

EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA COMO DERECHO PÚBLICO EXIGIBLE Y SOSTENIBLE

Jesús Esteban Cárcar Benito

Doctor en Derecho. Facultativo no Sanitario del Servicio Murciano de Salud

ÍNDICE

1. Introducción
2. El derecho a la asistencia sanitaria y los principios programáticos
3. El derecho a la asistencia sanitaria como prestación
4. El derecho a la asistencia sanitaria como derecho social
5. El acceso a la asistencia sanitaria y el disfrute del derecho a la salud
6. El principio de sostenibilidad y el derecho a la asistencia sanitaria.
7. Bibliografía

RESUMEN

Las modificaciones legales de los últimos meses, como son la Ley 33/2011, General de Salud Pública, y el Real Decreto Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, dan pie a la reflexión acerca de la extensión del derecho a la asistencia sanitaria pública. Entre la universalización de la misma, como se norma en la Ley de Salud Pública, y la sostenibilidad que se preconiza en las medidas urgentes. La Ley 33/2011, General de Salud Pública, su disposición adicional sexta, ha supuesto la universalización del sistema nacional de salud, extendiendo el derecho de acceso a la asistencia sanitaria pública a todos los españoles residentes en el territorio nacional y a los que no se les reconoce en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico. La Disposición adicional sexta de la citada Ley menciona que en el caso de las personas que hayan agotado la prestación o el subsidio de desempleo, ha establecido la extensión de este derecho efectivo a partir de enero de 2012, y, para el resto de los colectivos, el Gobierno determinará reglamentariamente los términos y condiciones de la extensión del derecho para quienes ejerzan una

actividad por cuenta propia, en el plazo de seis meses.

Sin embargo, el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, detalla que tendrán derecho a la asistencia sanitaria gratuita en nuestro país únicamente aquellas personas que ostenten la categoría de “asegurados” (o beneficiarios de un asegurado). A saber, trabajadores afiliados a la Seguridad Social, pensionistas, o quienes hayan agotado la prestación por desempleo y figuren como demandantes de empleo. Quienes no entren en ninguna de estas categorías deberán acreditar que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente. Podemos estar ante una posible oportunidad perdida para la plena garantía y universalidad del derecho a la salud. Deviene la cuestión, por tanto de introducir un nuevo principio el de sostenibilidad.

PALABRAS CLAVE

Exigibilidad, derechos, asistencia sanitaria, sostenibilidad, sistema sanitario.

ABSTRACT

The exigibility of health care rights can be exercised in different ways, but also at the judicial stage. In a juridical manner speaking, a right is necessary if the case for its realization intends to use various mechanisms to demand its implementation as Ley 33/2011, General de Salud Pública, y Real Decreto Ley 16/2012,. Health care rights are legally enforceable, when their enforceability is carried out via pre-established procedures that are likely to achieve a specific administrative decision in order to guarantee the realization of the right in question. I introduce the basic features of Spain's public assistance laws,

and analyze what explains variations in both public Laws spending the system coverage (the number of recipients) over time. I find that, unlike other “welfare nations”, Spain does not have a quasi-automatic, institutionalized response to changes in social and economic health distress of its citizens. The problem is often phrased in terms of the ability of governments and others adequately to finance health care in the face of growing cost pressures, with population ageing, new technologies and consumer expectations around health care coverage and quality being the three most commonly cited challenges.. The question as to whether health systems will be financially sustainable in the future is frequently raised in health policy debate.

KEYWORDS

Exigibility, rights, health care, sustainable, health system.

1. INTRODUCCIÓN

El proceso normativo habido para la exigibilidad del derecho a la asistencia sanitaria pública, y el debate doctrinal, para, seguidamente, situar en ese contexto Ciertamente la disposición adicional introducida en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, y el actual Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, que abre el camino al principio de sostenibilidad.

El art. 43 de la CE, como los demás principios rectores de la política social y económica contiene una serie de mandatos dirigidos a los poderes públicos para que hagan efectivas las prestaciones que se definen como contenidos del Estado social y a las que los ciudadanos tendrán derecho a acceder en los términos que establezca la legislación positiva. De ahí que, como se ha dicho de forma expresiva, aunque el art. 43 no configure un derecho subjetivo constitucional, de él resulta “el derecho a que se establezcan derechos”¹, que sí serán verdaderos derechos subjetivos de acuerdo con la legislación que los regule.

Entre ellos estaría, el derecho a la asistencia sanitaria. Su contenido, aunque parcial desde la óptica del citado artículo, es, seguramente el más relevante para los ciudadanos en su conjunto o, al menos, se

refiere a los aspectos de la protección de la salud a los que la conciencia social es más sensible y respecto de los que la demanda ha experimentado un incremento espectacular en los últimos años, cuantitativa y cualitativamente.

2. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA Y LOS PRINCIPIOS PROGRAMÁTICOS

En este sentido, diversos autores sostienen que el derecho a la protección de la salud no es un derecho exigible por considerarlo una norma o principio programático. Al respecto definimos a las normas o principios programáticos como “aquellas que establecen simplemente las directivas de acción, de las cuales no deberá apartarse en el futuro el legislador ordinario, el cual se encuentra obligado a aplicar concretamente las citadas disposiciones a la mayor brevedad posible, las que por otra parte deben ser observadas por la autoridad administrativa en el ejercicio de sus facultades discrecionales. Los contenidos de estos derechos implican por lo general un resultado concreto (salud, vivienda, alimentación), que en caso de no darse anulan completamente su existencia”². En el mismo sentido, podemos afirmar que “el carácter declarativo de las normas programáticas conduce a que no sean accionables, o sea que no se puedan hacer valer en juicio. El ciudadano no tiene derecho a la tutela jurisdiccional para que la autoridad obligue coactivamente al Estado a que haga efectiva aquí y ahora una norma programática. Las normas programáticas son normas impropias, porque no están revestidas de coercibilidad; no pueden hacerse cumplir por la fuerza ni pueden llevarse al órgano jurisdiccional, como en el caso de las normas que otorgan derechos individuales y buena parte de los derechos sociales”³. Sin embargo, al referirse al derecho a la protección de la salud, algunos autores van más allá al afirmar que “se trata de derechos vacíos de contenido, que campean en nuestros textos constitucionales a manera de simples expresiones ideales, sin llegar siquiera a constituirse en normas programáticas, pues no consigna en sus fórmulas consagrables ningún programa a seguir”⁴. En esta misma corriente de pensamiento

2 BISCARETTI DI RUFFIA, P., Introducción al Derecho Constitucional Comparado. Las formas de Estado y las formas de gobierno. Las Constituciones Modernas, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1ª edición española, 1975, p. 322.

3 RUIZ MASSIEU, J. F., *Cuestiones de Derecho Político (México-España)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., UNAM, primera edición, 1993, p.59.

4 MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, V., “El Derecho a la salud como un derecho humano”, *Seminario Salud y Derechos Humanos, México D.F, Fondo editorial de la Comisión Nacional*

1 FERNANDEZ PASTRANA, J.M., *El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984, p.62.

algunos afirman “que el proclamado -derecho a la protección de la salud- no es tal y auténtico derecho subjetivo, a pesar de la expresión que se utiliza, sino un mero principio informador o rector de la política social, que debe ser, eso sí, reconocido, respetado y protegido y que informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”⁵. Estamos ante lo que se denomina una guía de conducta, que no es necesariamente un mandato, sino que comprende una declaración de lo que es bueno y lo que es malo, lo correcto y lo incorrecto. De aquí la necesidad de su desarrollo posterior, de esos reenvíos que concreta la guía de conducta, los valores principales, en mandatos (órdenes, prohibiciones) y sanciones. En pocas palabras, el art. 43 CE reenvía a la ley para la fijación del contenido de los derechos y reenvía a los tribunales para la concreción del contenido de tales derechos. Es por su naturaleza, una norma de definición de valores principales y, en consecuencia una norma de reenvíos⁶.

Por último, estaría la corriente que adscribe el derecho a la protección de la salud al grupo de los derechos económicos, sociales y culturales. Para algunos autores, la principal característica de estos derechos es la progresividad⁷ o condicionamiento económico, que en principio constituiría la medida de exigibilidad⁸ (incluyendo la del derecho a la protección de la salud) y que con frecuencia se utiliza como pretexto para enmascarar evidentes incumplimientos aduciendo que se debe a la falta de recursos o para encubrir la inadecuada distribución de los recursos existentes, por lo que hay una íntima vinculación entre la satisfacción del derecho a la protección de la salud y las políticas públicas de salud, ya que estas últimas van a determinar en una prelación de importancia, los aspectos del derecho a la protección de la salud que van a ser atendidos prioritariamente. Si bien es cierto, que la regla general es la progresividad, hay

determinadas circunstancias en donde tal derecho es de realización inmediata⁹. En este sentido, el artículo 53.3 de CE nos indica que el capítulo III del Título I donde está contenido el derecho a la protección a la salud, como principio rector de la política social y económica, dice “informarán”, expresión ésta que no debe conducir a una interpretación restrictiva de su significado, “la legislación positiva, la práctica judicial, y la actuación de los poderes públicos, pudiendo ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen”. Ante esta regulación nuestra doctrina ha señalado que los principios vienen caracterizados por tener un valor interpretativo, una eficacia restrictiva y una eficacia habilitadora. Pero el problema de fondo planteado es el grado de vinculación de los poderes públicos respecto de estos principios. A este respecto, creo que su existencia, como derecho a la salud, consecuencia directa de la proclamación del Estado social¹⁰ y democrático de Derecho, no puede conducir a una actitud abstencionista por parte de los mismos, sino más bien exigen una actitud positiva de los poderes públicos que deben concretar dichos principios, pues su cumplimiento no puede ser diferido indefinidamente aunque sí demorado¹¹. Al mar-

de Derechos Humanos, primera edición, 1991, pp. 45-48.

5 FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., op. cit., p.60.

6 NIETO GARCÍA, A., “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública, RAP*, nº 100-1002, enero-diciembre, 1983, pp.371-414.

7 Es el cumplimiento paulatino y creciente de los derechos humanos de carácter económico, social y cultural, condicionado por los recursos económicos y técnicos con que cuenta cada uno de los Estados.

8 MORALES ACHÉ, P. I, *Tesina: La Salud y los Derechos Humanos*, Puebla (Mexico), Universidad de las Américas, A.C., 1993, pp.7-8. Para el autor, el concepto de política pública incluye la definición e instrumentación de programas de gobierno, la deliberación parlamentaria y la construcción del derecho a través de resoluciones judiciales.

9 ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C., *El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible*, publicado en *La Ley*, Tomo D, 2001, pp. 22-29. En principio, el derecho a la salud presenta dos perfiles delimitables, el primero, integrado por algunas obligaciones tendientes a evitar que la salud sea dañada, ya sea por la conducta terceros -ya sea el Estado u otros particulares- (obligaciones negativas), o por otros factores controlables -tales como epidemias, prevenir enfermedades evitables, a través de campañas de vacunación- (obligaciones positivas). El segundo perfil, está integrado por otras obligaciones tendientes a asegurar la asistencia médica una vez producida la afectación a la salud denominadas habitualmente como “derecho a la atención o asistencia sanitaria”, cuyo contenido implica, entre algunas prestaciones, la complejísima tarea de planificación y previsión de recursos presupuestarios necesarios para llevar a cabo la satisfacción de los requerimientos de salud correspondientes a toda la población.

10 PAREJO ALFONSO, L. afirmara que “la legitimidad de la actuación estatal se mide... principalmente en el Estado actual por su capacidad de conseguir y mantener unas determinadas -condiciones de vida- (vid. *Estado social y Administración pública*, Civitas, Madrid, 1983, pp 20 ss.), y que DE CABO MARTIN, C. considerara prevalente la legitimidad del elemento Estado social con respecto al complejo (vid. “Estado social y democrático de Derecho” en *Teoría histórica*, II, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, PPU, 1993, pp. 332)

11 SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político de la Constitución española de 1978: ensayo de un sistema: (diez lecciones sobre la Constitución de 1978)*, Madrid, Editora Nacional, 7ª ed., 1994, p. 188 ss. Vid. también, BASILE, S. “Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas”, en PREDIERI A.; GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución española de 1978 / estudio sistemático dirigido*, Madrid: Civitas, 1980, pp 253 ss. Vid. DE ESTEBAN, J.; LÓPEZ GUERRA, L.; ESPÍN, E.;

gen de todo ello, en la medida en que el enfoque es el propio de un análisis iusfilosófico, los principios rectores suponen un contenido constitucional mínimo que debe ser realizado por los poderes públicos, especialmente por parte del legislador, pero nada impide que éstos en su actuación, vayan más allá de lo establecido por ellos.

3. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA COMO PRESTACIÓN

Al vincular, por tanto, la universalización o generalización del derecho a la asistencia sanitaria con la financiación pública de las prestaciones, el legislador hizo una apuesta arriesgada, pero tanto más loable cuanto que con ella se persigue claramente la efectividad real del derecho y no sólo su afirmación en el plano formal. De poco serviría, en efecto, la atribución generalizada del derecho a la asistencia si el titular tuviera que abonar el coste del servicio y careciera de recursos para ello. La libertad de acceso, sin financiación pública, y, por tanto, con obligación de pagar el coste de las prestaciones recibidas, impediría, de hecho, el acceso a los potenciales usuarios carentes de recursos. En tal caso, el acceso, aunque “libre”, no se produciría en condiciones de “igualdad efectiva” como quiere el art. 3.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS). Es cierto, sin embargo, que esa igualdad efectiva no implica necesariamente la financiación pública íntegra de las prestaciones en todos los casos. Frente a ello se podría objetar que un tal sistema discrimina positivamente a los usuarios de mayor capacidad económica, que reciben gratuitamente unas prestaciones cuyo coste podrían satisfacer sin quebranto patrimonial grave. Sin embargo, económicamente la separación entre atención sanitaria y Seguridad Social no se consuma en 1986, hasta tal punto que en 1994, cuando se publica un nuevo Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, [R.D. Legislativo 1/1994, de 20 de junio](#), ha de realizarse todo un ejercicio de ingeniería jurídica para incluir la asistencia sanitaria como parte del Sistema de Seguridad Social, pero al mismo tiempo dejarla sin regulación dentro de la legislación refundida de dicho Sistema.

En consecuencia, con la LGS, la asistencia sanitaria deja de ser una prestación contributiva del Sistema de Seguridad Social para convertirse en un derecho de todos los ciudadanos residentes en España, y por tanto la pertenencia o no a aquel sistema, alta y afiliación al mismo, y por extensión, la de la persona dependiente de afiliado y en alta, desaparece. Se esté o no en alta en un régimen de Seguridad Social y se dependa o no económicamente de una persona en alta, se tiene derecho a la asistencia sanitaria y por tanto al reconocimiento administrativo de este derecho con carácter personal y propio.

En esta reflexión hay una decantación por la subjetivización de la sanidad, esto es, el cambio de perspectiva desde lo objetivo (el sistema o el instrumento) a lo subjetivo -los derechos de quienes comprendidos dentro del art. 3 de la Ley 16/2003 de 28 de mayo de Cohesión y Calidad (LCCSNS)-, viene exigida no tanto como consecuencia de los derechos fundamentales, que desde luego es evidente que están presentes a lo largo de la evolución normativa del régimen de la sanidad como derechos fundamentales existentes, sino como consecuencia de la culminación de un proceso de reconocimiento en esta materia, a veces desde la propia descentralización del Estado¹².

El derecho a la asistencia sanitaria surge, por tanto, como un derecho público subjetivo dada la posibilidad de su exigibilidad. La primera pregunta sería ¿a quién obliga el derecho a la asistencia sanitaria? La naturaleza de los derechos sociales nos muestran como relevante un tema que de alguna manera se ha señalado tangencialmente en párrafos anteriores: la responsabilidad de los terceros en el esquema de los derechos sociales. Ya PECES BARBA señalaba que los particulares pueden estar a cargo de la prestación de un derecho social¹³. También resaltamos que los derechos sociales gozan de una “doble cara” porque se hacen valer tanto hacia los poderes públicos como en las relaciones entre particulares¹⁴, que hay detrás de estas argumentaciones es el rasgo de que los derechos sociales no se reducen a una simple obligación

GARCÍA MORILLO, J.; PÉREZ TREMP, P., *El régimen constitucional español*, Barcelona, Labor, 1980-1982, pp 20-50. Vid. MURILLO FERROL F.; RAMÍREZ JIMÉNEZ, M., *Ordenamiento constitucional de España*, Madrid, S.M., 1980. Vid. DE OTTO, I., “Introducción”, en BASTIDA, F.J.; PUNSET, R.; DE OTTO, I (coords.), *Lecciones de Derecho Constitucional*, Oviedo, Guastur Ediciones, 1980, pp. 15 ss. Vid. PECES-BARBA G.; PRIETO SANCHIS L., *La Constitución española de 1978: un estudio de derecho y política*, Valencia, Fernando Torres-Editor, 2ª ed.1984, pp 286-291.

12 DE LA QUADRA SALCEDO, T. “Igualdad de los pacientes y cohesión del Sistema Nacional de Salud”, en Luciano Parejo, Alberto Palomar, Marcos Vaquer, (coords) *La reforma del Sistema Nacional de Salud, Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud*, Madrid, Marcial Pons, p. 12

13 PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 11, Madrid, Dykinson, pp.20 ss.

14 CASCAJO CASTRO, J. L., *La Tutela Constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1988, pp.58 ss.

del Estado, sino también que involucra a los particulares.

Y García De Enterría afirma que “... *todos los sujetos públicos o privados, en cuanto vinculados a la Constitución y llamados a su aplicación ... deben aplicar la totalidad de sus preceptos sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa, y otros meramente programáticos, que carecerían de valor normativo ...(-ya que si bien-) no todos los artículos de la Constitución tienen un mismo alcance y significación normativas ... todos, rotundamente, enuncian efectivas normas jurídicas ... sea cual sea su posible imprecisión o indeterminación ... es un reconocimiento preciso de que los principios constitucionales ... son algo más que meras normas -programáticas-, en el sentido tradicional que les negaba toda aplicación judicial*”¹⁵.

Ahora bien, la respuesta a su naturaleza puede ser resuelta desde diferentes fórmulas doctrinales. De un lado, la posición negadora del carácter de verdaderas normas jurídicas para los derechos sociales, y, por tanto, justificadora de una falta de protección jurisdiccional; y de otro lado, la posición que reconoce carácter normativo a los derechos sociales y por tanto exige su defensa y protección judicial¹⁶. En otras pa-

labras, se trata de reconocer que los derechos sociales gozan de tutela, pero no de la forma como la tienen los derechos civiles. En realidad los derechos sociales se encuentran en un período de transición¹⁷. En este estudio, el cuestionamiento de si es posible destacar el carácter normativo y no descriptivo del derecho a la asistencia sanitaria con la consiguiente implicación entre el derecho y sus garantías, podemos partir del razonamiento de la definición de los derechos como expectativas positivas y negativas de prestaciones o de no lesiones, es decir, de modalidades imperativas (obligaciones y prohibiciones: garantías primarias de los derechos), y se desarrolla con las tesis de que una expectativas y otras modalidades imperativas, en el plano teórico, se implican respectivamente, que son dos caras de la misma moneda, es decir, que las prohibiciones y las obligaciones correspondientes a los derechos son deducibles de la enunciación de estos últimos. La propuesta de redefinición del concepto de derecho subjetivo planteada por FERRAJOLI, se inspira precisamente, en la exigencia de resolver este tipo de problema. Para tal redefinición, utilizamos el término expectativa, por otro lado, ya identificado como equivalente a “pretensión”, en su definición; si bien la noción de expectativa tiene un alcance mucho

15 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 68-69.

16 En este sentido, CASTRO CID, B., (vid. *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, León, Servicio de publicaciones Universidad de León, 1993, pp. 74- 101) señala que mientras los derechos civiles y políticos se dirigen a un hombre-individuo en su razón de ser abstracto, universal e inmutable, los derechos económicos, sociales y culturales conciben a un hombre histórico concreto. La aparición de estos derechos se acompaña, pues, de un profundo cambio en las condiciones sociales: tanto en la estructura social y de poder, como en los planteamientos en que se plasma la mentalidad política

Para De Castro antes y después de cualquier reconocimiento por parte de las legislaciones históricas, los derechos económicos, sociales y culturales, al igual que los otros derechos humanos, han de ser entendidos como potestades relativas a la propia existencia y actuación, que corresponden a los sujetos humanos por el simple título de su modo de ser humano y con independencia de los condicionamientos existenciales de raza, sexo, nacionalidad, religión, etc. Y esto sobre su afirmación de que “son derechos humanos aquellas exigencias o expectativas existenciales del hombre en cuanto tal que se imponen a la razón como atribuciones que no pueden faltar en ningún ordenamiento jurídico” y que el Estado está obligado a garantizar.

Por último, evaluando, a mi juicio, a los críticos de los derechos sociales un nutrido grupo de autores defiende abiertamente la tesis de que las situaciones jurídicas creadas por los llamados derechos sociales no poseen los caracteres propios de los verdaderos derechos, puesto que carecen de la aptitud para la efectividad, no son jurisdiccionalmente defendibles, y su efi-

cacia inmediata queda recortada y condicionada de tal modo por los factores políticos, que su mismo contenido varía de un Estado a otro, en función del nivel alcanzado por el desarrollo económico y en función del orden de prioridad que se asigne a la realización de tales derechos. Esta postura encuentra fiel correspondencia en la doctrina que sostiene que las disposiciones normativas en que se proclaman los derechos sociales no llegan a ser auténticas normas jurídicas aplicables, sino simples principios programáticos con una eficacia ético-política meramente directiva.

17 RUIZ MIGUEL, A., “Derechos liberales y derechos sociales”, *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Vol. 2, nº 15-16, 1994, pp. 670-671. Podemos señalar con el autor que “el problema de la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales más, parecería que, incluso en sistemas jurídicos como los europeos-occidentales, obliga a denunciar el déficit de protección de muchos de los derechos sociales como única opción frente a quienes los niegan el carácter de derechos precisamente por la ausencia de dicha tutela. Esta alternativa, sin embargo, es demasiado tajante y no tiene suficientemente en cuenta una doble flexibilidad relacionada con la protección jurídica de los derechos fundamentales: en los contenidos de los derechos y en las modalidades de su tutela judicial. En lo que se refiere a la flexibilidad en el contenido de los derechos, cuando se contrastan derechos clásicos, como el derecho al voto o la libertad de expresión, con derechos sociales como el derecho a la vivienda o el derecho al trabajo no siempre se tiene en cuenta cómo (...) los procesos de juridificación sirven para fijar efectos y límites de unos derechos que, antes de tales procesos, tienden a estar mucho más indeterminados y a ser menos específicos en su contenido. (...) En cuanto la flexibilidad en las propias formas de tutela judicial, deben resaltarse los muy variados procedimientos de que se sirven los sistemas jurídicos para proteger los derechos básicos

más vasto¹⁸. En su sentido más habitual, expectativa es la previsión de lo que verosíblemente puede ocurrir; es decir, relacionado con la redefinición de derecho subjetivo, el término adquiere un específica acepción normativa: en el ámbito y a partir de un cierto ordenamiento normativo, el derecho de un sujeto no es otra cosa que una expectativa de no sufrir lesiones o de tener algunas prestaciones, a cargo de otro sujeto, relativas a un interés del primero. Naturalmente, la expectativa del derecho puede no coincidir con lo que pueda ocurrir, resulta prácticamente inevitable una falta de correspondencia entre las dos. La amplitud de la divergencia entre los dos tipos de expectativas mide el grado de eficacia del derecho.

Ello significa que configurar sin más el derecho a la asistencia sanitaria no basta. Los derechos exigen garantías idóneas, que deben ser establecidas y hechas valer eficazmente por el mismo ordenamiento que atribuye los derechos. Desde este punto de vista, la existencia de “derechos sin garantías” parece una especie de aporía dentro de un ordenamiento, que, por un lado, crea, expectativas normativas, y por otro lado, las ignora (o no las satisface adecuadamente). Pero, el derecho a la asistencia sanitaria, incluso entendido sin garantías, no puede ser considerado inexistente, existe en cuanto aparece establecido (o predispuesto, como es el caso actual), por una norma positiva, los derechos “de papel” no son no derechos, sino que es tarea de la teoría identificarlos, y proponer la solución a las aporías en que consisten¹⁹.

Así, dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales hay notables avances sobre la tutela judicial efectiva de los derechos sociales²⁰. Tampoco es aje-

no a este proceso el ámbito internacional en el que, si bien, se reconocen los limitados recursos con que cuentan los Estados para cumplir sus obligaciones, no es óbice para excusar la tutela que ejercen los órganos de control internacional²¹. Un balance sobre el tema de la tutela de los derechos sociales nos lleva admitir que tienen dificultades para su cumplimiento, pero que hay evidencias claras –tanto en los ordenamientos internos como internacionales– de este proceso se viene revertiendo a favor de su cabal ejercicio.

4. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA COMO DERECHO SOCIAL

Otra cuestión sería si el derecho a la asistencia sanitaria como derecho social está condicionado a los recursos con que cuenten los Estados para su implementación, mientras que los derechos civiles no enfrentan esta dificultad (no representan grandes costos la garantía de estos derechos). Los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran condicionados a los recursos económicos que cuente el Estado para lograr su implementación. Cuando esos recursos abundan no hay riesgos para su cumplimiento; en cambio, la escasez de recursos imposibilita materialmente el goce de los derechos sociales. Esta crítica a los derechos sociales tienen dos aspectos relevantes: por un lado, resalta la estrecha relación entre recursos económicos del Estado y goce de los derechos sociales; y, por otro lado, los costos que suponen la implementación de los derechos sociales.

Hay que exponer claramente lo condicionable de los recursos para los derechos sociales: “reconocen y proclaman derechos cuya efectividad está subordinada al quehacer económico, hacen que venga a nuestra consideración, no la raigambre jurídica del derecho reconocido, la cual para nosotros está fuera de duda, sino la efectividad real del mismo, conscientes de que la dudosa eficacia real del derecho al trabajo, de la elección libre de profesión u oficio, no

18 FERRAJOLI, L., “Expectativas y garantías: primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho”, *Doxa*, nº 20, 1997, pp. 226 ss.

19 BOVERO, M., en “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta”, en De Cabo, A.; Pisarello, G. (edirs.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Luigi Ferrajoli, Barcelona, Editorial Trotta, 2005, pp. 226-227.

20 PEREZ LUÑO, A. E, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 92. Estima el citado profesor que “debe también rechazarse la afirmación de que mientras los derechos de libertad se benefician de la tutela constitucional directamente, los derechos sociales no pueden ser objeto inmediato de tal tutela. Si la constitución puede formular positivamente los derechos sociales puede también tutelarlos en igual medida que a los demás derechos en ellas proclamados. Así, si se proclama por vía constitucional y con carácter general para todos los trabajadores el derecho a la asistencia sanitaria podría impugnarse como anticonstitucional cualquier disposición de rango inferior que excluye a un determinado grupo de trabajadores de ese beneficio, al igual que una ley que suprimiera la libertad de culto o el derecho de sufragio”

21 ORGANIZACIÓN DE LA NACIONES UNIDAS, ONU, *Instrumento internacional de derechos humanos*, Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, GE.04-41305(S) 010604, 070604, HRI/GEN/1/Rev.7 12 de mayo de 2004, p.8-183. A modo de ejemplo podemos mencionar el pronunciamiento del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas sobre el tema: “el Comité reconoce que los programas de ajuste son muchas veces inevitables y que a menudo suponen un elemento importante de austeridad. Ahora bien, en tales circunstancias, los esfuerzos por proteger los derechos económicos, sociales y culturales más fundamentales adquieren una urgencia mayor, no menor”

se salda con un subsidio de desempleo, aunque éste fuera de alcance universal. Por otro lado, nos resulta difícil circunscribirnos al ámbito de la abstracción de los derechos naturales, enraizados en la Ley natural, cuando de suyo el texto jurídico a lo largo de su articulado pretende positivizar aquellos que para algunos podría haber sido una simple abstracción conceptual más propia de la escolástica que de los momentos presentes²².

De esta forma, resulta innegable la dependencia de los derechos sociales de los recursos económicos con los que cuente el Estado. Sin embargo, es apresurado establecer como argumento para el incumplimiento de los derechos sociales la ausencia de recursos económicos. Para ello, destaco una serie de argumentos: “cabe preguntarse si el Estado puede ser exonerado del cumplimiento de sus obligaciones –ya sea de acción o de abstención– en la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales a causa de la existencia de recursos limitados. Una lectura desprevenida del artículo 2.1 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC) podría sugerir que la satisfacción de estos derechos está condicionada a la disponibilidad de recursos. Sin embargo, el mismo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha sostenido que “para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas por falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para satisfacer, con carácter prioritario, estas obligaciones mínimas”. Además, no basta con que los estados demuestren la existencia de recursos limitados; tienen que evidenciar un uso eficaz, equitativo y oportuno de esos recursos. Por otra parte, aún en aquellos casos en los que el Estado evidencie una inequívoca limitación de recursos, ello no agota las posibilidades de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que éstos pueden ser cubiertos mediante programas desarrollados a través de la cooperación y la asistencia internacional. “Las obligaciones de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales corresponden, por tanto, a los Estados, considerados estos individualmente, y en el conjunto integrado por la comunidad de las naciones. En este segundo grupo deben incluirse los organismos multilaterales de los sistemas internacional y

regional”²³.

En cuanto al tema de los costos de los derechos sociales que imposibilitan su implementación como la asistencia sanitaria, enfatizo la debilidad de esa argumentación porque “el recorte jurídico-estructural de un derecho no puede ni debe confundirse con la cuestión de su financiación. Si estas dos dimensiones fuesen indisociables, entonces no se comprendería que ciertos derechos –como los derechos de acceso a los tribunales y de acceso al derecho– pudiesen ser considerados tranquilamente derechos directamente aplicables cuando, sin embargo, dependen de prestaciones estatales (tribunales, procesos, etc.). (...) La “reserva de las arcas del Estado” supone problemas de financiación pero no implica el “grado cero” de vinculación jurídica de los preceptos que consagran los derechos fundamentales sociales”²⁴. En esa misma línea argumental la satisfacción de los derechos sociales no depende de la disponibilidad de recursos, sino más bien en la asignación de los recursos disponibles²⁵.

Finalmente, hay pasos relevantes en el plano internacional para que se adopte un Protocolo Adicional al PIDESC²⁶ que establezca un procedimiento de examen por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, otorgándole competencia para comunicaciones o reclamaciones presentadas por los Estados y los particulares sobre violaciones a los derechos sociales. Se ha admitido progresivamente que el PIDESC no sólo obliga a los Estados a dar realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales dentro de los límites derivados de los recursos disponibles sino que impone obligaciones de efecto inmediato. En una reclamación individual se podría verificar si un Estado cumple o no esas obli-

23 BOLIVAR, L., “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: el papel de la sociedad civil”, en *Memoria I Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos*, San José (Costa Rica), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, pp.57-58.

24 GOMES CANOTILHO, J.J., “Metodología Fuzzy y Camaleones normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales” en *Derechos y Libertades*, Madrid, Universidad Carlos III- Boletín Oficial Del Estado, Año III, 1998, febrero, nº 6, p. 45.

25 CARAZO, R. A., “Los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Memoria I Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos*, San José (Costa Rica), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p.190.

26 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU, Pacto adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

22 RAGA, T., “Efectividad de los derechos económicos y sociales”, en *Derechos y Libertades*, Madrid, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Año III, nº 6, Febrero 1998, p. 194.

gaciones, las cuales serían “justiciables”²⁷.

Por último, la diversidad de técnicas de garantía para el desarrollo del modelo de derecho social pone su acento, según los diferentes autores, en la garantía institucional, la garantía jurisdiccional o la garantía social, mediante la movilización constante de los individuos y los grupos portadores de estos intereses y valores. La garantía institucional, cuando el reconocimiento jurídico de un derecho social se entiende como un mandato dirigido por el poder constituyente al legislativo y la administración para que actúe positivamente. Según LORA, para el caso de vulneración a la protección de la salud cabría reprochar al legislador y a la administración el que no proporcionen cobertura sanitaria a todos los ciudadanos²⁸. En ello consistiría por tanto el derecho que nos ocupa: en un mandato o desafío lanzado a los poderes públicos para que se pongan manos a la obra y organicen la asistencia sanitaria.

5. EL ACCESO A LA ASISTENCIA SANITARIA Y EL DISFRUTE DEL DERECHO A LA SALUD.

En consecuencia, el acceso a los bienes, servicios y oportunidades destinados a satisfacer las necesidades de salud no es sólo un derecho humano fundamental y la clave para que las personas puedan disfrutar de otros derechos humanos fundamentales. Desde una perspectiva social es también un elemento crucial para la construcción de capital humano y tejido social, a través de la inserción de los individuos en la vida de su comunidad. Desde una perspectiva económica, es un factor esencial para el desarrollo productivo de los países²⁹. Para que se cumplan las dos últimas condiciones, los bienes, servicios y oportunidades de salud deben ser distribuidos de modo tal que una cantidad suficiente de personas alcance

y conserve un estado de salud que permita generar y mantener el tejido social y la plataforma productiva. Sin embargo, para que las condiciones mencionadas contribuyan a la cohesión social y al desarrollo humano de los países, la distribución de los bienes, servicios y oportunidades, el acceso a la salud no solo debe involucrar a un número crítico de personas. Debe ser además equitativa. Desde el punto de vista ético, la distribución equitativa de los bienes, servicios y oportunidades de salud se inscribe en el marco de la *Teoría de la justicia* de RAWLS³⁰, que plantea que todos los bienes sociales primarios –libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, y las bases del auto-respeto– deben ser distribuidos igualmente a menos que la distribución desigual de uno o todos estos bienes favorezca a los menos privilegiados. El segundo principio de la citada teoría establece que los bienes sociales y económicos deben ser organizados para el máximo beneficio de los más débiles.

La búsqueda de equidad es un objetivo central de muchos sistemas de salud en la actualidad y representa un desafío que se extiende más allá del sector salud. La inequidad en la distribución de los bienes y oportunidades de salud y en la utilización de los servicios de salud se manifiesta en la existencia de grupos de personas que no pueden disfrutar de dichos bienes, servicios y oportunidades, es decir, se encuentran excluidos del acceso a los mecanismos de satisfacción de sus necesidades de salud. La exclusión en salud representa la negación del derecho a la salud para estas personas.

6. EL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD Y EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

Es cierto que *de facto* esta acumulación de conceptos ha dado lugar a una cuasiuniversalización del derecho a la asistencia sanitaria, (pero no menos cierto es que continuaba existiendo un colectivo de personas con residencia en España que carecen de tal derecho). Esta situación llegaba a suponer el incumplimiento del mandato de universalización que deriva del derecho a la salud constitucionalmente consagrado y formalmente asumido por nuestra legislación general sanitaria (Ley General de Sanidad de 1986 y Ley de Cohesión de 2003), sino que resultaba incongruente con el sistema vigente de financiación sanitaria, que no descansaba ya en las cotizaciones sociales vinculadas al trabajo sino en la carga tribu-

27 MARÍÑO, F. M., “Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de las Naciones Unidas”, *Revista de Derechos y Libertades*, Madrid, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Año III, Febrero, nº6, 1998, p. 94.

28 LORA DEL TORO, P., “El derecho a la protección de la salud”, en BETEGÓN CARRILLO J.; LAPORTA SAN MIGUEL F.; PRIETO SANCHÍS L.; DE PÁRAMO ARGÜELLES J.R. (coords.) *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, 2004, pp. 875-910.

29 ACUÑA, M. C., “Exclusión, protección social y el derecho a la salud, Unidad de Políticas y Sistemas de Salud Área de Desarrollo Estratégico de la Salud OPS-OMS, *Revista Panamericana de Salud Pública*, marzo 2005, disponible en: <http://www.lachsr.org/extension/pdf/exclus-ders>

30 RAWLS, J., *A theory of justice*, Mexico, Fondo de Cultura Económica de, 1997, pp.12 ss.

taria soportada por todos los contribuyentes. Lo cual producía una discriminación contraria al principio constitucional de igualdad (art. 14 CE), en la medida en que implica una diferencia de trato que carecía de una justificación razonable, dado que no hay, en efecto, más allá de una pura inercia histórica, razón alguna que justifique la exclusión de un colectivo de ciudadanos-contribuyentes del acceso a la asistencia sanitaria pública: si todos contribuyen a sostener el gasto público sanitario de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario “inspirado en los principios de igualdad y progresividad” (art. 31.1 CE), es claro que todos deben tener acceso a los servicios y prestaciones que se financian a través de dicho sistema tributario. En consecuencia, recientemente, por medio de la disposición adicional introducida en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, el ordenamiento reguló el procedimiento para la universalización de la asistencia sanitaria pública, esto es, para su extensión a todos los ciudadanos españoles por el mero hecho de serlo, dándose así cumplimiento, tres décadas más tarde de lo deseado, al mandato contenido en el artículo 43 CE

Sin embargo esta pretensión parece haber decaído rápidamente por el *Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones* detallando que tendrán derecho a la asistencia sanitaria gratuita en nuestro país únicamente aquellas personas que ostenten la categoría de “asegurados” (o beneficiarios de un asegurado, es decir, cónyuge e hijos). A saber, trabajadores afiliados a la Seguridad Social, pensionistas o quienes hayan agotado la prestación por desempleo y figuren como demandantes de empleo. Quienes no entren en ninguna de estas categorías, deberán “acreditar que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente”.

El citado Real Decreto supone, a mi juicio, introducir el principio de sostenibilidad, que intenta mejorar la eficiencia en la gestión, promueve el ahorro, y la economicidad dentro del sistema incidiendo en la creación de normas comunes de aseguramiento, que permitan un crecimiento igual de las prestaciones del catálogo, un adecuación a la realidad socioeconómica y la inclusión de rigor y énfasis en la eficiencia, como principios. El mecanismo utilizado ha sido la modificación de la LCCSNS, que es el marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias que permiti-

rán garantizar la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud, entendido éste, en los términos de la [Ley General de Sanidad](#), como el conjunto de los servicios de salud de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, integrándose todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud, así como las funciones y prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos, en orden a satisfacer el derecho a la protección de la salud.

En esa línea, parece traerse de una garantía de futuro para solucionar problemas insostenibles. Algunos son procedentes del envejecimiento de la población y de la necesidad de incorporar las innovaciones terapéuticas en la terapia clínica, el avance y progreso en la medicina molecular etc., Sin duda, todos suponen un incremento de gasto. El objeto del tal desarrollo normativo, por tanto, sería como colegir el derecho a la protección a la salud, que se sustenta con base en la financiación pública, la universalidad y la gratuidad de los servicios sanitarios. Es decir, ¿existe la necesidad de apuntalar la LGS, que dio respuesta y desarrollo a estas previsiones constitucionales, estableciendo los principios y criterios sustantivos que han permitido configurar el Sistema Nacional de Salud: el carácter público y la universalidad y gratuidad del sistema?

La sostenibilidad de los sistemas sanitarios depende de su capacidad de transformación y adaptación a la nueva realidad. Uno de los retos del llamado estado del bienestar es conseguir que los ciudadanos tengan la mejor asistencia sanitaria posible, independientemente de su nivel social. Sin embargo, una cartera de servicios cada vez más amplia, como he dicho, debido al envejecimiento de la población, al incremento del número de enfermos crónicos, y medicamentos cada vez más caros, unida a la ineficiencia en la gestión, hacen necesario plantear un nuevo escenario en el que los sistemas sanitarios se transformen y se adapten a la realidad actual con el objetivo de ser sostenibles.

La universalización de la asistencia sanitaria y su compatibilidad con un modelo económico sostenible ha sido, desde siempre, uno de los retos más importantes para los gobiernos de casi todo el mundo. Por eso, [redimensionar los sistemas sanitarios](#) va a ser una tarea ineludible para los gobernantes a corto y medio plazo³¹. La evolución de este factor depende

31 LLUCH, E., “La “operación primavera” contra la Ley General de Sanidad”, en Francisco Ortega y Fernando Lamata,

de las decisiones políticas sobre dotación de recursos y adopción de innovaciones en el sistema sanitario. Ahora bien, a la vista de las circunstancias actuales, existen pocas dudas de que la prestación sanitaria *real media*³² *estará sometida en los próximos años a una importante presión al alza por parte de los pacientes. Es un hecho que el sector sanitario representa una realidad socioeconómica compleja no sólo por las características del servicio que se presta sino por los agentes que intervienen en él: desde el personal sanitario a la industria farmacéutica pasando por los farmacéuticos, las administraciones centrales y autonómicas y, desde luego, el usuario.*

Una mínima revisión histórica de la salud en el mundo, muestra que la organización de los servicios sanitarios tal y como los entendemos ahora tienen muy pocos años de vida. Y es que fue la necesidad de luchar de forma organizada contra las enfermedades infecciosas la que planteó la necesidad de organizar la salud pública. Por eso, los expertos señalan que el siglo XIX puede definirse como el de la lucha contra estas patologías; el siglo XX, el del tratamiento a los enfermos agudos y el siglo XXI, debería corresponderse con el de la prevención y la atención de los enfermos crónicos. La transformación de los sistemas sanitarios es ineludible, debe afectar tanto a la atención primaria como a la hospitalaria y centrarse en el paciente y el proceso. Los recursos son muy caros y hay que ser más eficientes. Esta es la gran transformación que tiene pendiente el Sistema Nacional de Salud, en común con los países europeos³³.

Pero vayamos por partes. porque esta transformación no es sencilla. Tal vez por ello, uno de los aspectos que más preocupa a la Organización Mundial de la Salud (OMS) es cómo obtener recursos suficientes para financiar la asistencia sanitaria y evitar las barreras económicas que impiden a la población de los países pobres acceder a estos servicios indispensables. La pregunta sería: ¿cómo hacer que esto

sea posible? Es hoy más imperioso que nunca en un entorno de recesión económica y con un incremento creciente en los costes de la atención sanitaria. Así ocurre en el ámbito sanitario que los argumentos técnico-científicos no resuelven por si solos la complejidad de situaciones en la que nos encontramos y es preciso recurrir a la argumentación filosófica y jurídica y, sobre todo, en los casos difíciles, a la ética³⁴.

La *sostenibilidad* tiene varias dimensiones: la social, la natural, la económica y la institucional. La sostenibilidad social está relacionada con el equilibrio de las sociedades y de éstas con su entorno económico, natural y/o político-institucional. Los Derechos Humanos a su vez, parten de dimensionar al Ser Humano de forma integral, por lo cual tiene bases similares con la sostenibilidad social.

La visión holística y sistémica de la sostenibilidad permite plantear que no es posible obtener *sostenibilidades* parciales. Es imprescindible que todos los sistemas o dimensiones que lo componen sean coherentes y que el sistema en su conjunto sea sostenible, debido a la interdependencia de sus componentes. Al mismo tiempo, el enfoque integral de los Derechos Humanos plantea que no es posible el disfrute de unos Derechos a expensas de otros. Los Derechos Humanos tienen raíces muy profundas, pues gracias a estos, se coloca en igualdad de condiciones a todas las personas, independientemente de su lugar de origen, raza, credo religioso o nivel socio económico, entre otros. Los Derechos humanos tienen como base una vida digna en la que se gozan de todos los derechos y en la que se asume un papel responsable con los derechos de las demás personas y con el planeta. Sin embargo, los Derechos Humanos y la sostenibilidad pareciera aparentemente no tener inmediata conexión, pero en realidad estamos hablando de dos aproximaciones orientadas hacia lo mismo: la responsabilidad y el bienestar individuales y colectivos en un mundo que es indivisible e interdependiente, en el cual todas nuestras acciones o inacciones generan consecuencias

Desde la perspectiva del derecho interno, debemos tener en cuenta la remisión expresa en nuestro sistema constitucional a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Convenios Internacionales para la interpretación de los derechos fundamentales en los que el Estado es parte, en cohe-

(editores) *La Década de la Reforma Sanitaria*, Madrid, Exlibris Ediciones, 1998, pp. 29-34.

32 PUIG -JUNOY, J., “¿Es la financiación sanitaria y adecuada?”, *Parte III, recurso y financiación*, Barcelona, Doyma, 16-03-2006. <http://www.doyma.es/es>

33 GENSINI G.F, YACOB MH, CONTI A.A... “The concept of quarantine in history: from plague to SARS”, *Jounal Infect* 2004; 49, 257-261; LE GRAND J., ROBINSON R., *The Economics of Social Problems. The Market versus the State*. London: MacMillan, 1984: pp.24-46. REPULLO JR. “Cambios y reformas en los sistemas y servicios sanitarios.”, en. REPULLO JR, INESTA.A., *Sistemas y Servicios Sanitarios. Manuales de Dirección Médica y Gestión Clínica*, Madrid, Díaz de Santos; 2006:pp. 121-197

34 MARCOS DEL CANO, A. M., “La Bioética y el Bioderecho desde los Derechos Humanos”, en Ana M^o. Marcos del Cano, *Bioética y derechos humanos*, Madrid, UNED, Ciencias Sociales y Jurídicas, 2011, p. 20.

rencia con el artículo 10.2 CE, al prefigurar que las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre la misma materia, ratificados en España. Además, el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina se encuentra en vigor en nuestro sistema jurídico (hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, fue firmado por el Reino de España en esa fecha y ratificado por Instrumento de Ratificación de 23 de julio de 1999, B.O.E. de 20 de octubre de 1999, incorporándose y entrando en vigor en el sistema jurídico español el 1 de enero de 2000). En tal sentido, estos instrumentos jurídicos sirven, en el momento actual, al desarrollo de esos intereses, necesidades y preocupaciones de los poderes públicos como medio de concreción de sus diversas acciones políticas en este ámbito, en las que es indudable que el Derecho Constitucional se ve comprometido respecto al enunciado y orientación del desarrollo de estas funciones, no sólo por el camino de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, sino especialmente por los principios rectores de política social y económica.

Por ello, no deben ser olvidados los principios generales que forman parte del ordenamiento jurídico interno con una doble función, de un lado, integradora, por cuanto que constituyen fuente dentro del sistema de jerarquía de normas y por otro lado, informadora, en cuanto que constituyen una vía esencial interpretativa del ordenamiento jurídico, pues el derecho no solo se identifica con la ley, sino que acoge también los principios que orientan a criterios de justicia material que no tienen en principio acogida explícita en la ley, pero que configuran, junto a la costumbre y la jurisprudencia, la total configuración del ordenamiento jurídico, por cuanto que esos principios generales del derecho se integran en las Declaraciones Internacionales y no constituyen normas jurídicas coercitivas.

Sea como fuere, habrá que mencionar que el principio de *sostenibilidad* ya está “descubierto”, pero ahora le quedan por recorrer el camino necesario hasta que se haga evidente y sea suficiente su mera alegación para comprender su alcance y contenido, esto es, para llegar a lo que antes se ha llamado fase de *consolidación*³⁵. Su supervivencia depende, por

*tanto, de los operadores jurídicos, fundamentales de la jurisprudencia y doctrina, pero no porque sean los únicos a los que corresponde esta tarea, pues, como ya se ha visto, cualquier jurista está en condiciones de demostrar que existe un nuevo valor jurídico en la comunidad al aplicar el derecho en su actuaciones singulares, sino porque éstos se encuentran en una posición más adecuada para realizar este tipo de tareas, bien, como ocurre con la doctrina, porque ésta sea una de sus principales funciones*³⁶, bien, como es el caso de la jurisprudencia, porque su aplicación se vea respaldada, sino por el imperium de sus decisiones, sí por su auctoritas.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C., El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible, publicado en La Ley, Tomo D, 2001.
- ACUÑA, M. C., “Exclusión, protección social y el derecho a la salud, Unidad de Políticas y Sistemas de Salud Área de Desarrollo Estratégico de la Salud OPS-OMS, Revista Panamericana de Salud Pública, marzo 2005, disponible en: <http://www.lachsr.org/extension/pdf/exclus-ders>
- BELADIEZ ROJO, M., Los principios jurídicos, Madrid, Cuadernos civitas, Civitas, 2ª edición, 2010.
- BETTI, E., Interpretazione della legge e degli atti giuridici, Milano, Giuffrè, 1971.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P., Introducción al Derecho Constitucional Comparado. Las formas de Estado y las formas de gobierno. Las Constituciones Modernas, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1ª edición española, 1975
- BOLIVAR, L., “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: el papel de la sociedad civil”, en Memoria I Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos, San José (Costa Rica), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.
- BOVERO, M., en “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta”, en De Cabo, A.; Pisarello, G. (edirs.), Los fundamentos de los derechos fundamentales, Luigi Ferrajoli, Barcelona, Editorial Trotta,

35 BELADIEZ ROJO, M., *Los principios jurídicos*, Madrid, Cuadernos Civitas, Civitas, 2ª edición, 2010, pp.99-100.

36 BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1971, p.218.

- 2005.
- CARAZO, R. A., “Los derechos económicos, sociales y culturales”, en Memoria I Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos, San José (Costa Rica), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.
 - CASTRO CID, B, Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos, León, Servicio de publicaciones Universidad de León, 1993.
 - DE LA QUADRA SALCEDO, T. “Igualdad de los pacientes y cohesión del Sistema Nacional de Salud”, en Luciano Parejo, Alberto Palomar, Marcos Vaquer, (coords) La reforma del Sistema Nacional de Salud, Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, Madrid, Marcial Pons
 - FERNANDEZ PASTRANA, J.M, El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984.
 - FERRAJOLI, L., “Expectativas y garantías: primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho”, Doxa, nº 20, 1997.
 - GARCÍA DE ENTERRÍA, E., La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Madrid, Civitas, 1988
 - GENSINI G.F, YACIOUB MH, CONTI A.A... “The concept of quarantine in history: from plague to SARS”, Journal Infect 2004, nº49.
 - GOMES CANOTILHO, J.J., “Metodología Fuzzy y Camaleones normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales” en Derechos y Libertades, Madrid, Universidad Carlos III-Boletín Oficial Del Estado, Año III, 1998, febrero, nº 6,
 - LORA DEL TORO, P, “El derecho a la protección de la salud”, en [BETEGÓN CARRILLO J.](#); [LAPORTA SAN MIGUEL F.](#); [PRIETO SANCHÍS L.](#); [DE PÁRAMO ARGÜELLES J.R.](#) (coords.) Constitución y derechos fundamentales, Madrid, 2004.
 - MARCOS DEL CANO, A. M., “La Bioética y el Bioderecho desde los Derechos Humanos”, en Ana Mª. Marcos del Cano, *Bioética y derechos humanos*, Madrid, UNED, Ciencias Sociales y Jurídicas, 2011.
 - MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, V., “El Derecho a la salud como un derecho humano”, Seminario Salud y Derechos Humanos, México D.F, Fondo editorial de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, primera edición, 1991.
 - LLUCH, E., “La “operación primavera” contra la Ley General de Sanidad”, en Francisco Ortega y Fernando Lamata, (editores) La Década de la Reforma Sanitaria, Madrid, Exlibris Ediciones, 1998.
 - MARIÑO, F. M., “Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de las Naciones Unidas, Revista de Derechos y Libertades, Madrid, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Año III, Febrero, nº6, 1998.
 - NIETO GARCÍA, A., “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, Revista de Administración Pública, RAP, nº 100-1002, enero-diciembre, 1983.
 - PEREZ LUÑO, A. E, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Madrid, Tecnos, 2003
 - PECES BARBA MARTÍNEZ, G., Derechos sociales y positivismo jurídico, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 11, Madrid, Dykinson.
 - RAGA, T., “Efectividad de los derechos económicos y sociales”, en Derechos y Libertades, Madrid, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Año III, nº 6, Febrero 1998.
 - RAWLS, J., A theory of justice, Mexico, Fondo de Cultura Económica de, 1997.
 - REPULLO JR. “Cambios y reformas en los sistemas y servicios sanitarios.”, en REPULLO JR, IÑESTA.A., *Sistemas y Servicios Sanitarios. Manuales de Dirección Médica y Gestión Clínica*, Madrid, Díaz de Santos; 2006:pp. 121-97.
 - RUIZ MASSIEU, J. F., Cuestiones de Derecho Político (México-España), Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., UNAM, primera edición, 1993.
 - RUIZ MIGUEL, A., “Derechos liberales y derechos sociales”, Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho, Vol. 2, nº 15-16, 1994.