras, el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias.» (Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, F.J. 7º)

Por último el Tribunal Constitucional precisa que las condiciones básicas no equivalen ni se pueden identificar con el denominado contenido esencial de los derechos fundamentales:

«[...] técnica cuyo objeto, como hemos reiterado desde la STC 11/1981, consiste en garantizar el derecho frente a los eventuales abusos o extralimitaciones de los poderes públicos, en particular y en primer término, del legislador, cualquiera que éste sea, en su tarea reguladora. El contenido esencial constituye, pues, una garantía constitucional en favor del individuo, algo a respetar por el legislador en cada caso competente, no para regular; no es, en definitiva, una técnica que permita determinar lo que al Estado o a las Comunidades Autónomas les corresponde. En términos positivos, pues, tanto el legislador estatal de las condiciones básicas, como el autonómico deben respetar el contenido esencial del derecho de propiedad (artículo 53.1 CE).» (Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, F.J. 7º)

Hecha esta delimitación negativa del artículo 149.1.1ª CE, el Tribunal Constitucional pasa a sintetizar alguna de las notas que caracterizan esta competencia del Estado:

«Así, en lo que hace a su ámbito material o alcance horizontal, es de advertir que la «materia» sobre la que recae o proyecta son los derechos constitucionales en sentido estricto, así como los deberes básicos. Ahora bien, las condiciones básicas que garanticen la igualdad se predicen de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos considerados, no de los sectores materiales en los que éstos se insertan y, en consecuencia, el artículo 149.1.1ª CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario, dada la fuerza expansiva de los derechos y la función fundadora de todo el ordenamiento jurídico que éstos tienen atribuida (artículo 10.1 CE), quedaría desbordado el ámbito y sentido

del artículo 149.1.1ª CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional.» (Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, F.J. 7º)

Así pues, conforme a las palabras de nuestro Alto Tribunal, el artículo 149.1.1ª CE no puede interpretarse como una prohibición de diferencias entre Comunidades Autónomas, ni tampoco como un título residual. Por el contrario, este artículo contiene un título competencial autónomo, que habilita al Estado para regular por completo las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber. Es un título única y exclusivamente de carácter normativo, quedando, por tanto, excluidas las competencias ejecutivas y de gestión y limitado en lo material a la regulación sólo de las condiciones básicas. Es decir, el Estado, invocando el artículo 149.1.1ª CE, no podrá establecer el régimen jurídico completo de un derecho, sino sólo las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio.

En cuanto al contenido y significado de la expresión «condiciones básicas», el Tribunal Constitucional establece, en la Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, F.J. 8º, y también con posterioridad en la Sentencia 188/2001, de 20 de septiembre, F.J. 12º, que tales condiciones básicas:

« [...] hacen referencia al contenido primario del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...). En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta. Como hemos insistido, si por «condiciones básicas» hubiera de entenderse cualquier condición «material», obligado sería concluir que esa interpretación tan amplia habría de conducir a un solapamiento con otras competencias estatales explicitadas en el artículo 149.1 CE o, lo que es peor, a una invasión de las competencias autonómicas. [...] Dentro de esas «condiciones básicas» cabe entender incluidos asimismo aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho [...] los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un

derecho [...] los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho [...] etcétera.»

Por tanto, las «condiciones básicas» comprenderán el contenido primario del derecho, las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...), el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho, los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho, los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho, etc.

Esta doctrina, como era de esperar, ha generado importantes discrepancias en el seno del propio Tribunal. Prueba de ello son los votos particulares que se formularon en las dos Sentencias que acabamos de citar: la Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, y años más tarde en la Sentencia 188/2001, de 20 de septiembre.

El primero de los votos fue formulado por el Magistrado JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, para quien en esta Sentencia (STC 61/1997) se hace una interpretación expansiva del artículo 149.1.1ª CE, transformándolo en «un título que convierte al legislador estatal en una suerte de legislador básico en materia del estatuto jurídico de la propiedad urbana.» Para el Magistrado se lleva a cabo una lectura forzada del título competencial cuando se afirma que se atribuye al Estado «la competencia para regular “el contenido básico y primario del derecho de propiedad”; contenido que se identifica con las “condiciones básicas” de ese derecho y que es necesario regular para garantizar la igualdad de todos los españoles.» Para JIMÉNEZ DE PARGA esta interpretación lleva a un vaciamiento del sistema de distribución de competencias establecido en la Constitución, porque, si se siguiera la teoría establecida por el Tribunal Constitucional, el Estado podría incidir en aquellos ámbitos o materias de competencia autonómica en las que se viera implicado un derecho o un deber. En su opinión, «el artículo 149.1.1ª CE no es un título

que postula —como ha llegado a sostenerse— una suerte de común denominador garantizador de las condiciones básicas de los derechos y deberes que se resuelve en primer término y ante todo, en una cierta homogeneidad, en lo que hace al contenido básico, de las posiciones jurídico-constitucional en sentido técnico-jurídico (derechos constitucionales *stricto sensu*), ni es una regla de reparto de competencias en cuanto a la regulación de los derechos y deberes constitucionales. Pero, tampoco es un título que habilita al Estado para legislar sobre el contenido «primario y básico» del derecho de propiedad como si de un legislador básico se tratase.» El artículo 149.1.1ª CE atribuye al Estado la competencia para regular las condiciones *ad extra* o de disfrute del derecho y no el contenido básico o primario del mismo, que se podrían denominar, según JIMÉNEZ DE PARGA, condiciones *ad intra*. Porque, en primer lugar, si se refiriese al contenido se produciría una redundancia con relación al artículo 81 CE, que recordemos atribuye al Estado la regulación del contenido de los derechos constitucionales de la Sección 1ª, Capítulo II, Título I CE. Por otro lado, añade el Magistrado, «sería un contrasentido considerar que el artículo 53.1 CE obliga al legislador a respetar el contenido esencial de los derechos constitucionales, pero en cambio el artículo 149.1.1ª CE le habilita para regular el contenido básico o primario, o sea, su contenido esencial [...]». Destaca JIMÉNEZ DE PARGA la prudencia con la que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha interpretado el 149.1.1ª CE, como título competencial para regular las condiciones del ejercicio del derecho y no su contenido. En definitiva, en opinión de JIMÉNEZ DE PARGA el artículo 149.1.1ª CE interpretado con relación al artículo 139 CE habilita al Estado con una competencia para que regule las condiciones o circunstancias básicas o necesarias que aseguren la efectiva realización, en su dimensión territorial, del principio-derecho a la igualdad del artículo 14 CE.

El segundo de los votos particulares lo planteó el Magistrado CONDE MARTÍN DE HIJAS en la Sentencia 188/2001, de 20 de septiembre; voto al que se adhieren los Magistrados JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA y GARRIDO

FALLA. En su opinión, la interpretación del artículo 149.1.1ª que se hace en la Sentencia es restrictiva en el siguiente sentido. El autor de este voto particular no está de acuerdo con la graduación de los posibles contenidos de las condiciones básicas a los que se alude en el F.J. 12º de la STC 188/2001, que se inspira a su vez en el F.J. 7º de la STC 61/1997. Las condiciones básicas deben referirse a las “posiciones jurídicas fundamentales”, pero estas posiciones no pueden pasar a formar parte del contenido de las condiciones básicas. Por otro lado, las condiciones básicas no pueden reducirse al "contenido primario del derecho", sino que, dado el carácter finalista del artículo 149.1.1ª, deben extenderse a todo el derecho y no sólo a una parte. Las «condiciones básicas» pueden tener diversos significados: pueden referirse según los casos «bien a una parte de la regulación genérica de los derechos y deberes constitucionales[...], bien a contenidos mucho más concretos de un determinado derecho, para garantizar la igualdad de todos los españoles en su ejercicio, bien incluso a elementos meramente instrumentales de apoyo externo al ejercicio del derecho[...]» Las condiciones básicas pueden consistir tanto en condiciones jurídicas (especificaciones normativas del ejercicio de los derechos), como en condiciones fácticas previas a su ejercicio.

Para CONDE MARTÍN DE HIJAS en el artículo 149.1.1ª CE no se contiene una “regla competencial”, sino una “materia” sobre la que el Estado tiene competencia exclusiva. Sin embargo, advierte que esto no significa que a través de la vía de las condiciones básicas se pueda regular todo el contenido del derecho, ya que el régimen normativo de un derecho es más amplio que el de la condición básica, de su ejercicio, que solo tiene relación con una parte de ese contenido. Y esa competencia exclusiva no se limita a la regulación, sino que incluye también actos de ejecución y de administración. En palabras del Magistrado: «si el fin con el que se configura la definición de la materia recogida en ese precepto es el de "garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales", ese designio finalista solo se puede garantizar si no se

diferencia entre un plano normativo y un plano de ejecución, el primero confiado al Estado, y el segundo a las plurales Administraciones de las diversas Comunidades Autónomas, pues este segundo factor de diversidad puede impedir el fin de igualación que es el alma de la condición básica.»

Esta interpretación del artículo 149.1.1ª CE permite rechazar la tesis según la cual el Estado, para el ejercicio de la competencia de regulación de las condiciones básicas, ha de tener una previa atribución de competencia sobre la materia respecto de la que deban proyectarse las condiciones básicas; si así se interpretara, la materia del artículo 149.1.1ª CE acabaría supeditándose a la ordenación material de los restantes apartados. Para el Magistrado «desde esa misión de igualación a la que se refiere el artículo 149.1.1ª CE no solo no puede subordinarse a los ámbitos materiales de atribución de competencias a las Comunidades Autónomas en sus distintos Estatutos, sino que, a mi juicio, es un condicionante a respetar por aquéllas, al ejercer las competencias, normativas o de ejecución, que sobre las restantes materias puedan tener atribuidas.»

Como puede fácilmente desprenderse de lo expuesto más arriba, estamos ante un debate todavía candente y sin soluciones definitivas.

Para el caso concreto del derecho a la protección de la salud, como derecho a la asistencia sanitaria, consideramos que la competencia del Estado para regular las *condiciones básicas* que garanticen la igualdad en su ejercicio no puede identificarse con la competencia para regular el *contenido básico* de este derecho. El contenido básico del derecho a la asistencia sanitaria sí corresponde establecerlo al Estado, pero, no en virtud del título recogido en el artículo 149.1.1ª, sino del título competencial para regular las *bases de la sanidad* contemplado en el artículo 149.1.16ª. Las condiciones básicas para el ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria son condiciones *ad extra*, que no forman parte de su contenido. Nos adherimos, por tanto, a la opinión expresada por el magistrado JIMÉNEZ DE PARGA. La regulación completa de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho a la protección de

la salud no se puede extender al sector material en el que se encuentra inserto este derecho. Este sector es la sanidad. Sobre esta materia concurren las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, recogidas en los artículos 148.1.21ª CE y 149.1.16ª CE. La cuestión es determinar cuáles son esas condiciones básicas.

Según BELTRÁN AGUIRRE las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio del derecho a la protección de la salud, entendido como derecho a la asistencia sanitaria, y cuya regulación corresponde al Estado, son la igualdad en el acceso a los servicios sanitarios, en el uso de los servicios sanitarios a los que se ha accedido, en el acceso a las prestaciones sanitarias preventivas y curativas incluidas en el catálogo estatal básico y común y, por último, un nivel de calidad mínimo en los contenidos, procedimientos y administración de las prestaciones sanitarias comunes y básicas<sup>816</sup>.

**(II) Instrumentos que garantizan el funcionamiento cohesionado del Sistema Nacional de Salud.** Además de la legislación estatal destinada a garantizar la igualdad mínima del estatuto jurídico del derecho a la asistencia sanitaria para todas las personas, existen dos competencias estatales que han cobrado especial relevancia con el objetivo común de mantener la cohesión de un sistema público de salud descentralizado. Nos estamos refiriendo a la coordinación general de la sanidad y a la Alta Inspección.

Como ya hemos dicho más arriba, la coordinación es una competencia del Estado que persigue la integración de las diversas partes del Sistema con el fin de evitar contradicciones y reducir disfunciones. Aclara nuestro Tribunal Constitucional que la coordinación es una competencia distinta a la competencia sobre las bases de la sanidad, aunque, sin lugar a dudas, constituye un reforzamiento y un complemento de ésta última. La coordinación consiste en la fijación de medios y sistemas de relación que

---

<sup>816</sup> Véase al respecto. su trabajo “La igualdad básica, la coordinación y la cooperación interterritorial: fundamentos del Sistema Nacional de Salud”, en *Derecho y Salud*, vol. 10, núm. 2, 2002, pág. 127.



hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus competencias de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario (STC 32/1983, F.J. 2º y STC 43/1983, F.J. 3º).

Para que exista coordinación es necesario que, previamente, las Comunidades Autónomas hayan asumido competencias en materia de sanidad. Puesto que el proceso de descentralización sanitaria ha culminado, con la consiguiente asunción de funciones por parte de los diferentes Servicios autonómicos de salud, este es el momento en el que el Estado debe intervenir coordinando todos los elementos que integran el Sistema Nacional de Salud, respetando, en todo caso, el contenido de las competencias autonómicas.

Como se señala en el Preámbulo de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, de 28 de mayo de 2003, la asunción de competencias sanitarias por las Comunidades Autónomas, la adopción del reciente modelo de financiación de la sanidad así como el planteamiento de nuevos retos sanitarios<sup>817</sup>, han hecho patente la necesidad de asegurar un funcionamiento cohesionado del Estado y de las Comunidades, con el fin de mantener la identidad del Sistema Nacional de Salud y de responder a los principios constitucionales de unidad, autonomía y solidaridad en los que se fundamenta dicho Estado autonómico. De ahí que el objeto de esta Ley sea, según se afirma textualmente en su artículo 1, establecer el marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se garantice la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional

---

<sup>817</sup> «[...] como son la orientación a los resultados en salud, la potenciación del papel de los usuarios como decisores, la implicación de los profesionales en las reformas administrativas, las actuaciones clínicas y la toma de decisiones basadas en la evidencia científica, así como la búsqueda de mecanismos de integración en la atención sanitaria y la sociosanitaria [...]», Preámbulo de la Ley 16/2003, de 28 de mayo de 2003, de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

de Salud, así como la colaboración activa del mismo en la reducción de las desigualdades en salud. Se completa este artículo estableciendo que «lo dispuesto en esta Ley será de aplicación a los servicios sanitarios de financiación pública y a los privados en los términos previstos en el artículo 6 y en las disposiciones adicionales tercera y cuarta.» En efecto, el artículo 6, con relación a las entidades sanitarias no integradas en el Sistema Nacional de Salud, reconoce que «de acuerdo con el artículo 43.2 de la Constitución, el Ministerio de Sanidad y Consumo y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de las competencias que les corresponden, [sin perjuicio de las que correspondan a las demás Administraciones públicas competentes, en virtud de los conciertos celebrados al amparo de su legislación específica para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas (Disposición Adicional 3ª)] ejercerán un control de las entidades sanitarias no integradas en el Sistema Nacional de Salud, en relación con las actividades de salud pública y en materia de garantías de información, seguridad y calidad, y requerirán de ellas la información necesaria para el conocimiento de su estructura y funcionamiento. Asimismo podrán colaborar con dichas entidades en programas de formación de profesionales sanitarios y de investigación sanitaria.»

Igualmente, se obliga a las mutualidades, entidades colaboradoras y mutuas con responsabilidades de cobertura de asistencia sanitaria pública, a garantizar el contenido de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, así como las garantías sobre accesibilidad, movilidad, calidad, seguridad, información y tiempo recogidas en esta Ley, de acuerdo con lo dispuesto en su normativa específica (Disposición Adicional 4ª), todo ello en aras de asegurar la cohesión del Sistema.

El legislador insiste en el carácter formal de la coordinación y recapacita sobre su trascendencia para asegurar un servicio público de calidad e igualitario. Para alcanzar este objetivo, en un sistema descentralizado y a la vez integrado, en la Ley se opta por definir los sectores en los que se necesita la

colaboración entre Estado y Comunidades Autónomas: las prestaciones del Sistema Nacional de Salud; la farmacia; los profesionales sanitarios; la investigación; el sistema de información sanitaria, y la calidad del sistema sanitario.

Tal y como se proclama en el Preámbulo de la Ley, estos seis ámbitos constituyen para los ciudadanos la garantía de las prestaciones en todo el territorio del Estado, aseguran que los profesionales sanitarios tengan la misma competencia profesional, que la investigación se oriente a las necesidades de salud de la población, que la información sanitaria fluya en todo el sistema y que la calidad sea un objetivo común dentro del Sistema Nacional de Salud. En definitiva, y en palabras del propio legislador, sin interferir en la diversidad de formulas organizativas, de gestión y de prestación de servicios consustancial con un Estado descentralizado, se pretende que la atención al ciudadano por los servicios públicos sanitarios responda a unas garantías básicas y comunes.

Explica BELTRÁN AGUIRRE cómo la coordinación general de la sanidad no se sitúa en el nivel normativo, sino en el ámbito de la programación de las actuaciones y de las prestaciones sanitarias. De ahí el carácter formal de la coordinación, como función instrumental cuyo objetivo es evitar disfunciones y lograr la integración de todos los componentes del Sistema Nacional de Salud mediante el establecimiento de cierta homogeneidad en las actuaciones, sin alterar las competencias de los distintos entes territoriales<sup>818</sup>.

El principal instrumento de coordinación es el Consejo Interterritorial, cuyo papel se ve reforzado en esta Ley. Se define como «el órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los Servicios de Salud entre ellos y con la Administración del Estado.» (Artículo 69.1). En cuanto a su composición, la novedad más destacable es que ha dejado de ser paritario. La Ley General de Sanidad de 1986 preveía que estuviese integrado

---

<sup>818</sup> Vid. J.L. BELTRÁN AGUIRRE, “Coordinación general sanitaria”, en *Ciudadanía sanitaria. Oportunidades de actualización e integración normativa del Sistema Nacional de Salud en el siglo XXI*, pág. 8

por igual número de representantes de la Administración del Estado como de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, en el Artículo 70 de la Ley de Cohesión y Calidad se establece que el Consejo Interterritorial esté constituido por el Ministro de Sanidad y Consumo, que ostentará su presidencia, y por los Consejeros competentes en materia de sanidad de las Comunidades Autónomas.<sup>819</sup>

De igual modo, en esta norma se presta especial atención a las funciones que le corresponde. Se dedica a tal fin un extenso artículo 71 en el que enumera sus principales competencias «que se ejercerán sin menoscabo de las competencias legislativas de las Cortes Generales y, en su caso, normativas de la Administración General del Estado, así como de las competencias de desarrollo normativo, ejecutivas y organizativas de las Comunidades Autónomas.» Conocerá, debatirá y, en su caso, emitirá recomendaciones relacionadas con aspectos esenciales en la configuración del Sistema Nacional de Salud<sup>820</sup>; desempeñará, igualmente, funciones de asesoramiento,

---

<sup>819</sup> La presidencia la ostentará el Ministro de Sanidad. La vicepresidencia de este órgano la desempeñará uno de los Consejeros competentes en materia de sanidad de las Comunidades Autónomas, elegido por todos los Consejeros que lo integran. Asimismo, contará con una Secretaría órgano de soporte permanente del Consejo, cuyo titular será propuesto por el Ministro de Sanidad y Consumo y ratificado por el mismo Consejo, y asistirá a las sesiones con voz y sin voto. Cuando la materia de los asuntos a tratar así lo requiera podrán incorporarse al Consejo otros representantes de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas.

<sup>820</sup> Estos aspectos esenciales son, de acuerdo con el artículo 70,1:

« a) El desarrollo de la cartera de servicios correspondiente al “Catálogo de Prestaciones del Sistema Nacional de Salud”, así como la actualización de la misma.

b) El establecimiento de prestaciones sanitarias complementarias a las prestaciones básicas del Sistema Nacional de Salud por parte de las Comunidades Autónomas.

c) El uso tutelado al que se refiere el artículo 22 de esta Ley.

d) Los criterios marco que permitan garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud.

e) Las garantías mínimas de seguridad y calidad para la autorización de la apertura y puesta en funcionamiento de los centros, servicios y establecimientos sanitarios.

f) Los servicios de referencia del Sistema Nacional de Salud.

g) Los criterios generales y comunes para el desarrollo de la colaboración de las oficinas de farmacia, por medio de conciertos que garanticen a los

planificación y evaluación en diversos ámbitos<sup>821</sup>; desarrollará un papel esencial en la coordinación del Sistema Nacional de Salud a través de varias

---

ciudadanos la dispensación en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional, independientemente de su Comunidad Autónoma de residencia.

h) Los criterios básicos y condiciones de las convocatorias de profesionales que aseguren su movilidad en todo el territorio del Estado.

i) La iniciativa sectorial de investigación en salud.

j) Los criterios, sistemas y medios de relación que permitan la información recíproca en el Sistema Nacional de Salud, así como los criterios de seguridad y accesibilidad del sistema de información.

k) Los criterios para la elaboración y evaluación de las políticas de calidad elaboradas para el conjunto del Sistema Nacional de Salud.

l) La declaración de la necesidad de realizar las actuaciones coordinadas en materia de Salud Pública a las que se refiere la presente Ley.

m) La aprobación de los Planes integrales a los que se refiere esta Ley.

n) Los criterios generales sobre financiación pública de medicamentos y productos sanitarios y sus variables.

ñ) El establecimiento de criterios y mecanismos en orden a garantizar en todo momento la suficiencia financiera del Sistema y el carácter equitativo y de superación de las desigualdades que lo definen, sin perjuicio de las competencias del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas.

o) La definición de objetivos y estrategias de funcionamiento de los organismos y restantes estructuras de apoyo dependientes del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

p) Cualquier otra función que le atribuya ésta u otras disposiciones de carácter esencial para la configuración del Sistema Nacional de Salud.»

<sup>821</sup> Como son, según el artículo 71.2:

«a) La evolución de los Planes Autonómicos de Salud y la formulación de los planes conjuntos y del Plan Integral de Salud a que se refieren los artículos 71 y 74 siguientes de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

b) Los planes y programas sanitarios, especialmente los que se refieren a la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad, que impliquen a todas o a una parte de las Comunidades Autónomas.

c) Las líneas genéricas del programa formativo de los profesionales del Sistema Nacional de Salud, así como los criterios básicos de acreditación de centros y servicios para la docencia de post-grado y para la evaluación de la competencia.

d) La evaluación de las políticas de calidad implementadas en el seno del Sistema Nacional de Salud y la evaluación de la eficacia, eficiencia y seguridad de las nuevas técnicas, tecnologías y procedimientos que resulten relevantes para la salud y la atención sanitaria.

e) La memoria anual sobre el funcionamiento del Sistema Nacional de Salud.

f) El Plan de actuaciones y los resultados que arroje la gestión de los organismos o estructuras dependientes del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

acciones<sup>822</sup> y, por último, tendrá funciones de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas<sup>823</sup>.

Para el funcionamiento del Consejo Interterritorial se prevé la elaboración de un nuevo reglamento interno (Artículo 73. 1). Este Reglamento se aprobó en su sesión plenaria el 23 de julio de 2003. Por último debemos añadir que los acuerdos que en su seno se adopten se aprobarán por consenso y se plasmarán en recomendaciones (Artículo 73.2)

---

g)En materia de asesoramiento, planificación y evaluación en el Sistema Nacional de Salud, cualquiera otra función que le atribuya esta u otras disposiciones.»

<sup>822</sup> Conformar al artículo 71.3:

«a)El seguimiento de las acciones de coordinación a las que se refiere el artículo 5 de esta Ley.

b)Los asuntos en materia de sanidad, asistencia sanitaria, productos farmacéuticos y consumo para conformar, de manera coordinada, la voluntad del Estado en el seno de las Comunidades Europeas en estas materias, así como coordinar la implantación en el Sistema Nacional de Salud de las medidas, decisiones y orientaciones adoptadas en las Comunidades Europeas.

c)Los criterios para coordinar los programas de control de calidad y seguridad de los medicamentos establecidos por el Ministerio de Sanidad y Consumo y las Comunidades Autónomas.

d)Los principios generales de coordinación respecto a los requisitos comunes y las condiciones para la financiación y desarrollo de los ensayos clínicos en el Sistema Nacional de Salud.

e)Los criterios para la coordinación de la política general de recursos humanos del Sistema Nacional de Salud.

f)Los acuerdos sanitarios internacionales por los que se colabore con otros países y organismos internacionales en las materias a las que se refiere el artículo 39 de la Ley General de Sanidad.

g)En general, coordinar aquellos aspectos relacionados con acciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud que dispongan las Leyes o que, de acuerdo con su naturaleza, precisen de una actuación coordinada de las Administraciones sanitarias públicas.»

<sup>823</sup> En, (artículo 71.4):

«a)Los acuerdos entre las distintas Administraciones sanitarias para conseguir objetivos de común interés de todos los servicios de salud.

b)Los criterios generales para el desarrollo de programas que integren acciones de cooperación al desarrollo sanitario.

c)En general, todos aquellos asuntos que los miembros del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud consideren de interés general para el conocimiento y la colaboración en el seno del Consejo.»

Junto a la coordinación general de la sanidad hay una segunda competencia estatal que cobra especial relevancia en el marco de la actual descentralización sanitaria. Nos referimos a la Alta Inspección. También en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, como en el caso de la coordinación, se ha pretendido reforzar esta competencia<sup>824</sup>. Para ello se deroga el Capítulo IV del Título II de la Ley General de Sanidad de 1986, en cuyo único artículo se establecían las actividades propias de la Alta Inspección.

Sin embargo, hemos de subrayar que, a pesar de esta derogación, el nuevo texto coincide, en su práctica totalidad, con el derogado artículo 43 de la Ley General de Sanidad<sup>825</sup>. En efecto, en la Ley de Cohesión y Calidad se

---

<sup>824</sup> En la línea de reformas iniciadas en torno a la descentralización y modernización del Sistema Nacional de Salud, el Real Decreto 840/2002, de 2 agosto, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo (B.O.E. de 3 de agosto de 2002) dedica su artículo 13 a la Dirección General de Alta Inspección y Coordinación del Sistema Nacional de Salud, que se configura como el órgano encargado de velar por la vertebración funcional de todo el conjunto. De la Dirección General de Alta Inspección y Coordinación del Sistema Nacional de Salud dependen la Subdirecciones Generales siguientes: la Secretaría del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y Subdirección General de Alta Inspección. De acuerdo al artículo 13.4 del citado Real Decreto la Subdirección General de Alta Inspección tendrá las siguientes funciones:

- «a) El desarrollo y potenciación de las relaciones con las Comunidades Autónomas y sus Servicios de Salud, con las Corporaciones Locales y con otras entidades y organizaciones sanitarias, así como aquellas actividades de coordinación de los órganos directivos y unidades del Departamento con las Administraciones Públicas.
- b) La tramitación y seguimiento de los acuerdos y convenios suscritos en el ámbito del Departamento con otras Administraciones públicas y entidades públicas o privadas, así como el seguimiento de la ejecución de los acuerdos adoptados en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.
- c) La recogida y análisis de información autonómica sobre estructuras, recursos sanitarios y actividades desarrolladas por las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de las competencias de otras unidades del Departamento en la recogida de datos estadísticos a efectos de planificación.
- d) El seguimiento y análisis de los actos y disposiciones de las Comunidades Autónomas, en ejercicio de las funciones que asigna al Estado el capítulo IV del Título II de la Ley General de Sanidad.»

Esta última alusión a la Ley General de Sanidad debe modificarse y en su lugar debemos entender que se refiere al Capítulo XI de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

<sup>825</sup> Sólo se introducen modificaciones en el párrafo primero. El artículo 43.1 de la Ley General de Sanidad decía lo siguiente: «El Estado ejercerá la Alta Inspección como

reproducen literalmente las funciones de supervisión, evaluación, comprobación y verificación del cumplimiento de las competencias estatales y autonómicas en materia de sanidad que corresponden a la Alta Inspección del Estado<sup>826</sup>, así como el procedimiento que se ha de seguir si se comprobase el incumplimiento por parte de las Comunidades Autónomas de sus obligaciones.

---

función de garantía y verificación del cumplimiento de las competencias estatales y de las Comunidades Autónomas en materia de sanidad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución y en las leyes.» El artículo 76.1 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional establece «El Estado ejercerá la Alta Inspección como función de garantía y verificación del cumplimiento de las competencias estatales y de las Comunidades Autónomas en materia de sanidad y *de atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud*, de acuerdo con lo establecido en la Constitución, *en los Estatutos de Autonomía* y en las leyes.» La introducción de la expresión «atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud», en nuestra opinión, carece de sentido alguno, porque dentro del concepto sanidad está ya incluida la atención sanitaria.

<sup>826</sup> En concreto, le compete a la Alta Inspección de acuerdo con el artículo 76.2 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que es idéntico al 43.2 de la Ley General de Sanidad:

- a) Supervisar la adecuación entre los planes y programas sanitarios de las Comunidades Autónomas y los objetivos de carácter general establecidos por el Estado.
- b) Evaluar el cumplimiento de fines y objetivos comunes y determinar las dificultades o deficiencias genéricas o estructurales que impidan alcanzar o distorsionen el funcionamiento de un sistema sanitario coherente, armónico y solidario.
- c) Supervisar el destino y utilización de los fondos y subvenciones propios del Estado asignados a las Comunidades Autónomas que tengan un destino o finalidad determinada.
- d) Comprobar que los fondos correspondientes a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas son utilizados de acuerdo con los principios generales de la presente Ley.
- e) Supervisar la adscripción a fines sanitarios de centros, servicios o establecimientos del Estado transferidos con dicha finalidad, sin perjuicio de las reordenaciones que puedan acordar las correspondientes Comunidades Autónomas y, en su caso, las demás Administraciones Públicas.
- f) Verificar la inexistencia de cualquier tipo de discriminación en los sistemas de administración y regímenes de prestación de los servicios sanitarios, así como en los sistemas o procedimientos de selección y provisión de sus puestos de trabajo.
- g) Supervisar que el ejercicio de las competencias en materia de sanidad se ajusta a criterios de participación democrática de todos los interesados. A tal efecto se estará a lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Ley General de Sanidad.»



Conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional<sup>827</sup>, recogida en su día por la Ley General de Sanidad y plasmada hoy en el artículo 76 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, cuando se verifique que la Comunidad Autónoma ha quebrantado sus obligaciones, las autoridades sanitarias del Estado advertirán de esta circunstancia a la misma a través del Delegado del Gobierno. Sigue diciendo este precepto que si una vez efectuada dicha advertencia se comprobase que persiste la situación de incumplimiento, el Gobierno, requerirá formalmente al órgano competente de la Comunidad Autónoma para que adopte las medidas precisas. La Alta Inspección debe limitarse a comunicar la irregularidad al órgano gubernamental competente para que éste remedie el incumplimiento detectado mediante el ejercicio de sus propias competencias y de acuerdo con los procedimientos establecidos por la Constitución y por las Leyes.

Debemos precisar que la redacción actual del Capítulo XI de la Ley de Cohesión y Calidad es fruto, en su mayor parte, de una serie de enmiendas que se introdujeron por el Grupo Parlamentario Socialista durante su tramitación en el Senado<sup>828</sup>. En el artículo 77 del texto del Proyecto de Ley remitido por el Congreso se regulaban las funciones de la Alta Inspección que incluían una serie de actividades que excedían de la mera vigilancia, implicando un incremento de la intervención del Estado en materias que iban más allá de la competencia estatal de la Alta Inspección<sup>829</sup>.

---

<sup>827</sup> F.J. 9º de la STC 6/1982, de 22 de febrero y F.J. 3º de la STC 42/1983, de 20 de mayo.

<sup>828</sup> *Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, Serie II, núm. 117 (c), de 11 de abril de 2003, págs. 35 y sigs.

<sup>829</sup> El texto que llegó al Senado fue el siguiente (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, Serie II, núm. 117 (a), de 11 de abril de 2003, págs. 1 y sigs.):

«a) Verificar las garantías de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de las Comunidades Autónomas, conforme a lo establecido en la presente Ley.

b) Comprobar la inexistencia de cualquier tipo de discriminación en los sistemas de administración y regímenes de prestación de los servicios sanitarios.

Con las modificaciones introducidas en el Senado, el artículo 76 se convirtió en una réplica del artículo 43 de la Ley General de Sanidad. No obstante, se incluyeron algunas novedades, como la previsión de la elaboración de un Plan de Inspección Sanitaria (artículo 77), la redacción de una memoria anual sobre el funcionamiento del Sistema (artículo 78) y la previsión de unos mecanismos de coordinación y cooperación entre la Alta Inspección y los servicios de inspección de las Comunidades Autónomas (artículo 79)<sup>830</sup>.

A nuestro juicio, las actividades previstas en el artículo 79<sup>831</sup> rebasan la Alta Inspección y se entrometen en tareas propias de la coordinación general

---

c)Supervisar la aplicación y uso de la tarjeta sanitaria individual en el Sistema Nacional de Salud.

d)Supervisar el desarrollo y adecuación en las Comunidades Autónomas de los planes integrales.

e)Comprobar que el ejercicio de las competencias en materia de sanidad se ajusta a criterios de participación democrática de todos los interesados; a tal efecto, se estará a lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Ley General de Sanidad.

f)Verificar la inexistencia de cualquier tipo de discriminación en los sistemas y procedimientos de selección y provisión de los puestos de trabajo del Sistema Nacional de Salud.

g)Vigilar la correcta aplicación de las normas estatales en su ejecución por las Comunidades Autónomas.

h)El estudio de los efectos derivados de la aplicación de la legislación estatal para, en su caso, proponer las modificaciones pertinentes.

i)El seguimiento y análisis de los actos y disposiciones de las Comunidades Autónomas.

j)El seguimiento de la ejecución de los convenios adoptados en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, así como de los acuerdos suscritos por el Ministerio de Sanidad y Consumo con otras Administraciones públicas y entidades públicas o privadas.

k)El seguimiento de la financiación de la atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud, comprobando que los recursos son destinados a ese fin.

l)Supervisar el destino y utilización de los fondos y subvenciones propios del Estado asignados a las Comunidades Autónomas que tengan un destino y finalidad determinada.»

<sup>830</sup> Los artículos 77 y 78 son el resultado de la introducción de dos enmiendas, números 138 y 139, por el Grupo Parlamentario Socialista, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, Serie II, núm. 117 (c), de 11 de abril de 2003, pág. 82. La referencia a la coordinación y cooperación del artículo 79 aparecía en el texto original del Proyecto de Ley.

<sup>831</sup> Dice el tenor literal de este artículo:

«La Alta Inspección del Estado establecerá mecanismos de coordinación y cooperación con los servicios de inspección de las Comunidades Autónomas, en especial en lo referente a la coordinación de las actuaciones

de la sanidad y en funciones propias de la ejecución autonómica, como es el caso del seguimiento de la lucha contra el fraude en materia de incapacidad temporal previsto en la letra c) del citado precepto<sup>832</sup>.

Para concluir las reflexiones sobre esta competencia estatal hay que hacer una última observación. Si se analiza la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud en su conjunto surgen dudas razonables en torno a si la regulación de la Alta Inspección tiene cabida o no en esta norma, ya que parece que excede del objeto de la misma previsto en el artículo 1 —que consiste en «establecer el marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias»—. El Tribunal Constitucional ha considerado siempre las competencias de coordinación y de Alta Inspección como competencias distintas y con fines diferentes. La coordinación, ya lo hemos visto, persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones o

---

dirigidas a impedir o perseguir todas las formas de fraude, abuso, corrupción o desviación de las prestaciones o servicios sanitarios con cargo al sector público, cuando razones de interés general así lo aconsejen.

Para ello, la Alta Inspección desarrollará las siguientes actividades:

- a) La creación y mantenimiento de una base de datos compartida con los servicios de inspección del Sistema Nacional de Salud.
- b) El desarrollo de la colaboración entre los diferentes servicios de inspección en el Sistema Nacional de Salud en programas de actuación conjunta en materia de control de evaluación de servicios y prestaciones.
- c) El seguimiento, desde los ámbitos sanitarios, de la lucha contra el fraude en el Sistema Nacional de Salud, tanto en materia de la incapacidad temporal, como de los programas que se puedan promover en relación con áreas identificadas como susceptibles de generar bolsas de fraude en prestaciones o supongan desviaciones de marcada incidencia económica.»

<sup>832</sup> Con relación a este punto, C. VILA MIRANDA, en “Concreciones sobre la función estatal de Alta Inspección como «supervisión»“, en *Revista de Derecho Político*, núm. 21 (1984), págs. 180 y 181, advierte que la Alta Inspección no puede compararse con otros órganos inspectores de carácter ejecutivo o técnico ni puede funcionar a través de los órganos de las Comunidades Autónomas. Trae a colación la autora dos pasajes de un Sentencia del Tribunal Constitucional que corroboran esta opinión y que a continuación reproducimos. Dice la STC 6/1982, 22 de febrero que «[...] no puede confundirse la relación entre las diversas inspecciones, en su caso, de una misma Administración con aquella otra que, como sucede en el caso que nos ocupa, y por definición, actúa en un espacio fronterizo entre dos Administraciones: la estatal y la de las Comunidades Autónomas» y se añade que «[...] es evidente que los actos de comprobación precisos para la específica misión de la Alta Inspección no pueden ser actuaciones de la función ejecutiva autonómica por definición.»

reduciendo disfunciones existentes en el sistema, y se constituye como un principio para el mantenimiento de la coherencia y la eficacia de las organizaciones complejas. La Alta Inspección se configura como una competencia estatal de vigilancia, verificación o fiscalización que, en ningún caso, puede comportar un control genérico e indeterminado de la actuación autonómica.

Puesto que nada nuevo aporta la regulación de la Alta Inspección en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud y siendo la Alta Inspección una competencia estatal diversa a la coordinación general de la sanidad, hubiese sido preferible mantener en vigor el artículo 43 de la Ley General de Sanidad de 1986 y no haber incluido el controvertido Capítulo XI<sup>833</sup>.

**(III) El sistema de financiación autonómica.** El tercero de los elementos previstos para garantizar la igualdad en las prestaciones sanitarias, en el marco general de un sistema de salud descentralizado, lo constituye un modelo de financiación orientado a la equidad.

La superación de los desequilibrios interterritoriales con relación al derecho a la protección de la salud es un objetivo que se plasma de manera temprana ya en varios preceptos de la Ley General de Sanidad de 1986. En este sentido, el artículo 3.2 LGS establece que «la política de salud estará orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales». Así mismo, en el artículo 12 LGS se dice que «los poderes públicos orientarán sus políticas de gasto sanitario en orden a corregir desigualdades sanitarias y garantizar la igualdad de acceso a los Servicios Sanitarios Públicos en todo el territorio español, según lo dispuesto en los artículos 9.2 y 158.1 de la Constitución». Por último, el artículo 81 de la citada Ley indica que «la generalización del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria

---

<sup>833</sup> En esta línea argumental se encuentra, por ejemplo, la enmienda número 114 introducida por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, Serie II, núm. 117 (c), de 11 de abril de 2003, pág. 74.

que implica la homologación de las atenciones y prestaciones del sistema sanitario público se efectuará mediante una asignación de recursos financieros que tengan en cuenta tanto la población a atender en cada Comunidad Autónoma como las inversiones sanitarias a realizar para corregir las desigualdades territoriales sanitarias, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12».

También, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del Sistema Nacional, entre sus principios informadores enunciados en su artículo 2 establece que la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud se hará en condiciones de igualdad efectiva y calidad. Se añade en el artículo 10 que el catálogo de prestaciones y los sistemas de garantías que se recogen en esta Ley son responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas, que deberán destinar a su financiación los mínimos previstos en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía<sup>834</sup>.

Ahora bien, el objetivo de la igualdad material en la asistencia sanitaria pública se ha de compatibilizar con el reconocimiento que la Constitución hace en los artículos 137 y 156 de la autonomía, tanto política como financiera, a favor de las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses. El poder financiero que la Constitución española de 1978 otorga a las Comunidades Autónomas en el artículo 156 se define, según la doctrina, como

---

<sup>834</sup> En la Exposición de motivos de la citada Ley se dice que «El nuevo Sistema de financiación se fundamenta en los principios de: generalidad, estabilidad, suficiencia, autonomía, solidaridad, coordinación, participación en la Agencia Estatal de Administración Tributaria y participación en los Tribunales Económico-Administrativos. Tales principios se materializan en la regulación concreta de los distintos elementos del Sistema, como queda de manifiesto a continuación.»

el haz de competencias constitucionales y de potestades administrativas de que gozan para establecer un sistema de ingresos y gastos<sup>835</sup>.

En efecto, el desarrollo de políticas públicas en materias de competencia autonómica, entre las que se incluye la política sanitaria, depende, en gran medida, de la capacidad para establecer su propio sistema de ingresos y de gastos<sup>836</sup>. El Tribunal Constitucional ha afirmado que «la autonomía financiera supone la propia determinación y ordenación de los ingresos y gastos necesarios para el ejercicio de sus funciones». (STC 179/1987, de 13 de noviembre, F.J. 2.º).

Nada dice la Constitución expresamente respecto al poder financiero autonómico en materia de gasto<sup>837</sup>, aunque sí le afectan los principios de coordinación y solidaridad del artículo 156,1 CE. Sobre la autonomía financiera en materia de gasto el Tribunal Constitucional se pronuncia en los siguientes términos:

«[...]la autonomía presupuestaria de las Comunidades Autónomas, esto es, su capacidad para disponer libremente de sus recursos financieros, asignándolos a los fines mediante programas de gasto elaborados según sus propias prioridades —y ello, desde luego, dentro del respeto a los principios constitucionales de solidaridad entre todos los españoles y de coordinación con la hacienda estatal (arts. 2.2 y 156.1 CE) —, adquiere un papel capital en la realización efectiva de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas reconocida por la Constitución. Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera (de gasto) en la medida en que

---

<sup>835</sup> *Vid*, por todos, J. MARTÍN QUERALT, *et al.*: *Curso de Derecho financiero y tributario*, Tecnos, Madrid, 2003, 14ª edición, págs. 195 y sigs.

<sup>836</sup> *Ibidem*, págs. 217 y sigs.

<sup>837</sup> En la la Ley Orgánica 8/1980 de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas sí que encontramos referencias a la capacidad de gasto de las Comunidades Autónomas. El artículo 21 de la citada Ley establece que los presupuestos de las Comunidades Autónomas tendrán carácter anual e igual período que los del Estado. Si los Presupuestos Generales de las Comunidades Autónomas no fueran aprobados antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, quedara automáticamente prorrogada la vigencia de los anteriores. Estos presupuestos respetarán el principio de estabilidad presupuestaria, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos de los organismos y entidades integrantes de la misma y se elaborarán con criterios homogéneos de forma que sea posible su consolidación con los Presupuestos Generales del Estado.

puedan elegir y realizar sus propios objetivos políticos, administrativos, sociales o económicos con independencia de cuáles hayan sido las fuentes de los ingresos que nutren sus presupuestos. De otro modo, si por el origen de los fondos se pudiera condicionar el destino que se haya de dar a los mismos, se privaría a las Comunidades Autónomas de una potestad decisoria fundamental, sin la que no cabe hablar de autonomía.» (STC 13/1992, F.J. 7º)

El poder financiero de las Comunidades Autónomas con relación a los ingresos implica el reconocimiento de su capacidad para articular un sistema de recursos suficiente destinados a desarrollar y ejecutar sus competencias. Nuestro constituyente optó por un modelo mixto de financiación: por un lado, se prevé la existencia de recursos propios de las Comunidades Autónomas y, además, se establece su participación en los ingresos del Estado. En efecto, los recursos de las Comunidades Autónomas, según fija la Constitución en su artículo 157, se integran por los impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado, por los recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado, por sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales, por las transferencias de un fondo de compensación interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y por el producto de las operaciones de crédito.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha declarado (STC 192/2000, F.J. 5.ª) que la Constitución no predetermina cuál haya de ser el modelo definitivo de financiación autonómica, sino que atribuye esa tarea a una Ley Orgánica, que cumple de este modo una función delimitadora de las competencias financieras estatales y autonómicas previstas en el artículo 157 CE. El propio artículo 157.3 CE reenvía a una Ley Orgánica a fin de que sea ésta quien establezca los rasgos generales de los mecanismos de financiación autonómica, que, en cualquier caso, habrán de permitir a las Comunidades Autónomas el desarrollo y la ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos

los españoles *ex* artículo 156.1 CE.<sup>838</sup> Esta ley a la que se refiere la Constitución es la Ley Orgánica 8/1980 de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA).

La indefinición constitucional de un modelo es, en palabras de BALAGUER CALLEJÓN, la principal causa de los problemas en torno a la financiación autonómica<sup>839</sup>.

La financiación autonómica ha experimentado una notable evolución desde la aprobación de la LOFCA en 1980 hasta nuestros días. Esta evolución ha supuesto su reforma en varias ocasiones, con el fin de incorporar a la Ley las diversas modificaciones experimentadas por el modelo de financiación. La financiación autonómica ha pasado por tres períodos: un primer período comprendido entre la aprobación de la LOFCA y su reforma mediante la Ley Orgánica 3/1996; un segundo período que abarca desde 1996 hasta la sucesiva modificación en 2001; y por último la fase que se inició en 2001, con la aprobación por el Consejo de Política Fiscal y Financiera del nuevo modelo que obligó a cambiar de nuevo la LOFCA.

En la primera etapa (1980-1996), las Comunidades Autónomas se financiaban, principalmente, a través de su participación en los recursos estatales. Cuando se transfería un servicio del Estado a una Comunidad Autónoma, se calculaba su coste para las arcas del Estado en el momento del traspaso y esa cantidad era la que se asignaba a la Comunidad Autónoma. Como señala AJA este método tenía el gran inconveniente de congelar la financiación del servicio transferido, ya que no se preveían mecanismos para sufragar el incremento de los costes<sup>840</sup>.

---

<sup>838</sup> STC 192/2000, F.J. 5º

<sup>839</sup> *Vid.* F. BALAGUER CALLEJÓN, “La financiación de las Comunidades Autónomas”, en M. A. GARCÍA HERRERA; J. M. VIDAL BELTRÁN (Coords.) *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, INAP, Madrid, 2005, pág.607 a 609.

<sup>840</sup> *Vid.* E. AJA, *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, págs. 114 y sigs.



En la segunda etapa (1996-2001) el Consejo de Política Fiscal y Financiera, en su reunión del día 23 de septiembre de 1996, introduce el principio de corresponsabilidad fiscal con dos objetivos que evidencia AJA<sup>841</sup>: uno, evitar que el Estado apareciese como el único recaudador y las CCAA como meras prestadoras de servicios; y, dos, equilibrar la enorme capacidad de gasto de los entes territoriales con su escasa capacidad de ingresos, dotándolos de mayor autonomía. Para materializar el principio de corresponsabilidad, en primer lugar, se amplía el ámbito de la cesión de tributos a una parte del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; en segundo lugar, se atribuye a las Comunidades Autónomas nuevas competencias normativas en relación con los tributos cedidos, incluyendo la parte del impuesto citado.

Ya tuvimos ocasión de ver, al estudiar la formación del actual Sistema Nacional de Salud, cómo la culminación del proceso de traspaso de las competencias sanitarias del Estado a los servicios de salud autonómicos coincidió con la formalización del nuevo modelo de financiación autonómica, adoptado en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera, el 27 de julio de 2001. A raíz de este acuerdo fue necesario, primero, modificar la Ley Orgánica 8/1980 de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), mediante la aprobación de la Ley Orgánica 7/2001, y, en segundo lugar, establecer una serie de medidas fiscales y administrativas reguladas en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre.

A partir de este momento, en el que se inicia la tercera de las etapas, la financiación de la asistencia sanitaria se incluye dentro del nuevo modelo, pero, con ciertas peculiaridades. Veamos, en primer lugar, cómo se articula, a grandes rasgos, el actual sistema de financiación, para pasar, a continuación, a exponer los rasgos distintivos de la financiación sanitaria.

El actual sistema de financiación autonómica se caracteriza, esencialmente, por la ampliación del principio de corresponsabilidad fiscal. En

---

<sup>841</sup> *El Estado autonómico...*, cit., págs. 115 y sigs.

primer lugar, abriendo la posibilidad de ceder a las Comunidades Autónomas nuevos tributos estatales y, en segundo término, atribuyendo a las Comunidades Autónomas nuevas competencias normativas en los tributos cuya cesión ya es efectiva, así como la posible asunción por ellas de competencias normativas en ciertos tributos que, de ahora en adelante, podrán ser objeto de cesión.

El nuevo sistema de financiación es novedoso en cuanto a la técnica legislativa que utiliza: es la primera vez que un acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera sobre el modelo de financiación se convierte, finalmente, en una Ley, algo indispensable dada su vocación de permanencia, aunque ya se estén dando pasos para su modificación.

El sistema recogido en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, se fundamenta en los principios de generalidad, estabilidad, suficiencia, autonomía, solidaridad, coordinación y participación

En la Exposición de motivos de la citada Ley se explica que el *principio de generalidad* tiene dos vertientes: la primera, se refiere al carácter integrador del mismo: el nuevo modelo se aplicará a todos los servicios susceptibles de traspaso a las Comunidades Autónomas. Esto significa la desaparición de las tres formas de financiación diferenciadas: una para los denominados servicios comunes, otra para los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social<sup>842</sup> y la tercera, para los servicios sociales de la Seguridad Social. Pero, el carácter integrador también implica que el sistema de financiación se aplicará a las Comunidades Autónomas que cumplan los requisitos del mismo. El nuevo modelo tiene un marcado carácter *estable* y vocación de permanencia, lo que

---

<sup>842</sup> El Título VI de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía modifica el artículo 82 de la Ley General de Sanidad que queda redactado como sigue: «La financiación de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social transferidos a las Comunidades Autónomas se efectuará según el Sistema de financiación autonómica vigente en cada momento [...]»

permitirá a las Comunidades Autónomas realizar una planificación a largo plazo con mayor certidumbre y seguridad, a diferencia de lo que ocurría con los anteriores modelos de duración quinquenal. El principio de *suficiencia*, según se dice en la Ley, se concreta en tres elementos: en el cálculo de las necesidades de financiación, en la regulación de sus recursos y en sus reglas de evolución. De esta manera se asegura que todas las Comunidades Autónomas dispongan de los recursos suficientes para atender la prestación de los servicios asumidos y los susceptibles de traspaso. Sigue diciendo la Exposición de motivos que en virtud del *principio de autonomía*, el Sistema de financiación amplía las potestades de decisión de las Comunidades Autónomas en materia fiscal, tanto en lo que respecta a la forma de obtención de sus recursos, como a las condiciones de prestación de sus servicios. Otro de los principios desarrollados por el nuevo modelo es el *principio de solidaridad* que asegura que las Comunidades Autónomas presten sus servicios en condiciones equivalentes, con independencia de su capacidad recaudatoria, mediante la determinación de las necesidades totales de financiación y gracias a la implantación del denominado Fondo de Suficiencia. El nuevo modelo fomenta el *principio de coordinación* entre las distintas Administraciones en la gestión, liquidación, recaudación e inspección de los tributos con el objetivo de dar mayor seguridad y estabilidad al ejercicio de las potestades fiscales de las Comunidades Autónomas. Así mismo, se fomenta la *participación* de las Comunidades Autónomas en la Agencia Estatal de Administración Tributaria, especialmente en aquellas áreas que afecten a la gestión de sus recursos, y en los Tribunales Económico-Administrativos de ámbito regional del Estado.

Conforme a las modificaciones introducidas, la financiación de las Comunidades Autónomas se hará, bien mediante la participación en los ingresos del Estado —a través de los impuestos cedidos<sup>843</sup>, la participación en

---

<sup>843</sup> Conforme al artículo 10 LOFCA:

«1. Son tributos cedidos los establecidos y regulados por el Estado, cuyo producto corresponda a la Comunidad Autónoma. 2. Se entenderá

el Fondo de Suficiencia<sup>844</sup> y mediante las asignaciones niveladoras<sup>845</sup>— o bien mediante los ingresos propios —impuestos autonómicos<sup>846</sup>, tasas<sup>847</sup> y

---

efectuada la cesión cuando haya tenido lugar en virtud de precepto expreso del Estatuto correspondiente, sin perjuicio de que el alcance y condiciones de la misma se establezcan en una Ley específica. 3. La cesión de tributos por el Estado a que se refiere el apartado anterior podrá hacerse total o parcialmente. La cesión será total si se hubiese cedido la recaudación correspondiente a la totalidad de los hechos imposables contemplados en el tributo de que se trate. La cesión será parcial si se hubiese cedido la de alguno o algunos de los mencionados hechos imposables, o parte de la recaudación correspondiente a un tributo. En ambos casos, la cesión podrá comprender competencias normativas en los términos que determine la Ley que regule la cesión de tributos. [...]»

En el artículo 11 LOFCA se establece una relación de los tributos estatales que podrán ser cedidos: a) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con carácter parcial con el límite máximo del 33 por ciento; b) Impuesto sobre el Patrimonio; c) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; d) Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones; e) Impuesto sobre el Valor Añadido, con carácter parcial con el límite máximo del 35 por ciento; f) Los Impuestos Especiales de Fabricación, con excepción del Impuesto sobre la Electricidad, con carácter parcial con el límite máximo del 40 por ciento de cada uno de ellos; g) El Impuesto sobre la Electricidad; h) El Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte; i) Los Tributos sobre el Juego; j) El Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos.

<sup>844</sup> El artículo 13 LOFCA establece que este Fondo cubrirá la diferencia entre las necesidades de gasto de cada Comunidad Autónoma y Ciudad con Estatuto de Autonomía propio y su capacidad fiscal. El valor inicial del Fondo de suficiencia de cada Comunidad Autónoma y Ciudad con Estatuto de Autonomía propio se fijará en la Comisión Mixta de transferencias. En los años sucesivos, el Fondo de suficiencia de cada Comunidad Autónoma y Ciudad con Estatuto de Autonomía propio se determinará atendiendo a su valor inicial y a la evolución de la recaudación estatal, excluida la susceptible de cesión, por aquellos impuestos que se determinen por ley. El valor inicial del Fondo de suficiencia de cada Comunidad Autónoma y Ciudad con Estatuto de Autonomía propio únicamente podrá ser objeto de revisión cuando se produzca el traspaso de nuevos servicios o se amplíen o revisen valoraciones de traspasos anteriores o cuando cobre efectividad la cesión de nuevos tributos.

<sup>845</sup> Conforme al artículo 4.2 LOFCA:

« las Comunidades Autónomas podrán obtener igualmente ingresos procedentes de: a) Las asignaciones que se establezcan en los Presupuestos Generales del Estado, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley. b) Las transferencias de los Fondos de Compensación Interterritorial, cuyos recursos tienen el carácter de carga general del Estado a los efectos previstos en los artículos 2, 138 y 158 de la Constitución.»

<sup>846</sup> El artículo 9 LOFCA prevé que

«las Comunidades Autónomas podrán establecer sus propios impuestos, respetando, además de lo establecido en el artículo sexto de esta Ley, los siguientes principios: a) No podrán sujetarse elementos patrimoniales situados, rendimientos originados ni gastos realizados fuera del territorio de la respectiva Comunidad Autónoma; b) No podrán gravarse, como tales,

contribuciones especiales<sup>848</sup>, recargos sobre los impuestos estatales<sup>849</sup> y el producto de las operaciones de crédito<sup>850</sup>—.

---

negocios, actos o hechos celebrados o realizados fuera del territorio de la Comunidad impositora, ni la transmisión o ejercicio de bienes, derechos y obligaciones que no hayan nacido ni hubieran de cumplirse en dicho territorio o cuyo adquirente no resida en el mismo; c) No podrán suponer obstáculo para la libre circulación de personas, mercancías y servicios capitales ni afectar de manera efectiva a la fijación de residencia de las personas o a la ubicación de empresas y capitales dentro del territorio español, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2, 1, a), ni comportar cargas trasladables a otras Comunidades.»

<sup>847</sup> Así mismo conforme al artículo 7 LOFCA

«1. Las Comunidades Autónomas podrán establecer tasas por la utilización de su dominio público, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades en régimen de Derecho público de su competencia, que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos cuando concurra cualquiera de las circunstancias siguientes: a) Que no sean de solicitud voluntaria para los administrados. A estos efectos no se considerará voluntaria la solicitud por parte de los administrados:- Cuando venga impuesta por disposiciones legales o reglamentarias.- Cuando los bienes, servicios o actividades requeridos sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante. b) Que no se presten o realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente»

<sup>848</sup> De acuerdo con el artículo 8.1 LOFCA:

«Las Comunidades Autónomas podrán establecer contribuciones especiales por la obtención por el sujeto pasivo de un beneficio o de un aumento del valor de sus bienes como consecuencia de la realización por las mismas de obras públicas o del establecimiento o ampliación a su costa de servicios públicos.»

<sup>849</sup> Conforme al artículo 12 LOFCA

«1. Las Comunidades Autónomas podrán establecer recargos sobre los tributos del Estado susceptibles de cesión, excepto en el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos. En el Impuesto sobre el Valor Añadido e Impuestos Especiales únicamente podrán establecer recargos cuando tengan competencias normativas en materia de tipos de gravamen. [...]»

<sup>850</sup> Por último, el artículo 14 LOFCA señala que

«1. Las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de lo que se establece en el número cuatro del presente artículo, podrán realizar operaciones de crédito por plazo inferior a un año, con objeto de cubrir sus necesidades transitorias de tesorería. 2. Asimismo, las Comunidades Autónomas podrán concertar operaciones de crédito por plazo superior a un año, cualquiera que sea la forma como se documenten, siempre que cumplan los siguientes requisitos: a) Que el importe total del crédito sea destinado exclusivamente a la realización de gastos de inversión. b) Que el importe total de las

Como ya se ha dicho, las prestaciones sanitarias son responsabilidad de las Comunidades Autónomas y su financiación queda sujeta al nuevo sistema con algunas particularidades. En primer lugar, se calcula la necesidad de gasto de cada Comunidad Autónoma teniendo en cuenta la población protegida, la población mayor de sesenta y cinco años y la insularidad<sup>851</sup>. Una vez calculadas las necesidades de financiación, la Ley establece los distintos recursos financieros para cubrir dichos gastos.<sup>852</sup>.

Además, se prevé la existencia de un Fondo de Suficiencia a cargo del Estado para cubrir las diferencias entre los recursos tributarios de las distintas Comunidades Autónomas y sus necesidades de financiación. Para evitar la congelación del sistema, la Ley ha previsto una serie de mecanismos que garantizan la evolución de los recursos y así poder hacer frente al incremento de los gastos. Es lo que denomina «suficiencia dinámica del sistema». El

---

anualidades de amortización, por capital e intereses, no exceda del veinticinco por ciento de los ingresos corrientes de la Comunidad Autónoma. [...]»

<sup>851</sup> Artículo 4, letra A LNSFCA.

<sup>852</sup> Artículo 6 LNSFCA Los recursos del actual sistema son los siguientes:

- tributos cedidos sobre Patrimonio, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Sucesiones y Donaciones, sobre el Juego, sobre Determinados Medios de Transporte, sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos y Tasas afectas a los servicios transferidos;
- Tarifa autonómica del IRPF;
- cesión del 35 por ciento de la recaudación líquida por IVA;
- cesión del 40 por ciento de la recaudación líquida por el Impuesto sobre la Cerveza; Impuesto sobre el Vino y Bebidas Fermentadas;
- cesión del 40 por ciento de la recaudación líquida por los Impuestos sobre Productos Intermedios y sobre Alcohol y Bebidas Derivadas;
- cesión del 40 por ciento de la recaudación líquida por el Impuesto sobre Hidrocarburos;
- cesión del 40 por ciento de la recaudación líquida por el Impuesto sobre Labores del Tabaco;
- cesión del 100 por ciento de la recaudación líquida por el Impuesto sobre la Electricidad.

artículo 7.3 LNSFCA establece la obligación para las Comunidades Autónomas de destinar cada año a la financiación de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social un volumen de recursos mínimo: el importe que resulte de aplicar al valor en el año base establecido para tales servicios (1999), el índice de crecimiento del índice de evolución de los ingresos tributarios del Estado (ITEN), a que se refiere el artículo 15. A tal fin quedan vinculados todos los recursos del sistema de financiación.

Además de los recursos de carácter tributario, para la financiación de los gastos derivados de la asistencia sanitaria se ha previsto la creación de dos fondos: el Fondo Programa de ahorro en incapacidad temporal y el Fondo de cohesión Sanitaria<sup>853</sup>.

El Fondo Programa de ahorro en incapacidad temporal financia la adopción de programas y medidas dirigidas al control del gasto relativo a la incapacidad temporal y a la mejora de la gestión de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social para estas contingencias. Su gestión corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social<sup>854</sup>.

El Fondo de cohesión sanitaria, creado por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía, es un mecanismo de financiación adicional gestionado por el Ministerio de Sanidad y Consumo destinado a compensar los gastos ocasionados a las Comunidades Autónomas, en primer lugar, por la asistencia sanitaria prestada a pacientes residentes en España derivados entre Comunidades Autónomas, en segundo lugar, por los gastos generados por la asistencia sanitaria a asegurados desplazados a España en estancia temporal, con derecho a asistencia a cargo de otro Estado, que

---

<sup>853</sup> Artículo 4, B, c) LNSFCA.

<sup>854</sup> La dotación de este Fondo se fijará anualmente según se determine en las leyes de Presupuestos Generales del Estado, y se distribuirá entre las Comunidades Autónomas de acuerdo con la población protegida.

pertenezcan a países de la Unión Europea o a otros con los cuales España tenga firmados acuerdos bilaterales en esta materia y, por último, se compensa a la Comunidades Autónomas por los gastos derivados de la asistencia sanitaria a pacientes residentes en España derivados entre comunidades autónomas para su atención en centros, servicios y unidades de referencia del Sistema Nacional de Salud.

Los criterios y procedimientos para su adecuada gestión y distribución se regulan en el Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria<sup>855</sup>.

El objetivo de este Fondo es garantizar la igualdad de acceso a los servicios de asistencia sanitaria públicos en todo el territorio español y asegurar la atención a ciudadanos desplazados procedentes de países de la Unión Europea o de países con los que España tenga suscritos convenios de asistencia sanitaria recíproca.

La compensación con cargo al Fondo de cohesión sanitaria por la asistencia sanitaria prestada a aquellos pacientes residentes en España que se deriven a una comunidad autónoma distinta de aquella en la que tienen su residencia habitual tiene que cumplir los siguientes requisitos<sup>856</sup>. La derivación del paciente debe hacerse mediante solicitud expresa de la Comunidad Autónoma de origen, y en coordinación con la Comunidad Autónoma de recepción<sup>857</sup> para que los pacientes sean atendidos por los procesos que impliquen ingreso hospitalario y para procedimientos de carácter

---

<sup>855</sup> Esta norma deroga el Real Decreto 1247/2002, de 3 de diciembre, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria.

<sup>856</sup> Artículo 4 del Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria

<sup>857</sup> El proceso de derivación y prestación de la asistencia será registrado y validado mediante el Sistema de Información del Fondo de cohesión sanitaria (SIFCO) desarrollado por el Ministerio de Sanidad y Consumo en colaboración con las Comunidades Autónomas (artículo 4.3 del Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria)



ambulatorio<sup>858</sup>, siempre que la atención haya sido solicitada por la Comunidad Autónoma de residencia cuando no disponga de los servicios o recursos adecuados.

Queda excluida de la compensación por el Fondo de cohesión sanitaria la atención urgente que se solicita por el propio paciente de forma espontánea durante un desplazamiento a una Comunidad Autónoma distinta a la suya de residencia y será garantizada, en todo caso, por los dispositivos asistenciales del Sistema Nacional de Salud<sup>859</sup>.

En segundo lugar, el Fondo de Cohesión garantiza la atención sanitaria<sup>860</sup> a ciudadanos desplazados procedentes de países de la Unión Europea o de países con los que España tenga suscritos convenios de asistencia sanitaria recíproca. Con el Fondo se pretende compensar el gasto por este concepto a las Comunidades Autónomas. En el caso de los ciudadanos desplazados a España, en estancia temporal, corresponderá la compensación siempre y cuando dichos ciudadanos hayan entrado y permanezcan legalmente en territorio español y la asistencia prestada esté prevista por normas internacionales<sup>861</sup> y sea por cuenta de una institución de otro Estado.

---

<sup>858</sup> En los Anexos I y II del Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria se prevé el coste neto de cada una de las prestaciones susceptibles de compensación. El Ministerio de Sanidad y Consumo, en la medida en que la evidencia científica disponible lo aconseje, actualizará la lista de procesos contemplados en los anexos I y II e informará al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre los objetivos y los criterios que sirven de base a las modificaciones realizadas.

<sup>859</sup> Artículo 4.2 del Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria

<sup>860</sup> Las prestaciones que cubre son las que se establecen en la cartera de servicios básicos y comunes, según se prevé en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud

<sup>861</sup> Así los Reglamentos (CEE) número 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, y número 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, y los convenios suscritos por España en materia de Seguridad Social

En tercer lugar el Fondo de cohesión sanitaria compensará la asistencia sanitaria prestada a aquellos pacientes residentes en España que se deriven a una Comunidad Autónoma distinta de aquella en la que tienen su residencia habitual, para ser atendidos en los centros, servicios y unidades designados como de referencia por el Ministerio de Sanidad y Consumo<sup>862</sup>.

En el Real Decreto se detalla el procedimiento para distribuir entre la Comunidades Autónomas el Fondo de Compensación según los tres supuestos contemplados<sup>863</sup> y se crea la Comisión de seguimiento del Fondo<sup>864</sup>,

---

<sup>862</sup> Según se dice en el artículo 6 del Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria las patologías, técnicas, tecnologías y procedimientos aplicados o atendidos por los centros, servicios, y unidades de referencia que hayan de ser objeto de compensación con cargo al Fondo de cohesión sanitaria, serán incorporados como anexo a este Real Decreto. Así mismo, se recogerá la cuantía del coste financiado en cada caso.

<sup>863</sup> Así, para el supuesto de la asistencia prestada a pacientes residentes en España derivados entre Comunidades Autónomas la compensación de cada Comunidad Autónoma será el saldo neto positivo entre el importe resultante de la atención prestada en cada una de las Comunidades a pacientes de otras Comunidades Autónomas y el importe de la atención recibida por pacientes de la comunidad en otras Comunidades Autónomas. El cálculo se hará por el Ministerio de Sanidad y Consumo sobre la base del Sistema de Información del Fondo de cohesión sanitaria sobre flujos de pacientes derivados entre Comunidades Autónomas, en lo que se refiere al volumen de la actividad objeto de compensación y teniendo en cuenta los procesos e importes que figuran en los anexos I y II de este Real Decreto (artículo 7)

Con relación a los criterios de distribución de la compensación del Fondo a las Comunidades Autónomas por la asistencia sanitaria prestada a desplazados a España en estancia temporal, según se establece en el artículo 8 del Real Decreto la cuantía total de la compensación será igual al saldo neto positivo resultante, en el ámbito nacional, entre el importe recaudado por España por la prestación de asistencia sanitaria a ciudadanos asegurados de otros Estados y el pagado por la asistencia sanitaria dispensada, en otros Estados, a ciudadanos asegurados en España, al amparo de la normativa internacional. Para distribuir el saldo neto entre todas las Comunidades Autónomas se tomará como base la facturación que cada comunidad autónoma presente por dicho concepto al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la que este organismo reciba de otros Estados por la asistencia sanitaria prestada a asegurados de la comunidad autónoma desplazados en el extranjero. Tal y como se establece en el Real Decreto el reparto se hará entre aquellas Comunidades Autónomas que presenten un saldo positivo entre las facturas emitidas a ciudadanos asegurados en otro Estado y las cargadas por otros países a asegurados de la comunidad autónoma desplazados en el extranjero y será proporcional a los saldos netos de facturación registrados para cada comunidad autónoma.

Respecto a la compensación del Fondo a las Comunidades Autónomas por asistencia sanitaria a pacientes en centros, servicios y unidades de referencia del Sistema Nacional de Salud, habrá que esperar que se incorporen al Anexo las patologías, técnicas, tecnologías y procedimientos sus respectivas cuantías que allí se determinen.

integrada por representantes de todas las comunidades autónomas, del Ministerio de Sanidad y Consumo, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y del Ministerio de Economía y Hacienda. Esta Comisión deberá informar la actualización de la lista de procesos contemplados en los anexos de este Real Decreto, hará el seguimiento y actualización del Sistema de Información del Fondo de cohesión sanitaria y llevará a cabo la coordinación entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y las Administraciones sanitarias de las Comunidades Autónomas para tratar las cuestiones referentes a la facturación por la asistencia sanitaria prestada a asegurados desplazados temporalmente a España con derecho a la asistencia a cargo de otro Estado.

Para concluir el estudio de los recursos destinados a financiar la asistencia sanitaria, es necesario hablar de las denominadas asignaciones de nivelación. La Constitución española en su artículo 158.1 prevé la posibilidad de establecer, a través de los Presupuestos Generales del Estado, una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo de prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español.

Respondiendo a esta previsión constitucional, el artículo 15 LOFCA dispone que el Estado garantice en todo el territorio español el nivel mínimo de los servicios públicos fundamentales de su competencia, considerando como tales la educación y la sanidad<sup>865</sup>. En efecto, cuando una Comunidad Autónoma con la utilización de los recursos financieros regulados en los artículos 11 y 13 LOFCA—recursos cedidos y participación en los ingresos del Estado— no llegara a cubrir el nivel mínimo de la prestación del conjunto de

---

<sup>864</sup> Artículo 11 del Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria

<sup>865</sup> El Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, en su reunión de 27 de julio de 2001, decidió impulsar las asignaciones de nivelación, al considerar que hay dos sectores, educación y sanidad, sobre los que nadie discute su carácter de servicios fundamentales.

los servicios públicos fundamentales que haya asumido, se establecerá, a través de los Presupuestos Generales del Estado, previo el correspondiente estudio y con especificación de su destino, una asignación complementaria cuya finalidad será la de garantizar el nivel de dicha prestación en los términos que señala el artículo 158.1 de la Constitución<sup>866</sup>.

¿Cuándo se considera que una Comunidad no cubre el nivel mínimo de prestación de la asistencia sanitaria? Esto ocurre cuando su cobertura se desvíe, en la cuantía que disponga la ley del nivel medio, en el territorio nacional. A este respecto, el artículo 67 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, dispone que el nivel de prestación del servicio público fundamental de sanidad quedará afectado cuando el incremento de la población protegida, debidamente ponderada en función de la edad, en la Comunidad Autónoma entre un año y el siguiente, expresado en términos porcentuales, sea superior, en más de 3 puntos, al incremento porcentual que experimente en ese mismo período la media nacional<sup>867</sup>. Si se da esta circunstancia, la Comunidad Autónoma podrá recibir financiación estatal a través de las denominadas asignaciones de nivelación.

---

<sup>866</sup> Si estas asignaciones en favor de las Comunidades Autónomas hubieren de reiterarse en un espacio de tiempo inferior a cinco años, el Gobierno propondrá, previa deliberación del Consejo de Política Fiscal y Financiera, a las Cortes Generales la corrección del Fondo de suficiencia establecido en el artículo 13 de la LOFCA. Cada Comunidad Autónoma deberá dar cuenta anualmente a las Cortes Generales de la utilización que ha efectuado de las asignaciones presupuestarias percibidas y del nivel de prestación alcanzado en los servicios con ellas financiados.

<sup>867</sup> Bastará un incremento superior a 1 punto a las medias nacionales en aquellos supuestos en los que la superficie de la Comunidad Autónoma sea superior a 90.000 kilómetros cuadrados (artículo 67.3 LNSFCA)

**CAPÍTULO V.- LOS RASGOS ESENCIALES DEL  
SISTEMA NACIONAL DE SALUD (III). EL  
CARÁCTER INTEGRAL DEL SISTEMA NACIONAL  
DE SALUD. LAS PRESTACIONES SANITARIAS**

*1. Las prestaciones sanitarias. 2. La cartera de servicios sanitarios.  
La «qualitas» de la asistencia sanitaria. 3. El «quantum» de las  
prestaciones sanitarias. La cuestión de la irreversibilidad de las  
conquistas sociales.*



## **1. LAS PRESTACIONES SANITARIAS**

El último de los rasgos que identifican al Sistema Nacional de Salud es su carácter integral. Así se desprende del artículo 45 de la Ley General de Sanidad de 1986 (LGS), donde se indica que el Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud.

Las diferentes actuaciones sanitarias que corresponde desarrollar a las administraciones públicas, a través de sus servicios de salud y de los órganos competentes en cada caso, se enumeran de forma genérica en el artículo 18 LGS. En este precepto, que ha sido modificado en su redacción originaria por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>868</sup>, se establecen, junto a la asistencia sanitaria de carácter individual, otra serie de funciones de muy diversa naturaleza.

En efecto, en la Ley, además de la atención primaria, la atención especializada<sup>869</sup> y la prestación de productos terapéuticos<sup>870</sup>, se contemplan una serie de acciones preventivas, como la educación sanitaria para la mejora de la salud individual y comunitaria<sup>871</sup>; en segundo lugar, se prevé la elaboración de programas de atención a grupos de población de mayor riesgo

---

<sup>868</sup> Entre las novedades que se han introducido en materia sanitaria a partir de la entrada en vigor de esta Ley Orgánica está el especial tratamiento que se le ha de dispensar a los datos contenidos en registros, encuestas, estadísticas u otros sistemas de información médica para permitir el análisis de género, incluyendo, siempre que sea posible según se dice e , su desagregación por sexo

<sup>869</sup> En la Ley se alude de manera expresa a la promoción y mejora de la salud mental.

<sup>870</sup> Con relación a éstos, el artículo 18 establece como competencia de los poderes públicos «el control sanitario de los productos farmacéuticos, otros productos y elementos de utilización terapéutica, diagnóstica y auxiliar y de aquellos otros que, afectando al organismo humano, puedan suponer un riesgo para la salud de las personas».

<sup>871</sup> Añade el citado artículo 18 LGS que la educación sanitaria «comprenderá la educación diferenciada sobre los riesgos, características y necesidades de mujeres y hombres, y la formación contra la discriminación de las mujeres »

y de programas específicos de protección frente a factores de riesgo, así como programas de prevención de las deficiencias, tanto congénitas como adquiridas; en tercer lugar, se establece la adopción de medidas de orientación en el campo de la planificación familiar y la prestación de los servicios correspondientes y, por último, se contempla como prestación del Sistema Nacional de Salud la difusión de la información epidemiológica general y específica para fomentar el conocimiento detallado de los problemas de salud.

Así mismo, es competencia de los poderes públicos la protección, promoción y mejora de la salud laboral, con especial atención al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

Otras medidas de carácter preventivo son el control sanitario y la prevención de los riesgos para la salud derivados de los productos alimentarios, incluyendo la mejora de sus cualidades nutritivas.

Por su incidencia sobre la salud individual merecen especial atención la promoción y mejora de las actividades de veterinaria de salud pública, sobre todo en las áreas de la higiene alimentaria, en mataderos e industrias de su competencia, y en la armonización funcional que exige la prevención y lucha contra la zoonosis.

Estas medidas preventivas que inciden directamente sobre la salud de las personas, se completan con otras acciones establecidas por el legislador que de manera indirecta pueden contribuir a su protección y mejora.

En este sentido, las administraciones públicas se encargarán, en primer lugar, de la promoción y la mejora de los sistemas de saneamiento, abastecimiento de aguas, eliminación y tratamiento de residuos líquidos y sólidos, de la promoción y mejora de los sistemas de saneamiento y control del aire, con especial atención a la contaminación atmosférica y, finalmente, de la vigilancia sanitaria y de la adecuación a la salud del medio ambiente en todos los ámbitos de la vida, incluyendo la vivienda.



En segundo lugar, se prestará especial atención a la mejora de la formación del personal sanitario, incluyendo actuaciones formativas dirigidas a garantizar su capacidad para detectar, prevenir y tratar la violencia de género.

En tercer lugar, los poderes públicos fomentarán la investigación científica en el campo específico de los problemas de salud, atendiendo a las diferencias entre mujeres y hombres, en cumplimiento con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Por último, se incluye una referencia a las funciones de control y mejora de la calidad de la asistencia sanitaria en todos sus niveles.

Para dar cumplimiento a las previsiones establecidas en la LGS se aprobó, años más tarde, el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud<sup>872</sup>, hoy ya derogado. Con esta norma se pretendía concretar los principios que, con carácter general y abstracto, estaban formulados en la Constitución y en la Ley General de Sanidad. Estos principios son, tal y como se explicita en la Exposición de Motivos del citado Real Decreto, la universalización del derecho a la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud y la garantía de la igualdad sustancial de toda la población en cuanto a las prestaciones sanitarias y la inexistencia de cualquier tipo de discriminación en el acceso, administración y régimen de prestación de los servicios sanitarios.

Para alcanzar estos objetivos se definen los derechos de los usuarios del Sistema Nacional de Salud y se agrupan las prestaciones sanitarias en cinco secciones: la atención primaria, que incluye la atención de urgencia ambulatoria y en el domicilio del paciente; la atención especializada, en sus distintas modalidades (ambulatoria en consultas, ambulatoria en “hospital de día” y

---

<sup>872</sup> Existen varios estudios sobre el contenido del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. Puede consultarse, por ejemplo, el trabajo de M. ALONSO OLEA, *Prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, *op. cit.*, págs. 59 a 126, o la aportación más reciente de J PEMÁN GAVÍN, “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas...”, *op. cit.*, págs. 99 a 105.

asistencia en régimen de hospitalización); las prestaciones farmacéuticas, cuya regulación pormenorizada se remite a otras normas<sup>873</sup>; las prestaciones complementarias, como por ejemplo el transporte en ambulancia, y, por último los servicios de información y documentación sanitaria (expedición de certificados médicos, partes de baja, documentación para la valoración de incapacidades, etc.).

A partir del Derecho positivo regulador de las prestaciones sanitarias PEMÁN GAVÍN extrajo en su día los rasgos generales que caracterizan la asistencia sanitaria y que la diferencian del resto de prestaciones o servicios públicos<sup>874</sup>.

En primer lugar, las prestaciones sanitarias son, desde el punto de vista de su contenido, amplias y heterogéneas. A veces son un *facere*, un servicio técnico y cualificado que se lleva a cabo aplicando las ciencias médicas para prevenir, curar o rehabilitar la salud del paciente. En otras ocasiones las prestaciones consisten en un *dare*, como puede ser la entrega de medicamentos o prótesis. E incluso también puede tratarse de una actividad documental, como la expedición de certificados médicos.

En segundo lugar, las prestaciones sanitarias se caracterizan por ser dinámicas y evolutivas, sujetas al progreso técnico y científico, con lo cual el catálogo de servicios médicos no puede ser estático, sino que tiene que estar sometido a continuas actualizaciones.

En tercer lugar, las prestaciones sanitarias, al incidir sobre la persona, afectan directamente a algunos de los derechos fundamentales más relevantes

---

<sup>873</sup> Estas son la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, vigente hasta el 28 de julio de 2006, fecha en la que entra en vigor la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios y los Reales Decretos 83/1993, de 22 de enero, por el que se regula la selección de los medicamentos a efectos de su financiación por el Sistema Nacional de Salud y 767/1993, de 21 de mayo, por el que se regula la evaluación, autorización, registro y condiciones de dispensación de especialidades farmacéuticas y otros medicamentos de uso humano fabricados industrialmente.

<sup>874</sup> J. PEMÁN GAVÍN, “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas...”, *op. cit.*, págs 94 a 98.

consagrados en la Constitución como el derecho a la integridad personal, la libertad ideológica y religiosa o el derecho a la intimidad, siendo frecuentes, como ya hemos visto, los conflictos *inter e intra* subjetivos entre los distintos bienes jurídicamente protegidos.

En cuarto lugar, las prestaciones sanitarias tienen una serie de elementos personales, temporales y espaciales que las distinguen del resto de servicios públicos. Por ejemplo, la relación médico-paciente se refuerza en nuestro sistema sanitario mediante el derecho a elegir facultativo, tanto en atención primaria como especializada, dentro de unos determinados límites establecidos por la ley<sup>875</sup>. Por otro lado, la dimensión temporal determina, en gran medida, la eficacia misma de la asistencia: una atención médica tardía anula su eficacia. El lugar de desarrollo de la prestación tiene especial importancia: la hospitalización del paciente crea un estrecho vínculo entre la persona y los Servicios de Salud.

En quinto y último lugar, PEMÁN GAVÍN subraya cómo el carácter multidimensional de lo sanitario dificulta la concreción del contenido de las prestaciones sanitarias. Esto es así porque no es fácil trazar el límite entre la asistencia sanitaria y otras cuestiones afines, como puede ser la asistencia social de personas con enfermedades crónicas o degenerativas, o de personas con drogodependencias o enfermos mentales<sup>876</sup>.

Como ya tuvimos ocasión de exponer en páginas precedentes, el Sistema Nacional de Salud ha experimentado en los últimos años una importante transformación debida, principalmente, a la descentralización de los servicios sanitarios y a la consiguiente asunción de nuevas competencias por las Comunidades Autónomas. Para asegurar el adecuado funcionamiento

---

<sup>875</sup> Así el Real Decreto 1575/1993, de 10 de septiembre, por el que se regula la libre elección de médico en los Servicios de Atención Primaria del Instituto Nacional de la Salud y el Real Decreto 8/1996, de 15 de enero, sobre libre elección de médico en los Servicios de Atención especializada del Instituto Nacional de la Salud.

<sup>876</sup> J. PEMÁN GAVÍN, “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas...”, *op. cit.*, págs. 97 y 98.

de la institución se han aprobado por el Estado un conjunto de normas entre las que destaca la citada Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS).

Entre los principios que informan esta Ley, tal y como se señala en su artículo 2.d), se incluye «la prestación de una atención integral a la salud, comprensiva tanto de su promoción como de la prevención de enfermedades, de la asistencia y de la rehabilitación, procurando un alto nivel de calidad.». Para ello, el Estado procurará la provisión de una serie de servicios que se incluirán en el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Este catálogo tiene por objeto, según se dice en el artículo 7.1, garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención.

Se consideran prestaciones de atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, de rehabilitación y de promoción y mantenimiento de la salud dirigida a los ciudadanos. El catálogo comprenderá las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario.

La concreción de estas prestaciones se hará efectiva mediante la cartera de servicios, tal y como se prevé en el artículo 8 LCCSNS, que será acordada en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud que tendrá en cuenta para su elaboración la eficacia, eficiencia, efectividad, seguridad y utilidad terapéuticas, así como las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo, las necesidades sociales, y su impacto económico y organizativo, según se establece el artículo 20 LCCSNS.

Para el desarrollo efectivo de los citados preceptos, se aprueba el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de

servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. Esta norma sustituye al Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud<sup>877</sup>.

## **2. LA CARTERA DE SERVICIOS SANITARIOS. LA «QUALITAS» DE LA ASISTENCIA SANITARIA.**

El Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización tiene como objetivo garantizar la protección de la salud, la equidad y la accesibilidad a una adecuada atención sanitaria, a la que tienen derecho todos los ciudadanos, con independencia de su lugar de residencia. Con esta norma se hacen efectivas las prestaciones sanitarias a través de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, en la que se recogen las técnicas, tecnologías o procedimientos que en cada momento dispensa el citado Sistema. El Real Decreto establece, además, el procedimiento para la actualización de la citada cartera.

La doctrina ha puesto de relieve, incluso antes de la aprobación de esta última norma, el excesivo protagonismo que tienen las disposiciones

---

<sup>877</sup> La Disposición Transitoria Única de la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud establecía que

«En tanto no se apruebe el Real Decreto por el que se desarrolle la cartera de servicios, mantendrá su vigencia el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.»

Tras su aprobación, sólo ha quedado en vigor la Disposición adicional cuarta que establece lo siguiente:

«La atención a los problemas o situaciones sociales o asistenciales no sanitarias que concurren en las situaciones de enfermedad o pérdida de la salud tendrán la consideración de atenciones sociales, garantizándose en todo caso la continuidad del servicio a través de la adecuada coordinación por las Administraciones públicas correspondientes de los servicios sanitarios y sociales.»

reglamentarias. Por ejemplo, BELTRÁN AGUIRRE<sup>878</sup>, considera que el catálogo de atenciones y prestaciones sanitarias debe tener rango de ley, puesto que así se desprende del artículo 43.2 CE en el que se dice que «la Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto». En segundo lugar, al tratarse de legislación básica sería preciso una norma con rango de Ley, ya que tal y como ha señalado la jurisprudencia constitucional sólo a través de la Ley se alcanzará una determinación cierta y estable de la ordenación de las materias por la normativa estatal y la autonómica. Excepcionalmente, explica BELTRÁN AGUIRRE, podría admitirse que el Gobierno, a través del ejercicio de su potestad reglamentaria, regulase por Decreto algunos aspectos concretos de la materia, siendo preceptivo que también en este tipo de regulación se declare su carácter básico o que éste se pueda inferir de su estructura. Por último, BELTRÁN AGUIRRE alega a favor del uso de normas con rango de Ley para regular las prestaciones sanitarias el hecho de que el título competencial que se invoca es el recogido en el artículo 149.1.1ª CE.

Comparte esta opinión PEMÁN GAVÍN, para quien muchas de las previsiones contenidas en estos preceptos reglamentarios tienen un carácter vertebrador y ordenador del conjunto de prestaciones y por ello deberían estar incluidas en un texto con rango de Ley, sin perjuicio de su posterior desarrollo por normas reglamentarias<sup>879</sup>.

Si bien es innegable la proliferación de normas reglamentarias, también lo es, a nuestro juicio, el hecho de que las prestaciones sanitarias, como contenido del derecho a la asistencia sanitaria, sí aparecen reconocidas en normas con rango de Ley, cumpliendo en este sentido con la reserva que se hace en el artículo 43.2 CE. Primero, en la Ley General de Sanidad de 1986 y en la Ley del Medicamento en 1990 y, años más tarde, en la Ley de Cohesión y

---

<sup>878</sup> *Vid.* J.L. BELTRÁNAGUIRRE, “Prestaciones sanitarias y Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos”, *op. cit.*, págs 90 a 92.

<sup>879</sup> *Vid.* J. PEMÁN GAVÍN, “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas”, *op. cit.*, pág. 101, nota 37.

Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003 y en la Ley de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios de 2006.

Lo que sí puede resultar discutible es si las remisiones que el legislador hace al reglamento respetan, efectivamente, la reserva de ley del artículo 43.2 CE. Recordemos al respecto que nuestro Tribunal Constitucional admite la normación reglamentaria para «[...] complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, pues esta colaboración que, en términos de política legislativa, habrá de resultar pertinente en muchos casos, no será contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa.» Subraya el Tribunal Constitucional que « [...] la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa [...] pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento [...] que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva.» (STC 99/1987, de 11 de junio, F.J. 3º). Las remisiones que se hagan serán condicionadas y dentro de unos límites ciertos y estrictos de manera que esas remisiones harán de la potestad reglamentaria « [...] un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley» (STC 83/1984, de 24 de julio, F.J. 4º).

En nuestra opinión estas condiciones sí se dan también en este caso. La reserva de ley del artículo 43.2 CE impone al legislador el deber de regular los derechos y deberes de todos respecto a la protección de la salud. Se impide de este modo que se haga un desplazamiento desde la ley hacia el reglamento. Una vez que el legislador haya regulado lo esencial, habilitará al ejecutivo para

que dicte las normas complementarias e instrumentales necesarias para el desarrollo de lo establecido en la ley<sup>880</sup>.

En este sentido, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud dedica todo el Capítulo I a las prestaciones del catálogo del Sistema Nacional de Salud y parte de la Sección I de este mismo Capítulo (artículos 11 a 19) a describir pormenorizadamente cada una de ellas<sup>881</sup>.

---

<sup>880</sup> Entre la extensa bibliografía que existe sobre la reserva de ley, para una aproximación al tema véanse las aportaciones de A. GARRORENA MORALES, *El lugar de la ley en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980 y del mismo autor “Reserva de ley”, en M. ARAGÓN REYES, (Coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2001, págs. 300 a 307; así mismo puede consultarse la monografía de I DE OTTO, *Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987 y las aportaciones de F. RUBIO LLORENTE, “El principio de legalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993, págs. 9 a 42 y M. REBOLLO PUIG, “Juridicidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1991, en concreto las págs 124 a 147.

<sup>881</sup> En efecto, en el artículo 11 se define, en los siguientes términos, en qué consisten las *prestaciones de salud pública* y cuáles son las actuaciones que conlleva: «La prestación de salud pública es el conjunto de iniciativas organizadas por las Administraciones públicas para preservar, proteger y promover la salud de la población. Es una combinación de ciencias, habilidades y actitudes dirigidas al mantenimiento y mejora de la salud de todas las personas a través de acciones colectivas o sociales.» Las actuaciones que se llevarán a cabo serán las siguientes: la información y vigilancia epidemiológica; la protección de la salud; la promoción de la salud; la prevención de las enfermedades y de las deficiencias; la vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías y del tráfico internacional de viajeros, por parte de la Administración sanitaria competente; la promoción y protección de la sanidad ambiental; a promoción y protección de la salud laboral, con especial consideración a los riesgos y necesidades específicos de las trabajadoras; la promoción de la seguridad alimentaria; las prestaciones de salud pública se ejercerán con un carácter de integralidad, a partir de las estructuras de salud pública de las Administraciones y de la infraestructura de atención primaria del Sistema Nacional de Salud.

La prestación de *atención primaria* se establece en el artículo 12. Se define como «el nivel básico e inicial de atención, que garantiza la globalidad y continuidad de la atención a lo largo de toda la vida del paciente, actuando como gestor y coordinador de casos y regulador de flujos. Comprenderá actividades de promoción de la salud, educación sanitaria, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria, mantenimiento y recuperación de la salud, así como la rehabilitación física y el trabajo social» Comprenderá las siguientes actuaciones: la asistencia sanitaria a demanda, programada y urgente tanto en la consulta como en el domicilio del enfermo; la indicación o prescripción y la realización, en su caso, de procedimientos diagnósticos y terapéuticos; las actividades en materia de prevención, promoción de la salud, atención familiar y atención comunitaria; las actividades de información y vigilancia en la protección de la salud; la rehabilitación básica; las atenciones y servicios específicos relativos a las mujeres, que específicamente incluirán la detección y tratamiento de las situaciones de violencia de género; la infancia; la adolescencia; los adultos;



El posterior desarrollo reglamentario que se hace por el Real Decreto 1030/2006 sirve para fijar el contenido de las prestaciones mediante el

---

la tercera edad; los grupos de riesgo y los enfermos crónicos; la atención paliativa a enfermos terminales; la atención a la salud mental, en coordinación con los servicios de atención especializada y la atención a la salud bucodental.

La prestación de *atención especializada* (artículo 13) «comprende actividades asistenciales, diagnósticas, terapéuticas y de rehabilitación y cuidados, así como aquéllas de promoción de la salud, educación sanitaria y prevención de la enfermedad, cuya naturaleza aconseja que se realicen en este nivel. La atención especializada garantizará la continuidad de la atención integral al paciente, una vez superadas las posibilidades de la atención primaria y hasta que aquel pueda reintegrarse en dicho nivel» e incluye las siguientes actuaciones: la asistencia especializada en consultas; la asistencia especializada en hospital de día, médico y quirúrgico; la hospitalización en régimen de internamiento; el apoyo a la atención primaria en el alta hospitalaria precoz y, en su caso, la hospitalización a domicilio, la indicación o prescripción, y la realización, en su caso, de procedimientos diagnósticos y terapéuticos; la atención paliativa a enfermos terminales; la atención a la salud mental y la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable.

La *atención sociosanitaria* se define en el artículo 13 como «el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social.». Cada Comunidad Autónoma determinará los niveles de atención que deberá incluir, en todo caso, los cuidados sanitarios de larga duración; la atención sanitaria a la convalecencia y la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable.

En el artículo 15 se contempla la *atención de urgencia* que es aquella que se dispensa al paciente en los casos en que su situación clínica obliga a una atención sanitaria inmediata.

La *prestación farmacéutica*, aunque se desarrolla por su propia normativa se recoge también entre las prestaciones sanitarias en el artículo 16. Esta prestación consiste en la procura de medicamentos y productos sanitarios e incluye el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el período de tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y la comunidad.

La *prestación ortoprotésica* permite a los usuarios del Servicio Nacional de Salud la utilización de productos sanitarios, implantables o no, para sustituir total o parcialmente una estructura corporal, o bien de modificar, corregir o facilitar su función. Comprenderá los elementos precisos para mejorar la calidad de vida y autonomía del paciente (artículo 17)

También se incluye en el catálogo la *prestación de productos dietéticos*. El Sistema Nacional de Salud, según se establece en el artículo 18, dispensará los tratamientos dietoterápicos a las personas que padezcan determinados trastornos metabólicos congénitos, la nutrición enteral domiciliaria para pacientes a los que no es posible cubrir sus necesidades nutricionales, a causa de su situación clínica, con alimentos de uso ordinario.

Tanto la prestación ortoprotésica como la prestación de productos dietéticos se suministrará por los servicios de salud o bien se darán ayudas económicas para su adquisición

Por último, la *prestación de transporte sanitario* permite el desplazamiento de enfermos por causas exclusivamente clínicas, cuya situación les impida desplazarse en los medios ordinarios de transporte.

establecimiento de las técnicas, tecnologías y procedimientos médico-sanitarios disponibles en cada momento.

El instrumento jurídico que se utiliza para regular la forma en la que se presta la asistencia sanitaria por el Sistema Nacional de Salud es la carta o cartera de servicios, mediante la cual se concretan las prestaciones que los ciudadanos pueden exigir y donde se nutre de contenido a los derechos subjetivos cuya satisfacción los usuarios podrán reclamar ante las instancias administrativas y si fuese necesario ante los tribunales de justicia<sup>882</sup>.

Esta norma se aprueba siguiendo el modelo de carta de servicios establecido en el Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se crea el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado<sup>883</sup>. Las cartas de servicios se definen en el artículo 8.1 del citado Real Decreto como «el instrumento a través del cual los órganos, organismos y entidades de la Administración General del Estado informan a los ciudadanos y usuarios sobre los servicios que tienen encomendados, sobre los derechos que les asisten en relación con aquellos y sobre los compromisos de calidad en su prestación.»

Así mismo, en el artículo 9 de la citada norma se prevé cuál deberá ser la estructura y el contenido de cada una de las cartas de servicios que se

---

<sup>882</sup> La definición es de D. CRUZ PÉREZ en “La posición del usuario frente a la actividad del servicio público: especial atención a los servicios sanitarios”, en *Derecho y salud*, núm. 1, 1998, pág. 10.

<sup>883</sup> En cumplimiento con los principios generales contenidos en el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como los principios de funcionamiento recogidos en los artículos 3 y 4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, se dictó en su día el Real Decreto 1259/1999, de 16 de julio, por el que se regulaban las cartas de servicios y los premios a la calidad en la Administración General del Estado. Desde la aprobación de esta norma se han acometido una serie de medidas encaminadas a mejorar y controlar la calidad de los servicios públicos. Sin embargo, en el año 2005, desde el ejecutivo se plantea, la necesidad de mejorar dichas medidas y abordar otras nuevas para optimizar funcionamiento de la Administración General del Estado. Con este fin se aprueba el Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado.

aprueben en el futuro. En primer lugar, en cada una de ellas se incluirá una serie de datos de carácter general y legal: datos identificativos y fines del órgano u organismo, principales servicios que presta, derechos concretos de los ciudadanos y usuarios en relación con los servicios, fórmulas de colaboración o participación de los usuarios en la mejora de los servicios, relación sucinta y actualizada de la normativa reguladora de las principales prestaciones y servicios y, por último, cómo se accede al sistema de quejas y sugerencias regulado en el capítulo IV del mismo Real Decreto.

En segundo lugar, se ha previsto la inclusión de una serie de compromisos de calidad, de manera que en la carta de servicios se deberán establecer los niveles o estándares de calidad que se ofrecen y, en todo caso, dice el Real Decreto «plazos previstos para la tramitación de los procedimientos, así como, en su caso, para la prestación de los servicios; mecanismos de información y comunicación disponibles, ya sea general o personalizada; horarios, lugares y canales de atención al público.»

También en Real Decreto se hace referencia a la inclusión de las medidas que aseguren la igualdad de género, que faciliten el acceso al servicio y que mejoren las condiciones de la prestación. Así mismo, se tendrán que prever sistemas normalizados de gestión de la calidad, medio ambiente y prevención de riesgos laborales con los que, en su caso, cuente la organización y, por último se señalarán los indicadores utilizados para la evaluación de la calidad y específicamente para el seguimiento de los compromisos adquiridos.

Uno de los aspectos más importantes tiene que ver, sin lugar a dudas, con las medidas de subsanación en caso de incumplimiento de los compromisos declarados, acordes con el contenido y régimen jurídico de prestación del servicio. Además de lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en materia de responsabilidad

patrimonial<sup>884</sup>, en cada carta de servicios se señalará, expresamente, «el modo de formular las reclamaciones por incumplimiento de los compromisos, cuyo reconocimiento corresponderá al titular del órgano u organismo al que se refiera la carta, y que en ningún caso darán lugar a responsabilidad patrimonial por parte de la Administración.» En el supuesto de que se prevean medidas de subsanación de contenido económico, éstas requerirán informe preceptivo favorable del Ministerio de Economía y Hacienda.

Siguiendo estas pautas generales, en el año 2006 se aprueba la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud que se define como «el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias.» (artículo 2.1 RCSCSNS). En los artículos 1.1 y 6 RCSCSNS de nuevo se enumeran de manera genérica las prestaciones del Sistema Nacional de Salud y en los Anexos del Real Decreto se concreta cuáles son esos servicios. Así mismo, en esta norma se regula el procedimiento que se ha de seguir para excluir o incorporar nuevas técnicas, tecnologías o procedimientos sanitarios.

Se dice en este Real Decreto que los servicios que aquí aparecen reconocidos se consideran *básicos* y *comunes*, entendiendo por tales los necesarios para llevar a cabo una atención sanitaria adecuada, integral y continuada (artículo 3.1 RCSCSNS). Las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, deberán, por tanto, aprobar sus propias carteras que incluirán como mínimo los servicios comunes del Sistema Nacional de Salud (artículo 11.1 RCSCSNS).

Es relevante en este punto la previsión que se hace en el artículo 2.4 RCSCSNS. En primer lugar se reconoce el derecho de todos los usuarios del

---

<sup>884</sup> En los artículos 139 a 144, desarrollados posteriormente por el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Sistema Nacional de salud<sup>885</sup> a los servicios comunes establecidos en el Real Decreto, con independencia de que estén o no disponibles en el ámbito territorial en el que residan. Si una Comunidad Autónoma no pudiese ofrecer alguna de las técnicas, tecnologías y procedimientos catalogados como básicos y comunes, se establecerán los mecanismos para enviar a los usuarios que lo precisen a otras Comunidades. Con este precepto parece que se está dando por sentado que habrá Comunidades Autónomas que, bien por falta de recursos o bien por falta de voluntad política, no dispondrán de todas las prestaciones básicas de la cartera de servicios sanitarios, lo que, a nuestro juicio, entra en contradicción con la previsión del artículo 11 en que se prescribe que las carteras sanitarias autonómicas incluirán al menos la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

El acceso a las prestaciones sanitarias se garantizará con independencia del lugar en el que se encuentre en cada momento el usuario del sistema (artículo 2.5 RCSCSNS), cumpliéndose así la previsión del artículo 4.c) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en el que se precisa que los ciudadanos tendrán derecho a recibir, por parte del servicio de salud de la comunidad autónoma en la que se encuentre desplazado, la asistencia del catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud que pudiera requerir, en las mismas condiciones e idénticas garantías que los ciudadanos residentes en esa comunidad autónoma. Tanto la Ley como el Real Decreto vienen a garantizar el principio del artículo 139.1 CE que impone un trato igual dentro de cada ordenamiento jurídico autonómico para todos los

---

<sup>885</sup> Recordemos que son titulares de los derechos de la cartera de servicios comunes (artículo 3.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud) todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000. También serán titulares los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que tienen los derechos que resulten del Derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación. Por último, la titularidad de los servicios se extiende también a los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea que tienen los derechos que les reconozcan las leyes, los tratados y convenios suscritos

ciudadanos, sin hacer distinciones según la Comunidad Autónoma a la que se pertenezca.

Dado el carácter descentralizado del Sistema Nacional de Salud, se prevé (artículo 11.2 RCSCSNS) que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, puedan incorporar a sus carteras de servicios nuevas técnicas, tecnologías y procedimientos, además de los comunes previstos en la cartera del Sistema Nacional de Salud. Estos servicios complementarios no estarán incluidos en la financiación general de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud y, por lo tanto, se tendrán que establecer recursos adicionales. Aunque la inclusión de nuevas técnicas, tecnologías y procedimientos adicionales es competencia de cada Comunidad Autónoma, no obstante habrá que informar al Consejo Interterritorial que podrá emitir recomendaciones sobre esta decisión<sup>886</sup>.

El tema de las prestaciones autonómicas complementarias nos suscita la siguiente cuestión: ¿tienen derecho a ellas los ciudadanos que se encuentren temporalmente desplazados en otra Comunidad Autónoma diferente a la que residen habitualmente? Si atendemos al tenor literal del artículo 2.5 del Real Decreto 1030/2006 la respuesta es negativa. Lo que garantiza nuestro ordenamiento jurídico a todo usuario del Sistema Nacional de Salud es, en primer lugar, un estatuto jurídico básico y común del derecho a la asistencia sanitaria. Y en segundo lugar, un acceso en condiciones de igualdad a la cartera de servicios sanitarios comunes, con independencia del lugar donde se encuentre dentro del territorio del Estado. Esta opinión es defendida por BELTRÁN AGUIRRE, para quien si bien el acceso a los servicios sanitarios ha de ser igual para todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud en todo el territorio del Estado —principio de igualdad de trato ex artículo 139.1 CE—, sin embargo, esto no impide que las Comunidades Autónomas puedan « [...] definir como gratuitas o no las prestaciones sanitarias que excedan de las

---

<sup>886</sup> Artículo 11 del Real Decreto 1030/2006.

mínimas y que estén total o parcialmente financiadas con cargo a fondos propios de la Comunidad, en razón de la residencia de la persona.»<sup>887</sup>

Las prestaciones sanitarias reconocidas en la carta de servicios se dispensarán por profesionales sanitarios cualificados y únicamente en los centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados. El artículo 17 de la LGS establece el principio de que las entidades encargadas de la prestación de asistencia sanitaria no quedarán obligadas al reembolso de los gastos derivados del uso de medios sanitarios externos al sistema de salud. Por tanto, la regla general del ordenamiento jurídico español es la de no admitir el reintegro de gastos médicos, salvo las excepciones que se establezcan en las leyes o en los reglamentos. Además de la regulación especial de la asistencia sanitaria prestada a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en el extranjero, en la legislación vigente se prevé que sólo se tendrá derecho al reembolso de los gastos ocasionados por la asistencia sanitaria de urgencia recibida fuera del Sistema Nacional de Salud en los casos de riesgo vital del paciente, siempre y cuando se pruebe que no se pudieron usar los servicios de aquél y que no se trató de un uso fraudulento de esta excepción (artículo 4 RCSCSNS).

Como se puede comprobar nuestra legislación vigente es cada vez más restrictiva en materia de derecho al reintegro de los gastos sanitarios efectuados al margen del Sistema Nacional de Salud. En efecto, el Real Decreto 63/1995, ahora derogado, modificó el artículo 18 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, sobre asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social. En este último precepto se contemplaban los dos supuestos que permitían solicitar el reintegro de los gastos médicos: en primer lugar, cuando los gastos se derivasen de una asistencia urgente de carácter vital y, en segundo lugar,

---

<sup>887</sup> *Vid.* J.L. BELTRÁN AGUIRRE, “Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud”, *op. cit.*, págs. 94 y 95.

cuando los gastos se hubiesen producido al tener que acudir a servicios distintos de los que le correspondería al denegarse injustificadamente la prestación de la asistencia debida. Este segundo supuesto se eliminó en el año 1995. No obstante, como viene señalando la jurisprudencia y la doctrina, el hecho de que no exista un procedimiento específico para solicitar el reintegro de los gastos por utilización de los servicios sanitarios ajenos al Sistema Nacional de Salud, no impide que si esta asistencia se produce el usuario tenga derecho a la pertinente indemnización por los daños y perjuicios causados por una defectuosa asistencia sanitaria<sup>888</sup>.

Con relación a las garantías de un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, el artículo 4 LCCSNS reconoce, entre los derechos de los ciudadanos en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, el derecho a recibir asistencia sanitaria en su Comunidad Autónoma de residencia en un tiempo máximo. El artículo 25 de la citada Ley prevé que en el seno del Consejo Interterritorial se acuerden los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que se aprobarán mediante Real Decreto, correspondiendo a la Comunidades Autónomas definir los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco. De esta garantía se excluyen las intervenciones quirúrgicas de trasplantes de órganos y tejidos, cuya realización dependerá de la disponibilidad de órganos, así como la atención sanitaria ante situaciones de catástrofe.

Para cumplir con la previsión establecida en el artículo 25 se aprobó el Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo, por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre las listas de espera en el Sistema Nacional de Salud. Este Real Decreto tiene por objeto, según reza su artículo 1, establecer los criterios, indicadores y requisitos mínimos, básicos y

---

<sup>888</sup> *Vid.* J.F. BLASCO LAHOZ “El reintegro de gastos médicos: un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales”, en *Aranzadi Social*, núm.11, 2004



comunes en materia de información sobre las listas de espera de consultas externas, pruebas diagnósticas, terapéuticas e intervenciones quirúrgicas correspondientes a los centros y servicios del Sistema Nacional de Salud, con la finalidad de alcanzar un tratamiento homogéneo para el conjunto del sistema que permita el análisis y evaluación de sus resultados, necesidades y funcionamiento, garantizando la transparencia y uniformidad en la información facilitada al ciudadano.

Las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, han procedido a definir los tiempos máximos de acceso a sus carteras de servicios sanitarios.

Por ejemplo la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha a partir de la aprobación de su Ley 24/2002, de 5 de diciembre de Garantías en la Atención Sanitaria Especializada, ha desarrollado el contenido del derecho de los ciudadanos a una atención sanitaria adecuada a las necesidades individuales y colectivas de la población, mediante la instauración de un sistema de plazos máximos de respuesta en la atención sanitaria especializada, que serán fijados anualmente por el Consejo de Gobierno<sup>889</sup>; ha establecido la obligación de la Administración Sanitaria del pago de los gastos derivados de la atención sanitaria garantizada en el centro elegido por el paciente en caso de que se rebase el tiempo máximo previsto y ha creado un Registro único de Pacientes en Lista de Espera de Castilla-La Mancha.

En los mismos términos el artículo 8.3 de la Ley de Cantabria 7/2006, de 15 de junio, de Garantías de tiempos máximos de respuesta en la atención sanitaria especializada en el Sistema Sanitario Público de Cantabria dispone

---

<sup>889</sup> Los plazos máximos de respuesta en la atención sanitaria especializada, programada y no urgente, a los que se refiere la Ley 24/2002, de 5 de diciembre, de Garantías en la Atención Sanitaria Especializada de Castilla-La Mancha son los siguientes:

- a) Intervenciones quirúrgicas garantizadas: 90 días.
- b) Consultas de atención especializada garantizadas: 15 días.
- c) Pruebas diagnósticas garantizadas: 7 días.

que si la persona usuaria no hubiera obtenido asistencia dentro del plazo máximo de respuesta<sup>890</sup>, podrá requerir la atención en un centro sanitario privado, autorizado al efecto en la forma que la Consejería competente en materia de sanidad establezca. Asimismo, el artículo 8.4 de la citada Ley establece que en el supuesto anterior, el Servicio Cántabro de Salud estará obligado al pago de los gastos derivados de dicha atención sanitaria al centro elegido, con sujeción a las cuantías máximas que acuerde anualmente la Consejería competente en materia de sanidad.

Dos observaciones queremos hacer respecto a las garantías de los tiempos máximos de acceso a las carteras de servicios sanitarios autonómicos.

En primer lugar los plazos a los que se refieren las normas autonómicas se contarán por días naturales a partir del día siguiente al de la inscripción del paciente en el Registro de Pacientes en Lista de Espera. Con lo cual el tiempo transcurrido hasta la inclusión del paciente en la lista de espera no se tiene en cuenta.

En segundo lugar, aunque las Comunidades Autónomas se muevan dentro del marco previsto por la normativa estatal, nos surgen serias dudas sobre si la actual regulación de las listas de espera respeta realmente el estatuto jurídico básico y común que todo usuario del Sistema Nacional de Salud con independencia de la Comunidad Autónoma donde resida. Si la efectividad de las prestaciones sanitarias depende en gran medida de que éstas se realicen a tiempo, el establecer plazos máximos de espera tan dispares entre Comunidades Autónomas podría vulnerar la igualdad mínima y común que se requiere por la Constitución española y por la legislación sanitaria de

---

<sup>890</sup> El artículo 5 de la Ley de Cantabria 7/2006, de 15 de junio, de Garantías de tiempos máximos de respuesta en la atención sanitaria especializada en el Sistema Sanitario Público de Cantabria establece que los o las pacientes que requieran atención sanitaria especializada, de carácter programado y no urgente, en el ámbito del sistema sanitario público de Cantabria, recibirán la misma en los siguientes plazos máximos: 180 días en el caso de procedimientos quirúrgicos, 60 días para el acceso a primeras consultas de asistencia especializada y 30 días para la realización de pruebas diagnósticas especializadas.

desarrollo. Un ejemplo de esta disparidad son la legislación de Castilla-La Mancha y de Cantabria. Mientras que la primera garantiza que el tiempo máximo para una prueba diagnóstica sea de 7 días, la Comunidad cántabra fija esta espera en 30 días. Una intervención quirúrgica programada no urgente en Cantabria se ha de realizar en un plazo máximo de 180 días, mientras que en Castilla-La Mancha este plazo se reduce a 90 días.

Si bien en la LCCSNS se enuncian las garantías de accesibilidad, movilidad, tiempo, información y seguridad, sin embargo, nada se concreta al respecto en el Real Decreto 1030/2006. Se echa de menos en la cartera de servicios sanitarios el establecimiento de los mecanismos necesarios para controlar la efectividad y calidad de las prestaciones sanitarias. Esta deficiencia se viene supliendo, en gran medida, por la práctica jurisprudencial y su intervención en aquellos supuestos de falta de asistencia sanitaria o de asistencia sanitaria defectuosa<sup>891</sup>.

Como es bien sabido durante años ha existido una intensa polémica tanto doctrinal como jurisprudencial en torno a la determinación del orden jurisdiccional competente para conocer los supuestos de indemnización por daños y perjuicios relacionados con la asistencia sanitaria. Las reclamaciones contra la Administración sanitaria se encauzaban, indistintamente, a través de los órganos jurisdiccionales civiles, administrativos o sociales. Esta situación se mantiene hasta que en 1999 se reforma la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En efecto, la Disposición adicional 12ª de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dice lo siguiente:

---

<sup>891</sup> Así lo pone de relieve J. PEMÁN GAVÍN, “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas”, *op. cit.*, págs. 101 y sigs.

«La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.»

Esta Disposición está en consonancia con el Artículo 2.e) de Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa<sup>892</sup>, precepto en el que establece que:

«El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: [...] La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.»<sup>893</sup>

### **3. EL «QUANTUM» DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS. LA CUESTIÓN DE LA IRREVERSIBILIDAD DE LAS CONQUISTAS SOCIALES**

---

<sup>892</sup> Redactado según Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

<sup>893</sup> Este último inciso se añadió en la reforma del año 2003 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a raíz del polémico auto que dictó la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo el 27 de diciembre de 2001, conocido como *Asunto Biel Bernat* de, en el que se atribuye al orden civil la competencia para enjuiciar las demandas dirigidas conjuntamente contra la Administración pública y una aseguradora por responsabilidad extracontractual, reabriendo así la polémica que parecía zanjada tras la reforma legislativa de 1998 y 1999, que afirmó la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de los pleitos de responsabilidad patrimonial de la Administración. Para la Sala del Tribunal Supremo el hecho de que el usuario de un servicio público demandase conjuntamente a la Administración y a su aseguradora de responsabilidad extracontractual, hacía que el orden jurisdiccional competente fuera la civil y no el contencioso-administrativo. Para una aproximación a esta cuestión puede leerse el trabajo de O. MIR PUIGPELAT “La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho, Working Paper* núm. 151, 2003.

Para decidir qué servicios presta el Sistema Nacional de Salud y su incorporación a la cartera sanitaria se aplicarán los criterios que vienen señalados en el artículo 20.3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y en el artículo 5.1 del Real Decreto 1030/2006. Estos criterios son «[...] la seguridad, eficacia, eficiencia, efectividad y utilidad terapéuticas de las técnicas, tecnologías y procedimientos, así como las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales, y su impacto económico y organizativo »

El artículo 21 de la citada Ley prevé, así mismo, que la cartera de servicios se actualice mediante un procedimiento que se desarrollará reglamentariamente, señalando al respeto que las nuevas técnicas, tecnologías o procedimientos serán sometidos a evaluación por el Ministerio de Sanidad y Consumo, que deberá verificar que éstos cumplen, efectivamente, con todos los requisitos exigidos. Así, en el Real Decreto 1030/2006<sup>894</sup>, se dice que para su incorporación a la cartera de servicios las nuevas técnicas, tecnologías o procedimientos deberán, en primer lugar, contribuir de forma eficaz a la prevención, al diagnóstico o al tratamiento de enfermedades, a la conservación o mejora de la esperanza de vida, al autovalimiento o a la eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento. En segundo lugar han de aportar una mejora, en términos de seguridad, eficacia, efectividad, eficiencia o utilidad demostrada, respecto a otras alternativas facilitadas actualmente y, por último, habrán de cumplir con las exigencias que establezca la legislación vigente en el caso de que incluyan la utilización de medicamentos, productos sanitarios u otros productos<sup>895</sup>.

---

<sup>894</sup> Artículo 5.3

<sup>895</sup> A este respecto, según se prescribe textualmente en el artículo 5.2 RCSCSNS, antes de incluir en la cartera «técnicas, tecnologías o procedimientos que para su realización precisen utilizar un medicamento, producto sanitario, producto dietético u otro tipo de producto, resulta imprescindible que: los medicamentos estén autorizados para su comercialización de acuerdo con la legislación vigente, y se utilicen conforme a las

Se establece además lo que podríamos denominar una “cláusula de no inclusión” en virtud de la cual no formarán parte de la cartera de servicios las técnicas, tecnologías y procedimientos cuya contribución eficaz a la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autonomía y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento no esté suficientemente probada<sup>896</sup>. En el Real Decreto 1030/2006 se amplía esta cláusula de exclusión a aquellas técnicas, tecnologías y procedimientos que se encuentren en fase de investigación clínica, salvo los autorizados para uso compasivo; los que no guarden relación con enfermedad, accidente o malformación congénita; aquellos que tengan como finalidad meras actividades de ocio, descanso, confort, deporte o mejora estética o cosmética, uso de aguas, balnearios o centros residenciales u otras similares y, por último, tampoco formará parte de la cartera de servicios la realización de reconocimientos y exámenes o pruebas biológicas voluntariamente solicitadas o realizadas por interés de terceros.

El legislador también ha previsto la posibilidad de excluir de la carta alguno de los servicios prestados por el Sistema Nacional de Salud, para lo cual tendrá que concurrir al menos una de las circunstancias siguientes<sup>897</sup>: que haya evidencias de su falta de eficacia, efectividad o eficiencia, o que el balance entre beneficio y riesgo sea significativamente desfavorable; que haya perdido su interés sanitario como consecuencia del desarrollo tecnológico y científico o que ya no cumpla con los requisitos establecidos por la legislación vigente.

---

especificaciones de su ficha técnica autorizada; los productos sanitarios, incluidos los implantes y los reactivos para diagnóstico *in vitro*, cuenten con el marcado CE para la indicación de que se trate, así como los restantes requisitos que establece el Real Decreto 414/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios, y demás normativa de aplicación; los productos dietéticos estén inscritos en el Registro General Sanitario de Alimentos como alimentos dietéticos destinados a usos médicos especiales; otros productos sometidos a regulación específica cumplan la respectiva normativa vigente que les sea de aplicación.»

<sup>896</sup> Artículos 20.3 LCCSNS y 5.4 RCSCSNS

<sup>897</sup> Artículo 21.5 LCCSNS y 5.5 RCSCSNS.

Sentados los criterios generales por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, corresponde al ejecutivo establecer el procedimiento de actualización de la cartera de servicios, bien mediante la incorporación de nuevos servicios o bien mediante la exclusión de los hasta entonces reconocidos. Tal y como se aclara en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, el procedimiento que se instituya para actualizar el contenido de esta cartera deberá de ser lo suficientemente ágil para evitar que la intervención pública constituya una barrera que dificulte que los usuarios se beneficien de los avances científicos y tecnológicos, y habrá de garantizar que ninguna nueva técnica, tecnología o procedimiento clínico relevante se generalice en el sistema sin una previa evaluación pública de su seguridad, eficacia, coste y utilidad.

Con este fin en los artículos 7 y 8 se establece dicho procedimiento<sup>898</sup>, del que quedará excluida la prestación farmacéutica que se regirá por su propia normativa.

---

<sup>898</sup> La actualización se hará mediante orden del Ministerio de Sanidad y Consumo que consultará previamente con el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. La evaluación por el Ministerio de Sanidad y Consumo se efectúa a través de la Agencia de evaluación de tecnologías sanitarias del Instituto de Salud Carlos III, en colaboración con otros órganos evaluadores propuestos por las comunidades autónomas. Según se dice en el artículo 7.5 RCSCSNS para realizar la evaluación se aplicará el procedimiento más adecuado en cada caso que permita conocer el coste, la eficacia, la eficiencia, la efectividad, la seguridad y la utilidad sanitaria de una técnica, tecnología o procedimiento, como informes de evaluación, criterio de expertos, registros evaluativos, usos tutelados u otros. Conforme al artículo 7.3 del Real Decreto el procedimiento de evaluación para la actualización de la cartera de servicios comunes, se aplicará a las técnicas, tecnologías o procedimientos relevantes, que son aquellos que reúnen, al menos, una de las siguientes características:

- Representar una aportación sustancialmente novedosa a la prevención, al diagnóstico, a la terapéutica, a la rehabilitación, a la mejora de la esperanza de vida o a la eliminación del dolor y el sufrimiento.
- Ser nuevas indicaciones de equipos o productos ya existentes.
- Requerir para su aplicación nuevos equipos específicos.

La iniciativa para actualizar la cartera de servicios puede partir de las Administraciones sanitarias de las Comunidades Autónomas o del Ministerio de Sanidad y Consumo, a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. La propuesta para incluir una nueva técnica, tecnología o procedimiento irá acompañada de una memoria técnica y de una memoria económica, con la valoración del impacto que puede suponer su inclusión<sup>899</sup>. Una vez que se han tramitado los expedientes<sup>900</sup> se remitirán a la Comisión de prestaciones, aseguramiento y financiación<sup>901</sup>, en cuyo seno se decidirá la propuesta de inclusión o de exclusión<sup>902</sup> de la técnica, tecnología o

---

- Modificar de modo significativo las formas o sistemas organizativos de atención a los pacientes.
- Afectar a amplios sectores de población o a grupos de riesgo.
- Suponer un impacto económico significativo en el Sistema Nacional de Salud.
- Suponer un riesgo para los usuarios o profesionales sanitarios o el medio ambiente.

<sup>899</sup> Se dice en el Real Decreto que en el caso de que la introducción de una nueva técnica, tecnología o procedimiento conlleve un incremento del gasto con implicaciones presupuestarias significativas para el Sistema Nacional de Salud, su inclusión en la cartera de servicios también se analizará por la Comisión interministerial para el estudio de los asuntos con trascendencia presupuestaria para el equilibrio financiero del Sistema Nacional de Salud o implicaciones económicas significativas, creada en el Real Decreto 434/2004, de 12 de marzo. Esta Comisión tendría que elaborar un informe preceptivo que se presentará al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Por su parte, el Ministerio de Economía y Hacienda trasladará este informe al Consejo de Política Fiscal y Financiera, el cual propondrá, en su caso, las medidas necesarias para garantizar el equilibrio financiero del Sistema Nacional de Salud.

<sup>900</sup> El régimen para la tramitación de los expedientes para la actualización de la cartera de servicios comunes y los criterios para la selección y priorización de las técnicas, tecnologías y procedimientos se establecerán por orden ministerial, previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

<sup>901</sup> Artículo 9 del Real Decreto 1030/2006.

<sup>902</sup> Como se indica en el artículo 8.6 del Real Decreto el procedimiento para la exclusión de una técnica, tecnología o procedimiento de la cartera de servicios comunes, cuando concorra alguna de las circunstancias recogidas en el artículo 5.5, será la misma que la seguida para las inclusiones:

«Cuando existan indicios de que una técnica, tecnología o procedimiento tiene un balance entre beneficio y riesgo significativamente desfavorable, el Ministerio de Sanidad y Consumo procederá a su exclusión cautelar, poniéndolo en conocimiento de las comunidades autónomas de forma inmediata e informando de ello a la Comisión de prestaciones, aseguramiento y financiación, para que adopten las medidas necesarias.



procedimiento de que se trate. Finalmente, corresponderá al Ministerio de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, la aprobación definitiva de las propuestas.

Como puede fácilmente deducirse tanto la inclusión como la exclusión de técnicas, tecnologías y procedimientos de la cartera de servicios sanitarios entronca con dos cuestiones no exentas de polémica: el *quantum* de las prestaciones sanitarias y la irreversibilidad o no de las conquistas en el Estado social.

Ya se ha señalado a lo largo de esta investigación cómo la gestación y consolidación del Estado social han sido simultáneas al proceso de positivación del derecho a la protección de la salud, primero en la legislación ordinaria y más tarde en los textos constitucionales. Así mismo, hemos tenido ocasión de analizar cómo la transformación del contenido y de la naturaleza jurídica de este derecho se ha producido al mismo tiempo que el Estado asumía nuevas funciones. Por último, el proceso de crisis que ha afectado al Estado social ha perjudicado a la vertiente más prestacional de este derecho: el derecho a la asistencia sanitaria.

En efecto, tras la crisis económica de la década de los setenta del pasado siglo, se adoptaron por los gobiernos occidentales una serie de medidas dirigidas a restablecer el mercado como instrumento adecuado para el funcionamiento de la producción y distribución de bienes y servicios. Sin embargo, el neoliberalismo no ha producido ni la riqueza, ni el bienestar, ni la estabilidad que se proponía como objetivos. El Estado social ha tenido que intervenir para intentar paliar los efectos negativos provocados por el

---

Simultáneamente, se iniciará la tramitación del expediente que permita ratificar la exclusión cautelar o proponer medidas sobre su utilización o sobre el seguimiento de los pacientes. En el caso de que lleve aparejada la utilización de un medicamento, producto sanitario u otro tipo de producto sometido a regulación específica, se le aplicará el mecanismo de vigilancia y control de los incidentes que pudieran dar lugar a un riesgo para la salud de los pacientes que establezca la normativa que lo regule.»

mercado, generando para ello un gasto desorbitado. El sector público se había convertido en una carga para el sector privado y el desmantelamiento del denominado Estado del bienestar se perfiló, desde la perspectiva neoliberal, como la única solución para salir de la crisis económica, poniendo en peligro el Estado social, en un intento por deslegitimar sus instituciones. De esta manera, se había abonado el terreno para poner en marcha reformas estructurales, que tenían como objetivo la privatización de los servicios y bienes públicos y la reducción de la calidad y cantidad de las prestaciones sociales<sup>903</sup>.

Ahora bien, frente a estos planteamientos voces autorizadas, como la de Konrad HESSE, han defendido la irreversibilidad de las conquistas sociales, aunque con diversos matices. Para el autor alemán si bien resulta imposible deducir de la propia Constitución el contenido sustantivo de las obligaciones sociales del Estado, una vez que ha tenido lugar la regulación legal o reglamentaria, toda medida regresiva que afecte el contenido esencial de las regulaciones establecidas será contraria a la Constitución<sup>904</sup>.

---

<sup>903</sup> Así lo entiende, entre otros, M. CASTELLS, “El futuro del Estado del Bienestar en la sociedad informal”, *Sistema*, núm. 131, 1996. La literatura sobre las causas, consecuencias y alternativas a la crisis del Estado social es muy extensa. Para una aproximación a esta cuestión pueden consultarse los siguientes trabajos: C. DE CABO MARTÍN *La crisis del estado social*, PPU, Barcelona, 1986 y del mismo autor “Democracia y Derecho en la crisis del Estado Social”, en *Sistema* núm. 118-119, 1994, R. COTARELO, *Del estado del bienestar al estado del malestar: la crisis del estado social y el problema de legitimidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986; R. MUÑOZ DE BUSTILLO *et alt. Crisis y futuro del estado de bienestar*, Alianza editorial, Madrid, 1993; R. MISHRA, *El estado de bienestar en la sociedad capitalista: políticas de desmantelamiento y conservación en Europa, América del Norte y Australia* (Traducido por J. Alonso Hierro), Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1994; A. J. PORRAS NADALES “La evolución del Estado social y sus perspectivas”, *Sistema*, núm., 118-119, 1994, págs. 231 a 245. Así mismo, pueden consultarse los números monográficos publicados en 1996 por la revista *Temas para el debate* dedicados a *El futuro del Estado del Bienestar* (num. 24) y *El fracaso del neoliberalismo* (núm. 25)

<sup>904</sup> Cfr. K. HESSE., *Grünzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Ed. C.F. Müller, (11ª ed.), Heidelberg y Karlsruhe, 1978, págs. 86-87, citado por L PAREJO ALFONSO, *Estado social y administración pública*, Civitas, Madrid 1983, págs. 53-54.

BÖCKENFÖRDE señala que cuando sobre la base de los derechos sociales se hayan originado determinadas pretensiones mediante la intervención del legislador o la práctica administrativa, aquéllas pueden ser acogidas constitucionalmente y protegidas contra su supresión definitiva. En este sentido los derechos sociales actúan como límites elementales a la transformación o supresión de las mismas, pero no prohíben su modificación o reducción compatible con el mandato social de configuración<sup>905</sup>.

Igualmente OFFE afirma que el Estado social es un realidad irreversible: allí donde se ha instaurado y se ha consolidado difícilmente se podría dismantelar sin que, contemporáneamente, se transformase radicalmente la estructura política y social<sup>906</sup>.

Entre nosotros LÓPEZ GUERRA es de la opinión que los niveles de protección reconocidos a determinados sectores sociales, por medio de las instituciones como la seguridad social, la legislación laboral, etc., son pasos hacia una meta futura, y, por ello, podrán ser modificados únicamente en sentido favorable a los afectados, según las previsiones constitucionales. En este sentido, según el autor, la Constitución se pronuncia a favor de la irreversibilidad de las medidas del progreso social<sup>907</sup>.

En torno a esta cuestión nos parece de sumo interés el planteamiento que hace PAREJO ALFONSO<sup>908</sup>. Tras afirmar que el Estado social es un principio jurídico ligado a la intervención estatal en la vida social, económica y cultural que crea una serie de obligaciones dirigidas a los poderes públicos competentes para asegurar la eficacia de los valores constitucionalizados, reconoce, sin embargo, que su consistencia es reducida. En primer lugar,

---

<sup>905</sup> BÖCKENFÖRDE *Escritos...*, *op. cit.*, pág. 78.

<sup>906</sup> *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, 1990, pág. 141.

<sup>907</sup> *Cfr.* L. LÓPEZ GUERRA, *Régimen constitucional español*, Labor, Barcelona, 1983, Vol. I, pág. 348.

<sup>908</sup> *Vid.* L. PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, *op. cit.*, págs. 84 y sigs.

porque aunque el Tribunal Constitucional, en base al principio del Estado social, pueda rechazar una medida legislativa o de cualquier otro poder público que no cumpla con el deber de configuración social, no obstante, no facilita, según palabras textuales del propio autor, el sustrato necesario para valorar la suficiencia del cumplimiento del principio y su corrección constitucional. En segundo lugar, porque del principio del Estado social no se pueden deducir directamente derechos del ciudadano a su efectivo cumplimiento<sup>909</sup>. Explica PAREJO cómo desde esta perspectiva sí se entiende la postura de la doctrina alemana que considera que los objetivos sociales del Estado no se pueden convertir en derechos porque dependen de la disponibilidad económica que exista en cada momento. La realización del principio del Estado social no es inmediata y plena, sino histórica y relativamente factible. Si al Estado le compete la autoorganización de la sociedad y la resolución de sus contradicciones y conflictos, su responsabilidad para cumplir con el principio social sólo alcanzará hasta ahí donde lleguen los recursos disponibles de la sociedad a la que pertenece<sup>910</sup>.

Lo que sí es posible, afirma PAREJO ALFONSO, es elaborar desde la propia Constitución una aproximación al contenido sustantivo del principio del Estado social<sup>911</sup>.

En primer lugar, aunque en la Constitución no se establezca un modelo económico concreto, sí se diseña un esquema de límites jurídicos, objetivos y determinables, que acotan el poder de configuración social del legislador. La “ambigüedad”<sup>912</sup> del orden económico no es un reflejo de la incapacidad de la propia Constitución para definir el Estado social. Al contrario, la adaptabilidad de este último a las necesidades cambiantes –siempre en el marco del sistema axiológico de la Constitución representado por la dignidad humana, fruto de la

---

<sup>909</sup> *Ibidem*, pág. 84.

<sup>910</sup> *Ibidem* pág. 86.

<sup>911</sup> *Ibidem*, págs. 85 y 86

<sup>912</sup> El entrecomillado es del propio PAREJO ALFONSO.

igualdad y de la justicia<sup>913</sup>— es una característica del Estado social. Lo que sí es constante es la exigencia constitucional de alcanzar la mayor igualdad real y efectiva posible de los ciudadanos en cada momento<sup>914</sup>.

En segundo lugar, aunque el legislador tenga un amplio margen de discrecionalidad para configurar el principio del Estado social, sin embargo, en nuestro sistema jurídico los principios del Capítulo III del Título I de la Constitución son, como explica PAREJO ALFONSO, criterios vinculantes que han de estar presentes en el proceso de desarrollo y aplicación de la Constitución<sup>915</sup>. Estos principios tienen un efecto directo que se traduce en el deber del Estado de hacerlos efectivos y en la necesaria adecuación de las normas y actos de los poderes públicos a los mandatos constitucionales. Por lo tanto, a través de la legislación de desarrollo se concreta y cristaliza el principio del Estado social en la materia correspondiente.

En este punto de la argumentación el autor se formula la siguiente pregunta: una vez que los derechos sociales se concretan por la legislación ordinaria, ¿se constitucionalizan en virtud del principio del Estado social? O, formulada la pregunta en otros términos ¿son irreversibles las conquistas sociales alcanzadas?<sup>916</sup>

Para empezar, PAREJO rechaza el uso de expresiones como «reversibilidad» o «irreversibilidad» y prefiere recurrir a los términos de «reducción», «supresión» o «transformación», según los casos.

---

<sup>913</sup> Sobre esta cuestión *cfr.* F. FERNÁNDEZ SEGADO, “La dimensión axiológica del Derecho Constitucional”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 1 (1992), en concreto las páginas 32 a 34.

<sup>914</sup> *Ibidem*, pág. 86.

<sup>915</sup> *Ibidem*, pág. 87.

<sup>916</sup> *Ibidem* pág. 89 y sigs. Esta cuestión fue de nuevo abordada por L. PAREJO ALFONSO, en “El Estado Social Administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y servicios Públicos”, *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid- España, núm. 153, 2000, págs. 224 a 230.

Cualquier medida que pretendiese reducir o suprimir los derechos sociales sería inconstitucional por colisionar con las que él denomina directivas constitucionales definitivas de los fines del Estado (artículos 1.1 CE, 9.2 CE, 10.1 CE y Capítulo III del Título I). La escasa jurisprudencia constitucional sobre esta cuestión ha establecido que « [...] no puede privarse al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas»<sup>917</sup>. Por lo tanto, en el marco de la Constitución sólo sería posible una transformación del ordenamiento social llevada a cabo por una nueva política socio-económica que sea respetuosa con los principios y con el orden constitucional<sup>918</sup>. El “orden” del orden constitucional, como así lo denomina PAREJO ALFONSO, es el límite infranqueable por el legislador ordinario cuando lleve a cabo reformas sobre conquistas sociales por él establecidas. El orden constitucional está presidido por el valor de la dignidad de la persona en una dimensión integral en la que, necesariamente, está involucrado el valor de la solidaridad y los bienes y fines constitucionales con el relacionados que se consagran en el Capítulo III del Título I CE.

En todo caso, PAREJO ALFONSO descarta la irreversibilidad del desarrollo legislativo de los derechos sociales, porque afirmar lo contrario vulneraría el valor del pluralismo político que se deriva del reconocimiento constitucional del principio democrático, uno de los tres pilares del Estado: «[...]el principio social no puede reclamar, por tanto, una validez que anule, no ya su sumisión al Derecho, sino tampoco el de democracia y su concreción inmediata en el pluralismo político, que tiene como esencia precisamente la posibilidad de alternancia de opciones políticas (incluso y principalmente en el plano socioeconómico) en el marco de la Constitución.»<sup>919</sup> Además, entre Constitución y Ley no media una relación de ejecución, sino de desarrollo. La

---

<sup>917</sup> STC 81/1982, de 21 de diciembre, F.J. 3º.

<sup>918</sup> Vid. L. PAREJO ALFONSO, en “El Estado Social Administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y servicios Públicos”, *op. cit.*, págs. 227 a 229.

<sup>919</sup> Estado social y Administración pública..., *op. cit.*, pág. 90

legislación ordinaria concretiza el orden constitucional sobre las bases reales de los recursos económicos y financieros disponibles en cada momento<sup>920</sup>. Desde esta perspectiva, no puede considerarse que nuestra Constitución admita la existencia de verdaderos *iura quaesita*<sup>921</sup>.

Estas conclusiones de carácter general deben ser matizadas como apunta el propio PAREJO ALFONSO, ya que no todos los principios del Capítulo III del Título I tienen la misma contextura y consistencia. Puede ocurrir que en algunos casos nos encontremos en la Constitución con decisiones materiales precisas, como es el caso de las garantías institucionales, que van más allá del ámbito de los principios y que limitan el poder transformador del legislador. La trasgresión de esas decisiones materiales, en virtud de la eficacia directa del orden constitucional, conllevaría la inconstitucionalidad de las medidas legislativas adoptadas<sup>922</sup>.

Entre esas decisiones materiales de las que habla PAREJO ALFONSO se encuentra el artículo 43 CE que consagra un derecho prestacional, el derecho a la asistencia sanitaria y una institución garantizada constitucionalmente, el Sistema Nacional de Salud.

Como han escrito GARCÍA HERRERA y MAESTRO BUELGA la peculiaridad de la garantía institucional «consiste en superar la imagen estática y admitir una visión dinámica en la que la falta de protección constitucional de un contenido “concreto” se suple con la existencia de un contenido histórico que conforma un centro susceptible de ser garantizado». Ese núcleo protegido por la Constitución se desarrolla a través de la legislación, que permite

---

<sup>920</sup> Así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional por ejemplo en la STC 65/1987, de 21 de mayo, en la que tras afirmar que el objetivo de la Seguridad Social es reducir o eliminar situaciones de necesidad mediante asistencia y prestaciones sociales suficientes, señala que corresponderá al legislador apreciar la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer y regular el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o modificarlas para adaptarlas a las condiciones de cada momento.

<sup>921</sup> *Vid.* “El Estado Social Administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y servicios Públicos”, *op. cit.*, pág. 227.

<sup>922</sup> *Ibidem*, pág. 91.

consolidar su contenido y adaptarlo a la imagen social. Como indican los citados autores, «se trata de un refuerzo garantista que aunque no se pueda identificar con la irreversibilidad de las prestaciones sociales, permite enjuiciar la razonabilidad de toda propuesta reductiva que contradiga la concepción social arraigada del contenido del derecho social. La garantía institucional ampara la dimensión temporal: se establece una línea jurídica de resistencia frente al paulatino desmantelamiento realizado en momentos sucesivos llevando al desmantelamiento y la degradación y pérdida de vigencia de la imagen del contenido prestacional del derecho social.»<sup>923</sup>

Señala NAVARRO MUNUERA<sup>924</sup> que los poderes públicos ostentan una amplia discrecionalidad a la hora de organizar esta institución. Sin embargo, existen una serie de límites tanto en la estructuración del Sistema Nacional de Salud, como en la concreción de las prestaciones sanitarias. En cuanto a la vertebración del servicio de tutela de la salud deberá responder a un verdadero sistema, a una organización sanitaria basada en pautas de unidad, armonía, coherencia y coordinación, respetando, al mismo tiempo, el principio constitucional de autonomía. Por lo que se refiere al establecimiento de las prestaciones, se deberá garantizar un nivel prestacional mínimo y la irreversibilidad del contenido esencial del derecho a la asistencia sanitaria. La cuestión es cómo establecer el contenido prestacional mínimo protegido por la Constitución, respetando al mismo tiempo el principio democrático y el principio del Estado social.

Como ya hemos indicado en diversas ocasiones el derecho a la asistencia sanitaria es lo que denominaría Robert ALEXY un derecho prestacional en sentido estricto. Un derecho frente al Estado para que éste cree y organice un conjunto de servicios sanitarios. Ahora bien, dado que los medios materiales y humanos son limitados y puesto que existen otros

---

<sup>923</sup> *Vid.* M. A GARCÍA HERRERA; G. MAESTRO BUELGA; *Marginación, Estado social y prestaciones sociales, op. cit.*, pág. 50.

<sup>924</sup> En “Bioética y Ley General de Sanidad”, *op. cit., passim.*



principios o bienes constitucionales que también deben ser protegidos, los poderes públicos dispondrán de un margen de actuación dentro del cual podrán moverse para fijar el contenido definitivo del derecho a la asistencia sanitaria. No obstante, recuerda ALEXY que la importancia de los derechos sociales es tal que su concesión no puede dejarse sin más en manos de la mayoría parlamentaria<sup>925</sup>. Los derechos sociales pueden estar sometidos a restricciones, pero, éstas han de ser proporcionadas. ¿Cómo dilucidar si una restricción de un derecho social es desproporcionada y, por lo tanto, inconstitucional? Para contestar a este interrogante se recurre a la figura alemana del *principio de prohibición de protección deficiente*, cuya estructura es muy similar a la del principio de proporcionalidad como prohibición de exceso aplicable a los derechos de defensa.

Los derechos a prestaciones, y por tanto el derecho a la asistencia sanitaria, son, aplicando la construcción teórica de ALEXY, mandatos de optimización. Esto es, el individuo tiene un derecho *prima facie*<sup>926</sup> a todos los medios materiales necesarios para hacer efectivo su derecho a la asistencia sanitaria. No obstante, estos medios no se pueden exigir al Estado si existen otros principios constitucionales o impedimentos materiales que lo imposibiliten. Siendo así, cada derecho tendría un doble contenido. En primer lugar, un contenido *prima facie* del que formarían parte todos los medios indispensables para cubrir la necesidad básica, en nuestro caso la salud, amparada por el ámbito normativo del derecho. En segundo lugar, un contenido definitivo integrado por aquellas posiciones jurídicas oponibles al legislador y a la Administración Pública que no pueden ser restringidas porque así lo determina el principio de prohibición de protección deficiente.

---

<sup>925</sup> Vid. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., págs. 494 y sigs.

<sup>926</sup> Para una aproximación al concepto de los derecho *prima facie* véase C BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales : el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, CEPC, Madrid, 2007 (2ª ed.) págs. 615 y sigs.

Para explicar la prohibición de protección deficiente de los derechos sociales, se recurre a los subprincipios de *idoneidad, necesidad y proporcionalidad*. Estos tres subprincipios, como ha señalado BERNAL PULIDO<sup>927</sup>, al que seguiremos de aquí en adelante, son un criterio estructural cuya aplicación permitirá determinar el contenido de estos derechos y establecer si existe o no vulneración de los mismos por omisión total o parcial en la actuación de los poderes públicos. De este modo, si el Estado dejara arbitrariamente de facilitar determinadas prestaciones sanitarias estaríamos ante una omisión inconstitucional, a no ser que su actuación estuviese justificada por las exigencias de cumplir los subprincipios de *idoneidad, necesidad y proporcionalidad*. Desatender el derecho a la asistencia sanitaria sería inconstitucional a no ser que esta omisión estatal se justificase por la necesidad de atender otros principios constitucionales, como por ejemplo podría ser el derecho a la educación. También sería preciso que las omisiones, para ser constitucionalmente admisibles, se adecuasen al subprincipio de necesidad, según el cual una omisión sería inconstitucional, piénsese por ejemplo en la supresión de una determinada prestación de la cartera de servicios sanitarios, si existiese otra medida alternativa que favoreciese el fin constitucional legítimamente perseguido y permitiese una mayor realización del derecho social. Finalmente, estaremos ante una protección deficiente y, por lo tanto, inconstitucional cuando aun existiendo un fin legítimo que justifique tal omisión, los beneficios que se deriven para ese fin no compensen los sacrificios que la no satisfacción de derecho social implica. Por ejemplo, sería inconstitucional el incremento de la partida del gasto en educación, en detrimento del gasto sanitario, si la mejora para el sector educativo fuera mínima en comparación a los perjuicios que se derivan para la asistencia sanitaria.

---

<sup>927</sup> *Vid.* C. BERNAL PULIDO, en “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales”, *op. cit.*, pág. 141

Ahora bien, a pesar de la prohibición de protección deficiente, el legislador y la Administración dispondrían, como señala ALEXY en el *Epílogo* a su *Teoría*, de cierto margen de acción estructural y epistemológica<sup>928</sup>. Respecto a su acción estructural, el legislador tiene libertad para fijar los fines, los medios e incluso dispone de margen para la ponderación, sobre la base de los subprincipios más arriba enunciados. Así mismo, el legislador dispone de un margen de acción epistémico basado en el principio democrático y en la división de poderes. De esta manera se garantiza que el juez constitucional no se entrometa en la tarea legislativa de configuración en aquellos supuestos en los que existan dudas sobre cuál de las posibles medidas fácticas o normativas sea la más beneficiosa para la efectividad del derecho<sup>929</sup>.

---

<sup>928</sup> Vid R. ALEXY, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, págs. 23 y sigs.

<sup>929</sup> *Ibidem*, págs. 49 y sigs.



## **.- CONCLUSIONES**



**Primera.** El análisis de la estructura y funciones del derecho a la protección de la salud nos ha permitido constatar que se trata de una figura jurídica compleja, bajo la cual coexisten categorías jurídicas diferentes entre las que no existe contraposición. Es más, confluyen todas ellas con un único objetivo: la tutela de la salud como un bien jurídico individual, objeto de situaciones intra e intersubjetivas.

Así lo entendieron tempranamente la doctrina y la jurisprudencia italianas. El *diritto fondamentale alla salute*, recogido en el artículo 32 de la Constitución italiana de 1948, se ha convertido en uno de los elementos básicos que integran la ciudadanía social. Su fuerza atractiva y expansiva han hecho de él el paradigma de lo que en el Derecho constitucional contemporáneo debe de considerarse la constitucionalización de un derecho de la persona. En él confluyen fuerzas centrípetas y centrífugas que, simultáneamente, exigen una mayor intervención del Estado, como garante de ese completo bienestar físico, mental y social en el que consiste la salud, y, al mismo tiempo, se reclaman márgenes más amplios para la autonomía del individuo en aras de poder decidir sobre su propio destino.

**Segunda.** En el caso del ordenamiento jurídico español, la ubicación del derecho a la protección de la salud en el Capítulo III del Título I de la Constitución, dedicado a los *Principios rectores de la política social y económica*, contribuyó en principio en un sentido negativo al relegarlo a la genérica categoría de los derechos sociales, con todo lo que ello implica desde el punto de vista de su eficacia y de su tutela jurídica a partir de la aplicación del tenor literal del artículo 53.3 CE.

Ahora bien, la apertura semántica y estructural que han experimentado los derechos constitucionalizados ha acabado afectando también al derecho a la protección de la salud, que en la actualidad goza de un marcado carácter multifuncional: asegura la libertad y la autodeterminación personal en relación a la salud; ordena el establecimiento y conservación de determinadas estructuras organizativas públicas para garantizar el cumplimiento del mandato

constitucional establecido en el artículo 9.2 CE, e impone su protección jurídica no sólo en las relaciones con los poderes públicos sino también entre particulares. Y todo ello lleva consigo un desarrollo de la vertiente subjetiva del derecho y de los mecanismos jurídicos de tutela tanto desde la perspectiva del Derecho ordinario (administrativo, civil, laboral, penal) como de la del Derecho constitucional.

Entendemos que, hoy en día, una obligada relectura del texto constitucional a la luz de los nuevos enfoques interpretativos de los derechos fundamentales por parte de la doctrina y la jurisprudencia, obliga a concluir que el artículo 43.1 no consagra un *simple* derecho social. El derecho a la protección de la salud en el ordenamiento jurídico español no se satisface única y exclusivamente a través de prestaciones del Estado, sino también mediante la abstención de los sujetos que resultan obligados a ello. Y es en este sentido, en el que se ha desarrollado una progresiva subjetivación del derecho contenido en el artículo 43.1 CE.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han subrayado que el precepto en torno al cual se articula la regulación constitucional de esta materia, revela una estructura compleja. En el artículo 43 CE confluyen, utilizando una terminología clásica, una libertad individual (el derecho a la salud), un derecho a prestaciones del Estado (el derecho a la asistencia sanitaria), una garantía institucional (la salud pública), un mandato al legislador (la regulación de los derechos y deberes de todos al respecto) y varios fines del Estado (el fomento de la educación sanitaria, la educación física y el deporte y la adecuada utilización del ocio).

Determinar el contenido de cada una de estas figuras jurídicas no es tarea fácil por dos motivos. En primer lugar, porque el mismo concepto de salud está sometido a un cambio continuado. Se trata de un concepto dinámico, que no se puede identificar exclusivamente con la ausencia de enfermedad, y que varía según evoluciona el estado del conocimiento científico y del nivel de desarrollo de la sociedad. En segundo lugar, porque la



salud entronca directamente con otros bienes jurídicamente protegidos, como pueden ser el de la vida o la integridad personal, que en ocasiones se solapan con el de la salud.

**Tercera.** El *derecho a la salud* asegura la libertad y la autodeterminación personal respecto a esa esfera íntima y privada que se denomina salud individual y que convierte al sujeto en titular de pretensiones de abstención y de actuación.

Este derecho se configura, en primer lugar, como una posición subjetiva que otorga a cada persona un poder para exigir a los demás, ya sean poderes públicos o sujetos particulares, que observen una conducta que no altere el equilibrio biopsíquico en que consiste el estado de salud de cada uno. Es decir, impone un deber de abstención. En este sentido, el derecho a la salud se estructura como una libertad negativa *erga omnes*.

En segundo lugar, una interpretación sistemática de nuestra Norma Fundamental nos lleva a identificar otra vertiente de este derecho: el *derecho a decidir sobre la propia salud* que, como hemos visto, se manifiesta como una libertad positiva, en el sentido de otorgar a su titular la potestad de decidir qué hacer en cada momento con relación a la salud individual.

Sin ignorar la estrecha conexión que existe entre el derecho a la integridad personal y el derecho a la salud y aunque, en ocasiones, resulte difícil discernir si se trata de uno u otro, no obstante no podemos concluir que los bienes protegidos sean los mismos. La salud es un concepto más amplio que incluye, no sólo la incolumidad personal, sino también la ausencia de patologías y un cierto grado de bienestar social, de calidad de vida. Como ya se ha señalado puede incluso suceder que ambos derechos entren en conflicto y que uno de ellos tenga que ceder en favor del ejercicio del otro. Es el caso, por ejemplo, de los tratamientos sanitarios obligatorios contra la voluntad del paciente en los que se limita el derecho a la integridad personal mediante la

imposición coactiva de una determinada terapia para proteger la salud individual o incluso la salud de terceros.

**Cuarta.** El *derecho a decidir sobre la propia salud*, a través del reconocimiento y de la protección legal de la autonomía del paciente, es la proyección de la libertad ideológica en el ámbito del sistema sanitario. Libertad que, como se ha dicho, no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según convicciones personales, sino que comprende, además, una dimensión externa de *agere licere* con arreglo a las propias ideas.

Este derecho conlleva, en primer lugar, la potestad de elegir —incluso de manera anticipada a través de la redacción del documento de instrucciones previas o testamento vital—, entre las opciones clínicas disponibles e incluye, en segundo lugar, la libertad de negarse a la imposición de cualquier tratamiento sanitario, salvo en los supuestos establecidos por la ley.

Si bien existe un deber jurídico de actuación de los poderes públicos en aras de proteger la vida y la salud de las personas, especialmente de aquellas que se encuentren sometidas a una relación de especial sujeción, este deber no puede llevar a una anulación plena del derecho a decidir sobre la propia salud. La autonomía de la voluntad de las personas privadas de libertad para poder decidir sobre su propia salud está amparada por la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, norma que proclama como principio general la libertad del paciente y exige como necesario, ante cualquier intervención en la integridad personal, el consentimiento libre y voluntario del afectado, siempre que las circunstancias lo permitan. Por consiguiente, salvo que exista un riesgo para la salud pública, a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley, o que se trate de una situación de riesgo grave para la integridad física o psíquica del enfermo, en la que no sea posible conseguir su autorización, en todos los demás supuestos la decisión final de someterse a

cualquier tratamiento corresponde única y exclusivamente al paciente, y ello aunque se encuentre privado de libertad en una institución penitenciaria.

**Quinta.** Además de garantizar un ámbito de libertad y de autonomía en relación a la salud, entendemos que, del propio entramado constitucional en materia sanitaria, cabe derivar una posición jurídica subjetiva bajo la forma de un *derecho a protección*. Su titular está legitimado para exigir al Estado que, a través de acciones fácticas o normativas, lo proteja frente a intervenciones de terceros. Se trata de establecer por parte de los poderes públicos una esfera de protección en torno a la salud individual que impida que sujetos de igual nivel vulneren ese bien jurídico. Estaríamos aquí ante *el derecho a la protección de la salud* en sentido estricto. El sistema jurídico español está repleto de normas administrativas, penales y laborales tendentes a proteger la salud en relaciones de reciprocidad entre sujetos jurídicos iguales.

**Sexta.** La lectura conjunta de los párrafos 1º y 2º del artículo 43 CE nos permite afirmar que en este precepto se constitucionaliza un *derecho a la asistencia sanitaria* en el marco de una institución pública, que recibe la denominación de Sistema Nacional de Salud. En este caso, estamos ante un *derecho a prestaciones*. Esto es, un derecho a exigir al Estado un conjunto de servicios y cuidados medico-sanitarios, cuya existencia tiene su fundamento en la constitucionalización del Estado social y en el mandato contenido en el artículo 9.2 CE. Mediante la asistencia sanitaria pública se garantiza que el individuo pueda desarrollarse libre y dignamente dentro de una comunidad social.

**Séptima.** Los tres derechos que integran el denominado genéricamente derecho a la protección de la salud tendrían cada uno de ellos un estatuto jurídico diferente.

Así, desde el punto de vista de su sistema de garantías, la posición más fuerte la ocuparía el derecho a la salud en su doble vertiente. En este supuesto predomina la vertiente subjetiva del derecho sobre la objetiva, y con ello la

intervención del legislador se vería limitada por la existencia de un contenido esencial fuerte, que vendría a coincidir con la intangibilidad del bienestar psicofísico del individuo. A este derecho se le podrían aplicar todas las garantías subjetivas y objetivas propias de los derechos de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, incluidos el Recurso de Amparo y la reserva de Ley Orgánica para el desarrollo de los aspectos esenciales del derecho y para el establecimiento de límites o restricciones al mismo, como es el caso de los tratamientos sanitarios obligatorios.

Por otro lado, en el derecho a la protección de la salud en sentido estricto y en el derecho a la asistencia sanitaria lo que predomina es la vertiente objetiva sobre la subjetiva. En ambos supuestos es necesaria la intervención del legislador para que éste conforme su contenido, esto es, el objeto concreto del derecho, la titularidad del mismo y las obligaciones y los derechos de sus destinatarios. En cuanto a las garantías de orden constitucional, ambas posiciones jurídicas están tuteladas por las garantías propias de su naturaleza objetiva. Es decir, no cabría, en principio, plantear un Recurso de Amparo por vulneración de alguno de estos dos derechos. Ahora bien, partiendo de la interrelación entre los distintos componentes del derecho a la protección de la salud, entendemos que nada impediría que pudiera llegar a justificarse la interposición del amparo ante el Tribunal Constitucional, en el caso de que se diera, fundadamente, una conexión entre una violación del derecho a la asistencia sanitaria y un daño para el derecho a la salud, en la acepción que venimos manejando.

**Octava.** El derecho a la asistencia sanitaria se hace efectivo a través de un sistema público de salud. La salud pública, a la que se refiere el artículo 43.2 CE, y a la que el legislador ordinario ha denominado Sistema Nacional de Salud, es una «institución garantizada constitucionalmente». Esto significa que su existencia y sus rasgos jurídicos y sociales más significativos gozan de la especial primacía que le otorga la Constitución frente a modificaciones arbitrarias del legislador.

Aunque la teoría de las garantías institucionales tal y como fue formulada en sus orígenes por Carl SCHMITT no pueda asumirse con el mismo sentido en el nuevo contexto constitucional, a nuestro juicio, el mecanismo de protección que se deriva de ella mantiene, sin embargo, toda su vigencia cuando se trata de —y se aplica a— determinadas instituciones, ya sean de Derecho público (autonomía local, Seguridad Social) o de Derecho privado (familia, matrimonio), que se han constitucionalizado debido a su especial relevancia jurídica y social.

**Novena.** En la Constitución de 1978, haciendo uso de una notable ambigüedad terminológica, constatable tanto en el Título I como en el Título VIII y que posteriormente tendrá su reflejo en la legislación de desarrollo y en los propios Estatutos de Autonomía, no se establece un determinado modelo sanitario, ni tampoco se define la configuración de las relaciones entre la Seguridad Social y la asistencia sanitaria. No obstante, sí se fijan los principios que van a marcar la pauta a seguir por el legislador ordinario.

La normativa de desarrollo ha marcado una clara tendencia hacia la separación orgánica, funcional y económica de la asistencia sanitaria respecto de la Seguridad Social, y hacia su integración definitiva en el Sistema Nacional de Salud. Y, aunque aún hoy se mantengan vestigios de esa antigua vinculación, en estos momentos, en los que la asistencia sanitaria pública se configura como prácticamente universal y no contributiva, resulta evidente que no cabe seguir manteniendo su enlace con la Seguridad Social.

**Décima.** El Sistema nacional de Salud es una institución jurídica, socialmente arraigada, íntimamente vinculada a principios y valores como la igualdad material y la dignidad humana y cuya finalidad es la protección integral de la salud. Constituye, además, un importante elemento de justicia distributiva y de cohesión social.

Esta institución se ha consolidado sobre la base de los rasgos que perfilan su imagen esencial. Es una *institución universal*, que tiene como objetivo

extender sus servicios y prestaciones a toda la población; es una *institución pública* financiada a través de impuestos; es una *institución integral*, ya que, además de aspirar a reunir en su seno todos los servicios sanitarios, aúna tanto prestaciones de carácter preventivo como paliativo y curativo, dirigidas a proteger la salud individual y colectiva; y, por último, es una *institución descentralizada*, puesto que las CC.AA. asumen un papel esencial en la organización del sistema sanitario.

Todas estas características están garantizadas constitucionalmente frente a modificaciones arbitrarias del legislador. Lo que sí puede hacer el legislador es introducir variantes dentro del amplio margen de actuación que le permite el principio del Estado democrático. Pero cualquier medida que pretendiese reducir drásticamente o suprimir los rasgos esenciales de la institución tendría que entenderse como inconstitucional por vulnerar el complejo normativo constitucional que deriva del principio del Estado social.

**Decimoprimera.** Por último, y como resultado final de esta indagación en nuestro ordenamiento jurídico, cabe apuntar una necesidad de política legislativa. La expansión del Derecho sanitario a lo largo de las dos últimas décadas ha generado un número ingente de normas, estatales y autonómicas, que a nuestro juicio precisan de una urgente sistematización. Como ha quedado reflejado a lo largo de la presente investigación, en nuestro ordenamiento jurídico siguen vivas normas obsoletas, normas que han sido modificadas y se encuentran diseminadas en varios cuerpos legales, e incluso normas autonómicas que parecen estar claramente en contradicción con la propia Constitución. La conveniencia de elaborar una nueva Ley de Sanidad se perfila, pues, como una exigencia, desde luego, de índole jurídica, pero también de cara a las consecuencias sociales de esta situación.

## **.-CONCLUSIONI**





**Prima.** L'analisi della struttura e delle funzioni del diritto alla protezione della salute ci ha permesso di constatare che si tratta di una figura giuridica complessa, sotto la quale coesistono categorie giuridiche diverse tra le quali non esiste contrapposizione. Anzi, confluiscono tutte con un unico obiettivo: la tutela della salute come un bene giuridico individuale, oggetto di situazioni intra ed intersoggettive.

Così lo intesero ben presto la dottrina e la giurisprudenza italiane. Il *diritto fondamentale alla salute*, di cui all'articolo 32 della Costituzione italiana del 1948, è diventato uno degli elementi di base che integrano la cittadinanza sociale. La sua forza attrattiva ed espansiva ne ha fatto il paradigma di ciò che nel Diritto costituzionale contemporaneo si deve considerare come la costituzionalizzazione di un diritto della persona. In esso confluiscono forze centripete e centrifughe che, contemporaneamente, esigono un maggiore intervento dello Stato, come garante di quel completo benessere fisico, mentale e sociale nel quale consiste la salute, e, allo stesso tempo, si reclamano margini più ampi per l'autonomia dell'individuo al fine di poter decidere del proprio destino.

**Seconda.** Nel caso dell'ordinamento giuridico spagnolo, l'ubicazione del diritto alla protezione della salute nel Capitolo III del Titolo I della Costituzione, dedicato ai *Principi guida della politica sociale ed economica*, contribuì all'inizio in senso negativo a relegarlo alla generica categoria dei diritti sociali, con tutto ciò che ne deriva dal punto di vista della sua efficacia e della sua tutela giuridica a partire dall'applicazione del tenore letterale dell'articolo 53.3 CE.

Tuttavia, l'apertura semantica e strutturale che hanno sperimentato i diritti costituzionalizzati ha finito per riguardare anche il diritto alla protezione della salute, che attualmente gode di un marcato carattere multifunzionale: assicura la libertà e l'autodeterminazione personale in relazione alla salute; ordina lo stabilimento e la conservazione di determinate strutture organizzative pubbliche per garantire il compimento del mandato costituzionale stabilito

dall'articolo 9.2 CE, ed impone la sua protezione giuridica non solo nelle relazioni con i poteri pubblici, ma anche fra privati. E tutto ciò implica uno sviluppo del versante soggettivo del diritto e dei meccanismi giuridici di tutela, sia dalla prospettiva del Diritto ordinario (amministrativo, civile, del lavoro, penale) sia da quella del Diritto costituzionale.

Riteniamo che, oggigiorno, un'obbligata rilettura del testo costituzionale, alla luce dei nuovi approcci interpretativi dei diritti fondamentali da parte della dottrina e della giurisprudenza, porta a concludere che l'articolo 43.1 non consacra un *semplique* diritto sociale. Il diritto alla protezione della salute nell'ordinamento giuridico spagnolo non si soddisfa solo ed esclusivamente attraverso le prestazioni dello Stato, ma anche mediante l'astensione degli individui che ne sono obbligati. Ed è in questo senso che si è sviluppata una progressiva soggettivazione del diritto contenuto nell'articolo 43.1 CE.

Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza hanno sottolineato che il precetto intorno al quale si articola la regolazione costituzionale di questa materia rivela una struttura complessa. Nell'articolo 43 CE confluiscono, utilizzando una terminologia classica, una libertà individuale (il diritto alla salute), un diritto alle prestazioni dello Stato (il diritto all'assistenza sanitaria), una garanzia istituzionale (la salute pubblica), un mandato al legislatore (la regolazione dei diritti e doveri di tutti al riguardo) e vari fini dello Stato (la promozione dell'educazione sanitaria, dell'educazione fisica e dello sport, nonché l'adeguato uso dell'ozio).

Determinare il contenuto di ognuna di queste figure giuridiche non è compito facile per due motivi. In primo luogo, perché lo stesso concetto di salute è sottoposto ad un cambiamento continuo. Si tratta di un concetto dinamico che non si può identificare esclusivamente con l'assenza di malattia, e che varia a seconda di come si evolve lo stato della conoscenza scientifica e del livello di sviluppo della società. In secondo luogo, perché la salute è direttamente collegata ad altri beni giuridicamente protetti, come possono

essere quello della vita o l'integrità personale, che a volte coincidono con la salute.

**Terza.** Il *diritto alla salute* assicura la libertà e l'autodeterminazione personale rispetto a quella sfera intima e privata chiamata salute individuale e che converte l'individuo in titolare di pretese di astensione e di azione.

Questo diritto si delinea, in primo luogo, come una posizione soggettiva che conferisce ad ogni persona il potere per esigere dagli altri, siano essi poteri pubblici o soggetti privati che osservino un comportamento che non alteri l'equilibrio biopsichico in cui consiste lo stato di salute del singolo. Impone cioè un dovere di astensione. In questo senso, il diritto alla salute si delinea come una libertà negativa *erga omnes*.

In secondo luogo, un'interpretazione sistematica della nostra Norma Fondamentale ci porta ad identificare un altro versante di questo diritto: il *diritto di decidere sulla propria salute* che, come abbiamo visto, si manifesta come una libertà positiva, nel senso che conferisce al suo titolare la facoltà di decidere che cosa fare in ogni momento per quanto riguarda la salute individuale.

Pur non ignorando la stretta connessione che esiste tra il diritto all'integrità personale ed il diritto alla salute e benché, a volte, risulti difficile distinguere se si tratta dell'uno o dell'altro, tuttavia non possiamo concludere che i beni protetti siano gli stessi. La salute è un concetto più ampio, che include non solo l'incolumità personale, ma anche l'assenza di patologie ed un certo grado di benessere sociale, di qualità di vita. Come si è già segnalato, può succedere perfino che entrambi i diritti entrino in conflitto e che uno di essi debba cedere in favore dell'esercizio dell'altro. È il caso, per esempio, dei trattamenti sanitari obbligatori contro la volontà del paziente, nei quali si limita il diritto all'integrità personale mediante l'imposizione coatta di una determinata terapia per proteggere la salute individuale o perfino la salute di terzi.

**Quarta.** Il *diritto di decidere sulla propria salute*, attraverso il riconoscimento e la protezione legale dell'autonomia del paziente, è la proiezione della libertà ideologica nell'ambito del sistema sanitario. Libertà che, come si è detto, non si esaurisce in una dimensione interna del diritto di adottare una determinata posizione intellettuale di fronte alla vita e quanto la riguarda e di rappresentare o giudicare la realtà secondo convinzioni personali, ma comprende, inoltre, una dimensione esterna di *agere licere* secondo le proprie idee.

Questo diritto implica, in primo luogo, la facoltà di scegliere —anche in anticipo, attraverso la redazione del documento contenente istruzioni previe o testamento vitale —, tra le opzioni cliniche disponibili e prevede, in secondo luogo, la libertà di rifiutare l'imposizione di qualunque trattamento sanitario, fuorché nei casi previsti dalla legge.

Sebbene esista un dovere giuridico di intervento dei poteri pubblici allo scopo di proteggere la vita e la salute delle persone, specialmente di quelle che si trovino sottoposte ad un vincolo di particolare assoggettamento, questo dovere non può portare ad un annullamento pieno del diritto di decidere sulla propria salute. L'autonomia della volontà delle persone private della libertà di poter decidere sulla propria salute è tutelata dalla Legge 41/2002, del 14 novembre, legge fondamentale che disciplina l'autonomia del paziente ed i diritti e gli obblighi in materia di informazione e documentazione clinica, proclamando come principio generale la libertà del paziente ed esigendo come necessario, dinanzi a qualunque intervento sull'integrità personale, il consenso libero e volontario dell'interessato, purché le circostanze lo consentano. Quindi, a meno che esista un rischio per la salute pubblica a causa di ragioni sanitarie previste dalla Legge, o che si tratti di una situazione di rischio grave per l'integrità fisica o psichica del malato, in cui non sia possibile ottenere la sua autorizzazione, in tutti gli altri casi la decisione finale di sottoporsi a qualsiasi trattamento corrisponde solo ed esclusivamente al paziente, e ciò quand'anche si trovi privo di libertà in un'istituzione penitenziaria.

**Quinta.** Oltre a garantire un ambito di libertà e di autonomia in relazione alla salute, riteniamo che, dalla stessa intelaiatura costituzionale in materia sanitaria, possa derivare una posizione giuridica soggettiva sotto forma di un *diritto di protezione*. Il suo titolare è legittimato ad esigere dallo Stato che, attraverso azioni fattiche o normative, lo protegga di fronte ad interventi di terzi. Si tratta di stabilire, da parte dei poteri pubblici, una sfera di protezione intorno alla salute individuale per impedire che individui dello stesso livello vulnerino quel bene giuridico. Ci troveremmo di fronte al *diritto alla protezione della salute* in senso stretto. Il sistema giuridico spagnolo è zeppo di norme amministrative, penali e del lavoro tendenti a tutelare la salute in relazioni di reciprocità tra soggetti giuridici uguali.

**Sesta.** La lettura congiunta dei paragrafi 1° e 2° dell'articolo 43 CE ci permette di affermare che in questo precetto si costituzionalizza un *diritto all'assistenza sanitaria* nell'ambito di un'istituzione pubblica, che riceve la denominazione di Sistema Sanitario Nazionale. In questo caso, siamo di fronte ad un *diritto alle prestazioni*, vale a dire, il diritto di esigere dallo Stato un insieme di servizi e cure mediche, la cui esistenza si fonda sulla costituzionalizzazione dello Stato sociale e sul mandato contenuto nell'articolo 9.2 CE. Mediante l'assistenza sanitaria pubblica si garantisce che l'individuo possa svilupparsi liberamente e dignitosamente in una comunità sociale.

**Settima.** Ciascuno dei tre diritti che costituiscono il genericamente denominato diritto alla protezione della salute avrebbe uno statuto giuridico diverso.

Così, dal punto di vista del suo sistema di garanzie, la posizione più forte la occuperebbe il diritto alla salute nel suo duplice versante. In questa ipotesi il versante soggettivo del diritto predomina su quello oggettivo, e con esso l'intervento del legislatore si vedrebbe limitato dall'esistenza di un contenuto essenziale forte, che verrebbe a coincidere con l'intangibilità del benessere psicofisico dell'individuo. A questo diritto potrebbero essere applicate tutte le garanzie soggettive ed oggettive proprie dei diritti della

Sezione 1<sup>a</sup> del Capitolo II del Titolo I della Costituzione, compresi il cosiddetto *Recurso de Amparo* (o appello per violazione di garanzie costituzionali) e la riserva di Legge Organica per lo sviluppo degli aspetti essenziali del diritto e per lo stabilimento di limiti o restrizioni per il medesimo, come nel caso dei trattamenti sanitari obbligatori.

D'altra parte, ciò che predomina nel diritto alla protezione della salute in senso stretto e in quello all'assistenza sanitaria è il versante oggettivo su quello soggettivo. In entrambi i casi è necessario l'intervento del legislatore per conformare il suo contenuto, cioè l'oggetto concreto del diritto, la titolarità dello stesso e gli obblighi e i diritti dei suoi destinatari. Quanto alle garanzie di tipo costituzionale, entrambe le posizioni giuridiche sono tutelate dalle garanzie proprie della loro natura oggettiva. Non sarebbe cioè possibile, in linea di massima, interporre un *Recurso de Amparo* per la violazione di uno di questi diritti. Tuttavia, partendo dall'interrelazione tra le diverse componenti del diritto alla protezione della salute, riteniamo che niente impedirebbe di arrivare a giustificare l'interposizione del *recurso de amparo* dinanzi al *Tribunal Constitucional*, nel caso in cui ci fosse una fondata connessione tra una violazione del diritto all'assistenza sanitaria ed un danno per il diritto alla salute, nell'accezione di cui ci stiamo occupando.

**Ottava.** Il diritto all'assistenza sanitaria diventa effettivo attraverso un sistema sanitario pubblico. La salute pubblica, alla quale si riferisce l'articolo 43.2 CE, e a cui il legislatore ordinario ha dato il nome di Sistema Sanitario Nazionale, è «un'istituzione garantita costituzionalmente». Ciò significa che la sua esistenza ed i suoi tratti giuridici e sociali più indicativi godono dello speciale primato che gli conferisce la Costituzione di fronte a modificazioni arbitrarie del legislatore.

Benché la teoria delle garanzie istituzionali, così come fu formulata in origine da Carl SCHMITT, non si possa accettare con lo stesso significato nel nuovo contesto costituzionale, tuttavia, a nostro giudizio, il meccanismo di protezione che ne deriva mantiene tutta la sua validità quando si tratta di —e si

applica a— determinate istituzioni, siano esse di Diritto pubblico (autonomia locale, Previdenza Sociale, ecc.) o di Diritto privato (famiglia, matrimonio, ecc.), che si sono costituzionalizzate grazie alla sua speciale rilevanza giuridica e sociale.

**Nona.** Nella Costituzione del 1978, facendo uso di una notevole ambiguità terminologica, constatabile sia nel Titolo I sia nell'VIII e che in seguito si rifletterà nella legislazione e negli stessi Statuti delle Comunità Autonome, non si stabilisce un determinato modello sanitario e non si definisce neanche la configurazione delle relazioni tra la Previdenza Sociale e l'assistenza sanitaria. Ciononostante, si fissano i principi che determineranno la norma da seguire per il legislatore ordinario.

La normativa ha segnato una chiara tendenza verso la separazione organica, funzionale ed economica dell'assistenza sanitaria rispetto alla Previdenza Sociale e verso la sua integrazione definitiva nel Sistema Sanitario Nazionale. E, benché ancora oggi vi siano tracce di quell'antico vincolo, in un momento come questo, in cui l'assistenza sanitaria pubblica si delinea come praticamente universale e non contributiva, risulta evidente che non è possibile continuare a mantenere il suo vincolo con la Previdenza Sociale.

**Decima.** Il Sistema Sanitario Nazionale è un'istituzione giuridica, socialmente radicata, intimamente vincolata a principi e valori quali l'uguaglianza materiale e la dignità umana ed il cui scopo è la protezione integrale della salute. Costituisce, inoltre, un importante elemento di giustizia distributiva e di coesione sociale.

Quest'istituzione si è consolidata sulla base dei tratti che definiscono la sua immagine essenziale. È un'*istituzione universale*, il cui obiettivo è quello di estendere i suoi servizi e le sue prestazioni a tutta la popolazione; è un'*istituzione pubblica* finanziata attraverso le tasse; è un'*istituzione integrale*, giacché, oltre ad aspirare a riunire nel suo ambito tutti i servizi sanitari, riunisce sia le prestazioni di carattere preventivo sia quelle di carattere palliativo e

curativo, volte a proteggere la salute individuale e collettiva; ed è, infine, un'*istituzione decentrata*, dal momento che le Comunità Autonome assumono un ruolo essenziale nell'organizzazione del sistema sanitario.

Tutte queste caratteristiche sono garantite costituzionalmente di fronte a modifiche arbitrarie del legislatore. Quello che invece può fare il legislatore è introdurre delle varianti nei limiti dell'ampio margine di intervento che gli consente il principio dello Stato democratico. Ma qualsiasi misura, che pretendesse di ridurre drasticamente o di sopprimere i tratti essenziali dell'istituzione, si dovrebbe ritenere incostituzionale per aver vulnerato il complesso normativo costituzionale che deriva dal principio dello Stato sociale.

**Undicesima.** Per concludere, e come risultato finale di questo studio del nostro ordinamento giuridico, è lecito segnalare la necessità di una politica legislativa. L'espansione del Diritto sanitario durante gli ultimi vent'anni ha generato un ingente numero di norme, statali o regionali, che a nostro avviso richiedono un'urgente sistematizzazione. Come si è messo in risalto nel corso della presente ricerca, nel nostro ordinamento giuridico sussistono norme obsolete, norme che sono state modificate e si trovano disseminate nei vari corpora di leggi, e perfino norme regionali che sembrano essere in chiara contraddizione con la stessa Costituzione. La convenienza di elaborare una nuova Legge sulla Sanità appare, dunque, come un'esigenza di indole senz'altro giuridica, ma anche in vista delle conseguenze sociali di questa situazione.

**Undicesima.** Per concludere, e come risultato finale di questo studio del nostro ordinamento giuridico, è lecito segnalare la necessità di una politica legislativa. L'espansione del Diritto sanitario durante gli ultimi vent'anni ha generato un ingente numero di norme, statali o regionali, che a nostro avviso richiedono un'urgente sistematizzazione. Come si è messo in risalto nel corso della presente ricerca, nel nostro ordinamento giuridico sussistono norme obsolete, norme che sono state modificate e si trovano disseminate nei vari



corpora di leggi, e perfino norme regionali che sembrano essere in chiara contraddizione con la stessa Costituzione. La convenienza di elaborare una nuova Legge sulla Sanità appare, dunque, come un'esigenza di indole senz'altro giuridica, ma anche in vista delle conseguenze sociali di questa situazione.



## **.- BIBLIOGRAFÍA**



- AA.VV.: *El futuro del Estado del Bienestar*, en *Temas para el debate* (monográfico), num. 24, (1996)
- AA.VV.: *El fracaso del neoliberalismo*, en *Temas para el debate* (monográfico), num. 25, (1996)
- AA.VV.: *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1985
- ABA CATOIRA, A.: *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto: los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos*, Tecnos, Madrid, 2001
- ABENDROTH, W.: *Sociedad antagónica y democracia política. Ensayos sobre sociología política*, (Trad. por M. Sacristán), Ediciones Grijalbo, Barcelona-México, 1973
- ABENDROTH, W.; FORSTHOFF, E.; DOERING K.: *El Estado Social*, (Tra. por Puente Egido) Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986
- AGUIAR DE LUQUE, L.: “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14 (1993), págs. 9 a 34
- AGUIRRE, K.; SUBIRATS, K.: “Descentralización y coordinación de la Sanidad en el Estado autonómico”, en *Papeles de Economía Española*, núm. 76 (1998), págs. 68 a 93
- AJA, E.: “El artículo 149.1.1.<sup>a</sup> de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social”, en AA.VV.: *La función del artículo 149.1.1<sup>a</sup> CE en el sistema de distribución de competencias*, Generalitat de Catalunya, 1992, págs. 25 a 46
- AJA, E.: *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza Editorial, Madrid, 1995
- ALARCÓN CARACUEL, M.R.: *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Madrid, 1999
- ALBERTÍ ROVIRA, E.: “Principio de igualdad de derechos y obligaciones de los ciudadanos”, en AA.VV., *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 88 y sigs
- ALBERTÍ ROVIRA, E.: “La coordinación entre Estado y las Comunidades Autónomas”, en *Documentación Administrativa*, núm. 230-231 (1992), págs. 49 a 74
- ALEGRE MARTÍNEZ, M. A.: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996
- ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, (Trad. por Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997 (1<sup>a</sup> reimpresión)
- ALEXY, R.: “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66 (2002), págs 13 a 64

- ALEXY, R.: “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en ALEXY, R. *et al.*: *Derechos sociales y ponderación*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2007, págs. 45 a 84
- ALGOSTINO, A.: “I possibili confini del diritto alla salute”, en *Giurisprudenza costituzionale* (1996), págs 3209 a 3220
- ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984
- ALONSO LIGERO, M. S.: “El derecho a la protección de la salud”, en *Revista de Seguridad Social*, núm. 8 (1980), págs 57 a 66
- ALONSO OLEA, M.: *Instituciones de Seguridad Social*, (16ª ed. Revisada), Civitas, Madrid, 1998
- ALONSO OLEA, M.: *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Civitas, Madrid, 1999
- ALPA, G.: “Diritto alla salute e tutela del consumatore”, en *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, (1975), págs. 1515 y sigs.
- ALPA, G.: “Il «danno biologico»: parabola e evoluzione di un progetto di politica del Diritto”, en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, (2000), págs. 375 a 382.
- ÁLVAREZ CONDE, E.: “Los derechos en el constitucionalismo: tipología y tutela «multilevel»”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 20 (2007), págs. 231 a 276.
- ALZAGA VILLAAMIL, O.: *La Constitución Española de 1978*, Ed. Faro, Madrid, 1978
- ANDREIS, M.: “La tutela giurisdizionale del diritto alla salute”, en GALLO, C.E.; PEZZINI, B. (Dirs.): *Profili attuali del Diritto alla salute* Giuffrè, Milano, 1998
- AÑÓN ROIG, M.ª J.: *Necesidades y derecho. Un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994
- APARICIO TOVAR, J.: *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Civitas, Madrid, 1989
- APARICIO TOVAR, J.: “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria”, en MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M. *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, 2002, págs.1553 a 1565.
- ARCOS VIEIRA M.ª L.: “Legislación navarra sobre voluntades anticipadas: en particular el sujeto otorgante y la formalización del documento”, en *XII Congreso Derecho y Salud*, “Sistema Nacional de Salud: cohesión y consolidación”, Cuenca, 29-31 de octubre de 2003

- ARRIBAS LÓPEZ, J. E.: “Breves consideraciones sobre la asistencia médica forzosa a los internos en los centros penitenciarios”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 705 (2005), págs 1 a 5
- ARROYO ZAPATERO, L.: «Los menores e incapaces ante el aborto y la esterilización», en *Estudios criminológicos*, Vol. XI, Santiago de Compostela, 1988
- AZON, A.: “L'altra «faccia» del diritto alla salute”, en *Giurisprudenza Costituzionale* (1979), págs. 657 a 663
- AZON, A.: “Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul caso Di Bella”, en *Giurisprudenza costituzionale* (1998), págs. 1528 a 1561
- BAJARDÍ PASCUAL, G.: VIÑAS PONS, M.: “Alcance jurídico del ejercicio de las competencias transferidas” en G. LÓPEZ I CASASNOVAS (Dir.) y A. RICO GÓMEZ (Coord.), *Evaluación de las políticas de servicios sanitarios en el Estado de las Autonomías: análisis comparativo de las Comunidades Autónomas del País Vasco, Andalucía y Cataluña* Fundación BBV, Tomo I, Madrid, 2001, págs. 23 a 162
- BALAGUER CALLEJÓN, F.: “Igualdad de los ciudadanos y proceso de descentralización”, en ASENSI SABATER, J. (Coord): *Ciudadanos e Instituciones en el Constitucionalismo actual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 653 a 666
- BALAGUER CALLEJÓN, F.: “El Estado social y democrático de Derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social”, en MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M. *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 89 a 113
- BALAGUER CALLEJÓN, F.: “La financiación de las Comunidades Autónomas”, en GARCÍA HERRERA, M. A.; VIDAL BELTRÁN, J. M. (Coords.): *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, INAP, Madrid, 2005, pág.607 a 618.
- BALAGUER CALLEJÓN, F.: “Competencias exclusivas”, en F. BALAGUER CALLEJÓN, F. (Dir.) *Reformas Estatutarias y distribución de competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, págs. 19 a 31
- BALDASSARRE, A.: “Diritti sociali” (*ad vocem*), en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Tomo XI, Roma, 1989
- BALDASSARRE, A.: “Libertà I) Problemi generali”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Tomo XIX, Roma, 1990
- BALDASSARRE, A.: *Diritti della persona e valori costituzionali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1997
- BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup>: *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, MAP, Madrid, 1988

- BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup>: “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2 (1988), págs. 155 a 179
- BARBERA, A.: *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967
- BARDUSCO A.: “Diritto alla salute e decisioni politiche”, en *Sanità Pubblica*, núm. 4 (1983), págs. 417 y sigs.
- BARGAGNA, M.; BUSNELLI, F.D (Dirs.): *La valutazione del danno alla salute. Profili giuridici, medico-legali ed assicurativi*, CEDAM, Padova, 1988
- BARNI, M.; SANTOSUOSSO, A. (Dirs.): *Medicina e Diritto prospettive e responsabilità della professione medica oggi*, Giuffrè Editore, Milano, 1995
- BARRADA RODRÍGUEZ, A.: “Los derechos de la Seguridad Social en la Constitución de 1978”, en *Revista de la Seguridad Social* núm. 2 (1979), págs. 29 y 83.
- BASILE, S.: “Valori superiori”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E; PREDIERI, A: *La Costituzione spagnola del 1978*, Giuffrè Editore, Milano, 1981.
- BASTIDA FREIJEDO, F.: “Concepto y modelos teóricos de los derechos fundamentales”, en FREIJEDO *et alt.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004
- BEATO ESPEJO, M.: “El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 119 (1989), págs. 379 y 418, y núm. 120 (1989), págs 381 a 400
- BEATO ESPEJO, M.: “Derechos de los usuarios del sistema sanitario a los diez años de la aprobación de la Ley General de Sanidad”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 141 (1996), págs 25 a 60.
- BEATO ESPEJO, M.: “Nuevo modelo económico en la prestación de servicios sanitarios: privatización en la gestión y técnicas gerenciales, fomento de la libre elección por el usuario y ejercicio libre de la actividad empresarial”, en *Revista de Administración Pública*, núm 131 (1993), págs. 367 a 406
- BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: “La incidencia de la actividad administrativa sanitaria en los derechos y libertades fundamentales de las personas”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 6 (1983), págs. 155 a 185
- BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: “Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos”, en *Derecho y Salud*, vol 2, núm 2, (1994), págs. 91 a 97
- BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: “La igualdad básica, la coordinación y la cooperación interterritorial: fundamentos del Sistema Nacional de Salud”, en *Derecho y Salud*, Vol. 10, núm. 2, (2002), págs. 125 a 156.
- BELTRÁN AGUIRRE, J.L. “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica”, en *Actas del XV Congreso “Derecho y Salud”*.



- La reforma del marco jurídico de la sanidad: cambios recientes y próximos*, Oviedo, 2006, págs. 9 a 26
- BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: “Coordinación general sanitaria”, en *Ciudadanía sanitaria. Oportunidades de actualización e integración normativa del Sistema Nacional de Salud en el siglo XXI*, Foro SESPAS-Asociación Juristas de la Salud, Vol. 15, núm. 2 (2007), págs 5 a 10.
- BENAC URROZ, “La problemática del menor maduro en la obtención del consentimiento informado”, en GONZÁLEZ SALINAS P.; E. LIZARRAGA BONELLI, E. (Coords), *Autonomía del paciente, información e historia clínica: (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Cívitas, Madrid, 2004, págs. 79 a 99
- BENDA, E.: “El Estado social de Derecho”, en *Manual de Derecho Constitucional*, BENDA *et al.*, IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996
- BERDUGO DE LA TORRE, I.: *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982
- BERNAL PULIDO, C.: “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria”, *Doxa. Discusiones*, núm. 4 (2004), págs. 99 a 144
- BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales : el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, CEPC, Madrid, 2007 (2ª ed.)
- BESSONE, M.; ROPPO, E.: “Diritto soggettivo alla «salute», applicabilità diretta dell'articolo 32 della Costituzione ed evoluzione della giurisprudenza”, en *Politica del Diritto*, (1974), págs 768 y sigs.
- BLASCO LAHOZ, J.F.: “El Sistema Nacional de Salud y la ordenación de los servicios sanitarios”, en *Aranzadi Social*, núm. 5 (2001), págs. 955 a 1036
- BLASCO LAHOZ, J.F.: “Sanidad exterior: concepto, contenido y competencia (a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 329/1994, de 15 de diciembre)”, en *Tribuna Social*, núm. 54 (1995), págs. 41 a 58
- BLASCO LAHOZ, J.F.: “El reintegro de gastos médicos: un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales”, en *Aranzadi Social*, núm.11 (2004)
- BÖCKENFÖRDE, E.: *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.
- BORRAJO DACRUZ, E.: “El modelo constitucional de Seguridad Social en España”, en *Revista de Trabajo*, núm. 65 (1982), págs. 25 a 42
- BORRAJO DACRUZ, E.: “Comentario al artículo 43 de la Constitución”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1983, págs.149 a 196.

- BOTTARI, C.: *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Giuffrè Editore, Milano, 1991
- BRAGUE CAMAZO, J.: *Los límites a los derechos fundamentales*, Dylkinson, Madrid, 2004
- BUSNELLI, F. D.; BRECCIA, U. (Dirs.): *Tutela della salute e Diritto privato*, Giuffrè Editore, Milano, 1978
- BUSNELLI, F. D.; BRECCIA, U. (Dirs.): *Il diritto alla salute*, Zanichelli. Bologna, 1979
- CAAMAÑO, F.: “Sí, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía), en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, (2007), págs. 33 a 46.
- CAFERRA, V. M.: *Diritti della persona e Stato sociale. Il diritto dei servizi socio-sanitari*, Zanichelli, Bologna, 1992.
- CALAMANDREI, P.: *Opere giuridiche*, Tomo III, Morano Editore, Napoli, 1968
- CANOSA USERA, R.: “Pretensiones ambientales en amparo constitucional. Comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 10-11 (2002-2003), págs. 697 a 718
- CANOSA USERA, R.: *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Madrid, 2006
- CANTERO MARTÍNEZ, J.: *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2005
- CANTERO MARTÍNEZ, J.: “La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. (2008), págs. 15 a 54
- CARDENAL CARRO, M.: "La Seguridad Social en la Constitución vista por el Tribunal Constitucional", en *Aranzadi Social*, Vol. V, Parte Tribuna, 1999, págs. 209 a 258
- CARLASSARRE, L.: “Libertà d’iniziativa economica e tutela della salute nella Costituzione”, en *Rivista trimestrale di Diritto penale dell’economia* (1992), págs 606 y sigs
- CARMONA CUENCA, C.: *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, CES, Madrid, 2000
- CARRILLO, M.: “Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80 (2007), págs.49 a 73
- CASCAJO CASTRO, J. L.: “El problema de la protección de los derechos humanos”, en *Los derechos humanos. Significación y sistema*, Publicaciones Universidad de Sevilla, 1979.

- CASCAJO CASTRO, J. L.: “En torno a la configuración jurisprudencial y doctrinal de la llamada Alta Inspección”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 10, Vol. II (1984) págs. 89 a 102
- CASCAJO CASTRO, J.L.: “Control del Estado sobre las Comunidades Autónomas”, en GONZÁLEZ ENCINAR, J.J. (Dir.), *Diccionario del Sistema Político Español*, Akal, Madrid, 1984
- CASCAJO CASTRO, J.L.: *La tutela constitucional de los derechos sociales. Cuadernos y Debates*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- CASCAJO CASTRO, J. L.: “La voz «Estado social y democrático de Derecho». Materiales para un léxico constitucional español”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm.12 (1992), págs. 9 a 23
- CASCAJO CASTRO, J.L.: “El derecho a la salud: mujeres y salud, un derecho constitucional”, en N. MONTESINOS SÁNCHEZ, N.; ROMÁ FERRI, M<sup>a</sup> T.; CATALÁ PÉREZ, C. (Dir.) *Derecho, mujeres y salud*, Universidad de Alicante, Alicante, 1998
- CASTELLS, M.: “El futuro del Estado del Bienestar en la sociedad informal”, *Sistema*, núm. 131 (1996), págs. 35 a 53
- CASTORINA, E.: “Riflessioni sul contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute: la sperimentazione “terapeutica” di farmaci e il rispetto della persona umana”, en *Giurisprudenza Costituzionale* (1998), págs 2535 a 2562
- CASTRONOVO, C.: “Dal danno alla salute al danno alla persona”, en *Rivista critica del Diritto Privato*, núm. 2 (1996), págs. 245 a 298
- CATALDI: “La tutela della salute come fine istituzionale dello stato”, en *Scritti di Diritto della previdenza sociale*, Giuffrè Editore, Milán, 1958
- CAZORLA PRIETO, L. M.: “Comentario al artículo 43,3 CE”, en GARRIDO FALLA, F. (Dir.): *Comentarios a la Constitución*, Civitas. Madrid, 1980.
- CECCHERINI, G.; LOI, M.L.; SANTILLI, M.: “L'articolo 32 nella giurisprudenza costituzionale”, en BUSNELLI, F. D.; BRECCIA, U. (Dir.), *Tutela della salute e diritto privato*, Giuffrè Editore. Milano, 1978, págs. 55 y sigs.
- CHERUBINI, L.: “Tutela della salute e atti di disposizione del proprio corpo” en BUSNELLI, F. D.; BRECCIA, U. (Dir.), *Tutela della salute e diritto privato*, Giuffrè Editore, Milano, 1978, págs. 71 y sigs
- CHERUBINI, M. C.: “Diritto alla salute”, en *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. Civ.* Vol. VI, Torino, 1990
- COBREROS MENDAZONA, E. “Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 17 (1987), págs. 27 a 60

- COBREROS MENDAZONA, E.: *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, (Estudio sistemático de los ordenamientos italianos y español), IVAP, Oñati, 1988
- COBREROS MENDAZONA, E.: "La coordinación sanitaria estatal y las Comunidades Autónomas", en *Documentación Administrativa*, núms. 230-231 (1992), págs. 297 a 320
- COBREROS MENDAZONA, E.: "La voluntariedad en los tratamientos sanitarios y su excepción por riesgo para la salud pública. Especial referencia al caso de la tuberculosis en la Comunidad Autónoma vasca", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 46, (1996), págs. 343 a 364
- COCCONI, M.: "Le prestazioni sanitarie fra esigenze di normalizzazione della spesa e diritti fondamentali della persona", en *Le Regioni* (1990), págs 1755 a 1779
- COCCONI, M.: "Il valore costituzionale della salute come criterio-guida delle scelte legislative e di organizzazione: fra esigenze di concreta realizzazione e fedeltà alla propria consistenza antologica", en *Sanità Pubblica* (1991), págs 289 a 303
- COCCONI, M.: *Il diritto alla tutela della salute*, CEDAM, Padova, 1998
- COLAPRIETRO, C.: "La salvaguardia del diritto alla salute e l'effettività della sua tutela nella sperimentazione del "multitrattamento Di Bella", en *Giurisprudenza italiana* (1999), págs. 160 y sigs
- CORSO G.: "I diritti sociali nella Costituzione italiana", en *Rivista trimestrale di diritto pubblico* (1981), págs.759 y sigs.
- COSSÍO DÍAZ, J. R.: *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989
- COTARELO, R.: *Del estado del bienestar al estado del malestar: la crisis del estado social y el problema de legitimidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
- CRICENTI, G.: "La natura del diritto alla salute. A proposito del diritto alle prestazioni indispensabili", en *Giurisprudenza di merito* (1997), págs. 338 y sigs.
- CRISAFULLI, V.: "Efficacia delle norme costituzionali", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 1 (1951), págs. 357 y sigs.
- CRISAFULLI, V.: *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952
- CRISAFULLI, V.: "In tema di emotrasfusioni obbligatorie", en *Diritto e società*, 1982
- CRUZ PÉREZ, D.: "La posición del usuario frente a la actividad del servicio público: especial atención a los servicios sanitarios", en *Derecho y salud*, núm. 1 (1998), págs. 3 a 24.

- CRUZ VILLALÓN, P.: “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25 (1989), págs. 35 a 62
- D'ALESSIO, R.: “I limiti costituzionali dei trattamenti sanitari.(A proposito dei Testimoni di Geova)”, en *Diritto e Società*, 1681, págs. 536 y sigs
- DE ASÍS ROIG, R.: *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991.
- DE CABO MARTÍN, C.: *La crisis del estado social*, PPU, Barcelona, 1986
- DE CABO MARTÍN, C.: “Democracia y Derecho en la crisis del Estado Social”, en *Sistema* núm. 118-119, (1994), págs. 63 a 77
- DE CABO MARTÍN, C.: “Estado social de Derecho y ley general: una perspectiva general”, en *Jueces para la democracia*, núm. 23 (1994), págs. 35 y sigs
- DE CABO MARTÍN, C.: *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Barcelona, 2006
- DE CASTRO CID, B.: *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, León, 1993
- DE CUPIS, A.: “Il diritto alla salute tra Cassazione e Corte costituzionale”, en *Giurisprudenza civile*, I, (1980), págs. 535 y sigs.
- DE CUPIS, A.: *Istituzioni di Diritto privato*, Giuffrè Editore, Milano, 1983
- DE LAMA AYMÁ, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2006
- DE LUCAS, J.; AÑÓN ROIG, M.ªJ.: “Necesidades, razones , derechos”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 7 (1990), págs. 55 a 81,;
- DE OTTO Y PARDO, I.: “Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 10, (1983), págs. 53 a 62
- DE OTTO Y PARDO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988 (2ª ed.)
- DE VAL TENA, A. L.: “Derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria pública. Comentario al artículo 12 de la LDE”, en *Boletín Aranzadi Laboral*, núm. 21 (2001)
- DE VAL TENA, A. L.: “El derecho de los extranjeros a la protección de la salud”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 109 (2002), págs. 45 a 77
- DE VERGOTTINI, G.: *Diritto costituzionale comparato*, Padova, CEDAM, 1999

- DEL REY GUANTER, S.: “El derecho a la protección de la salud: notas sobre el entramado constitucional”, en *Derechos y Libertades*, núm. 6 (1998), págs. 161 a 168
- DÍAZ, E.: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1988, 8ª ed. (6ª reimpr.),
- DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, L. M.<sup>a</sup>: *Sistema de derechos fundamentales*, (2ª edición), Thomson-Civitas, Madrid, 2005
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.<sup>a</sup>: “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, (2006), págs. 63 a 75
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.<sup>a</sup>: “De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos. Respuesta a Francisco Caamaño”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 81 (2007), págs. 63 a 70.
- DOYAL, L.; GOUGH, I.: *Teoría de las necesidades humanas*, ICARIA, 1994.
- DWORKIN R.: *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. (Trad. R. Caracciolo y V. Ferreres), Ariel, Barcelona, 1998.
- ESCRIBANO COLLADO, P.: *El derecho a la salud*, Cuadernos del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1976
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: “Colisiones normativas y primacía del Derecho estatal”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo I, El ordenamiento jurídico*, Madrid, Civitas, 1991, págs. 537 a 567.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J.: *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general, derecho comparado, el caso español*, Civitas, Madrid, 1998
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La dimensión axiológica del Derecho Constitucional”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 1 (1992) , pags. 15 a 39
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España: reflexiones en torno a la constitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 7 (2001), págs. 65-100
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Estudios jurídico-constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídica, UNAM, México D.F., 2003
- FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Roma, 1999
- FERRARA, R.: *Principi di diritto sanitario*, Giappichelli Editore, Torino, 1995
- FERRARA, R.: “Salute (diritto alla)” (*ad vocem*), en *Digesto delle Discipline. Pubbliche*, Tomo XIII, 1997

- FERRARI, E.: “Il diritto alla salute è diritto a qualunque prestazione ritenuta “indispensabile”?”, en *Le Regioni*, núm.6 (1989), págs. 1923 a 1938.
- FERRI, G.B.: “Le temps retrouvé dell’articolo 2059 Cci”, en *Giurisprudenza costituzionale* (2003), págs. 1990 a 2001
- FIGUERUELO BURRIEZA, A.: “La influencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder legislativo”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 91, (1993), págs. 47 a 72
- FORSTHOFF, F.: *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973
- FORSTHOFF, F.: *El Estado de la sociedad industrial. El modelo de la República Federal de Alemania*, (Trad. por L. López Guerra y J.N. Muñiz), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975
- FRANCE, G.: “L’accesso alle prestazioni sanitarie e l’efficacia clinica: il caso Di Bella”, en *Le Regioni*, núm. 6 (1998), págs. 1523 a 1543.
- FREIXES SANJUAN, T.: *Constitución y derechos fundamentales. I – Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona, 1992.
- GALLEGO ANABITARTE, A.: *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación, autonomía local, opinión pública)*, Civitas, Madrid, 1994
- GALLO, C.E.; PEZZINI, B. (Dirs.): *Profili attuali del Diritto alla salute* Giuffrè, Milano, 1998
- GARCÍA COTARELO, J.: *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, (2ª ed) Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “Sobre los derechos públicos subjetivos”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 6, (1975), págs. 427 a 448
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La Constitución como norma jurídica”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E; PREDIERI, A (Dirs.): *La Costituzione spagnola del 1978*, Giuffrè Editore, Milano, 1981, págs. 91 a 152
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1982
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, Civitas, Madrid, 1984
- GARCÍA DELGADO; GONZÁLEZ SEARA; MUÑOZ MACHADO, (Dirs.): *Las estructuras del bienestar. Derecho, economía y sanidad*, Civitas, Madrid, 1997
- GARCÍA HERRERA, M. A.; MAESTRO BUELGA, G.: “Prestaciones sociales y Comunidades Autónomas”, en GARCÍA HERRERA, M. A (Dir.): *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, págs. 381 a 466

- GARCÍA HERRERA, M. A.; MAESTRO BUELGA, G.: *Marginación, Estado social y prestaciones sociales*, Cedecs, Barcelona, 1999
- GARCÍA HERRERA, M. A.; VIDAL BELTRÁN J. M.: (Coords.) *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, INAP, Madrid, 2005
- GARCÍA MACHO, R.: *Las aporías de los derechos fundamentales y el derecho a una vivienda*, Madrid, Instituto de estudios de la Administración Local, 1992
- GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1985, 2ª edición (9ª imp. 1995)
- GARRIDO CUENCA, N.M.: “Sanidad, salud pública y farmacia” en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Dir.) *Reformas Estatutarias y distribución de competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, págs. 549 a 573.
- GARRIDO FALLA, F.: “Artículo 41”, en GARRIDO FALLA, F. (Dir.): *Comentarios a la Constitución*, Civitas. Madrid, 1980, págs. 489 a 492
- GARRIDO FALLA, F.: “Artículo 43”, en GARRIDO FALLA, F. (Dir.): *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, págs 550 a 503
- GARRORENA MORALES, A.: *El lugar de la ley en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980
- GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984
- GARRORENA MORALES, A.: “Reserva de ley”, en M. ARAGÓN REYES,(Coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2001, págs. 300 a 307
- GASPARRI, W.: “Somministrazione di farmaci e diritto alla tutela della salute”, en *Le Regioni*, núm. 6 (1998), págs. 1544 a 1568
- GIANNINI, G.: “Stato sociale: una nozione inutile”, en *Scritti in onore di C. Mortati*, Tomo I, Giuffrè Editore, Milano, 1977, págs. 139 a 165
- GIANNINI, G.: *Il danno alla persona come danno biologico. Confronto tra metodo tradizionale di risarcimento e il nuovo metodo alternativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1986
- GIL HERNÁNDEZ, A.: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995.
- GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, A.: “Los derechos de los ciudadanos en el sistema sanitario”, en *Derecho y Salud*, Vol.2, núm. 2 (1994), págs. 87 a 90
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Eutanasia y Derecho penal”, en *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1990, 3.ª edición, págs, 51 a 54
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: “El problema jurídico de la muerte y el dolor”, *El Mundo*, 19 de abril de 2005



- GOMES CANOTILHO, J.J.: “Tomemos los derechos económicos, sociales y culturales en serio”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1 (1988), págs. 239 a 260
- GOMES CANOTILHO, J.J.: “Metodología «fuzzy» y camaleones normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Derechos y Libertades*, núm. 6 (1998), págs. 35 a 50
- GÓMEZ TOMILLO, M.: “Tratamientos paliativos e integridad moral en el contexto de la eutanasia activa indirecta”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4 (2005) págs. 1342 a 1356
- HÄBERLE, P.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, (Trad. por J. Brage Camazo), Dykinson, Madrid, 2003
- HAURIOU, M.: “La teoría de la institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social)”, en *Obra Escogida*, (Trad. por J.A. Santamaría Pastor y S. Muñoz Machado de “La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)”), Instituto de Estudios Administrativo, Madrid, 1946, págs. 258 a 296
- HELLER, H.: *Escritos Políticos*, (Trad. por S. Gómez de Arce), Alianza Universidad, Madrid, 1985
- HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: *La ordenación sanitaria en España*, Aranzadi, Navarra, 2004
- HERRERA FLORES, J.: *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*, Madrid, Tecnos, 1989
- HESSE, K.: *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios constitucionales, 1983
- HESSE K.: “Significado de los derechos fundamentales”, en BENDA *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996
- JELLINEK, G.: *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Società Editrice Libreria, Milano 1912
- JIMÉNEZ BLANCO, A.: “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”, en AA.VV, *Homenaje a García de Enterría*, Tomo II, 1991, págs. 635 a 650.
- JIMÉNEZ CAMPO, J.: “¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27 (1989), págs. 39 a 92
- JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999
- KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, (Trad. de la 2.<sup>a</sup> edición en alemán por Roberto J. Vernengo), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1981

- LASSALLE, F.: *Discours et pamphlets*, (Trad. del alemán por V. Dave y L. Remy), Ed. V. Giard et E. Brière, Paris, 1903
- LEMA AÑÓN, C.: «Sobre el consentimiento informado de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo», en *Jueces para la democracia*, núm. 43 (2002), págs. 34 a 38
- LESSONA, S.: *Trattato di diritto sanitario*, 2 Vols., Fratelli Bocca, Torino, 1914-1921
- LESSONA, S.: “La tutela della salute pubblica”, en CALAMANDREI; LEVI (Dirs): *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, Tomo I, Florencia, 1950.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.
- LÓPEZ GUERRA, L.: *Régimen constitucional español*, Labor, Barcelona, 1983
- LÓPEZ GUERRA, L.: “Regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” en AA.VV.: *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, MAP, 1990, págs. 77 a 94
- LUCARELLI, F.: “Diritto soggettivo alla salute, applicabilità diretta dell'articolo 32 della Costituzione ed evoluzioni della giurisprudenza”, en *Politica del Diritto* (1974)
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E.: *Igualdad y autonomía. Las competencias sobre asociaciones en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1999
- LUCIANI, M.: “A proposito del diritto alla salute”, en *Diritto e Società*, núm. 2, (1979), págs. 407 y sigs
- LUCIANI, M.: “Il diritto costituzionale alla salute. Profili costituzionali”, en *Diritto e Società*, núm. 4 (1980), págs. 769 y sigs.
- LUCIANI, M.: “Salute” (diritto alla salute-dir.cost.), (*ad vocem*) en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Tomo XXVII, Roma, 1991.
- LUCIANI, M.: “Sui diritti sociali”, en ROMBOLI, R. (Dir), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, págs. 99 y sigs.
- MARIOTTI, P.: *I diritti dei malati*, Giuffrè Editore. Milano, 1993.
- MARTÍN DELGADO, I.: “La asistencia de los extranjeros en España”, en *Derecho y Salud*, núm. 2 (2002) pág. 197 a 218
- MARTÍN QUERALT, J. *et al.*: *Curso de Derecho financiero y tributario*, Tecnos, Madrid, 2003 (14ª ed)
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J.M.ª: *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Madrid, Tecnos, 1998
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J.M.ª: “El derecho a la salud: un derecho social esencial”, en *Derechos y libertades*, núm 14, (2006), págs. 129 a 150

- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.; DE OTTO Y PARDO, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1988.
- MAZZIOTTI, M.: “Diritti sociali”, (*ad vocem*) en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XII, Milano, (1962), págs 802 y ss
- MÉNDEZ REXACH, A.: “El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas”, en *Ponencias del XI Congreso Derecho y Salud. Nuevos retos del Sistema Nacional de Salud*, 2003, págs. 15 a 36
- MESTRE DELGADO, J. F.: “La competencia normativa en materia de ordenación farmacéutica”, en *Derecho y Salud*, Vol. 5, núm. 2 (1997), págs. 205 a 212
- MIR PUIGPELAT, O.: “La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho, Working Paper*, núm. 151 (2003)
- MISHRA, R.: *El estado de bienestar en la sociedad capitalista: políticas de desmantelamiento y conservación en Europa, América del Norte y Australia* (Traducido por J. Alonso Hierro), Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1994
- MODUGNO, “Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione”, en *Diritto e società* (1982), págs. 309 y sigs
- MODUGNO, F.: *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 1995.
- MOLASCHI, V. : “Giurisdizione esclusiva e tutela delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti del servizio sanitario nazionale”, en *Sanità Pubblica*, núm. 5, (2000), págs. 619 y sigs.
- MONATERI, P. G.: “Danno alla persona”, (*ad vocem*), en *Digesto italiano*, UTET, Torino, 1997
- MONTANARO, C.: “Considerazioni in tema di trattamenti sanitari obbligatori”, en *Giurisprudenza costituzionale* (1983), págs. 1165 y sigs.
- MONTUSCHI, L.: “Il 1° comma dell’articolo 32”, en BRANCA, G (Dir.) *Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali*, Zanichelli Editore, Bologna, 1976, págs. 147 a166.
- MORTATI, C.: “La tutela della salute nella Costituzione italiana”, en *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, núm. 1 (1961), págs. 1 y sigs.
- MORTATI, C.: *Scritti*, Giuffrè Editore, Milano, 1972
- MUÑOZ CONDE, E.: *Derecho Penal. Parte especial*, (15ª edición), Tirant LoBlanch, Valencia, 2004

- MUÑOZ DE BUSTILLO, R. *et alt.*: *Crisis y futuro del estado de bienestar*, Alianza editorial, Madrid, 1993
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1982
- MUÑOZ MACHADO, S.: “La organización de los sistemas de salud (La integración, la reforma y la crisis de los servicios sanitarios públicos)” en *Actas del I Congreso Derecho y Salud*, Barcelona, 1992
- MUÑOZ MACHADO, S.: “Los concidicionantes normativos en la evolución de los modelos de gestión de los servicios sanitarios”, en *Actas del III Congreso Derecho y Salud*. Pamplona, 1995
- MUÑOZ MACHADO, S.: *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza editorial, Madrid, 1995
- MUÑOZ MACHADO, S.: “La cohesión del Sistema Nacional de Salud”, en *Sistema Nacional de Salud: cohesión y consolidación, XII Congreso Derecho y Salud*, Asociación Juristas de la Salud, Cuenca, 2003, págs. 15 a 23
- NAVARRO MUNUERA, A.: “Bioética y Ley General de Sanidad”, CASADO, M<sup>a</sup>. (Dir.<sup>a</sup>), *Materiales de Bioética y Derecho*, Cedecs Editorial. Barcelona, 1996, págs. 83 a 106
- NAVARRO MUNUERA, A.: *La conflictivitat competencial. Sanitat*, Generalitat de Catalunya, Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 1996
- NIETO, A.: “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, núm.100, (1983), págs 371 a 415
- OFFE, C.: *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, Alianza, Madrid, 1990
- PACE, A.: “Libertà personale (diritto costituzionale)”,(ad vocem), en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXIV, Milano, 1974, págs. 295 y sigs.
- PACE, A.: “La heterogénea estructura de los derechos constitucionales”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm 3 (1998), págs. 20 a 30
- PALADIN, L.: “Ragionevolezza (principio di)”, (ad vocem), en *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento I, 1997, págs. 899 y sigs.
- PANUNZIO, P.: “Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione. (A proposito della disciplina delle vaccinazioni)”, en *Diritto e società* (1979), págs. 888 y sigs.
- PAREJO ALFONSO, L.: *Garantías institucionales y autonomías locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981
- PAREJO ALFONSO, L.: *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Civitas, Madrid, 1983
- PAREJO ALFONSO, L.: “La autonomía local en la Constitución española”, en S. MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I, (2<sup>a</sup> ed.), Editorial Civitas, Madrid 2003, págs. 25 a 155

- PAREJO ALFONSO, L.: *Constitución, Municipio y Garantía Institucional*. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección peruana), Editorial jurídica Grijley, Lima, 2000
- PARODI, G. M. “Trattamenti sanitari obbligatori, libertà di coscienza e rispetto della persona umana”, en *Il Foro Italiano*, 1983, págs. 2656 a 2661
- PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. A.: *Daños por productos y protección del consumidor*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990
- PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. A.: “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, en *Aranzadi civil* [en línea], núm. 2, (2003) Dirección URL: <http://www.westlaw.es>
- PECES-BARBA MATÍNEZ, G.: *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995
- PECES-BARBA MATÍNEZ, G.: “Los derechos sociales”, en *Temas para el debate*, núm.24, (1996), págs 16 a 22
- PEDREIRA ANDRADE, A.: “Hacia una potenciación del derecho constitucional a la protección a la salud”, en *Actualidad Administrativa* (1992), núm. 10, págs.101 a 111, núm. 11, págs. 113 a 123 y núm. 12, págs. 125 a 138,
- PEDREIRA ANDRADE, A.: “Derecho a la salud y Constitución española: problemática del consentimiento y derecho de rechazo al tratamiento en el ordenamiento jurídico sanitario” en *Los derechos fundamentales y Libertades públicas* Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, Vol. I, págs. 227 a 258.
- PEGORARO, L.: “El método comparado en el Derecho constitucional: la perspectiva desde el Derecho comparado”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 112, (2001), págs. 9 a 27.
- PEGORARO, L.; RINELLA, A.: *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, Cedam, Padova, 2002
- PEGORARO, L.; RINELLA, A.: *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Cedam, Padova, 2007
- PEMÁN GAVÍN, J.: “Acerca de la uniformidad de vida como principio constitucional en el Estado de las Autonomías, en *Revista de Administración Pública*, núm. 119 (1989), págs. 173 a 198
- PEMÁN GAVÍN, J.: “Sobre el proceso de desarrollo y aplicación de la Ley General de Sanidad: balance y perspectivas”, en *Derecho y Salud*, núm. 2 (1999)
- PEMÁN GAVÍN, J.: “Las prestaciones sanitarias públicas: configuración actual y perspectivas de futuro”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 156 (2001) págs. 101 a 154

- PEMÁN GAVÍN, J.: “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes”, en *Derecho y salud*, Vol. 2, núm. 10, (2001), págs. 91 a 132
- PEMÁN GAVÍN, J.: “La culminación del proceso de descentralización de la sanidad español. El Sistema Nacional de Salud tras el cierre de transferencias y la aplicación del nuevo sistema de financiación”, en AA.VV.: *Informe Comunidades Autónomas*, 2001, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2002
- PEMÁN GAVÍN, J.: “Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios. Sobre la libre circulación de pacientes en el espacio comunitario europeo (A propósito de la Sentencia Smits y Peerbooms del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 160 (2003), págs. 123 a 166
- PEMÁN GAVÍN, J.: “Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud”, en *Derecho y Salud*, núm. 16 (2008), págs. 29 a 62
- PEMÁN GAVÍN, J.: *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*. Comares, Granada, 2005
- PEMÁN GAVÍN, J.: *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas. Madrid, 1992
- PEMÁN GAVÍN.: *Derecho a la salud y Administración Pública*, Real Colegio de España, Bolonia, 1989
- PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos fundamentales, Estado de Derecho y constitución*. Tecnos, Madrid, 1984
- PÉREZ LUÑO, A.E.: “Sobre los valores fundadores de los derechos humanos”, en AA.VV. *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1995.
- PEREZ LUÑO, A.E.: “Análisis funcional de los derechos fundamentales”, en *La tercera generación de derechos humanos*, Aranzadi, Madrid, 2006
- PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho constitucional*, Marcial Pons Madrid-Barcelona, 2003, (9.ª ed.)
- PERGOLESSI, F.: “Tutela costituzionale della salute”, en *Il corriere amministrativo* (1961)
- PERGOLESSI, F.: *Scritti minori di Diritto pubblico*, Tomo I, Bologna, Arnaldo Forni Editore, 1988
- PERLINGERI, P.: “Il diritto alla salute quale diritto della personalità”, en *Rassegna di Diritto civile*, Tomo II, (1982), págs. 1020 y sigs.
- PEZZINI, B.: “Il diritto alla salute: profili costituzionali”, en *Diritto e Società*, núm.1 (1983), págs 31 y sigs.

- PEZZINI, B.: *La decisión sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, 2001.
- PEZZINI, B.: “Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute”, en GALLO, C.E.; PEZZINI, B. (Dirs.): *Profili attuali del Diritto alla salute* Giuffrè, Milano, 1998
- PISANESCHI, A.: “La Corte Costituzionale ed il danno alla salute considerazioni in merito all'operatività dell'articolo 32 Cost. nell'attuale sistema di responsabilità civile”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, núm. 4 (1987) 1072 y sigs.
- PISARELLO, G.: “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, núm. 92, (1998)
- PORRAS NADALES, A.J.: “La evolución del Estado social y sus perspectivas”, *Sistema*, núm, 118-119, (1994), pags. 231 a 245.
- PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990
- PRIETO SANCHÍS, L.: “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22 (1995), págs. 9 a 57
- PRINCIPATO, L.: “Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?”, en *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 4 (1999), págs. 2508 a 2568
- PRINCIPATO, L.: “La immediata precettività dei diritti sociali ed il "contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute" (Corte cost. 26 maggio 1998 núm. 185)”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, núm. 6 (1998), pág 3853 y sigs.
- PRODI, G.: “Salute/malattia”, (*ad vocem*), en *Enciclopedia Einaudi*, Torino, 1981, Vol. XII, págs. 394 a 426.
- REBOLLO PUIG, M.: “Juridicidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 125 (1991), págs. 7 a 173
- REBOLLO PUIG, M.: “Sanidad”, en MUÑOZ MACHADO, S. *et al.*: *Las estructuras del bienestar. Derecho, economía y sanidad*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 252 a 257
- REY DEL CASTILLO, J.: “Algunas notas para el diseño de los servicios públicos sanitarios en una España federal”, en *Revista de Administración Sanitaria*, núm. 15 (2000)
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “Artículo 15. Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte”, en COBO DEL ROSAL, M.

- (Dir.): *Comentarios a la legislación Penal, Derecho Penal y Constitución*, Tomo I, 1982
- ROMEO CASABONA, C. M.: *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1994
- RUBIO LLORENTE, F.: “El principio de legalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39 (1993), págs. 9 a 42
- RUBIO LLORENTE, F.: *La forma del poder. (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993
- RUGGERI, A.: “Nuovi diritti fondamentali e tecniche di positivazione”, en *Politica del Diritto*, núm. 2 (1993), págs 183 a 217
- RUIZ MIGUEL, A.: “Autonomía individual y derecho a la propia vida. (Un análisis filosófico-jurídico)”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14 (1993), págs. 135 a 165
- RUIZ-RICO RUIZ, G. J.: “Posibilidades que plantea el proceso de reforma estatutaria en relación con la garantía y tutela de los derechos sociales”, en AA.VV.: *II Jornadas sobre Reformas Estatutarias, Derechos Sociales y Defensores del Pueblo Autonómicos*, Servicio de Publicaciones del Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2006, en [http://www.defensorand.es/informes\\_y\\_publicaciones/otras\\_publicaciones/otros\\_documentos/informe\\_0003](http://www.defensorand.es/informes_y_publicaciones/otras_publicaciones/otros_documentos/informe_0003)
- RUIZ-RICO RUIZ, G. J.: “Los defensores del pueblo autonómicos tras la reforma de los estatutos de autonomía”, en *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 6 (2008), pags. 365 a 395
- SAINZ MORENO, F (Editor): *Constitución Española: Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Servicio de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1980
- SALA ARQUER, J.M.; VILLAR ROJAS, F.: “Análisis de la cooperación en un sector determinado: la sanidad pública” en *Derecho y Salud*, núm. 1 (2002), págs. 79 a 94.
- SALA ARQUER, J.M.; VILLAR ROJAS, F.: “La cooperación en la Sanidad Pública”, en *Revista de estudios autonómico*, núm. 1 (2002), pags. 173 a 200
- SALAZAR, C.: *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociale. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino, 2000
- SANTILLI, M.; GIUSTI, A.: “Salute (diritto alla-dir. civ.)”, (*ad vocem*), en *Enciclopedia giuridica*, XXVI, Roma, 1991
- SANTOLAYA MACHETTI, P.: *Comentarios a la Ley de Extranjería* (2ª ed.), Lex Nova, Valladolid, 2002
- SANTOS MORÓN, M.J.: *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre, Madrid, 2000



- SANZ LARRUGA, F. J.: “Las competencias del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones locales en materia sanitaria”, en GÓMEZ Y DÍAZ-CASTROVERDE; SANZ LARRUGA (Dir.): *Lecciones de Derecho Sanitario*, Universidade da Coruña, La Coruña, 1999, págs. 105 a 134
- SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, 1982
- SERRANO ALBERCA, J.M.: “Comentarios al artículo 15”, en GARRIDO FALLA, F.: *Comentarios a la Constitución Española*, Civitas. Madrid, 1980, págs. 266 y sigs.
- SERRANO GUIRADO, E.: *El Seguro de Enfermedad y sus problemas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1950
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Los «documentos de instrucciones previas» de los pacientes (artículo 11.1 Ley 41/2002) en el contexto del debate sobre la (in)disponibilidad de la vida”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4 (2003) págs. 1663 a 1671
- SMEND, R.: *Constitución y Derecho Constitucional*, (Trad. por José María Beneyto Pérez), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985
- SMURAGLIA, C.: “Salute (diritto alla- dir. lav.)”, (*ad vocem*), en *Enciclopedia Giuridica*, Tomo XXVII, Roma, 1991, págs. 1 y sigs
- SOCIEDAD ESPAÑOLA DE SANIDAD PENITENCIARIA: “Sanidad penitenciaria: una discriminación para la población asistencial y para los profesionales”, en <http://www.sesp.es/sesp/index.htm>.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J. “La libertad de expresión desde la Teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32 (1991), págs. 73 a 114
- SPADARO, A.: “Il problema del fondamento dei diritti fondamentali”, en *Diritto e Società*, núm.3 (1991), págs. 451 a 511
- STERN, K.: *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987
- STERN, K.: “El sistema de los derechos fundamentales en la RFA”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1 (1988), págs. 261 a 277
- STERN, K.: “La influencia de la Ley Fundamental de Bonn sobre las constituciones extranjeras”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 25 (1998), págs. 7 a 29
- TARODO SORIA. S.: *La libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2005
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1988
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1988, 4ª ed., (3ª reimpr.)

- TORNOS I MAS, J.: “La legislación básica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31 (1991), págs. 275 a 29
- TORNOS I MAS, J.: “Sistema de Seguridad Social *versus* Sistema Nacional de Salud”, en *Derecho y Salud*, núm. 1 (2002), págs. 1 a 13
- TUDELA ARANDA, J.: *Derechos constitucionales y autonomía política*, Civitas, Madrid, 1994.
- VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994
- VINCENZI AMATO, D.: “Il comma 2° dell’articolo 32”, en BRANCA, G (Dir.): *Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali*, Zanichelli Editor, Bologna, 1976, págs. 167 a 209
- VICENTI AMATO, D.: “Tutela della salute e libertà individuale”, en *Giurisprudenza costituzionale* (1982), págs. 2468 y sigs.
- VILA MIRANDA, C.: “Concreciones sobre la función estatal de alta inspección como supervisión”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 21 (1984), págs. 179 a 183;
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997
- VON STEIN, L.: *Movimientos sociales y monarquía*, (Trad. por E. Tierno Galván), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981
- ZAGREBLESKY, G.: “La Costituzione italiana”, en AA.VV.: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984
- ZAGREBLESKY, G.: *Il diritto mite*, Torino, 1992