

# DOSSIER

---

## LA PROTECCION DEL NIÑO EN EL CONTEXTO DEL DERECHO A LA SALUD

**José Ramón Juárez Maya**

— Abogado.

— Asociación Ciudadana para la defensa y promoción de la Salud en el País Valenciano.

Es necesaria una reflexión básica e inicial que nos permita conocer crítica y objetivamente el estado actual y las perspectivas de futuro de la protección legal de la infancia en España y, más en concreto, de la promoción legal del derecho a la salud del niño español. Y es precisamente en esta perspectiva jurídica, en la que se sitúa la presente aportación a esta mesa redonda.

Quizá este enfoque jurídico de la promoción de la salud pueda parecer extraño desde la óptica de las personas que sirven la sanidad, más acostumbradas a considerar que el problema de la salud es sólo un problema tecnológico y pragmático a resolver por el personal y medios sanitarios, entre los cuales el médico detenta y ejerce, frecuentemente, un papel idólatrico. Y ello no es extraño, porque en el contexto de nuestra medicina occidental, la protección de la salud, en su teoría y en su práctica, ha sido y es considerada, normalmente, como patrimonio del profesional sanitario y de sus instituciones representativas —algo similar ocurre, por lo demás, con la enseñanza, el conocimiento de las leyes, el planeamiento urbano y otras áreas de la producción y servicios—.

La actitud interesada del propio sanitario en muchos casos y el abandono que generan en el propio ciudadano el desconocimiento y el miedo ante la enfermedad, en otros, son factores que contribuyen a fomentar la creencia popular en una medicina mercantilizada y amiga del fármaco como remedio agresivo frente a la pérdida de salud.

La Política Sanitaria de nuestro País, en su triple dimensión —preventiva, asistencial y rehabilitadora—, presenta un cuadro de satisfacción popular generalmente insuficiente y desalentador para cualquier proyecto político sanitario con ambiciones de apoyo social. Y decimos generalmente, porque no se puede desconocer que, si bien a nivel preventivo hay aspectos que sólo pueden ser abordados eficazmente desde una perspectiva sanitaria general y publicitada, muchos de los aspectos preventivos y la casi totalidad de los asistenciales y rehabilitadores, alcanzan un nivel de satisfacción muy favorable para colectivos sociales privilegiados, en general, «los menos».

La legislación española actual y los organismos institucionales administrativos sanitarios, no están al

servicio de la idea de salud; y, por supuesto, no favorecen en absoluto la definición que sobre la misma plantea la Organización Mundial de la Salud. A este respecto, el desbordamiento actual de las acciones asistenciales (casi estrictamente curativas) de la política sanitaria española arranca de un modelo de postguerra, establecido, fundamentalmente, por la Ley de Creación del Seguro Obligatorio de Enfermedad (SOE) de 1942 y la Ley de Bases de la Sanidad nacional de 1944, cuyos esquemas resultan totalmente insuficientes para las necesidades sanitarias actuales.

La idea de salud que se gestó durante el franquismo, identificaba ésta con la no hospitalización de la persona; así, era sano o prácticamente sano, todo aquel cuyo estado somático no exigía internamiento en alguna institución sanitaria. Acorde con esta idea de salud, la política sanitaria se dirigía exclusivamente a la curación del enfermo, fundamentalmente del enfermo hospitalizado, construyéndose grandes hospitales y financiándose el consumo desmedido de productos farmacéuticos. Todo lo que se escapaba del esquema: «enfermedad-curación-enfermedad», era terreno virgen para la salud y para los instrumentos políticos de defensa de la misma. Al filo de este modelo sanitario —si se puede llamar así—, nació y se desarrolló en España el negocio de la salud; un negocio que, apoyado por las multinacionales farmacéuticas, favorecía la práctica de una medicina mercantilizada, sobre todo a nivel primario y

ocultaba la cara del Estado a través de la Seguridad Social. La prevención de la enfermedad y la rehabilitación del enfermo clínicamente curado, eran aspectos prácticamente abandonados por la política sanitaria de nuestro País.

De otra parte, la creación del Ministerio de Sanidad y la posterior reforma institucional de la Seguridad Social, con la aparición del Instituto Nacional de la Salud, no ha supuesto incidencia sustantiva alguna en la protección del derecho a la salud. La dispersión y la falta de racionalización de las competencias sanitarias (Ministerios de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social, Educación, Agricultura, Industria, Obras Públicas, Justicia y Defensa), sigue siendo la norma imperante en la política sanitaria del País. Cuatro equipos ministeriales y más de cinco años transcurridos, no sirvieron para alterar mínimamente este esquema sanitario. Si cabe, el mismo se vio agravado por el deterioro injustificado de la sanidad asistencial, en particular de la Seguridad Social. En este orden de cosas, las reducciones presupuestarias, no hace mucho adoptadas por las entidades dependientes del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, en materia de asistencia hospitalaria, supusieron, además de un grave perjuicio para la seguridad y el bienestar ciudadanos, un importante retroceso en las exigencias de progresividad establecidas en la propia legislación social vigente. Así, el artículo 2.º de la vigente Ley General de la Seguridad Social de 1974 (21) establece que:

---

«A través de la Seguridad Social, el Estado Español garantiza a las personas que por razón de sus actividades están comprendidas en el campo de aplicación de aquélla y a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada en las contingencias y situaciones que en esta Ley se definen y la progresiva elevación de su nivel de vida en los órdenes sanitario, económico y cultural».

Es evidente, por lo tanto, a la luz de esta disposición, que el Estado o sus entes instrumentales en el ámbito de la Seguridad Social, no pueden adoptar restricciones en esta materia, siempre que las mismas no se encuentren amparadas por una Ley o un Decreto-Ley, ya que en estos supuestos, en virtud del idéntico valor jerárquico entre las normas afectadas, prevalecería la disposición más reciente. Por otra parte, la posible descapitalización de las entidades gestoras —ahora institutos de la Seguridad Social, no puede suponer abandono ni menoscabo alguno de la protección; pues, de darse este supuesto surgiría inmediatamente, en virtud del citado artículo 2.º de la Ley General de la Seguridad Social, la responsabilidad directa del propio Estado, quien deberá hacerse cargo, en todo caso, tanto de las obligaciones contraídas por sus entes instrumentales, como del exacto cumplimiento de la acción protectora en materia de Seguridad Social.

En cuanto a la contemplación que de los aspectos sanitarios realiza el vigente texto constitucional español, conviene hacer algunas considera-

ciones. Así, la sanidad es contemplada en nuestra Constitución desde dos perspectivas complementarias:

— Subjetiva: Configuración constitucional del derecho a la salud.

— Orgánica: Delimitación de competencias en materia sanitaria entre el Estado y las comunidades autónomas...

En cuanto a la primera cuestión, el artículo 43, párrafo 1.º reconoce «el derecho a la protección de la salud»; en el párrafo 2.º señala que «compete a los Poderes Públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios sanitarios», añadiendo que «la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto»; finalmente, el párrafo 3.º establece que «los Poderes Públicos fomentarán la educación sanitaria», al igual que «la educación física y el deporte».

El derecho a la salud, por lo tanto, es reconocido en nuestra Constitución, ahora bien, tanto el carácter claramente programático (informador) del artículo 43, como la ausencia en el mismo de un modelo sanitario concreto, remiten a la legislación ordinaria y, por tanto, al Gobierno y a la mayoría parlamentaria correspondientes, la posibilidad de estructurar una sanidad unitaria y socializada o una sanidad pluralista aunque, al menos, eso sí, coordinada. La Ley Constitucional, ciertamente, no ha ido todo lo lejos que hubiera sido deseable; pero, no obstante, la indefinición del texto constitucional deja la puerta abierta claramente a un modelo sanitario dis-

---

tinto al actual, que plantee una política sanitaria dirigida a la protección integral de la salud. De momento, como señala el artículo 53.3 del propio Texto Constitucional, «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero —entre ellos la protección de la salud—, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», añadiéndose, para que no haya lugar a dudas, que «sólo podrán ser alegados —estos principios— ante la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

Sin embargo, nuestra Constitución es mucho más concreta al regular la protección del aspecto negativo del derecho a la salud, ya que reconoce claramente como fundamentales: «el derecho a la vida y a la integridad física y moral, así como la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes» (artículo 15), garantizando asimismo «el derecho a la seguridad» (artículo 17) y los «derechos fundamentales en el detenido» (artículo 25), y proclamando tajantemente que «la dignidad de la

persona y los derechos inviolables que le son inherentes, son fundamento del orden político y de la paz social» (artículo 10). No obstante, de poco sirve la letra de la Ley, si quienes deben ser sus fieles garantes, actúan bajo formulaciones ideológicas contrarias a ella.

Por lo que se refiere al reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, el artículo 148.1, del texto constitucional señala que «las comunidades autónomas podrán asumir competencias en materia de Sanidad e Higiene, si bien con las limitaciones que establece el artículo 149.1, al afirmar que «el Estado tiene competencia exclusiva sobre las materias de sanidad exterior, las bases y coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos». Esto significa que las variables para definir un modelo sanitario están en manos del Estado, lo que no impide en absoluto que las comunidades autónomas puedan asumir en sus estatutos competencias legislativas, reglamentarias y ejecutivas en materia de sanidad.