

HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO DE DEMOCRACIA SANITARIA: UNA MIRADA DESDE LA SOCIOLOGÍA DE LAS CONSTITUCIONES Y LA CONEXIDAD CONSTITUCIONAL

*TOWARDS THE CONSTRUCTION OF A CONCEPT OF HEALTH DEMOCRACY: A VIEW
OF THE SOCIOLOGY OF CONSTITUTIONS AND CONSTITUTIONAL CONNECTIVITY*

Joaquin Cayón de las Cuevas*

Sandra Regina Martini**

RESUMEN: El presente trabajo persigue como objetivo principal discutir el concepto, los límites y las posibilidades de formulación de un concepto de democracia sanitaria, desde una doble perspectiva constitucional: sociológica y jurídica. Para ello, el texto se descansa en dos pilares nucleares. Comenzaremos presentando algunas reflexiones sobre la *Sociología de las Constituciones*, concebida como la plataforma epistemológica que nos servirá para analizar la *conexidad constitucional*. En segundo término se analizará esta técnica de vinculación del derecho a la protección de la salud con otros derechos fundamentales y otros textos internacionales, que permita explicar finalmente determinadas implicaciones interdisciplinarias, inherentes al concepto de “democracia sanitaria”.

PALABRAS CLAVE: Democracia Sanitaria. Sociología de las Constituciones. Salud como Derecho Fundamental. Conexidad Constitucional.

SUMÁRIO: 1 Sociología de las Constituciones como Plataforma Epistemológica para la Reflexión sobre el Derecho a la Protección de la Salud. 2 Democracia Sanitaria y Conexidad Constitucional. 3 Algunas Reflexiones Finales. Referencias.

ABSTRACT: *The main goal of this paper is to discuss the concept, limits and possibilities of formulating a concept of "health democracy" from a double constitutional perspective both sociological and juridical. For this purpose, the text rests on two nuclear pillars. We will begin by presenting some reflections on the sociology of Constitutions, conceived as the epistemological platform that will be useful to analyze the constitutional connection. Secondly, we will specifically analyze this technique consisting on linking the right to health protection with other fundamental rights and other international texts. This analysis will finally explain certain interdisciplinary implications which are inherent in the concept of "health democracy".*

KEYWORDS: *Health democracy. Sociology of Constitutions. Health as a Fundamental Right. Constitutional Connection.*

57

* Profesor asociado de la Universidad de Cantabria, España. Doctor en Derecho. Director del Grupo de Investigación en Derecho Sanitario y Bioética (GRIDES) del Instituto de Investigación Sanitaria “Marqués de Valdecilla” (IDIVAL). Jefe del Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Cantabria. Coordinador del Consejo Directivo de la Red Iberoamericana de Derecho Sanitario. Miembro del Advisory Board de la European Association of Health Law.

** Profesora del Centro Universitario Ritter dos Reis (Uniritter), Rio Grande do Sul, Brasil. Profesora visitante en el programa de posgraduación en Derecho de la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil. Postdoctora en Políticas Públicas por la Università degli Studi di Salerno, Italia. Postdoctora en Derecho por la Università Degli Studi di Roma Tre, Italia. Doctora en Evolución de los Sistemas Jurídicos y Nuevos Derechos por la Università Degli Studi di Lecce, Italia. Máster en Educación por la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil. Actualmente investigadora Produtividade 2 de CNPq. Es evaluadora del Ministerio da Educação y Cultura y del Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Colaboradora ad hoc de CNPq y CAPES.

1 SOCIOLOGÍA DE LAS CONSTITUCIONES COMO PLATAFORMA EPISTEMOLÓGICA PARA LA REFLEXIÓN SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

La construcción científica de un concepto interdisciplinar de democracia sanitaria exige como corolario irrenunciable la consideración del derecho a la protección de la salud como derecho constitucional fundamental¹. En todo caso, la *Sociología de las Constituciones* puede resultar útil como plataforma epistemológica de partida para analizar de determinadas técnicas de reforzamiento como la *conexidad constitucional*.

Para Niklas Luhmann, uno de los posibles fundamentos teóricos para el estudio de la Sociología de las Constituciones apuntaría a la necesidad de discutir previamente sobre el propio concepto de sociología, para ulteriormente comprobar si efectivamente resulta posible concebir tal estudio sociológico específico. Para ello, resultaría necesario volver las clásicas preguntas ya apuntadas por el clásico autor alemán: “¿de qué trata el caso?” y “¿qué se esconde detrás del mismo?” (LUHMANN, 1996, p. 341). Estos interrogantes, contestados desde la óptica de la Teoría General de los Sistemas Sociales, no nos remitirían a las respuestas sino, más bien, a otras preguntas. Por ello, es fundamental pensar que quien observa, selecciona y establece diferencias. Este complejo proceso no se puede instrumentar a partir de la mera separación entre sujeto y objeto, lo que supone que tratar el caso y ver lo que se encuentra detrás del mismo significa en realidad chequear lo que está en la trastienda del observador y del objeto observado. En otras palabras, observar equivale a designar y distinguir.

Sentada esta premisa, conviene tener en cuenta que la sociología tradicional apenas se ocupó del tema referente a las Constituciones², dado que la literatura sociológica tenía otros focos preferentes como la definición de sociedad, la relación sujeto-objeto, la neutralidad

¹ La teoría garantista de Ferrajoli califica los derechos fundamentales como “derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas” (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999, p. 37).

² Resulta interesante observar que, aunque la sociología ha tratado poco de las Constituciones, es utilizada como herramienta para el análisis de la complejidad que las cartas fundamentales presentan hoy en día. Sobre el tema véase CARVALHO NETTO, Menelick y SCOTTI, Guillermo. *Los derechos fundamentales y la (in) certeza del derecho*: la productividad de las tensiones iniciales y la superación del sistema de reglas. Belo Horizonte: Forum, 2012.

científica y otras investigaciones de naturaleza cuantitativa y cualitativa. Sólo con la sociología jurídica del siglo XX aparecerán las primeras preocupaciones doctrinales sobre la efectividad de los derechos sociales³. Su consideración científica surgirá precisamente cuando se asume que, en realidad, las ciencias sociales no resuelven problemas, sino que los analizan, proporcionando información para que el sistema político decida de modo colectivo y vinculante. Si la teoría sociológica busca desvelar paradojas y no simplemente “identificar los problemas sociales” o, quizá incluso peor, si persigue “resolver los problemas sociales”, seguro que provocará dudas y desasosiego. En este punto cabe preguntarse cuál es la función de la ciencia y, más concretamente cuál es la función de la sociología. Para contestar dicho interrogante Luhmann dejó escrito:

Como ciencia, la sociología sólo puede establecerse sobre la base de la comunicación, refiriéndose sus contribuciones únicamente a la descripción interna de ese sistema, y sin tomar ninguna posición externa, pues esto significaría no poder expresarlo (LUHMANN, 1996, p. 341).

A partir de esta afirmación, un determinado concepto de sociología constitucional se va a ir progresivamente asentando. De este modo, la idea de Sociología de las Constituciones, desde la perspectiva de la Teoría General de los Sistemas Sociales, comenzará también a aparecer en el pensamiento de Alberto Febbrajo⁴ y Giancarlo Corsi⁵, autores que han destacado que el importante papel de los textos constitucionales en la sociedad moderna radica en ser utilizados teóricamente para permitir el estudio de la "relación" entre Derecho y Política⁶. Se trata un vínculo muy complejo, en la medida en que la Política en la sociedad actual se presenta como un sistema global, mientras que el Derecho sigue teniendo básicamente un carácter particular (local, regional y nacional). Al mismo tiempo, es importante destacar el importante papel que las Constituciones desempeñan en la

³ Según Corsi, la sociología jurídica raramente se ocupó de la Constitución. Puede ser que este relativo desinterés sea debido a la manera en que la sociología concibe su modo de investigar y si investiga los “condicionamientos sociales del saber” jurídico y las “estructuras latentes” (CORSI, Giancarlo. *Sociologia da Constituição. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 39, 2001, p.169 y 170).

⁴ Febbrajo trata la “Sociologia do Constitucionalismo”, en especial en el texto: FEBBRAJO, Alberto. *Sociologia do constitucionalismo Constituição e Teoria dos Sistemas*. Traducción de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016.

⁵ CORSI, Giancarlo. *op. cit.*, p. 169-189.

⁶ También es oportuno citar la obra de SCHWARTZ, Germano; PRIBÁN, Jirí; ROCHA, Leonel Severo. *Sociologia sistêmica autopoietica das Constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

sociedad mundial⁷. En este sentido, creemos que una Sociología de las Constituciones podría contribuir a profundizar estos aspectos.

Pero al mismo tiempo, una Sociología de la Constitución no puede ser ideológica, ni operar de la misma manera que la Ciencia Política o el Derecho. La Sociología de la Constitución debe tener presente que la Constitución se autolegitima, habla de sí misma y de la posibilidad de su propio fin. Por ello, desde la perspectiva de esta nueva área del conocimiento, la Constitución debe ser “desvestida” de sus valores, sacralidad e ideales.

2 DEMOCRACIA SANITARIA Y CONEXIDAD CONSTITUCIONAL

La relación entre Democracia, Política y Salud es evidente. Ahora bien, una importante paradoja es que nos referimos a la categoría “salud” a través de su supuesto contrario: la “enfermedad” con sus intercorrelaciones personales y comunitarias. El gran avance que experimentado desde el Estado de Bienestar Social radica en que la titularidad del derecho a la tutela de la salud ya no sólo reside en determinados colectivos sino que pasa a concebirse como un derecho de la persona reconocido para todos independiente del lugar donde se encuentren y un bien público de la propia comunidad. Sin embargo, el acceso al derecho aún se presenta lejos de la efectividad plena, como también sucede con otros derechos fundamentales. La relación entre las necesidades de los ciudadanos y de las comunidades y los recursos disponibles continúa siendo una preocupación en términos de democracia sanitaria. En este contexto cabe reflexionar sobre los límites y las posibilidades de la democracia sanitaria.

Así las cosas, podemos reservar el término de “democracia sanitaria” a aquellos sistemas públicos de salud de carácter gratuito y universal. En este sentido, dicha universalidad se proyecta en una doble dimensión. Desde la perspectiva política, entroncaría con el principio democrático que se traduciría en la necesaria participación ciudadana en la toma de decisiones públicas en salud. Desde la dimensión asistencial, la universalidad implica la posibilidad de acceso al sistema sanitario del conjunto de la ciudadanía. Esta segunda perspectiva plantea la problemática de la determinación del título de acceso a las

⁷ Interesante ver el comentario que hace Habermas sobre Dieter Grimm, en relación con la necesidad de que Europa tenga una Constitución. HABERMAS, Jürgen. *Dei Einbeziehung des Anderen - Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1996.

prestaciones sanitarias, debiendo diferenciarse dos grandes modelos históricos⁸: el sistema de democracia sanitaria, inspirado en el *National Health Service* inglés⁹ y el sistema bismarckiano o de aseguramiento¹⁰.

En un sistema de democracia sanitaria, el título de acceso viene constituido precisamente por la condición de ciudadano, con independencia de las circunstancias personales del titular del derecho, todo ello como corolario del principio de dignidad humana. Es por ello que la financiación de los sistemas de democracia sanitaria (también llamados sistemas nacionales de salud) se articula a través del sistema impositivo en tanto que, sin perjuicio de su modulación por exenciones y bonificaciones y por el principio de progresividad tributaria, estos son satisfechos por el conjunto de la población. Por el contrario, los sistemas de aseguramiento presentan como título de acceso la condición jurídica de asegurado, ya se trate de un aseguramiento público o privado, financiándose con cotizaciones o primas. Así, a título de ejemplo, podemos citar como modelos que participan de este concepto el sistema alemán de Seguridad Social, el aseguramiento privado obligatorio de la *Patient Protection and Affordable Care Act* de 2010 de Estados Unidos - más conocida como Reforma sanitaria de Obama¹¹-, o el sistema de seguridad social integral colombiano instaurado por la Ley 100 de 1993. En este sentido, es característica idiosincrática de este sistema el supraconcepto de seguro cuya dinámica implica que, a cambio de una prestación económica (prima o cotización) se cubre por el asegurador, sea privado o público, un riesgo -la pérdida de la salud- dentro de los límites de cobertura de la póliza (seguro privado) o de la cartera de servicios (seguro público).

Así las cosas, pueden apreciarse las diferencias de arquitectura institucional entre uno y otro sistema desde la perspectiva de los derechos subjetivos en juego. En efecto, en democracia sanitaria nos encontramos en presencia de un derecho de ciudadanía inherente al

⁸ Para una exposición detallada de las características nucleares del modelo Bismarck y del modelo Beveridge, ver LEMA AÑÓN, Carlos. *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud: Historia del derecho a la salud en el siglo XX*. Madrid: Dykinson, 2012, p. 29-42.

⁹ También conocido como modelo Beveridge dado que el 10 de junio de 1941 el gobierno británico creó una Comisión Interdepartamental para la Seguridad Social y Servicios Afines, a cargo de William Beveridge.

¹⁰ El sistema de Seguridad Social surge en Alemania con el denominado *modelo bismarckiano* de seguros sociales, caracterizado por su obligatoriedad. Nace así la Ley sobre el Seguro de Enfermedad (*Krankenversicherungs-gesetz*) de 15 de junio de 1883, cuyas características fundamentales, ampliadas a una modalidad no contributiva, se mantienen en la actual legislación alemana.

¹¹ La Sentencia de la *US Supreme Court* de 28 de junio de 2012 (“*National Federation of Independent Business et. al. v. Sebelius, Secretary of Health and Human Services, et. al.*”) declaró la constitucionalidad de la norma, incluida la obligatoriedad de seguro de gastos médicos so pena de sanción.

status civitatis del sujeto¹², mientras que los modelos de seguro pivotan sobre un derecho económico basado en una lógica contraprestacional, realidad esta última que provoca consecuencias en el ámbito de la cobertura subjetiva que no será necesariamente universal¹³.

Sentadas estas premisas, resulta importante determinar el grado de reversibilidad de los modelos como recientemente ha ocurrido en España¹⁴. ¿Por qué es esta regresión es posible? ¿Qué explicación tiene que, de alguna forma, en la vieja Europa resulte posible transformar los sistemas de democracia sanitaria y tornarlos en sistemas de aseguramiento haciendo reversibles determinadas conquistas sociales? Probablemente, la respuesta a este interrogante se encuentre en la deficitaria configuración constitucional del derecho a la protección de la salud en el constitucionalismo europeo. En efecto, las constituciones europeas que emergen con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial garantizan y privilegian los derechos civiles y políticos pero no los derechos de naturaleza social, de modo que la protección de la salud se recoge en los textos constitucionales como un mero derecho de configuración legal. En otras palabras, no se trata como derecho constitucional *stricto sensu*, sino que sus contornos los predetermina el legislador ordinario, razón por lo que resultaría más adecuado denominarlo principio. En este sentido, no debemos olvidar que la diferencia fundamental entre un *derecho subjetivo* y un *principio*, radica en que aquél, por

¹² Para Cantero Martínez y Garrido Cuenca la noción de ciudadanía sanitaria surge ligada a un determinado modelo de Estado, el Estado social o de bienestar, que asume como uno de sus fines principales la denominada procura existencial y evocaría a la obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho a la protección de la salud como un derecho propio de toda persona por razón de su cualidad de ser humano y no en su condición de persona socialmente activa y productiva. (CANTERO MARTÍNEZ, Josefa; GARRIDO CUENCA, Nuria. Ciudadanía, asistencia sanitaria y Unión Europea. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º. 18, 2014, p. 91). En idéntico sentido, también BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis. La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud y del artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales. In: PÉREZ GALVEZ, Juan Francisco; BARRANCO VELA, Rafael. (Dir.). *Derecho y Salud en la Unión Europea*. Granada: Comares, 2013, p. 98 y 99; y ANTEQUERA VINAGRE, José María. El concepto de ciudadanía sanitaria y el cómo articularla. *Derecho y Salud*, v. 15, extraordinario, 2007, p. 79-87.

¹³ Es cierto que ambos modelos podrían llegar a alcanzar niveles de cobertura similares cuando el modelo de aseguramiento incorpore prestaciones no contributivas, desnaturalizando así su filosofía de origen. No obstante, no debe olvidarse que en los sistemas de aseguramiento la universalidad constituye un punto de llegada que eventualmente se puede alcanzar y probablemente no de forma completa. Por el contrario en las democracias sanitarias ancladas en el modelo de sistema nacional de salud, la universalidad es un punto de partida del modelo y con ello una exigencia del mismo (LEMA AÑÓN, Carlos. La titularidad del derecho a la salud en España. ¿Hacia un cambio de modelo? *Revista Bioética y Derecho*, n.º 31, 2014, p. 15).

¹⁴ La reforma española operada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, condiciona la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria pública a la condición de asegurado o beneficiario, lo parece implicar un cambio hacia un modelo de Seguridad Social.

definición, resulta jurisdiccionalmente exigible, mientras que éste simplemente tiene un mero valor programático e informador del ordenamiento jurídico¹⁵.

No concurre esta circunstancia en el constitucionalismo latinoamericano de los años ochenta y noventa, que responde a un modelo diferente caracterizado por el reforzamiento del derecho a la protección de la salud que se consagra expresamente como derecho subjetivo constitucional judicialmente invocable como derecho humano. El paradigma de tal reconocimiento viene determinado por la calificación que le otorga de la Constitución brasileña de 1988, que consagra la salud como derecho constitucional garantizado¹⁶, frente a la pobre configuración constitucional española que remite al legislador ordinario el contenido prestacional de la asistencia sanitaria¹⁷. En cuanto al texto constitucional brasileño, podemos observar que la salud es, en general, consagrada como derecho universal y valor constitucionalizado¹⁸.

En aparente situación análoga se encontraría la Constitución colombiana de 1991 que, a los ojos del observador extranjero, pareciera a primera vista que se consagra un sistema de democracia sanitaria homologable al resto del constitucionalismo latinoamericano de los años noventa, en la medida en que se consagra explícitamente un derecho a la protección de la salud en su artículo 49, incorporando las notas de universalidad¹⁹ y participación

¹⁵ Para esta parte, ver CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín. Sostenibilidad y modelos de financiación sanitaria: alcance y límites de la metamorfosis del sistema nacional de salud. In: VV.AA. *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. Murcia: Ediciones Laborum, 2016a, p. 641-657, en especial, p. 643-644.

¹⁶ El artículo 196 de la Constitución brasileña establece que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

¹⁷ El artículo 43 de la Constitución española, incluido en el capítulo dedicado a los “principios rectores de la política social y económica” reconoce el derecho a la protección de la salud señalando que “compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”, para acabar remitiéndose al legislador ordinario, previendo que “la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”. Esta deficitaria configuración se completa con la previsión del artículo 53 que dispone que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero [entre los que se encuentra el derecho a protección de la salud] informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

¹⁸ No obstante, si bien se consagra el derecho al acceso a la salud, no resulta posible especificar cómo debe realizarse.

¹⁹ El párrafo primero del artículo 49 señala que “la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”, citándose en el párrafo segundo de forma expresa los “principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”.

comunitaria²⁰. No obstante, la habilitación que el artículo 49 del texto constitucional hace a la Ley para la determinación del contenido asistencial impide poder definir el sistema colombiano como democracia sanitaria²¹.

Ante este panorama de insuficiencia constitucional del derecho a la protección de la salud, como ocurre en los ejemplos español y colombiano, resulta preciso examinar las aportaciones que, desde una perspectiva neoconstitucional²², pueden realizarse para reforzar y garantizar la protección de la salud como derecho humano fundamental. Además de otras técnicas como la garantía institucional del derecho que no es posible tratar aquí, podemos apelar básicamente a dos formulaciones de conexidad constitucional²³.

En primer lugar, cabe referirse a la aplicación de la *conexidad constitucional* desde un enfoque de derechos humanos (*human rights approach*), como ya está haciendo en buena medida el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se ha visto especialmente necesitado de aplicar este enfoque extensivo ante la omisión de determinados derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derecho Humanos de 1950 (CEDH)²⁴. De esta forma, ante cualquier conflicto abstracto en materia de salud, se identifican los derechos fundamentales que se encuentran en juego y, previa labor de ponderación, se otorga prevalencia a aquél que de alguna forma merece mayor tutela. Para la determinación de los derechos en conflicto cabe emplear la conexidad, de modo que vinculemos el derecho a la protección de la salud con un derecho fundamental de protección constitucional cualificada como el derecho a la vida o el derecho a la integridad física o moral. Más concretamente, cabe trazar determinadas conexiones del derecho a la salud, entendido *lato sensu*, a través de diferentes manifestaciones del mismo²⁵.

²⁰ El párrafo tercero del artículo 49 contempla que “los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad”.

²¹ El párrafo cuarto del artículo 49 determina que “la ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria”.

²² Prieto Sanchís se refiere al constitucionalismo dogmático, como una de las acepciones del término “neoconstitucionalismo” que, a nuestros efectos, representaría una nueva visión de la actitud interpretativa y de las tareas de la ciencia y de la teoría del Derecho, empleando para ello el juicio de ponderación en el control abstracto de las leyes (PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 5, 2001, p. 202).

²³ Véase CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín. *op. cit.*, 2016a, p. 647-649.

²⁴ Así, ha optado por vincular determinados derechos no explícitamente reconocidos como el derecho a decidir en el ámbito sanitario con el derecho a la vida privada y a la no interferencia del artículo 8.

²⁵ Esta técnica ha sido empleada por el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 37/2011, de 28 de marzo de 2011, en relación con el consentimiento informado conectándolo con el derecho a la integridad física y moral. Desde el punto de vista doctrinal, Cantero Martínez ha defendido que la naturaleza de la protección de la salud como un principio rector de la política social no debe suponer que quede por completo al arbitrio de lo que pueda

Esas conexiones deben ser consideradas bajo el prisma del paradigma de la dignidad humana. Para ser exitosas las conexiones, debemos considerar las proposiciones de Rodotà acerca de la dignidad, que están vinculadas a la idea de que la dignidad pertenece a todas las personas, por lo que deben entenderse ilegítimas todas las distinciones que acaban por considerar algunas vidas como no dignas, o menos dignas de ser vividas²⁶. La vida, la dignidad y la salud coexisten y ocupan el mismo espacio, teniendo en cuenta que, para alcanzar el estado de bienestar -modelado bajo el concepto de salud de la Organización Mundial de la Salud-, no son susceptibles de disociación. Una vida sin dignidad no es más que mera existencia, y dignidad sin salud no deja de constituir una paradoja en relación al propio concepto de vida.

Una segunda opción de conexidad consistiría en la asunción del carácter fundamental del derecho a la protección de la salud por la vía de la integración en el ordenamiento interno de los tratados internacionales que lo reconocen como tal²⁷, de modo que por vía remisiva se configurase como derecho garantizado²⁸. En este sentido, se ha defendido que la obligación de progresividad para la plena efectividad del derecho a la protección de la salud que exige el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, impide las medidas regresivas que se adopten en relación con este

disponer el legislador dada su estrecha relación con los derechos fundamentales y con la dignidad humana como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. Las políticas sanitarias de carácter regresivo ¿qué niveles de protección ofrece nuestro ordenamiento jurídico? *Derecho y Salud*, v. 23, n° 2, 2013, p. 116).

²⁶ RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milano: Stampa, 2006.

²⁷ Así, sin ánimo exhaustivo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966. En el ámbito europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio de Roma) de 4 de noviembre de 1950, el Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina de 4 de abril de 1997 (Convenio de Oviedo) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, cuyo artículo 3 reconoce el derecho de toda persona a su integridad física y psíquica, y en el marco de la medicina y la biología, el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley. En el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José) reconoce entre otros, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la libertad personal, resultando reconocido expresamente el derecho a la salud en el Protocolo de San Salvador de 1988 (artículo 10).

²⁸ Así, el artículo 93 de la Constitución colombiana abre la puerta a esta vía indirecta pues claramente consigna una prevalencia de los tratados internacionales sobre el Derecho interno y, en segundo término, consagra un principio de interpretación de los derechos que contempla la propia Constitución de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En similar sentido, el artículo 10.2 de la Constitución española exige que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

derecho. En este sentido, para Courtis una política pública sanitaria realizada por un Estado es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro²⁹.

De qualquer forma, e para além do evidente problema da definição propriamente dita (do conteúdo) da identidade constitucional nacional de cada Estado-Membro, coloca-se o problema de saber quem procede a tal definição (quem tem a competência). À questão de saber quem decide acerca da identidade constitucional nacional dos Estados-Membros seria facilmente de responder, numa abordagem puramente supranacional (e hierarquizada) da construção jurídico-política da União Europeia, o Tribunal de Justiça com exclusão dos tribunais constitucionais nacionais.³⁰ Nesta perspetiva caberia em exclusivo ao Tribunal de Justiça determinar se um certo ato jurídico da União conflitua com a identidade constitucional nacional de certo Estado-Membro ou se certo Estado-Membro poderia legitimamente eximir-se do cumprimento de uma obrigação decorrente do direito da União Europeia com fundamento na sua identidade constitucional nacional. Esta solução implicaria que o próprio Tribunal de Justiça interpretasse o direito constitucional do Estado-Membro em causa – e não nos parece ser esta a solução resultante dos Tratados,³¹ pois o Tribunal de Justiça só pode ter a última palavra sobre o seu âmbito específico de atuação, aquele do direito da União Europeia.

Assim, no que toca ao conteúdo, a identidade constitucional nacional dos Estados-Membros será determinada em função de elementos inscritos no respetivo direito constitucional e código genético, na autocompreensão que cada Estado-Membro concebe das especificidades que se reconduzem ao núcleo essencial do seu “eu”.³² A competência para interpretar o direito constitucional nacional recai, pois, sobre as autoridades nacionais, especialmente os tribunais constitucionais, uma vez que «estão melhor colocados para definir a identidade constitucional dos Estados-Membros que a União Europeia tem por missão

²⁹ COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian (Coord.). *Ni un paso atrás*. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 3-4.

³⁰ Assim, BESSELINK, Leonard. *op. cit.*, p. 44.

³¹ Nos termos do art. 19.º, n.º 1, TUE, o Tribunal de Justiça tem por missão garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados. Mesmo quando chamado a pronunciar-se a pedido de um órgão jurisdicional nacional, apenas tem competência para interpretar os Tratados e apreciar a validade e interpretar atos jurídicos da União, nos termos do art. 267.º TFUE. (UNIÃO EUROPEIA. Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, de 13 de Dezembro de 2007. 2012/C 326/01. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>>. Acesso em: 22 de ago. 2017)

³² Neste sentido, cfr. BOGDANDY, Armin von; SHILL, Stephan. *op. cit.*, p. 1428 e 1429; BESSELINK, Leonard. *op. cit.*, p. 45.

respeitar».³³ Contudo, ao Tribunal de Justiça compete determinar as consequências que daí decorrem, à luz do direito da União, para efeitos do art. 4.º, n.º 2, TUE, pois como ensina Francisco Balaguer, «a identidade constitucional é um conceito-fronteira e as fronteiras não podem ser definidas apenas por uma das partes». Assim, «os tribunais constitucionais podem caracterizar a identidade constitucional para efeitos internos, mas não podem ter a pretensão de decidir o alcance que essa definição terá a nível europeu, em relação com o disposto no artigo 4.º, n.º 2, TUE».³⁴

3 ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

El reto del Derecho Sanitario en el siglo XXI radica en determinar el núcleo duro indisponible del derecho fundamental a la protección de la salud, que opere como *barrera de mínimos*³⁵ a la eventual restricción operada por vía legislativa³⁶ (CAYON DE LAS CUEVAS, 2016a, p. 290).

El núcleo duro indispensable del derecho a la salud puede ser vislumbrado a partir del alcance básico de ese derecho humano a la salud, que precisa ser concretizado, sin que resulte suficiente su mera proclamación formal como derecho. En efecto, resulta necesario crear las condiciones materiales para que este derecho se haga efectivo a través de estándares mínimos, circunstancia que exigirá políticas públicas que respeten las diferencias locales-regionales pero que, al mismo tiempo, presenten una estructura global, dado que los problemas de salud no son territorialmente limitados³⁷.

³³ UNIÃO EUROPEIA. Conclusões do Advogado-Geral Miguel Poiras Maduro. *Marrosu*, de 20 de setembro de 2005. Processo C-53/04, EU:C:2005:569, considerando 40.

³⁴ Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *op. cit.*, p. 21.

³⁵ El Tribunal Constitucional alemán (Sentencia de 9 de febrero de 2010) ha construido un derecho al mínimo existencial (“*Existenzminimum*”) conforme al cual los ciudadanos tienen derecho a los presupuestos materiales indispensables para su existencia física (alimentación, vestuario, artículos domésticos, habitación, calefacción, saneamiento y salud) y a un mínimo de participación en la vida social, cultural y política. Dicho mínimo debe corresponder al nivel de desarrollo de la comunidad y de las condiciones de vida existentes, sujetos a la actualización continua, único margen de maniobra de la ley (*Vid.* PERLINGEIRO, Ricardo. “Nuevas perspectivas de la judicialización de la salud en Brasil a la luz del derecho a un mínimo existencial”. *Derecho y Salud*, v. 24, n.º 1, 2014, p. 12).

³⁶ Sobre la cuestión, por todos, LOPERENA ROTA, Demetrio. La irreversibilidad de los derechos sociales. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9, 2012, p. 9-14; y PONCE SOLÉ, Juli. *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social. Madrid: Instituto Nacional de Administración pública, 2013.

³⁷ MARTINI, Sandra Regina. Saúde e determinantes sociais: uma situação paradoxal. *Comparazione e Diritto Civile*, v. 1, 2010, p. 16; CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín. *Global Health Law*. 2. ed. *South Eastern European Journal of Public Health*, special volume, 2016, p. 290.

Cabe finalmente puntualizar algunas cuestiones relacionadas con la discusión entre salud y democracia y con la continua e indispensable necesidad de superar fronteras, especialmente aquéllas que son invisibles. En este sentido, defendemos la necesidad de construcción de una sociedad consciente de su alta complejidad, en la que la democracia sea posible desde un punto de vista no sólo formal sino también material, haciendo real, por lo tanto, la efectividad de los postulados solidarios y/o fraternos.

Sin embargo, ¿qué es y cómo se puede reflexionar sobre el binomio democracia y salud? La democracia no es el dominio del pueblo sobre el pueblo. No es autorreferencia consubstanciada en el concepto de dominio. Tampoco es la superación del dominio, ni la anulación del poder por otro poder. En un lenguaje teórico vinculado al dominio, la democracia constituye la única posibilidad de expresar la autorreferencia. Ese podría ser también el motivo por el cual la palabra “democracia” ha sobrevivido.

De otra parte, debemos ser conscientes de la necesidad de construir un concepto de ciudadanía sanitaria no sólo jurídico sino también sociológico y cultural. No podemos olvidar que la ciudadanía requiere, según Marshall, “un sentido directo de inclusión en una comunidad, basado en la lealtad a una civilización que es propiedad común”³⁸. Los aspectos sociológicos y culturales de la ciudadanía sanitaria pueden ser vislumbrados a partir de los determinantes sociales de salud, pues para la comprensión de la ciudadanía sanitaria debemos considerar los determinantes sociales, educativos, laborales, ambientales y económicos. La presencia de iniquidades sociales en estos diferentes determinantes constituye un obstáculo en la construcción y concreción del paradigma de la ciudadanía sanitaria y, por tanto, de la democracia sanitaria.

Si partimos de la circunstancia de que el derecho a la protección de la salud es premisa fundamental para garantizar cualquier otro derecho, su organización y tutela no sólo resulta un fin técnico, sino que abraza una concreta idea de sociedad y de relación del ciudadano con el propio Estado. Es en este ámbito donde también consideramos relevante hablar en democracia sanitaria y entendemos que el Derecho se da a través de procesos de legitimación, a través de un procedimiento democrático que pueda asegurar la libertad. El Derecho, de este modo, debe garantizar la legalidad de los procedimientos y la legitimidad de las reglas en sí, y constituirse como un medio de organización del dominio político.

³⁸ GENTILLI, Victor. O conceito de cidadania, origens históricas e bases conceituais: os vínculos com a Comunicação. *Revista Famecos*, v. 9, n. 19, 2002, p. 41.

La democracia sanitaria debe ser asimismo un espacio de auto-responsabilidad en el que todos los sujetos involucrados constantemente pacten la resolución de sus diferencias y sus necesidades a través de un nuevo contrato social. Para instrumentar dicha auto-responsabilidad procede adoptar lo que filosóficamente podríamos concebir como una perspectiva de fraternidad³⁹. La igualdad fraterna es al mismo tiempo un supuesto de la articular jurídica y sociológicamente una concepción de la salud democrática, inclusiva y universal.

REFERENCIAS

ANTEQUERA VINAGRE, José María. El concepto de ciudadanía sanitaria y el cómo articularla. *Derecho y Salud*, v. 15, extraordinario, 2007.

BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis. La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud y del artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales. In: PÉREZ GALVEZ, Juan Francisco; BARRANCO VELA, Rafael. (Dir.). *Derecho y Salud en la Unión Europea*. Granada: Comares, 2013.

CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín. Sostenibilidad y modelos de financiación sanitaria: alcance y límites de la metamorfosis del sistema nacional de salud. In: VV.AA. *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. Murcia: Ediciones Laborum, 2016a.

_____. Global Health Law. 2. ed. *South Eastern European Journal of Public Health*, special volume, 2016.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa; GARRIDO CUENCA, Nuria. Ciudadanía, asistencia sanitaria y Unión Europea. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º. 18, 2014.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. Las políticas sanitarias de carácter regresivo ¿qué niveles de protección ofrece nuestro ordenamiento jurídico? *Derecho y Salud*, v. 23, n.º 2, 2013.

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guillermo. *Los derechos fundamentales y la (in) certeza del derecho: la productividad de las tensiones iniciales y la superación del sistema de reglas*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

³⁹ MARTINI, Sandra Regina. El derecho a la salud en Brasil: su efectividad a través del postulado de la fraternidad. In: TOMILLO URBINA, Jorge; CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín. *Estudios sobre Derecho de la Salud*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2011, p. 797-827.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 39, 2001.

COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian (Coord.). *Ni un paso atrás*. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

COURTIS, Christian (Coord.). *Ni un paso atrás*. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

FEBBRAJO, Alberto. *Sociologia do constitucionalismo Constituição e Teoria dos Sistemas*. Traducción de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

GENTILLI, Victor. O conceito de cidadania, origens históricas e bases conceituais: os vínculos com a Comunicação. *Revista Famecos*, v. 9, n. 19, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen - Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1996.

LEMA AÑÓN, Carlos. *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud*: Historia del derecho a la salud en el siglo XX. Madrid: Dykinson, 2012.

_____. La titularidad del derecho a la salud en España. ¿Hacia un cambio de modelo? *Revista Bioética y Derecho*, nº 31, 2014.

LOPERENA ROTA, Demetrio. La irreversibilidad de los derechos sociales. *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. México D. F.: Antrhopos, 1996.

MARTINI, Sandra Regina. Saúde e determinantes sociais: uma situação paradoxal. *Comparazione e Diritto Civile*, v. 1, 2010.

_____. El derecho a la salud en Brasil: su efectividad a través del postulado de la fraternidad. In: TOMILLO URBINA, Jorge; CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín. *Estudios sobre Derecho de la Salud*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2011.

PÉREZ GALVEZ, Juan Francisco; BARRANCO VELA, Rafael. (Dirs.). *Derecho y Salud en la Unión Europea*. Granada: Comares, 2013.

PERLINGEIRO, Ricardo. “Nuevas perspectivas de la judicialización de la salud en Brasil a la luz del derecho a un mínimo existencial”. *Derecho y Salud*, v. 24, nº 1, 2014.



PONCE SOLÉ, Juli. *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*. Madrid: Instituto Nacional de Administración pública, 2013.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 5, 2001.

RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milano: Stampa, 2006.

SCHWARTZ, Germano; PRIBÁN, Jirí; ROCHA, Leonel Severo. *Sociologia sistêmico autopoiética das Constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TOMILLO URBINA, Jorge; CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín. *Estudios sobre Derecho de la Salud*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2011.

UNIÃO EUROPEIA. UNIÃO EUROPEIA. Conclusões do Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro. Marrosu, de 20 de setembro de 2005. Processo C-53/04, EU:C:2005:569.

_____. Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, de 13 de Dezembro de 2007. 2012/C 326/01. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>>. Acesso em: 22 de ago. 2017.

71

Submissão: 21/08/2017
Aceito para Publicação: 28/08/2017

