

# Consideraciones éticas y jurídicas acerca de la exclusión de la población inmigrante del derecho a la protección de la salud\*

**Fernando Pinto Palacios**

Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº3 de Mahón (Menorca)  
[fpintopalacios@gmail.com](mailto:fpintopalacios@gmail.com)

## Ethical and Legal Considerations Regarding the Exclusion of the Immigrant Population from the Right to Health Care Protection

**RESUMEN:** La reforma sanitaria del año 2012 ha supuesto la exclusión de la población inmigrante irregular del Sistema Nacional de Salud. Este cambio normativo nos obliga a reflexionar sobre el alcance que pueden tener las medidas de sostenibilidad económica cuando se produce una negación de los derechos individuales que fundamentan el Estado social y democrático de Derecho. El objetivo de este artículo es justificar que el derecho a la atención sanitaria debe tener alcance universal por cuanto la igualdad exige que las personas puedan superar las desventajas que les supone la enfermedad y la discapacidad. Por tal motivo, debe configurarse como un auténtico derecho fundamental dada su vinculación con intereses de máxima relevancia constitucional como la vida, la integridad física o moral. Este planteamiento conduce a exponer una serie de argumentos críticos con la exclusión sanitaria de los inmigrantes irregulares.

**ABSTRACT:** The health reform of 2012 has led to the exclusion of undocumented immigrants from the National Health System. This regulatory change forces us to reflect upon the extent to which the measures of economic sustainability result in the denial of individual rights which are the foundation of the social and democratic rule of law. The aim of this article is to prove that the right to health care should be universal inasmuch as equality requires that people can overcome the disadvantages of their disease and disability. Therefore, it must be configured as a fundamental right given its connection to maximum constitutional relevance such as life, physical or moral integrity. This approach leads to the setting forth of a series of critiques on the exclusion of undocumented immigrants from the health system.

**PALABRAS-CLAVE:** Derecho a la protección de la salud, inmigración, justicia distributiva, atención sanitaria, sostenibilidad económica

**KEYWORDS:** Health protection right, immigration, distributive justice, health care, economic sustainability

### 1. Estado de la cuestión

No deja de resultar llamativo que la gran mayoría –por no decir la totalidad– de la bibliografía existente sobre el derecho a la salud/derecho a la asistencia sanitaria haga referencia a países en vías de desarrollo. En efecto, hasta hace poco tiempo el estudio sobre el derecho a la salud venía motivado por los preocupantes informes que publica regularmente la Organización Mundial de la Salud en los que se pone de manifiesto las grandes desigualdades existentes entre países ricos y pobres. A partir de los años 2013 y 2014 empiezan a aparecer en nuestro país algunas referencias sobre la materia precisamente en el momento en que se palpan en la sociedad –y, especialmente, en determinados colectivos– las consecuencias de la crisis económica y de las medidas de austeridad aplicadas por el Gobierno que han supuesto un recorte presupuestario

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto del Mineco: DER 2013-41462-R



Received: 18-08-2014  
Accepted: 03-09-2015



para el Estado del 13,7% en 2012 y del 16,2% en 2013 (Legido-Quigley y otros, 2013). En el ámbito sanitario, se aplican medidas de gran calado que implican, entre otros aspectos, la expulsión del sistema sanitario público de un determinado colectivo especialmente vulnerable: los inmigrantes irregulares. Este giro copernicano del sistema nos arroja cuestiones de especial calado que obligan a una reflexión profunda. ¿Qué involución se está produciendo en el Estado social y democrático de Derecho cuya legitimidad viene dada precisamente por la protección de los derechos más básicos del individuo? ¿Puede la sostenibilidad económica del sistema prevalecer sobre los derechos individuales que, con gran esfuerzo, han logrado colocarse en la cúspide jerárquica del ordenamiento jurídico? ¿Qué cambios se están produciendo para que tengamos que reflexionar sobre categorías que ya creíamos consolidadas como derechos sociales en la Constitución?

Mckee y Stuckler, tal vez dos de los investigadores que más profundamente han estudiado el proceso de cambio en los sistemas sanitarios europeos en los últimos años, describen con claridad las tácticas empleadas en la estrategia de asalto al universalismo de los derechos:

“1º Crear un grupo fácilmente identificable de pobres perezosos.

2º Establecer un sistema en que los ricos vean poco beneficio en seguir perteneciendo a él, puesto que sus impuestos a quienes benefician es precisamente a los miembros del grupo anterior.

3º Menoscar el papel de los sindicatos.

4º Hacerlo de la manera más discreta posible, estableciendo políticas cuyas implicaciones sean poco claras y cuyos efectos se verán únicamente en el futuro” (Minué, 2014, 26).

Esta última opción es precisamente la materializada a través del *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*, que ha retirado la tarjeta sanitaria –entre otros- a los inmigrantes que carecen de permiso de residencia y trabajo a través de la modificación del artículo 12 de la *Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social*<sup>4</sup>. Desde un punto de vista jurídico, ha sido unánime la crítica a esta norma por la técnica normativa empleada por cuanto un Real Decreto-Ley solo se debe utilizar “en caso de extraordinaria y urgente necesidad” (artículo 86 CE) lo que, desde luego, no concurría en una reforma de tal naturaleza. Y, desde un punto de vista social, suponía dejar sin asistencia sanitaria a más de 600.000 per-

sonas poniendo en tela de juicio los fundamentos más básicos de nuestro Estado social y democrático de Derecho. Las consecuencias más graves no se han dejado esperar: en el año 2013 los medios de comunicación informaron del fallecimiento de un inmigrante senegalés aquejado de tuberculosis por no disponer de ningún tipo de identificación que le diera acceso a asistencia sanitaria<sup>2</sup> Según el informe del SESPAS de 2014, esta situación está provocando “un impacto en la salud mental y algunos indicios de un aumento en las barreras de acceso a los servicios de salud” (Vázquez y otros, 2014, cap. 22).

La finalidad de este artículo es reflexionar sobre los fundamentos éticos de la universalidad del derecho a la salud. Para ello, debemos comenzar con una breve aclaración terminológica acerca de las diferencias entre el derecho a la salud y el derecho a la asistencia sanitaria. A continuación, examinaremos los distintos planteamientos éticos existentes sobre el derecho a la salud mediante un acercamiento a las posturas del libertarismo y del liberalismo igualitario. Hemos elegido estas teorías porque reflejan los problemas de justificación metajurídica a los que se enfrenta el derecho a la salud en un contexto de incremento de los costes sanitarios y de crisis del Estado social. No sorprende que estas planteamientos éticos se desarrollaran a partir de los años ochenta del siglo XX en los Estados Unidos tras constatar que había más de 45 millones de personas que no tenían prácticamente ningún seguro médico o lo iban a perder a corto plazo al quedarse sin trabajo o, debido a padecer alguna enfermedad, adquirirían la condición de “no asegurables” (Zúñiga Fajuri, 2013). Tras este análisis, proseguiremos nuestro estudio con la naturaleza jurídica constitucional de este derecho lo que nos permitirá, finalmente, adentrarnos en la problemática ética/jurídica concreta del derecho a la salud de los extranjeros y, especialmente, de la población inmigrante que se encuentra en situación irregular.

## 2. Aclaraciones terminológicas

El análisis del derecho a la salud/derecho a la asistencia sanitaria plantea diferentes contextos en función del grado de desarrollo económico y social de los países examinados. En efecto, mientras en los países de nuestro entorno más cercano los debates giran en torno a la protección y garantía que el Estado debe otorgar al derecho a la asistencia sanitaria, por el contrario en los países subdesarrollados lo

que está en juego es la vulneración del derecho a la salud. Ciertamente, en los países más desfavorecidos la cuestión de la salud no comprende solo la protección del bienestar físico y psicológico de la persona, sino otros aspectos relevantes como el nivel de pobreza, de desigualdad, las elevadas tasas de mortalidad y de morbilidad a edades muy tempranas. No obstante, es posible que –en el futuro- esta dicotomía tenga que replantearse si tenemos en cuenta los devastadores efectos que ha tenido la crisis económica en los países desarrollados. En este sentido, si consultamos los últimos datos de la OCDE sobre España podemos constatar que los niveles de malnutrición infantil están llegando a límites alarmantes que pueden influir no solo en la salud actual de los niños, sino en su desarrollo futuro<sup>3</sup>.

De esta manera, podemos esbozar la diferencia entre ambos conceptos. Así, en primer lugar, el derecho a la salud está relacionado con la definición que sobre aquella ofrece la Organización Mundial de la Salud: “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”<sup>4</sup>. Como se puede observar, este concepto tiene un contenido muy amplio que incluye las condiciones económicas, sociales, culturales, de salubridad, higiene, alimentación y educación y, por tanto, no se limita exclusivamente a cuestiones sanitarias. Y, en segundo lugar, el derecho a la asistencia sanitaria se circunscribe más a aspectos clínicos sin que se tengan en cuenta los aspectos socioeconómicos que puedan influir en tal derecho.

La mayoría de los textos constitucionales recogen el derecho a la salud en este último sentido, esto es, estableciendo una cierta equiparación con el acceso a la asistencia sanitaria. Así, por ejemplo, el artículo 43 de la Constitución española –que luego analizaremos detenidamente- asume un modelo de protección de la salud cuya financiación corre a cargo de los Presupuestos Generales del Estado y se presta a través del Sistema Nacional de Salud que garantiza una provisión de servicios y prestaciones eminentemente públicas y de acceso gratuito. Sin embargo, la normativa internacional presenta una concepción amplia del derecho a la salud. En este sentido, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)<sup>5</sup> y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)<sup>6</sup> y su posterior desarrollo a través de la Observación General nº 14 definen este derecho como un derecho universal en un sentido totalizador e integrador de dimensiones diferentes a las estrictamente clínicas y, por tanto, conectado a otros derechos como la educación, la vivienda o el trabajo<sup>7</sup>.

En este trabajo asumimos la concepción del derecho a la salud como derecho a la asistencia sanitaria. Sin embargo, somos conscientes de que, al deslindar ambos conceptos, podemos crear desajustes dado que supone dejar fuera de nuestro estudio cuestiones muy interrelacionadas como, por ejemplo, la salud preventiva o pública, el medio ambiente, la calidad de vida, las condiciones higiénicas, culturales o la vivienda. En cualquier caso, baste apuntar que algunos de estos elementos socioeconómicos se encuentran garantizados a través de otros derechos sociales.

### **3. Planteamientos éticos sobre el derecho a la salud**

#### **3.1. La negación del derecho a la salud: las tesis libertarias**

El libertarismo es una corriente de pensamiento surgida en los años setenta del siglo XX en los Estados Unidos. Sus postulados parten de idea de un "Estado mínimo" cuya única función sería la garantía de los derechos individuales contra las interferencias de terceros para proteger el valor supremo de la libertad. En este sentido, Arnsperger y Van Parijs resumen el contenido de la doctrina de la siguiente manera:

"El punto de partida del pensamiento libertario es la dignidad fundamental de cada persona, que no puede ser burlada en nombre de ningún imperativo colectivo. Esta dignidad reside en el ejercicio soberano de la libertad de elección en el marco de un sistema coherente de derechos. El libertarismo pretende así articular de manera consecuente una idea cuyo atractivo, hoy en día, no cede en nada frente al ideal utilitarista de una sociedad feliz: una sociedad justa es una sociedad feliz" (Arnsperger y Van Paris, 2002, 43).

Uno de los principales representantes de este pensamiento es Robert Nozick quien propone la idea de un "Estado mínimo" cuya función debe limitarse a la protección de los derechos individuales y rehuir de las funciones distributivas. En este sentido, Nozick sostiene que:

"Nuestra conclusión principal a propósito del Estado es que está justificado un Estado mínimo, limitado a las estrictas funciones de protección contra la violencia, el hurto, el fraude, el cumplimiento de los contratos, etc.; que un Estado con más funciones violaría el derecho de las personas a no ser forzadas a hacer ciertas cosas y no es justificable; y que el Estado mínimo es tan sugestivo como justo. Dos consecuencias notables de lo anterior son que el Estado no puede utilizar su aparato coercitivo con el fin de obligar a algunos ciudadanos a ayudar a otros,

o para prohibir actividades a la gente por su propio bien o protección" (Nozick, 1990, 9).

Partiendo de dichos argumentos, el libertarismo niega la existencia de un derecho a la salud en sentido positivo o prestacional frente a los poderes públicos.

Así, en primer lugar, Engelhardt considera que la salud es una cuestión de suerte, pero no de injusticia. Para justificar esta posición, el autor distingue dos conceptos: 1) la "lotería natural" expresa aquellos cambios de la fortuna provocados por las fuerzas naturales y no por la acción de las personas; y 2) la "lotería social" expresa aquellos cambios fruto de la acción de las personas. Desde este punto de vista, las desigualdades entre las personas se deben a circunstancias azarosas que pueden tener un carácter natural o social, pero que por el hecho de deberse al azar no pueden reputarse como injustas (Lema Añón, 2002). La desigualdad aparece como un hecho moralmente inevitable y, por tanto, "no crean obligación secular, clara y manifiesta de ayudar a los necesitados" (Engelhardt, 1995, 401). Dado que nadie es responsable de la mala fortuna, el Estado no está obligado a movilizar a los recursos de unas personas para ayudar a los enfermos que no puedan sufragar la asistencia sanitaria. Es cierto que la enfermedad y la discapacidad reclaman nuestra simpatía, pero no son culpa ni de la sociedad ni de los individuos que la integran. Por tal motivo, no se pueden convertir las necesidades en derechos. Si se aceptase que las desventajas causadas por la "lotería natural o social" crean derechos a la asistencia sanitaria, se agotarían los recursos de la sociedad, consiguiendo poco alivio a costes muy elevados. Sobre esta cuestión, Engelhardt señala que:

"Si se considera que el perder en la lotería social y natural generara el derecho a exigir asistencia sanitaria nos enfrentamos a una dificultad práctica: el intento de restablecer la salud durante un período indefinido de tiempo puede mermar los recursos sociales al perseguir extensiones eternamente aumentadas de una vida de calidad marginal [...] La pérdida en la lotería natural concerniente a la salud puede consumir recursos importantes ganándose poco a cambio. Frecuentemente, solo se consigue poco alivio, pero a un coste elevado" (Engelhardt, 1995, 412).

Esta afirmación implica que la distribución de bienes en una sociedad no puede realizarse con el objetivo de compensar los resultados negativos de la "lotería natural". Si se aceptara esta tesis, se estaría justificando la coerción estatal sobre la base de una pretendida justicia social deshonesto y demagógica. En definitiva, Engelhardt considera que no se puede fundamentar un derecho a la asistencia sanitaria porque, en primer lugar, requeriría el consentimiento de toda la sociedad para hacerlo efectivo y, en segundo lugar, no se podría alcanzar un acuerdo unánime sobre la visión

de la justicia y la beneficencia (De la Sierra, 2007).

En segundo lugar, Epstein sigue las tesis de Engelhardt y considera que no se puede construir un "derecho positivo" frente al Estado en materia de asistencia sanitaria. Partiendo del respeto absoluto a la propiedad privada y a la distribución de los recursos conforme a la capacidad de pago, entiende que el "cuidado sanitario" no debe exceptuarse de las reglas del mercado (Epstein, 1999). Niega que se pueda construir un "derecho positivo" en esta materia pues implicaría asumir una distribución de recursos basada en la necesidad lo que requiere necesariamente un acuerdo de la sociedad sobre el mínimo básico sanitario. Por tal motivo, la atención sanitaria de las personas que no pueden sufragarse un seguro médico debe relegarse a la caridad libre y espontánea de los agentes sociales que deciden cuánto contribuir y en qué condiciones.

En tercer lugar, Sade mantiene que el cuidado sanitario "no es ni un derecho ni un privilegio", sino un servicio que ofrecen los médicos a las personas que lo puedan pagar (Sade, 1971). De esta manera, el derecho a la atención sanitaria sería tan solo un derecho negativo que contempla la libertad de adquirir asistencia en el mercado de la protección de la salud. Al igual que Epstein, entiende que la atención de las personas sin recursos debe relegarse a la caridad.

Finalmente, debemos hacer mención a las tesis de Buchanan sobre el deber de beneficencia (Buchanan, 1984). Este autor matiza en cierta medida las propuestas más radicales del libertarismo al apoyar la existencia de un "mínimo sanitario decente" (Zúñiga, 2006). A tal efecto, el filósofo aporta los siguientes argumentos: 1) la existencia de "reclamos especiales de derechos" de determinados colectivos en oposición a los reclamos universales; 2) el principio de la prevención del daño que "puede ayudarnos a defender la obligación de alcanzar un cierto estándar de protección o prevención del daño para todos"; 3) el argumento de la prudencia según el cual la prevención del daño también sirve para asegurar "una mayor fuerza productiva y el buen estado de los ciudadanos para la defensa nacional"; y 4) la existencia de un deber moral de beneficencia o caridad hacia los más necesitados. A pesar de este acercamiento tímido hacia las posturas del liberalismo igualitario, Buchanan establece claramente que el fundamento de este "mínimo" no deriva de un problema de justicia o de reconocimiento de un derecho, sino que lo plantea como un acto concerniente a la beneficencia o la caridad de la sociedad. Sobre esta

cuestión, Buchanan afirma que:

“Es crucial observar que la afirmación de que existe un derecho a un mínimo decente es mucho más fuerte que la afirmación de que todo el mundo *debería* tener acceso a un tal mínimo, o que si lo hicieran sería una buena cosa, o que cualquier sociedad que es capaz, sin un gran sacrificio, de proporcionar un mínimo decente, pero no lo hace es profundamente defectuosa desde un punto de vista moral. Ninguna de las afirmaciones implica la existencia de un derecho, si eso se entiende como un derecho moral que debería ser establecido por el poder coercitivo del Estado si fuera necesario” (Buchanan, 1984, 57)

Se trata de un “esfuerzo colectivo, de carácter obligatorio y coordinado por el Estado”. Si bien es cierto que estos deberes de beneficencia son obligatorios, no podemos olvidar que, en definitiva, depende del criterio del agente la determinación del momento y del alcance del ejercicio de ese deber (Lema Añón, 2009).

### **3.2 Justicia distributiva y derecho a la asistencia sanitaria: las propuestas del liberalismo igualitario**

El liberalismo igualitario es una corriente de pensamiento que incorpora los derechos sociales a la teoría de la justicia. La finalidad de esta doctrina es explicar dos cuestiones: 1) por qué los individuos con deseos, intereses, habilidades y capacidades distintas están dispuestos a aceptar una distribución que los limite en aras de la igualdad; y 2) por qué el Estado, mediante políticas coercitivas, está moralmente capacitado para llevar a cabo mecanismos distributivos. Su característica principal, por tanto, es que defiende una relación adecuada entre los ideales de la libertad y los ideales de la igualdad sin priorizar ninguno de ellos (Nagel, 2005). En este sentido, Nino considera que el liberalismo igualitario pretende “maximizar la autonomía de cada individuo por separado en la medida que ello no implique poner en situación de menor autonomía comparativa a otros individuos” (Nino, 1989, 344). De igual manera, Lema Añón recuerda que esta concepción pretende “articular de manera coherente la adhesión a los ideales de libertad e igualdad, intentando combinar el igual respeto de las diferentes concepciones morales coexistentes en las sociedades pluralistas, con el aseguramiento a todos de las condiciones necesarias para perseguir los propios ideales de vida buena” (Lema Añón, 2009, 93). De esta manera, pretende dar contenido tanto a los derechos individuales como a los derechos de tipo económico, social y cultural.

El desarrollo de esta doctrina cobró especial énfasis a partir de la publicación en 1971 del libro *A Theory of Justice* por el profesor John Rawls de la Universidad de Harvard. En la actualidad, se considera una de las obras más influyentes de las últimas décadas (Fernández García, 1987). Sus aportaciones al campo de la Filosofía moral han reavivado la discusión teórica y práctica de los problemas normativos. En el ámbito que nos ocupa, debemos examinar la aplicación del pensamiento rawlsiano al campo de la asistencia sanitaria a través de las propuestas del "seguro prudente" de Dworkin y del "mínimo sanitario decente" para asegurar el "funcionamiento normal de la especie" que defiende Daniels.

#### *A) El principio del "seguro prudente": la propuesta de Dworkin*

El análisis de Dworkin sobre la distribución de los recursos sanitarios pretende responder a tres cuestiones: 1) cuánto debe gastar un Estado en salud; 2) cuál es el nivel de atención médica que una sociedad debe ofrecer a todos los ciudadanos; y 3) de qué modo decidiremos sobre el nivel mínimo de atención sanitaria que es justo que reciban todas las personas, incluidas las más pobres. Sus propuestas, enmarcadas dentro del liberalismo igualitario que rechaza profundizar en el modelo de mercado de salud, surgen en el marco de la lucha política que se produjo en los años noventa del siglo pasado cuando el Presidente de los Estados Unidos Bill Clinton intentó promover una reforma del sistema sanitario que otorgase cobertura a la mayor parte de la población (Dworkin, 1994). Por aquel entonces, existían en el país más de 45 millones de personas que no tenían prácticamente ninguno seguro médico o lo iban a perder a corto plazo al quedarse sin trabajo o, debido a padecer alguna enfermedad, adquirirían la condición de "no asegurables" (Zúñiga, 2013).

El planteamiento de Dworkin parte de la crítica del llamado "principio de rescate" que ha regido tradicionalmente en la asignación de los recursos sanitarios. Este principio sostiene dos criterios: 1) la vida y la salud son los bienes más importantes y, por tanto, todo lo demás debe ser sacrificado en su nombre; y 2) la salud debe ser distribuida equitativamente. Según Dworkin, este principio conduce a aplicar todos los recursos de un país a atención sanitaria lo que conduce a un planteamiento de imposible realización. No tiene sentido invertir todo en cuidado sanitario si no se gana, a cambio, prácticamente nada en expectativa de vida. En cualquier caso, este principio recuerda que se debe realizar una distribución de los recursos sanitarios. Si descartamos el acceso a la atención sanitaria de acuerdo con la capacidad econó-

ISSN 1989-7022  
DILEMATA, año 7 (2015), nº 19, 103-133

mica de la persona, la alternativa es establecer un criterio de necesidad.

El modelo alternativo que propone Dworkin consiste en la aplicación del "principio del seguro prudente" que determina el "mínimo sanitario" que se debe ofrecer a los ciudadanos de un país. Para ello, el filósofo propone una situación ideal en caracterizada por tres elementos (Zúñiga, 2013): 1) el sistema económico provee de una distribución de los recursos basada en la "justa igualdad" (Dworkin, 1993); 2) la información sobre el coste, efectos secundarios y utilidad de los tratamientos, procedimientos y medicamentos estuviera al alcance del público en general de modo que todos podrían acceder a ese conocimiento; y 3) nadie en esa sociedad ideal –incluyendo a las compañías de seguros– poseería información sobre los antecedentes y probabilidades de una persona de contraer alguna enfermedad o sufrir algún accidente de manera que no pueda discriminarse a nadie por esas razones. Este planteamiento hipotético recuerda a la "posición original" de Rawls dado que su fundamento es el mismo, es decir, garantizar la imparcialidad en la decisión que esa comunidad adopte acerca de cuántos recursos se van a destinar a la atención sanitaria y cómo se van a distribuir entre sus miembros. De esta manera, como señala Lema Añón se evita que el acuerdo se tiña de subjetivismo al venir motivado "por criterios estratégicos relativos a las circunstancias personales contingentes o a las posiciones de ventaja o desventaja que cada uno ocupe en ese mercado" (Lema Añón, 2009, 100).

El modelo de Dworkin supone asignar recursos para la salud y otras necesidades sociales a los pacientes que requieren tratamiento, intentando imaginar cómo sería la atención sanitaria si se dejara en manos de un mercado libre no subsidiado que, sin embargo, pudiera corregir las tres deficiencias mencionadas. De esta manera, el filósofo construye una especie de "posición original" en la que, al no haber inequidades sociales, las personas pueden elegir el paquete de seguro sanitario que deseen comprar con los bienes que poseen y teniendo presente el coste de oportunidad que esos recursos sanitarios les signifiquen. En esa comunidad imaginaria, se obtendría una solución justa en la ordenación de las instituciones relativas al cuidado de la salud por dos razones: 1) cualquier cantidad que esa comunidad gastase en total para el cuidado de la salud sería moralmente adecuada; y 2) la distribución del cuidado de la salud en esa comunidad sería justa para esa sociedad. La hipótesis de Dworkin, por tanto, es la siguiente: una distribución justa en salud es aquella que una persona bien informada acepta para sí misma mediante su elección individual suponiendo que el sistema económico y la distribución de la riqueza en esa comunidad son justas.

Partiendo de este planteamiento, se puede “especular sobre qué clase de seguro la gente se haría y luego usar los resultados de esa especulación como guías para decidir qué requiere la justicia en este tema” (Dworkin, 2000, 313). Desde este punto de vista, las reglas que seleccionan las personas racionales serían, básicamente, las tres siguientes: 1) la obligatoriedad de racionalizar recursos sanitarios; 2) cada persona decidirá gastar en salud dependiendo de sus planes de vida; y 3) no se puede determinar *a priori* el contenido de la elección de cada persona, pero sí podemos formarnos un juicio sobre algunas necesidades y preferencias generales de las personas. Esta última conclusión tiene especial importancia porque, en definitiva, las opciones que la inmensa mayoría tomaría deben servir como guía para el establecimiento de un sistema de protección de la salud justo. Sobre esta cuestión, Dworkin señala que:

“Podemos usar estas suposiciones sobre lo que la mayoría de la gente juzgaría prudente para sí misma en condiciones más justas que las presentes, como guías sobre la atención sanitaria que la justicia reclama que todo el mundo tuviese. Si la mayoría de la gente prudente con recursos suficientes estuviera dispuesta a comprar un cierto nivel de cobertura médica en un mercado libre –si casi todos comprasen seguros que cubriesen atención médica normal, hospitalización cuando fuera necesaria, cuidados prenatales y pediátricos y chequeos regulares y otros medios preventivos, por ejemplo- entonces casi con total seguridad la razón por la que algunas personas no tienen tal cobertura actualmente es la injusticia de nuestra sociedad. Un sistema universal de cuidado de la salud debería asegurar, haciendo justicia, que todos tuvieran acceso a esa cobertura” (Dworkin, 2000, 315).

Este “seguro prudente” determina que la inmensa mayoría de la población rechazaría pagar una póliza carísima que le asegurase la alimentación artificial en caso de encontrarse en un estado vegetativo persistente. De igual manera, tampoco los futuros padres contratarían una póliza que cubriese tratamientos neonatales para hijos prematuros o que nacen con daños cerebrales severos. De esta manera, Dworkin considera que se debe construir un sistema de seguro obligatorio basado en lo que la mayoría –y no un pequeño grupo- juzga apropiado, siempre que se permite a esos pocos que tengan riqueza suficiente contratar un seguro complementario.

Como se puede advertir, una de las principales aportaciones de Dworkin al modelo rawlsiano es la importancia que concede a las consecuencias no económicas de las discapacidades y enfermedades graves que deben ser mitigadas en un modelo igualitario de justicia. De esta manera, las dotaciones naturales o talentos deben

contar como recursos en la justicia distributiva pues, efectivamente una persona que nace con alguna desventaja comienza con menos recursos que otras. Esta cuestión está relacionada con la distinción que realiza Dworkin entre dos categorías de recursos: 1) los "recursos impersonales" como "su riqueza y el resto de propiedades que posee, además de las oportunidades que le proporciona el sistema legal existente para usar esa propiedad"; y 2) los "recursos personales" como "su forma física y sus habilidades que incluyen sus talentos productivos, esto es, sus capacidades innatas para producir bienes y servicios por los que los demás estarían dispuestos a pagar". La distribución de dichos recursos se efectúa de diferente manera. En primer lugar, los "recursos impersonales" deben ser distribuidos según la métrica de los costes de oportunidad, es decir, teniendo en cuenta el valor de aquello a lo que los demás renuncian por el hecho de que se un individuo en concreto quien posea un determinado recurso. Y, en segundo lugar, los "recursos personales" no puede ser transferidos de una persona a otra pues "ninguna compensación inicial puede hacer que alguien que ha nacido ciego o con una discapacidad mental se iguale en recursos físicos o mentales a alguien que es considerado «normal» en estos aspectos".

La propuesta de Dworkin no prevé igualar a los individuos en recursos personales –cosa imposible, por otro lado- sino compensar a los individuos que tiene una deficiencia en esta dimensión con una cantidad adicional de recursos impersonales. En el ámbito médico, este planteamiento supone dos cuestiones: 1) la atención sanitaria garantizada a través de los seguros de salud debe compensar a los individuos desfavorecidos por causas que están más allá de su control y por los riesgos inesperados; y 2) se debe considerar la responsabilidad individual en el origen de las enfermedades. Desde este punto de vista, Dworkin abandona la distinción entre el "principio de justa igualdad de oportunidades" y el "principio de la diferencia" y subsumir ambos en un solo: la "igualdad de recursos" que supone igualar los medios materiales que condicionan las circunstancias de las personas, haciéndolas responsables solamente de sus preferencias (Guzmán Urrea, 2006, 45). La novedad del pensamiento de Dworkin consiste en que "la justicia debe ser sensible a las responsabilidades individuales e insensible a la suerte o, dicho de otro modo, debe respetar las elecciones y neutralizar las circunstancias" (Queralt, 2014, 22). De esta manera, se introduce el criterio de la responsabilidad como elemento en la asignación de los limitados recursos sanitarios lo que conduce a desarrollar polí-

ticas que desplacen a quienes “tras haber sido advertidos, y no siendo considerables como incompetentes, han persistido en su decisión de desarrollar planes de vida que ponen en peligro la propia salud o integridad física” (De Lora, 2007, 12).

*B) El derecho a una atención sanitaria que garantice el “funcionamiento normal de la especie”: la propuesta de Daniels*

El filósofo norteamericano Norman Daniels expuso la relación existente entre la justicia y la sanidad en su conocido libro *Just Health Care* publicado en 1985. En dicho libro aplica el pensamiento de Rawls con una doble finalidad (Zúñiga Fajuri, 2010): 1) reconocer que la sociedad tiene el deber de proporcionar a sus miembros una parte justa y adecuada del total de recursos sociales relacionados con el bienestar y las necesidades; y 2) garantizar una justa asignación de servicios sanitarios teniendo en cuenta las distintas necesidades.

El razonamiento de Daniels parte de la constatación de que las necesidades de salud de las personas son relevantes para la justicia. Como hemos visto anteriormente, el pensamiento de rawlsiano no presta especial atención a la salud y los servicios sanitarios dado que no se incluyen en la lista de “bienes sociales primarios”. Para conjugar ambos planteamientos, Daniels examina dos posibles soluciones.

La primera sería incluir la atención y el cuidado de la salud en la lista de “bienes sociales primarios”. No obstante, el filósofo descarta esta opción porque ello generaría tres nuevos problemas (Daniels, 1981): 1) existirán importantes dificultades para determinar el peso relativo de cada una de las categorías de dicho índice; 2) si se trata a los servicios de salud como “bienes sociales primarios” especialmente importantes estaremos renunciado a concepto más general de “bien social primario<sup>8</sup>”; y 3) existe el riesgo de generar una larga lista de tales bienes relacionándola con cada necesidad importante.

La segunda opción consiste en incluir las instituciones relativas al cuidado de la salud entre las instituciones encargadas de proporcionar una justa igualdad de oportunidades. En efecto, una persona que padece una enfermedad se encuentra en una situación de desventaja respecto de las demás lo que, a su vez, repercute en sus oportunidades de desarrollo personal. En este sentido, Daniels compara la importancia de la salud con la educación al sostener que, al igual que resultar necesario disminuir las diferencias de origen social que colocan a algunos en una situación de

desventaja educacional inmerecida, se puede decir que no se "merecen" las desventajas genéticas que determinan un mal estado de salud (Daniels, 2008). Dado que la enfermedad y la discapacidad constituyen restricciones inmerecidas que limitan las oportunidades de las personas para lograr sus metas, Daniels propone un sistema sanitario basado en la regla de la "oportunidad justa" según la cual "nadie debe tener garantizados beneficios sociales sobre la base de condiciones ventajosas no merecidas (porque ninguna persona es responsable de tenerlas) y que a nadie se deberían negar beneficios sociales sobre la base de condiciones desventajosas no merecidas (porque tampoco son responsables de esas propiedades)". La atención sanitaria, por tanto, debe operar como regla de compensación para aquellos que tienen desventajas.

Una vez constatada la importancia de la salud en el desarrollo de la autonomía de las personas, el siguiente paso consiste en determinar de qué necesidades de salud de una persona pueden tener relevancia en la teoría de la justicia y, especialmente, para el principio de "justa igualdad de oportunidades". A tal efecto, Daniels distingue objetivamente entre las auténticas necesidades de salud y las meras preferencias subjetivas. Para responder a esta cuestión propone el criterio del "funcionamiento normal de la especie" según el cual se consideran enfermedades que exigen asistencia sanitaria conforme al principio de justicia distributiva todas aquellas "desviaciones de la organización funcional natural de un miembro típico de la especie". Desde este punto de vista, estas necesidades se podrían caracterizar por dos notas (Martínez Oliva, 2004): 1) son adscribibles de modo objetivo y, por tanto, con independencia de las preferencias individuales de los sujetos; y 2) si no están satisfechas, disminuye el "normal funcionamiento" del individuo como miembro de la especie. A tal efecto, Daniels incluye dentro de las necesidades de salud las siguientes: nutrición y abrigo adecuados; vivienda sanitaria salubre y ambiente libre de contaminación; ejercicio, descanso y otros rasgos de vida sana; servicios médicos preventivos, curativos y de rehabilitación; servicios sociales no médicos. Todas ellas resultan necesarias para mantener, restaurar, prevenir o compensar las desviaciones respecto al "normal funcionamiento" de la especie.

Como se puede observar, el criterio propuesto por Daniels pretende garantizar el mantenimiento de las capacidades físicas, emocionales y cognitivas de los beneficiarios lo más próximas a la "normalidad". La finalidad de este criterio es preservar la igualdad de oportunidades en el desarrollo de los planes de vida escogidos por

la persona. En cualquier caso, este rango de oportunidades no es ilimitado, sino que está condicionado por otros factores ajenos a la salud de la persona, entre otros, el estado de desarrollo histórico, el nivel de bienestar material, el grado de desarrollo tecnológico y otros hechos culturales importantes como la actitud ante la familia y el trabajo. Se trata, por tanto, de limitar ciertos impedimentos en sus oportunidades que puedan afectar su "normal funcionamiento". De esta manera, como señala Lema Añón, el principio propuesto por Daniels no "modifica la distribución normal de talentos y habilidades", sino que asegura que las personas actúan como "competidores normales" lo que no significa que sean estrictamente iguales (Lema Añón, 2009, 140).

#### 4. Naturaleza jurídico-constitucional del derecho a la salud

El derecho a la protección de la salud está contemplado en el artículo 43 CE. Se trata de un precepto que tiene un triple contenido: 1) reconoce el "derecho a la protección de la salud"; 2) establece la obligación de los "poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios", debiendo la ley establecer "los derechos y deberes de todos al respecto"; y 3) determina la obligación de los poderes públicos de fomentar la "educación sanitaria, física y el deporte", facilitando "la adecuada utilización del ocio".

El artículo 43 CE se enmarca dentro de la regulación de los "principios rectores de la política social y económica" contemplados en el Capítulo III del Título I de la Constitución española. Estos preceptos que consagran la llamada "Constitución social española" (Rodríguez de Santiago, 2007) tienen un contenido muy heterogéneo en el que se puede distinguir "normas programáticas" y "otros enunciados normativos" entre los que destacan los "mandatos de legislar", "normas de igualdad" y "garantías institucionales" (Jiménez Campo, 1999). La finalidad de los preceptos era "evitar un retroceso en la realización del Estado social" (De Esteban y López Guerra, 1980, 346-347) pues cualquier modificación del status quo socioeconómico debía efectuarse en la dirección establecida por la Constitución.

La discusión doctrinal acerca de estos principios se ha centrado en determinar su eficacia jurídica. En este sentido, el artículo 53.3 CE establece que "el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informa-

rá la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, añadiendo que “solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Dicho precepto ha llevado a la doctrina preguntarse si, efectivamente, los derechos reconocidos en estos preceptos pueden ser considerados *strictu sensu* como derechos fundamentales.

La doctrina dominante considera que estos preceptos no reconocen auténticos derechos fundamentales. En efecto, la eficacia jurídica otorgada por el constituyente les ha privado de las notas características de esta categoría. Así, en primer lugar, no son directamente exigibles ante los poderes públicos pues requieren de *interpositio legislatoris*, es decir, de un adecuado desarrollo legislativo que establece la forma, características y eficacia de tales derechos. Y, en segundo lugar, no son indisponibles para el legislador pues, al margen del contenido mínimo establecido por el constituyente, se configuración depende sustancialmente a las leyes de desarrollo. Desde este punto de vista, la doctrina ha llegado a afirmar que la utilización del término “derechos” –como, por ejemplo, en el artículo 43 o 47 CE- se efectúa de manera impropia (Alzaga, Gutiérrez, Reviriego, Picón, 2012). De igual manera, se ha sostenido que el nacimiento de los “derechos” existentes en el Capítulo III del Título I depende de las leyes de desarrollo pues el intérprete no puede reconocer en aquéllos ningún derecho subjetivo vinculante para el legislador (Jiménez Campo, 1996).

A pesar de la eficacia limitada de estos “derechos”, no se puede marginar su importancia e identificarlos sin más con los llamados derechos sociales y culturales. La prudencia constitucional aconsejó que aquellos principios objetivos sociales y culturales cuya plena efectividad depende de las disponibilidades financieras se configuraran como meras directrices al legislador (Díez Picazo, 2008). En esta misma línea, el Tribunal Constitucional ha manifestado que no se pueden considerar estos principios como “norma sin contenido” pues “obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes” (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6º). De igual manera, ha reconocido el carácter normativo de los principios rectores de acuerdo con los artículos 9.1 CE y 5.1 LOPJ, si bien poniendo de manifiesto las singularidades derivadas de su específica naturaleza. En esta misma línea, se ha sostenido que, en realidad, la limitada eficacia del Capítulo III del Título I se limitaría a los “principios” pero no a los “derechos”. De esta manera, la posibilidad de ejercitar estos derechos sociales ante los Tribunales no exigiría una previa ley de desarrollo, sino simplemente que no contradijeran las mismas (Escobar Roca, 2012).

Partiendo de la explicación efectuada, debemos examinar a continuación cuál es la naturaleza jurídica del derecho a la salud –y, en consecuencia, a la asistencia sanitaria– en la Constitución española de 1978. Según lo expresado por la doctrina dominante y por el Tribunal Constitucional, el Capítulo III del Título I no reconoce derechos fundamentales. En este sentido, se ha argumentado que se trata de una norma dirigida al poder público que no tiene una dimensión subjetiva y que, por tanto, no reconoce facultades que pueden ser ejercidas directamente por los individuos (León Alonso, 2009). El artículo 43 CE no reconocería, en principio, ningún derecho fundamental a la salud pues el contenido del mismo requiere de un posterior desarrollo legislativo. Esta tesis se apoyaría en el propio artículo 53.3 CE que establece claramente que los principios rectores “solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. De acuerdo con este planteamiento restrictivo, algún autor considera que la eficacia del derecho a la salud se desplegaría en los siguientes ámbitos: 1) postula una determinada política legislativa y eleva la protección de la salud a la categoría de fin del Estado; 2) posibilita la atribución y distribución de competencias normativas y de ejecución entre poder central y otros poderes territoriales del Estado; 3) permite el control constitucional de las leyes de desarrollo, tanto desde el Tribunal Constitucional como desde los Tribunales ordinarios a través de la cuestión de inconstitucionalidad; 4) tiene carácter informador del ordenamiento jurídico en términos parecidos a lo dispuesto en el Título Preliminar del Código Civil; y 5) legitima las exacciones patrimoniales coactivas de carácter específico que los poderes públicos impongan a los particulares, así como el sostenimiento de los servicios necesarios con cargo a los ingresos públicos generales (Borrajo Dacruz, 1996).

No obstante, esta interpretación constitucional no encaja completamente con el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria. En efecto, el Capítulo III del Título I comprende un conjunto heterogéneo de normas cuya estructura, contenido y eficacia presenta importantes diferencias. Así, por ejemplo, no se puede equiparar el objetivo estatal de “salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero” (artículo 42 CE) con la garantía institucional de la Seguridad Social (artículo 41 CE) o con la necesidad de “garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad” (artículo 50 CE). De igual manera, el derecho a la salud presenta unos rasgos constitucionales diferentes

por cuanto su tutela está directamente relacionada con el mantenimiento del estado psicofísico del ciudadano y, en última instancia, de su vida. Desde este punto de vista, la obligación del Estado de tutelar este derecho es mucho más intensa que en otros principios rectores. En efecto, la tutela de la salud individual y, a su vez, de la pública, tiene una importancia esencial pues el mantenimiento de unas mínimas condiciones de vida es condición necesaria para el ejercicio de cualquier otro derecho fundamental. Por tal motivo, la doctrina ha sostenido que el derecho a la salud es un “principio rector subjetivado” (Del Rey Guanter, 1998, 162) que goza de fuerza expansiva debido a sus conexiones directas e indirectas con otros derechos fundamentales de máxima relevancia como el derecho a la vida, a la integridad física o a la intimidad. En este sentido, el principio rector proyecta otras perspectivas que se pueden encuadrar en la dimensión objetiva de los derechos fundamentales (Reviriego Picón, Alguacil González-Aurioles, 2014). Este sería el caso de lo llamados “deberes de protección” que recaen sobre los poderes públicos frente a las lesiones y amenazas contra los bienes jurídicos tutelados por los derechos fundamentales. Desde este punto de vista, se ha interpretado el derecho a la salud –al igual que el derecho a un medio ambiente (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6º)- en relación con el derecho a la vida y la integridad física.

## 5. Derechos de los extranjeros

### ***5.1. Clasificación de los derechos de los extranjeros: doctrina del Tribunal Constitucional***

La titularidad de los derechos fundamentales por los extranjeros ha sido una cuestión ampliamente debatida por la doctrina y la jurisprudencia. El punto de partida de dicho debate es el artículo 13 CE cuando proclama que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. La interpretación de este precepto por el Tribunal Constitucional ha ido evolucionando desde posiciones más apegadas a la literalidad de este precepto a posturas recientes en las que se produce una equiparación de los derechos de los extranjeros y españoles.

La jurisprudencia constitucional ha mantenido desde la temprana STC 107/1984, de 10 de abril, una clasificación tripartita de los derechos reconocidos a los extranjeros.

El primer grupo de derechos estarían vinculados a la dignidad de la persona y corresponden por igual a españoles y extranjeros por lo que no se pueden establecer diferencias de regulación entre ambos. Dentro de este grupo cabría incluir, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y moral (artículo 15 CE); la libertad religiosa y ideológica (artículo 16 CE); el derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 17 CE); el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (artículo 18.1 CE); libertad de expresión y de información (artículo 20 CE); el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE); el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 4º); y el derecho a no ser discriminado (artículo 14 CE). Su reconocimiento a los extranjeros no se hace depender de la ley o del tratado, sino que deriva del propio texto constitucional.

El segundo grupo de derechos vendría constituido por aquellos que tienen naturaleza política y se relacionan con la participación en los asuntos públicos. La titularidad de estos derechos –que se contemplan en el artículo 23 CE– queda reservada a los españoles por imperativo del artículo 13.2 CE, “salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”.

Finalmente, el tercer grupo de derechos se integra por aquellos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los Tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio. Precisamente, estos derechos son los contemplados en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Sobre este tercer grupo de derechos, el legislador ostenta una notable libertad para regular su ejercicio por parte de los extranjeros, pudiendo establecer condiciones adicionales a las previstas para los españoles. No obstante, esta facultad no es absoluta, pues la regulación debe tener en cuenta, al menos, los siguientes factores enunciados en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4º *in fine*: 1) el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana; 2) el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; 3) el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales; y 4) las condiciones de

ejercicio establecidas por la ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.

Entre los factores citados destaca claramente la conexión que tenga el concreto derecho con la dignidad humana, pues ésta opera como límite infranqueable por el legislador en la configuración de los derechos de los extranjeros. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha manifestado en la STC 236/2007, FJ 3º que:

“la dignidad de la persona [...] obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla [...] A tales efectos, resulta decisivo el grado de conexión con la dignidad humana que mantiene un concreto derecho dado que el legislador goza de una limitada libertad de configuración [...] porque al legislar sobre ellos no podrá modular o atemperar su contenido ni por supuesto negar su ejercicio a los extranjeros, cualquiera que sea su situación”.

La determinación del vínculo con la dignidad humana es un criterio interpretativo que exige partir del tipo abstracto del derecho y de los intereses en él protegidos, acudiendo para ello a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los demás Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España sobre las mismas materias.

## **5.2 El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros**

Una vez examinada la doctrina constitucional sobre la clasificación de los derechos de los extranjeros, debemos preguntarnos en qué categoría podríamos incluir el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. Según nuestro criterio, este derecho debería incluirse dentro del primer grupo y, por tanto, en régimen de plena igualdad con los españoles. Las razones que avalan este planteamiento serían las siguientes.

En primer lugar, existe una indudable conexión entre el derecho a la asistencia sanitaria y el derecho a la vida y a la integridad física. En efecto, si una persona está enferma y no puede acceder a las prestaciones sanitarias que le permitirían su recuperación, se está produciendo una vulneración del derecho a la integridad física y, en última instancia, del derecho a la vida. En este sentido, resulta irrelevante el reconocimiento de otros derechos fundamentales a los extranjeros –como, por ejemplo, el derecho de reunión o de asociación– pues la imposibilidad de acceder al sistema sanitario merma las capacidades físicas y psíquicas necesarias para el ejercicio de los derechos. Desde este punto de vista, se comprende que la tutela de

la salud mediante el establecimiento de un sistema público y de acceso universal constituye, en última instancia, una garantía para la salvaguarda de la dignidad humana pues –en palabras del Tribunal Constitucional– supone un “mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona” (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3º).

En segundo lugar, el derecho a la asistencia sanitaria está relacionado con la “justa igualdad de oportunidades” (Daniels, 1981). En efecto, una persona que padece una enfermedad se encuentra en una situación de desventaja respecto de las demás lo que, a su vez, repercute en sus oportunidades de desarrollo personal. Dado que la enfermedad y la discapacidad constituyen restricciones inmerecidas que limitan las oportunidades de las personas, es necesario garantizar el acceso a la asistencia sanitaria para lograr el mantenimiento de las capacidades físicas, emocionales y cognitivas de los beneficiarios lo más próxima a la “normalidad”. Se trata, en definitiva, de una aplicación del mandato de los poderes públicos de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” y de “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud” (artículo 9.2 CE).

Y, en tercer lugar, el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros estaría reconocido en Tratados internacionales suscritos por España y que, por tanto, forman parte del ordenamiento jurídico interno (artículo 96.1 CE y 1.5 CC). En este sentido, se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria sin discriminación entre nacionales y extranjeros irregulares en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12), en la Carta Social Europea (parte I, apartado nº 11 y 13) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 35). En esta materia, igualmente debemos destacar la Observación General nº 14 emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el que se afirma que “la salud es un derecho humano y fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente” y se incide en la prohibición de “toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo”. Como se puede observar, se trata de com-

promisos internacionales adquiridos por España que no pueden ser olvidados por la normativa interna aun cuando el legislador goce de margen de maniobra en la configuración del contenido específico del derecho a la asistencia sanitaria. En cualquier caso, esta configuración legal debe respetar un mínimo contenido de tal manera que la organización de los servicios sanitarios no suponga una vulneración *de facto* de la salud de los ciudadanos al no poder ver atendidas sus demandas cuando estén relacionadas con la prevención, tratamiento, curación y rehabilitación de enfermedades.

## **6. La reforma sanitaria del año 2012: exclusión de los inmigrantes irregulares**

El Real Decreto-Ley 16/2012 ha supuesto una reforma radical de la normativa sanitaria española. En efecto, desde la aprobación de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad la prestación sanitaria tenía carácter universal al establecer como titulares del derecho a los españoles y extranjeros que tuvieran establecida su residencia en el territorio nacional. Dicha norma supuso un cambio decisivo por cuanto vinculó el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria a la persona y no a la condición de afiliación y alta en el Sistema de la Seguridad Social. Posteriormente, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España suavizó el requisito de la "residencia en el territorio nacional" al exigir tan solo que los extranjeros se encontrasen "inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente". La reforma de la citada norma del año 2009 confirmó la extensión de la asistencia sanitaria a los extranjeros, ya sea por su inclusión en los regímenes de la Seguridad Social, ya sea en su condición de personas sin recursos (Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre). El legislador, considerando el derecho a la protección de la salud como uno de los derechos relacionados directamente con la dignidad de la persona y sabedor de la existencia de extranjeros no residentes, no regularizados o en situación irregular optaba por reconocer el derecho a la asistencia sanitaria de forma tan amplia como a los propios nacionales, con tal de que el extranjero saliese de la clandestinidad e hiciera pública su presencia (De Val Tena, 2002).

Tras la entrada en vigor de la reforma sanitaria de 2012, la titularidad del derecho a la salud deja de ser universal para estar supeditada a la condición de asegurado y, por tanto, sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos vinculados a la participa-

ción en el mercado laboral. El artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud limita la condición de asegurado a cuatro supuestos:

- a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.
- b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.
- c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.
- d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título".

La consecuencia de esta nueva normativa es la exclusión de todas aquellas personas no nacionales en situación administrativa irregular, es decir, a los inmigrantes "sin papeles". No obstante, la norma contempla tres excepciones: 1) la atención sanitaria de urgencia "por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica"; 2) la atención sanitaria al "embarazo, parto y postparto"; y 3) los menores de dieciocho años que reciben "asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles" (artículo 3 ter Ley 16/2003).

La modificación normativa fue duramente criticada por organizaciones de la sociedad civil. En este sentido, el día 16 de mayo de 2012 se publicó una declaración conjunta de 35 organizaciones donde se reclamaba el acceso a la asistencia sanitaria como un derecho humano básico y se oponía frontalmente a la creación de un "sistema de salud paralelo" para los inmigrantes irregulares que debilitará los cimientos básicos de los derechos humanos, el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Asimismo, la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria apelaba a principios de ética profesional de los médicos que obligan a mantener una relación de confianza y no abandono con el paciente que debe prevalecer sobre la obligación de cumplimiento de la nueva normativa. De igual manera, se alertaba de los riesgos para la salud pública por la propagación de enfermedades con el consiguiente colapso de las unidades de urgencias. Por su parte, la Organización Médica Colegial recordó la obligación del médico de atender, en todo momento, a los pacientes independientemente de su situación legal (artículo 6 y 21 del Código de Deontología Médica), pudiendo acogerse a la objeción de conciencia (artículo 32.1 del Código de Deontología Médica).

Una de las finalidades de la reforma del año 2012 era reducir el gasto sanitario mediante la lucha contra el llamado "turismo sanitario" propiciado por extranjeros que acudían a España a recibir asistencia. Por tal motivo, el Real Decreto-Ley hace referencia a un concepto económico ("sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud") lo que se desarrolla en la Exposición de Motivos cuando afirma que "se ha perdido eficacia en la gestión de los recursos disponibles, lo que se ha traducido en una alta morosidad y en un insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias". Partiendo de este dato, debemos preguntarnos hasta qué punto el ahorro presupuestario puede justificar la exclusión de la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares. En este caso, nos encontramos ante un conflicto en el que confluyen dos intereses: 1) por un lado, el derecho a la protección de la salud –y, en consecuencia, a la asistencia sanitaria- de los extranjeros previsto en el artículo 43 CE con su innegable conexión con derechos fundamentales básicos como la vida y la integridad física; y 2) por otro lado, las medidas del Gobierno destinadas a la contención del gasto público como manifestación de su capacidad de dirección de la política interna del país (artículo 97 CE).

Hasta la fecha, no existe un pronunciamiento específico en esta materia por parte del Tribunal Constitucional. Sin embargo, sí debemos examinar el ATC 239/2012, de 12 de diciembre, que levanta la suspensión que pesaba sobre el Decreto del País Vasco 114/2012, de 26 de junio, que establecía la titularidad universal del derecho a la salud al extenderlo a las personas en caso de "no tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título" (artículo 2.3, letra c). El Gobierno recurrió tal normativa autonómica al considerar que invadía competencias estatales en materia de sanidad (artículo 149.1.16 CE) por cuanto modificaba lo establecido la normativa aprobada en abril de 2012 que redefinía la condición de asegurado. El Tribunal Constitucional expone que el caso analizado plantea un conflicto:

"Esa ponderación exige colocar de un lado el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro vinculado a las medidas adoptadas por el Estado al redefinir el ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud, y de otro el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE. Esa contraposición también tiene proyecciones individuales puesto que la garantía del derecho a la salud no sólo tiene una dimensión general asociada a la idea de salvaguarda de la salud pública, sino una dimensión particular conectada con la afectación del derecho a la salud individual de las personas receptoras de las medidas adoptadas por los Gobiernos estatal y autonómico" (FJ 5º).

Partiendo de este planteamiento, el Tribunal Constitucional recuerda que el artículo 43 establece el deber de “todos los poderes públicos de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, cuya tutela les corresponde y ha de ser articulada a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”. Asimismo, el Tribunal Constitucional reitera la doctrina que establece la vinculación entre el principio rector del artículo 43 CE y el derecho a la vida y a la integridad física del artículo 15 CE lo que permite concluir que “los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles”. Por tal motivo, el Tribunal Constitucional afirma que en el caso de los “inmigrantes sin permiso de residencia” la privación de la asistencia sanitaria gratuita repercutirá “no solo en su estado de salud individual, sino en la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infecto contagiosas, afectando directamente a la salud de toda la sociedad”. Estos argumentos conducen al Tribunal Constitucional a levantar la suspensión del Decreto impugnado que extendía la cobertura sanitaria a los inmigrantes irregulares a pesar de que la normativa estatal aprobada hacía pocos meses les había privado de tal derecho. Si bien no constituye un argumento definitivo –se trata de una medida cautelar de suspensión–, lo cierto es que el Tribunal Constitucional reconoce que los argumentos de ahorro presupuestario no pueden justificar una limitación de acceso a la protección de salud. En este sentido, afirma:

“Teniendo en cuenta la concreción de los perjuicios derivados del levantamiento o del mantenimiento de la suspensión efectuada por las partes, así como la importancia de los intereses en juego, y apreciando este Tribunal que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado, entendemos que se justifica el levantamiento de la suspensión de la vigencia de los preceptos referidos a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita” (FJ 5 *in fine*).

En esta misma línea, debemos citar la STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 12 de abril de 2013 que analizó la reclamación efectuada por un paciente a quien la Administración sanitaria autonómica no le había dispensado un medicamento cuyo coste anual ascendía a más de 350.000 euros, a pesar de haber sido prescrito por facultativos y tratarse de la única opción tera-

péutica para su patología. En este sentido, la Sala recuerda que el caso enjuiciado plantea un conflicto entre, por un lado, “el derecho a la vida y la integridad física y moral –que integra asimismo el derecho subjetivo individual a la salud personal- y la gestión del soporte económico que haga posible su cotidiana consecución”. La Sala acoge los argumentos del recurrente en los siguientes términos:

“En realidad -a juicio de esta Sala ahora *ad quem* enjuiciadora-, sí se ha producido una vulneración mediata del Art. 15 ab inicio de nuestra Carta Magna por parte de aquella Administración institucional-autonómica, al denegársele *de facto* a dicho paciente promovente y mediante su injustificada inactividad al respecto la dispensación de aquel fármaco inclusive médico- oficialmente interesado, en cuanto única opción terapéutico-medicamentosa autorizada y homologada en el mercado farmacéutico a fin de precaverle no ya un riesgo vital inherente a las trombosis o aún a los daños colaterales inherentes a la prolongación de la terapia que hasta ahora se le aplica, sino en cuanto única alternativa medicamentosa susceptible de cronificar su rara patología y hacerle llevar una vida prácticamente normal”.

## 7. Reflexiones *in fine*

La reforma del año 2012 ha supuesto un giro radical a la normativa sobre asistencia sanitaria cuya consecuencia más palpable ha sido la expulsión de un grupo de personas de la cobertura pública, universal y gratuita del Sistema Nacional de Salud. El legislador ha vinculado la asistencia sanitaria a la condición de asegurado, es decir, a una determinada participación en el mercado laboral cuando desde el año 1986 se venía reconociendo a toda persona con independencia de su nacionalidad o de su situación administrativa.

Es cierto que el artículo 43 CE delega en el legislador la configuración, extensión y límites del derecho a la asistencia sanitaria. Esta facultad puede comprender, entre otros aspectos, la determinación del catálogo de prestaciones que se incluyen en el sistema público pues “solo puede exigirse un contenido mínimo y no todos los contenidos posibles, es decir, no existe un derecho fundamental a disponer de las infraestructuras y técnicas sanitarias mejores del mundo, sino a recibir una asistencia sanitaria suficiente para la tutela del bien jurídico protegido” (Escobar Roca, 2008, 136). Sin embargo, este poder del legislador no puede suponer la privación de la titularidad del derecho a un determinado grupo de personas por carecer de residencia legal pues ello supone, en definitiva, una quiebra de la vocacional univer-

sal que preside la protección de la salud. En este sentido, debemos recordar que el artículo 43 CE no exige el requisito de la nacionalidad lo que, a su vez, se reitera en los Tratados internacionales suscritos por España en esta materia.

La conexión existente entre el derecho a la protección de la salud, asistencia sanitaria y derecho a la vida/integridad física es un elemento que ha sido menospreciado en la reforma del año 2012. La negación de asistencia sanitaria a una persona enferma afecta a las bases biológicas y psicológicas sobre las que se asienta su existencia lo que, a su vez, repercute negativamente en el ejercicio del resto de derechos fundamentales. Se produce una quiebra de la obligación de los poderes públicos de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” y de “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud” (artículo 9.2 CE). De esta manera, se vulnera el principio de justa igualdad de oportunidades al impedir que las personas enfermas del colectivo excluido del Sistema Nacional de Salud recuperen las capacidades que les permitan desarrollar de manera autónoma sus propios planes de vida. En definitiva, se discrimina a un determinado colectivo, especialmente vulnerable, por consideraciones puramente administrativas, esto es, la regularidad de su residencia. Asimismo, la reforma de 2012 olvida un dato relevante: la financiación de la sanidad pública se realiza a través de impuestos y no mediante cuotas a la Seguridad Social. Desde este punto de vista, se está privando al inmigrante irregular de la asistencia sanitaria a pesar de que contribuye al sostenimiento del sistema mediante el pago de impuestos indirectos.

Finalmente, debemos señalar que la privación de asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares solo encuentra apoyo en una justificación: el ahorro en las cuentas públicas del sistema sanitario. Como hemos señalado anteriormente, este argumento no puede tener cabida en la Constitución por los siguientes motivos. En primer lugar, no se trata de un interés que tenga expreso reconocimiento constitucional más allá de la referencia lejana del artículo 135 al principio de estabilidad presupuestaria que debe regir la actuación de las Administraciones Públicas. Y, en segundo lugar, la importancia de los intereses en juego –integridad física del enfermo y riesgos para la salud del conjunto de la sociedad- posee una importancia singular que –como ha señalado el Tribunal Constitucional- “no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico”. No podemos olvidar por otro lado que todos los análisis afirman que el ahorro pre-

supuestario es mínimo y coste del tratamiento no pone en peligro la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. En efecto, lo que realmente encarece el coste no es el incremento de la población atendida, ni siquiera el progresivo envejecimiento de la población con el consiguiente aumento de las enfermedades crónicas, sino la innovación tecnológica (Minué, 2014, 21).

En definitiva, la asistencia sanitaria debe ampliarse hasta cubrir a toda la población, incluidos aquellos que todavía no la necesitan, por cuanto, en definitiva, dicha necesidad se encuentra en el horizonte vital de todos los ciudadanos. La universalidad está relacionada con la titularidad del derecho, no con su ejercicio. Es posible que esta situación se revierta en un futuro no muy lejano. En efecto, tras las elecciones autonómicas y locales de mayo de 2015, varias Comunidades Autónomas (Aragón, Valencia, Baleares y Cantabria) han devuelto la asistencia sanitaria a los inmigrantes supeditándola, básicamente, al requisito de encontrarse empadronada. Tras estos anuncios, el Gobierno central ha manifestado que previsiblemente abordará esta cuestión en el mes de septiembre de 2015 lo que se traducirá en una reforma de la normativa vigente. A tal efecto, el borrador del Gobierno pretende condicionar la asistencia sanitaria al cumplimiento de varios requisitos que serían la necesidad de que lleven empadronados en España al menos seis meses, carezcan de cobertura sanitaria por cualquier otra vía y que la unidad familiar no perciba más de 532 euros al mes<sup>9</sup>. Dicha propuesta no ha sido aceptada por las Comunidades Autónomas gobernadas por el P.S.O.E. que exigen la derogación del Real Decreto-Ley 16/2012 al considerar que la atención sanitaria integral es un derecho humano básico. Coincidiendo con esta negociación política, la Agencia Europea de Derechos Fundamentales ha publicado un informe en el que concluye que los Estados Miembros "gastan menos en la atención sanitaria de los migrantes si se tratan antes, en vez de esperar a que necesiten un tratamiento en urgencias<sup>10</sup>". Este estudio, por tanto, contradice uno de los motivos que invocó el Gobierno central para impulsar la reforma sanitaria del año 2012.

---

## Bibliografía

Alzaga, O., Gutiérrez, I, Reviriego, F. y Salvador, M. (2012): *Derecho político según la Constitución*

- de 1978, Vol. II, Madrid, Ramón Areces.
- Arnsperger, C. y Van Parijs, P. (2002): *Ética económica y social. Teorías de la sociedad justa*, Barcelona, Paidós.
- Borrajo Dacruz, E. (1996): "Artículo 43. Protección de la salud", en Alzaga Villaamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IV, Madrid, Cortes Generales- Editoriales de Derecho Reunidas, pp. 195 y ss.
- Buchanan, A.E. (1984): "A Right to a Decent Minimum of Health Care", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 13, núm.1, pp. 55-78.
- De Castro Cid, B. (1998): "Estado social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales", en *Derechos y Libertades*, n. 6, pp. 22 y ss.
- De Esteban, J. y López Guerra, L. (1980): *El régimen constitucional español*, Barcelona, Labor.
- De la Sierra, C. (2007): "Un panorama sobre la discusión actual en justicia sanitaria", *Revista ACTIO*, núm. 9, pp. 151-171.
- De Lora del Toro, P. (2007): "Justicia distributiva sanitaria. ¿Penalizar al enfermo «culpable» de su condición?", *Humanitas. Humanidades Médicas*, núm. 22, diciembre, pp. 11-21.
- Del Rey Guanter, S., (1998): "El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional", *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 6, pp. 161-168.
- De Val Tena, A. L., (2002): "El derecho de los extranjeros a la protección de la salud", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 109, pp. 45-77.
- Daniels, N. (1981): "Health-Care Needs and Distributive Justice", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, núm. 2, pp. 146-179.
- Daniels, N. (2008): *Just Health. Meeting Health Needs Fairly*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Díez-Picazo, L.M<sup>a</sup>. (2008): *Sistema de derechos fundamentales*, 3<sup>a</sup> edición, Navarra, Thomson-Civitas.
- Dworkin, R. (1993): "Justice in the Distribution of Health Care", *McGill Law Journal*, vol. 38, núm. 4, pp. 883-898.
- Dworkin, R. (1994): "Will Clinton 's Plan Be Fair?: An Exchange", *The New York Review of Books*, vol. XLI, disponible en el siguiente enlace: <http://www.nybooks.com/articles/archives/1994/jan/13/will-clintons-plan-be-fair/>.
- Dworkin, R. (2000): *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, London.
- Engelhardt, H.T. (1995): *Los fundamentos de la bioética*, Paidós, Barcelona.
- Epstein, R. (1999): *Mortal Peril: Our Inalienable Right to Health Care?*, Massachusetts Books, Cambridge.
- Escobar Roca, G. (2008): "Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud", *Revista de Derecho Político de la UNED*, núm. 71-72, pp. 113-148.
- Escobar Roca, G. (2012): *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Navarra, Aranzadi.
- Fernández García, E. (1987): *La obediencia al Derecho*, Civitas, Madrid.
- Guzmán Urrea, M<sup>a</sup> (2006): "Aportes de las teorías de la justicia de John Rawls y Amartya Sen en la interpretación de la justicia sanitaria", *Revista Colombiana de Filosofía de la Ciencia*, vol. VII, núm. 14-15, pp. 35-61.

- Jiménez Campo, J. (1996): "Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales". En Alzaga Villaamil, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IV, Madrid, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, pp. 439-529.
- Jiménez Campo, J. (1999): *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta.
- Legido-Quigley, H., Urdaneta, E. González, A., La Parra, D., Muntaner, C., Álvarez-Dardet, C., Martín-Moreno, J.M. y McKee, M. (2013): "Erosion of universal health coverage in Spain", *The Lancet*, núm. 382, vol. 382, pp. 990-997.
- Lema Añón, C., (2002): "¿Es posible un derecho a la protección de la salud? Las propuestas negadoras", *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, vol. XI, núm. 2, pp. 69-82.
- Lema Añón, C., (2009): *Salud, Justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Madrid, Dykinson/ Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/ Universidad Carlos III de Madrid.
- León Alonso, M. (2009): *La protección constitucional de la salud en el marco del Estado social y democrático de Derecho*, Tesis Doctoral, Salamanca.
- Martínez de Pisón, J., (2006): "El derecho a la salud: un derecho social esencial", en *Derechos y Libertades*, n. 14, Época II, enero, pp. 129-150.
- Martínez Oliva, L. (2004): "La equidad en la asignación de recursos en salud. Una conciliación entre la ética de máximos y el mínimo decente", *Clínica y Ciencia*, vol. 2, núm. 1, suppl. 1, pp. S1-S9.
- Minué Lorenzo, S. (2014): "Enfermedad y exclusión social: de la salud como derecho a la salud como mercancía", *Eidón*, Fundación Ciencias de la Salud, núm. 42, pp. 42-30.
- Nagel, T. (2005): "Rawls y el liberalismo", *Estudios Públicos*, núm. 97, pp. 219-243.
- Nino, C. (1989): *Ética y derechos humanos*, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires.
- Nozick, R (1990): *Anarchy, State and Utopia*, Fondo de Cultura Económica, México.
- Puyol González, A. (1999): "Ética, derechos y racionamiento sanitario", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, pp. 581-605.
- Queralt, J. (2014): "La igualdad de recursos de Ronald Dworkin: ¿una concepción fallida?", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, pp. 17-36.
- Reviriego Picón, F. y Alguacil González-Aurioles, J. (2014): "La protección de la salud en la Constitución española", en Fernández-Coronado, A. y Pérez Álvarez, S. (dir.), *La protección de la Salud en tiempos de crisis. Nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 11-29.
- Rodríguez de Santiago, J.Mª., (2007): *La Administración del Estado social*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- Sade, R.M. (1971): "Medical Care as a Right: A Refutation", *New England Journal of Medicine*, vol. 285, núm. 23, pp. 1288-1292
- Vázquez, Mª L., y otros (2014): "Reflexiones sobre el impacto de la crisis en la salud y la atención sanitaria de la población inmigrante", Informe SESPAS 2014, *Gaceta Sanitaria*, 2014, núm. 28, suppl. 1.
- Zúñiga Fajuri, A. (2006): *Justicia distributiva y derecho a la protección de la salud*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid.
- Zúñiga Fajuri, A. (2010): "Una teoría de la justicia para el cuidado sanitario: la protección de la salud en la Constitución después de la reforma AUGÉ", *Revista de Derecho*, vol. XXIII, núm. 2, pp. 113-130.

Zúñiga Fajuri, A. (2013): "La teoría distributiva de Dworkin y el derecho a la protección de la salud", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Sección Ensayos, año 20, núm. 1, pp. 323-338.

## Notas

1. Este precepto contemplaba el derecho, con carácter general, de los extrajeros que se encontraban en España a la asistencia sanitaria con independencia de su situación administrativa, si bien en la práctica se les exigía la inscripción en el padrón municipal.
2. Véase "Médicos del mundo denuncia la primera muerte por negar sanidad a los «sin papeles»", en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/05/03/espana/1367595025.html> (consultado 24 de agosto de 2015).
3. Datos de la OCDE sobre España: "La tasa de pobreza infantil subió en 3 puntos porcentuales a 21% (la media de la OCDE es de 13%) y la tasa de pobreza entre los jóvenes registró un salto de 5 puntos". Véase. <http://www.oecd.org/spain/OECD-SocietyAtaGlance2014-Highlights-Spain.pdf> (consultada el 10 de junio de 2015).
4. Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946. El acta fundacional fue firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.
5. El artículo 25.1 de la DUDH establece que: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".
6. En esta misma línea, podemos citar los artículos 11, 13 y 19.2 de la Carta Social Europea; y los artículos 31.3 y 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
7. La publicación de Informe Lolande en los años 70 sobre los factores que se asociaban a la salud de los canadienses, marcó una nueva concepción de la misma al enumerar los elementos que la afectaban: la biología humana, el entorno físico y social en el que las personas viven y trabajan, los estilos de vida, y los servicios sanitarios: <http://www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/medi-assur/faq-eng.php> (consultado 25 de agosto de 2015). En este mismo sentido, véase sobre los determinantes sociales de la Salud de la OMS: [http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789243563701\\_spa.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789243563701_spa.pdf) (consultado 25 de agosto de 2015).
8. Si se incluyera la salud en la lista de "bienes sociales primarios", deberíamos añadir otros como, por ejemplo, la vivienda, la educación o la Seguridad Social pues también tienen una importancia clave en el desarrollo de la persona.
9. Véase "Sanidad propone atender a los «sin papeles» que llevan al menos seis meses empadronados", en: <http://www.elmundo.es/salud/2015/09/02/55e6bb16ca4741545b8b457d.html> (consultado 6 de septiembre de 2015).
10. Véase "Europa concluye que es más barato dar asistencia sanitaria a los inmigrantes que llevarles a urgencias", en: [http://www.eldiario.es/desalambre/Europa\\_0\\_426958266.html](http://www.eldiario.es/desalambre/Europa_0_426958266.html) (consultado 3 de septiembre de 2015).