

VNIVERSITATŪ DE VALÈNCIA

Instituto de

Derechos Humanos

(Ū©) **Facultat de Dret**

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHOS HUMANOS, DEMOCRACIA Y JUSTICIA

INTERNACIONAL



**La titularidad universal del derecho a la salud: algunos
límites en su implementación**

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

María Dalli Almiñana

Dirigida por:

Profa. Dra. María José Añón Roig

Marzo, 2017

‘[...] it is not the mere presence of a social right, but the corresponding rules and preconditions, which dictate the extent to which welfare programs offer genuine alternatives to market dependence’

Gøsta Esping-Andersen

SUMARIO

Índice detallado	7
Introducción	13
Metodología	21
Capítulo 1. El derecho a la salud: titularidad universal	27
Capítulo 2. El derecho a la salud como derecho universal en el plano internacional de los derechos humanos	93
Capítulo 3. La asistencia sanitaria como servicio público. Sistemas de salud y alcance de la cobertura.....	145
Capítulo 4. Cobertura sanitaria universal y determinantes sociales de la salud	195
Capítulo 5. La titularidad en el Sistema Nacional de Salud español	229
Capítulo 6. La regresividad en el derecho a la salud como derecho universal	285
Summary	355
Resumen.....	367
Conclusions	381
Conclusiones	395
Bibliografía	411

ÍNDICE DETALLADO

INTRODUCCIÓN	13
METODOLOGÍA	21
<i>CAPÍTULO 1. EL DERECHO A LA SALUD: TITULARIDAD UNIVERSAL</i>	27
1.1. EL DERECHO SOCIAL A LA SALUD	28
1.1.1. Orígenes, concepto y concepciones del derecho a la salud	29
a) Orígenes históricos	29
b) Concepciones de salud y del derecho a la salud	33
1.1.2. Contenido: la multidimensionalidad y la complejidad del derecho	36
1.1.3. Fundamentos del derecho a la salud como derecho social	42
a) Teorías de fundamentación de los derechos sociales	44
b) La complementariedad entre las teorías y otras cuestiones: libertad e igualdad	50
1.1.4. Responsabilidades correlativas al derecho a la salud	59
1.2. LA UNIVERSALIDAD Y LA TITULARIDAD UNIVERSAL DEL DERECHO A LA SALUD	62
1.2.1. Concretando el objeto de estudio: la titularidad universal del derecho a la salud	63
1.2.2. Otros significados de la universalidad. La universalidad como generalidad. Derechos universales y derechos especiales	68
1.3. POSICIONES CONTRARIAS A LA TITULARIDAD UNIVERSAL	76
1.3.1. El derecho a la salud como derecho de beneficencia	77
1.3.2. El derecho a la salud como derecho de los trabajadores	82
1.3.3. El derecho a la salud como derecho de los nacionales o de los residentes legales	86

CAPÍTULO 2. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO UNIVERSAL EN EL PLANO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS 93

2.1. CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD 94

2.1.1. Reconocimiento internacional del derecho 95

2.1.2. Componentes y elementos del derecho a la salud 101

a) Componentes 102

b) Elementos: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, calidad 103

2.2. OBLIGACIONES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD 105

2.2.1. Tipología de las obligaciones 106

a) Obligaciones generales 107

b) Progresividad y no regresividad 110

c) Obligaciones mínimas 113

2.2.2. Otros sujetos responsables: la responsabilidad de los entes privados 116

2.3. LA CUESTIÓN DE LA UNIVERSALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS CRÍTICO 124

2.3.1. Reconocimiento de la titularidad universal del derecho a la salud 125

2.3.2. Algunos límites al reconocimiento universal de la asistencia sanitaria 126

a) ¿Asequibilidad o beneficencia? 127

b) Salud y Seguridad Social: ¿distinción clara? 130

c) Contradicciones en relación con la exigencia de estatus administrativos 137

CAPÍTULO 3: LA ASISTENCIA SANITARIA COMO SERVICIO PÚBLICO. SISTEMAS DE SALUD Y ALCANCE DE LA COBERTURA 145

3.1. LA PROTECCIÓN INSTITUCIONAL DE LA SALUD: LOS SISTEMAS DE SALUD 146

3.1.1. El Estado del bienestar: marco para la consolidación de los sistemas de

salud	146
3.1.2. De la salud en el Estado liberal a los modelos de protección clásicos	155
3.2. MODELOS DE SALUD Y UNIVERSALIDAD	159
3.2.1. Los modelos bismarckiano y beveridgeano de salud como superación de la atención residual	161
3.2.2. El modelo Beveridge como superación de la condicionalidad del empleo	163
3.2.3. La superación de las restricciones a la población inmigrante como tarea pendiente	168
3.3. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA UNIVERSALIDAD: ANÁLISIS COMPARATIVO	173
3.3.1. Algunas consideraciones previas: sistemas escogidos, financiación y gestión de los servicios sanitarios	173
3.3.2. El sistema de salud estadounidense como paradigma del modelo residual	177
3.3.3. Sistemas de tradición bismarckiana	179
3.3.4. Sistemas de tradición beveridgeana	185
3.3.5. Conclusiones: focos comunes de exclusión	189
<i>CAPÍTULO 4. COBERTURA SANITARIA UNIVERSAL Y DETERMINANTES SOCIALES DE LA SALUD</i>	195
4.1. LA OMS Y LA COBERTURA SANITARIA UNIVERSAL	195
4.1.1. El objetivo de cobertura sanitaria universal	196
4.1.2. OMS, cobertura universal y derecho a la salud	202
4.1.3. La propuesta desde los parámetros de la universalidad	206
4.2. DETERMINANTES SOCIALES DE LA SALUD	211
4.2.1. Reconocimiento de los determinantes sociales de la salud	211
4.2.2. Factores sociales, desigualdades y universalidad	215
4.2.3. Indivisibilidad e interdependencia entre los derechos humanos	217

4.2.4. Desigualdades económicas e influencias en la salud.....	221
--	-----

CAPÍTULO 5. LA TITULARIDAD EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

<i>ESPAÑOL</i>	229
----------------------	-----

5.1. EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD HACIA LA COBERTURA

UNIVERSAL.....	230
----------------	-----

5.1.1. Configuración de la sanidad como servicio público en España.....	231
---	-----

5.1.2. Creación y evolución del Sistema Nacional de Salud	235
---	-----

a) Cobertura	236
--------------------	-----

b) Financiación.....	242
----------------------	-----

c) Organización territorial de la asistencia sanitaria	247
--	-----

d) Provisión.....	251
-------------------	-----

5.1.3. El sistema sanitario español hacia el modelo Beveridge y la cobertura

universal.....	254
----------------	-----

5.2. RETROCESOS EN UNIVERSALIDAD: EL REAL DECRETO-LEY

16/2012	256
---------------	-----

5.2.1. Crisis y transformación de los Estados del bienestar.....	257
--	-----

5.2.2. El Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril	259
--	-----

a) Explicación del Real Decreto-ley 16/2012 y otra normativa relevante	260
--	-----

b) Colectivos afectados.....	263
------------------------------	-----

c) Aplicación del Real Decreto-ley 16/2012 y recursos contra la norma	268
---	-----

5.2.3. Dos problemas relacionados con la universalidad: exclusiones y condición de contribución	281
--	-----

CAPÍTULO 6. LA REGRESIVIDAD EN EL DERECHO A LA SALUD COMO

<i>DERECHO UNIVERSAL</i>	285
--------------------------------	-----

6.1. MEDIDAS REGRESIVAS QUE AFECTAN A LA UNIVERSALIDAD:

ALGUNOS LÍMITES A SU JUSTIFICACIÓN	286
--	-----

6.1.1. El fin legítimo y el juicio de proporcionalidad	288
6.1.2. Limitaciones a la universalidad y contenido esencial.....	297
6.1.3. La regresividad del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril	304
6.2. LAS GARANTÍAS DEL DERECHO A LA SALUD: SOBRE EL GRADO DE INTERVENCIÓN JUDICIAL.....	310
6.2.1. Mecanismos actuales de protección.....	312
a) Protección en el ámbito internacional.....	312
b) Protección en los ámbitos regionales.....	315
c) Protección en el ámbito estatal	320
6.2.2. Las garantías judiciales necesarias para el derecho a la salud: entre el control robusto de constitucionalidad y la justicia dialógica	328
6.3 ARGUMENTOS DE PROTECCIÓN INDIRECTA DEL DERECHO A LA SALUD FRENTE A LA SENTENCIA 139/2016, DE 21 DE JULIO, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	337
6.3.1. La sentencia 139/2016, de 21 de julio, del Tribunal Constitucional	338
a) Pronunciamientos anteriores del Tribunal Constitucional en relación con la vigencia de las normas autonómicas.....	338
b) Análisis de los motivos materiales: no vulneración del derecho a la salud.....	341
c) Los aspectos formales: la utilización del Real Decreto-Ley.....	346
6.3.2. Protección indirecta de los derechos sociales: motivos para la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril.....	349
SUMMARY	355
RESUMEN	367
CONCLUSIONS	381
CONCLUSIONES	395
BIBLIOGRAFÍA	411

INTRODUCCIÓN

En abril de 2012 se aprobó una medida que modificaba la regulación sanitaria en España, el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. En concreto, la norma suponía la introducción de una serie de cambios que afectarían, de forma principal, a las condiciones para acceder a las prestaciones sanitarias. Inmediatamente, diferentes organizaciones no gubernamentales y colectivos se hicieron eco de la reforma, denunciando que a los inmigrantes en situación administrativa irregular se les iba a restringir el acceso al Sistema Nacional de Salud. La reforma sanitaria se aprobó en un contexto económico y político marcado por la adopción de diferentes medidas de ajuste económico desde hacía ya varios años. Medidas que influían negativamente en cuestiones como la vivienda, la alimentación, las pensiones, las condiciones laborales, la salud. Especialmente, la regresividad reducía la efectividad de una clase de derechos, los sociales, que, sin embargo, llegan a afectar también a otros como la vida o la integridad física. Ahora bien, los derechos sociales no se consideran por la mayoría de ordenamientos jurídicos como derechos fundamentales, ni suelen acompañarse de un sistema de garantías eficaces, por lo que las posibilidades de desafiar las modificaciones regresivas alegando una vulneración de derechos resultan más difíciles. Esta circunstancia fue determinante para concretar el tema al que dedicar la investigación, esto es, esos derechos que se dirigen a satisfacer las necesidades más básicas de las personas pero que, no obstante, necesitan voces que recuerden su importancia y reclamen su consideración como auténticos derechos humanos por los ordenamientos jurídicos.

Uno de los derechos más frecuentemente afectados por las medidas regresivas en derechos sociales es la salud, y, especialmente, las prestaciones de asistencia sanitaria. En concreto, las reformas que restringen el acceso a los servicios sanitarios son particularmente graves, pues desafían el reconocimiento formal de la titularidad de los derechos e implican, en definitiva, que a una persona enferma se le puede denegar la atención sanitaria que necesita. El colectivo más perjudicado por el Real Decreto-ley

16/2012 es la población inmigrante que se encuentra en situación irregular en España. Además, al abordar en profundidad este tipo de limitaciones a la universalidad del derecho a la salud, se hace necesario ir al fondo del asunto. Así, ello supone realizar un estudio desde el análisis de los modelos sanitarios, atendiendo a la situación de otros países, así como identificar otros colectivos y grupos igualmente excluidos del acceso a la asistencia sanitaria.

En este sentido, las restricciones que enfrentan los inmigrantes en situación irregular para acceder a la asistencia sanitaria no son un hecho aislado. De hecho, es la práctica generalizada de la mayoría de países limitar las prestaciones de salud sostenidas por el Estado a quienes no se encuentran legalmente en sus territorios. Ocurre, por ejemplo, en la mayoría de países europeos, como Noruega, Alemania, Reino Unido, Dinamarca, Suecia o Suiza. Asimismo, un estudio desde la perspectiva de los diferentes modelos sanitarios permite identificar otro tipo de restricciones. Uno de ellos es el conocido como modelo Bismarck, fuertemente vinculado con la contribución social, dirigido especialmente a ofrecer las prestaciones sanitarias a los trabajadores formales y a sus familias. Otro tipo de sistema sanitario es el liberal o residual, que atiende únicamente a la población más necesitada sin la capacidad económica suficiente para acceder a los servicios sanitarios privados a través del mercado, como ocurre en Estados Unidos. El tercer modelo del bienestar, siguiendo la tipología de autores como Titmuss o Esping-Andersen, es el institucional-redistributivo o social-demócrata. Este modelo suele incluir sistemas sanitarios de tipo beveridgeano, en los cuales, a pesar de caracterizarse por ofrecer una atención sanitaria universal y financiada a través de impuestos, las restricciones a los inmigrantes sin residencia legal son habituales. Ahora bien, como se comentaba, esta exclusión no es característica de ningún tipo de sistema sino, más bien, generalizada. Señalar, también, que los modelos responden a tipos ideales, cuya aplicación práctica será analizada en el tercer capítulo.

Así pues, tras un primer análisis desde la perspectiva de los modelos del bienestar y de los modelos de salud, las limitaciones principales para la asistencia sanitaria universal resultan ser las que vinculan el acceso a las prestaciones a las condiciones de

capacidad económica, de contribución social o de residencia legal en el territorio. En el trabajo no se tienen en cuenta sistemas en los que el Estado no financia en absoluto las prestaciones sanitarias y todo se deja a merced del mercado, pues en estos casos no hay limitaciones a la universalidad, sino una ausencia de reconocimiento de la asistencia sanitaria de forma generalizada. De esta forma, la titularidad universal del derecho a la salud se ha de poder hacer real en el plano de la implementación, por lo que se aboga por una interpretación de la titularidad de los derechos cercana al elemento de la accesibilidad. Además, los derechos sociales requieren de obligaciones positivas de prestación por parte de los Estados para su cumplimiento. En esta línea, se considera que la atención sanitaria no ha de sujetarse a un precio, a costes directos o a la suscripción de un seguro de los que dependa directamente el acceso a la misma. Por ello, el contexto a partir del cual se explica la implementación de la asistencia sanitaria es el de la consolidación de la misma como servicio público en el marco de los Estados del bienestar.

De forma principal, la búsqueda de una respuesta ante las limitaciones a la asistencia sanitaria universal se realiza en el marco de los derechos humanos y, en concreto, en el derecho a la salud. Se parte del entendimiento de este como un derecho humano social complejo, universal y esencial para la satisfacción de las necesidades sanitarias. Ahora bien, esta afirmación no es una cuestión pacífica, existiendo posiciones teóricas contrarias a la consideración de la salud como derecho a garantizar para todas las personas. Por lo que se refiere a la positivización internacional, se progresa en general hacia el entendimiento de todos los derechos como indivisibles e interdependientes. En este punto, destaca la doctrina de los órganos encargados de la supervisión de los tratados. Sin embargo, por lo que se refiere a la titularidad del derecho, el desarrollo es confuso, con disposiciones que reconocen la universalidad, pero que a la vez son neutras en cuanto al tipo de modelo sanitario más adecuado para realizar el derecho a la salud, y se identifican algunas contradicciones. Por ejemplo, mientras que se reconoce el derecho a la salud a ‘toda persona’ en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 28 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores

migratorios y de sus familiares, reconoce a estas personas únicamente la asistencia sanitaria en caso de urgencias. En este sentido, se hace necesario atender a la regulación del derecho a la salud, y, también, a algunos desarrollos recientes de la Organización Mundial de la Salud relacionados con la universalidad, como el objetivo de cobertura sanitaria universal.

De esta forma, el problema inicial que el trabajo trata es la existencia de condiciones que impiden a algunas personas acceder a los servicios sanitarios. La hipótesis es que se dan restricciones, lagunas y contradicciones, por lo que los modelos institucionales de salud pueden no haber alcanzado una cobertura universal, y respecto a lo cual el desarrollo positivo del derecho a la salud no parece tener una respuesta clara. Por ello, el objetivo principal del trabajo es identificar cuáles son los principales límites institucionales que afectan al ejercicio efectivo de la titularidad universal de la atención sanitaria, y la búsqueda de respuestas en el derecho a la salud. Como parte de aquel objetivo, es posible distinguir varias preguntas concretas: ¿qué significa la universalidad del derecho a la salud? ¿cuáles son los grupos principalmente excluidos de la cobertura sanitaria? ¿qué respuestas tiene el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y cuáles son sus limitaciones? ¿cuáles son los límites de los principales modelos sanitarios para ofrecer una asistencia sanitaria universal? A la vista de todo ello, ¿cómo se pueden analizar los cambios efectuados en el Sistema Nacional de Salud español en relación con la accesibilidad? ¿qué garantías existen en la actualidad para frenar medidas regresivas en universalidad, y cuáles serían las más adecuadas? En el apartado que explica la metodología del trabajo se explicará cómo se ha intentado responder a estas preguntas.

En concreto, los obstáculos que se estudian para acceder a los servicios sanitarios son aquellos que se imponen institucionalmente de forma directa al articular el reconocimiento del bien sanitario en base a condiciones como la capacidad económica, el trabajo o la vinculación formal con un territorio. No obstante, en relación con este último caso, el de los obstáculos que enfrentan los inmigrantes en situación irregular, se trata de una problemática de raíces más profundas, que tiene su origen en una

determinada concepción de ciudadanía vinculada a la nacionalidad. Por ello, si bien el resto de colectivos tienen en principio reconocidos sus derechos, la consideración del inmigrante irregular como sujeto de derechos por parte del Estado en que se encuentre es una tarea pendiente.

De este modo, una aclaración previa al análisis que el trabajo efectúa es que las limitaciones a la cobertura universal estudiadas en el mismo son problemáticas distintas entre sí y cada una de ellas responde a orígenes y razones diferentes. De otro lado, con la finalidad de acotar el objeto de estudio, no se tratan los obstáculos que, obedeciendo a causas de discriminación sistémica, afectan a algunos grupos vulnerables. Por ejemplo, las desigualdades en el acceso a los servicios públicos que sufren las personas con discapacidad u otros sectores marginados como la población de etnia gitana. Para atender a estas situaciones de discriminación, de vulnerabilidad, a las estructuras de dominio y subordinación, se hace necesario insistir en la igualdad como diferenciación. Ello trasciende a un primer sentido de la igualdad que es el del reconocimiento universal de los derechos. Más allá, en el plano de la efectividad, son necesarias las políticas de diferenciación dirigidas a los sujetos entendidos de forma contextual, así como el reconocimiento de derechos especiales, en caso de necesidades particulares o específicas, no compartidas por todos. Si en un primer plano nos situamos en el proceso de generalización de los derechos, el segundo es el de especificación. Así, este trabajo incide en que el proceso de generalización de los derechos sociales, como el derecho a la salud, no se ha completado, al existir limitaciones para el acceso al mismo en el reconocimiento e implementación de la asistencia sanitaria. Otra acotación es que el estudio se centra, de modo principal, en el derecho concreto de la asistencia sanitaria, que es parte de un derecho más amplio, el derecho a la salud. Todas estas cuestiones serán tratadas a lo largo del primer capítulo del trabajo.

Para finalizar este apartado introductorio, a continuación se realizará una breve referencia a cada uno de los capítulos, lo cual servirá asimismo para presentar la estructura de la tesis. Tras los diferentes capítulos, en la tesis se incluye un resumen de

la misma y las conclusiones (también en inglés, a efectos de la mención internacional) y, finalmente, la bibliografía.

El capítulo primero lleva por título ‘El derecho a la salud: titularidad universal’ y trata la fundamentación de este derecho y la cuestión de la titularidad. El primer apartado explica el derecho a la salud como derecho social y las teorías justificativas. Posteriormente, se estudia el principio de universalidad, sus diferentes significados y se concreta el objeto de estudio en la titularidad universal de la asistencia sanitaria. En tercer lugar, se analizan las posturas contrarias a la misma, esto es, las limitaciones que se presentan al entender el derecho a la salud como un derecho de beneficencia, ligado a la contribución social o vinculado a la residencia legal en un territorio.

A continuación, el segundo capítulo, ‘El derecho a la salud como derecho universal en el plano internacional de los derechos humanos’, analiza el desarrollo internacional del derecho a la salud. En primer lugar, se repasa el reconocimiento del derecho por los tratados internacionales, tanto en el ámbito de las Naciones Unidas como en los planos regionales de protección, y se explica el contenido del mismo, es decir, sus componentes y elementos. Asimismo, en el segundo apartado, se estudian las obligaciones que se han desarrollado para el cumplimiento del derecho a la salud. Finalmente, se atiende a la cuestión de la universalidad del derecho y, en este sentido, se analizan críticamente algunos límites al reconocimiento universal de la asistencia sanitaria.

El tercero de los capítulos del trabajo, titulado ‘La asistencia sanitaria como servicio público. Sistemas de salud y alcance de la cobertura’, se centra en la cuestión de la implementación de la asistencia sanitaria a través de los diferentes modelos de salud. Así, un primer apartado explica el origen de estos modelos del bienestar, para posteriormente ser analizados desde el punto de vista de su cobertura más o menos universal. El último apartado incluye un análisis comparativo de algunos sistemas sanitarios que existen en la actualidad, con la finalidad de identificar focos comunes de exclusión de acuerdo con la explicación anterior.

Con posterioridad, el capítulo cuarto continúa con la perspectiva de la implementación de la asistencia sanitaria a través de políticas públicas. Como su título indica, ‘Cobertura sanitaria universal y determinantes sociales de la salud’, se explican estos dos conceptos que responden a desarrollos recientes que se han llevado a cabo, principalmente, por la Organización Mundial de la Salud. Tras explicar ambas propuestas, se evalúan desde el punto de vista de la universalidad, tal y como se entiende la misma en el capítulo primero. El primer apartado centra la atención en la cobertura sanitaria universal, mientras que el segundo explica el concepto de los determinantes sociales de la salud.

De otro lado, el quinto capítulo incluye el caso de estudio del trabajo. Es decir, la reforma sanitaria articulada en España en el año 2012, a través del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, y vigente desde entonces. Así, el capítulo ‘La titularidad en el Sistema Nacional de Salud español’, en primer lugar, repasa la formación y evolución de este sistema sanitario hacia el modelo beveridgeano. El segundo apartado estudia los retrocesos en la titularidad universal del derecho a la salud y que se deben a la normativa mencionada. Se explican, entre otras cuestiones, en qué consiste la reforma, cuáles son los colectivos afectados y los problemas para la universalidad.

Por último, el capítulo ‘La regresividad en el derecho a la salud como derecho universal’ tiene el objetivo de analizar las posibilidades garantistas que quedan tras la adopción de medidas regresivas que afectan a la titularidad, como la analizada en el anterior capítulo. Así, un primer apartado estudia el concepto de regresividad y los límites a su justificación, que se derivan de la legitimidad del fin de la norma regresiva y del respeto al contenido esencial del derecho. En segundo lugar, se analizan las garantías del derecho a la salud existentes en la actualidad en los diferentes planos de protección, y se plantean cuáles serían las adecuadas, centrandó la atención en la intervención judicial. Finalmente, el tercer apartado estudia la sentencia 139/2016, de 21 de julio, del Tribunal Constitucional, que resuelve sobre la constitucionalidad de la reforma sanitaria tratada en el capítulo quinto. Se atiende, pues, a los argumentos de la

sentencia y, para finalizar, se exponen los motivos por los cuales se podría haber apreciado la inconstitucionalidad de la medida regresiva, en la línea de la protección indirecta del derecho a la salud a través de la interrelación de los derechos, a la luz de los tratados internacionales.

METODOLOGÍA

Como se ha señalado en el apartado introductorio, el objetivo principal del trabajo es el análisis de los límites institucionales para el acceso universal a la atención sanitaria. Ahora bien, para concretar el objetivo, ha sido de utilidad delimitar el problema al que se intenta dar respuesta. Este problema viene determinado por la constatación práctica de que no toda persona tiene un acceso reconocido a los servicios sanitarios. Una vez delimitado el objetivo principal, se han diferenciado varias preguntas concretas, que se intentan responder como parte de aquel objetivo más amplio a lo largo de los diferentes capítulos. Así, del estudio del estado de la cuestión, explicado en la introducción, es fácil mantener como hipótesis inicial la existencia de restricciones y condiciones que, impuestas institucionalmente, impiden la universalidad de la asistencia sanitaria, problema respecto al cual los modelos de salud y la regulación del derecho no parecen tener una respuesta clara.

El objetivo y las preguntas del trabajo de investigación se han intentado responder a través de la adopción de una perspectiva interdisciplinar. Principalmente, de la Filosofía del Derecho, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Teoría Política y las políticas públicas y el Derecho Constitucional. A continuación se señala la perspectiva predominante al tratar las diferentes cuestiones, siguiendo el orden de los capítulos.

Así pues, en primer lugar, el punto de partida es el estudio de la fundamentación filosófico-jurídica del derecho a la salud como un derecho humano social. Desde esta óptica se estudia la universalidad de este derecho y se explora su significado. El objeto de estudio del que se parte es, pues, este principio moral, y en relación con el mismo, otros valores vinculados, como el de la igualdad. Una vez se concreta el tema de estudio principal en la característica de la titularidad de la asistencia sanitaria, se tratan las posiciones teóricas contrarias a su carácter universal, a la vez que se identifican los grupos que resultan principalmente excluidos. Este punto de partida implica que, al

analizar posteriormente las respuestas existentes en el desarrollo positivo del derecho a la salud, así como en la implementación del mismo a través de los sistemas sanitarios, la perspectiva que se adopta es predominantemente crítica. Así, por ejemplo, se analiza el desarrollo del derecho a la salud en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, examinando críticamente la regulación de la titularidad. En este punto, el objeto de estudio serán no ya los principios o conceptos morales sino las normas jurídicas. En definitiva, desde este marco que ofrece el Derecho Internacional se buscan respuestas para la cuestión de la universalidad de la salud.

Por otra parte, para conocer las restricciones que existen actualmente en el reconocimiento de una asistencia sanitaria para todas las personas, se hace necesario estudiar el nivel de protección efectiva que ofrecen los diferentes modelos de salud, modelos en los que es posible encuadrar la mayoría de los sistemas sanitarios. En este punto ha predominado la perspectiva politológica, desde la cual se estudian los modelos sanitarios clásicos que surgen en el marco de la formación de los Estados del bienestar, y se incluye un análisis comparativo de la cobertura que ofrecen diferentes sistemas sanitarios en la actualidad. La perspectiva de las políticas públicas, así como de la salud pública, también se tiene en cuenta cuando se analizan dos desarrollos importantes de la Organización Mundial de la Salud, como organización especializada de las Naciones Unidas en materia de salud pública con una naturaleza más técnica que jurídica. Estos desarrollos son el objetivo de la cobertura sanitaria universal y los determinantes sociales de la salud. Su estudio, así pues, se considera relevante para abarcar el tema de la universalidad de la salud de forma adecuada, atendiendo a dos cuestiones que escapan del enfoque exclusivamente jurídico, pero que en la actualidad cobran cada vez más importancia para hacer eficaz el derecho a la salud, y de esta forma son estudiadas por parte de académicos y actores internacionales de diversas disciplinas.

La perspectiva jurídica vuelve a predominar cuando se estudia la regulación del Sistema Nacional de Salud español, su evolución así como las reformas recientes. Este puede considerarse como el caso de estudio del trabajo. Así, a la vista de las explicaciones anteriores, es posible evaluar la reforma sanitaria implementada a través

del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, e identificar de este modo los retrocesos que supone para la universalidad de la asistencia sanitaria. Como respuesta al estudio de esta medida regresiva, finalmente, en el último capítulo se analizan las garantías que existen en la actualidad para poder frenar y remediar la regresividad que afecta a la titularidad universal y a la accesibilidad de los servicios sanitarios. Este análisis tiene lugar desde la Filosofía del Derecho y el Derecho Constitucional, examinando el concepto de regresividad, las garantías del derecho a la salud, la justiciabilidad de este derecho y el papel de los tribunales para evaluar de la forma más adecuada las medidas regresivas mediante la intervención judicial.

De esta forma, de la óptica interdisciplinar que se adopta en la investigación se pueden extraer algunas razones por las que el trabajo podría ser de utilidad. En este sentido, de un lado, el desarrollo internacional del derecho a la salud se caracteriza por su neutralidad a la hora de preferir un modelo sanitario u otro para su implementación, a la vez que algunos obstáculos carecen de un tratamiento adecuado. Al mismo tiempo, de otro lado, evaluar los modelos sanitarios desde las exigencias de la universalidad de los derechos, permite identificar restricciones que presentan sistemas del bienestar que en la actualidad están ampliamente consolidados, como el de éxito-rendimiento. En definitiva, se considera que el énfasis en la titularidad universal puede ser útil tanto para analizar los modelos institucionales de la salud como para la ciencia jurídica a la hora de hacer eficaz el acceso a este derecho. La preferencia por un modelo de políticas públicas u otro, por otra parte, no responde a una posición ideológica previa de la cual parta la investigación, sino que, al contrario, en algún caso resultaría del análisis sobre cuál es el modo más adecuado y eficaz de garantizar la asistencia sanitaria a todas las personas desde el punto de partida.

La explicación anterior responde, en cierto sentido, a la cuestión de la metodología que se ha utilizado para la elaboración del trabajo. Así, el método aplicado es el frecuentemente empleado para la investigación en las ciencias teórico-jurídicas y politológicas. Entre los diferentes métodos que pueden utilizarse, principalmente se ha llevado a cabo la lectura de fuentes escritas, esto es, fuentes doctrinales e informes

elaborados por diferentes organismos. Además, se ha incluido un caso de estudio, si bien el objetivo principal consiste en abordar cuestiones de aplicación general. Algunos métodos específicos utilizados son: la revisión de la literatura teórica relevante, el análisis de conceptos morales y su aplicación al ámbito práctico, el examen de normativa internacional y de la regulación legal y administrativa del objeto de estudio, la atención a diversos sistemas políticos en su función de provisión del bienestar a través del método comparado, y el estudio de la jurisprudencia relevante de los tribunales internacionales y de órganos judiciales estatales.

Para concluir, cabe mencionar algunas consideraciones prácticas que refieren cuestiones como la financiación, el tiempo disponible para la investigación y la formación de la autora. La realización de la tesis doctoral ha sido posible gracias a la financiación derivada de un contrato predoctoral, en el marco de las ayudas predoctorales ‘Atracció del Talent’ de la Universitat de València. Tras los estudios de licenciatura en Derecho, y de Máster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional, en la Universitat de València, se procedió al inicio de los estudios de Doctorado del mismo nombre en septiembre de 2013. El tiempo del que se ha dispuesto para la realización de la tesis ha sido, aproximadamente, de tres años y medio desde la matrícula en el mencionado programa. En este periodo la autora ha estado vinculada al Institut de Drets Humans de esta Universitat. De otro lado, en el curso de la investigación ha influido de forma principal la orientación recibida de la directora, la profesora María José Añón. También han sido muy enriquecedoras las estancias realizadas en el Departamento de Derecho Internacional Público de la Universidad de Groningen (Países Bajos), junto a la profesora Brigit Toebes (especializada en el derecho a la salud) y el grupo *Global Health Law Groningen*, y en el Departamento de Filosofía de la *University College London* (Reino Unido), con los profesores Jonathan Wolff (actualmente *Blavatnik Chair* en políticas públicas en la Universidad de Oxford) y James Wilson (codirector del *Health Humanities Center* y director del Máster en Filosofía, Políticas y Economía de la Salud de la UCL). Igualmente, cabe destacar la formación adquirida a través de cursos, seminarios y la participación en congresos, la colaboración con organizaciones como el Observatori DESC en Barcelona y con la Clínica Jurídica per la

Justicia Social de la Universitat de València, así como la docencia en las asignaturas sobre derechos humanos y derechos sociales en el Departamento de Filosofía del Derecho de esta Universitat.

CAPÍTULO 1. EL DERECHO A LA SALUD: TITULARIDAD UNIVERSAL

El fundamento de los derechos humanos o los principios inspiradores de los mismos han sido cuestiones tradicionalmente abordadas desde la teoría jurídica de los derechos humanos. Este trabajo parte, con el presente capítulo, de este enfoque filosófico-jurídico, para repasar algunas cuestiones básicas de fundamentación del derecho a la salud. En concreto, se profundizará en la cuestión de la universalidad. El principio de universalidad es uno de los principios inspiradores de los derechos humanos, así como una característica intrínseca de los mismos que cualifica la cuestión de la titularidad.

Así pues, este primer capítulo del trabajo tiene un doble objetivo. El primero es abordar un acercamiento al significado y fundamento del derecho a la salud. El segundo objetivo es presentar la cuestión de la universalidad de este derecho. En cuanto a la segunda de las cuestiones, de un lado, se tratarán los diferentes significados de la universalidad y se concretará el objeto de estudio en la titularidad universal del derecho a la salud. De otro lado, se explicarán una serie de límites contrarios a esta titularidad universal, posiciones o argumentos teóricos que habitualmente niegan la misma. Este análisis ofrece una base teórica a partir de la cual se estudiará, en los capítulos posteriores, cómo esos límites están todavía por superar tanto en el reconocimiento jurídico-positivo del derecho (capítulo segundo) como en la implementación de la asistencia sanitaria a través de los modelos de sistemas de salud existentes (capítulo tercero).

Por lo que se refiere a la estructura del capítulo, un primer apartado abordará algunas cuestiones generales que a la vez son necesarias para introducir el trabajo, como los orígenes históricos del derecho a la salud o las teorías justificativas. El segundo apartado se centrará en la explicación de la universalidad de los derechos humanos y, en concreto, en la titularidad universal del derecho a la salud. En tercer lugar, se atenderá a los argumentos que se presentan contrarios a esta asignación

universal del derecho a todas las personas.

1.1. EL DERECHO SOCIAL A LA SALUD

Una primera aproximación al derecho a la salud puede comenzar explicando sus orígenes históricos, así como su significado y las diferentes concepciones del mismo. En la actualidad, por derecho a la salud se entiende habitualmente el derecho tal y como se ha reconocido en textos internacionales o en las constituciones nacionales. Lo mismo suele ocurrir con su contenido, que ha sido desarrollado, por ejemplo, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (en adelante, Comité DESC). Sin embargo, hay una diferencia entre entender el derecho a la salud en base a su reconocimiento y entenderlo de forma independiente a este, como derecho humano con un fundamento y un valor más allá de su reconocimiento efectivo. En este sentido, se entienden los derechos humanos como derechos naturales más allá de derechos legales, y de esta forma se atiende a cuestiones como las teorías justificativas del derecho a la salud que no se derivan precisamente en su reconocimiento jurídico. No obstante, antes de analizar cuestiones de fundamentación, en primer lugar se tratarán los orígenes históricos del derecho y en relación con ello los antecedentes de este reconocimiento. Así, si bien la configuración del derecho a la salud, tal y como se ha reconocido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es una cuestión en la que se profundizará en el segundo capítulo, a continuación se hará una breve referencia a los orígenes de esta positivización y reconocimiento del derecho en el plano internacional.

De esta forma, en un primer subapartado se atenderá al desarrollo histórico del derecho a la salud, a los orígenes de su reconocimiento y a sus diferentes concepciones. Posteriormente, el análisis se centrará en el contenido del derecho a la salud desde su complejidad y multidimensionalidad. En tercer lugar, se resumirán algunas de las teorías que pueden fundamentar este derecho, en relación con lo cual se incluirán algunas consideraciones. Por último, se tratará brevemente la exigencia de

obligaciones correlativas para su cumplimiento, que pueden clasificarse en obligaciones positivas y negativas.

1.1.1. Orígenes, concepto y concepciones del derecho a la salud

a) Orígenes históricos

Los derechos humanos son en la actualidad reconocidos como normas en tratados internacionales, regionales y en los ordenamientos jurídicos de muchos Estados. Sin embargo, es posible entender estos derechos como aspiraciones naturales que existen previamente a su reconocimiento legal, lo que es igualmente aplicable al derecho a la salud. Así pues, al explicar los orígenes históricos de los derechos humanos se hace referencia al reconocimiento efectivo de estos y a lo que cabría considerar como antecedentes del mismo, referencias a ideas o valores relacionados que surgen en diferentes periodos de la humanidad.

Estos antecedentes se remontan a las más antiguas sociedades. Cabe destacar, en este sentido, el Código de Hammurabi, creado por el rey babilonio Hammurabi y que data del siglo XVIII a. C.¹. Asimismo, se ha situado el origen histórico de los derechos humanos en los instintos de supervivencia de las especies, manifestaciones de altruismo y esfuerzos de interacción social por construir un orden social en el que los seres humanos sean tratados justamente como individuos y como colectivos². Por lo que se refiere al derecho a la salud, los orígenes históricos de su reconocimiento se sitúan en la preocupación institucional por la salud pública. Como explica Rosen, la atención a la salud comunitaria tiene sus orígenes en las más antiguas civilizaciones, en el antiguo Egipto, Grecia, India, Troya, y la sociedad inca³. Por ejemplo, la

¹ BATES, E., 'History' en MOECKLI, D., SHAH, S., SIVAKUMARAN, S. (Eds.), *International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, 2ª edición, 15-33, p. 16

² MARKS, S. P., 'The emergence and scope of the human right to health', en ZUNIGA, J. M., MARKS, S. P., GOSTIN, L. O. (Eds.), *Advancing the Human Right to Health*, Oxford, 2013, p. 4.

³ ROSEN, G. *A history of public health*, Johns Hopkins University Press, Nueva York, 1993, pp. 1 y ss.

provisión de agua a la comunidad. Esta preocupación, igualmente, tuvo lugar en Europa durante la Edad Media, dando respuesta a problemas similares. De otro lado, en 1215 se aprueba en Inglaterra la Carta Magna, aunque, si bien a menudo se considera como el primer texto en el que se reconocen derechos, poco tenían que ver en realidad con los derechos del ciudadano y más bien se hacía referencia a los derechos de los barones que se proclamaban frente al rey de Inglaterra.

Ya en la modernidad tienen lugar las primeras declaraciones de derechos humanos. Por ejemplo, el *Bill of Rights* inglés, de 1689, en el contexto de la guerra civil inglesa y la Revolución Gloriosa. El texto responde a una preocupación de la burguesía por limitar el poder absoluto y garantizar un margen de libertad del individuo frente al poder, reconociéndose algunos derechos como la prohibición del trato cruel. Ahora bien, el reconocimiento efectivo de los derechos quizá requería de una transformación profunda de la sociedad, que no tuvo lugar en Inglaterra, donde no hubo un proceso revolucionario. En cambio, cabe destacar la revolución norteamericana que se produjo en las antiguas colonias, entre los años 1776 y 1791. El proceso se iniciaba con la Declaración de Independencia de 1776 contra el Rey George III de Inglaterra así como con la proclamación de textos como el de la Declaración de los derechos del pueblo de Virginia, del mismo año, considerada por muchos como la primera de las declaraciones de derechos⁴. Posteriormente se aprobó la Constitución de 1787, en la que se reconocían únicamente unos pocos derechos, lo cual fue completado con las enmiendas a la Constitución que, en 1791, compondrían lo que se conoce como la carta de derechos norteamericana. En Francia, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se considera como el texto paradigmático fruto del proceso revolucionario que tuvo lugar en el país entre los años 1789 y 1794, motivado por la necesidad de poner límites al poder absoluto de Luis XV. En relación con los derechos sociales, cabe situar un tímido reconocimiento de los mismos en las constituciones francesas de 1791 y de 1793. Especialmente, en la Constitución de 1793, aunque nunca entrara en vigor, quedaron plasmados derechos

⁴ RODRIGUEZ PANIAGUA, J. M., 'Derecho constitucional y derechos humanos en la Revolución norteamericana y en la francesa', *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19, 1987, 53-73, p. 61.

como el trabajo, la garantía de medios de subsistencia y la instrucción pública general y gratuita, como resultado de las reivindicaciones populares. Tal y como una delegación de distintas secciones de París presentaba ante la Convención el 12 de febrero de 1793: ‘No es suficiente que hayamos declarado que somos republicanos franceses, sino que hace falta además que el pueblo sea feliz, que tenga pan; porque donde no hay pan tampoco hay leyes ni libertad’⁵.

De esta forma, puede considerarse que con el reconocimiento de derechos humanos que comienza en la Edad moderna empieza a tomar importancia el valor de la igualdad ante la ley. Ahora bien, se trataría de una igualdad relativa, pero en ningún caso, este periodo de positivización de los derechos en Francia, o el que tuvo lugar en Norteamérica, respondió a los principios de universalidad e igualdad. En este sentido, muchos colectivos quedaron excluidos del reconocimiento de los derechos, como las mujeres.

Estos procesos revolucionarios se nutrieron de algunas influencias doctrinales importantes, que se enmarcan en lo que se conoce como el pensamiento de la Ilustración. En este sentido cabe destacar a autores como Locke, Montesquieu, Rousseau, Voltaire o Kant. El pensamiento de la Ilustración se caracteriza por plasmar la corriente del iusnaturalismo racionalista. Así pues, principalmente en el siglo XVIII toma importancia la idea de que el individuo tiene un valor en sí mismo y que tiene derechos naturales e innatos, derivados de la razón humana, de acuerdo con la concepción del iusnaturalismo moderno o racionalista⁶. Estos derechos, que responden a la dimensión moral de la persona, pueden reconocerse a través del contrato social, como tuvo lugar, pues, en las declaraciones francesa y norteamericana de derechos, las cuales se refieren a los derechos naturales del hombre.

Por lo que se refiere, en concreto, al ámbito de la salud y a la adopción efectiva de políticas públicas a este respecto, cabe destacar lo que se conoce como ‘policía

⁵ *Ibid.*, p. 70.

⁶ RUIZ MIGUEL, A., *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 190.

médica', que viene a referir a un conjunto de medidas administrativas dirigidas a mejorar la salubridad pública y la higiene⁷. Este término tuvo importancia principalmente en Alemania pero pronto se extendió a otros países europeos. Asimismo, se originaron en el Reino Unido los movimientos de reforma sanitaria del siglo XIX, que definitivamente derivaron en una respuesta seria de las instituciones a los problemas de salud pública generados por la Revolución Industrial. Cabe mencionar la Ley de los Pobres de 1834, y la Comisión del mismo nombre que llevó a cabo un informe sobre la protección de la salud pública en Gran Bretaña⁸. Este informe derivó en la Ley de Salud Pública de 1848⁹. Estos movimientos igualmente tuvieron lugar en otros países europeos, como en Alemania desde 1820¹⁰. Desde el punto de vista del reconocimiento institucional, pues, los problemas de salubridad pública en la época de la Revolución Industrial generaron la necesidad de respuestas institucionales, de políticas en salud y reformas sanitarias que incidían en aspectos como el urbanismo y la vivienda, la limpieza o el acceso al agua¹¹.

Estos fueron los antecedentes de la preocupación institucional por la protección de la salud de la población. Posteriormente, tendría lugar el reconocimiento efectivo de la salud como derecho humano a nivel internacional. Sin embargo, antes de conseguir este hito, cabe destacar una serie de conferencias y de organizaciones internacionales relevantes. Así, desde la primera en París en 1851, una serie de conferencias internacionales en materia de sanidad tenían el objetivo de prevenir enfermedades infecto-contagiosas desconocidas como consecuencia de los avances en el transporte y en el comercio. La conferencia que tuvo lugar en 1905 fue especialmente importante, pues en ella se propuso la creación de una oficina

⁷ El término 'policía médica', que fue empleado por primera vez por Wolfgang Thomas Rau, deriva de la influencia de la filosofía y la ciencia policial hacia los físicos que empezaron a aplicar el concepto de policía a los problemas de salud. ROSEN, G. *A history of public health, cit.*, p. 137. También: DE SWAAN, A., *A cargo del Estado*, Ediciones Pomares-Corredor, Barcelona, 1992, pp. 141 y ss.

⁸ Poor Law Commission, *General Report on the Sanitary Condition of the Labouring Population of Great Britain*, London, 1842.

⁹ ROSEN, G. *A history of public health, cit.*, p. 196.

¹⁰ TOEBES, B. C. A., *The Right to Health as a Human Right in International Law*, Intersentia, 1999, p. 11.

¹¹ LEMA, C., *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud. Historia del derecho a la salud en el siglo XX*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 19.

internacional en materia de salud pública, la Oficina Internacional de Higiene Pública¹². Asimismo, la Liga de las Naciones contó con su propio organismo en materia de salud, la Organización de Salud de la Liga de las Naciones. Esta organización y la Oficina Internacional de Higiene Pública coexistieron hasta la creación de las Naciones Unidas (en adelante, ONU o Naciones Unidas)¹³.

Finalmente, en el marco de la ONU se materializó el reconocimiento de la salud como derecho en el plano internacional. El primer texto donde se reconoce la salud como uno de los derechos fundamentales de todo ser humano es en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, la agencia de ONU especializada en la materia¹⁴. En el siglo XX, pues, tiene lugar la positivización internacional de los derechos humanos, resultado de los esfuerzos de la comunidad internacional de construir un orden internacional nuevo, tras la II Guerra Mundial, en el que los derechos humanos de los individuos y los colectivos sean respetados¹⁵. De esta forma, se reviste a los derechos humanos de un carácter jurídico con la intención de que sean objeto de obligatorio cumplimiento. En la actualidad, los derechos humanos son reconocidos como proposiciones normativas en tratados internacionales en el ámbito de la ONU, en tratados regionales así como en normas internacionales de carácter específico que atienden a ámbitos o a colectivos concretos (como los niños, los refugiados, las mujeres, las minorías étnicas, los trabajadores, etc.). Este conjunto de normas y tratados internacionales forman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuyo marco internacional de protección, en relación con el derecho a la salud, será analizado en el segundo capítulo del trabajo.

b) Concepciones de salud y del derecho a la salud

Si se centra la atención en el concepto del derecho a la salud, cabe distinguir, de

¹² TOEBES, B. C. A, *The Right to Health as a Human Right in International Law*, cit., p. 12.

¹³ OMS, 'The First Ten Years of the World Health Organization', Ginebra, 1958, pp- 22-24.

¹⁴ Naciones Unidas, 'Constitución de la Organización Mundial de la Salud', Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 1946.

¹⁵ MARKS, S. P., 'The emergence and scope of the human right to health', cit., p. 4.

un lado, lo que se entiende por salud, y de otro lado, lo que se entiende por el derecho a la salud. Por lo que se refiere a la salud, el término remite a consideraciones científicas, culturales e históricas que dificultan una definición única. Así pues, una definición amplia de la salud puede abarcar bienes que pueden no ser comprendidos en el objeto del derecho a la salud¹⁶. La salud es, en este sentido, un concepto abierto y tendente a su ampliación progresiva.

De esta forma, se han propuesto diferentes concepciones de la salud. Una es la concepción social utilizada por la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) en su Constitución, una definición de la salud que sigue siendo frecuentemente utilizada, como ‘un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades’¹⁷. Esta forma de definir lo que cabe entender como salud fue acogida igualmente en la Declaración de Alma-Ata de 1978¹⁸. Sin embargo, estas previsiones también han sido consideradas demasiado abstractas, criticando que no contribuirían a la clarificación y especificación del derecho a la salud¹⁹. Por ejemplo, Callahan ha señalado los riesgos de la inclusión del término ‘bienestar social’ en la definición de salud, pues puede derivar en una medicalización de los factores sociales²⁰, y en una tendencia a denominar enfermedad a cualquier problema social²¹. En resumen, se alega que la salud es solo una parte de la vida, que el papel de la medicina es limitado, que se debe reconocer la libertad y la responsabilidad humana, que la medicina no equivale a moralidad, y que es importante circunscribir el rol de cada profesión en su ámbito, siendo el médico el de recuperar la vida humana y no el de salvar la vida de la sociedad²². Así, el autor propone una definición de salud como el estado de adecuado bienestar físico²³. Ahora bien, el

¹⁶ ESCOBAR, G., ‘El derecho a la salud’, en NOGUERA, A., GUAMÁN., A, *Lecciones sobre Estado social y derechos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 451-476, p. 454.

¹⁷ Naciones Unidas, ‘Constitución de la Organización Mundial de la Salud’, preámbulo.

¹⁸ OMS, ‘Declaración de Alma Ata’, Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma Ata, 6 a 12 de septiembre de 1978.

¹⁹ MARKS, S. P., ‘The emergence and scope of the human right to health’, *cit.*, p. 6.

²⁰ CALLAHAN, D., ‘The WHO definition of ‘health’’, *The Hasting Center Studies*, vol. 1, núm. 1 (The concept of health), 1973, 77-87, p. 78.

²¹ *Ibid.*, p. 82.

²² *Ibid.*, p. 83.

²³ *Ibid.*, p. 87.

concepto queda demasiado restringido pues abarcaría la salud física, pero no incluiría la salud mental.

En la misma línea, también se ha definido la salud en sentido negativo, en conexión con la ausencia de enfermedades o dolencias específicas (Engelhardt)²⁴. De acuerdo con Doyal y Gough, la definición negativa de la salud sería concreta y ‘universalizable a través del entendimiento técnico que facilita el modelo biomédico’²⁵. Según sus defensores, este modelo aportaría un fundamento para el entendimiento y la mejora de la salud física independientemente del contexto social. De forma parecida, Daniels propone una concepción biomédica que remite a aspectos objetivos de lo que se considera que es un organismo saludable. Así, el autor define salud como el normal funcionamiento de las especies medido por estadísticas biomédicas²⁶. Esta concepción es de utilidad para dirigir políticas de salud pública y tiene en cuenta, además, el aspecto de la equidad social como los determinantes sociales de la salud. Sin embargo, la concepción biomédica del derecho a la salud es criticada por no contribuir a fortalecer el carácter jurídico del derecho²⁷. De otro lado, por ejemplo, de Currea-Lugo propone que una concepción de la salud jurídicamente funcional, como bien jurídico a proteger, debería reunir los requisitos de ser moralmente aceptable y socialmente consensuada, garantizable desde los servicios de salud y de esta forma ser jurídicamente exigible²⁸.

En cuanto a la formulación de la salud como derecho, habitualmente este se reconoce simplemente como ‘derecho a la salud’. No obstante, con el objetivo de concretar su significado, los textos internacionales y nacionales de derechos humanos en ocasiones se refieren al ‘derecho a la asistencia sanitaria’, o al ‘derecho a la

²⁴ ENGELHARDT, H. T., ‘The concepts of health and disease’, en CAPLAN, A. L., ENGELHARDT, H. T., McCARTNEY, J. J. (Ed.), *Concepts of Health and Disease. Interdisciplinary perspectives*, Addison-Wesley Publishing Company, Massachusetts, 1981, 31-46, p. 32.

²⁵ DOYAL, L., GOUGH, I., *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona, 1994, p. 86.

²⁶ DANIELS, N., *Just Health: Meeting Health Needs Fairly*, Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York, 2008, p. 38.

²⁷ MARKS, S. P., ‘The emergence and scope of the human right to health’, *cit.*, p. 5.

²⁸ DE CURREA-LUGO, V., *La salud como derecho humano*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, p. 73.

protección a la salud’, como la Carta Social Europea. Entre las posturas doctrinales contrarias a la formulación de un ‘derecho a la salud’ cabe mencionar la de Roscam Abbing, para quien el ‘derecho a la asistencia sanitaria es más realista’²⁹. Por el contrario, Toebes se posiciona a favor de la formulación del ‘derecho a la salud’, entre otras razones, por la importancia de incluir factores más allá de la asistencia sanitaria, que son precondiciones para alcanzar un buen estado de salud tales como el acceso a agua potable³⁰. En la misma línea, Wolff entiende que la asistencia sanitaria es solo un determinante de la salud, por lo que el derecho a la salud habría de ir más allá, y se situaría en algún punto entre el derecho a la asistencia sanitaria y el derecho a estar sano³¹.

En definitiva, el derecho a la salud remite a diferentes concepciones y abarca varios componentes. Por ello, no ha de agotarse en el derecho a la asistencia sanitaria. El derecho a la salud tampoco pueda implicar un derecho a estar sano, pues los Estados no pueden garantizar un buen estado de salud, ahora bien, estos sí que pueden proteger la salud de las personas, tanto absteniéndose de perjudicar como creando las condiciones para protegerla y promoverla. Por derecho a la salud podría entenderse el derecho de toda persona a las medidas adecuadas para garantizarle el estado más alto posible de salud física y mental.

1.1.2. Contenido: la multidimensionalidad y la complejidad del derecho

El derecho a la salud es un derecho complejo y multidimensional, en el que se agrupan diferentes derechos concretos o componentes de un derecho más amplio. Uno de ellos es el derecho a la asistencia sanitaria. La especificación de los componentes del derecho a la salud viene dada, entre otros, por la clasificación adoptada en el

²⁹ ROSCAM ABBING, H. D. C., *International Organizations in Europe and the Right to Health Care*, Deventer, Kluwer, 1979.

³⁰ Para la autora, además, la definición de salud no es necesaria para definir el derecho a la salud ni contribuye a su entendimiento. TOEBES, B. C. A, *The Right to Health as a Human Right in International Law*, *cit.*, p. 17, 24.

³¹ WOLFF, J., *The human right to health*, W. W. Norton, Nueva York/Londres, 2012, p. 27.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que será estudiada en el segundo capítulo del trabajo. A continuación se abordará, con carácter general, una aproximación al contenido del derecho a la salud entendido desde su complejidad y desde su multidimensionalidad, que hace referencia a las dimensiones individual y colectiva de este derecho.

El contenido del derecho a la salud puede ser a primera vista abstracto o indefinido. En este punto, algunos autores han sugerido un elenco de derechos concretos. Este derecho puede entenderse como un ‘derecho-racimo’, esto es, se presenta como un ‘microcosmo’ cuyos componentes, como ha explicado Laporta³², son ‘sub-derechos’ en forma de libertades, derechos de prestación, derechos a estatus legales o derechos a bienes públicos en distintas proporciones. En esta línea, Lema³³, ha explicado que entre los elementos del derecho a la salud se encuentran: a) el derecho a no ser dañados en nuestra salud por terceros, sean públicos o privados; b) el derecho a que el Estado promueva una serie de medidas y políticas de protección y promoción de la salubridad pública, medio ambiente y seguridad que creen las condiciones para que la salud de las personas no se vea amenazada; y c) el derecho a la asistencia sanitaria. Asimismo, partiendo del reconocimiento del derecho a la salud en el artículo 43 de la Constitución Española³⁴, Pemán diferencia en él los siguientes derechos concretos: a) el derecho a la protección de la salud como derecho de todo ciudadano a las prestaciones sanitarias del Estado; b) el derecho a la protección de la salud como posición subjetiva en relación con la actividad de los poderes públicos para proteger la salubridad pública; y c) el derecho a la protección de la salud como derecho de cada persona a que su salud no se vea amenazada ni dañada por acciones externas realizadas por cualquier sujeto público o privado³⁵. Así pues, de los derechos enumerados anteriormente, los dos primeros integrarían el núcleo de lo que se

³² LAPORTA, F. J., ‘Los derechos sociales y su protección jurídica. Introducción al problema’, *Constitución y derechos fundamentales*, BETEGÓN, J., LAPORTA, F. J., DE PÁRAMO, J. R., y otros (Coords.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, 297-325, p. 300.

³³ LEMA, C., *Salud, justicia, derechos*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 67.

³⁴ ‘Constitución española’, 1978, artículo 43.

³⁵ PEMÁN, J., *Derecho a la salud y administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pp. 79 y ss.

entendería el derecho a la protección de la salud a través de la acción positiva del Estado, ya sea la protección de la salud pública o el diseño de un esquema de asistencia sanitaria. El tercero en cambio haría referencia a la protección que viene dada desde la no injerencia externa en la salud individual.

En concreto, el derecho a la asistencia sanitaria es el objeto principal de estudio de este trabajo. En este sentido, se abarcará principalmente la titularidad universal del derecho a la asistencia sanitaria. La razón para ello es que, al especificar el objeto de estudio, se puede observar con mayor claridad la complejidad de la cuestión de la universalidad. Por ejemplo, en relación con la implementación de la asistencia sanitaria universal a través de los diferentes modelos de salud. Esta es una cuestión, ya por sí misma compleja, que se refiere únicamente a la asistencia sanitaria como componente del derecho a la salud. Concretar el objeto de investigación, sin embargo, no significa que se adopte una visión reduccionista del derecho a la salud en el derecho a la atención sanitaria, pues existen otros contenidos igualmente importantes, así como otros factores a tener en cuenta. Se destaca la influencia de factores económicos y sociales que afectan a la salud, y que están relacionados con otros derechos sociales como la alimentación o la vivienda. Estos factores serán abordados en el capítulo cuarto como determinantes sociales de la salud.

La asistencia sanitaria se puede definir, pues, como el conjunto de establecimientos y prestaciones o servicios sanitarios a las que las personas tienen derecho a acceder y que tienen la función de prevenir, mantener o recuperar la salud. A nivel doctrinal, Fabre defiende que la asistencia sanitaria comprende, principalmente, los siguientes tres derechos, conformando los dos primeros elementos la asistencia sanitaria primaria: 1) el derecho a la asistencia sanitaria con medidas que prevengan la enfermedad, como pueden ser programas de inmunización, especialmente en los primeros años de vida, o la prevención de las epidemias; 2) el derecho a la provisión de ciertos recursos médicos como el diagnóstico por un médico, los medicamentos esenciales y el tratamiento adecuado de las enfermedades y los tratamientos de emergencia; y 3) los llamados derechos (*rights in health care*) de los

pacientes o derechos procedimentales, principalmente: el derecho a la confidencialidad, derecho de acceso a los datos médicos, el derecho a una explicación de por qué se nos niega o se nos aplica un tratamiento y el derecho a dar consentimiento antes de la aplicación del tratamiento³⁶.

Con todo, cabe añadir que la enumeración de los componentes no tiene por qué constituir un elenco cerrado. Se trata de un derecho de aplicación progresiva, cuyo contenido podrá ser ampliado o, incluso, modificado según las necesidades de cada tiempo y lugar.

Por otra parte, en el derecho a la salud cabe señalar una doble dimensión individual y colectiva. La multidimensionalidad, sin embargo, no es una característica propia de este derecho, sino que es compartida por la mayoría de los derechos humanos, tanto de los civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales.

La dimensión colectiva más importante de este derecho hace referencia, entre otros, a los conceptos de salud pública y de salud global. Esta última es un concepto propuesto por Berlinger, que hace referencia a los problemas relacionados con la globalización de la salud y que afectan a toda la humanidad³⁷. Por ejemplo, el hambre, la falta de agua potable, la falta de asistencia sanitaria y de medicamentos para todo un sector de la población o el calentamiento global. Todo ello facilita la propagación de enfermedades infecto-contagiosas como la malaria, el cólera o el VIH-SIDA. De otro lado, la salud pública tiene como objeto los asuntos de salubridad que afectan a la sociedad, como la propagación de enfermedades, la higiene de las calles o la provisión de agua a la comunidad. Estos problemas, y la preocupación por darles solución, como

³⁶ FABRE, C., *Social Rights under the Constitution*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2000, pp. 37-39.

³⁷ Por ejemplo, BERLINGER, G., 'Globalization and global health', *International Journal of Health Services*, vol. 29, núm. 3, 1999, 579-595.

se ha señalado, son un importante antecedente del reconocimiento del derecho a la salud y tiene origen en las más antiguas civilizaciones³⁸.

Por lo que atañe a la dimensión individual del derecho, esta se pone de manifiesto en el hecho innegable que el bien jurídico a proteger, la salud, tiene naturaleza personal³⁹. Entre otros, Puyol⁴⁰ defiende el derecho a la salud como un derecho individual, más allá de su dimensión colectiva, en tanto en cuanto la salud afecta en primer lugar y de forma directa a los individuos. Por ejemplo, las enfermedades infecto-contagiosas fácilmente transmisibles entre las personas pueden suponer un peligro para la salud pública, pero lo que ello implica, en definitiva, es que existe un riesgo de que la salud de muchos individuos se vea afectada. En la misma línea, de Currea-Lugo entiende, pues, la salud como fenómeno que ocurre en el individuo, en su naturaleza biológica⁴¹. Así, incluso cuando se adoptan prestaciones de salud pública que son colectivas, como las medidas para garantizar un medioambiente sano o la salubridad de las ciudades, lo cierto es que estas benefician, al fin y al cabo, a la salud de todos los individuos. En este trabajo, se presta atención especial a la accesibilidad individual de los servicios sanitarios para analizar si estos ofrecen efectivamente una cobertura universal para todas las personas.

En definitiva, las consecuencias relacionadas con el ámbito de la salud son padecidas a nivel individual, por lo que es posible considerar el derecho a la salud como un derecho subjetivo⁴². Se trata de analizar si la dimensión individual o subjetiva del derecho a la salud puede revestir de juridicidad y de obligatoriedad en el sentido de dar lugar a deberes u obligaciones. La tesis del derecho subjetivo significa que este supone una expectativa de que otros hagan o dejen de hacer algo⁴³. De este modo,

³⁸ ROSEN, G. *A history of public health*, cit., pp. 1 y ss.

³⁹ ESCOBAR, G., 'El derecho a la salud', cit., p. 456.

⁴⁰ PUYOL, A., 'Ética, Derechos y racionamiento sanitario', *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 1999, p. 584.

⁴¹ DE CURREA-LUGO, V., *La salud como derecho humano*, cit., p. 34.

⁴² MIKKOLA, M., 'Right to Health as a Human Right in Europe', en RYNNING, E., HARTLEV, M. (Eds.) *Nordic Health Law in a European Context. Welfare States Perspectives on Patients' Rights and Biomedicine*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, 31-48, p. 32.

⁴³ PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*,

Ferrajoli entiende por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica⁴⁴. Lo que cabe entender por derecho subjetivo es, sin embargo, una cuestión muy debatida. Hay autores que le otorgan un significado amplio o que utilizan el término con distintos significados, mientras que otros se esfuerzan por limitar aquello que cabe entender por derecho subjetivo. Por ejemplo, en el análisis de Hohfeld⁴⁵, que trata diferentes relaciones jurídicas, el derecho subjetivo es entendido en sentido estricto, como pretensión, correlativo al ‘deber’, diferente a conceptos como ‘privilegio’ o ‘potestad’⁴⁶. Ahora bien, como señala Hierro, la discusión posterior ha considerado que todas estas situaciones positivas pueden entenderse como derechos en sentido subjetivo, de modo que se denominan ‘derechos’ a aquellas posiciones normativamente establecidas en las que un sujeto tiene una libertad para actuar, una pretensión para beneficiarse de una conducta ajena, una potestad para ordenar la conducta de otros o una inmunidad frente a la potestad de otros⁴⁷. El derecho a la salud, así como el resto de derechos sociales, y de igual modo que los civiles y políticos, es susceptible de ser considerado como derecho subjetivo al ser posible identificar en el mismo dimensiones subjetivas. Una de ellas puede ser el derecho que puede tener una persona enferma a la prestación del medicamento adecuado. En este caso, se trata de una posición subjetiva que da ‘derecho a algo’, en concreto, a una acción positiva, a una prestación en sentido estricto⁴⁸. De otro lado, la apreciación de que el derecho a la salud contiene tal dimensión subjetiva, no depende de forma necesaria del efectivo reconocimiento como tal por el texto constitucional, o del acompañamiento de las garantías necesarias para poder invocar la posición jurídico-subjetiva. La efectividad del derecho ante los

Editorial Trotta, Barcelona, 2006, p. 88.

⁴⁴ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 37.

⁴⁵ HOHFELD, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México, 1995, pp. 49 y 52.

⁴⁶ En cuanto al tipo de relación jurídica que implica el derecho, frente al titular del mismo, sujeto activo, existe un sujeto identificable obligado por ese derecho, sujeto pasivo. De modo que el ‘deber’ se identifica como el término correlativo al de derecho entendido en sentido estricto. Kelsen asimismo identifica el ‘deber’ como correlativo de lo que entiende como derecho ‘reflejo’. Una comparativa entre los significados de ‘derecho subjetivo’ según diferentes autores puede encontrarse en CRUZ PARCERO, *El concepto de derecho subjetivo*, Fontamara, México, 1999.

⁴⁷ HIERRO, L., *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 118 y 128.

⁴⁸ De acuerdo con la terminología de ALEXY en *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 482.

tribunales, sin embargo, sí dependería de la correcta configuración a nivel constitucional o legal. En este sentido, es interesante la consideración de Hierro sobre la relación entre los derechos fundamentales y sus garantías, afirmando que no existen de forma separada garantías institucionales y, de otro lado, derechos fundamentales de esta manera asegurados, sino que ‘existe un derecho subjetivo a la vigencia de normas de derecho público y/o de derecho privado que son necesarias para que sea posible aquello que garantiza el derecho fundamental’, de lo que se desprende que habría un derecho subjetivo al establecimiento de las garantías necesarias para hacer eficaces los derechos fundamentales⁴⁹. La cuestión de las garantías del derecho a la salud con el fin de prevenir y remediar regresiones en su titularidad universal será tratada en el último capítulo del trabajo.

En definitiva, en el derecho a la salud cabe diferenciar una dimensión individual y una dimensión colectiva. La protección de la salud individual comprende el conjunto de acciones que se dirigen a tutelar la salud de las personas individualmente consideradas, mientras que la protección de la salud pública se dirige a garantizar la salud, pero al margen de la situación de personas concretas⁵⁰. Así, todo derecho, tantos los civiles y políticos como los sociales, tienen dimensiones objetivas y subjetivas y todas ellas han de ser realizadas y garantizadas.

1.1.3. Fundamentos del derecho a la salud como derecho social

Los derechos humanos se presentan muchas veces como una cuestión controvertida, en especial, cuando pueden suponer desafíos para los Estados, por ejemplo, ante la posibilidad de que puedan prevalecer sobre la soberanía nacional u otras consideraciones, como la eficiencia económica. Por esta razón, parece que haya necesidad de justificar los derechos humanos, como el derecho a la salud. De la misma

⁴⁹ HIERRO, L., ‘Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy’, en ALEXY, R., *Derechos sociales y ponderación*, edición a cargo de GARCÍA MANRIQUE, R., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, 163-222, p. 211.

⁵⁰ ESCOBAR, G., ‘El derecho a la protección a la salud’, en ESCOBAR, G. (Ed.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Navarra, 2012, 1073-1178, p. 1093.

forma, las diferentes teorías justificativas no solo ofrecen razones para justificar la existencia del derecho, sino que también dan cuenta del valor y del significado de los derechos humanos desde varias ópticas de fundamentación, dando lugar a diferentes significados según la teoría que se adopte. Existen numerosas y diferentes clasificaciones de las teorías justificativas de los derechos humanos. Las más clásicas y tradicionales son las que diferencian entre teorías teleológicas y teorías deontológicas, entre teorías objetivas y subjetivas, entre teorías teológicas y laicas, etc. Ahora bien, las que se destacarán en este subapartado son algunas de las teorías contemporáneas de los derechos humanos, que pueden no situarse estrictamente en una de las anteriores categorías.

En concreto, a continuación se mencionarán y se explicarán brevemente algunas de las teorías que sirven especialmente para fundamentar los derechos sociales, y, en particular, el derecho a la salud. Ello contribuye al entendimiento del derecho a la salud como parte de esta categoría de derechos. En especial, se tratarán la teoría de las necesidades, la igualdad de oportunidades, el ‘normal funcionamiento’, las capacidades, la teoría de la autonomía y la vida decente. Posteriormente se abogará por un entendimiento complementario entre algunas de estas teorías y se hará una referencia breve a los principios de igualdad y de libertad como paradigmáticos para la fundamentación de los derechos, especialmente desde la concepción liberal igualitaria. En este sentido se entenderá que la libertad y la igualdad, lejos de ser excluyentes se complementan y juegan en diferentes planos. Se defiende la libertad real o material como valor sustantivo que se encuentra en el centro de la justificación de los derechos sociales, referente a su contenido, mientras que la igualdad adquiere relevancia por lo que se refiere a la titularidad de los derechos, así como en términos comparativos para superar situaciones de inferioridad y discriminación y atender a las diferencias de determinados grupos.

a) Teorías de fundamentación de los derechos sociales

En primer lugar, una de las teorías más seguidas es la teoría de las necesidades, la cual centra la atención en la relevancia de los intereses que se tutelan mediante el reconocimiento de los derechos. Las necesidades, de acuerdo con Añón, constituyen buenas o suficientes razones para exigir la satisfacción de los derechos humanos, de forma que desde la existencia de necesidades se pueden fundamentar jurídicamente los derechos, cuando tales necesidades son básicas y cuando no pueden ser satisfechas por uno mismo⁵¹. Hay varias dimensiones que integrarían una noción de necesidades básicas, pudiendo entender las necesidades como estados de carencia, como estados de dependencia, elementos constitutivos de la capacidad de acción como definición de las necesidades fundamentales o básicas frente a las instrumentales, y, por último, el elemento de daño o privación cuya no satisfacción genera sufrimiento en el ser humano⁵². En resumen, una necesidad humana básica es aquella situación o estado de cosas que referido a una persona es un elemento constitutivo de su capacidad de ser un agente moral⁵³. Asimismo, Hierro entiende que tener un derecho es tener una necesidad cuya satisfacción hay razones suficientes para exigir en todo caso⁵⁴. En definitiva, esta idea manifiesta la importancia de la exigencia de obligaciones para poder satisfacer derechos humanos de forma adecuada y eficaz. Incluso se ha propuesto desde algunas corrientes (como el movimiento *Critical Legal Studies*) que el lenguaje de los derechos debería sustituirse por el de las necesidades, lo que ha sido objetado por autores como Waldron⁵⁵.

⁵¹ AÑÓN, M. J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 286-287. Véase también DE LUCAS, J., AÑÓN, M. J., 'Necesidades, razones, derechos', *Doxa*, núm. 7, 1990, 55-81. Sobre la anteposición de las necesidades a los criterios de 'deseos' o 'preferencias', fundamentada en el principio de la autonomía personal, NINO, C. S., 'Autonomía y necesidades básicas', *Doxa.*, núm. 7, 1990, 21-34.

⁵² AÑÓN ROIG, M. J., GARCÍA AÑÓN, J., *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 95-105.

⁵³ *Ibid.*, p. 105.

⁵⁴ HIERRO, L., '¿Derechos Humanos o Necesidades Humanas? Problemas de un Concepto', *Sistema*, núm. 46, 1982, p. 57.

⁵⁵ WALDRON, J., 'The role of Rights in Practical Reasoning: 'Rights' versus 'Needs'', *The Journal of Ethics*, 4(1/2), 2000, 115-135.

Por lo que se refiere a la atención sanitaria, esta puede entenderse como una necesidad humana básica y, por tanto, universalizable, en tanto en cuanto una enfermedad puede permanecer o agravarse a menos que sea prevenida o curada, no habiendo forma alternativa de suplir la carencia, esto es, de curar la enfermedad, que no sea tratándola médicamente. En esta línea, Doyal y Gough entienden la salud (si bien en referencia únicamente a la salud física), como una necesidad humana básica universal, con independencia del contexto cultural. Los autores entienden esta necesidad por encima de la mera supervivencia para poder desenvolverse bien en la vida cotidiana⁵⁶. Por su parte, Zimmerling entiende las necesidades básicas como el ‘límite inferior’ que delimita el campo de la moral⁵⁷.

Por otra parte, con relación a la igualdad de oportunidades, numerosos autores encuentran en este principio la justificación de los derechos. Además, se defiende la igualdad de oportunidades para justificar tesis muy diferentes. Por ejemplo, y en conexión con el derecho a la salud, Gutmann defiende el ‘principio de igual acceso a la asistencia sanitaria’, según el cual: ‘Si alguien tiene la oportunidad de recibir un bien o servicio que satisface una necesidad sanitaria, entonces todo aquel que comparta el mismo tipo y grado de necesidad debe tener la misma oportunidad efectiva de recibir tal bien o servicio’⁵⁸. Este razonamiento lleva a la autora a aceptar la restricción de la atención sanitaria privada paralela a la sanidad pública⁵⁹.

Asimismo, aunque no se refiera a la asistencia sanitaria, la teoría liberal-igualitaria de Rawls también refiere a la igualdad de oportunidades y en este sentido a la disminución de las desigualdades sociales y económicas, como uno de los principios que sirven de base y de guía para las relaciones políticas internacionales⁶⁰. Rawls

⁵⁶ DOYAL, L., GOUGH, I., *Teoría de las necesidades humanas*, cit., p. 86.

⁵⁷ ZIMMERLING, R., ‘Necesidades básicas y relativismo moral’, *Doxa*, núm. 7, 1990, 35-54, p. 46.

⁵⁸ GUTMANN, A., ‘For and against Equal Access to Health Care’, *Milbank Memorial Fund Quarterly/Health and Society*, vol. 59, núm. 4, 1981, pp. 542-560, p. 543.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 545.

⁶⁰ Esta teoría está desarrollada principalmente en *A Theory of Justice* y, posteriormente, en *Political Liberalism*. RAWLS, J., *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1971. La edición traducida consultada es *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, 1995. RAWLS, J., *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 2004.

concreta su teoría de la justicia en dos principios fundamentales que todas las personas aceptarían en una posición original en la que decidieran sobre sus intereses básicos con imparcialidad. El primer principio requiere un esquema de iguales derechos y libertades, mientras que el segundo requiere que las desigualdades sociales y económicas redunden en mayor beneficio de los menos aventajados y que se vinculen a posiciones que estén abiertas a todos desde una justa igualdad de oportunidades⁶¹. En este punto, el autor defiende que todas las personas han de tener acceso a la provisión completa de bienes primarios para tener sus necesidades básicas cubiertas y así poder llevar a cabo un plan de vida, como la igualdad de oportunidades en la educación con independencia de la renta⁶². Asimismo, en *The Law of Peoples*, Rawls hace referencia al respeto de los derechos humanos (entre los que no se incluyen los derechos sociales), como uno de los ocho principios de justicia que las sociedades justas aceptarían para gobernar sus relaciones⁶³. En cualquier caso, en el esquema de derechos, Rawls no incluye el derecho a la salud. Además, la teoría de Rawls ha dado lugar a numerosas críticas, en particular desde los defensores de la igualdad como diferenciación y de las teorías del reconocimiento, pues a pesar de formularse el principio de la diferencia, este se supedita al esquema igual de derechos y libertades y está pensado más para una sociedad ideal que para resolver desigualdades estructurales.

Otro enfoque que sostiene la igualdad de oportunidades, pero más centrado en las necesidades biomédicas de las personas, es el de Daniels, que sitúa a las instituciones relativas al cuidado de la salud entre las instituciones encargadas de proporcionar una justa igualdad de oportunidades, incluyendo así la asistencia sanitaria en la propuesta rawlsiana.⁶⁴ La postura del autor consiste en que la protección de la

⁶¹ RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, cit., pp. 67-68, y en *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 2004, p. 35.

⁶² RAWLS, J., *La justicia como equidad: una reformulación*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 2002, p. 75.

⁶³ RAWLS, J., *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge/Londres, 1999, p. 37. Una revisión crítica del Derecho de gentes que desarrolla Rawls puede consultarse en: GARCÍA PASCUAL, C., *Norma Mundi. La lucha por el Derecho Internacional*, Editorial Trotta, Madrid, 2015, pp. 155 y ss.

⁶⁴ DANIELS, N., *Just Health: Meeting Health Needs Fairly*, cit., p. 57.

salud contribuiría a mantener las capacidades de los individuos lo más próximo posible al ‘funcionamiento normal’. El concepto de ‘funcionamiento normal’ de Daniels se refiere al estado de ser o estar, por ejemplo, estar saludable, bien nutrido, cobijado, educado, y otras actividades o estados que influyen en el bienestar del ser humano. Este parámetro de normal funcionamiento lleva al autor a entender las necesidades sanitarias como necesidades básicas, incluyendo también entre estas, la vivienda, la nutrición y el abrigo, además de los servicios preventivos, curativos y de rehabilitación de las enfermedades. La satisfacción de estas necesidades contribuiría a alcanzar el bien social primario consistente en la igualdad de oportunidades⁶⁵.

Más allá de la igualdad de oportunidades y de los funcionamientos, se ha formulado la teoría de las capacidades humanas, entre cuyos principales defensores destaca Amartya Sen. De un lado, la idea de las capacidades está relacionada igualmente con la idea de ‘funcionamientos’, pues refleja las combinaciones alternativas de funcionamientos sobre las que una persona tiene la libertad de realizar una elección efectiva, siendo, entonces, capaz de elegir, por ejemplo, la oportunidad de tener buena salud⁶⁶. Ahora bien, la propuesta de Sen está más preocupada en la capacidad de las personas para alcanzar los funcionamientos. Cohen, asimismo, se sitúa cercano a esta idea de las capacidades de Sen, en su defensa de la igualdad de acceso a las ventajas (*equal access for advantage*). El autor defiende este concepto por encima de la igualdad de oportunidades de bienestar y de la igualdad de oportunidades a las ventajas⁶⁷. Según el mismo, la diferencia entre *igual oportunidad* e *igual acceso* está en que el *igual acceso* requiere no solo la oportunidad sino además la *capacidad* para obtener las ventajas⁶⁸.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 57. En otros trabajos, Daniels ha incidido no obstante en la necesidad de complementar el principio de igualdad de oportunidades con la importancia de un proceso deliberativo justo para la toma de decisiones. DANIELS, N., SABIN, J., ‘Limits to Health Care: Fair Procedures, Democratic Deliberation, and the Legitimacy Problem for Insurers’, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 26, núm. 4, 1997, 303-350.

⁶⁶ SEN, A., ‘Elements of a Theory of Human Rights’, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 32, núm. 4, 2004, 315-356, pp. 330-334.

⁶⁷ COHEN, G. A., ‘On the Currency of Egalitarian Justice’, *Ethics*, vol. 99, núm. 4, 1989, 906-944, p. 916.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 941.

Por otra parte, Nussbaum también sigue esta idea de las capacidades y, además, propone una lista de diez *central capabilities* que todo gobierno debería reconocer: vida; salud física; integridad física; sentidos, imaginación y pensamiento; emociones; razón práctica; afiliación; otras especies; juego; control sobre el propio entorno (entorno político y material) ⁶⁹. Estas capacidades pertenecen a la persona individualmente considerada, la cual es un fin en sí misma, siendo esta una idea central de esta concepción ⁷⁰. Nussbaum añade a la teoría de las capacidades la idea del umbral, como parte de su teoría de justicia social, que hace referencia a unas condiciones mínimas que cada Estado debería determinar y satisfacer en condiciones de igualdad ⁷¹. En definitiva, la teoría de las capacidades es una de las principales justificaciones que se han utilizado en relación con el derecho a la salud, entre los que destacan, por ejemplo, los trabajos de Venkatapuram ⁷², Ruger ⁷³ o Vidiella ⁷⁴.

Relacionada con la idea de las capacidades está la teoría de la autonomía. Así, de forma parecida, Griffin se refiere a aquello que caracteriza el estatus del ser humano, como agentes capaces de desarrollar y ejercer la capacidad para deliberar, evaluar, elegir y perseguir a través de la acción lo que cada uno considere una buena vida para sí mismo curso ⁷⁵. Es lo que el autor denomina *personhood*, como principal justificación de los derechos humanos, que a su vez consistiría en ser autónomos, libres, y en disponer de una mínima provisión de recursos ⁷⁶. El concepto de *normative agency* estaría, así pues, en el centro de su justificación ⁷⁷. De otro lado, Griffin reconoce derechos de bienestar que implican la provisión de un nivel de recursos más allá de la mera subsistencia, derechos de bienestar que el autor considera derechos

⁶⁹ NUSSBAUM, M. C., *Creating capabilities*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge/London, 2011, pp. 33-34. Asimismo: NUSSBAUM, M. C., *Women and human development: The capabilities approach*, Cambridge University Press, 2000.

⁷⁰ NUSSBAUM, M. C., *Creating capabilities*, cit., p. 35.

⁷¹ *Ibid.*, p. 40.

⁷² VENKATAPURAM, S., *Health justice: An argument from the capabilities approach*, Polity Press, 2011.

⁷³ RUGER, J. P., *Health and social justice*, Oxford University Press, 2010.

⁷⁴ VIDIELLA, G., *El derecho a la salud*, Eudeba, Buenos Aires, 2000.

⁷⁵ GRIFFIN, J., *On Human Rights*, Oxford University Press, 2008, p. 32.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 33.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 45.

humanos, y como tales, universales⁷⁸. El valor de la autonomía, en concreto, de la autonomía personal, también ha servido como teoría justificativa de autores como Raz. Según el autor, la autonomía personal sería la clave para que una persona pueda ser ‘autor de su propia vida’⁷⁹. Además, añade, el ejercicio de la autonomía requiere una pluralidad aceptable de opciones, que se presentarán a menudo como incompatibles, sobre las que realizar una elección efectiva⁸⁰. Asimismo, Gewirth entiende los derechos humanos como reclamaciones (*claims*) que tienen por objeto los bienes necesarios para la acción humana, en concreto la libertad y el bienestar⁸¹.

Por su parte, Fabre añade, a los conceptos de autonomía y de bienestar, el desarrollo de una vida decente, que otorgaría a las personas un valor moral especial⁸². La autora considera la autonomía y el bienestar condiciones privilegiadas para llevar una vida decente. De esta forma, es necesario proteger en forma de derechos los intereses fundamentales de las personas de llevar una vida decente con estas características de autonomía y bienestar.⁸³ Para que ello sea posible, se habrá de garantizar la satisfacción de algunas de sus necesidades de recursos tales como la asistencia sanitaria, lo que justifica los derechos sociales⁸⁴.

Por último, otra idea que se utiliza frecuentemente en el campo de la fundamentación de los derechos humanos es la de dignidad. La dignidad como principio posiblemente debe su importancia a la formulación del imperativo de Kant según el cual las personas, los seres racionales, han de tratarse como fines en sí mismos, no pudiendo ser tratados como medios para la consecución de otros fines⁸⁵. Ahora bien, la dignidad es un término que obedece a diferentes significados y ha sido criticado por su ambigüedad y subjetividad. Se ha señalado que el significado

⁷⁸ *Ibid.*, p. 180, p. 51.

⁷⁹ RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 370.

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 395-398.

⁸¹ GEWIRTH, A., *Human Rights. Essays on Justifications and Applications*, University of Chicago Press, Chicago, 1982, 46-47.

⁸² FABRE, C., *Social Rights under the Constitution*, *cit.*, p. 17

⁸³ *Ibid.*, p. 18.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 20 y ss.

⁸⁵ KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa-Calpe, Madrid, 1946, p. 84.

relevante para servir de fundamentación de los derechos humanos es aquella definición de dignidad como rasgo inherente, necesario y absoluto, que refleja la igualdad básica entre todos los seres humanos⁸⁶. Asimismo Rodolfo Vazquez defiende la dignidad como uno de los principios normativos fundamentales para entender los derechos humanos, junto con la autonomía y la igualdad, y adopta una forma de entender la dignidad que daría respuesta a las críticas, como ‘límite de lo moralmente admisible cuyo contenido sería esencial o exclusivamente negativo’⁸⁷. Por su parte, Tomás-Valiente analiza los diferentes ámbitos jurídicos en los que se utiliza la idea de la dignidad y los problemas que se han derivado de tal utilización, al tiempo que propone un uso prudente o restringido del término⁸⁸. Por ejemplo, el concepto de dignidad adquiere sentido cuando expresa la importancia de la no utilización de la persona como mero instrumento de placer o diversión, en casos en que no hay consentimiento de la persona afectada y se le humilla o degrada⁸⁹.

b) La complementariedad entre las teorías y otras cuestiones: libertad e igualdad

Entre las diferentes teorías que se han desarrollado para fundamentar el derecho a la salud, algunas de ellas parecen más adecuadas para defender la titularidad universal del mismo. El principio de universalidad de los derechos humanos se estudiará con detenimiento más adelante, pero baste mencionar en este punto que consiste, en líneas muy generales, en la asignación de los derechos humanos a todas las personas. En este apartado se abogará por una fundamentación pluralista del derecho a la salud, basado en teorías como las necesidades o las capacidades, y se hará referencia a una variedad de cuestiones relevantes en el plano de la fundamentación,

⁸⁶ GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J., *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 443.

⁸⁷ VÁZQUEZ, R., *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, núm. 274, México, 2015, p. 32.

⁸⁸ TOMÁS-VALIENTE, C., ‘La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la interpretación jurídica: ¿un concepto útil?’, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, 2014, 167-208.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 191.

todas ellas relacionadas con los principios de libertad y de igualdad como complementarios en la fundamentación de los derechos sociales.

Como regla general, es cuando se disfruta de una alimentación adecuada, de buen estado de salud, de acceso a la educación, que se puede vivir con autonomía personal y con libertad real. De forma parecida a la idea de la autonomía, se redefinió el concepto de libertad como superación de una libertad meramente formal hacia una libertad real o material que permitiera el ejercicio real de la misma. Sin embargo, la teoría de la autonomía tiene sus limitaciones cuando se trata de los derechos humanos de las personas que no tienen la posibilidad de ser autónomas por sí mismas y realizar elecciones efectivas, como los recién nacidos, o las personas con discapacidad⁹⁰. De un lado, pues, la teoría de la autonomía tiene gran interés porque el concepto expresa de forma muy ilustrativa lo que solo se puede conseguir con la satisfacción de los derechos sociales. No obstante, en algunos casos la satisfacción de estos derechos no será suficiente para poder ser autónomos. Así, la debilidad de esta teoría reside en suponer que todas las personas podrían ser efectivamente autónomas, cuando hay personas que ni lo son ni pueden serlo, y no parece conveniente concluir que no tengan derechos humanos, pues deben tener sus derechos igualmente reconocidos⁹¹.

Si hay alguna teoría que resulta de gran utilidad por dar razones de peso para la satisfacción de los derechos, esa es la teoría de las necesidades. Esta teoría expresa que existen necesidades básicas que las personas no pueden satisfacer por sí mismas y que requieren de su satisfacción externa, por ejemplo, a través de los servicios ofrecidos por el Estado. Además, tanto la teoría de las necesidades como la teoría de las capacidades resultan muy útiles para intentar aportar una lista de cuáles podrían ser los derechos humanos. En este sentido, se defiende una visión pluralista del bienestar que distingue entre diferentes necesidades o capacidades relevantes. Las capacidades, en el derecho a la salud, podrían concretarse en lo que Daniels denomina ‘funcionamientos’,

⁹⁰ DE ASÍS, R., *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013.

⁹¹ En esta línea Mark Platts ha entendido que la teoría de la autonomía es insuficiente. PLATTS, M., *Ser responsable. Exploraciones filosóficas*, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 2012, p. 159.

pero lo cierto es que superan esta idea e inciden en las posibilidades que tienen las personas de alcanzar o ejercer efectivamente el mismo. Por otra parte, se ha entendido que, mientras que el concepto de las necesidades da cuenta de una noción de dignidad en sentido negativo, y se trata de un concepto pasivo, el de las capacidades consistiría en un concepto más dinámico y da cuenta de un acceso positivo a la idea de dignidad⁹². Sin embargo, también es posible entender ambas teorías de una forma complementaria. En relación con el derecho a la salud, por ejemplo, si las necesidades sanitarias están cubiertas, se podrá afirmar que las personas pueden ejercitar una serie de capacidades.

En relación con el principio de igualdad de oportunidades, que anteriormente se ha incluido como una de las teorías que sirven para justificar el derecho a la salud, a continuación se resumen algunas consideraciones sobre la importancia de diferenciar la igualdad de oportunidades en sentido estricto y la igualdad en el acceso a las oportunidades relevantes. El entendimiento de una serie de oportunidades relevantes puede servir con mayor facilidad para fundamentar los derechos humanos, en la misma línea de las capacidades relevantes o las necesidades básicas.

El principio de igualdad de oportunidades se puede entender, según lo ha formulado Hierro⁹³, como ‘la igualdad entre todos los seres humanos en los recursos adecuados para satisfacer las necesidades básicas, de forma que permitan a todos y cada uno desarrollar de forma equiparablemente autónoma y libre su propio plan de vida’. Así pues, las oportunidades que se consideran relevantes son aquellas que satisfacen de forma adecuada las necesidades básicas, esto es, las que influyen en las posibilidades que tienen los individuos de tomar decisiones relativas a su estado de salud. En el caso del derecho a la salud, por ejemplo, ello requeriría la accesibilidad de los recursos sanitarios públicos, libres de costes directos y siempre que sean adecuados.

⁹² VÁZQUEZ, R., *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, cit., pp. 42-43. Asimismo, VÁZQUEZ, R., *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, pp. 133-134.

⁹³ HIERRO, L., ‘¿Qué derechos tenemos?’, *Doxa*, núm. 23, 2000, 351-375, p. 365.

Ahora bien, partiendo de un reconocimiento universal, a todas las personas, de recursos sanitarios adecuados, se plantea otra problemática teniendo en cuenta el disfrute del derecho a la salud desde la igualdad de oportunidades para el bienestar⁹⁴. Esto es, si el rango de opciones que se presentan a los individuos en la esfera de la salud ha de ser la misma para todos, con independencia de la relevancia de las oportunidades, o si es suficiente con la prestación de un nivel de asistencia adecuada. El principio de igualdad de oportunidades entendido en sentido estricto, pues, conduce al debate que analiza si la prestación privada de servicios sanitarios ha de quedar prohibida. En palabras de García Manrique, se trataría de si se ha de perseguir la desmercantilización completa de los bienes sociales relevantes para la satisfacción de necesidades, en este caso las sanitarias, evitando cuotas desiguales de libertad entre los individuos que, además de la asistencia garantizada tienen los recursos para permitirse otra asistencia a través del mercado, y aquellos individuos que no tienen los recursos económicos suficientes para ello. El autor defiende la desmercantilización de derechos sociales como la educación, la asistencia y el trabajo para evitar cuotas desiguales de libertad entre las personas⁹⁵. Asimismo, Gutmann, desde el principio de igualdad de oportunidades, acepta la restricción de la actuación del mercado en el ámbito sanitario paralelo a la sanidad pública⁹⁶.

Estas discusiones sobre la igualdad de opciones, en principio, no influirían en el cumplimiento del derecho a la salud si la salud de todas las personas queda atendida de forma adecuada. En consecuencia, se ha de garantizar el acceso a las oportunidades que se consideran relevantes. Más allá de la satisfacción de las necesidades sanitarias, la igualdad en el rango de opciones disponibles no se considera un principio estrictamente necesario desde el punto de vista la fundamentación del derecho a la

⁹⁴ ARNESON propone la igualdad de oportunidades para el bienestar, como igualdad entre las personas para disponer de un conjunto equitativo de opciones en relación con la satisfacción de las preferencias, ARNESON, R., 'Equality and Equal Opportunity for Welfare', *Philosophical Studies*, vol. 56, núm. 1, 1989, 77-93.

⁹⁵ GARCÍA MANRIQUE, R., *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*, El Viejo Topo, Barcelona, 2013.

⁹⁶ GUTMANN, A., 'For and against Equal Access to Health Care', *cit.*, p. 543-545.

salud. Si la asistencia sanitaria es adecuada y la mejor posible a la que se puede acceder en un territorio y contexto determinados, el hecho de que ciertos colectivos tengan acceso a un *plus* de asistencia, no sería en principio relevante a efectos del derecho a la salud. Sin embargo, si la protección que se ofrece para todas las personas no es adecuada y es de peor calidad que aquella a la que tienen acceso ciertos colectivos, ello sí resultaría contrario al cumplimiento del derecho a la salud. Ribotta ha incidido en la necesidad de evitar situaciones de dualidad de disfrute y de calidad de los derechos sociales, ‘como una educación de excelencia para algunos y una educación barata y mediocre para otros o una salud de excelencia para unos y otra de mala calidad para otros’⁹⁷. En definitiva, la controversia se sitúa en la injusticia de la desigualdad de opciones, si se han de evitar cuotas desiguales de libertad para los individuos, o bien, si desde la perspectiva del cumplimiento de los derechos humanos es suficiente con garantizar las necesidades que permiten a las personas ejercer sus capacidades y desenvolverse con libertad real⁹⁸.

Si se atiende a cuestiones de justicia distributiva y a las diferentes variantes del igualitarismo, las consideraciones que se han realizado en torno a la igualdad de oportunidades conducen a estimar que, siendo lo relevante cubrir las necesidades de todos para ejercer sus capacidades, la variante que se sigue es la del suficientismo⁹⁹.

⁹⁷ RIBOTTA, S., ‘Cómo repartir recursos en términos de derechos sociales: ¿igualdad o prioridad?’ en RIBOTTA, S., ROSSETTI, A. (Ed.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Dykinson, 2010, 263-298, p. 292. La autora ha analizado ampliamente cuestiones relacionadas con la igualdad, las desigualdades económicas y la redistribución, desde las teorías de la justicia, por ejemplo en RIBOTTA, S., *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.

⁹⁸ LAPORTA entiende el valor de la autonomía personal como una exigencia compleja que equivale a un ideal de la persona humana como agente moral con la capacidad de diseñar y proyectar su propia vida en libertad. Autor que, por otra parte, defiende el mero valor instrumental del principio de igualdad material, considerando que la mera distribución igualitaria de bienes y recursos carece de justificación independiente. LAPORTA, F. J., ‘Los derechos sociales y su protección jurídica. Introducción al problema’, *cit.*, p. 307.

⁹⁹ Sobre esta postura puede consultarse FRANKFURT, H. C., ‘Equality as a moral ideal’, *Ethics*, 1987, núm. 98, 21-43. En relación con la salud, persiste el problema de determinar el umbral a partir del cual se considera que se está suficientemente sano, WILSON, J., ‘Health Inequities’, en DAWSON, A. (Ed.), *Public Health Ethics: Key Concepts in Policy and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, 211-230, p. 227. Hausman, en sentido parecido, hace referencia a la importancia de asegurar que todas las personas tengan una cantidad igual de los bienes que importan. HAUSMAN, D. M., ‘What’s Wrong with Health Inequalities?’ *Journal of Political Philosophy*,

Se trata del acceso a las capacidades relevantes para la satisfacción de las necesidades. No se seguiría un igualitarismo estricto que otorga a la igualdad un valor en sí mismo y exige el acceso igual a las oportunidades sean o no relevantes. No obstante, la postura sufficientista ha de ser complementada con la necesidad de atender a las desigualdades y discriminaciones que, por encima de ese ‘nivel adecuado de capacidades’, se producen a causa de, por ejemplo, el género o la raza. Entonces, más allá de ese nivel suficiente, la igualdad, o más bien, la desigualdad sí tiene valor en sí misma. Por lo que se refiere a la tercera variante del igualitarismo, el prioritarismo, esta indica que se ha de dar prioridad a los más desaventajados. Ello tiene sentido cuando se trata de superar situaciones de inferioridad, si bien no hay por qué negar la prestación de recursos y servicios también a las personas con mayor capacidad económica. En consecuencia, el prioritarismo solo se sigue aquí en situaciones en que los recursos se ven limitados. Es posible, pues, combinar la opción sufficientista que rige como regla general con la visión prioritarista cuando los recursos son limitados¹⁰⁰. Ante el establecimiento de prioridades en estos casos, todas las personas mantienen su derecho a que el Estado destine los recursos disponibles para satisfacer sus necesidades de forma progresiva. Así, se ha entendido desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que ello es compatible con los mismos y, en concreto, se ha interpretado en el marco de la obligación de progresividad¹⁰¹. Como se señalará en alguna otra ocasión, ello no implica renunciar a la titularidad universal de los derechos humanos.

Otra cuestión que es objeto de debate en el campo de la justicia distributiva es si en el reparto de bienes se ha de incluir como beneficiarias a todas las personas, o solo a aquellas que se considera que carecen de responsabilidad respecto de la situación que le causa un daño y por ellos se les ha de ‘compensar’ su mala suerte. Se trata de la discusión en torno al igualitarismo de la suerte y al peso de la responsabilidad personal a la hora de distinguir entre beneficiarios y responsables. En el caso del derecho a la

vol. 15, núm. 1, 2007, 46-66.

¹⁰⁰ En esta línea, WOLFF, J., ‘Equality, the recent history of an idea’, *Journal of Moral Philosophy*, vol. 4, núm. 1, 2007, 125-136, p. 134.

¹⁰¹ Naciones Unidas, (OHCHR), *Human Rights and Poverty Reduction. A Conceptual Framework*, HR/PUB/04/1, Nueva York/Ginebra, 2004, p. 22.

salud, por ejemplo, ello implicaría discernir entre las situaciones en que una persona ha causado su propia mala salud y aquellas que en que esta deriva de la mala suerte o, más bien, de factores que se escapan de su control. A este respecto, Dworkin defiende la implementación de políticas redistributivas con el fin de compensar a las personas por las circunstancias sobre las que no tienen control, las cuales se deben en su mayoría a atributos personales. El autor defiende la idea de un seguro social hipotético según la cual el riesgo se compartiría en la sociedad para así remediar el padecimiento de situaciones como los accidentes laborales o el desempleo, en los que no hay culpa de los afectados¹⁰². Esta teoría ha venido a conocerse como el igualitarismo de la suerte, que intenta esclarecer cuándo la desigualdad sería injusta y cuándo no. En una revisión crítica de esta postura, varios autores persiguen diferenciar exactamente qué decisiones toma una persona controlando la situación y cuáles se toman como resultado de circunstancias que escapan de su control. En esta línea, por ejemplo, Cohen¹⁰³. Así, al fin y al cabo, Dworkin no se alejaba demasiado del discurso político de la responsabilidad personal¹⁰⁴. Además, como han indicado, entre otras autoras, Young y Anderson, Dworkin no tiene en cuenta otras circunstancias que escapan del control de las personas, más allá de atributos personales, como pueden ser los problemas de opresión y subordinación, problemas que refieren a la estructura social¹⁰⁵.

En definitiva, en relación con el anterior debate, y por lo que se refiere al reconocimiento de la asistencia sanitaria, se considera que, desde el momento en que hay un daño, la persona que lo sufre ha de tener derecho a las medidas apropiadas para remediarlo, sin que sea de importancia si cabe considerar a la misma como responsable o no. Entre otras razones porque las causas que conducen a una conducta

¹⁰² DWORKIN, R., *Sovereign Virtue*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2000, pp. 331-340.

¹⁰³ COHEN, G. A., 'On the Currency of Egalitarian Justice', *cit.*.

¹⁰⁴ YOUNG, I. M., *Responsabilidad por la justicia*, Ediciones Morata, Madrid, 2011, p. 51.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 55 y ss. Asimismo: YOUNG, I. M., 'Equality of Whom? Social Groups and Judgments of Injustice', *The Journal of Political Philosophy*, vol. 9, núm. 1, 2001, 1-18, p. 8. En el mismo sentido, Elisabeth Anderson critica que la irresponsabilidad se centre en las características personales y no en cuestiones de estructura social. También, por ejemplo, las leyes que se promulgan y que afectan al curso de nuestras vidas sin que hayamos podido elegir las directamente. ANDERSON, E., 'What is The Point of Equality?', *Ethics*, vol. 109, núm. 2, 1999, 287-337, p. 319.

irresponsable con la propia salud pueden deberse a situaciones de opresión y de exclusión. Así pues, la conducta más o menos responsable no ha de cuestionar la asistencia sanitaria universal. Por ello, esta discusión no es objeto de un mayor estudio en este trabajo. Además, como parte de las medidas adecuadas a promover por los poderes públicos, incluidas en el derecho a la salud, se sitúan las campañas de prevención sobre cómo mantener la salud y prevenir enfermedades. Se trata de una cuestión que se entrelaza, pues, con la educación que reciben los diferentes grupos de una sociedad, respecto de la cual, al igual que ocurre con las situaciones de opresión, una no es enteramente responsable.

Por otra parte, a menudo se sitúa la igualdad material en el centro de la justificación de los derechos sociales. En esta línea, por ejemplo, Prieto¹⁰⁶. Suele hacerse referencia, así, a la finalidad de los derechos sociales como superación de las desigualdades materiales. Se aboga por la satisfacción de los derechos sociales a sujetos concretos situados en contextos materiales de necesidad, para así lograr la igualdad material entre todas las personas. La igualdad material puede entenderse como ‘igualdad de probabilidades de los individuos para decidir sobre su propia identidad, para desarrollar su propio plan de vida, para el disfrute real de los derechos fundamentales’¹⁰⁷. Sin cuestionar que la igualdad material sea una de las dimensiones presentes en la fundamentación de los derechos sociales, no obstante, se presentan algunas problemáticas cuando se defiende que los derechos sociales, esencialmente, son derechos de igualdad.

Así pues, hay razones para sostener que, si bien la garantía de estos derechos contribuye a la disminución de las desigualdades económicas y sociales, la finalidad principal de los mismos no es la superación de las mismas sino la atención de las necesidades que se encuentran en el objeto de cada uno de los derechos. Cuando se defiende la igualdad como fundamentación única de los derechos sociales parece que

¹⁰⁶ PRIETO, L., ‘Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial’, en AÑÓN, M.J. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 111-170.

¹⁰⁷ AÑÓN, M. J., *Igualdad, Diferencias y Desigualdades*, Editorial Fontamara, México, 2001, p. 11.

se estaría asumiendo que las necesidades que se han de atender a través de los derechos sociales son necesidades de carácter general referentes a una situación de pobreza. Como se profundizará en el apartado sobre universalidad, este trabajo parte de la consideración de que las necesidades que atienden los derechos sociales son universales, en cuanto a la titularidad, y son concretas, en cuanto a su objeto, consistentes en necesidades sanitarias, educativas, habitacionales, de abrigo, etc. En la línea de Bobbio, frente a posiciones conservadoras se hace necesario traducir las necesidades en derechos universales para no vernos avocados a la lógica de la caridad y a vernos resignados en una hipócrita aceptación de las desigualdades¹⁰⁸.

Parece que sería más adecuado situar el valor de la libertad material como valor principal en la fundamentación de los derechos sociales. Ello hace referencia al ejercicio real de las capacidades y la satisfacción de las diferentes necesidades que se encuentran en el objeto de cada uno de los derechos. Lo anterior no significa que la igualdad no sea relevante, sino más bien al contrario, una teoría igualitaria de los derechos humanos defiende que para el cumplimiento de estos derechos todas las personas deberán tener los recursos que sean necesarios para el ejercicio de libertad real¹⁰⁹. En definitiva, no existiría pues una tensión entre libertad e igualdad, cuando es posible entender ambos valores desde estructuras diferentes y complementarias¹¹⁰. Mientras que la libertad se adoptaría como valor principal para justificar el contenido de los derechos y la igualdad atañe más bien a su titularidad, en relación con la nota de la universalidad.

En relación con esto último, un primer sentido de igualdad, el que refiere a la asignación universal de los derechos humanos, quedaría incluido en la nota de la universalidad¹¹¹. La atención a las necesidades es una cuestión que refiere al contenido

¹⁰⁸ BOBBIO, N., *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, Roma, Donzelli, 1994, p. 71 y ss.

¹⁰⁹ GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J., *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos, cit.*, pp. 234-235.

¹¹⁰ En este sentido, 'la igualdad no es una propiedad atribuible a las cosas o a las personas, sino a una noción relacional entre personas o cosas'. VÁZQUEZ, R., *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del derecho, cit.*, p. 138, también p. 128.

¹¹¹ AÑÓN, M. J., *Igualdad, Diferencias y Desigualdades, cit.*, p. 33.

de los derechos, mientras que su asignación universal atañe a su titularidad. Ahora bien, además de las necesidades que son universales, existen necesidades que se padecen de forma específica por parte de determinados grupos. Asimismo, más allá de aquel primer significado de la igualdad al que se hacía referencia, el principio responde también a la necesidad de remover situaciones en que algunas personas o grupos de personas se encuentran en situación de inferioridad o discriminación en el acceso a los derechos. Nos situamos pues en el plano de la efectividad de los mismos. La igualdad adquiere aquí relevancia en términos comparativos, para superar situaciones de discriminación, pero también para atender a las diferentes necesidades de determinados grupos. El derecho a la prohibición de discriminación, de otro lado, se ocupa tanto de las barreras formales para el reconocimiento universal de los derechos como de los obstáculos informales que impiden que este reconocimiento sea eficaz para todas las personas. Esta cuestión se tratará con mayor detenimiento en el apartado sobre el principio de universalidad en relación con la existencia de grupos con necesidades específicas y en situación de vulnerabilidad.

1.1.4. Responsabilidades correlativas al derecho a la salud

A continuación se prestará atención a la naturaleza de las obligaciones que se derivan del cumplimiento de los derechos humanos. En especial, se hará referencia a la diferenciación entre obligaciones positivas y obligaciones negativas. Dado que todos los derechos, independientemente de su clasificación como civiles, políticos, económicos, sociales o culturales, dan lugar a ambos tipos de responsabilidades, más que incidir en la clasificación de los derechos, resulta interesante atender a las diferentes obligaciones.

En primer lugar, cabe señalar que, del reconocimiento de la salud como derecho, se deriva una serie de responsabilidades correlativas para su satisfacción. Como se apuntaba con anterioridad, desde la teoría de las necesidades puede justificarse la existencia de obligaciones. En relación con el derecho a la salud, por ejemplo, del

padecimiento de necesidades sanitarias surge la obligación moral de su satisfacción¹¹². En esta línea, Añón considera que, de la idea del carácter multidimensional de todo derecho y de la necesidad para su garantía de acciones normativas y fácticas de distinta intensidad, deriva el necesario reconocimiento de una función positiva por parte del Estado¹¹³. Además, este carácter multidimensional de los derechos humanos hace referencia, también, al amplio conjunto de medidas que se exigen para conseguir su realización: ‘Medidas legislativas, administrativas, procedimentales, decisiones institucionales, acción de los poderes públicos, recursos materiales y humanos, acciones debidas por parte de sujetos privados’¹¹⁴.

En segundo lugar, existen diferentes tipos de obligaciones que se pueden clasificar de diversas formas, siendo una de ellas la distinción entre obligaciones positivas y obligaciones negativas. Los derechos de abstención darán lugar a obligaciones negativas, mientras que los derechos de prestación darán lugar a obligaciones positivas. Se trata tanto de *no actuar* (no interferir negativamente en el disfrute, respetar) como de *actuar* (a través de la adopción de medidas, bien para proteger frente a injerencias externas, bien para facilitar y promover directamente el disfrute, a través por ejemplo de deberes de prestación o de provisión de recursos). En la actualidad, muchas jurisdicciones, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y algunas constituciones de los Estados, como la constitución sudafricana, se refieren a esta clasificación de obligaciones positivas y negativas¹¹⁵. Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo ha entendido las obligaciones positivas como obligaciones de proteger frente a injerencias de terceros, más que como obligaciones directas de prestación¹¹⁶.

¹¹² MARTÍNEZ DE PISÓN, J., ‘El derecho a la salud: un derecho social esencial’, *Derechos y Libertades*, núm. 14, Época II, enero 2006, 129-150, p. 138.

¹¹³ AÑÓN, M. J., ‘Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad’, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, 15-41, p. 34.

¹¹⁴ AÑÓN, M. J., ‘Derechos humanos y obligaciones positivas’, en BERNUZ, M. J., CALVO, M., (Ed.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 43-71, p. 50.

¹¹⁵ Constitución de la República de Sudáfrica de 1996, por ejemplo, artículos 26 sobre el derecho a la vivienda o artículo 27 sobre el derecho a la asistencia sanitaria, agua, comida y seguridad social.

¹¹⁶ FREDMAN, S., ‘Human Rights Transformed: Positive Duties and Positive Rights’, *Legal Research Paper Series University of Oxford*, núm. 38/2006, agosto de 2006, pp. 3, 5.

Como ha señalado Fredman, todos los derechos dan lugar a una serie de deberes, incluyendo tanto deberes negativos, por ejemplo, el de abstenerse de impedir el ejercicio del derecho, así como deberes positivos, como el de garantizar de forma efectiva el mismo¹¹⁷. Por su parte, más allá de la clasificación de las obligaciones en positivas y negativas, Shue se refería, para cumplir con los derechos básicos de ‘libertad, seguridad y subsistencia’, a los deberes de ‘evitar’ ciertos tipos de comportamiento, de ‘proteger’ a los individuos de las violaciones por terceras partes, y de ‘ayudar’ a algunos individuos a realizar sus derechos¹¹⁸. Cuando la autora trata las violaciones o amenazas para los derechos humanos, las entiende como amenazas comunes u ordinarias, graves y remediabiles¹¹⁹, lo que puede acotar en gran medida aquello que cabe considerar como violación al derecho a la salud¹²⁰.

En especial, atendiendo al derecho a la salud, y específicamente al derecho a la asistencia sanitaria, toman importancia las demandas de prestación. Ello significa que el derecho presenta ante sus obligados una pluralidad de demandas o pretensiones, generando obligaciones positivas. Sin embargo, esto no es obstáculo para que también puedan incluirse demandas de abstención que den lugar a obligaciones negativas. Si bien el contenido prestacional tiene una importancia relevante en los derechos sociales, cabe formular, en la línea de Prieto, dos precisiones¹²¹. De un lado, que algunos derechos sociales se separan de este esquema (como el derecho de huelga o la libertad sindical). De otro lado, que en un sentido amplio todos los derechos incluyen algún contenido prestacional, cuando necesitan de defensa jurídica o de una protección administrativa¹²². Por ello, puede considerarse que tanto los derechos civiles y

¹¹⁷ FREDMAN, S., *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford, 2008, p. 66.

¹¹⁸ SHUE, H., *Basic Rights*, Princeton University Press, 1996, 51-55.

¹¹⁹ *Ibid.*, pp. 32-33.

¹²⁰ De acuerdo con esta caracterización de SHUE, Jonathan Wolff la adopta en un análisis de lo que cabe considerar como violación del derecho a la salud: WOLFF, J., ‘The Content of the Human Right to Health’, en CRUFT, R., LIAO, S. M., RENZO, M. (Ed.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2015, 491-501, p. 495 y ss.

¹²¹ PRIETO, L., ‘Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial’, *cit.*, p. 118.

¹²² En esta línea, ALEXY distingue entre ‘derechos a algo’, libertades y competencias, y dentro de los derechos prestacionales o derechos ‘a algo’, diferencia entre derechos de protección, derecho a organización y procedimiento y el derecho a prestación en sentido estricto. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, pp 186 y ss, pp. 419 y ss.

políticos, como los derechos sociales, incluyen tanto demandas de abstención (que generan obligaciones negativas) como demandas de prestación (y las correlativas obligaciones positivas).

Igualmente, cabría plantearse si sería el Estado el único responsable del cumplimiento de los derechos humanos, como el derecho a la salud, o si se considera que otros entes no estatales pueden también tener alguna responsabilidad. Sobre este asunto, en el segundo capítulo del trabajo se hará referencia al desarrollo que está teniendo lugar, principalmente en el ámbito de las Naciones Unidas, en relación con el establecimiento de obligaciones a las empresas en materia de derechos humanos, dada la influencia que efectivamente ejercen en la efectividad de los mismos. También se volverá a la tipología de las obligaciones tal y como se ha desarrollado desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

1.2. LA UNIVERSALIDAD Y LA TITULARIDAD UNIVERSAL DEL DERECHO A LA SALUD

La titularidad universal es una característica intrínseca a la definición de derechos humanos que cualifica el elemento de la titularidad. Sin embargo, por universalidad de los derechos, desde la teoría del universalismo de los derechos suele entenderse un significado más amplio, en relación con el contenido de los derechos y la expresión de la universalidad de los juicios morales. Desde la postura contraria al universalismo, el relativismo cultural, se defiende que los juicios morales varían según el contexto social o cultural. Asimismo, también se ha insistido, frente a la universalidad entendida como generalidad y homogeneización de las diferencias, que existen colectivos con necesidades específicas, no compartidas por todas las personas.

El objetivo del presente apartado es explicar la cuestión de la universalidad de los derechos y concretar el objeto de estudio en la titularidad universal del derecho a la salud. Ello se realizará en un primer subapartado. Con posterioridad, en el segundo

subapartado, se hará referencia a otros posibles significados que adquiere la universalidad y a la existencia de derechos especiales.

1.2.1. Concretando el objeto de estudio: la titularidad universal del derecho a la salud

La universalidad es una característica propia de los derechos humanos, según la cual estos se atribuyen o se asignan a todas las personas. El principio de universalidad se enmarca en la concepción del iusnaturalismo racionalista, que alcanza su plenitud con el pensamiento de la Ilustración, y que entiende la universalidad como una exigencia que se asocia al concepto de los derechos humanos, en el plano de la moralidad. En este sentido, se trata, siguiendo la distinción de Peces-Barba, de la titularidad universal como universalidad del punto de partida¹²³. De acuerdo con Laporta, la universalidad ‘implica por sí misma el hacer caso omiso de instituciones y roles para poder adscribir los derechos morales a todos al margen de su circunstancia vivencial o contextual’¹²⁴. Desde este punto de vista, se habla, pues, de una universalidad moral¹²⁵. Así, la universalidad de los derechos se atribuye a titulares o sujetos abstractos, adopta una postura de imparcialidad y conectaría en cierto sentido con el individualismo¹²⁶.

Por su parte, Ferrajoli parte de una definición formal de ‘derechos fundamentales’, caracterizada por una universalidad relativa, como ‘todos aquellos

¹²³ PECES-BARBA, G., ‘La universalidad de los derechos humanos’, *Doxa*, núm. 15-16, 1994, 613-633, p. 629.

¹²⁴ LAPORTA, F., ‘Sobre el concepto de derechos humanos’, *Doxa*, núm. 4, 1987, 23-46, p. 33.

¹²⁵ Sobre la distinción entre universalidad moral y universalidad jurídica y los sentidos de la universalidad, véase ANSUÁTEGUI, F. J., ‘La cuestión de la universalidad de los derechos: de las intuiciones a los problemas’, en FERNÁNDEZ, E., ASÍS, R., ANSUÁTEGUI, F. J., y otros, *Historia de los derechos fundamentales, Tomo IV: Siglo XX, Vol. IV*, Dykinson, Madrid, 2013, 73-122, p. 90.

¹²⁶ BARRANCO, M^a C., ‘Las teorías de los Derechos Humanos en el siglo XXI’, en REVENGA, M., CUENCA, P. (Eds.) *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Dykinson, 2015, 13-32, p. 15. También: BARRANCO, M^a C., ‘Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo’, en BARRANCO, M^a C., *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 17-44, p. 23.

derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar¹²⁷. Los derechos humanos constituirían una de las categorías en las que se clasificarían los derechos fundamentales, y que sí se atribuirían indistintamente a todas las personas, como el derecho a la salud¹²⁸. Al tener en cuenta la relevancia de las necesidades tuteladas, el autor acaba proponiendo la reducción o eliminación de los estatus que limitan el universalismo, y propone pasar de derechos del ciudadano a derechos de las personas, tarea todavía pendiente, por ejemplo, en el derecho a la circulación¹²⁹. Solo así se conseguirá una igualdad jurídica que equivale, según el autor, a la relación que unifica a una clase de sujetos en la titularidad de aquellos derechos fundamentales o universales¹³⁰.

Antes del reconocimiento de los derechos humanos en el siglo XX algunos grupos habían sido excluidos del disfrute de los derechos que se proclamaron como resultado de las revoluciones del siglo XVIII, como las mujeres. Por ejemplo, a pesar de los derechos reconocidos fruto de la revolución norteamericana, se negaba la ciudadanía a grupos como los esclavos y la población indígena. Así, en términos generales, únicamente cabía considerar como ciudadano con derechos al hombre blanco y burgués. Este modelo de ciudadanía estaba reservada al ejercicio y la expresión de la razón normativa e imparcial, un razonamiento alejado de las pasiones y de los sentimientos que tenían, según se entendía, las mujeres y otros colectivos¹³¹. Se elaboró una ciudadanía sexuada que, de acuerdo con Mestre, ‘se opera a través de la división en dos esferas, con funciones, roles, estatus, consideración, lógicas y derechos diferentes, pero relacionadas íntimamente’¹³². Para entender esta diferenciación, como indica la autora, es interesante atender a la distinción entre las esferas pública y privada que analiza Arendt, que expresa cómo quien no tenía acceso

¹²⁷ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 37.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 46.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 117.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 81.

¹³¹ YOUNG, I. M., *Justice and Politics of Difference*, Princeton University Press, 2011, p. 110.

¹³² MESTRE I MESTRE, R. M., ‘La ciudadanía de las mujeres: el espacio de las necesidades a la luz del derecho antidiscriminatorio y la participación política’, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, 147-166, p. 152.

en la Grecia clásica a la vida pública se veía privado de la existencia política y de la consideración como ciudadanos y, en consecuencia de poder llevar a cabo una verdadera vida humana¹³³. La formulación del ideal de ciudadanía universal vino, pues, a reivindicar la necesidad de extender el estatus de ciudadanía a todas las personas y, con ello, de reconocer derechos humanos a todas ellas, de acuerdo con la tradición del liberalismo individual. Ahora bien, frente al ideal de la universalidad, se ha criticado su reducción a las notas de generalidad y de imparcialidad, como características definitorias de una igualdad formal¹³⁴. Se prestará atención a esta cuestión más adelante.

En la actualidad, existen limitaciones a la consecución del ideal de ciudadanía universal que se presentan en relación con una variedad de cuestiones. Este trabajo atiende a las limitaciones de la universalidad en cuanto insuficiencias en el reconocimiento del derecho a la salud a todas las personas. En primer lugar, en particular un colectivo tiene todavía algunos derechos restringidos en el Estado en el que se encuentre, los inmigrantes no nacionales y, en especial, los inmigrantes en situación irregular¹³⁵. Ello viene influenciado por una determinada concepción de ciudadanía ligada a la nacionalidad, lo que se abordará más adelante en la sección dedicada a las restricciones que enfrenta este grupo. En segundo lugar, si bien el resto de colectivos tienen formalmente reconocidos sus derechos, la universalidad de los mismos enfrenta obstáculos como resultado de articularse los bienes sociales, por ejemplo, en base a la capacidad económica o la realización de un trabajo.

En relación con ello, entre las críticas a los derechos sociales como derechos humanos universales, a veces incluso se pone en duda que los derechos sociales planteen exigencias morales de tal valor que merezcan ser protegidas en forma de derechos. En el caso de Cranston, sostiene que los derechos sociales no se pueden predicar para todas las personas por lo que no se pueden configurar como derechos

¹³³ ARENDT, H., *La condición humana*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 67.

¹³⁴ GARRIDO GÓMEZ, M^a. I., *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 23.

¹³⁵ BOSNIAK, L., 'Universal Citizenship and the Problem of Alienage', *Northwestern University Law Review*, vol. 94, núm. 3, 2000, 963-982, p. 970.

humanos y pertenecerían a otra categoría¹³⁶. En respuesta a este argumento, Fabre defiende que todos los derechos, tanto los tradicionales (civiles y políticos) como los sociales pueden formularse de forma categórica de acuerdo con la universalidad, aplicables a todas las personas¹³⁷. No obstante, aun cuando se asume la configuración de los derechos sociales como auténticos derechos humanos, a menudo se discute que los derechos sociales deban ser de titularidad universal o se entienden como meros derechos secundarios¹³⁸. Un argumento que suele alegarse es la supuesta imposibilidad del reconocimiento de derechos sociales a todas las personas, debido, por ejemplo, a la escasez de recursos. El argumento de la escasez de recursos se sostiene, por ejemplo, por Sumner, para quien no es posible defender los derechos sociales para todos en condiciones de obligatoriedad ni sostener un derecho de todas las personas a la utilización de los recursos necesarios¹³⁹.

De esta forma, a veces se entiende que los derechos sociales se han de atribuir únicamente a sujetos situados en contextos determinados, como en situaciones de pobreza, o se vincula la naturaleza y el reconocimiento de los derechos sociales con la lógica contributivo-profesional, de lo que resultan excluidos las personas que no desempeñan una actividad laboral en el mercado de trabajo. Las posturas contrarias a la garantía de los derechos sociales para todas las personas, dan lugar a una serie de restricciones que pueden resumirse en las que afectan a los inmigrantes en situación irregular (en tanto colectivo habitualmente excluido del reconocimiento de derechos), a los no trabajadores formales y a los sujetos que ya tendrían sus necesidades sanitarias, cubiertas por el mercado. Se trata, más bien, de obstáculos institucionales que impiden el acceso universal a los bienes sociales, como los servicios de salud.

¹³⁶ CRANSTON, M., 'Human Rights, Real and Supposed', in D. D. Raphael (ed), *Political Theory and the Rights of Man*, Macmillan, Londres, 1967, pp. 49-51.

¹³⁷ FABRE, C., *Social Rights under the Constitution*, cit., p. 27.

¹³⁸ Ansuátegui analiza críticamente las cuestiones que dan lugar a tal concepción devaluada de los derechos sociales atendiendo a problemas cronológicos, estructurales y económicos en ANSUÁTEGUI, F. J., 'Argumentos para una teoría de los derechos sociales', *Revista Derecho del Estado*, núm. 24, julio de 2010, 45-64.

¹³⁹ SUMNER, L. W., *The moral foundation of rights*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 16-17.

Este trabajo parte de la consideración de que los derechos sociales comparten la característica de la universalidad de todos los derechos humanos con independencia de cualquier estatus que posibilite algún tipo de discriminación arbitraria¹⁴⁰. Así pues, siendo los derechos sociales derechos humanos, necesariamente habría de reconocerse su titularidad universal. En este sentido, es posible entender los derechos sociales, y el derecho a la salud, como derechos naturales que se adscriben a todos los seres humanos¹⁴¹. De acuerdo con ello, las restricciones que puedan darse a la titularidad universal resultan contrarias a la propia definición de derechos humanos. Además, se aboga por una interpretación de la titularidad universal cercana al concepto de ‘accesibilidad’. De forma parecida a Cohen, cuando diferencia entre *igual oportunidad* e *igual acceso*, pues el *igual acceso* requiere no solo la oportunidad sino además la *capacidad* para obtener las ventajas¹⁴², se defiende que el reconocimiento de la titularidad universal se ha de poder hacer real en el plano de la implementación, a través de eliminación de las barreras estructurales que enfrentan algunos colectivos para el acceso a la asistencia sanitaria de carácter público.

La titularidad universal del derecho a la salud es, pues, el objeto de estudio de este trabajo. Ello se restringe, entonces, a la cuestión de la titularidad. Se afirma que todas las personas tienen necesidades sanitarias, aunque no por ello sean las mismas. En esta línea, la atención a las diferencias y a las necesidades particulares no es incompatible con el reconocimiento universal de los derechos. De un lado cabe defender la titularidad universal del derecho a la salud. Ahora bien, de otro lado, se ha de dar cuenta de la existencia de necesidades específicas y de otras diferencias de grupo. Ello constituye todo un orden de cuestiones que, más allá de la titularidad universal, se presentan en relación con la universalidad entendida en un sentido más amplio. Así, debido a la formulación principalmente liberal que se ha dado al ideal de ciudadanía universal, como generalidad y homogeneización, se ha criticado que el principio de universalidad es insuficiente para atender a diferentes particularidades y vulnerabilidades. Por ello, antes de centrar la atención en las diferentes restricciones a

¹⁴⁰ MORALES, L., *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Marcial Pons, 2015, p. 64.

¹⁴¹ CONTRERAS, F. J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 45-46.

¹⁴² COHEN, G. A., ‘On the Currency of Egalitarian Justice’, *cit.*, p. 941.

la titularidad universal, cabe atender a otros significados de la universalidad de los derechos e intentar responder a los desafíos que se presentan para la misma.

1.2.2. Otros significados de la universalidad. La universalidad como generalidad. Derechos universales y derechos especiales

Cuando se hace referencia a los derechos humanos universales, en ocasiones se defiende que, más allá de su titularidad universal, su contenido y los modos de satisfacción son universales y adecuados para todas las personas. Ello ha generado una serie de críticas. En primer lugar, frente la teoría del universalismo, según la cual los juicios morales que expresan los derechos humanos serían universalizables, el relativismo cultural entiende que los derechos humanos universales no respetan los diversos contextos culturales, por lo que no serían válidos universalmente. En segundo lugar, se ha criticado asimismo que la ciudadanía universal no ha sabido dar respuesta a la existencia de necesidades específicas de algunos colectivos, así como a las dificultades que enfrentan los grupos vulnerables para acceder a los derechos.

En relación con la primera de las cuestiones, cabe entender que el respeto a las diferencias culturales no es un óbice para el reconocimiento de los derechos humanos a todas las personas. Como límite, del igual valor de los seres humanos se deriva que no toda práctica cultural pueda ser admisible. Asimismo, puede entenderse que el contenido de los derechos humanos es universalizable cuando incluye un contenido mínimo universal y un contenido adicional el cual puede ser flexible a diferentes modos de implementación. Como señala Wolff, si una persona tiene un derecho humano, entonces puede afirmarse que todas las personas actualmente vivas tienen los mismos derechos si están en la posición de disfrutar de ellos¹⁴³. De acuerdo con Zimmerling, la universalidad de las necesidades básicas reside en sus aspectos genéricos y no en las características de lo que se requiere para satisfacerlas¹⁴⁴. La

¹⁴³ WOLFF, J., 'The Content of the Human Right to Health', *cit.*, p. 495-496.

¹⁴⁴ ZIMMERLING, R., 'Necesidades básicas y relativismo moral', *Doxa*, núm. 7, 1990, 35-54, p. 48.

concepción de la autora de las necesidades básicas, como el ‘límite inferior’ que delimita el campo de la moral, resulta de gran interés en tanto en cuanto implicaría que el relativismo moral puede actuar únicamente a partir de la cobertura y el respeto a las necesidades básicas¹⁴⁵.

En cuanto al segundo tipo de críticas, en relación con el derecho a la salud, existen colectivos que pueden tener necesidades sanitarias particulares, no compartidas universalmente, por ejemplo, los derechos reproductivos de las mujeres. De esta forma, cabe reflexionar sobre cómo atender a las necesidades específicas desde la afirmación de la universalidad del derecho a la salud.

En este punto, es interesante reflexionar sobre si el padecimiento de necesidades específicas hace referencia a grupos o colectivos sociales determinados, por lo que cabe prestar atención al concepto de grupo social. Young define el grupo social como un colectivo de personas diferenciadas de al menos otro grupo por razones culturales, prácticas o modo de vida¹⁴⁶. La autora cree que el grupo social se caracteriza, más que por compartir determinados atributos o rasgos (edad, color de piel, etc.), por el sentido de identidad. Además, los grupos son una expresión de relaciones sociales, y la identidad como miembro de un grupo no es individualista, sino social, pudiendo venir influenciada por el propio grupo e incluso desaparecer¹⁴⁷. De esta forma, de la anterior definición de grupo social se puede extraer que no es necesario ni que el grupo sea vulnerable, ni que constituya una minoría en una sociedad determinada. En sentido inverso, al hablar de minorías se puede hacer referencia a distintos tipos de grupos: grupos con rasgos culturales propios y sometidos a políticas de segregación o de asimilación, grupos que padecen una desigualdad jurídica como los extranjeros, así como los que padecen una discriminación de hecho, y los que sufren una exclusión en el vínculo social mismo¹⁴⁸.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 46.

¹⁴⁶ YOUNG, I. M., *Justice and Politics of Difference*, *cit.*, p. 43.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 45.

¹⁴⁸ AÑÓN, M. J., *Igualdad, Diferencias y Desigualdades*, *cit.*, p. 115.

A la anterior definición de Young de los grupos sociales, posteriormente la autora añadiría otro rasgo, el proyecto común entre los miembros del grupo.

Esta última característica se menciona por la autora en otro de sus trabajos, precisamente para diferenciar el significado de ‘grupo social’ de lo que denomina *seriality*¹⁴⁹. El término *seriality*, originalmente utilizado por Sartre, se utiliza para hacer referencia a otros tipos de colectivos sociales, diferentes de los grupos, y Young lo adopta en relación con el género y defiende su aplicación para el colectivo de las mujeres. La autora defiende que ello permite superar algunos problemas de normalización, exclusión y esencialismo que podrían derivarse de considerar a las mujeres como un grupo social¹⁵⁰. El término *serie* se refiere pues al colectivo social que se define, no por sus rasgos en común ni por el sentido de identidad, sino porque sus miembros se unen de forma pasiva por una acción que experimentan en común, por ejemplo, las personas esperando un autobús¹⁵¹. Otro ejemplo lo podrían constituir los colectivos que surgen como consecuencia de una trayectoria histórica de discriminación, o los colectivos excluidos. De estas experiencias, sin embargo, puede surgir la constitución de grupos sociales, en respuesta de haber padecido una conducta discriminatoria¹⁵².

De todo ello se deriva la cuestión de si los colectivos con necesidades sanitarias específicas conforman grupos sociales diferenciados. Tales necesidades sanitarias pueden responder en primer lugar a causas biológicas, por ejemplo el sexo, un atributo o rasgo objetivo, pero también a causas sociales. Si se asume que lo determinante para constituir un grupo social son los atributos o los rasgos objetivos, y estos son determinantes de la necesidad específica, como la que atiende la salud reproductiva, podría afirmarse que las personas que la padecen formarían un grupo social. En

¹⁴⁹ Véase a este respecto, YOUNG, I. M., ‘Gender as seriality: Thinking about Women as a Social Collective’, *Signs*, vol. 19, núm. 3, 1994, 713-738, pp. 723-724.

¹⁵⁰ SARTRE, J. P., *Critique of Dialectical Reason*, New Left Books, Londres, 1976. YOUNG, I. M., ‘Gender as seriality: Thinking about Women as a Social Collective’, *cit.*, p. 733.

¹⁵¹ YOUNG, I. M., ‘Gender as seriality: Thinking about Women as a Social Collective’, *cit.*, pp. 724-725.

¹⁵² *Ibid.*, p. 735.

cambio, parece más adecuado considerar que el sentido de identidad es lo relevante para definir los grupos sociales, en la línea de Young. Entonces, las personas que padecen necesidades específicas pueden entenderse como miembros de un grupo social si se identifican entre ellas por el padecimiento de esas necesidades o bien, se identifican por el atributo que las causa. Por ejemplo, las personas mayores, o las mujeres. Por otra parte, la definición de serie podría ser útil para hacer referencia a los colectivos excluidos del acceso a los servicios sanitarios, como los inmigrantes en situación irregular. Estas restricciones serán objeto de estudio en el siguiente apartado.

De otro lado, Young estudia la existencia necesidades particulares de determinados grupos en contraposición con uno de los significados de la universalidad y de la ciudadanía universal. Así, de acuerdo con Young, la universalidad adquiere tres significados. El primero se puede entender como la asignación universal de derechos, el segundo como generalidad y el tercero como igual tratamiento¹⁵³. El primer significado de la universalidad parece referirse a la cuestión de la titularidad, y la autora estaría de acuerdo con la misma. Este primer significado de la universalidad se relaciona a su vez con el sentido más general del principio de igualdad. Sin embargo, los otros significados resultan contrarios a la particularidad y a la diferencia. Young entiende que la universalidad como generalidad contribuye a esconder la existencia de grupos sociales, y propone enfatizar la representación de los mismos¹⁵⁴. Se trata, así, de una ciudadanía diferenciada frente a la ciudadanía universal como generalidad¹⁵⁵. Asimismo, frente a la consideración de que las necesidades de todas las personas requieren un igual tratamiento, Young indica que deben reconocerse derechos especiales para grupos con necesidades específicas, adoptando el ejemplo del derecho

¹⁵³ YOUNG, I. M., 'Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship', *Ethics*, núm. 99, 1989, 250-274, p. 250.

¹⁵⁴ *Ibid.*, pp. 258 y ss.

¹⁵⁵ La universalidad como generalidad y expresión de una razón moral imparcial también es criticada por Young en el cuarto capítulo de *Justice and Politics of Difference*, *cit.*, 98-121. Esta crítica es compartida por muchos otros autores y autoras que proponen diferentes soluciones. Otra crítica de la ciudadanía liberal puede encontrarse en MOUFFE, C., *The Return of the Political*, Verso, Londres/Nueva York, 1993. Vallespín, en el mismo sentido, critica la universalidad derivada del modelo de Estado liberal con las pretensiones de neutralidad y la escisión entre lo público y lo privado. VALLESPÍN, F., 'Igualdad y diferencia', MATE, M. R. (Ed.), *Pensar la igualdad y la diferencia*, Fundación Argentaria, Madrid, 1995, 15-35, pp. 16 y ss

al embarazo y la baja por maternidad¹⁵⁶. El término de ‘derechos especiales’ es conocido por ser utilizado por Elizabeth H. Wolgast en *Equality and the Rights of Women*¹⁵⁷.

Centrando la atención en el reconocimiento de derechos especiales, los argumentos en defensa de estos están basados tanto en la consecución de la libertad real, que requiere la atención de necesidades especiales, como en la realización de la igualdad. Ello refiere a la garantía de iguales oportunidades y la corrección de las desventajas que afectan a determinados grupos¹⁵⁸. En la línea de Young, Kymlicka, si bien se aleja de la tesis de la autora en algunos aspectos, como en su énfasis en los grupos sociales y en el rechazo de toda convivencia posible con el liberalismo, coincide no obstante en la crítica a la ciudadanía indiferenciada y abstracta y en la importancia de garantizar los derechos humanos de las minorías¹⁵⁹. El autor se centra en medidas de reconocimiento de la identidad de los grupos culturales y las minorías étnicas y reclama la articulación de derechos especiales que serían de tres tipos, derechos de autogobierno, derechos poliétnicos, políticos o culturales y derechos especiales de representación¹⁶⁰. Además de las medidas de reconocimiento, de otro lado, Fraser incide en que tales derechos requieren medidas de redistribución¹⁶¹. Asimismo, Añón destaca, en una crítica a la concepción de Young que, más allá del reconocimiento y de la representación, son necesarias las medidas de redistribución,

¹⁵⁶ YOUNG, I. M., ‘Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship’, *cit.*, p. 269. La atribución de derechos especiales a los grupos sociales ha sido criticada por contradecirse con la postura anti-esencialista de la Young y con la fluidez de los grupos, dada, por ejemplo, la posibilidad de que las diferencias desaparezcan. Por ejemplo, desde la postura liberal igualitaria de TEBBLE, A. J., ‘What is the Politics of Difference?’, *Political Theory*, vol. 30, núm. 2, 2002, 259-281, p. 272. En esta línea, también, en su crítica a Kymlicka y la idea de derechos culturales: KUKATHAS, C., ‘Are There Any Cultural Rights?’, *Political Theory*, vol. 20, núm. 1, 1992, 105-139, p. 114.

¹⁵⁷ WOLGAST, E. H., *Equality and the Rights of Women*, Cornell University Press, 1980.

¹⁵⁸ AÑÓN, M. J., *Igualdad, Diferencias y Desigualdades*, *cit.*, pp. 131-132.

¹⁵⁹ KYMLICKA, W., *Multiculturalism: Success, Failure and the Future*, Migration Policy Institute, Washington, 2012, p. 24.

¹⁶⁰ KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Buenos Aires, México, Paidós, 1996, p. 46 y ss.

¹⁶¹ FRASER, N., ‘From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a Post-Socialist Age’, PHILLIPS, A. (Ed.), *Feminism and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1994, 430-461, p. 431.

señalando como insuficiencia de las propuestas de ciudadanía diferenciada la omisión de la capacidad transformadora e igualitaria de los derechos sociales¹⁶².

Lo expuesto hasta el momento en materia de derechos especiales puede aplicarse a la existencia de derechos específicos en relación con el derecho a la salud. Al analizar la cuestión de los grupos sociales con necesidades particulares en relación con la titularidad universal del derecho a la salud, se extraen las siguientes consideraciones. En primer lugar, las necesidades sanitarias específicas pueden dar lugar a derechos especiales, que no serían universales o de aplicación a todas las personas. Las necesidades específicas de determinados grupos no son universales en cuanto a su titularidad, por no ser aplicables a todas las personas, por más que pueda entenderse que serían universales únicamente en tanto en cuanto son compartidas por los miembros del grupo. En segundo lugar, la asistencia sanitaria universal no habría de ser un óbice para la atención de las necesidades particulares. Así, los servicios sanitarios universales pueden cubrir también la atención a las necesidades específicas. En este sentido, los derechos especiales pueden incluirse en un derecho más amplio a la salud, que sí sería de asignación universal. Por ejemplo, incluidos en el derecho a la salud pueden entenderse los derechos especiales de determinados grupos, como el derecho al aborto de las mujeres.

Por otra parte, una vez se reconoce el derecho a la salud de forma universal, pueden permanecer sin resolver las desigualdades en el acceso a los mismos. Por ejemplo, por parte de determinados grupos vulnerables. Así pues, se ha criticado el falso universalismo a la vez que se ha reclamado la equiparación real de los derechos de los colectivos vulnerables, como las personas con discapacidad¹⁶³. En esta línea, incluso se ha propuesto plantear la condición de vulnerabilidad como condición humana y no exclusiva de determinados grupos¹⁶⁴. En cualquier caso, cuando se trata

¹⁶² AÑÓN, M. J., *Igualdad, Diferencias y Desigualdades*, cit., pp. 127 y 146.

¹⁶³ CUENCA, P., 'Derechos humanos y discapacidad. De la renovación del discurso justificatorio al reconocimiento de nuevos derechos', *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2016, 53-84, p. 56. DE ASÍS, R., *Sobre discapacidad y derechos*, cit., 2013.

¹⁶⁴ El debate surgiría a raíz del trabajo de FINEMAN, M. A., 'The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition', *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 20, núm. 1, 2008, 1-23.

de colectivos vulnerables, se hace referencia a grupos que no necesariamente padecen necesidades sanitarias particulares, sino que, por otras razones, son de alguna forma oprimidos y encuentran mayores dificultades para participar de los servicios que una sociedad ofrece. Cabe mencionar a este respecto a los inmigrantes en situación irregular, o a las personas de etnia gitana. De esta forma, para atender a necesidades particulares y a las dificultades que enfrentan los grupos vulnerables, cabe poner en marcha políticas enfocadas a los grupos afectados, sujetos entendidos de forma concreta, contextual. Se trata, pues, de políticas sensibles a las particularidades y a las diferencias¹⁶⁵. Cabe entender asimismo las estructuras de dominio y de subordinación causantes de la desventaja social que padecen algunos grupos sociales¹⁶⁶. En este punto, Añón señala que la articulación jurídica actual de la prohibición de discriminación como trato diferenciado injustificado resulta insuficiente y, así, propone entender la discriminación como desventaja social¹⁶⁷.

Por tanto, cuando la provisión universal de servicios sanitarios no es suficiente para determinados grupos con necesidades específicas, porque no se han creado servicios específicos destinados a satisfacerlas, o cuando los colectivos vulnerables no pueden acceder a los mismos, se hace necesario incidir en el valor de la igualdad como diferenciación. Si bien este trabajo atiende a la titularidad universal del derecho a la salud, no niega la existencia de necesidades particulares y de desigualdades, lo cual ha querido ponerse de manifiesto en este apartado. Tras reconocer universalmente los derechos, y entender los sujetos en abstracto, quedará atender a la eficacia de su satisfacción y saber si efectivamente ello se cumple para todas las personas, superando situaciones de discriminación. Se hace necesario responder a las diferencias a través de

Por su parte, Morondo analiza los problemas que pueden derivarse de la consideración de la vulnerabilidad como condición universal en MORONDO, D., '¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión', *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016, 205-221, pp. 210 y ss.

¹⁶⁵ YOUNG, I. M., *Justice and Politics of Difference*, cit., p. 96.

¹⁶⁶ MESTRE I MESTRE, R. M., 'La ciudadanía de las mujeres: el espacio de las necesidades a la luz del derecho antidiscriminatorio y la participación política', cit., p. 153.

¹⁶⁷ AÑÓN, M. J., 'Derecho Antidiscriminatorio y determinación de la desventaja', *Isonomía*, núm. 39, 2013, 127-157. Asimismo, MESTRE I MESTRE, R. M., 'La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos', *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2016, 113-132, p. 127.

la protección de los derechos fundamentales, así como del reconocimiento de derechos específicos. A los diferentes significados de la igualdad en relación con el tratamiento de las diferencias se refiere, por ejemplo, Ferrajoli al distinguir cuatro posibles posturas: la indiferencia jurídica de las diferencias (en la que estas no se tienen en cuenta), la diferenciación jurídica de las diferencias (donde el autor sitúa el reconocimiento de la ciudadanía y de derechos únicamente al hombre propietario y blanco en las primeras constituciones liberales), la homologación jurídica de las diferencias (lo que supone una negación de las mismas, que se correspondería con el ideal abstracto de igualdad), y, por último, la valorización jurídica de las diferencias, basado en la igualdad de derechos y en la garantía de su efectividad, atendiendo a las diferencias¹⁶⁸. El autor italiano asimismo reconoce la existencia del derecho de autodeterminación exclusivo de las mujeres en materia del aborto¹⁶⁹.

A la igualdad como diferenciación ha hecho referencia asimismo Rosenfeld, señalando que la diferencia tiene como correlato la igualdad, en tanto cada uno es tratado en proporción a sus necesidades y aspiraciones¹⁷⁰. Ruiz Miguel también trata en este sentido la diferenciación para la igualdad y la diferenciación como igualdad¹⁷¹. De esta forma, ‘una concepción universal de la ciudadanía que trascienda las diferencias grupales es fundamentalmente injusta porque históricamente ha conducido a la opresión de los grupos excluidos’¹⁷². Se requieren, pues, políticas de diferenciación destinadas a grupos específicos, así como el reconocimiento de derechos especiales, en caso de que sea necesario atender necesidades específicas. Si

¹⁶⁸ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 73 y ss.

¹⁶⁹ En este caso no existe igualdad jurídica que equivaldría a la universalidad sino una desigualdad jurídica entre hombres y mujeres en tanto en cuanto se trata de un derecho especial de las mismas y con ello no universal. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 84.

¹⁷⁰ ROSENFELD, M., ‘Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional’, *Derechos y Libertades*, 1998, núm. 6, 411-444, p. 415. Asimismo, GARRIDO GÓMEZ, M^a I., ‘La complementariedad entre la igualdad y la diferencia’, *Frónesis*, vol. 15, núm. 2, 2008, 69-98, pp. 73 y ss.

¹⁷¹ Si bien se trata de ideas muy similares, la diferenciación para la igualdad propugna la igualdad como objetivo mediante el reparto de bienes sociales (a través, por ejemplo, de la progresividad fiscal) mientras que, en la diferenciación como igualdad, esta se concibe como identidad, similitud o asimilación y se caracteriza por la diversidad y pluralidad entre los grupos. RUIZ MIGUEL, A., ‘La igualdad como diferenciación’, en *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Madrid, Escuela Libre, 1994, 283-296, pp. 286-290.

¹⁷² AÑÓN, M. J., *Igualdad, Diferencias y Desigualdades*, cit., p. 112.

en una primera instancia, la de la asignación universal de los derechos, nos situamos en el proceso de generalización de los derechos sociales, y la extensión de su reconocimiento a todas las personas, en la segunda problemática nos situaríamos en el proceso de especificación¹⁷³. A este proceso se hará referencia más adelante, en la primera de las posturas que limitan la universalidad del derecho a la salud.

1.3. POSICIONES CONTRARIAS A LA TITULARIDAD UNIVERSAL

El objetivo de este apartado es presentar las posturas contrarias a la titularidad universal del derecho a la salud, si bien es posible extender el análisis al resto de derechos sociales. Estas posturas coinciden con algunas limitaciones de la configuración internacional de la universalidad del derecho y de la implementación de la asistencia sanitaria, como se tratará en los capítulos segundo y tercero del trabajo, respectivamente. Entre los argumentos que a menudo se alegan para rechazar la universalidad de los derechos sociales, y con ello, del derecho a la salud, se encuentran: a) aquel que aboga por un reconocimiento exclusivamente a los ciudadanos con pocos medios económicos; b) el argumento que hace depender la satisfacción de los derechos sociales del empleo o de la contribución social; y c) aquel que defiende su reconocimiento únicamente a los ciudadanos nacionales o a los residentes legalmente en un territorio. Mientras que las dos primeras posturas tienden a limitar el acceso universal a los bienes sociales, la última de las exclusiones enumeradas es un problema que encuentra su origen en determinadas concepciones de nacionalidad y de ciudadanía, lo cual ha derivado en que no se reconozca a los inmigrantes como verdaderos titulares de derechos. Si bien las tres situaciones son tratadas como limitaciones a la universalidad del derecho a la salud, las particularidades que caracterizan a cada una de ellas son estudiadas en cada uno de los correspondientes apartados.

¹⁷³ En este sentido, también MERINO, V., ‘Tensiones entre el proceso de especificación de los derechos humanos y el principio de igualdad respecto a los derechos de las mujeres en el marco internacional’ *Derechos y Libertades*, núm. 27, Época II, junio 2012, 327-363, p. 332.

1.3.1. El derecho a la salud como derecho de beneficencia

En primer lugar, habitualmente se sostiene que los derechos sociales no son universales, en el sentido de que estos derechos solo serían, en sentido estricto, de las personas que se encuentran en situación de necesidad debido a la capacidad económica. Desde esta postura, los derechos sociales quedan reducidos en su titularidad a aquellas personas que se encuentran en una situación de dependencia material o económica. Así, se haría referencia más que a una situación de dependencia natural, una dependencia construida por el entorno social, lo cual justificaría la provisión de asistencia para estos casos¹⁷⁴. Se adopta, bien un enfoque asistencial, o bien un enfoque basado en derechos, pero en el que la titularidad no sería universal sino reducida a las personas situadas en contextos de pobreza. La postura consiste en entender que los derechos sociales son derechos que se asignan, no al ser humano en abstracto, sino al ser humano situado en un contexto concreto, en unas circunstancias históricas, culturales y económicas concretas¹⁷⁵.

Entre quienes sostienen esta postura se alega, por ejemplo, el argumento de la injusticia de la atribución universal de los derechos sociales y con ello, del derecho a la salud. En este sentido, no son pocos los autores que consideran injusto extender los derechos sociales a todas las personas independientemente de sus circunstancias socio-económicas. Desde esta perspectiva, se considera que los derechos sociales son caros, y que ante la escasez de recursos, sería injusto reconocer los derechos sociales a todas las personas sin atender a su capacidad económica. Incluso, llega a entenderse que con ello se estaría potenciando la desigualdad, afirmación que no solo se sostiene desde corrientes ideológicas propias del pensamiento liberal económico. Cabe mencionar, por ejemplo, a Peces-Barba, para el que ‘el serio error de estos derechos es que sirven para mantener la desigualdad, y actúan, para aquellos beneficiarios que no los necesitan realmente, como los privilegios medievales y potencian la desigualdad’. De

¹⁷⁴ DE ASÍS, R., ‘Las situaciones de dependencia desde un enfoque de derechos humanos’ en RAMIRO, M. A., CUENCA, P. (Eds.) *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, Dykinson, Madrid, 2010, 163-180, p. 166.

¹⁷⁵ CONTRERAS, F. J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 25.

acuerdo con el autor, los derechos sociales ‘tratan igualmente a desiguales con consecuencias injustas’¹⁷⁶. En relación con la universalidad, según Peces-Barba, esta no podría considerarse como punto de partida de los derechos económicos, sociales y culturales, pues ‘los titulares de estos derechos solo deben ser aquellas personas que necesitan el apoyo, y no quienes no lo necesitan’¹⁷⁷. Por su parte, Buchanan va más allá y rechaza que la salud pueda configurarse como derecho y lo define como un deber de beneficencia¹⁷⁸.

En cualquier caso, lo que parecen defender estas posturas es que la satisfacción de los derechos sociales ha de dirigirse únicamente a un grupo de personas, aquellas sin capacidad económica suficiente para acceder a la satisfacción a través del mercado. En este sentido, se han situado los derechos sociales en el marco del proceso de especificación de los derechos. Así, junto a los procesos de positivización, generalización e internacionalización de los derechos, Bobbio denominó proceso de especificación a un proceso de evolución histórica de los derechos fundamentales, que consiste en una concreción de los titulares de los derechos a través de la cual se asignan estos a sujetos específicos¹⁷⁹. Se ha entendido que el requisito de la universalidad en cuanto a sus titulares viene dado por el hecho de que los titulares lo son todos los individuos que forman parte del grupo definido por el derecho¹⁸⁰. Especialmente, la especificación está pensada para aquellos colectivos en situación de inferioridad, buscando tratar desigualmente a los desiguales. De acuerdo con Peces-Barba, los derechos sociales se sitúan en este proceso de especificación, como derechos de grupo¹⁸¹.

¹⁷⁶ PECES-BARBA, G., ‘La universalidad de los derechos humanos’, *cit.*, p. 631.

¹⁷⁷ PECES-BARBA, G., ‘Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto’, *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1998, 15-34, p. 32. También, PECES-BARBA, G., ‘La universalidad de los derechos humanos’, *cit.*

¹⁷⁸ BUCHANAN, A.E., ‘A Right to a decent Minimum of Health Care’, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 13, núm. 1, 1984, 55-78, p. 68.

¹⁷⁹ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991, pp. 109-110.

¹⁸⁰ Así lo ha explicado LEMA, C., en ‘Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales’, *Derechos y Libertades*, núm. 22, Época II, enero 2010, 179-203, p. 184.

¹⁸¹ PECES-BARBA, G., ‘La universalidad de los derechos humanos’, *cit.*, p. 626.

Por el contrario, se sostiene aquí que los derechos reproductivos, los derechos del niño o los derechos de los trabajadores pueden entenderse desde el proceso de especificación cuando solo sus titulares se encuentran en la posición de poder disfrutar de los mismos o cuando la concreción de los titulares es necesaria para superar situaciones de discriminación y de vulnerabilidad. Sin embargo, los derechos sociales como la educación, la salud, la alimentación o la vivienda, encuentran dificultades para ser configurados como derechos específicos pues la finalidad de los mismos es cubrir unas condiciones mínimas de subsistencia que son universales. Siendo estas necesidades universales, la definición de un grupo de personas como sujetos titulares de estos derechos será discriminatoria. Será discriminatoria, pues, la titularidad del derecho a la salud restringida a las personas con pocos medios económicos, a los trabajadores, o las personas nacionales o en situación de regularidad.

Como se señalaba con anterioridad, si bien atender a necesidades específicas de colectivos determinados es primordial, la existencia de los derechos sociales no queda reducida en esta atención. Los derechos sociales atienden a necesidades sanitarias, alimentarias, de abrigo, que son universales, así como a necesidades específicas de grupos concretos. Pero el derecho a la salud no puede quedar reducido únicamente a la garantía de las necesidades sanitarias de algunos grupos. Además, una prestación social universal no tiene por qué ser injusta si ésta se financia a través de un mecanismo redistributivo de la riqueza, que disminuya así las desigualdades económicas entre los diversos sectores de la población.

Para muchos autores, en cambio, entender los derechos sociales de forma contextualizada no supone renunciar a la universalidad de los mismos. Por ejemplo, Peces-Barba defendería la universalidad como punto de llegada de los derechos sociales. Asimismo, Contreras Peláez, a pesar de defender la universalidad de los derechos sociales y su titularidad individual, los caracteriza como derechos contextualizados, en referencia a situaciones de dependencia¹⁸². También, de Asís, en la línea de los autores a los que anteriormente se ha hecho referencia, contextualiza los

¹⁸² CONTRERAS, F. J., *Derechos sociales: teoría e ideología, cit.*, p. 25.

derechos sociales en unos sujetos concretos que no pueden satisfacerlos por sí mismos, lo que según el mismo autor sería coherente con el origen histórico de los mismos¹⁸³. De la misma forma, según Hierro, el que ciertos derechos universales se prediquen de seres humanos que se encuentran en ciertas ocasiones, como el ser-humano-que-trabaja o el ser-humano-que-carece, no es óbice a su universalidad¹⁸⁴.

En estas posturas parece diferenciarse entre la titularidad de los derechos sociales, que sí sería universal, y la satisfacción de estos derechos, que se dirigiría únicamente a determinados sujetos. No obstante, ¿qué significa tener un derecho si no se puede acceder al objeto del mismo? La tesis que aquí se sostiene consiste en entender que las limitaciones al acceso a los derechos también suponen también límites a la titularidad universal. Si únicamente se garantiza la prestación de servicios sanitarios a las personas con capacidad económica insuficiente para acceder a los mismos a través del mercado, entonces no se puede considerar a estos derechos como tales, no se les puede entender como derechos humanos. Se entenderán los derechos sociales como otra cosa, de las personas en situación de necesidad económica, quizá como derechos de caridad, de beneficencia, pero entonces estos derechos no podrán ser considerados ni humanos ni universales. Como argumenta, por ejemplo, Lema, limitar los derechos sociales a quienes no puedan permitírseles degrada la propia idea de derecho, y nos conduce a la lógica de la beneficencia¹⁸⁵. En este sentido, las limitaciones a la universalidad, y con ello, a la accesibilidad del derecho, pueden impedir las posibilidades de acceder al contenido del mismo (cuando se impone el pago de las prestaciones a colectivos vulnerables), o simplemente pueden reducirlas (cuando se impone el pago a colectivos con mayor capacidad económica que pueden acudir a servicios privados), pero ambas medidas se entienden como restricciones a la titularidad universal. A esta discusión se volverá en el capítulo sexto al tratar cuándo

¹⁸³ DE ASÍS, R., 'Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos', en CAMPOY, I. (Ed.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson, Madrid, 2006, 35-58, pp. 42-43.

¹⁸⁴ HIERRO, L., 'Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy', *cit.*, p. 177.

¹⁸⁵ LEMA, C., 'La erosión del derecho a la salud en el Reino de España: el ataque a la universalidad', en BERNÚZ, M. J., CALVO, M., (Ed.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 221-258, p. 251.

una medida regresiva a la titularidad afecta al contenido esencial y cuándo, por el contrario, hay posibilidades de justificación.

Otro de los argumentos utilizados para sostener esta postura es el de defender que los derechos sociales son sustancialmente distintos de los derechos civiles y políticos. Para marcar estas diferencias, de nuevo, se caracteriza, por ejemplo, a los derechos sociales como derechos costosos. Entre los autores que ofrecen una revisión crítica de esta postura merecen ser destacados Añón y Pisarello¹⁸⁶. Así pues, desde el momento en que la protección de todos los derechos, sean civiles (por ejemplo, el apartado estatal de defensa, de policía o de administración de justicia¹⁸⁷), sean sociales, implica costes para el Estado lo cierto es que defender la protección de unos y no de otros responde más bien a prejuicios ideológicos que a un adecuado análisis de costes de los derechos¹⁸⁸. Aunque en el caso de la asistencia sanitaria adquiera especial relevancia el contenido prestacional, como ya se ha hecho referencia, todos los derechos incluyen tanto demandas de prestación como demandas de abstención. Así, en un sentido amplio todos ellos incluyen algún contenido prestacional, cuando necesitan de defensa jurídica o de una protección administrativa¹⁸⁹. De otro lado, Ferrajoli señala la reducción de los costes burocráticos derivados de la determinación de la necesidad y que se ahorrarían en caso de una satisfacción *ex lege* de forma gratuita, universal y generalizada¹⁹⁰. Se ha de tener en cuenta, pues, el sistema de prestaciones sociales y la forma en que se financian las mismas¹⁹¹.

¹⁸⁶ AÑÓN, M. J., ‘Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad’, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, 15-41. PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, *cit.*

¹⁸⁷ HIERRO, L., ‘Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy’, *cit.*, p. 189.

¹⁸⁸ Al respecto destaca la obra de HOLMES, S., y SUNSTEIN, C. R., *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, Norton&Co., Nueva York, 1999.

¹⁸⁹ PRIETO, L., ‘Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial’, *cit.*, p. 118. En relación con el contenido prestacional de los derechos, ALEXY distingue entre ‘derechos a algo’, libertades y competencias, y dentro de los derechos prestacionales o derechos ‘a algo’, diferencia entre derechos de protección, derecho a organización y procedimiento y el derecho a prestación en sentido estricto. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, pp 186 y ss, pp. 419 y ss.

¹⁹⁰ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: la ley del más débil*, *cit.*, p. 111.

¹⁹¹ LEMA, C., ‘Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales’, *cit.*, p. 197. También en LEMA, C., *Salud, justicia, derechos*, *cit.*, p. 194.

Por otra parte, ante situaciones de escasez de recursos puede ser en ocasiones necesario el establecimiento de prioridades, lo cual ha sido sostenido, entre otros, por Sumner¹⁹². Ello lleva a cuestiones de justicia distributiva y, en definitiva, a la elección entre posiciones igualitaristas estrictos y prioritaristas a la que ya se ha hecho referencia¹⁹³. Aunque no sea este el objeto de estudio, baste con afirmar que ni una ni otra opción de distribución de recursos implica renunciar a la titularidad universal de los derechos sociales. Por ejemplo, en caso de que dos personas tengan necesidades sanitarias, pero solo haya recursos disponibles para satisfacer una de ellas, habrá que determinar, de acuerdo con Fabre, qué persona tiene mayores o más urgentes intereses¹⁹⁴. En caso de que ello no sea posible, o de que las dos personas tengan parecidas necesidades sanitarias, según la autora, ambas tienen el derecho a que los recursos del Estado se destinen a satisfacer sus necesidades en vez de dirigirse en otra cuestión menos importante, y a su vez, ambas tienen el derecho a que el Estado adopte pasos hacia la realización de su derecho a la asistencia sanitaria¹⁹⁵. Por tanto, el argumento de la escasez de recursos no negaría la universalidad de los derechos sociales. Al contrario, que en este tipo de situaciones se establezcan prioridades únicamente significa que el derecho de una persona puede resultar vulnerado y el de otra persona protegido. En estos casos, y a diferencia de las posturas resumidas con anterioridad, la respuesta ante un problema de escasez de recursos y la necesidad de establecer prioridades no se utiliza para negar la titularidad universal del derecho a la salud.

1.3.2. El derecho a la salud como derecho de los trabajadores

Entre los argumentos que negarían la universalidad de los derechos sociales, y con ello, del derecho a la salud, cabe situar la postura que los hace depender de la

¹⁹² SUMNER, L. W., *The moral foundation of rights*, cit., pp. 16-17.

¹⁹³ Al respecto puede consultarse: RIBOTTA, S., ‘Cómo repartir recursos en términos de derechos sociales: ¿igualdad o prioridad?’, cit. También en RIBOTTA, S., *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, cit.

¹⁹⁴ FABRE, C., *Social Rights under the Constitution*, cit., p. 31.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 32.

institución del trabajo asalariado. Esta postura es principalmente aplicable en la actualidad en los sistemas de salud de la seguridad social en los que se excluye a aquellos que no contribuyen a las cotizaciones sociales. En esta línea, se entendería que los derechos sociales han de satisfacerse únicamente a aquellos que contribuyen a su financiación, en forma de seguro o de cotizaciones sociales. Más allá, también se dirige esta crítica a la situación que surge como consecuencia del Estado del bienestar cuando este hace depender la provisión de bienes y servicios, directamente a través del trabajo asalariado, o indirectamente, de forma más general, al basarse en políticas de pleno empleo.

En primer lugar, es interesante atender al concepto de ciudadanía social, acuñado inicialmente por el filósofo británico T. H. Marshall. Con este término, Marshall hacía referencia a una de las tres clases de derechos que conforman la ciudadanía, entendida como el estatus de aquellos que son miembros plenos de una comunidad y que son iguales en los derechos y deberes que se derivan de tal estatus¹⁹⁶. La ciudadanía social, pues, consiste en la última fase de la ciudadanía. Esta se lograría a través de un proceso histórico que se sitúa a lo largo de los siglos XVIII, XIX y XX. Se diferencian los derechos civiles, los derechos políticos y los derechos sociales. Los derechos sociales, en concreto, ligados a la ciudadanía social se manifestaron necesarios, de acuerdo con el autor británico, para paliar las desigualdades propias de la sociedad capitalista¹⁹⁷. El término de ciudadanía social ha seguido utilizándose por autores como Añón. Por ciudadanía social cabe entender un estatus conformado por el acceso a los recursos básicos para el ejercicio de derechos y deberes, para poder alcanzar una comunidad formada entre iguales, en la que cada persona sea miembro pleno de la misma¹⁹⁸. Ello exige la satisfacción de los derechos sociales para que las necesidades básicas queden satisfechas y, de este modo, los sujetos tengan libertad real

¹⁹⁶ MARSHALL, T. H., *Citizenship and Social Class*, Cambridge University Press, Cambridge, 1950, p. 28.

¹⁹⁷ SUSÍN, R., 'El tratamiento de los ciudadanos pobres. La aportación de los programas de ingresos mínimos de inserción' en BERNÚZ, M. J., SUSÍN, R. (Eds.), *Ciudadanía: dinámicas de pertenencia y exclusión*, Universidad de la Rioja Servicio de Publicaciones, Logroño, 2003, 19-58, p. 24.

¹⁹⁸ AÑÓN, M. J., 'Nueva ciudadanía y derechos sociales y políticos de los inmigrantes' *Gaceta Sindical. Reflexión y debate*, Madrid, junio 2003, p. 119.

para el ejercicio de capacidades y para poder participar plenamente en la vida pública¹⁹⁹.

De esta forma, la idea de ciudadanía social relaciona el estatus de ciudadanía con los derechos sociales. En relación con el derecho a la salud, la denominada ‘ciudadanía de la salud’ traslada al ámbito de la salud la idea de la ‘ciudadanía social’ propia del Estado de bienestar. El concepto hace referencia a la obligación del Estado de proteger la salud de la población así como a las correlativas obligaciones sociales de los ciudadanos²⁰⁰. Como ha señalado Lema, la garantía del derecho a la salud de modo universal requiere que esta idea venga acompañada de la expansión del gasto público con respecto a los beneficiados y a las prestaciones, es decir, a la dimensión subjetiva y objetiva de la cobertura sanitaria²⁰¹. La extensión de estas vertientes de las prestaciones públicas contribuye a la mejora de los indicadores de salud y, en concreto, sería la extensión de la dimensión subjetiva la que se exigiría de acuerdo con la universalidad del derecho a la salud.

Así pues, la ciudadanía social está estrechamente ligada a la provisión pública de bienes sociales necesarios para el bienestar. Hasta el siglo XVIII, estos derechos de ciudadanía únicamente eran reconocidos a unos pocos sectores privilegiados de la población, hasta que empieza un proceso de universalización de los derechos, especialmente importante en el siglo XX²⁰². Durante el siglo XVIII y la Revolución Industrial, los derechos sociales se entendían como el resultado de una lucha de las clases trabajadoras, incidiendo en la relación entre estos derechos y el conflicto social. En este punto, al situar los derechos sociales en este proceso histórico se tiende a entender estos como derechos de clase propios de los estamentos profesionales²⁰³. A

¹⁹⁹ AÑÓN, M. J., ‘Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales’, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, 2002.

²⁰⁰ PORTER, D., *Health Citizenship: Essays in Social Medicine and Biomedical Politics*, Berkeley, University of California Medical Humanities Press, 2011, p. 18.

²⁰¹ LEMA, C., *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud. Historia del derecho a la salud en el siglo XX*, cit., p. 42.

²⁰² WALDRON, J., ‘Citizenship, social citizenship and social provision’, *British Journal of Political Science*, vol. 18, núm. 4, octubre de 1988, 415-443, p. 420.

²⁰³ CONTRERAS, F. J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 32.

finales del siglo XIX, se sitúa el desarrollo de la legislación social del canciller Otto von Bismarck en Alemania, y con ello un modelo de Estado del bienestar basado en sistemas de cotización social, en el que el acceso a las prestaciones sociales, como la asistencia sanitaria, dependen de la cotización o la contribución social. En este modelo, las restricciones se dan para aquellos que no trabajan de formalmente, sin aportar al fondo de cotizaciones sociales. A mediados del siglo XX, en concreto, tras la Segunda Guerra Mundial, en algunos Estados del bienestar se crean instituciones capaces de ofrecer servicios sociales a toda la población, independientemente de la cotización o contribución social, como el *National Health Service* británico. Este proceso se corresponde más con el que se ha llamado proceso de ‘universalización’ de los derechos, en conexión con la idea de la ciudadanía social que integra los derechos como parte de este estatus. A los diferentes modelos se hará referencia en el tercer capítulo.

Ahora bien, la crítica que algunos autores como Miravet dirigen hacia el Estado del bienestar va más allá de la crítica al modelo de salud de cotizaciones sociales, y hace referencia a la condición que para la provisión de bienes y servicios suponen las políticas de pleno empleo. En este sentido, la provisión de bienes y servicios sociales seguiría articulándose en torno al trabajo, cuando se basa en políticas de pleno empleo, en el marco de un modelo de producción fordista, que se caracteriza por un consumo en masa de productos elaborados en cadena²⁰⁴. En definitiva, el trabajo es el vínculo social que genera derechos e identidad, que da acceso a la ciudadanía, que queda reducida en una ciudadanía laboral²⁰⁵. Con este término se hace referencia a la dependencia de las estructuras de protección social en torno al trabajo asalariado y el empleo²⁰⁶.

²⁰⁴ MIRAVET, P., ‘Trabajo y derechos sociales: por una desvinculación posible’, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2000, 359-394, pp. 367.

²⁰⁵ *Ibid.*, pp. 362-363.

²⁰⁶ MIRAVET, P. *Estado Social, Empleo y Derechos. Una revisión crítica*, Tirant lo Blanch y Publicacions Universitat de València, Valencia, 2014, p. 286.

1.3.3. El derecho a la salud como derecho de los nacionales o de los residentes legales

En tercer lugar, otro argumento contrario a la universalidad del derecho a la salud es el que defiende que únicamente deben ser titulares de los derechos sociales aquellos ciudadanos nacionales o bien los residentes legalmente en un territorio. El problema principal aparece cuando estos estatus dependen a su vez de condiciones materiales como la obtención de rentas o la realización de un trabajo.

Así pues, hasta el momento se ha hecho referencia a la ciudadanía entendida desde la provisión de bienes y servicios, esto es, la ciudadanía social, en la que el acceso a los recursos sociales básicos se entiende como una parte integrante de este estatus. Se considera este incluso una conquista difícil de revertir ante el fuerte apoyo de la población que entiende que estos servicios forman parte de sus derechos básicos²⁰⁷. Sin embargo, cabe preguntarse hasta qué punto este tipo de ciudadanía es inclusiva. En este punto, la ciudadanía queda identificada en Marshall con un Estado o una Nación en concreto. No se supera el vínculo de la nacionalidad, sino que la ciudadanía que describe Marshall, que abarca entre otros el ejercicio de los derechos sociales, es una ciudadanía nacional²⁰⁸.

De esta forma, a pesar de manifestar un vínculo entre el individuo y la sociedad por el cual se establecen una serie de derechos y deberes, y de la progresiva universalización alcanzada durante el siglo XX, la ciudadanía en la mayoría de Estados sigue siendo excluyente. Claro está, pues, que la ciudadanía moderna consiste en la atribución de un estatus que ‘formaliza’ a los sujetos individuales que pasan a considerarse titulares de una serie de derechos y de obligaciones²⁰⁹. No obstante, este estatus será restrictivo cuando implica que quienes son ciudadanos tendrían acceso a los bienes y recursos y quienes no alcanzan ese estatus no pueden participar de los

²⁰⁷ WALDRON, J., ‘Citizenship, social citizenship and social provision’, *cit.*, p. 417.

²⁰⁸ MARSHALL, T. H., *Citizenship and social class*, *cit.*, pp. 12, 18.

²⁰⁹ ZOLO, D., ‘La strategia della cittadinanza’, ZOLO, D., (Ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Bari, Laterza, 3-46, 1994, p. 7.

mismos. Así, mientras que la ciudadanía habitualmente se entiende relacionada con la igualdad por vincularse al ejercicio de los derechos²¹⁰, a la vez constituye un requisito de acceso a los mismos que deja fuera a un sector de la población, el de los extranjeros. La noción de ciudadanía presenta al mismo tiempo significados universalistas y excluyentes²¹¹. Subyace la concepción de ciudadanía que vincula este estatus con la nacionalidad, y que incluye únicamente a los nacionales de un Estado en vez de a todos los residentes estables en un país²¹².

En la actualidad, los fenómenos de mundialización y globalización han acentuado la multiculturalidad presente en las sociedades y han alterado el discurso tradicional sobre la ciudadanía propia de los Estado-nación de los siglos XIX y XX²¹³. Estos fenómenos, y la actual crisis económica y social, refuerzan el discurso de la nacionalidad como eje vertebrador de los derechos con el objetivo de excluir de las prestaciones sociales a los inmigrantes, a la vez que son comunes las reacciones xenófobas y racistas frente a la inmigración. Además, la discriminación racial se vería reforzada por un racismo institucional presente en las políticas migratorias articuladas a través de normas jurídicas²¹⁴. Frente a ello, se han propuesto nuevas concepciones de ciudadanía como la ciudadanía diferenciada o multicultural (Kymlicka²¹⁵), la ciudadanía republicana (Habermas²¹⁶), la ciudadanía cosmopolita (Ferrajoli²¹⁷), la ciudadanía transnacional (Bauböck²¹⁸) o la ciudadanía posnacional (Sassen²¹⁹).

²¹⁰ WALDRON, J., 'Citizenship, social citizenship and social provision', *cit.*, p. 423.

²¹¹ BOSNIAK, L., 'Universal Citizenship and the Problem of Alienage', *cit.*, pp. 971-972.

²¹² Sobre el origen del Estado-nación y su posterior vinculación con la ciudadanía puede leerse a J. Habermas, quien se posiciona a favor de la superación de la ciudadanía nacional, hacia una ciudadanía democrática. HABERMAS, J., 'Ciudadanía e identidad nacional (1990)' en HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, 619-644, pp. 620 y ss.

²¹³ DE LUCAS, J., 'La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes', *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 13, 2006, p. 8. Asimismo, MARTÍNEZ DE PISÓN, J., 'Ciudadanía e inmigración' en BERNÚZ, M. J., SUSÍN, R. (Eds.), *Ciudadanía: dinámicas de pertenencia y exclusión*, Universidad de la Rioja Servicio de Publicaciones, Logroño, 2003, 75-96, p. 78.

²¹⁴ AÑÓN, M. J., 'Discriminación racial: el racismo institucional desvelado', en ARCOS, F. (Ed.) *La justicia y los derechos en un mundo globalizado*, Dykinson, Madrid, 2015, 133-166, p. 140. Asimismo, DE LUCAS, J., AÑÓN, M. J., 'Sobre el proceso de globalización de la xenofobia y el racismo institucionales', *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 229, 2013, 41-56.

²¹⁵ KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, *cit.*

²¹⁶ HABERMAS, J., 'Ciudadanía e identidad nacional (1990)', *cit.*. La crítica que se dirige a la ciudadanía republicana no obstante es que vendría a exigir homogeneidad e identidad universal en

Si es la ciudadanía el estatus que da acceso al disfrute de los derechos, como el derecho a la salud, esta ciudadanía habrá de ser social e inclusiva, sin depender de condiciones restrictivas como el trabajo, las redes familiares, la renta o de un tiempo de residencia excesivo. La clave se encuentra, de acuerdo con Añón, en el acceso, en las condiciones de entrada, permanencia, regularización y participación en la vida pública²²⁰. Se pueden plantear otras vías de acceso a la ciudadanía diferentes a la nacionalidad, como la residencia o el empadronamiento. De Lucas plantea la ciudadanía local, vinculada a la vecindad, a la condición de residencia, distinguiendo entre el derecho a residencia estable tras tres años y la residencia de larga duración tras cinco años, con igualdad en derechos políticos²²¹. De esta forma, el estatus de ciudadanía habría de abarcar a todo aquel que haga vida en una comunidad determinada, no dependería de condiciones excluyentes, y podría incluir a todos los residentes estables en una comunidad, durante un tiempo razonable o cuando se muestra voluntad de permanencia²²². Se trata, así, de cumplir con la universalidad de los derechos como la seguridad en su satisfacción y como la exigencia de inclusión plural y del reconocimiento de la igualdad compleja²²³. Además, en esta nueva

el ámbito de lo público ocultando necesidades e intereses particulares. AÑÓN, M. J., *Igualdad, Diferencias y Desigualdades*, cit., p. 128.

²¹⁷ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris: Teoría del Derecho y de la Democracia (Vol. 2: Teoría de la democracia)*, Editorial Trotta, Madrid, 2011.

²¹⁸ BAUBÖCK, R. 'Changing the boundaries of citizenship. The inclusion of immigrants in democratic Politics» en *From Aliens to Citizens: Redefining the Estatus of Migrants in Europe*, Aldershot, Avebury Press, 1994.

²¹⁹ La autora defiende una ciudadanía posnacional y señala la importancia de una ciudadanía económica. SASSEN, S., *Territorio, autoridad y derechos: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz, 2010, Buenos Aires/Madrid, P. 361.

²²⁰ AÑÓN, M. J., 'Nueva ciudadanía y derechos sociales y políticos de los inmigrantes', cit., p. 125.

²²¹ DE LUCAS, J., 'Democracia, derechos y políticas migratorias en tiempos de crisis', *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 12, diciembre 2012, p. 159. También: DE LUCAS, J., 'La integración de los inmigrantes: la integración política, condición del modelo de integración' en DE LUCAS, J., DÍEZ, L., *La integración de los inmigrantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, 11-44, p. 33. A propósito de la ciudadanía europea: DE LUCAS, J., 'La ciudadanía para los inmigrantes: una condición de la Europa democrática y multicultural', *Eikasía. Revista de Filosofía*, núm. 4, mayo de 2006, p. 10. Asimismo, DE LUCAS, J., 'Inmigración y ciudadanía. Visibilidad, presencia, pertenencia', en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 37, 2003, 81-103, p. 98.

²²² MARTÍNEZ DE PISÓN, J., 'Ciudadanía e inmigración', cit., p. 93.

²²³ DE LUCAS, J., 'Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos' en CAMPOY, I. (Ed.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson, Madrid, 2006, 59-128, p. 101.

ciudadanía inclusiva cobran especial importancia los derechos políticos, los cuales han de reconocerse y garantizarse a los inmigrantes, no solo en relación con el sufragio sino también con la participación²²⁴.

En relación con ello, una cuestión controvertida es si los derechos humanos habrían de quedar vinculados a esta nueva ciudadanía. Si la ciudadanía ha de pasar por un período de residencia en el territorio, por ejemplo, tres o cinco años, derechos como la salud no podrían depender de este estatus. Así, o se incluye a los residentes de hecho en un territorio, o se hace necesario desvincular los derechos de la ciudadanía. La segunda opción es defendida, por ejemplo, por Ferrajoli, al proponer pasar de los derechos de los ciudadanos a los derechos de las personas. El autor analiza críticamente la conexión que realiza Marshall entre ciudadanía y derechos, y argumenta que la ciudadanía se convierte en un factor de exclusión cuando se enfrenta a la personalidad y al progresivo universalismo de los derechos alcanzado progresivamente²²⁵. Al distinguir el autor italiano, entre derechos del hombre y derechos del ciudadano, tal diferenciación no corresponde a características intrínsecas de los mismos, sino que depende de su formulación según el derecho positivo. Por tanto, es posible, por ejemplo, reconocer el derecho a la circulación a todas las personas²²⁶. Por ello, se propone desvincular los derechos de las personas de la ciudadanía, lo que pasa por la ‘superación de la ciudadanía, la definitiva desnacionalización de los derechos fundamentales y la correlativa desestatalización de las nacionalidades’²²⁷.

²²⁴ DE LUCAS, J., ‘La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes’, *cit.*, pp. 21, 28, 44.

²²⁵ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: la ley del más débil*, *cit.*, p. 100.

²²⁶ *Ibid.*, p. 104-105.

²²⁷ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: la ley del más débil*, *cit.*, p. 57. También, pp. 117 y ss. DE LUCAS, J., ‘Ciudadanía: concepto y contexto. Algunas observaciones desde *Principa Iuris* de L. Ferrajoli’, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIX, 2013, 101-124, p. 121. Asimismo, VELASCO, J. C., ‘La desnacionalización de la ciudadanía. Inmigración y universalidad de los derechos humanos’ 319-339, p. 328, y ÁLVAREZ, S., ‘¿Derechos fundamentales o derechos de la ciudadanía? Algunas notas sobre la noción de ciudadanía’, 195-204, p. 204, en CAMPOY, I. (Ed.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson, Madrid, 2006.

Ahora bien, más que la nacionalidad es la residencia legal el estatus que habitualmente condiciona el acceso a los recursos sanitarios de una sociedad. De igual forma, la residencia legal es un estatus excluyente, pues impone condiciones para su acceso que son restrictivas como la obtención de trabajo formal o la existencia de vínculos familiares. Esta regulación de la residencia legal es fuente de desigualdades porque no incluye a personas que sin tener tales condiciones residen de forma estable en el territorio de un Estado. Se trata de una regulación, la de la regularidad administrativa, que estigmatiza a una parte de la población ya estigmatizada por considerarles no solo como un problema laboral sino también como un problema de seguridad o de orden público, institucionalizando así jurídicamente la xenofobia²²⁸. Los inmigrantes irregulares vivirían en espacios de ‘no existencia’, en la línea de Coutin, por la falta de residencia legal, a pesar de estar presentes física y socialmente en el país²²⁹. Existen diferentes argumentos a favor de establecer controles a la inmigración, como aquellos fundamentados en la preservación de la independencia de la comunidad, en la línea de Walzer²³⁰. Frente a ello, Carens incide en la importancia de proteger los intereses y derechos de los inmigrantes y propone abrir las fronteras nacionales²³¹.

Por otra parte, el no reconocimiento de derechos a los inmigrantes puede ser analizado como tarea pendiente en el proceso de generalización de los derechos humanos. El proceso de generalización supone la extensión de la satisfacción de los derechos a sujetos y colectivos que no los poseían, lo que sin duda está en armonía con la universalidad²³². Los estatus de nacionalidad y de residencia legal, así pues, son restrictivos porque vinculándose con el ejercicio de los derechos, el acceso a tales estatus es restringido de tal modo que impone determinadas condiciones materiales

²²⁸ DE LUCAS, J., ‘¿Qué políticas de inmigración? (Reflexiones al hilo de la Ley de Extranjería en España)’, *Tiempo de Paz*, núm. 55, 1999, 5-31, p. 20.

²²⁹ COUTIN, S. B. ‘Illegality and the Space of Nonexistence’, *Legalizing Moves: Salvadoran Immigrants’ Struggle for U.S. Residency*, University of Michigan Press, 2000, 27-48, p. 27.

²³⁰ WALZER, M., *Spheres of Justice: a defense of pluralism and equality*, Basic Books, Nueva York, 1983, p. 62.

²³¹ CARENS, J., *The Ethics of Immigration*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 255.

²³² DE ASÍS, R., ‘Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos’, *cit.*, p. 36 y 39.

que dejan fuera a una población que no puede cumplirlas aun residiendo de hecho en el territorio nacional.

Pisarello analiza esta cuestión de forma interesante cuando apunta a que los derechos sociales han pasado a ser considerados requisitos de acceso a otros derechos por parte de la población inmigrante en situación irregular. Por ejemplo, esto ocurriría con el derecho al trabajo que se considera como requisito de acceso a la residencia legal, o con el derecho a la vivienda cuando es condición para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar²³³. Frente a estas barreras, se hace necesario un cambio en el vínculo que otorga acceso a los derechos sociales. Como ha señalado el autor²³⁴:

‘De lo que se trataría, así, es de pasar del reconocimiento de derechos ciudadanos al reconocimiento de derechos de las personas, o si se prefiere, del reconocimiento selectivo de derechos para ciudadanos-nacionales, para trabajadores formales o para residentes económicamente solventes, a un modelo en el que los derechos se atribuyan por igual a todas las personas que habitan en una comunidad política, esto es, que guardan un vínculo más o menos estable con la misma, sin discriminaciones ni exclusiones arbitrarias’.

¿Cuál es el vínculo, entonces, del que han de depender los derechos sociales? O se defiende una ciudadanía social realmente inclusiva, o bien los derechos como la asistencia sanitaria han de quedar vinculados a otro estatus, como el padrón municipal. Entonces lo importante será conocer si una persona vive en un municipio, para así conocer la población real del mismo y poder programar los servicios públicos y sociales necesarios a los que tendrá acceso toda la población empadronada²³⁵. Otra opción sería defender que estos no dependieran de ningún estatus de vinculación a un territorio, lo que supondría un libre acceso a los bienes vinculados a los mismos simplemente por el hecho de ser persona. Lo cierto es que esta sería la forma más

²³³ PISARELLO, G., ‘Los derechos sociales y sus ‘enemigos’: elementos para una reconstrucción garantista’, *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*, VALIÑO, V. (Coord.), Barcelona, Observatori DESC, 2009, 13-22, p. 16.

²³⁴ *Ibid.*, p. 21.

²³⁵ SOLANES, Á., y CARDONA, B., ‘La realidad local de la inmigración: el padrón municipal como fuente de integración’, en CAMPOY, I. (Ed.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson, Madrid, 2006, 291-317, p. 295.

exacta de dar cumplimiento a la universalidad de estos derechos. En concreto, algunos servicios como la atención sanitaria de carácter urgente han de ser accesibles necesariamente a todas las personas sin ningún tipo de trabas burocráticas e independientemente de donde se encuentren. Por lo demás, una institución como el padrón municipal, que sirva para organizar el acceso a los bienes y servicios que se prestan en una comunidad, también parece poder considerarse adecuada para implementar y dar cumplimiento a la universalidad del derecho a la salud.

En este sentido, se habrá de garantizar que el acceso a los recursos sanitarios no dependa de condiciones restrictivas que dejen fuera a personas que viven en una comunidad. Solo así, las personas podrán sentirse miembros plenos de la misma, uniéndoles un sentimiento de pertenencia²³⁶. Una persona no se sentirá miembro pleno de una comunidad hasta que no sea capaz de participar de la misma a través de los bienes y recursos que esta ofrece. Desde este punto de vista, los próximos capítulos analizarán críticamente los límites en la configuración del derecho a la salud y en el reconocimiento de la asistencia sanitaria que, de modo principal, condicionan el acceso a los estatus de nacionalidad, o más frecuentemente, de residencia legal.

²³⁶ WALDRON, J., 'Citizenship, social citizenship and social provision', *cit.*, pp. 432, 436.

CAPÍTULO 2. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO UNIVERSAL EN EL PLANO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho a la salud ha sido reconocido como derecho humano a través de declaraciones y tratados internacionales. Este derecho se incluye así en la lista de derechos humanos ampliamente reconocidos en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La positivización ha tenido lugar, tanto en el plano universal, en el sistema de Naciones Unidas, como en los sistemas regionales de protección tales como el sistema europeo, el interamericano, o el sistema africano. Además de su reconocimiento, también ha tenido lugar el desarrollo de su contenido, especialmente por parte de los órganos de tratado que se encargan de la interpretación y de la supervisión del cumplimiento del derecho a la salud. En este sentido, entre otras cuestiones, se ha regulado la cuestión de la universalidad del derecho.

Tras el estudio del derecho a la salud que se ha realizado en el capítulo primero del trabajo, en este capítulo pasa a analizarse el desarrollo que el derecho ha recibido desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En especial, se centrará la atención en la cuestión de la universalidad. Así, un primer objetivo de este capítulo es conocer la configuración positiva del derecho a la salud, y en relación con ello, se atenderá tanto a su contenido como a las obligaciones que del mismo se derivan. Para ello se tendrá en cuenta, de modo principal, el desarrollo del derecho a la salud en el ámbito de las Naciones Unidas, como la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ello se debe a la gran labor interpretativa de este órgano respecto a todos los derechos incluidos en el PIDESC, y, en general, al alto nivel de concreción del derecho a la salud que se ha podido alcanzar en el sistema de las Naciones Unidas, siendo posible, por ejemplo, distinguir un contenido mínimo o esencial. Se puede, pues, situar el derecho a la salud, y en general los derechos sociales, al mismo nivel de concreción de los derechos civiles y políticos, a pesar del menor desarrollo jurisprudencial que han recibido.

Por otra parte, un segundo objetivo del capítulo se centra en la cuestión de la universalidad del derecho a la salud y en la regulación de la misma. Así, partiendo de la explicación de la universalidad y sus límites que se ha realizado en el capítulo primero, se estudiará si el derecho humano a la salud se ha reconocido efectivamente de forma universal, o si esos límites todavía están por superar en la positivización del derecho a la salud. En relación con esta cuestión, se analizará tanto la regulación de las Naciones Unidas al respecto como la que tiene lugar en los sistemas regionales de protección.

En cuanto a la estructura del capítulo, en un primer apartado se explicará el contenido del derecho a la salud, tanto sus componentes o derechos concretos como sus elementos. A continuación, se atenderá a la clasificación de las obligaciones que se derivan de este derecho, según han sido desarrolladas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En tercer lugar, tendrá lugar el análisis crítico de la regulación de la titularidad universal del derecho a la salud.

2.1. CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

En este primer apartado se centrará la atención en la configuración del derecho a la salud según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así pues, por una parte, se estudiará cómo, progresivamente, se ha ido incluyendo el derecho a la salud en la lista de derechos humanos de diferentes tratados internacionales, tanto en el plano universal como en los niveles regionales de protección. Además, cabe mencionar una serie de convenios específicos que reconocen de nuevo este derecho para hacerlo más inclusivo para determinados grupos que se consideran vulnerables o con necesidades específicas. Por otra parte, se estudiará el contenido del derecho a la salud, respecto al que cabe distinguir una serie de derechos concretos o componentes, como los elementos de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad.

En primer lugar, se atenderá a la positivización o reconocimiento de la salud como derecho en los niveles supranacionales de protección. Posteriormente, en un segundo subapartado tendrá lugar la explicación del contenido del derecho a la salud, esto es, sus componentes y sus elementos.

2.1.1. Reconocimiento internacional del derecho

Una primera referencia en la que se reconoce internacionalmente la importancia de la protección de la salud la encontramos en la Carta de las Naciones Unidas de 1945¹. En su artículo 55, se establece que se promoverá la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario. Un año más tarde, en 1946, se crea la Organización Mundial de la Salud (OMS) por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. La OMS es la autoridad responsable de desempeñar una función de liderazgo en los asuntos sanitarios mundiales y de la que actualmente son miembros 194 Estados. Su Constitución es especialmente relevante, pues en ella se habla por primera vez de la salud en términos de derecho, al reconocer en su preámbulo que ‘el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social’². También es interesante la forma en que fue definida la salud, a la que ya se ha hecho referencia en el primer capítulo. La definición de la salud de la OMS no ha sido enmendada desde que se incluyera en su Constitución, siendo una seña de identidad de la organización su concepción social de la salud: ‘La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades’³.

¹ Naciones Unidas, ‘Carta de las Naciones Unidas’, San Francisco, 1945.

² Naciones Unidas, ‘Constitución de la Organización Mundial de la Salud’, Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 1946, preámbulo.

³ *Ibid.*, preámbulo.

En 1948 se adopta la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 25.1 reconoce, entre otros, el derecho a la salud y a la asistencia médica, en los siguientes términos⁴:

‘El 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’.

Siguiendo el sentido dado por la OMS, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (en adelante, PIDESC o el Pacto) reconoce, en su artículo 12, el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental⁵. Para el estudio de este precepto es fundamental analizar la Observación General n.º. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), órgano que se encarga de la supervisión del cumplimiento del Pacto⁶. El Comité desarrolla cada uno de los derechos contenidos en el Pacto a través de sus Observaciones Generales. En concreto, la salud encuentra un amplio análisis y desarrollo en la Observación General n.º. 14 (OG n.º. 14). Este documento, entre sus contenidos, afirma la relación existente entre el derecho a la salud y otros derechos humanos, en línea con la teoría de la indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos. Se pone así de manifiesto la relación de la salud con otros derechos como el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a

⁴ Naciones Unidas, ‘Declaración Universal de Derechos Humanos’, París, 1948.

⁵ Naciones Unidas, ‘Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, 1966. Artículo 12:

‘1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad’.

⁶ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 14, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud’, E/C.12/2000/4, 2000, párrs. 3 y 8.

la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación y a la igualdad. Entre los derechos concretos que conforman el derecho a la salud figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud⁷.

De otro lado, los informes de la OMS contribuyen asimismo a asegurar la salud como derecho humano. Destaca la Conferencia de Alma Ata sobre Asistencia Primaria en Salud de 1978 a través de la cual los Estados reiteraron su responsabilidad con la salud de los pueblos⁸. En este marco, la OMS diseñó en 1981 el plan llamado ‘Salud para Todos en el Año 2000’ consistente en una serie de objetivos que tiendan al logro de niveles mínimos de salud para todas las personas⁹. Este plan se actualizó en el año 2000 con la ‘Política Salud Para Todos en el siglo XXI’¹⁰. En el capítulo cuarto se hará referencia a la propuesta de esta organización de cobertura sanitaria universal, explicando en qué consiste y analizando la misma en relación con la titularidad universal del derecho a la salud.

Cabe añadir, en lo que se refiere al reconocimiento del derecho en el plano internacional, que el derecho a la salud se declara en otros tratados internacionales de carácter más específico: la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965¹¹ (artículo 5.e.iv), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres de 1979¹² (artículos 11.1.f, 12 y 14.2.b), la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989¹³ (artículo 24), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de

⁷ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 14’, 2000, párr. 3 y 8.

⁸ OMS, ‘Declaración de Alma Ata. Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud’, Alma Ata, 6 a 12 de septiembre de 1978, Artículo II.

⁹ OMS, ‘Estrategia Mundial de Salud para Todos en el Año 2000’, Ginebra, 1981.

¹⁰ GONZÁLEZ, E., ‘El derecho a la salud’, en ABRAMOVICH, V., AÑÓN, M. J., COURTIS, Ch., *Derechos sociales. Instrucciones de Uso*, Ed. Fontamara, México, 2003, p. 149.

¹¹ Naciones Unidas, ‘Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965’, resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

¹² Naciones Unidas, ‘Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres de 1979’, resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

¹³ Naciones Unidas, ‘Convención sobre los Derechos del Niño de 1989’, resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990¹⁴ (artículos 28, 43.1.e y 45.1.c) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006¹⁵ (artículo 25).

Por otra parte, en el ámbito regional europeo cabe distinguir entre el Consejo de Europa y la Unión Europea. En el ámbito del Consejo de Europa, el derecho a la salud se reconoce en la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996, en su artículo 11¹⁶. Del desarrollo y cumplimiento de este texto se encarga el Comité Europeo de Derechos Sociales. La Carta, además de reconocer el derecho a la protección de la salud en su artículo 11, garantiza el ‘derecho a la asistencia social y médica’ en el artículo 13¹⁷. El Comité Europeo de Derechos Sociales ha aportado una interesante jurisprudencia de desarrollo del derecho a la salud, a través de los mecanismos de supervisión del cumplimiento de la Carta por los Estados parte. Estos son, de un lado, las conclusiones emitidas como informes periódicos a los Estados, y de otro lado, las

¹⁴ Naciones Unidas, ‘Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990’, resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

¹⁵ Naciones Unidas, ‘Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006’, resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006.

¹⁶ Consejo de Europa, ‘Carta Social Europea (revisada)’, Estrasburgo, 1996. Artículo 11: ‘Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines: 1) eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; 2) establecer servicios educacionales y de consulta, dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; 3) prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes.’

¹⁷ Se reconoce este derecho en los siguientes términos:

‘Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes se comprometen:

1) a velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguir éstos por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado; 2) a velar por que las personas que se beneficien de tal asistencia no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales; 3) a disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar; 4) a aplicar las disposiciones mencionadas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo, en condiciones de igualdad con sus nacionales, a los de las restantes Partes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953’. (‘Carta Social Europea’, artículo 13)

decisiones adoptadas a través del procedimiento de reclamaciones colectivas¹⁸. Sin embargo, es a través de los informes periódicos de control a los Estados donde más se ha desarrollado el derecho a la salud¹⁹.

Si bien el Convenio Europeo de Derechos Humanos no incluye específicamente el derecho a la salud, a nivel jurisprudencial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la asistencia sanitaria en situaciones de emergencia, como extensión del derecho a la vida y del derecho a la prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes reconocidos en los artículos 2 y 3²⁰. Asimismo, el Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina de 1997, prevé el derecho a un acceso equitativo a los beneficios de la sanidad (artículo 3)²¹. Para un estudio más exhaustivo del reconocimiento del derecho a la salud, son destacables las resoluciones de la antigua Comisión de Derechos Humanos, como las resoluciones 2002/31 y 2003/28 sobre el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud²². En el ámbito de la Unión Europea, el derecho a la salud se encuentra en el artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²³. Además, se hace referencia al diseño

¹⁸ Consejo de Europa, ‘Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que prevé un sistema de reclamaciones colectivas’, 22 de junio de 1995. Este Protocolo no ha sido ratificado por España.

¹⁹ LOUGARRE, C., ‘What does the right to health mean? The interpretation of article 11 of the European Social Charter by the European Committee of Social Rights’, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 33, núm. 3, 2015, 326-354, p. 330.

²⁰ Consejo de Europa, ‘Convenio Europeo de Derechos Humanos’, 1950, artículos 2 y 3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ‘Sentencia Gagiú v. Rumania’, núm. 63258/00, 2009; ‘Asunto Tais v. Francia’, núm. 39922/03, 2006. El Tribunal ha entendido que estas previsiones deberán reconocerse a todas las personas independientemente de su situación administrativa. SINDING, H., KJELLEVOLD, A., STEPHENS, P., ‘Undocumented’ migrants’ access to health care services in Europe, en SINDING, H., GLOPPEN, S., MAGNUSSEN, A., NILSSEN, E., (Ed.), *Juridification and social citizenship in the welfare state*, Edward Elgar Publishing, Inc., Reino Unido, 2014, pp. 162-181, p. 168.

²¹ Consejo de Europa, ‘Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina’, 1997, Artículo 3: ‘Las Partes, teniendo en cuenta las necesidades de la sanidad y los recursos disponibles, adoptarán las medidas adecuadas con el fin de garantizar, dentro de su ámbito jurisdiccional, un acceso equitativo a una atención sanitaria de calidad apropiada’. Instrumento de ratificación publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, 20 de octubre de 1999, núm. 251.

²² LEMA, C., *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud. Historia del derecho a la salud en el siglo XX*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 88.

²³ Unión Europea, ‘Carta de Derechos Fundamentales’, *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. C 83, 30 de marzo de 2010, pp. 239-403.

de políticas teniendo en cuenta la protección de la salud pública, en el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁴.

En relación con otros sistemas regionales de protección del derecho a la salud, cabe citar, en el sistema interamericano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (artículo XI), como parte de un derecho más amplio al bienestar que incluye diferentes objetos²⁵. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 (el llamado Protocolo de San Salvador) reconoce en el artículo 10 el derecho al más alto nivel de salud física, mental y social²⁶. En cuanto al sistema africano de protección, el derecho a la salud se reconoce en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (Carta de Banjul), en su artículo 16²⁷.

A nivel de estatal, durante el siglo XIX varios Estados incorporaron algunas disposiciones legales referentes a la salubridad pública y a la higiene en el trabajo, destacando la preocupación por la salud pública y concibiéndose la protección de la salud en términos de beneficencia²⁸. Así, el reconocimiento constitucional del derecho a la salud no tendría lugar hasta la primera mitad del siglo XX. Las primeras constituciones que lo reconocieron fueron, en el marco del desarrollo del constitucionalismo social, la Constitución de México de 1917 y la alemana de Weimar de 1919. En España, el artículo 43 de la Constitución de 1931 dirigía un mandato al Estado consistente en prestar asistencia a los enfermos, mientras que el artículo 46

²⁴ Unión Europea, 'Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea', *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. C 326, 26 de octubre de 2012, pp. 47-390.

²⁵ Organización de los Estados Americanos (OAS), 'Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948', Novena Conferencia Internacional Americana, 1948.

²⁶ Organización de los Estados Americanos (OAS), 'Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988', 18º período ordinario de sesiones, 17 de noviembre de 1988.

²⁷ Organización para la Unidad Africana (OUA), 'Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981', XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, Nairobi, Kenya, 1981.

²⁸ LEMA, C., *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud*, cit., pp. 22-23.

preveía el seguro de enfermedad para los trabajadores. En la actualidad, la Constitución española de 1978 reconoce el derecho a la salud en el artículo 43²⁹:

‘1) Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2) Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3) Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio’.

2.1.2. Componentes y elementos del derecho a la salud

Para el estudio del contenido del derecho a la salud y, en concreto, de sus componentes y elementos, se tendrá en cuenta de modo principal el desarrollo del derecho por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en la OG n.º. 14. Este órgano de supervisión, especialmente a través de dicho documento, ha sido el que ha aportado un mayor desarrollo y claridad para el entendimiento del significado y contenido del derecho a la salud. En este punto, cabe destacar que también existen otros desarrollos del derecho, lo que dificulta tener un esquema claro del contenido del derecho a la salud. Por ejemplo, es posible extraer un desarrollo del derecho a la salud a partir de la supervisión a los Estados del Comité Europeo de Derechos Sociales³⁰. De esta forma, otros desarrollos de carácter regional del derecho a la salud serán tenidos en cuenta a la hora de analizar la cuestión de la universalidad.

²⁹ Constitución española, 1978, artículo 43.

³⁰ LOUGARRE propone un esquema de obligaciones directas e indirectas en el cumplimiento del derecho a la salud reconocido en el artículo 11 de la Carta Social Europea, así como una serie de indicadores y estándares legales, a partir de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. LOUGARRE, C., ‘What does the right to health mean? The interpretation of article 11 of the European Social Charter by the European Committee of Social Rights’, *cit.*

a) Componentes

En el capítulo primero se ha hecho referencia a la multidimensionalidad y complejidad que caracteriza al derecho a la salud. En este sentido, el derecho a la salud agrupa varios derechos concretos o componentes, y el reconocimiento y desarrollo del mismo ha tenido lugar de acuerdo con esta complejidad. Por ejemplo, el artículo 12 del PIDESC incluye dos apartados diferenciados. El primer apartado reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, destacando el carácter universalista en la referencia al sujeto del derecho, ‘toda persona’³¹. En el segundo de los apartados es posible distinguir derechos concretos que se dirigen a asegurar la plena efectividad del derecho a la salud, ofreciendo el PIDESC una lista orientativa, no exhaustiva: ‘a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad’³².

Este artículo 12 del PIDESC ha sido interpretado por el Comité DESC en su Observación General n°. 14, entendiéndose que, en cuanto al segundo de los apartados, se hace referencia a los siguientes derechos: a) el derecho a la salud materna, infantil y reproductiva (párr. 14); b) el derecho a la higiene en el trabajo y del medio ambiente (párr. 15); c) el derecho a la prevención y el tratamiento de las enfermedades y la lucha contra ellas (párr. 16); y d) el derecho a establecimientos, bienes y servicios de salud³³. En concreto por lo que se refiere al derecho concreto de la asistencia sanitaria, de acuerdo con el Comité DESC en su OG n°. 14, el acceso a establecimientos, bienes y servicios de salud a que antes se hacía referencia incluye, entre otros, los siguientes contenidos, ilustrativos del contenido de la asistencia sanitaria: el acceso igual y

³¹ Naciones Unidas, ‘Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, 1966, artículo 12, apartado 1°.

³² *Ibid.*, Artículo 12, apartado 2°.

³³ Comité DESC, ‘Observación General n°. 14’, 2000, párr.17.

oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación; el tratamiento apropiado de las enfermedades; el suministro de medicamentos esenciales; y la participación de la población en las decisiones políticas relativas al derecho a la salud, adoptadas en los planos comunitario y nacional.

b) Elementos: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, calidad

A continuación se analizarán los elementos del derecho a la salud según han sido desarrollados por el Comité DESC en su OG n°. 14. La doctrina del Comité es especialmente relevante por lo que se refiere a la identificación de los elementos que configurarían el derecho a la salud. Ha de destacarse, pues, su intensa labor interpretativa y de desarrollo de los derechos económicos, sociales, haciendo posible que se sitúen al mismo nivel de obligatoriedad que los derechos civiles y políticos³⁴.

Se pueden distinguir los siguientes elementos esenciales e interrelacionados del derecho a la salud:

a) Disponibilidad: Este elemento implica un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos y centros de atención de salud. Aunque su naturaleza precisa dependerá de factores tales como el nivel de desarrollo del Estado, los servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como son el agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales y otros establecimientos, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado, así como los medicamentos esenciales³⁵.

Aunque este elemento es importante, no sería suficiente con velar por la disponibilidad de los bienes y servicios de salud, sino que es particularmente

³⁴ MENDIOLA, M., 'La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en Naciones Unidas', *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*, VALIÑO, V. (coord.), Barcelona, Observatori DESC, 2009, 23-32, p. 27.

³⁵ Comité DESC, 'Observación General n°. 14', 2000, párr.12.a.

importante la garantía de su alcance para todos los individuos. Así se ha señalado desde las Naciones Unidas (ONU), entendiendo que ‘el concepto de accesibilidad frente al de la mera disponibilidad reviste particular importancia en el marco de vigilancia de los derechos humanos’³⁶.

b) Accesibilidad: la accesibilidad en el derecho a la salud supone que el acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos sin discriminación. A su vez, este acceso presenta cuatro dimensiones: i) No discriminación, en el sentido de que se garantizará el acceso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos; ii) Accesibilidad física, de otro lado, implicaría el alcance geográfico a todos los sectores de la población, especialmente los vulnerables o marginados; iii) la accesibilidad económica, que requiere la asequibilidad al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos, debiéndose basar los pagos en el principio de equidad, sean públicos o privados: ‘La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos’; por último, iv) el acceso a la información, que comprendería el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas, sin menoscabo de la confidencialidad de los datos personales relativos a la salud³⁷.

c) Aceptabilidad: Supone que todos los establecimientos, bienes y servicios deben ser respetuosos con la ética médica y con la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida. También deberán concebirse de forma que se respete la confidencialidad y que se mejore el estado de salud de las personas³⁸.

³⁶ Naciones Unidas, *Indicadores de Derechos Humanos. Guía para la medición y aplicación*, HR/PUB/12/5, 2012, p. 147. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Human_rights_indicators_sp.pdf

³⁷ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 14’, 2000, párr.12.b.

³⁸ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 14’, 2000, párr.12.c.

d) Calidad: Por último, la calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud implica que estos deben ser apropiados desde el punto de vista científico y médico³⁹.

Por otra parte, el Comité DESC en su Observación General n°. 14 distingue unos aspectos transversales al derecho a la salud, como son la no discriminación e igualdad de trato (párr. 30), la participación (párr. 4) y el acceso a la información (párr. 12). Asimismo, la OG n°. 14 incluye disposiciones específicas que atienden a las necesidades de grupos sociales determinados: derechos de las mujeres, derechos de los niños, derechos de las personas mayores y personas con discapacidades, derechos de los pueblos indígenas y derechos de las personas con enfermedades mentales. Por último, no pueden olvidarse las referencias a la interdependencia e indivisibilidad entre todos los derechos humanos (párr. 12, 15, 16, 62...). A este principio se volverá en el capítulo cuarto.

2.2. OBLIGACIONES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD

Del reconocimiento de la salud como derecho se deriva el establecimiento de obligaciones dirigidas a asegurar su cumplimiento. Así, el Estado es el sujeto principal de obligaciones internacionales y, asimismo, de obligaciones de los derechos humanos. En esta línea, se explicarán las obligaciones generales que han sido desarrolladas para identificar los deberes generales a que da lugar cada derecho, así como las obligaciones mínimas, aquellas de necesario cumplimiento. Este análisis tendrá en cuenta especialmente el desarrollo que ha tenido lugar en el seno de Naciones Unidas, por parte, por ejemplo, del Comité DESC. Así pues, en el plano internacional se ha logrado alcanzar una clasificación de las obligaciones en materia de derechos sociales que es clara y adecuada para dar cumplimiento a estos derechos. Sin embargo, el Estado no es el único frente al cual cabría plantearse la protección y realización del derecho a la

³⁹ Comité DESC, ‘Observación General n°. 14’, 2000, párr.12.d.

salud. En un mundo globalizado, en el que las actuaciones de diferentes entes internacionales y nacionales inciden en los derechos humanos, se hace cada vez más necesaria la exigencia de responsabilidades a sujetos no estatales, como pueden ser las empresas. Igualmente, se plantea a su vez la responsabilidad de control del Estado en cuanto a la actuación de los sujetos privados en la esfera de los derechos humanos.

En primer lugar, se tratará la clasificación de las obligaciones que recaen de modo principal sobre el Estado. Por último, se planteará la posible responsabilidad de entes privados en el derecho a la salud atendiendo a los desarrollos recientes en este ámbito.

2.2.1. Tipología de las obligaciones

A continuación, se explicará la clasificación de las obligaciones que se derivan del reconocimiento del derecho a la salud. La tipología de las obligaciones en el ámbito internacional diferencia entre el esquema general de obligaciones generales (respetar, proteger, cumplir), la obligación de progresividad y no regresividad y las obligaciones mínimas. La firma y ratificación de tratados internacionales de derechos humanos genera una serie de obligaciones para los Estados parte. Cabe destacar que una característica propia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y que lo diferencia de las obligaciones tradicionales de Derecho Internacional Público, es la idea de no reciprocidad de las obligaciones jurídicas, en el sentido de que el beneficiario de las obligaciones no es otro Estado, sino los individuos como sujetos de los derechos. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce una serie de derechos de las personas, que han sido reconocidos por los Estados que son parte del mismo. El Pacto se dirige a los Estados cuando establece las medidas a adoptar: ‘Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para...’⁴⁰. Tras la aprobación del Pacto y por lo que al establecimiento de

⁴⁰ Naciones Unidas, ‘Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, 1966,

obligaciones internacionales se refiere, en 1986 cobra importancia la aprobación de los Principios de Limburgo sobre la aplicación de dicho Pacto⁴¹. Una década más tarde, en 1997 se establecieron las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales⁴².

Siguiendo con el trabajo en el ámbito de la ONU en relación con la configuración de las obligaciones estatales, pasamos a centrar la atención en la doctrina del Comité DESC, órgano de supervisión del PIDESC, para atender a la clasificación de las obligaciones en deberes estatales generales, la obligación de progresividad y no regresividad y las obligaciones mínimas.

a) Obligaciones generales

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus Observaciones Generales identifica, de modo principal, tres tipos de obligaciones generales. A su vez, estos tres deberes estatales incluirían toda una serie de medidas concretas. Los deberes son los generales de respetar, el de proteger y el de cumplir, que para el derecho a la salud han sido desarrollados por el Comité DESC en su OG n.º 14⁴³:

‘La obligación de *respetar* exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de *proteger* requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12. Por último, la obligación de *cumplir* requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud’.

artículo 12.2.

⁴¹ Naciones Unidas, ‘Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, Maastricht, 1986.

⁴² ‘Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, Maastricht, 1997.

⁴³ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 14’, 2000, párr. 33. Véase también la ‘Observación General n.º. 3: la índole de las obligaciones de los Estados parte’, E/1991/23, 1990, párr. 9.

Entre los deberes de *respetar* figuran el de abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos, así como el de abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado. Entre las obligaciones de *proteger* pueden destacarse las obligaciones de los Estados de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; así como controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros. Por último, la obligación de *cumplir* requiere, entre otras obligaciones, que los Estados Partes reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, y adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud. Además, la obligación de cumplir se relaciona con la de *facilitar* y la de *promover* el derecho a la salud, adoptando medidas que permitan ejercer a los particulares y las comunidades este derecho, especialmente a los que no están en condiciones de ejercerlo por sí mismos con ayuda de los medios disponibles, y velar porque el personal sanitario sea formado de manera que reconozca y responda a las necesidades concretas de los grupos vulnerables o marginados⁴⁴.

Por otra parte, también se contempla por la OG n°. 14 la ayuda internacional a los países más pobres, que incumbe a los Estados y otros agentes en posición de ayudar⁴⁵. Al respecto, Wolff considera que la situación de los países pobres y de las personas que viven en la pobreza es una de las preocupaciones centrales de la Observación⁴⁶. De acuerdo con el autor, esta preocupación se demuestra en que las obligaciones que se imponen a los Estados pueden variar según el contexto. Así, el

⁴⁴ Comité DESC, ‘Observación General n°. 14’, 2000, párrs. 34-37.

⁴⁵ Comité DESC, ‘Observación General n°. 14’, 2000, párr. 45.

⁴⁶ WOLFF, J., ‘The Content of the Human Right to Health’, CRUFT, R., LIAO, S. M., RENZO, M. (Ed.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2015, 491-501, p. 493.

Comité DESC es consciente de que para muchas personas el disfrute del más alto nivel posible de salud es un objetivo difícil de lograr⁴⁷.

Volviendo a la clasificación entre obligaciones positivas y negativas en la realización del derecho a la salud, a la que se hacía referencia en el primer capítulo, la obligación de respetar y el deber de abstenerse de promover, facilitar o aceptar prácticas contrarias al derecho a la salud, configurarían la responsabilidad negativa de los Estados. Entre las obligaciones positivas encontramos las de reconocer, promover, proteger, satisfacer y garantizar y realizar un balance entre todos los recursos. Es necesario, además, que estas obligaciones consistan en medidas efectivas, adecuadas para realizar el derecho, lo que conecta con el principio de efectividad. Como explica Añón, ‘el requisito de efectividad establece la vinculación entre la medida adoptada y los objetivos perseguidos, por tanto están orientadas a producir determinados resultados’⁴⁸. En este sentido, quizá se haga necesario prestar más atención al artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: ‘Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos’. Este artículo ha sido interpretado por Hierro de tal modo que vendría a enunciar un derecho moral que tienen todas las personas, cuya satisfacción requiere un orden global nuevo y que sería condición necesaria de la justicia global⁴⁹. En la misma línea, García Cívico incide en la prioridad de la efectividad de las normas, que en el ámbito de los derechos humanos se intenta garantizar a través de mecanismos de supervisión de las obligaciones de los Estados y asimismo a través de las investigaciones pioneras sobre indicadores de derechos humanos⁵⁰.

⁴⁷ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 14’, 2000, párr. 5.

⁴⁸ Véase AÑÓN, M. J., ‘Derechos humanos y obligaciones positivas’, en BERNUZ, M. J., CALVO, M., (Ed.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 43-71, p. 57. También en AÑÓN, M. J., ‘Derechos humanos y principio de efectividad: claves interpretativas’ en REVENGA, M., y CUENCA, P. (Eds.), *El tiempo de los derechos: los derechos humanos en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2015, 191-218, p. 193 y ss.

⁴⁹ HIERRO, L., ‘Justicia Global y Justicia Legal. ¿Tenemos derecho a un mundo justo?’, *Doxa*, núm. 32, 2009, 341-374.

⁵⁰ GARCÍA CÍVICO, J., ‘La desigualdad económica y la eficacia social de las normas constitucionales sobre igualdad’, *Sistema*, núm. 237, enero 2015, 91-112, p. 95.

De acuerdo con lo anterior, la progresividad en la realización del derecho implica obligaciones positivas para los Estados, mientras que la prohibición de regresividad, supondría una obligación de carácter negativo. A continuación, se prestará atención a estos conceptos de progresividad y de regresividad, los cuales ofrecen parámetros muy interesantes a la hora de valorar las medidas que se adoptan con impacto en la realización de los derechos.

b) Progresividad y no regresividad

El artículo 2.1 del PIDESC incluye las obligaciones siguientes: a) adoptar medidas, b) destinar el máximo e los recursos disponibles en su desarrollo, y c) obligación de desarrollar los derechos de forma progresiva⁵¹. En su conjunto, se trata de la obligación de progresividad, consistente en ‘avanzar’ continuamente hacia la plena efectividad de los derechos. Esta obligación de ‘avanzar’ supone, a su vez, dos obligaciones implícitas: 1) la de mejorar continuamente en el disfrute de los derechos; y 2) la de abstenerse de adoptar medidas regresivas de forma deliberada. En este sentido, si un Estado actuara en contra de las mismas, incumpliría las obligaciones a las que está sujeto y ello constituiría una violación al Pacto⁵².

Así pues, de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados deben adoptar medidas del siguiente tipo⁵³:

‘[...] especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos’.

⁵¹ Naciones Unidas, ‘Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, 1966, artículo 2.1°.

⁵² SEPÚLVEDA, M., ‘La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión ‘progresivamente’, en COURTIS, Ch. (Ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, 117-152, p. 124.

⁵³ Naciones Unidas, ‘Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, 1966, artículo 2.1°.

La progresividad es una obligación que no tendría carácter inmediato, pero ello no se ha de interpretar en el sentido de que priva a la obligación de todo contenido significativo⁵⁴. Antes al contrario, pues de acuerdo con el Comité DESC, ‘la realización progresiva significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12’⁵⁵. Además, la adopción de medidas se tiene que llevar a cabo en un plazo razonable y por todos los medios adecuados. Así, cada Estado deberá argumentar lo adecuado de las medidas que adopte y si ha agotado todos los medios⁵⁶. Se trata de medidas legislativas, judiciales, administrativas, financieras y educativas. Ahora bien, es importante tener en cuenta que este mismo texto normativo establece que las limitaciones a los derechos deberán regularse obligatoriamente por ley⁵⁷. Por último, en cuanto a la obligación de utilizar hasta el máximo de los recursos disponibles, ello entraña a su vez la satisfacción de los niveles esenciales de cada derecho.

De otro lado, se prevé también una prohibición de adoptar medidas regresivas de forma deliberada. El Comité indica que ‘existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud’⁵⁸. Medidas regresivas son aquellas que empeoran el nivel de ejercicio o el goce del derecho, si bien el Comité ha considerado como medidas *prima facie* contrarias al Pacto las que se hayan adoptado deliberadamente, esto es, de manera intencional o voluntarias por el Estado⁵⁹. Al respecto, la jurisprudencia del Comité ofrece ejemplos de lo que pueden considerarse medidas ‘deliberadamente regresivas’. Por ejemplo, la revocación o suspensión formal de cualquier legislación que sea necesaria para seguir disfrutando del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de

⁵⁴ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 3’, 1990, párr. 9.

⁵⁵ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 14’, 2000, párr. 31.

⁵⁶ AÑÓN, M. J., ‘Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad’, p. 36. También AÑÓN, M. J., ‘Derechos humanos y obligaciones positivas’, *cit.*, p. 62.

⁵⁷ Naciones Unidas, ‘Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, 1966, artículo 4.

⁵⁸ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 14’, 2000, párr. 32.

⁵⁹ SEPÚLVEDA, M., ‘La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión ‘progresivamente’, *cit.*, p. 132.

políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales nacionales o internacionales relativas al derecho a la salud⁶⁰. También, la jurisprudencia del Comité a través de sus Observaciones finales sirve, por ejemplo, para entender como medidas regresivas aquellas que reducen los subsidios estatales para servicios de salud y aquellas que imponen el pago, antes inexistente, de servicios de atención de la salud⁶¹.

En caso de que se adopten medidas deliberadamente regresivas existirá una fuerte presunción de incumplimiento del Pacto por parte del Estado en cuestión, correspondiendo a este demostrar una serie de elementos. De esta forma, cuando se adopte una medida regresiva, se invertirá la carga de la prueba y el Estado habrá de demostrar que la medida no supone un incumplimiento del Pacto. Para ello se ha de justificar la adopción de una medida, que habrá de reunir una serie de requisitos, pues una simple alegación de falta de recursos o la existencia de una crisis económica no constituirían razones suficientes⁶². En concreto, el Estado ha de demostrar: a) Que tales medidas se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles, siendo la finalmente aprobada la menos lesiva para los derechos; b) Que la medida está debidamente justificada por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto. Así pues, el Estado que adopte una medida regresiva debe probar que con ella no se vulneran otras disposiciones del Pacto. Por último, el último requisito para justificar adecuadamente una medida regresiva es: c) Que se haga un aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles del Estado, quien tendrá que demostrar que le ha dado prioridad a la satisfacción de los derechos reconocidos y que ha hecho un uso eficiente de los limitados recursos disponibles⁶³.

⁶⁰ Comité DESC, 'Observación General n.º. 14', 2000, párr. 48.

⁶¹ Ver, por ejemplo, 'Observaciones Finales a Colombia', E/2002/22, párr. 775; 'Observaciones Finales a Nigeria', E/1999/22, párrs. 124 y 126.

⁶² ROSSI, J., 'La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales', 79-118; SEPÚLVEDA, M., 'La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión 'progresivamente' 117-152, en COURTIS, Ch. (Ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 90-94 y 135-139, respectivamente. Comité DESC, 'Observación General n.º. 14', 2000, párr. 32 y 47.

⁶³ Comité DESC, 'Observación General n.º. 14', 2000, párr. 47.

En resumen, tras el examen de las Observaciones Generales del Comité DESC en desarrollo de cada uno de los derechos del Pacto, de acuerdo con Añón, se puede extraer que el Estado ha de demostrar⁶⁴: a) el respeto al contenido mínimo esencial del derecho; b) la existencia de un interés estatal legítimo y cualificado; c) el carácter necesario de la medida; d) la inexistencia de otras medidas menos restrictivas para el derecho en cuestión; e) la utilización del máximo de los recursos disponibles; f) la obligación de asegurar como mínimo los niveles esenciales de cada uno de los derechos del Pacto; g) la preservación o avance teniendo en cuenta la totalidad de los derechos del PIDESC; y h) la aprobación de la medida a través de una ley formal. A este respecto, son especialmente relevantes las Observaciones Generales del Comité DESC n.º. 19 y n.º. 21. Por ejemplo, la Observación General n.º. 19 sobre el derecho a la seguridad social establece que, en el examen de las medidas regresivas, el Estado ha de asegurar la participación de los grupos vulnerables que resulten afectados⁶⁵.

c) Obligaciones mínimas

Como se ha explicado con anterioridad, existen unas obligaciones mínimas que no pueden dejarse de cumplir, pues corresponden a los niveles esenciales de los derechos. Estas obligaciones adquirirían, pues, carácter inmediato, a diferencia de la obligación de progresividad que permite al Estado implementar medidas en un plazo de tiempo razonable. Por el contrario, las obligaciones básicas o mínimas han de cumplirse de forma inmediata y en todo caso, por lo que no es posible la justificación de una medida regresiva que afecte al contenido mínimo de cada derecho. Así pues, según el Comité, cualesquiera medidas regresivas incompatibles con las obligaciones básicas constituirían una violación del Pacto, pues no se puede en ningún caso justificar su incumplimiento, siendo, pues, inderogables⁶⁶.

⁶⁴ AÑÓN, M. J., ‘¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?’, *Derechos y Libertades*, núm. 34, Época II, enero 2016, 57-90, pp. 76-77.

⁶⁵ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 19: el derecho a la seguridad social’, E/C.12/GC/19, 2008, párr. 42.

⁶⁶ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 14’, 2000, párrs. 47 y 48.

Estas obligaciones pueden entenderse como una forma de configurar el contenido mínimo del derecho a la salud. Se trata de las condiciones mínimas que un Estado debe satisfacer para cumplir con este derecho. Como ha entendido el Comité DESC en su OG n°. 14, tales obligaciones son las siguientes⁶⁷: a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; y f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población.

Este listado de obligaciones mínimas se deriva específicamente del derecho a la salud. Además, existen unas obligaciones mínimas que serían transversales a todos los derechos. Una obligación mínima de principal importancia es la de no discriminación, según el artículo 2.2 del PIDESC⁶⁸. De ella se deriva la obligación del Estado de garantizar el acceso a la atención de la salud y a los servicios de salud desde una base no discriminatoria, por los motivos internacionalmente prohibidos⁶⁹. Igualmente, se

⁶⁷ Comité DESC, ‘Observación General n°. 14’, 2000, párr. 43.

⁶⁸ Sobre la obligación de no discriminación y los diferentes tipos de discriminación (directa, indirecta y estructural o sistémica) puede leerse a AÑÓN, M. J., ‘Derechos humanos y obligaciones positivas’, *cit.*, p. 63. También AÑÓN, M. J., ‘Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio’, en FERNÁNDEZ, E., DE ASÍS, R., ANSUÁTEGUI, F. J., y otros (Dirs.), *Historia de los derechos fundamentales, Tomo IV, s. XX*, Vol. V, Libro II, Dykinson, Madrid, 2014.

⁶⁹ Comité DESC, ‘Observación General n° 14’, 2000, párrs. 18 y 19:

‘18. En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la

establece en los Principios de Limburgo que: ‘Algunas obligaciones del Pacto requieren su aplicación inmediata y completa por parte de los Estados Partes, tales como la prohibición de discriminación enunciada en el artículo 2.2 del Pacto’. Asimismo ‘la discriminación de facto que resulte del goce desigual de los derechos económicos, sociales y culturales motivado por la falta de recursos legales, o por otra razón, debería cesar lo antes posible’⁷⁰. Como consecuencia del incumplimiento, tal y como se ha establecido en las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ‘el Estado responsable habrá de establecer mecanismos para reprimir estas violaciones, por ejemplo, mediante actividades de vigilancia, investigación y procesamiento y con el resarcimiento de las víctimas’⁷¹.

En esta línea, otra de las obligaciones transversales con importancia reforzada es la protección de los grupos vulnerables. Así, una de las obligaciones mínimas que el derecho a la salud impone a los Estados es la de garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, ‘en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados’⁷². Además, esta obligación de protección de los grupos vulnerables se ha de mantener en situaciones de recesión

salud. El Comité señala que se pueden aplicar muchas medidas, como las relacionadas con la mayoría de las estrategias y los programas destinados a eliminar la discriminación relacionada con la salud, con consecuencias financieras mínimas merced a la promulgación, modificación o revocación de leyes o a la difusión de información. El Comité recuerda el párrafo 12 de la observación general N° 3 en el que se afirma que incluso en situaciones de limitaciones graves de recursos es preciso proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la aprobación de programas especiales de relativo bajo costo.

19. En cuanto al derecho a la salud, es preciso hacer hincapié en la igualdad de acceso a la atención de la salud y a los servicios de salud. Los Estados tienen la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes, y, al garantizar la atención de la salud y proporcionar servicios de salud, impedir toda discriminación basada en motivos internacionalmente prohibidos, en especial por lo que respecta a las obligaciones fundamentales del derecho a la salud. Una asignación inadecuada de recursos para la salud puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta. Por ejemplo, las inversiones no deben favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población.’

⁷⁰ Naciones Unidas, ‘Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, Maastricht, 1986, párr. 22 y 38.

⁷¹ ‘Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, Maastricht, 1997, párr. 16.

⁷² Comité DESC, ‘Observación General n°. 14’, 2000, párr. 43

económica como la actual, pues aún en estas circunstancias ‘se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo’⁷³.

Es relevante, pues, la obligación de los Estados de dar cumplimiento al desarrollo de los derechos humanos aún en tiempos de crisis económica. Precisamente el Consejo de Derechos Humanos en 2009 exhortó a los Estados a ‘que tengan presente que las crisis económicas y financieras mundiales no disminuyen la responsabilidad de las autoridades nacionales y la comunidad internacional en la realización de los derechos humanos’⁷⁴. Dado que en periodos de crisis económica la protección de los derechos humanos se encuentra amenazada, estos derechos deberían guiar cualquier estrategia de recuperación económica⁷⁵. Esto ha sido puesto de manifiesto, entre otros, por el Relator Especial de la ONU sobre Pobreza Extrema y Derechos Humanos, según el cual existen diversas opciones para expandir el espacio fiscal de forma equitativa y sin incurrir en discriminación, aun en el contexto de crisis económica global⁷⁶. Entre las opciones puede mencionarse la mejora de la eficiencia en la recaudación de impuestos, una mayor progresividad en el régimen impositivo, la reestructuración de la deuda y la adopción de un marco macroeconómico más equitativo⁷⁷.

2.2.2. Otros sujetos responsables: la responsabilidad de los entes privados

La actuación de entes no estatales en el ámbito de la salud puede contribuir positivamente en la realización del derecho, pero también puede dar lugar a potenciales

⁷³ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 3’, 1990, párr. 12.

⁷⁴ Consejo de Derechos Humanos (Naciones Unidas), ‘Efectos de las crisis económicas y financieras mundiales en la realización universal y el goce efectivo de los derechos humanos’, Resolución S-10/1 de la 10ª sesión especial, 20 de febrero de 2009.

⁷⁵ *Informe Conjunto al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, con motivo del examen del 5º Informe Periódico de España, 48º período de sesiones, mayo 2012, p. 5. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/ngos/JointSubmission19NGOs_Spain_CESCR48_sp.pdf

⁷⁶ Naciones Unidas, *Report of the Independent Expert on the question of human rights and extreme power*, A/HRC/17/34, 17ª Sesión del Consejo de Derechos Humanos, 17 de marzo de 2011.

⁷⁷ *Informe Conjunto al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cit.*, p. 7.

violaciones del mismo. Es por ello que se hace necesaria la imposición de obligaciones a estos actores no estatales con el fin de que se sujeten en sus actuaciones al cumplimiento de los derechos humanos. Asimismo, es relevante el fortalecimiento de las obligaciones del Estado de vigilancia de la actuación de terceros. Cuando se plantea el establecimiento de responsabilidades a actores no estatales se suele hacer referencia a organizaciones internacionales, a organizaciones no gubernamentales y a empresas. En concreto, en el ámbito de la salud, de forma significativa toman importancia las corporaciones multinacionales, como pueden ser las compañías sanitarias privadas y las compañías farmacéuticas⁷⁸. A continuación, se analizará el desarrollo que ello ha recibido en el marco de las Naciones Unidas, estudiando en primer lugar las obligaciones de los entes no estatales, y posteriormente, las obligaciones de los Estados en relación con estos entes privados.

En cuanto a la primera de las cuestiones, en agosto de 2003, un órgano subsidiario de expertos de la antigua Comisión de Derechos Humanos, la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, aprobó el texto de las Normas de la ONU sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos⁷⁹. En el texto se señalan obligaciones generales, así como las responsabilidades de las empresas comerciales con el derecho a la igualdad de oportunidades y a un trato no discriminatorio, el derecho a la seguridad personal, los derechos de los trabajadores, el respeto de la soberanía nacional y de los derechos humanos, las obligaciones en materia de protección del consumidor, y aquellas en materia de protección del medio ambiente⁸⁰. La Comisión realizó escasas actuaciones al respecto, remarcando, finalmente, el carácter no vinculante de las Normas. Sin embargo, encargó la designación de un representante especial sobre la cuestión de los derechos humanos y

⁷⁸ TOBIN, J., *The right to health in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 192.

⁷⁹ Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (Naciones Unidas), 'Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos', E/CN.4/Sub.2/2002/13, agosto de 2003.

⁸⁰ Al respecto puede leerse a WEISSBRODT, D. y KRUGER, M., 'Human Rights Responsibilities of Businesses as None-State Actors', en ALSTON, P. (Ed.), *Non-state Actors and Human Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 2005, pp. 328 y ss.

las empresas.

En esta línea, en agosto de 2005, el secretario general de la ONU nombró un representante especial que se encargaría de la responsabilidad con los derechos humanos de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales; siendo el profesor John Ruggie quien asumiría esta cuestión. Ruggie resumió su labor llevada a cabo en este ámbito, entre 2005 y 2011, en un Informe en el que se establecieron los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos⁸¹. Los tres pilares en que se estructura el texto son: a) el deber de los estados de proteger los derechos humanos; b) la responsabilidad de las empresas de respetar; y c) la reparación de los daños. Así, el Consejo de Derechos Humanos aprobó estos Principios a través de una resolución de 16 de julio de 2011⁸².

En cuanto a la responsabilidad de las empresas, en el documento se establece que las empresas deben respetar los derechos humanos, lo que significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación. Para cumplir con tal responsabilidad, las empresas deberán contar con las políticas y los procedimientos apropiados. Ello, sin embargo, ha sido criticado, por ejemplo, por Toebes, al limitarse la responsabilidad de las empresas a la obligación de respetar los derechos humanos⁸³. No obstante, no se establece ninguna obligación positiva de proteger ni de realizar estos. Según la autora, las empresas privadas deben ser responsables, así como lo es el Estado, de respetar, proteger y realizar el derecho a la salud. Asimismo, advierte Esteve de que la eficacia y el compromiso adoptado a

⁸¹ Naciones Unidas, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar'*, A/HRC/17/31, Consejo de Derechos Humanos en su 17º periodo de sesiones, 2011, pp. 15-25. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): www2.ohchr.org/SPdocs/Business/A-HRC-17-31_sp.doc

⁸² Naciones Unidas, *Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises*, A/HRC/RES/17/4, Consejo de Derechos Humanos en su 17º periodo de sesiones, 2011.

⁸³ TOEBES, B., 'Direct Corporate Human Rights Obligations under the Right to Health: From Mere "Respecting" Towards Protecting and Fulfilling', en J. LETNAR CERNIC, T. VAN HO (Eds.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Wolf Legal Publisher, 2015, p. 266.

través de estos Principios Rectores resulta cuestionable, en tanto en cuanto no se establecen mecanismos externos a las propias empresas que puedan verificar si el comportamiento de las mismas con los derechos humanos es el adecuado⁸⁴.

Cabe añadir también que, en el año 2000, el Secretario General de las Naciones Unidas puso en marcha el Pacto Mundial de las Naciones Unidas un proyecto que intenta unir a diferentes actores en el respeto de los derechos humanos, de unos estándares laborales y del medio ambiente, así como en la lucha contra la corrupción⁸⁵. A través de su firma, aunque sin ser jurídicamente vinculante, las empresas y otros agentes, supuestamente, han aceptado su responsabilidad. De nuevo, se cuestiona la eficacia de esta aceptación, pues tal y como ocurre con los Principios Rectores, queda en manos de las propias empresas la verificación del cumplimiento de los estándares en materia de derechos humanos, laborales y medioambientales⁸⁶. Incluso se ha criticado por parte de la misma Dependencia Común de Inspección de las Naciones Unidas la ausencia de criterios de ingreso adecuados, pues parte de la financiación del *Global Compact* proviene de las contribuciones de las mismas empresas⁸⁷.

De otro lado, y centrandó la atención en el derecho a la salud, el Comité DESC ha entendido expresamente en la OG n° 14 sobre el derecho a la salud, que el sector privado, así como otros sujetos diferentes al Estado tienen responsabilidades en relación con la realización de este derecho⁸⁸. Igualmente, el que fue Relator Especial para el derecho a la salud, Paul Hunt, señaló que ‘sería inconcebible que algunos derechos humanos no dieran lugar a obligaciones jurídicas en el ámbito de los

⁸⁴ ESTEVE, J. E., ‘Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?’, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 27, 2011, 317-351, pp. 337 y 339.

⁸⁵ *United Nations Global Compact* (Pacto Mundial de las Naciones Unidas), publicado por la Oficina del Pacto Mundial de las Naciones Unidas, febrero de 2011, Nueva York.

⁸⁶ ESTEVE, J. E., ‘Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?’, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 27, 2011, 317-351, p. 320.

⁸⁷ Dependencia Común de Inspección de las Naciones Unidas, *United Nations corporate partnerships. The role and functioning of the Global Compact*, JIU/REP/2010/9, Ginebra, 2010.

⁸⁸ Comité DESC, ‘Observación General n°. 14’, 2000, párr. 42.

negocios⁸⁹. Relator que también preparó unas directrices sobre derechos humanos para las compañías farmacéuticas en relación con el acceso a los medicamentos⁹⁰, trabajo que prosiguió el que también fuera Relator Especial para este derecho, Anand Grover⁹¹. Así pues, este es un elemento esencial del derecho a la salud, en el que las compañías farmacéuticas juegan un papel fundamental. Asimismo, la Comisión de Determinantes Sociales de la Salud de la OMS ha defendido que el sector privado debe ‘aumentar la responsabilización’ en la mejora de las condiciones de los trabajadores sanitarios, así como ‘invertir e investigar’ en el desarrollo de tratamientos para las enfermedades desatendidas⁹².

En segundo lugar, es posible la imposición indirecta de obligaciones al sector privado en la salud, a través de la responsabilidad que recae en el Estado. Así, las obligaciones del Estado abarcan también la adopción de medidas para asegurar el respeto del derecho a la salud por terceros, incluyéndose entre estos las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. En esta línea, el *Informe Ruggie* por el que se establecen los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos,

⁸⁹ Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial por el Derecho a la Salud para la Asamblea General*, A/61/338, 2006, párr. 93.

⁹⁰ Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial por el Derecho a la Salud para la Asamblea General* A/63/263, 11 de agosto de 2008, anexo (p. 17 y ss). El Relator también desarrolló las obligaciones del Estado en relación con el acceso a los medicamentos en su *Informe para la Asamblea General*, A/61/338, 13 de septiembre de 2006, párr. 47-81. En el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, véase: KHOSLA, R., HUNT, P., *Human Rights guidelines for pharmaceutical companies in relation to access to medicines: the sexual and reproductive health context*, Human Rights Centre, Universidad de Essex, 2009.

⁹¹ Cabe destacar los siguientes Informes del Relator Especial por el Derecho a la Salud para la Asamblea General:

- *Informe sobre el acceso a los medicamentos en relación con los derechos de propiedad intelectual y los acuerdos de libre comercio*, A/HRC/11/12, 31 de marzo de 2009. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.12_en.pdf

- Resumen de la consulta de expertos que se celebró sobre el acceso a los medicamentos como elemento esencial, y los nuevos problemas y obstáculos a este respecto: A/HRC/17/43, 16 de marzo de 2011.

- Más recientemente: Informe del Relator Especial por el Derecho a la Salud para la Asamblea General sobre el acceso a los medicamentos, A/HRC/23/42, 1 de mayo de 2013. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A-HRC-23-42_en.pdf

⁹² OMS, *Subsanar las desigualdades en una generación: alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud*, 2008, p. 33. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/69830/1/WHO_IER_CSDH_08.1_spa.pdf

incluía como primera parte el desarrollo del deber del Estado de proteger los derechos humanos, en relación con la actuación de terceros. Ahora bien, se advierte, ello no supone el surgimiento de nuevas responsabilidades, sino que forma parte de la responsabilidad del Estado de proteger, ya asumida de acuerdo con los tratados en materia de derechos humanos suscritos por el mismo⁹³. Esta responsabilidad del Estado incluye, por ejemplo, hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas y asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades⁹⁴. De nuevo, se limita las obligaciones de los Estados en relación con las empresas al deber de proteger.

De igual forma, el Comité DESC ha profundizado en las obligaciones de los Estados en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales. En este caso, en una de sus resoluciones se entiende que tanto la obligación de respetar, de proteger como de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales, comprenden obligaciones de los Estados en relación con la actuación empresarial en el ámbito de los derechos⁹⁵. De esta forma, como obligación de *respetar*, por ejemplo, los Estados partes han de procurar que las empresas observen la debida diligencia. Como obligación de *proteger*, los Estados partes han de facilitar acceso a recursos efectivos a las víctimas de violaciones empresariales de los derechos económicos, sociales y culturales, por la vía judicial, administrativa, legislativa o por otro medio adecuado. Por último, para *garantizar* el ejercicio de los derechos los Estados partes han de comprometerse a obtener el apoyo del sector empresarial para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, los Estados

⁹³ Naciones Unidas, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar'*, A/HRC/17/31, Consejo de Derechos Humanos en su 17º período de sesiones, 2011. Párr. 14 de la Introducción. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): www2.ohchr.org/SPdocs/Business/A-HRC-17-31_sp.doc

⁹⁴ Naciones Unidas, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*, A/HRC/17/31, 2011, pp. 7 a 14.

⁹⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas, 'Declaración sobre las obligaciones de los Estados partes en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales', E/C.12/2011/1, 12 de julio de 2011

han de adoptar leyes y reglamentos adecuados y de procedimientos de vigilancia, investigación y rendición de cuentas. Además, el incumplimiento de tal obligación, señala el Comité, puede producirse por acción o por omisión⁹⁶.

En relación con el derecho a la salud, en la OG n°. 14, el Comité DESC ha establecido que puede suponer una violación de la obligación de respetar el hecho de que el Estado no tenga en cuenta sus obligaciones legales con respecto al derecho a la salud al concertar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados, organizaciones internacionales u otras entidades, como, por ejemplo, las empresas multinacionales⁹⁷. La obligación de proteger implica que el Estado regule el comportamiento de los actores no estatales para que éstos no violen un derecho individual a la salud⁹⁸. Por ejemplo, el Estado ha de velar para que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud. Igualmente, ha de controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros⁹⁹. La obligación de garantizar el derecho a la salud es relevante, pues se trata de que el Estado facilite los fondos de financiación necesarios para que las personas puedan tener garantizada una asistencia sanitaria adecuada¹⁰⁰.

Por otra parte, adoptar el enfoque de los derechos humanos al tratar la influencia de los sujetos privados permite examinar los efectos de, por ejemplo, la liberalización del comercio o de la privatización de servicios sanitarios en el derecho a la salud. En esta línea, la oficina del Alto Comisionado por los Derechos Humanos preparó una serie de informes sobre globalización, comercio y derechos humanos, entre los cuales cabe destacar el referente a procesos de liberalización del comercio de servicios¹⁰¹. El

⁹⁶ ‘Declaración sobre las obligaciones de los Estados partes en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales’, p. 2.

⁹⁷ Comité DESC, ‘Observación General n°. 14’, 2000, párr. 50.

⁹⁸ TOBIN, J., *The right to health in International Law*, cit., p. 190.

⁹⁹ Comité DESC, ‘Observación General n°. 14’, 2000, párr. 35.

¹⁰⁰ HALLO DE WOLF, A., TOEBES, B., ‘Assessing Private Sector Involvement in Health Care and Universal Health Coverage in Light of the Right to Health’, *Health and Human Rights Journal*, vol. 18, núm. 2, 2016, 79-92, p. 89.

¹⁰¹ Comisión de Derechos Humanos (Naciones Unidas), *La liberalización del comercio de servicios y*

Relator Especial sobre el Derecho a la Salud también realizó sus contribuciones en la Organización Mundial del Comercio¹⁰². De otro lado, en el marco de un proceso de privatización, el Estado no puede desentenderse de sus obligaciones en el cumplimiento de los derechos humanos¹⁰³. Como señaló el Relator especial sobre el derecho a la salud, un Estado puede contratar la prestación de servicios de salud con una empresa privada, pero no puede subcontratar sus obligaciones respecto del derecho a la salud¹⁰⁴. Asimismo, cabe señalar una resolución del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹⁰⁵, en la cual se establece que el Estado es directamente responsable por la actuación de instituciones privadas en la provisión de servicios sanitarios, y debe adoptar medidas para asegurar que las políticas de salud de los agentes privados son adecuadas.

Concluyendo, se mantienen las obligaciones de respetar, proteger y realizar el derecho a la salud por parte del Estado. Antes de proceder a la privatización, es especialmente importante la obligación negativa del Estado de respetar y de abstenerse de aplicar políticas de privatización en caso de que pueda producirse un detrimento en el cumplimiento del derecho a la salud¹⁰⁶. También se hará necesaria la adopción de medidas para evaluar el impacto del proceso de privatización en los derechos humanos (obligación de proteger). Por último, podría considerarse, de acuerdo con Hallo, que el Estado tiene la obligación de realizar el derecho a la salud cuando es responsable de asegurar que al privatizar un servicio este se mantiene accesible para todos los sujetos del derecho¹⁰⁷.

los derechos humanos, Informe de la Alta Comisionada, E/CN.4/Sub.2/2002/9, 25 de junio de 2002.
¹⁰² Comisión de Derechos Humanos (Naciones Unidas), *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Informe del Relator Especial, Sr. Paul Hunt. Misión en la Organización Mundial del Comercio*, E/CN.4/2004/49/Add.1, 1 de marzo de 2004.

¹⁰³ DE FEYTER, K., GÓMEZ ISA, F., *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*, Intersentia, Oxford, 2005, p. 3-4.

¹⁰⁴ Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial por el Derecho a la Salud para la Asamblea General*, A/61/338, 2006, párr. 59-50.

¹⁰⁵ Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *Alyne da Silva Pimentel v Brasil*, CEDAW/C/49/D/17/2008, 49ª sesión, 10 de agosto de 2011, párr. 7.5.

¹⁰⁶ HALLO DE WOLF, A., *Reconciling Privatization with Human Rights*, Intersentia, School of Human Rights Research Series, vol. 49, 2011, p. 134.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 148.

2.3. LA CUESTIÓN DE LA UNIVERSALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. ANÁLISIS CRÍTICO

En el primer capítulo se ha defendido la universalidad del derecho a la salud como característica intrínseca de los derechos humanos, que refiere específicamente al rasgo de la titularidad. De acuerdo con el principio de universalidad, los titulares de los derechos humanos y con ello, del derecho a la salud, son todas las personas. Sin embargo, también se analizaban las principales objeciones que se plantean en contra de esta universalidad. Así, a menudo se alega que los derechos sociales no han de satisfacerse a todas las personas, sino a los que padecen determinadas circunstancias de pobreza o de necesidad económica. De otro lado, se ha entendido desde algunas posturas que la satisfacción de los derechos sociales ha de quedar vinculada de alguna forma al desempeño de un trabajo formal o a la contribución social. Por último, una objeción común es la consideración de que los derechos sociales no son de todas las personas sino de aquellos considerados nacionales o ciudadanos del Estado en cuestión, o de las personas que residen legalmente en el territorio.

El objetivo del presente apartado es conocer cuál ha sido la respuesta del Derecho internacional de los derechos humanos a la cuestión de la universalidad del derecho a la salud. Al realizar la búsqueda de regulaciones en materia de la titularidad de este derecho, se han encontrado preceptos que, de un lado, reconocen que el derecho a la salud es de todas las personas. Sin embargo, también se han identificado, de forma contradictoria con lo anterior, disposiciones concretas de las que se deriva que la titularidad universal queda restringida. En líneas generales es posible situar estas limitaciones en las tres posiciones teóricas contrarias a la universalidad del derecho a la salud.

De esta forma, se explicará la regulación de estas cuestiones en el desarrollo del derecho. En primer lugar, se analizará el reconocimiento de su titularidad universal, como derecho de todas las personas. Posteriormente, se identificarán los límites a esta universalidad. De un lado, si se ha regulado el acceso al derecho a la salud

independientemente de la capacidad económica. De otro lado, se atenderá a la separación entre el derecho a la seguridad social y el derecho a la salud. Por último, en un tercer subapartado se analizará la regulación del derecho a la salud de los no nacionales y de las personas inmigrantes.

2.3.1. Reconocimiento de la titularidad universal del derecho a la salud

A continuación, se mencionarán brevemente los preceptos de textos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos que reconocen el derecho a la salud como un derecho universal.

Por lo que se refiere a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la misma incluye el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que asegure, entre otros objetos, la salud y la asistencia médica¹⁰⁸. Asimismo, la forma en que el artículo 12 del PIDESC reconoce el derecho a la salud es universal, haciendo referencia a ‘toda persona’ como sujeto del derecho al más alto nivel posible de salud¹⁰⁹. En el segundo apartado, se prevé la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar a ‘todos’ asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

En cuanto al sistema regional europeo de protección, la Carta Social Europea revisada de 1996¹¹⁰ reconoce el derecho de protección de la salud en el artículo 11 sin hacer mención a la titularidad del derecho, mientras que el derecho a la asistencia social y médica se atribuye a ‘toda persona’ en el artículo 13. En el ámbito de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho a la asistencia sanitaria ‘para todos’ en su artículo 35¹¹¹.

¹⁰⁸ Naciones Unidas, ‘Declaración Universal de Derechos Humanos’, París, 1948, artículo 25.1.

¹⁰⁹ Naciones Unidas, ‘Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, 1966, artículo 12.

¹¹⁰ Consejo de Europa, ‘Carta Social Europea (revisada)’, Estrasburgo, 1996.

¹¹¹ Unión Europea, ‘Carta de Derechos Fundamentales’, *cit.*, artículo 35.

En el mismo sentido, y en relación con el sistema interamericano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 incluye en su artículo XI el derecho a la preservación de la salud y el bienestar a ‘toda persona’¹¹². El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 igualmente reconoce en su artículo 10 el derecho de ‘toda persona’ al nivel más alto de salud física, mental y social¹¹³. El segundo apartado de este precepto establece la atención primaria de la salud a todos los individuos, mientras que los beneficios de los servicios de salud se prevén solo para aquellas personas que estén sujetas a la jurisdicción del Estado¹¹⁴.

Finalmente, en relación con el sistema africano de protección, el derecho de ‘todo individuo’ a disfrutar del mejor estado físico y mental posible se incluye en el artículo 16 de Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981¹¹⁵.

2.3.2. Algunos límites al reconocimiento universal de la asistencia sanitaria

En el anterior subapartado puede observarse cómo el derecho a la salud se reconoce, en principio, a todas las personas, de acuerdo con las cláusulas generales de los tratados internacionales que reconocen este derecho. Sin embargo, cuando se hace referencia, en concreto, a los servicios de salud, esto es, al componente de la asistencia sanitaria, suele reconocerse de alguna forma más restrictiva.

Las restricciones que este derecho encuentra en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos pueden encontrarse analizando estos textos internacionales y regionales, así como los textos que desarrollan su contenido. Así pues, tras estudiar

¹¹² Organización de Estados Americanos (OAS), ‘Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948’, Novena Conferencia Internacional Americana, 1948.

¹¹³ Organización de Estados Americanos (OAS), ‘Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988’, 18º período ordinario de sesiones, 17 de noviembre de 1988.

¹¹⁴ *Ibid.*, artículo 10, apartado 2, a) y b).

¹¹⁵ ‘Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981’, XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, Nairobi, Kenya, 1981.

estos materiales, pueden extraerse diferentes restricciones a la universalidad del derecho a la salud, no obstante su formulación universal. En líneas generales, estas restricciones coinciden con las limitaciones que se formulan teóricamente en contra de la universalidad: a) la garantía del derecho únicamente a las personas con pocos medios económicos; b) la vinculación del derecho a la salud al ámbito del empleo; y c) el acceso a los servicios de salud únicamente a nacionales y/o residentes legales.

a) ¿Asequibilidad o beneficencia?

En el capítulo primero se ha analizado, en primer lugar, el argumento que defiende la satisfacción o realización del derecho a la salud, y en general de los derechos sociales, únicamente a las personas con pocos medios económicos. Este colectivo es pues aquel que no puede acceder a los servicios sanitarios a través del mercado. Si se presta atención al desarrollo del derecho a la salud, puede observarse que, en concreto en la definición del concepto de asequibilidad, es posible apreciar rasgos de beneficencia. En relación con esta afirmación se hace necesario volver al elemento de la asequibilidad para, finalmente, concluir con la ausencia de una indicación expresa que reconozca claramente la obligación del Estado de garantizar los servicios de salud a todas las personas.

La asequibilidad o accesibilidad económica del derecho a la salud, tal y como se desarrolla en la Observación General nº. 14 del Comité DESC, queda definida como el acceso de los servicios de salud, sean públicos o privados, al alcance de todos. El Comité, a través de las recomendaciones a diferentes Estados parte, ha reiterado que estos deben financiar un sistema público de cuidados para que los sectores de renta más baja puedan tener acceso a la asistencia sanitaria sin coste alguno¹¹⁶. De esta forma, no existe un precepto normativo que establezca la obligatoriedad de servicios de asistencia con cargo a fondos públicos. Cuando se ha hecho referencia a ello, se ha

¹¹⁶ Por ejemplo, en sus ‘Recomendaciones a la República de Corea’, CRC/C/15/Add197, párr. 48, 49 (a), y a Brasil, E/C.12/BRA/CO/2, párr. 30.

enfocado principalmente a la necesidad de facilitar el acceso a los sectores más desprotegidos. En sentido parecido, la prohibición de discriminación exige que los Estados tengan la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes¹¹⁷.

Así pues, el Comité DESC de las Naciones Unidas, más que establecer expresamente la obligación de los Estados de ofrecer servicios de salud a toda la población, lo que reconoce de forma expresa es que nadie debe quedar sin atención sanitaria debido a no poder costearla. Sin embargo, no expresa que, en el momento de acceder a las prestaciones, no se haya de condicionar el acceso al abono de una determinada cuantía económica. En este punto podría apreciarse que el concepto de asequibilidad es insuficiente para dar cumplimiento a la universalidad de los derechos sociales. Ello porque la asequibilidad se preocuparía únicamente de las restricciones más graves a la accesibilidad y a la titularidad universal, aquellas que impiden de forma absoluta el acceso a los servicios sanitarios. No obstante, la asequibilidad tal y como ha sido definida por el Comité DESC no es suficiente frente a otros límites a la accesibilidad económica, que reducen las posibilidades de acceder a los servicios sanitarios, aunque no las impidan completamente. Por ejemplo, la imposición de pago de los servicios a personas que pueden afrontarlo. Se defiende, pues, que la titularidad del derecho implica poder acceder a su objeto sin condicionar este acceso a un pago directo.

De otro lado, la ‘Declaración sobre Progreso Social y Desarrollo’ de 1969 sí que establece como uno de los objetivos ‘la provisión de servicios de salud gratuitos para toda la población’¹¹⁸. Por su parte, la OMS ha manifestado una preferencia por un pago anticipado a través de la contribución universal a la financiación de los sistemas sanitarios para evitar atribuir el riesgo a las personas individuales. La 58ª Asamblea Mundial de la Salud instaba a los Estados miembros¹¹⁹:

¹¹⁷ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 14’, 2000, párr. 19.

¹¹⁸ Naciones Unidas, ‘Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social’, 1969, artículo 19.a).

¹¹⁹ OMS, 58ª Asamblea Mundial de la Salud, ‘Resolución 58.33: Financiación sostenible de la salud, cobertura universal y seguro social de enfermedad,’ Ginebra, 16-25 mayo, 2005.

‘A que velen por que los sistemas de financiación de la salud prevean un método de pago anticipado de las contribuciones para la atención de salud, con objeto de repartir el riesgo dentro de la población y evitar que las personas incurran en gastos sanitarios desastrosos o caigan en la pobreza por haber requerido atención de salud’.

Si se atiende al objetivo que se expresa, este es evitar el empobrecimiento de las personas como consecuencia de estos pagos, lo que deja entrever de nuevo que la finalidad es evitar situaciones de pobreza más que cuestionar la exigencia de pago por el acceso a la sanidad en sí misma. La oficina europea de la OMS, en uno de sus informes sobre la salud los países europeos elaborados cada tres años afirmaba que un objetivo fundamental de todo sistema sanitario es evitar el empobrecimiento como consecuencia del uso de los servicios sanitarios así como que las personas no se vean forzadas a elegir entre su salud y el bienestar económico: ‘A fundamental goal of a health system is to ensure that no one becomes poor as a result of using health services and that people should not be forced to choose between their health (both physical and mental) and their economic well-being when they become sick’¹²⁰. La propuesta de la Organización sobre la cobertura sanitaria universal se explicará con detalle en el capítulo cuarto del trabajo. En cualquier caso, se aboga por la necesidad de eliminar los pagos directos asociados a los servicios sanitarios, lo cual se hace más visible en esta organización que en el Comité DESC y en el desarrollo del derecho a la salud, neutral en cuanto a la provisión pública o privada de los bienes sociales.

En definitiva, para cumplir con la universalidad del derecho a la asistencia sanitaria, la regulación del mismo ha de ser tal que no obligue a las personas a abonar un pago del que directamente dependa la satisfacción de sus necesidades sanitarias. Claro está que se entiende más grave la imposición del pago a personas con pocos medios económicos, pero en todo caso los pagos directos a los servicios se entienden como límites a la universalidad y por ello han de tenerse en cuenta a la hora de definir

¹²⁰ OMS Europa, *The European Health Report 2009: health and health systems*, Dinamarca, 2009, p. 82. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0009/82386/E93103.pdf.

lo que se entiende como asequibilidad. Así, se defiende la garantía del derecho a la salud de algún modo independientemente de la capacidad económica. Otro asunto será que, en relación con la financiación del sistema, necesariamente se haya de tener en cuenta esta capacidad económica, como puede ser la financiación de un sistema sanitario a través de un sistema impositivo de carácter progresivo.

b) Salud y Seguridad Social: ¿distinción clara?

En relación con el segundo límite a la universalidad del derecho a la salud, el cumplimiento de esta exige que la atención de la salud no exija como condición para acceder a la misma la participación en el mercado de trabajo y la contribución a la seguridad social. Por esta razón, el derecho a la salud y el derecho a la seguridad deben reconocerse de forma separada, siendo uno de los objetos propios del primero la asistencia sanitaria.

Como regla general, se considera que la seguridad social tiene el objeto de ofrecer protección en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad¹²¹. Es decir, la seguridad social garantizaría unos medios mínimos ante circunstancias como el desempleo, la vejez, la jubilación, o la incapacidad, o la enfermedad, que van ligadas a situaciones en las que no se ejerce una actividad laboral. En estos casos, no poder ejercer la actividad laboral acaba siendo de alguna forma un requisito para acceder a las prestaciones.

Atendiendo a la regulación de estos derechos, seguridad social y salud, la mayoría de textos internacionales los reconocen de forma separada, si bien en el desarrollo de su contenido, y en algunos textos regionales como la Carta Social Europea y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, parece confundirse ambas instituciones y se vincula la atención sanitaria a la seguridad social.

¹²¹ Naciones Unidas, ‘Declaración Universal de Derechos Humanos’, 1948, artículos 22 y 25.1.

Por una parte, en el ámbito universal de protección de los derechos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce la seguridad social y el derecho a la salud como derechos diferenciados. El artículo 25 reconoce el derecho a la asistencia sanitaria y también, el derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, vejez, y en otros supuestos. El artículo 22, por su parte, reconoce el derecho a la seguridad social al mismo tiempo que reconoce la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales. El PIDESC reconoce ambos derechos, también, de forma diferenciada. El artículo 9 reconoce el derecho a la seguridad social mientras que el artículo 12 reconoce el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental. Ahora bien, si se atiende al desarrollo del derecho a la seguridad social según la OG n.º. 19 del Comité DESC, llama la atención que uno de los objetos del derecho sea el de obtener protección contra los ‘gastos excesivos de atención de salud’¹²².

‘El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo’.

De otro lado, se considera que la seguridad social tiene nueve ramas principales que han quedado definidas por el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) núm. 102 sobre normas mínimas en materia de Seguridad Social¹²³. Entre estas funciones se encuentra la atención de la salud y la enfermedad. En cuanto a la atención de la salud, según la Observación General comentada anteriormente, se entiende que en los casos en que el sistema de salud prevea planes privados o mixtos, estos deben ser asequibles. También se señala la importancia de la seguridad social en relación con la necesidad de proporcionar acceso a las medidas preventivas y

¹²² Comité DESC, ‘Observación General n.º. 19’, 2008, párr. 2.

¹²³ Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, ‘Convenio N.º 102 sobre la seguridad social (normas mínimas)’, 1952.

curativas¹²⁴. Por lo que se refiere a la enfermedad, se establece como objetivo de la seguridad social la prestación en efectivo durante los períodos de pérdidas de ingresos a las imposibilitadas de trabajar por razones de salud¹²⁵. De esta forma, de acuerdo con la regulación del derecho a la seguridad social, se consideraría que la salud es un componente de un derecho más amplio a la seguridad social, pero que por su relevancia se ha acabado reconociendo en preceptos separados¹²⁶. Así se considera también por parte de algunos autores, que el derecho a la salud queda enmarcado del derecho matriz a la seguridad social¹²⁷.

Por el contrario, hay razones suficientes para reconocer la salud como derecho de forma autónoma a la seguridad social. Si bien se entiende que la seguridad social pueda proteger a las personas imposibilitadas de trabajar, también por razones de enfermedad, la atención de la salud debe seguir siendo un objeto propio del derecho a la salud. En relación con ello, si la protección frente los gastos excesivos de salud entra dentro del ámbito de la seguridad social, así como proporcionar medidas sanitarias preventivas y curativas, surgen dos problemáticas. De un lado, que ello ya constituye el objeto principal del derecho a la salud y, en concreto, del derecho a la asistencia sanitaria. Pero el problema principal que aparecería en relación con la universalidad se refiere al sujeto del derecho. Si bien se reconoce la seguridad social como derecho universal de todas las personas, el acceso a las prestaciones podría vincularse con la demostración de que se incurre en una causa justificada para no ejercer la actividad laboral.

Cabe atender en este punto a las normas mínimas de seguridad social mencionadas anteriormente y desarrolladas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), texto al que asimismo se refiere la OG n.º. 19 del Comité DESC. De

¹²⁴ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 19’, 2008, párr. 13.

¹²⁵ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 19’, 2008, párr. 14.

¹²⁶ MONEREO, J. L., ‘Teoría general de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 22 DUDH PIDESC y concordantes)’ en MONEREO ATIENZA, C., MONEREO PÉREZ, J. L., *El sistema universal de los derechos humanos*, Comares, Granada, 2014, 445-513, p. 595.

¹²⁷ MONEREO, J. L. RODRÍGUEZ INIESTA, G., ‘La asistencia sanitaria y su reforma legislativa’ *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 4, 2015, 11-23, p. 12.

acuerdo con estas normas mínimas, todo Estado miembro debe garantizar a las personas protegidas la concesión de la asistencia médica preventiva y curativa. Asimismo, se establece en el artículo 10 que, entre las prestaciones de la seguridad social, debe comprenderse tanto la prestación de asistencia sanitaria general, como la especializada, así como la hospitalización¹²⁸. Es necesario analizar, pues, quiénes son las personas protegidas¹²⁹:

‘Las personas protegidas deberán comprender:

- (a) sea a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados, así como a las cónyuges y a los hijos de los miembros de esas categorías;
- (b) sea a categorías prescritas de la población económicamente activa que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes, así como a las cónyuges y a los hijos de los miembros de esas categorías;
- (c) sea a categorías prescritas de residentes que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los residentes;
- (d) o bien, cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas, así como a las cónyuges y a los hijos de los asalariados de esas categorías’.

De forma parecida, el Convenio de la OIT núm. 130 sobre asistencia médica reconoce como personas protegidas a los siguientes grupos¹³⁰:

- ‘(a) sea a todos los asalariados, incluidos los aprendices, así como a la cónyuge e hijos de tales asalariados;
- (b) sea a categorías prescritas de la población económicamente activa que constituyan por lo menos el 75 por ciento de toda la población económicamente activa, así como a la cónyuge e hijos de las personas que pertenezcan a dichas categorías;
- (c) sea a categorías prescritas de residentes que constituyan por lo menos el 75 por ciento de

¹²⁸ Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, ‘Convenio N° 102 sobre la seguridad social (normas mínimas)’, 1952, artículo 10.

¹²⁹ *Ibid.*, artículo 9.

¹³⁰ OIT, ‘Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad’, núm. 130, 1969, artículo 10.

todos los residentes’.

Además, el artículo 7 del mismo Convenio reconoce la posibilidad para los Estados cuya legislación proteja a los asalariados de excluir la aplicación del Convenio por el tiempo que fuese necesario a: a) las personas cuyo empleo sea ocasional; b) la familia del empleador que viva en su hogar y respecto del trabajo que realicen para él; y c) otras categorías de asalariados cuyo número no exceda del 10% de todos los asalariados. En relación con ello, la Recomendación núm. 134, igualmente sobre asistencia médica, señala que los Estados habrían de ampliar, por etapas si fuese necesario, a tales colectivos cuya exclusión se permite temporalmente, y además, a todas las personas económicamente activas y a todos los residentes¹³¹.

De esta forma, la exclusión temporal entre los beneficiarios de la atención sanitaria a determinados grupos resulta problemática para la titularidad universal de la asistencia sanitaria. Además, habida cuenta de los colectivos a los que se permite excluir temporalmente, nos situamos en un límite a la universalidad de la atención que vincula los derechos sociales como la salud a la institución del trabajo.

Por otra parte, cabe atender a la regulación en los sistemas regionales de protección, como el sistema europeo de derechos humanos. En cuanto a la Carta Social Europea, esta reconoce en el artículo 11 el derecho a la protección de la salud y el artículo 12 reconoce el derecho seguridad social. Sin embargo, llama la atención el artículo 13 que reconoce el derecho a la asistencia social y médica en unos términos en los que cabe apreciar ambos rasgos de beneficencia y de condicionalidad de la asistencia sanitaria con la institución del trabajo y de la seguridad social (apartado 1)¹³²:

‘Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes se comprometen [...] a velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no

¹³¹ OIT, ‘Recomendación sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad’, núm. 134, 1969, artículo 2.

¹³² Consejo de Europea, ‘Carta Social Europea (revisada)’, Estrasburgo, 1996, artículo 13.

esté en condiciones de conseguir éstos por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado’.

De otro lado, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹³³ reconoce el derecho a la salud y a la atención sanitaria en el artículo 35 y el derecho a la seguridad social se abarca en el artículo 34. Asimismo, hay otros textos de los que se desprende una independencia entre el ámbito de la salud y el de la seguridad social. Cabe destacar el artículo 10 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 que estableció como principio social del Derecho Comunitario el derecho de los trabajadores a la protección social adecuada y a las prestaciones de la seguridad social. Según el mismo precepto, las personas excluidas del mercado de trabajo y que no tengan suficientes medios de subsistencia deben poder beneficiarse de prestaciones y recursos suficientes adaptados a su situación personal. Por su parte, el artículo 19 reconoce el derecho a la salud de los trabajadores en su lugar de trabajo¹³⁴. También, en relación con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos cabe analizar el Protocolo de San Salvador a la Convención Americana de Derechos Humanos¹³⁵. En el mismo, el derecho a la salud se reconoce en el artículo 10. De otro lado, el derecho a la seguridad social se contempla en el artículo 9 contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que imposibilite física o mentalmente para obtener los ‘medios para llevar una vida digna y decorosa’ (apartado 1), mientras que el segundo apartado del precepto añade que en caso de estar trabajando el derecho a la seguridad social cubrirá los casos de enfermedad profesional o accidente de trabajo, así como la licencia por maternidad.

En definitiva, salud y seguridad social son dos ámbitos cuya regulación presenta habitualmente elementos comunes y se entremezclan, como consecuencia de

¹³³ Unión Europea, ‘Carta de Derechos Fundamentales’, *cit.*

¹³⁴ Unión Europea, ‘Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores’, Estrasburgo, 1989, artículos 10 y 19.

¹³⁵ Organización de Estados Americanos (OAS), ‘Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988’.

entender que la asistencia sanitaria es uno de los objetos de la seguridad social. Así pues, la seguridad social conforma un sistema de prestaciones sociales que se prevén para hacer frente a diferentes riesgos y necesidades, principalmente con el objetivo de proteger a las personas garantizando que tengan recursos mínimos de subsistencia en caso de que no reciban rentas del trabajo (a través de la prestación por desempleo, la jubilación...). Ahora bien, lo que ello supone es que la efectiva obtención de estas prestaciones tendrá lugar bajo determinadas circunstancias, por ejemplo, cuando no se ejerza la actividad laboral o bien en caso de padecer necesidades económicas. La atención a la salud, en cambio, debe quedar independiente de estas situaciones pues se ha de proteger de forma autónoma. En esta línea, más allá de la protección social necesaria en caso de enfermedad, que cubra las situaciones en que no se puede ejercer la actividad laboral, se aboga por que la efectiva prestación de atención sanitaria quede independiente de la contribución a la seguridad social.

La progresiva separación del ámbito de la salud del de la seguridad social se ha llevado a cabo en varios países, especialmente en aquellos en los que actualmente coexisten dos sistemas separados que regulan cada uno de los ámbitos. En estos casos, el acceso y la financiación del sistema sanitario no proviene del fondo de cotizaciones sociales, sino del sistema impositivo, mientras que en los países que tienen un sistema social que atiende tanto la salud como otro tipo de contingencias sociales el acceso a las prestaciones y la forma de financiación depende de alguna forma del ámbito del empleo. En la actualidad, los sistemas de seguridad social suelen tender hacia la universalización desde la deslaboralización para incluir a todas las personas¹³⁶. Ahora bien, habrá que evaluar si el acceso a los servicios de salud queda efectivamente incondicionado desde las estructuras de la seguridad social. A ello volveremos en el próximo capítulo del trabajo al analizar los diferentes modelos de sistemas de salud.

¹³⁶ MONEREO, J. L., ‘Derechos a la seguridad social y asistencia social’, en MONEREO ATIENZA, C., MONEREO PÉREZ, J. L. (Ed.), *El sistema universal de los derechos humanos*, Comares, Granada, 2014, 513- 541, p. 525.

c) Contradicciones en relación con la exigencia de estatus administrativos

Cabe atender ahora a la exigencia de los estatus de nacionalidad o de residencia legal, como condición contraria a la universalidad de los derechos sociales y del derecho a la salud. En este caso, si se analizan las obligaciones de los Estados desde el plano internacional de los derechos humanos, parecería que sí que hay argumentos para sostener que, tal y como ha sido desarrollado el derecho a la salud, las restricciones a la universalidad derivadas de la exigencia de determinados estatus administrativos no están permitidas. Tales restricciones pueden suponer incumplimientos de obligaciones estatales básicas que son transversales a todos los derechos humanos, como la prohibición de discriminación y la protección de colectivos en situación de vulnerabilidad. No obstante, si se atiende al texto de algunos instrumentos de derechos humanos internacionales y regionales, es posible apreciar restricciones en el derecho a la salud por razón de la situación de irregularidad en un territorio.

En primer lugar, cabe recordar que el artículo 12 del PIDESC reconoce el derecho a la salud a ‘toda persona’, y en el segundo apartado, se prevé la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar a ‘todos’ asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Asimismo, de acuerdo con el desarrollo del Comité DESC en sus Observaciones Generales, existen unas obligaciones mínimas que los Estados no pueden dejar de cumplir, siendo estas obligaciones inderogables¹³⁷. En relación con el derecho a la salud, la OG n.º 14 establece entre las obligaciones mínimas la obligación de garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados¹³⁸. También, la de velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud. Podemos comprobar, pues, como una obligación mínima de principal importancia es la de no

¹³⁷ Comité DESC, ‘Observación General n.º 14’, 2000, párrs. 47 y 48.

¹³⁸ Comité DESC, ‘Observación General n.º 14’, 2000, párr. 43. También, párr. 18 y 19.

discriminación. De acuerdo con estas previsiones, tanto el Comité DESC como el Relator especial sobre el derecho a la salud consideran la igualdad y la no discriminación como características fundamentales de los sistemas de salud respetuosos con los derechos humanos¹³⁹.

Por lo que se refiere a la población inmigrante en situación irregular, el Comité ha señalado expresamente la obligación de respetar su derecho a la salud¹⁴⁰:

‘En particular, los Estados tienen la obligación de *respetar* el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado; y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer’.

De la misma forma, la Observación General n.º. 20 del Comité DESC sobre el principio de no discriminación establece en el párrafo 30 que los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales independientemente de su condición jurídica¹⁴¹:

‘No se debe impedir el acceso a los derechos amparados en el Pacto por razones de nacionalidad¹⁴², [...]. Los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean’.

Atendiendo a textos internacionales específicos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres reconoce en su artículo 12 el derecho a los servicios sanitarios para las mujeres en igualdad de

¹³⁹ MACNAUGHTON, G., ‘Untangling equality and non-discrimination to promote the right to health care for all’, *Health and Human Rights Journal*, vol. 11, núm. 2, 47-63, 2009, p. 54.

¹⁴⁰ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 14’, 2000, párr. 34.

¹⁴¹ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 20: la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales’, E/C.12/GC/20, 2009, párr. 30.

¹⁴² Sin perjuicio de la aplicación del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto.

condiciones con los hombres, y sin hacer distinciones por razón de irregularidad¹⁴³. Igualmente, la Convención sobre los Derechos del Niño hace referencia al derecho a la salud de todos los niños en su artículo 24¹⁴⁴.

No obstante las previsiones anteriores, de otros preceptos internacionales cabe desprender que el derecho a la salud de los inmigrantes en situación irregular queda restringidos.

El artículo 28 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares reconoce el derecho a la asistencia sanitaria de estas personas únicamente en caso de urgencias¹⁴⁵:

‘Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo.’

De la misma forma, la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País donde viven¹⁴⁶, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1985, en su artículo 8.1.c) limita el derecho a la protección de la salud de estas personas, así como la seguridad social, servicios sociales, educación, descanso y esparcimiento, pues lo reconoce ‘a condición de que reúnan los requisitos de participación previstos en las reglamentaciones pertinentes y de que no se imponga una carga excesiva sobre los recursos del Estado’¹⁴⁷. Se ha

¹⁴³ Naciones Unidas, ‘Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres’, Res. 34/180, 1979, artículo 12.

¹⁴⁴ Naciones Unidas, ‘Convención sobre los Derechos del Niño’, Res. 44/25, 1989, artículo 24.

¹⁴⁵ Naciones Unidas, ‘Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990’, resolución 45/158 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1990.

¹⁴⁶ Naciones Unidas, ‘Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País donde viven’, resolución 40/144, 13 de diciembre de 1985, art. 8.1.c). Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/HumanRightsOfIndividuals.aspx>

¹⁴⁷ SAUBA, X., ‘El derecho a la salud’, en TORRES, M., SEUBA, X., APARICIO, M., PISARELLO,

entendido que estas limitaciones para los no nacionales pueden resultar contrarias a la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965¹⁴⁸, pues su artículo 5.e.iv establece la obligación de garantizar la asistencia sanitaria con independencia de circunstancias como el origen nacional¹⁴⁹.

De otro lado, si bien no parece ser aplicable estrictamente al derecho a la salud pues se refiere a los derechos ‘económicos’, el artículo 2.3 del PIDESC establece que: ‘Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos’. Tal precepto parece implicar que se podrá limitar la garantía de los derechos económicos a las personas no nacionales en un Estado miembro. Ahora bien, el precepto se refiere únicamente a los países en desarrollo, de forma que, *a sensu contrario*, cabe entender que los países desarrollados tienen la obligación de garantizar tales derechos también a las personas no nacionales. Así pues, este precepto no ha sido interpretado por el Comité DESC a través de sus observaciones generales, por lo que las implicaciones del mismo, y con ello, la libertad de los Estados para limitar el alcance de los derechos, son inciertas. Por ejemplo, Dankwa ha interpretado el artículo como un precepto transitorio que fue pensado para que los Estados postcoloniales pudieran favorecer a la población local y así retomar el control de la economía dominada por las fuerzas colonizadoras¹⁵⁰. Asimismo, el Relator Especial sobre los derechos de los no ciudadanos recomienda interpretar este artículo del PIDESC de forma restrictiva, únicamente aplicable a los países en desarrollo y en relación con los

G., VALIÑO, V. (Coords.), *Sur o no sur: los derechos sociales de las personas inmigradas*, Icaria, Barcelona, 2006, 111-134, p. 123.

¹⁴⁸ Naciones Unidas, ‘Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965’, resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

¹⁴⁹ CHETAİL, V., GIACCA, G., ‘Who Cares? The Right to Health of Migrants’, en CLAPHAM, A., ROBINSON, M., *Realizing the Right to Health*, Ruffer & Rub, Zurich, 2009, 224-234, p. 227.

¹⁵⁰ DANKWA, E.V.O. ‘Working Paper on Article 2(3) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights’ *Human Rights Quarterly*, 1987, p. 246.

derechos económicos¹⁵¹.

Tras examinar las disposiciones propias del sistema universal de protección de los derechos, cabe atender a otros textos de carácter regional en los que se reconoce el derecho a la salud. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho a la asistencia sanitaria ‘para todos’ en su artículo 35¹⁵², si bien el alcance y las implicaciones de tal artículo resultan inciertas¹⁵³. La Carta Social Europea revisada de 1996¹⁵⁴ reconoce el derecho de protección de la salud en el artículo 11¹⁵⁵. Sin embargo, el derecho a la asistencia social y médica reconocido a ‘toda persona’ en el artículo 13, encuentra importantes matizaciones en el apartado 4º en tanto en cuanto reduce la obligación del Estado en garantizar tal derecho únicamente a los residentes legalmente en su territorio:

‘Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes se comprometen [...] a aplicar las disposiciones mencionadas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo, en condiciones de igualdad con sus nacionales, a los de las restantes Partes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953’.

Ahora bien, la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales ha ido extendiendo la garantía del derecho a la salud con base al artículo 11 y ha denunciado, por ejemplo, la restricción que supone la aprobación del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, tal y como se comentará en el capítulo quinto del trabajo¹⁵⁶. Con anterioridad, el Comité ya había señalado que el acceso a la atención sanitaria debe

¹⁵¹ Naciones Unidas, *Prevención de la discriminación. Los derechos de los no ciudadanos*, Informe final del Relator Especial, Sr. David Weissbrodt, E/CN.4/Sub.2/2003/23, 26 mayo de 2003, párr. 19. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2290.pdf?view=1>

¹⁵² Unión Europea, ‘Carta de Derechos Fundamentales’, *cit.*, artículo 35.

¹⁵³ BISWAS, D., TOEBES, B., HJEM, A., y otros, ‘Access to health care for undocumented migrants from a human rights perspective: a comparative study of Denmark, Sweden, and the Netherlands’, *Health and Human Rights*, vol. 14, núm. 2, 2012, p. 56.

¹⁵⁴ Consejo de Europa, ‘Carta Social Europea (revisada)’, Estrasburgo, 1996.

¹⁵⁵ Un exhaustivo y sugerente análisis de este artículo puede consultarse en LOUGARRE, C., ‘What does the right to health mean? The interpretation of article 11 of the European Social Charter by the European Committee of Social Rights’, *cit.*

¹⁵⁶ Comité Europeo de Derechos Sociales, Consejo de Europa, ‘Conclusiones XX-2 (2013)’, p. 13.

ser ejercido sin discriminación, especialmente por lo que se refiere a los grupos vulnerables¹⁵⁷. Igualmente, se ha abogado por el reconocimiento del derecho a los extranjeros independientemente de su situación legal¹⁵⁸:

‘The Committee notes that the Parties to the Charter (in its 1961 and revised 1996 versions) have guaranteed to foreigners not covered by the Charter rights identical to or inseparable from those of the Charter by ratifying human rights treaties – in particular the European Convention of Human Rights – or by adopting domestic rules whether constitutional, legislative or otherwise without distinguishing between persons referred to explicitly in the Appendix and other non-nationals. In so doing, the Parties have undertaken these obligations’.

Para concluir, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988, si bien reconoce en su artículo 10 el derecho de ‘toda persona’ al nivel más alto de salud física, mental y social, su segundo apartado incluye entre los beneficiarios de los servicios de salud únicamente a aquellos sujetos a la jurisdicción del Estado¹⁵⁹. Por último, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos establece la obligación del Estado de proteger la salud de ‘su gente’ (artículo 16.2)¹⁶⁰. Igualmente, el artículo 39 de la Carta Árabe de Derechos Humanos hace referencia al derecho a la salud de cada miembro de la sociedad y, en un sentido que puede considerarse más expresamente restrictivo, seguidamente reconoce el derecho a servicios médicos ‘gratuitos’ únicamente a los ‘ciudadanos’¹⁶¹. En relación con ello, Lougarre ha tratado

¹⁵⁷ Comité Europeo de Derechos Sociales, ‘Conclusions 2005, Statement of Interpretation of Article 11’, §5, p. 10.

¹⁵⁸ Comité Europeo de Derechos Sociales, ‘Conclusions 2004, Statement of Interpretation on Article 11’, §5, p. 10.

¹⁵⁹ Organización de Estados Americanos (OAS), ‘Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988’, artículo 10, apartado 2, a) y b).

¹⁶⁰ ‘Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981’, XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, Nairobi, Kenya, 1981.

¹⁶¹ Liga de Estados Árabes, ‘Carta Árabe de Derechos Humanos’, 2004.

la jurisprudencia de la Comisión Africana al respecto, y señala que ninguno de los pronunciamientos trata el acceso del colectivo inmigrante a los servicios de salud¹⁶².

¹⁶² LOUGARRE, C., 'Using the Right to Health to Promote Universal Health Coverage: A Better Tool for Protecting Non-Nationals' Access to Affordable Health Care?', *Health and Human Rights Journal*, vol. 18, núm. 2, 2016, 35-47, p. 43.

CAPÍTULO 3: LA ASISTENCIA SANITARIA COMO SERVICIO PÚBLICO. SISTEMAS DE SALUD Y ALCANCE DE LA COBERTURA

En este capítulo se hará referencia a las formas de provisión de asistencia sanitaria por parte del Estado. Así, los diferentes sistemas de salud pueden entenderse como formas más o menos adecuadas de implementar el derecho a la salud. Se centrará la atención en la característica de su cobertura, la cual reflejaría, en concreto, el elemento de la accesibilidad así como la universalidad de los sistemas sanitarios. Se partirá de una explicación del Estado del bienestar como marco en el que se consolidan los clásicos sistemas sanitarios en determinados países democráticos en los siglos XIX y XX. Ello se hará a través de dos concreciones: de un lado, la de la asistencia sanitaria como una de las políticas sociales características del bienestar; de otro lado, la de centrar la atención en la provisión de asistencia sanitaria por parte del Estado. Así pues, en este análisis se prestará una atención especial a la garantía de la asistencia sanitaria a sectores amplios de la población, más allá de la atención residual¹. Ello permite evaluar sistemas sanitarios que a menudo no se cuestionan, desde la perspectiva de los derechos humanos, por su cumplimiento con la titularidad universal del derecho a la salud.

En cuanto a la estructura del capítulo, en un primer apartado se atenderá a la formación del Estado del bienestar como contexto político en que se surgen los sistemas de salud que van más allá de una asistencia o protección excepcional. En segundo lugar, se analizarán los modelos de sistemas de salud desde su mayor o menor adecuación a la titularidad universal del derecho a la salud, tal y como se ha entendido la universalidad en el primer capítulo. Por último, se estudiarán algunos sistemas sanitarios actuales para evaluar la cobertura de estos en función de determinados factores y así poder identificar focos comunes de exclusión.

¹ En relación con ello, si bien se presta atención únicamente a la característica de la cobertura de los modelos y los sistemas sanitarios, cabe mencionar que ello no siempre implica una mejor calidad o una cartera de servicios más completa. Aunque no es este el objeto de estudio del trabajo, la calidad y la disponibilidad de las prestaciones son asimismo elementos del derecho a la salud, como se analizaba en el capítulo 2.

3.1. LA PROTECCIÓN INSTITUCIONAL DE LA SALUD: LOS SISTEMAS DE SALUD

Los orígenes de la protección institucional de la salud de la población se sitúan, en la época de la Revolución Industrial, en la atención residual a la salud pública y a las condiciones de higiene. En este sentido, la responsabilidad sobre la atención sanitaria a la población de forma general descansaba en la iniciativa privada, en el mercado o en la familia. No es, pues, hasta finales del siglo XIX, con algunos antecedentes, que el Estado asume una función principal en la provisión de servicios sanitarios a sectores amplios de la sociedad. Siguiendo una línea histórica, el modelo sanitario Bismarck y, más tarde, el conocido modelo Beveridge serían considerados como los modelos de protección de la salud clásicos por parte del Estado. El surgimiento de los modelos sanitarios coincide con diferentes etapas de la formación y expansión de los Estados del bienestar. Además, dado que la asistencia sanitaria es una de las políticas sociales principales, cabe iniciar el análisis sobre los modelos sanitarios situando los mismos en el contexto político de este modelo de Estado.

En primer lugar, se atenderá al Estado del bienestar, sus orígenes históricos y fundamentos así como a las clasificaciones principales de sus diferentes variantes. Posteriormente, el estudio se centrará en los modelos de salud, que son, principalmente, el modelo residual, el modelo de aseguramiento de Bismarck y el modelo de sistema nacional de salud Beveridge, atendiendo de forma especial a estos dos últimos.

3.1.1. El Estado del bienestar: marco para la consolidación de los sistemas de salud

Suele aceptarse que el origen del término ‘Estado del bienestar’ (*Welfare State*) se situaría en Gran Bretaña al ser usado por primera vez, como explica Pelling, por el profesor historicista y de relaciones internacionales Alfred Zimmern, en 1934, después

por el político británico liberal George Schuster en una conferencia de 1937, si bien la expresión se hizo principalmente conocida al utilizarse por el arzobispo Temple en sus campañas a finales de los años 30². En la explicación de este capítulo podría utilizarse indistintamente la expresión de ‘Estado social’, término que puede encontrarse habitualmente en los textos constitucionales en los que se reconoce este modelo de Estado. Asimismo, se han propuesto definiciones comunes del Estado del bienestar y del Estado social³. En cualquier caso, se utilizará el término ‘Estado del bienestar’ para centrar la atención en su función de provisión de servicios a través de los cuales se garantiza el bienestar de la población, por ejemplo, mediante la prestación de servicios sanitarios.

La consolidación del Estado del bienestar habitualmente se sitúa en el siglo XX, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. No obstante, sus antecedentes se pueden remontar al siglo XIX. Por ejemplo, la legislación fabril inglesa de la primera mitad del siglo XIX o los llamados Talleres nacionales creados en París a partir de la revolución de 1848, los cuales ofrecían trabajo a personas desempleadas a cambio de un salario mínimo garantizado⁴. De esta forma, el Estado del bienestar supone una transformación del modelo de Estado liberal de diversos países europeos en el siglo XIX, el cual se manifestó incapaz de hacer frente a los problemas generados en la nueva sociedad industrial, y de poner en marcha la política social necesaria frente a la pobreza y la desigualdad⁵.

² PELLING, H., *The Labour Governments. 1945-1951*, Macmillan, Londres, 1984, pp 88-90. ASHFORD, D. E., *La aparición de los Estados de bienestar*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, p. 15.

³ Miravet define este modelo de Estado como ‘sistema de estructuración político-económica que se plasma en un ‘conjunto multifuncional de políticas públicas –económicas y sociales-, en muchos casos constitucionalmente prescritas, que se orientan a gestionar de forma simultánea dos procesos en tensión permanente, crecimiento y redistribución’. MIRAVET, P., *Estado social, empleo y derechos. Una revisión crítica*, Tirant lo Blanch y Publicacions de la Universitat de València, Valencia 2014, p. 20.

⁴ GARCÍA COTARELO, R., ‘Origen y desarrollo del Estado del Bienestar’, *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 80-81, noviembre de 1987, 5-21, p. 6.

⁵ OCHANDO, C., *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 30.

En la misma línea de situar los orígenes del Estado del bienestar con anterioridad al siglo XX, autores como Heclo han explicado su formación atendiendo a diferentes periodos históricos. Conforme a este autor, cabe distinguir una primera etapa de experimentación (que tendría su origen en los años 70 del siglo XIX y abarcaría hasta los años veinte del siglo XX), el periodo de consolidación (el cual se situaría en los años 30 del siglo XX) y el periodo de expansión (a mediados del siglo XX, desde los años 40 hasta los años 60)⁶. Así pues, en la primera etapa de experimentación cabe destacar la aprobación de la primera legislación social en Alemania, en los años 80 del siglo XIX, durante el gobierno del canciller Otto von Bismarck. Esta legislación social supone el origen del modelo de bienestar conservador o de seguridad social. Del mismo modo, se sitúan en esta etapa otros antecedentes ya comentados como la legislación fabril inglesa de principios del siglo XIX, y la puesta en marcha de los talleres nacionales de París para asegurar un salario mínimo a los desempleados⁷.

Igualmente, en una primera etapa de formación del Estado del bienestar cabe destacar la notable influencia de la consolidación del sistema democrático, ‘cuando las incipientes democracias empezaron ya a plantearse cómo repartir los costes sociales de la asistencia a los menos favorecidos’⁸. La consolidación de la democracia, con la instauración del sufragio universal en casi todos los países europeos entre 1900 y 1930, favoreció la aprobación de la legislación social⁹. Así, el éxito de los partidos dependía en muchas ocasiones de su capacidad para canalizar las demandas populares, que habitualmente consistían en la implantación o mejora de servicios y programas sociales¹⁰. En este sentido, se ha destacado la coincidencia cronológica de la consolidación del sufragio universal con la provisión social del Estado; democracia e intervencionismo que parecerían ‘dos polos de la misma ecuación’¹¹. Sin embargo, por

⁶ HECLO, H., ‘Toward a new Welfare State?’ en FLORA, P., HEIDENHEIMER, A. J. (ed.), *The development of Welfare States in Europe and America*, Transaction Books, New Jersey, 1982, 383-406, p. 386.

⁷ OCHANDO, C., *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, cit., p. 28.

⁸ ASHFORD, D. E., *La aparición de los Estados de bienestar*, cit., p. 14.

⁹ GARCÍA COTARELO, R., ‘Origen y desarrollo del Estado del Bienestar’, cit., p. 13.

¹⁰ *Ibid.*, p. 13.

¹¹ PORRAS, A. J., ‘La evolución del Estado social y sus perspectivas’, *Sistema: Revista de ciencias*

lo que se refiere al periodo de entreguerras, entre 1920 y 1940, tienen lugar las políticas intervencionistas de los Estados fascistas y las reivindicaciones del movimiento obrero contra el fascismo. En algunos Estados con políticas sociales avanzadas, así pues, tuvo lugar el derrumbe de la democracia con la instauración de poderes dictatoriales, como en Alemania. Cabe reflexionar sobre la relación entre la democracia y la respuesta a las necesidades sociales que, por más que esta última sea una condición para la consecución de un verdadero sistema democrático, en ocasiones la satisfacción de las demandas sociales ha sido una estrategia de los partidos políticos reaccionarios¹².

Retrocediendo a los años posteriores a la Primera Guerra Mundial, cabe destacar la influencia de la crisis de 1929 y la Gran Depresión que conllevó a altas tasas de desempleo dada la inestabilidad del modo de producción capitalista. Ello derivó en la formulación del *New Deal* estadounidense y en la aprobación de algunas leyes que iban en la línea del modelo de seguridad social ideado por Bismarck en los años 80 en Alemania. Por ejemplo, la *Social Security Act* de 1935 en Estados Unidos, aprobada por el gobierno de F. D. Roosevelt¹³. Estas políticas se situarían ya en una segunda etapa de consolidación del Estado del bienestar, y sirvieron como antecedentes directos del Estado del bienestar que maduró tras la Segunda Guerra Mundial. En Europa, asimismo, se dieron otros antecedentes, como la Constitución alemana de Weimar de 1919 o el Acuerdo de Saltsjöbaden en Suecia, en 1938, entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios.

Ahora bien, esta intervención estatal necesaria para paliar las consecuencias del viejo capitalismo, no significó la superación del mismo sino más bien, su transformación desde un modelo de libre mercado, a un nuevo capitalismo intervenido por el Estado basado, de acuerdo con Miravet, en un modo de producción en masa o fordista que persigue la situación de pleno empleo a través de políticas keynesianas

sociales, núm. 118-119, 1994, 231-245, p. 234.

¹² ASHFORD, D. E., *La aparición de los Estados de bienestar*, cit., pp. 336-337.

¹³ *Ibíd.*, p. 32.

(control de la demanda agregada, acumulación de capital y crecimiento económico)¹⁴. Esta es una de las críticas que se le hacen al modelo de Estado del bienestar desde posiciones predominantemente de inspiración marxista. Así, el Estado del bienestar no supondría una superación del capitalismo, tampoco un cambio estructural, sino únicamente la solución a algunos inconvenientes fruto del crecimiento industrial¹⁵. En este sentido se ha destacado la funcionalidad del Estado del bienestar para el desarrollo capitalista¹⁶. Pero, según Offe, de ello surgirían nuevos problemas, como el desempleo o la inflación, cuando un Estado extiende sus políticas de bienestar más allá de un cierto límite¹⁷. Según el autor, el Estado del bienestar tiende a generar tantos problemas como los que es capaz de solucionar¹⁸.

De otro lado, la tercera etapa del Estado del bienestar, que en la clasificación de Hecló se reconoce como el periodo de expansión del mismo, se sitúa tras la Segunda Guerra Mundial, a mediados del siglo XX. Cabe mencionar la aprobación del llamado Plan Marshall, con la finalidad de reconstruir la Europa occidental y de evitar la influencia del comunismo en los países europeos occidentales. Así pues, tras la guerra quedaba la necesidad de reconstruir las economías nacionales y responder a las demandas sociales como modo, asimismo, de frenar tensiones revolucionarias. Se trató de un proceso en el que progresivamente se fue atendiendo a problemas sociales existentes en sociedades diferentes. En este periodo, se encargó al especialista Lord Beveridge la formulación de un plan para Gran Bretaña que derivó en el llamado Informe Beveridge de 1942. Este informe propuso un sistema completo de previsión social que, como más adelante se comentará, influyó en el diseño de algunos sistemas

¹⁴ MIRAVET, P., 'Trabajo y derechos sociales: por una desvinculación posible', *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2000, 359-394, p. 362.

¹⁵ OFFE, C., 'Advanced capitalism and the Welfare State', *Politics and Society*, 1972, 479-488, p. 481.

¹⁶ Una revisión de la crítica funcional al Estado del bienestar así como de otro tipo de críticas que señalan contradicciones en el plano económico y social puede consultarse en: PARAMIO, L., 'La crítica marxista del Estado de Bienestar', *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 80-81, 1987, 39-52, p. 30. También: DE CABO, C., 'Democracia y Derecho en la crisis del Estado social', *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 118-119, 1994, 63-77, p. 64.

¹⁷ OFFE, C., 'Advanced capitalism and the Welfare State', *cit.*, p. 485.

¹⁸ *Ibid.*, p. 485. Esta tesis fue matizada en algunos trabajos posteriores del autor. Al respecto, véase: 'Algunas contradicciones del moderno Estado del bienestar' y '¿La democracia contra el Estado del bienestar? Fundamentos estructurales de oportunidades políticas conservadoras', recopilados en *Contradicciones en el Estado del bienestar*, Alianza Editorial, Madrid, 1984.

de bienestar europeos de la segunda postguerra. De esta forma, los Estados del bienestar se consolidan tras la Segunda Guerra Mundial como consecuencia de diferentes factores, como el pacto político social-liberal, un Estado regulador e intervencionista que persigue los fines de crecimiento económico y de redistribución de renta, o una base constitucional adecuada¹⁹. Según Therborn y Roebroek, fue en esta etapa tardía, concretamente en los años 60 y 70 del siglo XX, cuando el gasto público fue mayor en la mayoría de países europeos. Para estos autores, el Estado del bienestar sería un fenómeno relativamente reciente²⁰.

De este modo, si bien no era la misma situación ni la misma organización política en todos los países, como la existente, por ejemplo, en Francia, en Gran Bretaña, o en Suecia, el punto en común puede situarse en la existencia de problemas sociales que afectaban a las clases más desaventajadas, en las reivindicaciones de los trabajadores, y en la voluntad política que finalmente se decidió a poner solución a estos problemas a través de políticas institucionales²¹. En este sentido, cabe destacar otra fuerte influencia en la aparición del Estado del bienestar, de cariz ideológico, que se sitúa en los temores de los dirigentes políticos hacia la llamada lucha de clases. Así, se trataría de consensuar una suerte de contrato social del que resultarían unas concesiones sociales que calmarían en cierto modo las reivindicaciones de los movimientos de la clase obrera. Se trata del pacto social-liberal al que se hacía referencia con anterioridad. El Estado del bienestar es entendido, en este sentido, como el resultado de conciliar los principios básicos del Estado liberal con las crecientes demandas sociales. Desde este punto de vista, el Estado del bienestar puede concebirse como un pacto entre Estado y sociedad, pero también como un pacto entre trabajo y capital. En cuanto al primero de los pactos, el desarrollo del modelo de Estado del bienestar se corresponde con la teoría política del contrato social del siglo XVIII, según la cual se establece un contrato entre sociedad y Estado por el que la primera

¹⁹ GARCÍA COTARELO, R., 'Origen y desarrollo del Estado del Bienestar', *cit.*, p. 19.

²⁰ THERBORN, G.; ROEBROEK, J., 'The irreversible welfare state: its recent maturation, its encounter with the economic crisis, and its future prospects', *International Journal of Health Services*, vol. 6, núm. 3, 1986, 310-338, p. 320.

²¹ GONZÁLEZ TEMPRANO, A., *La consolidación del Estado del Bienestar en España*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, Madrid, 2003, p. 29.

delega en el segundo unas funciones para el buen gobierno de la misma a cambio de recibir protección pública. De otro lado, el Estado del bienestar puede entenderse como un pacto entre trabajo y capital, que intenta acabar con los problemas del capitalismo surgidos en el siglo XIX y en la primera mitad del XX. Por medio de tal pacto, la clase obrera no cuestionaría el capitalismo ni el modelo de relaciones de producción que, en este sistema, se fundan en la propiedad privada. A cambio, el mercado cedería su papel en muchos ámbitos sociales y económicos al Estado, aceptando la socialización de la demanda²².

En definitiva, aunque de diferente forma, el Estado del bienestar supuso el avance hacia unos objetivos de protección social y económicos similares: ingresos mayores de protección de la vejez, la protección frente al desempleo, la mejora de los servicios sociales, la disminución de la desigualdad a través de la distribución de la renta, el mantenimiento de una situación de empleo estable, etc. En este trabajo la atención se centra en la provisión de asistencia sanitaria, que supone la protección social frente a determinados riesgos, en este caso la enfermedad, así como la responsabilidad del Estado en la cobertura de las necesidades básicas de la población. Estas políticas sociales suponen el surgimiento de la llamada ciudadanía social, denominación acuñada por Marshall para referir a la última fase de la ciudadanía (civil, política y social), que completa el estatus de miembro pleno de la comunidad política y que disfruta de niveles mínimos de bienestar²³. Ello, así pues, tiene lugar a través del reconocimiento de derechos sociales que son necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de la población²⁴. El Estado del bienestar puede entenderse, en definitiva, como el marco en el que se desarrolla este estatus de la ciudadanía social, con el reconocimiento de los derechos sociales, que se ven, en este modelo de Estado, materializados en forma de políticas institucionales.

²² Si bien, como explica Miravet, es este un pacto asimétrico puesto que la redistribución de recursos y las políticas sociales quedan condicionadas a una situación normalizada de crecimiento económico y pleno empleo. MIRAVET, P., *Estado social, empleo y derechos. Una revisión crítica*, cit., p. 59.

²³ MARSHALL, T. H., *Ciudadanía y clase social* [1950], Alianza, Madrid, 1998.

²⁴ AÑÓN, M. J., 'Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales', *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, 2002.

Por último, en cuanto a la clasificación de los diferentes tipos de Estados del bienestar, si bien existen numerosas clasificaciones, una de las más tradicionales es la construida por Titmuss que distingue entre el modelo de asistencia residual, el modelo de éxito-rendimiento, y el institucional-redistributivo²⁵. En la misma línea, Esping-Andersen diferencia entre el modelo liberal, el conservador y el socialdemócrata o escandinavo²⁶. Estas clasificaciones se aplican principalmente para diferenciar las variantes del Estado del bienestar consolidado tras la Segunda Guerra Mundial, por más que los orígenes históricos de una variante se ubiquen en etapas anteriores. Así pues, cabe distinguir entre los modelos de Estado del bienestar según el modo en que tenga lugar el reparto de la provisión del bienestar entre el Estado, el mercado y la familia. En líneas generales, aunque posteriormente se volverá a referir a estas clasificaciones, se entiende que el modelo residual o liberal únicamente atiende a los sectores más necesitados de la sociedad, pues el mercado y la familia tienen un papel principal en la distribución de los recursos. En cuanto al modelo de éxito-rendimiento, conocido también como conservador, en él la contribución al mercado de trabajo suele ser fuente de financiación y también una condición para el acceso a las prestaciones sociales, al protegerse, en principio, únicamente a los trabajadores formales y a sus familias, con lo que el elemento de la familia también tiene un papel principal. Finalmente, el modelo de provisión institucional-redistributivo o socialdemócrata suele entenderse como el más universal, extendiéndose, en principio, a todos los residentes del país, y en el que adquiere importancia la financiación mediante el sistema impositivo, a menudo de carácter progresivo lo que justificaría su influencia en la redistribución de la riqueza.

La tipología de los ‘tres mundos’ ha sido fundamental en las clasificaciones de los Estados del bienestar e influyente de categorizaciones posteriores. Asimismo, también ha sido objeto de críticas, por no ser exhaustiva (por la existencia de casos anómalos o mixtos) ni exclusiva (por la presencia de más modelos del bienestar)²⁷. En

²⁵ TITMUSS, R., *Social Policy*, Allen&Unwin, Londres, 1974, p. 31.

²⁶ ESPING-ANDERSEN, G., *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1990, p. 27.

²⁷ ARTS, W. A., GELISSEN, J., ‘Models of Welfare State’, CASTLES, F. G., LEIBFRIED, S.,

este sentido, la clasificación de un Estado en una de las variantes es compleja, dado que en muchas ocasiones los Estados del bienestar presentan rasgos mixtos. Por ejemplo, el caso británico a menudo se clasifica en el modelo liberal o anglosajón y, sin embargo, si se atiende exclusivamente a las características de sus políticas sociales como la seguridad social y la asistencia sanitaria, es más adecuado entender el modelo de política social como socialdemócrata, de acuerdo con el sistema beveridgeano, que será explicado con posterioridad. De otro lado, a veces se incluyen otras variantes de bienestar no incluidas en las clasificaciones anteriores, como el Estado del bienestar sureño o mediterráneo. También habría de incluirse los desarrollos más recientes hacia el bienestar producidos en el Este y Sudeste Asiático o en los países latinoamericanos. Otra crítica importante a la tipología de los tres mundos ha venido de la perspectiva feminista, pues tal clasificación no incorpora la importancia del trabajo no formal que se produce fuera del mercado de trabajo²⁸.

Con todo, el objeto de estudio de este trabajo es la asistencia sanitaria, por lo que es la clasificación de los sistemas sanitarios la que adquiere relevancia. En términos generales, los sistemas sanitarios propios de los Estados del bienestar pueden quedar enmarcados en una de las tres variantes anteriormente descritas, aunque esta consideración no es generalmente aceptada²⁹. Ahora bien, como servicio concreto, puede desarrollarse en el marco de un Estado del bienestar que puede adquirir rasgos distintos. Otras veces, el modelo sanitario, al ser uno de los pilares del Estado del bienestar, influye en su categorización. Es por ello que, los modelos sanitarios Bismarck y Beveridge, que a continuación se explicarán, han servido también de clasificación de los Estados del bienestar.

LEWIS, J., y otros (Ed.), *The Oxford Handbook of The Welfare State*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 569-585, p. 572. Un resumen de las críticas también puede encontrarse: KLEINMAN, M., *A European Welfare State?* Palgrave, Nueva York, 2002, p. 33 y ss.

²⁸ LEWIS, J., 'Gender and Welfare Regimes: Further Thoughts', *Social Politics (Oxford University Press)*, vol. 4, núm. 2, 1997, 160-177.

²⁹ Por ejemplo, se alega que la clasificación de los 'tres mundos' no sirve para los sistemas que ofrecen cobertura universal. La crítica puede encontrarse, entre otros, en la siguiente referencia: FREEMAN, R., ROTHGAND, H., 'Health', CASTLES, F. G., LEIBFRIED, S., LEWIS, J., y otros (Ed.), *The Oxford Handbook of The Welfare State*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 367-377, p. 370.

3.1.2. De la salud en el Estado liberal a los modelos de protección clásicos

Cabe realizar una breve referencia a la atención residual de la salud de la población para así enfatizar la gran transformación que supone la creación de los sistemas de salud públicos en el marco de los Estados del bienestar. Tradicionalmente, la salud se asociaba al ámbito de lo privado, es decir, se entendía como responsabilidad individual y como una circunstancia sometida a la capacidad económica de las personas. En caso de haber protección institucional de la salud de la población, esta se asociaba a los conceptos de caridad o beneficencia, cuando el Estado preveía asistencia a determinados sectores de la población con carácter excepcional³⁰. Asimismo, la actuación del poder público en el ámbito de la salud se reducía a un control de las epidemias y a una mejora de las condiciones de salubridad.

Ello estuvo en gran parte motivado por la visión utilitarista que acompañó a la Revolución Industrial. Por ejemplo, la prevención de la mortalidad infantil no era considerada como una cuestión de derecho, sino necesaria para evitar la pérdida de capital humano. La provisión de agua potable para prevenir enfermedades no era un derecho sino una medida para asegurar trabajadores saludables y aptos para el sistema productivo³¹. Así, como ya se comentaba en el primer capítulo al tratar la dimensión colectiva de la salud, los problemas de higiene y de salud pública existentes durante la Revolución Industrial, en el siglo XIX y las demandas de los movimientos de reforma sanitaria (presentes especialmente en Reino Unido) pueden entenderse como los precedentes que, posteriormente, dieron lugar a los inicios de la protección estatal de la salud de una forma más general.

La protección residual de la salud se corresponde con el modelo residual de protección social. En este sentido, Titmuss diferencia entre el modelo residual y el institucional de bienestar, siendo el primero aquel que únicamente provee de servicios públicos a la sociedad de forma subsidiaria a la actuación del mercado y de la

³⁰ GONZÁLEZ, E., 'El derecho a la salud', en ABRAMOVICH, V., AÑÓN, M. J., COURTIS, C., *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Editorial Fontamara, México, 2003, p 144.

³¹ TOBIN, J., *The right to health in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 38.

familia³². Así, el modelo de Estado del bienestar conocido como liberal, en la clasificación de Esping-Andersen, únicamente garantiza una protección social a la población más necesitada. De este modo, este sistema no construye un sistema de salud consolidado más allá de la beneficencia y la atención sanitaria residual a determinados sectores de la población.

Así pues, habitualmente se reconoce el modelo liberal como una de las variantes del Estado del bienestar. Quizá lo determinante para clasificar a un Estado como ‘del bienestar’ sea la proporción de gasto público destinado a fines sociales en relación con el PIB, y consecuentemente todos los Estados de capitalismo avanzado puedan ser clasificados como Estados del bienestar, incluso Estados Unidos. Sin embargo, a los efectos del estudio de este trabajo, y desde la perspectiva de los derechos humanos, cobra importancia la cuestión de cómo los beneficios de ese gasto social se reparten entre la población. Por ello, se atenderá especialmente a los modelos de Estado del bienestar que construyen sistemas sanitarios consolidados con amplia cobertura de beneficiarios.

Aunque existen diversas clasificaciones, suelen distinguirse dos modelos clásicos de sistemas de salud, el proyectado por Von Bismarck y el que se pone en marcha por William Beveridge. A continuación se explicará la formación de estos modelos de salud, conocidos como los modelos Beveridge y Bismarck, por constituir sistemas que ofrecen una cobertura sanitaria amplia de la población.

En primer lugar, el modelo Bismarck nació a finales del siglo XIX en Alemania, consistente en un conjunto de políticas sociales adoptadas en los años 80, durante el periodo del canciller Otto von Bismarck. Así pues, entre 1883 y 1889 en Alemania se crearía el primer sistema moderno de seguridad social³³. En este momento se sitúa la primera etapa de la evolución del Estado del bienestar, la que se corresponde con su periodo de formación y que tiene sus orígenes, como

³² TITMUSS, R., *Social Policy, cit.*, p. 31.

³³ SUSÍN, R., *La regulación de la pobreza. El tratamiento jurídico-político de la pobreza: los ingresos mínimos de inserción*, Universidad de la Rioja, Logroño, 2000, pp. 135-136.

anteriormente ya se ha mencionado, en la legislación social del canciller Bismarck. Esta legislación social se inspira en una ideología conservadora y está basada en el aseguramiento. Las reformas principales se aprobaron a raíz de una Ley de seguro de enfermedad y maternidad de 1883, una Ley de accidentes de trabajo en 1884 y una Ley de seguro de enfermedad, jubilación y defunción de 1889³⁴. La Ley de 1883 reconocía un seguro a los obreros para garantizar cobertura de las contingencias por razón de enfermedad; si bien en los años posteriores este aseguramiento obligatorio se extendió a los demás asalariados. Esta cobertura abarcaba la asistencia sanitaria así como el seguro para accidentes laborales, enfermedad, invalidez y también para la vejez. Por lo que se refiere a la asistencia sanitaria, esta consistiría en la cobertura de la misma a través de una cotización de los trabajadores a la seguridad social. Ahora bien, en este sistema únicamente estarían quedando cubiertos los trabajadores y sus familias. Por tanto, una parte del salario de los trabajadores se destina a un fondo de cobertura de los posibles gastos médicos y para las pensiones, y solo ellos son los que pueden ser beneficiarios de esta cobertura³⁵.

Más tarde, a mediados del siglo XX aparece, en el Reino Unido, un sistema de protección de la salud con vocación universal y financiado a través de impuestos, característico del modelo de Estado del bienestar socialdemócrata que cobra importancia tras la Segunda Guerra Mundial. Este sistema es conocido como el modelo Beveridge, debido al economista William Beveridge y la Comisión que lideró para elaborar el informe que supuso la implementación del modelo en este país, el conocido como ‘Informe Beveridge’ (*Beveridge Report*), *Social Insurance and Allied Services*, de 1942³⁶. No obstante, cabe señalar tres antecedentes a este sistema. En el mismo país, el *Report of the Poor Law Commission* de 1909, en el que un voto particular de la socialista Fabiana Beatrice Webb demandaba un sistema médico de carácter universal, aunque finalmente se creó en 1911 un sistema siguiendo las líneas

³⁴ GARCÍA COTARELO, R., ‘Origen y desarrollo del Estado del Bienestar’, *cit.*, p. 10.

³⁵ LEMA, C., *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud. Historia del derecho a la salud en el siglo XX*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 31.

³⁶ BEVERIDGE, W., *Social Insurance and Allied Services. Report by Sir William Beveridge*, HMSO, Londres, 1942.

del modelo alemán³⁷. Otro antecedente es el vinculado al sistema de Zemstvo, en Rusia, en el que a partir de 1864 los gobiernos locales contrataron a personal sanitario con una financiación a través de impuestos, y que sirvió para sentar las bases del sistema de servicios médicos de la Unión Soviética³⁸. En tercer lugar, aunque a menudo no se haga referencia a ello, en 1938 la *Social Security Act* de Nueva Zelanda crearía el primer sistema nacional de salud, al prometer a los todos los ciudadanos un acceso libre a los servicios sanitarios que necesitaran sin costes directos³⁹.

Una vez quedó patente la necesidad de superar el esquema de aseguramiento propio del *National Health Insurance*, el cual únicamente ofrecía cobertura a los trabajadores pero no protegía a los dependientes o a los trabajadores autónomos, finalmente se creó, pues, el *National Health Service*⁴⁰. En cuanto a las características del modelo Beveridge, este giraría en torno al principio de universalidad en las prestaciones sanitarias y de seguridad social, la garantía de un nivel de subsistencia para todos los ciudadanos y la disminución de las desigualdades sociales a través de la redistribución de la renta que actuaba sobre la seguridad social y otras subvenciones⁴¹. Por lo que se refiere a la asistencia sanitaria, en el Informe Beveridge se propuso la creación de un sistema nacional de salud que no se financiaría a través de las cotizaciones de los trabajadores, sino a través de los presupuestos generales del Estado a partir de impuestos directos sobre la renta. Finalmente, el sistema de salud con estas características se creó a través de la *National Health Service Act* de 1946 y comenzó a funcionar en 1948, dando lugar al Sistema Nacional de Salud británico (*National Health Service*). Bajo este sistema quedarían protegidos, en principio, todos los habitantes del país.

³⁷ LEMA, C., 'El derecho a la salud en el siglo XX. Perspectivas de la ciudadanía de la salud', en ANSUÁTEGUI, F. J., RODRÍGUEZ, J. M., PECES-BARBA, G., y otros (Dirs.), *Historia de los derechos fundamentales, Vol. IV, Tomo VI*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 1818. LEMA, C., *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud. Historia del derecho a la salud en el siglo XX, cit.*, pp. 32-33.

³⁸ LEMA, C., *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud. Historia del derecho a la salud en el siglo XX, cit.*, p. 29.

³⁹ BLANK, R. H., BURAU, V., *Comparative Health Policy*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2004, p. 24.

⁴⁰ PELLING, H., *The Labour Governments, 1945-1951, cit.*, p. 102.

⁴¹ PICO I LOPEZ, J., 'Teorías sobre el Welfare State', *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 70, 1986, 41-62, p. 42.

En la clasificación de Esping-Andersen, el sistema de seguridad social y asistencia sanitaria ideado por Bismarck basado en el aseguramiento se situaría como propio del modelo que se denomina continental, financiado con las cotizaciones provenientes del trabajo y con una cobertura que protege a los trabajadores y sus familias. De otro lado, el sistema creado por Beveridge se enmarcaría en el modelo socialdemócrata, que comparte los mismos rasgos de cobertura universal y financiación a través de impuestos. De la misma forma, en la clasificación de Titmuss de modelos de política social, podría situarse al sistema de Bismarck en el modelo de éxito-rendimiento, dado que en este modelo la condición laboral del sujeto es la que permite el acceso a las prestaciones sociales. Así, el sistema diseñado por Beveridge podría situarse en el modelo institucional-redistributivo. En este modelo, de acuerdo con Titmuss, los servicios ofrecidos de forma colectiva están diseñados para dirigirse a determinadas necesidades socialmente reconocidas⁴².

Una vez explicados, con carácter general, los principales rasgos que caracterizan a los modelos clásicos de protección de la salud, en el siguiente apartado se analizará su mayor o menor adecuación al efectivo cumplimiento de la titularidad universal del derecho a la salud. Ello exige estudiar de modo principal, la cobertura del sistema y su extensión más o menos amplia a los diferentes sectores de la población.

3.2. MODELOS DE SALUD Y UNIVERSALIDAD

La cobertura y la financiación de los sistemas de salud son los principales rasgos que diferencian los dos modelos principales de sistemas sanitarios. Estas características, de otro lado, son especialmente relevantes para el derecho a la salud y para la titularidad universal del mismo. A continuación se realizarán una serie de observaciones que sirven para evaluar la adecuación de los sistemas sanitarios en relación con la universalidad del derecho a la salud, tal y como se ha entendido en el

⁴² TITMUSS, R., *Essays on 'The Welfare State'*, George Allen & Unwin LTD, Londres, 1976, p. 39.

capítulo primero. Se atenderá, pues, a las limitaciones que surgen, según los modelos sanitarios, de las condiciones para el acceso a los sistemas de salud consistentes en factores relacionados con la capacidad económica, la participación en el mercado de trabajo y los estatus administrativos.

En este sentido, otra posibilidad sería analizar los modelos sanitarios según el cumplimiento del derecho a la salud, de acuerdo con su desarrollo en el Derecho internacional de los derechos humanos. En esta línea, algunos autores han propuesto la aplicación del derecho a la salud en el fortalecimiento de los sistemas sanitarios, aunque sin atender a los diferentes modelos⁴³. En cualquier caso, dadas las limitaciones del desarrollo internacional del derecho a la salud, estudiadas en el anterior capítulo, y su aparente neutralidad en cuanto a los modelos sanitarios más adecuados, en especial por lo que refiere a los que ya ofrecen protección amplia para la población, parece más conveniente desde el punto de vista crítico identificar las diferentes limitaciones a la cobertura universal propuestas en el primer capítulo para examinar las respuestas de los modelos de salud existentes.

Así pues, el modelo liberal de salud será objeto de referencia en el apartado introductorio, en el que se trata la superación de la atención caritativa con los clásicos modelos de salud. En primer lugar, la protección residual de la salud se entiende superada en los sistemas bismarckiano y el de Beveridge. Posteriormente, se estudiarán las limitaciones de los sistemas sanitarios que siguen los modelos Bismarck y Beveridge a la hora de extender la cobertura a determinados sectores de la población, como los no trabajadores formales o los inmigrantes en situación irregular. De este modo, en segundo lugar, la condicionalidad del trabajo puede evitarse en el modelo Beveridge y la superación del vínculo que hace depender el acceso a la asistencia

⁴³ Por ejemplo, Hunt y Backman han propuesto, tomando como perspectiva el derecho a la salud desarrollado en el Derecho internacional de los derechos humanos, centrar la atención en cuestiones como el bienestar de los individuos, en los procesos, la participación, la transparencia, la progresividad, el respeto a las diferencias culturales, los determinantes sociales, la calidad, la prevención, etc. HUNT, P., BACKMAN, G., 'Health Systems and the Right to the Highest Attainable Standard of Health', en CLAPHAM, A., ROBINSON, M., *Realizing the Right to Health*, Rüffer & Rub, Zurich, 2009, 40-59, pp. 42-50.

sanitaria de la participación en el mercado de trabajo. El modelo Beveridge sería, en este sentido, el único que, en principio, cumpliría con las exigencias del derecho a la salud, entendido desde su universalidad. Sin embargo, no debe olvidarse que existen todavía condiciones de acceso a los servicios sanitarios que se vinculan con la exigencia de estatus administrativos. En tercer lugar, pues, se analizará la respuesta que se ha dado desde los diferentes modelos de sistemas de salud a esta cuestión.

3.2.1. Los modelos bismarckiano y beveridgeano de salud como superación de la atención residual

Como se ha comentado anteriormente, hasta finales del siglo XIX, la atención sanitaria era excepcional y descansaba sobre el argumento de la beneficencia. De esta forma, los derechos sociales durante el siglo XVIII y principios del siglo XIX quedaron anclados en las instituciones caritativo-disciplinarias, como ‘mecanismos de beneficencia residuales, estigmatizantes y desvinculados del estatus de ciudadanía’⁴⁴. En definitiva, no es hasta el momento en que se crean instituciones sanitarias entendidas como servicio público, que pasan de ofrecer protección únicamente a las personas bajo el umbral de la pobreza a cubrir a sectores amplios de la población, que se superaría en algunos países la atención residual propia del modelo residual o liberal de salud. Ello ocurre, primero, a finales del siglo XIX, en la década de los 80, en Alemania, con la primera legislación social bajo el gobierno del canciller von Bismarck. Décadas más tarde, con el modelo Beveridge de mediados del siglo XX, se supera de nuevo la atención residual propia del Estado mínimo o abstencionista del siglo XIX⁴⁵.

Este proceso de consolidación de la asistencia sanitaria como servicio público puede entenderse en el marco de un proceso de desmercantilización. La desmercantilización, o *decommodification*, de acuerdo con Esping-Andersen, tiene

⁴⁴ MIRAVET, P., ‘Trabajo y derechos sociales: por una desvinculación posible’, *cit.*, p. 360.

⁴⁵ LLANOS, C., ‘Seguridad social, empleo y propiedad privada en William Beveridge’, *Historia Crítica*, núm. 51, 2013, 236-246.

lugar cuando un servicio pasa a considerarse como una cuestión de derecho, o cuando una persona puede disfrutar de un sustento adecuado sin depender del mercado⁴⁶. Sin embargo, como explica el autor, esta desmercantilización de los derechos ha tenido lugar de forma diferente según el modelo de bienestar de que se trate. Cuando se condiciona a la comprobación de medios, en los modelos residuales de bienestar, tiene el efecto contrario a la desmercantilización pues contribuye al fortalecimiento del mercado y de la provisión privada de bienestar.

El modelo residual de salud sigue todavía vigente en algunos países. En ellos, el Estado atiende únicamente situaciones excepcionales en que las vías principales de satisfacción de necesidades, el mercado y la familia, son insuficientes⁴⁷. Más allá de la protección residual, se condiciona el acceso a los servicios sanitarios a la exigencia de pagos directos vinculados a las prestaciones (*Out-of-Pocket*) o a la suscripción de un seguro privado (como en Estados Unidos). Esta forma de protección es defendida por aquella postura que, como se explicaba en el primer capítulo, sostiene que los derechos sociales deben garantizarse únicamente a las personas con pocos medios económicos.

Desde el punto de vista del derecho a la salud, pues, el modelo liberal resulta contrario a la titularidad universal de este derecho. Como se estudiaba en el anterior capítulo, el elemento de la asequibilidad que ha sido desarrollado por el Comité DESC consiste principalmente en asegurar el acceso a los servicios sanitarios principalmente a los sectores más vulnerables de la sociedad. Sin embargo, ello no es suficiente para garantizar la universalidad del derecho a la salud en un nivel adecuado, debiendo extenderse los servicios de salud hasta una cobertura universal. Además, el aseguramiento o la necesidad de contribución social de los trabajadores también resultan perjudiciales para el acceso universal e incondicionado a la atención de la salud.

⁴⁶ ESPING-ANDERSEN, G., *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, cit., p. 22.

⁴⁷ ZAPATERO GÓMEZ, V., 'Tres visiones sobre el Estado del bienestar', *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 80-81, noviembre de 1987, 23-37, p. 35.

3.2.2. El modelo Beveridge como superación de la condicionalidad del empleo

Si bien los dos modelos clásicos de protección de la salud, Beveridge y Bismarck, pueden considerarse como los modelos que, de forma paradigmática, superan la protección excepcional para dar una cobertura a sectores más amplios de la población; cabe analizar ahora estos sistemas desde otro de los argumentos contrarios a la universalidad de los derechos sociales. Me refiero a aquella postura que entiende que los derechos sociales son derechos de los trabajadores, que brindarían protección únicamente a estos, y a sus familiares. Como ya se ha sostenido en el primer capítulo, este argumento pierde consistencia desde el momento en que la fundamentación de los derechos sociales se entiende a partir de teorías universalistas. Desde la teoría de las necesidades, por ejemplo, el padecimiento de necesidades sanitarias no depende de la consideración de un sujeto como pobre, nacional de un Estado, o, en este caso, trabajador. Así, dado que las necesidades sanitarias son universales, los sistemas de salud han de ofrecer cobertura y asistencia sanitaria a todas las personas, más allá de la condición de trabajador formal.

De acuerdo con Esping-Andersen, en el acceso a los servicios públicos, según el Estado del bienestar de que se trate, pueden existir: a) condiciones de demostrar una situación de pobreza o necesidad; b) condiciones relacionadas con determinados vínculos laborales o de contribuciones a la seguridad social; c) un acceso independiente de la situación de necesidad y de la existencia de rendimientos de trabajo, que se acercaría en mayor medida a la universalidad⁴⁸. Según esta clasificación de las condiciones que suelen exigirse para el acceso a los diferentes sistemas de salud, el Estado liberal exigiría el primer tipo de condiciones para dar cobertura, únicamente a aquellas personas bajo el umbral de la pobreza que se determine. El modelo Bismarck, así, exige unas condiciones que se vinculan al desempeño de una actividad laboral, o bien a alguna forma de cotización a la seguridad social. En este modelo, los beneficiarios han de demostrar la contribución a

⁴⁸ ESPING-ANDERSEN, G., *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, cit., p. 72 y ss. Un análisis más exhaustivo sobre las condiciones de acceso a los derechos y prestaciones puede consultarse en MIRAVET, P., *Estado social, empleo y derechos. Una revisión crítica*, cit., pp. 287 y ss.

la seguridad social, por lo que todavía existe dependencia con el mercado de trabajo y no se daría una desmercantilización en sentido estricto. Como señala Esping-Andersen, ‘[...] it is not the mere presence of a social right, but the corresponding rules and preconditions, which dictate the extent to which welfare programs offer genuine alternatives to market dependence’⁴⁹.

Así pues, como regla general, en el modelo de seguridad social de Bismarck, los sistemas de salud basan el acceso a los servicios en los rendimientos del trabajo. Este modelo del bienestar deja a una parte de la población fuera de su cobertura, dado que está vinculado con la situación de trabajador activo y se financia con la cotización de los trabajadores. Se cubriría únicamente, en principio, a los trabajadores y de sus familias. En este sentido, no solo el trabajo sino también, y especialmente, la familia, son los factores determinantes para tener acceso a los bienes públicos. Por esta razón, el origen de este modelo de bienestar es conservador y reflejo de la moralidad socialcristiana que considera al trabajador varón y cabeza de familia la fuente principal de recursos de bienestar.

En cualquier caso, como se podrá comprobar en el tercer apartado a través del análisis de sistemas sanitarios concretos, en la actualidad algunos países que siguen el modelo bismarckiano o de aseguramiento, han extendido la cobertura a toda la población residente, sin que se requiera de forma directa la condición de trabajador. Ello se realiza mediante la protección asistencial o residual al resto de la población o bien mediante la exigencia de contribuir a la financiación del sistema mediante el pago de unas cuotas que se aplican sobre la renta. En definitiva, en cualquier caso, estas opciones siguen resultando insuficientes para la garantía adecuada del derecho a la salud. En ambos casos se vincula el ejercicio del derecho a la capacidad económica, bien a la tenencia de medios insuficientes o bien, por el contrario, a la capacidad de contribuir con el sistema. Por ello, este modelo no cumpliría con el principio de universalidad en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria desde el punto de partida.

⁴⁹ ESPING-ANDERSEN, G., *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, cit., p. 22.

A diferencia del modelo bismarckiano, el modelo diseñado por Beveridge independiza el derecho de la condición de trabajador activo y del rendimiento del trabajo, reconociendo como titulares del derecho a la salud a todos los habitantes del país, y financiándose a través de los presupuestos generales, esto es, a través del sistema impositivo. Generalmente la provisión de servicios es predominantemente pública, y la prestación es gratuita en el momento del uso⁵⁰. Este tercer modelo del bienestar, el socialdemócrata o característico de los sistemas que siguen el modelo Beveridge, es el que podría considerarse más adecuado para la consecución del objetivo de la desmercantilización, pues la cobertura sería en principio universal con independencia de la capacidad económica o de la contribución a la seguridad social. Sin embargo, también se ha entendido que este modelo de bienestar no sería necesariamente *decommodifying*, dado que la viabilidad de ofrecer tales servicios públicos vendría dada al fin y al cabo por la consecución de los objetivos de pleno empleo⁵¹. Así, el pleno empleo fue un objetivo central en la política económica beveridgeana⁵². Desde esta perspectiva, se sostiene que el modelo se corresponde con los Estados de bienestar que se desarrollaron tras la Segunda Guerra Mundial, a través de mecanismos tales como una política económica de gestión pública de la demanda orientada al pleno empleo, modelos de producción fordistas, intervencionismo estatal, fiscalidad progresiva, políticas redistributivas, prestación de servicios públicos... que, sin embargo, tienen como núcleo el pleno empleo, en el seno de una sociedad salarial⁵³.

Así pues, como ha explicado Miravet, en estas sociedades el elemento central es el trabajo, como ‘vínculo social generador de derechos e identidad’⁵⁴. En esta línea, de un lado, el autor reconoce que el grado de desmercantilización en estos sistemas del

⁵⁰ LEMA, C., *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud. Historia del derecho a la salud en el siglo XX*, cit., pp. 33-34.

⁵¹ ESPING-ANDERSEN, G., *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, cit., p. 23.

⁵² En este sentido, es relevante el segundo Informe Beveridge, *Full Employment in a free society*, sobre las políticas de plena ocupación. BEVERIDGE, W., *Pleno empleo en una sociedad libre*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988.

⁵³ MIRAVET, P., ‘Trabajo y derechos sociales: por una desvinculación posible’, cit., p. 362.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 362.

bienestar es menor en comparación con los modelos residual y conservador, ‘relajando por tanto la relación entre el disfrute de los derechos sociales y el grado de bienestar social estatalmente suministrado y la participación individual en el mercado de trabajo’⁵⁵. No obstante, la tesis de Miravet viene precisamente a apuntar que ello no significa que este modelo del bienestar no sea empleocentrista⁵⁶, si bien en este caso el empleocentrismo normativo opera en el plano socioestructural, en el sentido de que predominan tanto el principio de trabajo (derecho y obligación de trabajar) como la consecución de los objetivos de pleno empleo, el incremento de la tasa de empleo y las políticas activas originarias del mercado laboral⁵⁷.

En relación con ello, no obstante reconociendo que existen condicionantes para la consecución del bienestar relacionados con el ámbito del empleo, a efectos de analizar la adecuación del modelo con el principio de universalidad, sigue siendo este, el modelo socialdemócrata o beveridgeano, el que, el principio, pues a continuación se analizarán otra serie de restricciones, se considera más adecuado para garantizar accesibilidad universal de los derechos sociales. Así, en definitiva, la participación en el mercado de trabajo no es, en el modelo Beveridge, una condición para el acceso a los servicios sanitarios y al bienestar desde la perspectiva individual.

El modelo de salud beveridgeano se corresponde con el que Titmuss denominó ‘institucional-redistributivo’ y Esping-Andersen ‘social-demócrata’, que ofrece programas sociales de carácter universal sobre la base del padecimiento de necesidades concretas, como las sanitarias. En este modelo de política social, se pasa de formas selectivas de bienestar a modelos más universales, que en cierta forma se contradicen con la lógica del intercambio y del contrato propia de la sociedad mercantil⁵⁸. La vocación universal del sistema beveridgeano se refleja ya en su informe al abogar por la creación de un sistema nacional de salud que proporcione ‘tratamiento preventivo y curativo completo para todos los ciudadanos sin

⁵⁵ MIRAVET, P., *Estado social, empleo y derechos. Una revisión crítica, cit.*, p. 306.

⁵⁶ El autor hace referencia con este término a la cuestión política y ética de si debe haber un vínculo estrecho y explícito entre el empleo y los derechos sociales. *Ibid.*, pp. 278, 387.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 307.

⁵⁸ PICO I LOPEZ, J., ‘Teorías sobre el Welfare State’, *cit.*, p. 51.

excepciones, sin límite de coste y sin barreras económicas en ningún punto que puedan retrasar el acceso al mismo'⁵⁹. Además, Beveridge en sus escritos hablaba ya de derechos, entendiendo la sociedad libre como aquella en la que se mantienen los derechos esenciales de los ciudadanos, tanto los derechos personales como los de asociación⁶⁰. En el informe *Social Insurance and Allied Services*, también se insiste en la separación del servicio de salud con el de la seguridad social⁶¹:

‘Whether or not payment towards the cost of the health service is included in the social insurance contribution, the service itself should (a) be organised, not by the Ministry concerned with social insurance, but by Departments responsible for the health of the people and for positive and preventive as well as curative measures; (ii) be provided where needed without contribution conditions in any individual case’.

En definitiva, se considera que el derecho a la salud entendido de forma universal se corresponde en mayor medida con este modelo de bienestar, que en el ámbito de la salud se materializa en el sistema nacional de salud, caracterizado por una universalidad subjetiva del derecho y por el predominio de la financiación a través de la fiscalidad general⁶². A pesar de ello, la configuración internacional del derecho a la salud se ha formulado de forma amplia para así dar cabida también a otros modelos sanitarios que exigen condiciones vinculadas con la capacidad económica o con el trabajo.

De otro lado, no obstante lo considerado anteriormente, el objetivo de la cobertura universal no se conseguirá si no se supera otro tipo de restricciones. Me refiero a los obstáculos que enfrentan las personas que no se consideran parte de la ciudadanía de un Estado o, como viene siendo más habitual en la actualidad como

⁵⁹ BEVERIDGE, W., *Social Insurance and Allied Services. Report by Sir William Beveridge, cit.*, párr. 437. Se ha seguido la traducción del fragmento que aparece en LEMA, C., *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud. Historia del derecho a la salud en el siglo XX, cit.*, p. 33.

⁶⁰ BEVERIDGE, W., ‘Life, Liberty and the Pursuit of Happiness’, *The Review of Economics and Statistics*, vol. 28, núm. 2, 1946, 53-59, p. 57.

⁶¹ BEVERIDGE, W., *Social Insurance and Allied Services. Report by Sir William Beveridge, cit.*, párr. 427.

⁶² MONEREO PÉREZ, J. L., ‘Teoría general de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 22 DUDH PID-ESC y concordantes)’ en MONEREO ATIENZA, C., MONEREO PÉREZ, J. L., *El sistema universal de los derechos humanos*, Comares, Granada, 2014, 445-514, p. 602.

condición de acceso a los derechos sociales, aquellas que no han obtenido la residencia legal. De acuerdo con la estructura que viene siguiendo este trabajo, a continuación se trata cómo los modelos de protección clásicos de sistemas de salud han abordado la cuestión de las condiciones relacionadas con el estatus de regularidad en un territorio.

3.2.3. La superación de las restricciones a la población inmigrante como tarea pendiente

Como se analizaba en el capítulo primero del trabajo, otro argumento contra de la universalidad del derecho a la salud es el que defiende que únicamente deben ser titulares de los derechos sociales aquellos ciudadanos nacionales o bien los residentes legalmente en un territorio. Esta postura es especialmente restrictiva cuando el acceso a la ciudadanía o a la residencia legal se vincula con el ejercicio de los derechos e impone condiciones que no siempre pueden cumplirse por las personas que residen de hecho en un territorio. Así pues, estos estatus permiten el acceso al ejercicio pleno de los derechos. Además, ambas condiciones suelen estar vinculadas a la obtención de un empleo, o la tenencia de rentas suficientes para no ser considerado como una carga para el Estado.

Cualquiera que sea el modelo de provisión social que se adopte, el Estado del bienestar, desde el momento en que opta por el reconocimiento de los derechos sociales, se enfrenta al dilema de a quién reconocer los bienes y servicios que son objeto de los mismos. En la mayoría de los Estados, el criterio para establecer quién tiene acceso a los bienes sociales y quién no viene dado por el estatus administrativo de la residencia legal. Ello puede venir influenciado por la concepción de ciudadanía que encuentra su base en la nacionalidad. En este sentido, las tensiones entre Estado del bienestar e inmigración han sido ya trabajadas y continúan siendo debatidas⁶³.

⁶³ FREEMAN, G. P., 'Migration and the Political Economy of the Welfare State', *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 485, 1986, 51-63, p. 52.

En relación con esta cuestión, en el colectivo que conforman los inmigrantes en situación irregular, como regla general se incluye a todas aquellas personas que haber alcanzado el estatus de irregularidad por diferentes causas, por ejemplo, por haber agotado el tiempo legal de residencia, en caso de trabajadores o de estudiantes temporales, por haber sido rechazado como solicitante de asilo o por haber entrado en el país con la condición de irregular. De otro lado, si bien la atención se va a centrar en las dificultades formales, esto es, las restricciones previstas en la regulación sanitaria para los inmigrantes en situación irregular, ha de tenerse en cuenta que las restricciones no serían únicamente formales sino también informales, tales como la falta de información o las dificultades producidas por el idioma⁶⁴. Ello implica que en muchos casos en que la atención de emergencia está reconocida, los inmigrantes en situación irregular no tienen tampoco acceso real a los servicios sanitarios debido a trabas informales. Por otra parte, en los sistemas sanitarios donde los centros de salud y los profesionales sanitarios tienen mayor capacidad de autonomía o independencia, existe la posibilidad de que, a pesar de la regulación oficial, se acabe reconociendo la atención primaria a inmigrantes en situación irregular. Ejemplos de ello se pueden encontrar en Reino Unido y en Dinamarca⁶⁵. En el resto de casos, no obstante, la mayoría de sistemas tienen restricciones para los inmigrantes sin residencia legal.

Por otra parte, en cuanto a la relación entre inmigración y políticas sociales, algunos autores han señalado que la presencia de inmigración en las sociedades disminuiría la solidaridad entre los diferentes colectivos. Ello se ha señalado incluso como una de las razones por las que, por ejemplo, en Estados Unidos, no existe un Estado del bienestar consolidado como el existente en algunos países europeos con menor heterogeneidad racial y étnica, siendo el gasto social menor a medida que la sociedad es más heterogénea⁶⁶. Según esta línea, el aumento de la inmigración

⁶⁴ PRINDAHL, C. G., LARSEN, T. G., SORENSEN, T. L., y otros, 'Social rights for Irregular Immigrants in the Universal Welfare State. The case of irregular immigrants' access to healthcare in Denmark', *Roskilde University Digital Archive*, 2016, pp. 2 y 7.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 7.

⁶⁶ ALESINA, A. F., GLAESER, E. L., *Fighting Poverty in the U.S. and Europe. A World of Difference*, Oxford University Press, Nueva York, 2004, pp. 136-141. Es de interés la tabla, en la página 141, que muestra la correlación entre gasto social y heterogeneidad étnica y racial de las sociedades.

contribuiría al aumento del odio y de conductas xenófobas y violentas hacia los inmigrantes. Por lo que se refiere en concreto al modelo Beveridge de política social, mayoritariamente financiado por la vía impositiva, una circunstancia específica que puede darse es la creencia en la población local de que, dado que los servicios sanitarios se financian a través del sistema impositivo, ellos están pagando la atención sanitaria de la población sin permiso de residencia. Se demoniza a los inmigrantes a la vez que se discrimina en el acceso a las prestaciones y aumenta el apartheid social⁶⁷. Sin embargo, no se tiene en cuenta que también los inmigrantes en situación irregular contribuyen al sistema impositivo, por ejemplo, cuando consumen bienes y servicios y pagan el impuesto asociado a los mismos. Más aún, los inmigrantes sin residencia legal normalmente trabajan en el sector informal, trabajo que, aunque no participe del sistema de cotizaciones sociales, siempre constituye un aporte de riqueza para el país de acogida. En cualquier caso, la regularización contribuiría en mayor medida a un aumento de los ingresos dirigidos a los servicios sanitarios y otros servicios públicos. Con el fin de superar estas tensiones entre el mantenimiento del Estado del bienestar y el fenómeno migratorio, se han propuesto soluciones como la reducción del odio entre los diferentes grupos sociales para superar la xenofobia y la sensación de que los inmigrantes amenazan el mantenimiento del Estado del bienestar⁶⁸.

Frente a esta consideración -que sugiere la existencia de una relación directa entre el aumento de la inmigración y el menoscabo del Estado del bienestar-, Brady y Finnigan, entre otros autores, han señalado que hay causas más influyentes que la inmigración en el apoyo público a las políticas sociales⁶⁹. Factores culturales, familiares e ideológicos, así como los esfuerzos institucionales, determinarían de forma principal el respaldo social al Estado del bienestar. La inmigración sería, así, un factor marginal o insignificante⁷⁰. Estos autores proponen para el estudio sociológico centrarse más en los flujos de inmigración que en el número de inmigrantes así como

⁶⁷ STANDING, G., *Precariado. Una carta de derechos*, Capitán Swing, Madrid, 2014, pp. 204 y ss.

⁶⁸ ALESINA, A. F., GLAESER, E. L., *Fighting Poverty in the U.S. and Europe. A World of Difference*, cit., p. 179.

⁶⁹ BRADY, D., FINNIGAN, R., 'Does Immigration Undermines Public Support for Social Policy?', *American Sociological Review*, vol. 79, núm. 1, 17-42, 2013, p. 21.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 22.

analizar los efectos en todas las políticas del bienestar en vez de escoger únicamente una o dos políticas sociales específicas. En este sentido, frente a la hipótesis general de que la inmigración disminuye el apoyo público a las políticas sociales, otras hipótesis sostienen que la inmigración únicamente influiría de forma negativa en algunas actitudes o, por el contrario, que la inmigración no afecta a las mismas, o que, incluso, contribuye a la redistribución al responder la población local con una sensación de inseguridad y voluntad de apoyo por parte del Estado (hipótesis de la compensación)⁷¹.

En cualquier caso, si la atención se centra en las políticas del bienestar para la población inmigrante, especialmente la que se encuentra en situación irregular, las restricciones son comunes. Así, es una limitación habitual a la cobertura sanitaria universal que los inmigrantes sin residencia legal enfrenten dificultades en el reconocimiento del derecho a la salud. Como se ilustrará en el último apartado con el estudio de diferentes sistemas sanitarios, la regla general es que los inmigrantes en situación irregular únicamente tienen reconocido el acceso a la atención sanitaria de carácter urgente. Por ejemplo, ello ocurre en la mayoría de los países europeos, como en España, Noruega, Alemania, Reino Unido, Dinamarca, Suecia o Suiza, a pesar de en muchas ocasiones el sector comunitario o asociativo facilite la atención primaria a este colectivo, como se comentaba con anterioridad. Por lo que se refiere a la regulación oficial, solo de forma excepcional se encuentran países que reconozcan a este colectivo una atención más amplia. Es el caso de Francia, Países Bajos o Italia, como se estudiará más adelante⁷².

Se ha sostenido que, especialmente en el modelo universal de Estado del bienestar, la inclusión de los inmigrantes depende del permiso de residencia⁷³. De esta

⁷¹ *Ibid.*, p. 23 y ss.

⁷² Un estudio comparativo sobre el nivel de atención sanitaria reconocida a los inmigrantes en situación irregular en los países miembros de la Unión Europea, si bien no aparecen las últimas modificaciones introducidas en algunos de ellos, puede consultarse en CUADRA, C., 'Right of access to health care for undocumented migrants in EU: a comparative study of national policies', *European Journal of Public Health*, vol. 22, núm. 2., 2011, 267-271, p. 269.

⁷³ PRINDAHL, C. G., LARSEN, T. G., SORENSEN, T. L., y otros., 'Social rights for Irregular Immigrants in the Universal Welfare State. The case of irregular immigrants' access to healthcare in Denmark', *cit.*, p. 14.

forma, habría una correlación entre una mayor universalidad de las prestaciones para la población residente y el establecimiento de mayores restricciones para los no residentes. Mientras que en los otros modelos del bienestar otras condiciones de acceso adquieren más importancia, en el modelo Beveridge, universal o socialdemócrata, la residencia legal adquiriría un papel principal para determinar quién tiene acceso y quién no a los servicios sanitarios⁷⁴. Sin embargo, las razones para ello pueden venir dadas más bien por la vigencia generalizada de la concepción nacional de la ciudadanía y la práctica habitual de poner limitaciones a la extensión de los recursos sociales basadas en la vinculación formal de una persona con el territorio en que se encuentra. Asimismo, influyen las consideraciones y creencias equívocas sobre los inmigrantes como beneficiarios de los bienes públicos y sociales.

Así pues, aunque desde su original planteamiento el modelo Beveridge es el que mejor daría cumplimiento a la universalidad, la exigencia de estatus administrativos de nacionalidad o de residencia legal niega que la cobertura sea efectivamente universal al dejar fuera a una parte de la población. Cuando se evalúa el alcance de la cobertura de los modelos del bienestar como una de las características definitorias de los mismos, el acceso de la población inmigrante indocumentada no se ha tenido en cuenta como factor relevante, por lo que las exclusiones a este grupo de la población a menudo son menos visibles. En conclusión, por más que un tipo de modelo sanitario pueda suponer la superación de la condicionalidad del trabajo, es necesario que el sistema de salud se caracterice, además, por ofrecer cobertura a todos los residentes de hecho en un territorio. El acceso universal a la asistencia sanitaria de la población inmigrante en situación irregular es, de este modo, una tarea pendiente en la mayoría de los Estados en la actualidad. Habrán de superarse las tensiones que muy a menudo surgen entre el Estado del bienestar y la inmigración. El objetivo será alcanzar un Estado del bienestar con provisión de bienes sociales que sea universal y que incluya a su vez a la población inmigrante residiendo de hecho en el territorio.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 33.

3.3. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA UNIVERSALIDAD: ANÁLISIS COMPARATIVO

A continuación se analizan de forma breve algunos sistemas sanitarios de diferentes países, prestando una atención especial a la cuestión de la cobertura de las prestaciones sanitarias. Estos se han agrupado en categorías según el modelo sanitario en que se enmarquen, por lo que se han escogido para el análisis aquellos sistemas en que los rasgos característicos de un modelo suelen estar más claros. En ocasiones, aunque se adopte un modelo sanitario habrá particularidades si se atiende a características concretas. Aun así, la mayoría de sistemas que presentan rasgos mixtos pueden enmarcarse con mayor facilidad en una u otra categoría, razón por la que no se ha incluido una sección para los sistemas mixtos.

En primer lugar, se tratarán algunas consideraciones previas referentes a los modelos escogidos para el análisis, la financiación y la forma de gestión de los servicios sanitarios. En segundo lugar, se hará referencia al sistema liberal estadounidense. A continuación, se estudiarán algunos casos de sistemas bismarckianos. En tercer lugar se centrará la atención en los sistemas de tipo Beveridge. Finalmente se concluirá con algunas conclusiones que se extraen del análisis comparativo, en relación con los focos comunes de exclusión detectados en el nivel de cobertura sanitaria de los diferentes países y modelos sanitarios.

3.3.1. Algunas consideraciones previas: sistemas escogidos, financiación y gestión de los servicios sanitarios

La clasificación que se sigue para el análisis de sistemas sanitarios es la que se ha seguido hasta el momento, que diferencia entre el modelo liberal, el modelo con tradición de Bismarck y el de Beveridge. En relación con el modelo residual, se hace referencia al sistema estadounidense porque es considerado el ejemplo paradigmático de este tipo de modelo. En cuanto a los modelos Bismarck y Beveridge, respecto de

los cuales ya se apuntaba que se presta una mayor atención, se analizan seis sistemas en cada una de las categorías. Se incluyen países europeos y no europeos, países con diferente nivel de desarrollo económico y sistemas con ligeras diferencias entre ellos. El objetivo de ello es mostrar que, a pesar de estas diferencias, es posible identificar focos comunes de exclusión en su cobertura por lo que se refiere a cada uno de los modelos. Asimismo, se identifica algún caso excepcional a esta regla general.

Por otra parte, no se incluyen otros modelos que a menudo figuran en las clasificaciones de sistemas de salud, como el modelo Semashko o centralizado, el modelo segmentado, o el *Out-of-Pocket Model*. El modelo Semashko es el que se desarrolló en la Unión Soviética, se extendió a países como Hungría, Yugoslavia y Polonia, y actualmente se considera existente en Cuba. Sin embargo, parece que la única característica que diferenciaría este modelo del Beveridge es el mayor control e intervencionismo estatal y la ausencia de una alternativa sanitaria de carácter privado. Por lo demás, tanto el mecanismo de financiación a través de los impuestos, como la cobertura en principio universal, se comparten con el modelo Beveridge. Por esta razón, no se ha incluido una sección diferenciada. Actualmente, el sistema polaco se considera beveridgeano. De otro lado, en cuanto al denominado modelo segmentado, tiene lugar en muchos países de América Latina como México, Perú, Venezuela, Ecuador, Bolivia, Paraguay, o la República Dominicana, entre otros. Este modelo se caracteriza por la presencia de varias redes de atención, la aseguradora, la asistencial y la privada. No obstante, al fin y al cabo, la cobertura y la forma de financiación son similares al modelo Bismarck, pues el sistema de aseguramiento, ligado a la seguridad social y al empleo, cubre a todos los trabajadores y a sus familias, mientras que los colectivos más pobres reciben asistencia sanitaria por la vía asistencial⁷⁵. Con todo, tienen algunos rasgos específicos como una mayor presencia del sector privado, dada la limitación presupuestaria del sistema público, y la cobertura asistencial de la población con menos recursos, aunque como se podrá comprobar, esta opción también

⁷⁵ Por ejemplo, puede consultarse las características del sistema de salud mexicano en el siguiente informe: OECD, *OECD Reviews of Health Systems: Mexico*, OECD Publishings, Paris, 2016, pp. 55 y ss. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://www.oecd.org/publications/oecd-reviews-of-health-systems-mexico-2016-9789264230491-en.htm>

se presenta en algunos sistemas caracterizados típicamente como bismarckianos. Algunos países han renovado sus sistemas de salud, como es el caso de Brasil, que creó un sistema nacional de salud y de Colombia y Argentina que optaron por el modelo de aseguramiento⁷⁶.

Finalmente, en algunos sistemas el Estado no adopta en absoluto un papel activo en la garantía de prestaciones y el acceso a las mismas requiere el pago del coste asociado al servicio recibido. Este sistema de salud cobra importancia en regiones rurales de África, China, India y América del Sur y es conocido como *Out-of-Pocket Model*. Se volverá a hacer referencia a este sistema, pues es el mecanismo frecuentemente utilizado en otros modelos para habilitar el acceso a las prestaciones no cubiertas por el sistema. También el denominado ‘copago’, frecuente en la prestación farmacéutica, consiste en el abono de pagos directos.

Por otra parte, aunque la mayoría de sistemas de salud europeos tienen una financiación pública, se diferencian en las fuentes de financiación. Así, los países cuyos sistemas sanitarios reciben una financiación pública a través de los presupuestos generales del Estado serían, principalmente, los países europeos nórdicos, como Dinamarca, Suecia, Finlandia y Noruega, y otros países como España, Islandia, Chipre, Irlanda, Italia, Letonia, Portugal y Reino Unido. Además, también tienen un sistema nacional de salud financiado a través de impuestos países no europeos como Australia, Canadá, Cuba, Sudáfrica, o Nueva Zelanda. Estos países adoptarían pues el llamado modelo Beveridge en relación con la financiación. Por el contrario, los países que tienen un sistema de salud con financiación proveniente de las cotizaciones sociales, propia del modelo Bismarck que se caracteriza así por ser un sistema de aseguramiento, serían, por ejemplo, Alemania, Francia, Bélgica, Eslovenia, Polonia, Austria, Suiza, Hungría, Lituania, la Republica Checa, Luxemburgo, Malta, Turquía, y

⁷⁶ CUBILLOS, L., ESCOBAR, M. L., PAVLOVIC, S., y otros, ‘Universal health coverage and litigation in Latin America’, *Journal of Health Organization and Management*, vol. 26, núm. 3, 2012, 390-406, p. 392.

Países Bajos⁷⁷. Asimismo otros países no europeos como Israel, Japón, Colombia o Corea del Sur⁷⁸.

Otra característica que habitualmente se tiene en cuenta para caracterizar los sistemas sanitarios es la forma de gestión de los servicios y establecimientos. Así, hay sistemas con gestión directa (Reino Unido, España, Noruega, Irlanda, Portugal o Suecia, etc.) o indirecta (Luxemburgo, Bélgica, Alemania, Francia, Países Bajos, Austria, etc.). Entre los primeros, sistemas de gestión directa cabe diferenciar entre gestión descentralizada (Italia, España, Dinamarca, Portugal, Finlandia, Islandia, Suecia) y modelos de gestión centralizada (Reino Unido). Si se trata de la utilización de formas de gestión indirecta se puede acudir a diferentes formas de traspaso de la gestión a entidades privadas, bien el concierto (Alemania y Países Bajos) o bien el reembolso (Bélgica y Luxemburgo)⁷⁹. Mientras que los países que adoptan una financiación a través de impuestos suelen manifestar una preferencia por la gestión directa o pública de los servicios sanitarios, los modelos sanitarios que se basan en las cotizaciones sociales dan mayor importancia a la gestión privada de los mismos. No obstante, ello sería únicamente una regla general frente a la que se dan excepciones, como es el caso español con la introducción de formas de gestión privada a través, por ejemplo, del concierto, posibilidad introducida a partir de la aprobación de la Ley 15/1997 de habilitación de nuevas formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud⁸⁰.

⁷⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., ‘Teoría general de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 22 DUDH PID-ESC y concordantes)’, *cit.*, p. 611.

⁷⁸ Para los países de la Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) se ha consultado la siguiente tabla comparativa que ofrece datos para 2016: <http://qdd.oecd.org/data/HSC/.2016>.

⁷⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., ‘Teoría general de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 22 DUDH PID-ESC y concordantes)’, *cit.*, p. 610.

⁸⁰ ‘Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud’, *Boletín Oficial del Estado*, 26 de abril de 1997, artículo único.

3.3.2. El sistema de salud estadounidense como paradigma del modelo residual

El modelo residual de salud por excelencia se adopta por el sistema estadounidense, que, en la línea caritativa que caracteriza la típica protección excepcional de los modelos residuales, únicamente garantiza la atención sanitaria con cargo a fondos públicos a los colectivos con mayores dificultades, en este caso, a las personas mayores a partir de 65 años a través del programa *Medicare* y a las personas con bajos recursos económicos mediante *Medicaid*. Existe, de otro lado, un seguro dirigido a niños de familias con renta baja no cubiertas por el programa *Medicaid*, el *Children's Health Insurance Program*.

La organización del sistema sanitario en Estados Unidos descansa principalmente en los diferentes Estados. El aseguramiento en Estados Unidos es privado y voluntario. Se estima que un 66% de la población estadounidense tenía suscrito un seguro privado en 2015, de los cuales un 55.4% lo suscribieron a través del empleador y un 14.6% directamente⁸¹. En cuanto a los programas públicos, esto es, *Medicare*, *Medicaid* y el seguro que cubre a militares, protegía a un 36.5% de la población. Ello significa que un 10.4% restante permanecía sin tener suscrito ningún tipo de seguro, por lo que 33 millones de personas no tenían acceso a la asistencia sanitaria. Por último, el programa *Children's Health Insurance Program*, protegía a 8.1 millones de niños en 2014⁸².

Ahora bien, la implementación de la Ley de Protección del Paciente y de Cuidado Asequible de la Salud, más conocida como *Affordable Care Act* o *Obamacare*, aprobada en 2010, parece incrementar el número de asegurados⁸³. Según esta Ley, todo ciudadano estadounidense debería tener suscrito un seguro privado,

⁸¹The Commonwealth Fund, *International profiles of health care systems*, 2015, p. 171. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.commonwealthfund.org/~media/files/publications/fund-report/2016/jan/1857_mossialos_intl_profiles_2015_v7.pdf

⁸²*Ibid.*, p. 171.

⁸³ 'Patient Protection and Affordable Care Act', 111º Congreso, 2ª sesión. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://housedocs.house.gov/energycommerce/ppacacon.pdf>

previéndose subsidios para aquellas personas con una capacidad económica media o baja. Además, el programa *Medicaid* parece extenderse en varios Estados incluyendo a más adultos con dificultades económicas. La constitucionalidad de la Ley fue examinada por el Tribunal Supremo y resuelta en junio de 2012⁸⁴. Así, la sentencia del Supremo confirma la constitucionalidad de las principales medidas protectoras que habían sido impugnadas, esto es, la extensión del programa *Medicaid* y la obligatoriedad de la suscripción del seguro. Con ello, el sector demócrata del Tribunal vio reflejados sus argumentos en la sentencia. Ahora bien, en la línea del bloque republicano, se apuesta por una interpretación restrictiva del ejercicio del poder de gasto a nivel federal, lo que puede debilitar la efectividad de las medidas previstas por la norma⁸⁵.

En definitiva, las posibilidades que ofrece el programa estadounidense se dirigen principalmente a colectivos de mayor edad o con capacidad económica insuficiente. No se alteran, pues, los pilares de carácter caritativo y privado que caracterizan a un sistema residual. En cuanto a los inmigrantes en situación irregular, en principio, no pueden acceder a los programas públicos, *Medicaid* o *Medicare*. Además, han sido excluidos de las previsiones de la Ley⁸⁶. Por lo demás, los hospitales que reciben subvenciones para el programa *Medicare* tienen la obligación de ‘estabilizar’ a toda persona que lo requiera, y algunos Estados atienden a inmigrantes que necesiten atención urgente más allá de esta ‘estabilización’, así como a mujeres embarazadas o a niños⁸⁷.

⁸⁴ Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 2012.

⁸⁵ SOBRINO, I., ‘La reforma sanitaria de Obama: limitado avance en la protección del derecho a la salud’, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, 2014, 181-212, pp. 194 y 205.

⁸⁶ WALLACE, S. P., TORRES, J. M., NOBARI, T. Z., y otros, ‘Undocumented and Uninsured: Barriers to Affordable Care for Immigrant Populations’, *The Commonwealth Fund, UCLA Center for Health Policy Research*, 2013, p. 7. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.commonwealthfund.org/~media/Files/Publications/Fund%20Report/2013/Aug/1699_Wallace_undocumented_uninsured_barriers_immigrants_v2.pdf

⁸⁷ The Commonwealth Fund, *International profiles of health care systems*, cit., p. 171.

3.3.3. Sistemas de tradición bismarckiana

Cabe realizar una serie de aclaraciones previas por lo que respecta al modelo bismarckiano. Este sistema a menudo se denomina como modelo Bismarck o de aseguramiento obligatorio. Así pues, muchos de los sistemas sanitarios que tienen características bismarckianas ligadas al empleo, en la práctica funcionan como un sistema de aseguramiento. Este aseguramiento sería de carácter público o público-privado, regulada y financiada por el Estado o los entes regionales, lo que lo diferencia del aseguramiento privado y voluntario que a menudo existe en los sistemas liberales. El aseguramiento significa, principalmente, que existen compañías aseguradoras que se encargan de la provisión de la asistencia sanitaria. Sin embargo, cabe distinguir entre algunos supuestos, pues la dependencia del sistema sanitario con el ámbito del empleo puede variar. En los sistemas más típicamente bismarckianos, ligados al empleo, únicamente estarían cubiertos los trabajadores y sus familias, y la financiación proviene de las contribuciones que realizan el empleador y el trabajador. Este sería el modelo Bismarck ‘original’. Sin embargo, algunos de los sistemas que adoptan este modelo han evolucionado hacia una cobertura más amplia ofreciendo un aseguramiento a la totalidad de la población. Al mismo tiempo, no obstante, toma mayor importancia el sector privado y son mayoritariamente aseguradoras privadas las que se encargan de ofrecer los servicios sanitarios, como ocurre en los Países Bajos o en Colombia. En estos casos suelen existir contratos que regulan el aseguramiento para cada paciente, que es considerado más bien como un consumidor con derechos regulados por el Derecho privado⁸⁸. En este modelo de aseguramiento más desvinculado del empleo puede cubrirse también a personas que no trabajen formalmente. Estas personas pueden estar obligadas a contribuir mediante cuotas sobre la renta o bien pueden estar cubiertas por el Estado a través de la financiación proveniente de otras fuentes. En relación con ello, las contribuciones a la financiación del sistema se presentan o bien como contribuciones que realizan el empleador y el

⁸⁸ FLOOD, C., GROSS, A., ‘Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach?’, *Health and Human Rights*, vol. 16, núm. 2, 2014, 62-72, p. 67.

trabajador o bien como cuotas sobre la renta, lo cual en la práctica funciona de forma similar a la vía impositiva⁸⁹.

En esta sección se explican, en primer lugar, algunos de los típicos sistemas bismarckianos, como Francia, Alemania, y también China, más vinculados con el empleo, para a continuación analizar algunos casos de sistemas de aseguramiento más desvinculados con el ámbito del empleo, esto es, Países Bajos, Suiza e Israel. Así pues, se han escogido para el análisis sistemas que a menudo se incluyen en los estudios comparativos y que pertenecen a la región europea, como Alemania, Francia o Suiza, junto con otros que no estudian tan habitualmente y constituyen ejemplos del modelo sanitario en países no europeos, como China e Israel.

En primer lugar, el sistema sanitario en Francia es típicamente bismarckiano. La financiación proviene de una variedad de fuentes, en su mayoría consistente en las contribuciones por parte de los empleadores y de los trabajadores (64%), a lo que se añade una parte proveniente de impuestos, como los que recaen sobre el alcohol y el tabaco. El aseguramiento en Francia es obligatorio y no competitivo. Los beneficiarios son trabajadores o empleados o bien, estudiantes, personas jubiladas, y personas desempleadas que hayan tenido un contrato de trabajo con anterioridad, y sus familiares. La atención sanitaria de aquellas personas no incluidas por este aseguramiento es igualmente cubierta por el gobierno francés en determinados casos, como los desempleados de larga duración, y una parte de la población inmigrante en situación irregular. Estos pueden estar cubiertos si así lo solicitan, han vivido en Francia por un periodo mínimo de tres meses y tienen rentas por debajo de un determinado límite⁹⁰. Si no se ha presentado esta solicitud, pero se trata de nacionales

⁸⁹ FREEMAN, R., *The Politics of Health in Europe*, Manchester University Press, Manchester, 2000, pp. 6-7.

⁹⁰ CHEVREUL, K., BERG BRIGHAM, K., DURAND-ZALESKI, I., y otros, 'France: health system review', *Health Systems in Transition*, vol. 17, núm. 3, 2015, p. 71. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0011/297938/France-HiT.pdf?ua=1. Asimismo, GRAY, B. H., VAN HINNEKEN, E., *Health Care for Undocumented Migrants: European Approaches*, The Commonwealth Fund, pub. 1650, vol. 33, diciembre de 2012, p. 4. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.commonwealthfund.org/~media/Files/Publications/Issue%20Brief/2012/Dec/1650_Gr

de un Estado miembro de la Unión Europea, la cobertura se permite a través de la tarjeta sanitaria europea⁹¹. Los inmigrantes en situación irregular que no hayan solicitado la cobertura sanitaria o no tengan los requisitos exigidos solo tienen acceso a la atención sanitaria de carácter urgente. Cabe añadir que estos colectivos pueden ser tratados en Francia, con permisos de residencia temporales, si padecen una enfermedad grave que no pueda ser tratada de forma efectiva en sus países de origen⁹².

De otro lado, en Alemania el aseguramiento es obligatorio para todos los ciudadanos alemanes así como para los residentes de larga duración. Existe un esquema de aseguramiento en el que concurren varios fondos de forma competitiva. Los ciudadanos con contrato de trabajo así como otros grupos, como los pensionistas, con rentas inferiores a 54.900 euros anuales (en 2015) están cubiertos de forma obligatoria. Las personas dependientes a su cargo se encuentran igualmente cubiertas. Aquellos trabajadores con contrato de trabajo y rentas superiores al límite fijado así como los trabajadores autónomos que anteriormente hayan tenido un contrato de trabajo pueden adscribirse al sistema de aseguramiento de forma voluntaria o bien elegir ser atendidos por el sistema privado⁹³. En definitiva, el sistema de aseguramiento cubre a un 86% de la población aproximadamente. Este aseguramiento así como las prestaciones privadas coexisten a su vez con algunos especiales destinados a policías y soldados. Los inmigrantes en situación irregular no están cubiertos por el sistema de aseguramiento y no tienen acceso a los servicios sanitarios salvo por lo que se refiere a la atención en caso de enfermedad grave y de mujeres embarazadas⁹⁴. En el resto de casos, únicamente si se trata de solicitantes de asilo y de inmigrantes sujetos a deportación forzosa se reconoce el acceso a la atención sanitaria. Por lo demás, en el caso de que se diera atención excepcional a un inmigrante en situación irregular, los proveedores sanitarios pueden solicitar el reintegro de los

[ay_hlt_care_undocumented_migrants_intl_brief.pdf](#)

⁹¹ The Commonwealth Fund, *International profiles of health care systems*, cit., p. 59.

⁹² CHEVREUL, K., BERG BRIGHAM, K., DURAND-ZALESKI, I., HERNANDEZ-QUEVEDO, C., 'France: health system review', cit., p. 153.

⁹³ BUSSE, R., BLUMEL, M., 'Germany: Health system review', *Health Systems in Transition*, vol. 16, núm. 2, 2014, p. 121. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0008/255932/HiT-Germany.pdf?ua=1.

⁹⁴ The Commonwealth Fund, *International profiles of health care systems*, cit., p. 69.

costes a la oficina de la seguridad social, desde donde puede reportarse el caso a la oficina de inmigración. La persona inmigrante en cuestión puede solicitar que se respete la obligación de confidencialidad y así permanecer anónima, sin embargo en la mayoría de los casos esta regulación les impide acceder a los servicios sanitarios por el miedo de ser deportados⁹⁵.

El caso de China sería un sistema sanitario de carácter mixto en el que en las zonas urbanas se dan los sistemas de aseguramiento y en las zonas rurales predomina un esquema sanitario que funciona a través de cooperativas, aunque también se dan los pagos directos o *Out-of-Pocket*. Así pues, en las zonas urbanas de China existe un sistema de aseguramiento ligado al empleo desde 1998 así como un aseguramiento para los residentes desde 2009. El primero de ellos, el aseguramiento ligado al desempeño de un trabajo es obligatorio para los trabajadores y financiado a través de unas cuotas que tanto los empleadores como los trabajadores aportan. Ahora bien, cabe apuntar que en este sistema los familiares de los trabajadores, que no estén trabajando, no están cubiertos, al contrario de lo que ocurre en este tipo de sistemas, al menos para personas dependientes. En cuanto al sistema de aseguramiento que funciona para los residentes, se trata de un sistema financiado mayoritariamente por los gobiernos regionales con subsidios del gobierno central para las regiones más pobres. Este aseguramiento es voluntario y suscrito en su mayoría por trabajadores autónomos, estudiantes, los menores de edad y las personas jubiladas. En resumen, la cobertura sanitaria de carácter público alcanza a la mayoría de la población (se estima que a más de un 95% desde el 2011 según datos de 2015), incluidos los residentes de larga duración. En cambio, los inmigrantes en situación irregular y los turistas no tienen acceso a las prestaciones sanitarias financiadas por el gobierno⁹⁶.

⁹⁵ Un análisis más exhaustivo de la regulación legal sanitaria alemana así como la comparación de este sistema con los sistemas español y holandés, puede encontrarse en el siguiente estudio: FLEGAR, V., DALLI, M., TOEBES, B., ‘Access to Preventive Health Care for Undocumented Migrants: A Comparative Study of Germany, the Netherlands and Spain from a Human Rights Perspective’, *Laws*, vol. 5, núm. 9, 2016, p. 8.

⁹⁶ The Commonwealth Fund, *International profiles of health care systems*, cit., p. 31.

El sistema sanitario de los Países Bajos es típicamente un sistema de aseguramiento en el que todos los residentes han de suscribir un seguro sanitario de forma obligatoria, entre las compañías sanitarias privadas existentes, principalmente cuatro. Este carácter obligatorio del aseguramiento encuentra excepciones en las miembros de las fuerzas armadas así como en aquellas personas que ejerzan la objeción de conciencia frente al aseguramiento. El sistema se financia a través de las contribuciones sobre la renta, las primas de los seguros y los subsidios estatales para colectivos como los menores de 18 años. Las cuotas son las mismas para todas las personas de cada aseguradora independientemente de la edad o el estado de salud. Todo ello así como la obligatoriedad de suscribir un seguro se refiere a un nivel básico de asistencia, si bien existen servicios adicionales tales como odontología o fisioterapia que pueden suscribirse voluntariamente y donde las primas no están reguladas⁹⁷. Por lo que se refiere a la cobertura de inmigrantes en situación irregular, como regla general estos son tratados por los proveedores sanitarios pues tienen derecho a la atención medicamentosa necesaria de acuerdo con la legislación de extranjería. La financiación por esta atención no sigue el esquema general del aseguramiento obligatorio, dado que a los inmigrantes sin residencia legal no se les permite, en principio, acceder al mismo. Sin embargo, los proveedores sanitarios que atiendan a inmigrantes en situación irregular, pueden solicitar al Instituto Nacional de Salud el reembolso de los costes si prueban que no han podido obtener de los pacientes el pago de los mismos. Mientras que algunos servicios como la asistencia por enfermedades graves, en casos de urgencia y la atención a la maternidad son directamente accesibles, otros servicios como la atención especializada en casos no urgentes es solo ofrecida por determinados proveedores. Así pues, como regla general, aunque existen trabas informales, Países Bajos ofrece una mayor protección a los inmigrantes irregulares que otros países al tener estos acceso a una atención sanitaria que, en caso de que no pueden costearla, será igualmente satisfecha⁹⁸.

⁹⁷ The Commonwealth Fund, *International profiles of health care systems*, cit., p. 115. Asimismo, GRAY, B. H., VAN HINNEKEN, E., *Health Care for Undocumented Migrants: European Approaches*, cit., p. 6.

⁹⁸ FLEGAR, V., DALLI, M., TOEBES, B., 'Access to Preventive Health Care for Undocumented Migrants: A Comparative Study of Germany, the Netherlands and Spain from a Human Rights Perspective', cit., p. 10.

En Suiza, de otro lado, existe asimismo un sistema sanitario de aseguramiento, el cual está muy descentralizado y donde los cantones tienen un papel principal. La financiación proviene de tres fuentes diferenciadas. Una parte deriva de la recaudación impositiva que se destina en forma de subsidios a los cantones suizos para financiar principalmente las estancias hospitalarias graves. Otra parte de la financiación proviene de las cuotas del aseguramiento obligatorio, mientras que una tercera vía de recaudación deriva de las contribuciones a los seguros sociales que cubren accidentes o a personas mayores, militares, personas con discapacidad u otros colectivos. Así pues, el aseguramiento es obligatorio para todos los residentes cuya estancia en Suiza sea superior a tres meses y tengan un permiso válido de residencia. Las personas que se encuentren temporalmente en el país han de pagar por la atención sanitaria cuyo coste podrán reclamar en los respectivos países de origen según su regulación, lo que ocurre asimismo con ciudadanos europeos. En cuanto a los inmigrantes en situación irregular, los informes más recientes indican que, en la actualidad, en principio no pueden suscribir el seguro obligatorio sin un permiso válido de residencia, por lo que la asistencia sanitaria a este colectivo se trata de una cuestión que permanece sin resolver⁹⁹. Ahora bien, estos suelen ser tratados con carácter urgente, y la problemática de la cobertura de los costes suele aparecer con posterioridad a la atención¹⁰⁰.

Por último, el sistema sanitario de Israel podría caracterizarse como un sistema de rasgos mixtos, al estar, de un lado, financiado en su mayor parte por la vía impositiva, pero tener no obstante la estructura de un esquema de aseguramiento. Por esta razón, el sistema de salud israelí suele clasificarse entre los sistemas de aseguramiento bismarckianos¹⁰¹. Existe un seguro nacional de salud, el cual está financiado por diversas fuentes, en su mayoría provenientes de impuestos sobre la

⁹⁹ The Commonwealth Fund, *International profiles of health care systems*, cit., p. 161.

¹⁰⁰ DE PIETRO, C., CAMENZIND, P., STURNY I. y otros, 'Switzerland: Health system review', *Health Systems in Transition*, vol. 17, núm. 4, 2015, p. 93. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0010/293689/Switzerland-HiT.pdf?ua=1

¹⁰¹ HEMMINGS, P., 'How to Improve Israel's Health-Care System', *OECD Economics Department Working Paper*, núm. 1114, 2014, p. 6.

renta, pero también por contribuciones al seguro. El sistema consiste en cuatro planes de salud competitivos sin ánimo de lucro, que reciben financiación del gobierno según el sistema de captación. El sistema garantiza cobertura para todos los ciudadanos israelíes y los residentes permanentes en el país. Ahora bien, por lo que se refiere a las personas extranjeras, la condición que les da acceso a la asistencia sanitaria es el contrato de trabajo. Es en este punto donde aparecen los rasgos bismarckianos, si bien la clave de acceso principal al sistema sanitario es el permiso de residencia. Así, los empleadores están obligados a registrar a los trabajadores extranjeros, con o sin permiso de residencia (se entiende con ello un permiso temporal), en programas privados de aseguramiento¹⁰². Muchas personas en Israel no tienen seguro de salud, incluidos los inmigrantes en situación irregular que no están trabajando formalmente. Algunos servicios mínimos como la atención urgente, a enfermedades infecto-contagiosas y prevención de la salud a madres y a niños están garantizados¹⁰³.

3.3.4. Sistemas de tradición beveridgeana

A continuación se explican de forma breve algunos de los sistemas más característicos del modelo de salud Beveridge. Se empezará por el caso del Reino Unido y se continuará con el estudio de los sistemas de salud de Dinamarca, Noruega y Suecia. No se ha incluido el análisis del sistema finlandés, a pesar de que, como se ha señalado, sea típicamente beveridgeano, pues ya se analizan otros sistemas parecidos. Además, el sistema sueco es interesante por su peculiaridad. De otro lado, se hará referencia al sistema italiano y, por último, se incluye un sistema que no pertenece a la región europea como es el sistema indio, el cual enfrenta dificultades económicas para sostener su sistema nacional de salud. En este sentido, los países más empobrecidos que han conseguido crear las estructuras necesarias para tener un

¹⁰² ROSEN, B., WAITZBERG, R., MERKUR, S., 'Israel: health system review', *Health Systems in Transition*, vol. 17, núm. 6, 2015, pp. 14 y 44. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0009/302967/Israel-HiT.pdf?ua=1.

¹⁰³ The Commonwealth Fund, *International profiles of health care systems*, cit., p. 87.

sistema nacional de salud, a menudo encuentran dificultades de financiación, por lo que los pagos directos conocidos como *Out-of-Pocket* son habituales.

En primer lugar, cabe analizar el sistema sanitario del Reino Unido, país donde se originó este modelo sanitario, como ha sido estudiado. La responsabilidad sobre la legislación sanitaria y la regulación de carácter general la tienen el Parlamento, la Secretaria del Estado para la Salud y el Departamento de Salud. El sistema nacional de salud o *National Health Service* es financiado mayoritariamente a través de los impuestos generales, si bien una reducida parte proviene asimismo de los copagos y de los pagos de los pacientes que utilizan los servicios del NHS de forma privada. Las cuestiones de financiación se controlan por el NHS de Inglaterra así como por las autoridades locales. La cobertura sanitaria se extiende a todos los residentes en el país así como a la población sin permiso de residencia pero que presente la tarjeta sanitaria europea. Por lo que se refiere a los inmigrantes que provienen de terceros Estados, únicamente tienen garantizado el acceso a la atención sanitaria urgente y en el caso de algunas enfermedades contagiosas¹⁰⁴. Así, en abril de 2015 se aprobó una medida que hará pagar a los inmigrantes indocumentados una cuota anual de 275 € como parte del trámite del visado para aquellos que quieran residir en el país por un periodo superior a seis meses¹⁰⁵. En general, cabe advertir un deterioro en el sistema de salud británico durante las últimas décadas. Desde sus orígenes en que predominaba el enfoque protector y planificador, tras los gobiernos conservadores y especialmente las políticas ‘thatcherianas’ de los años 80, el sistema experimentó una reducción en la financiación, al mismo tiempo que los instrumentos del mercado adquirieron importancia¹⁰⁶.

¹⁰⁴ The Commonwealth Fund, *International profiles of health care systems*, cit., p. 49. Asimismo, CYLUS, J., RICHARDSON, E., FINDLEY, L. y otros, ‘United Kingdom: Health system review’, *Health Systems in Transition*, vol. 17, núm. 5, 2015, p. 50. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0006/302001/UK-HiT.pdf?ua=1

¹⁰⁵ Para más información sobre la nueva medida aprobada por el gobierno británico y sus consecuencias puede consultarse: KEITH, L., VAN GINNEKEN, E., ‘Restricting Access to the NHS for undocumented migrants is bad policy at high cost’, *British Medical Journal*, 350, junio de 2015.

¹⁰⁶ GORSKY, M., ‘The British National Health Service 1948-2008: a Review of the Historiography’, *Social History of Medicine*, vol. 21, núm. 3, 2008, 437-460, p. 449. Puede consultarse asimismo la crítica de Pollock a la privatización del sistema británico: POLLOCK, A., *NHS Plc: The*

En segundo lugar, cabe referir a los países nórdicos donde este modelo ha cobrado también mucha importancia. En el caso de Dinamarca, el sistema nacional de salud que se financia a través de impuestos cubre a todos los residentes en el país de forma automática. Los inmigrantes en situación irregular solo tienen acceso a la atención en caso de urgencia, y en caso de que ofrezca atención adicional puede que se requiera al inmigrante el pago por la atención¹⁰⁷. En este punto cabe destacar una iniciativa llevada a cabo de forma voluntaria y privada por profesionales sanitarios daneses, apoyada por la Cruz Roja y la Ayuda al Refugiado, que ofrece, a los inmigrantes sin permiso de residencia, atención sanitaria¹⁰⁸.

Asimismo, de forma muy parecida a Dinamarca y a otros países nórdicos, el sistema sanitario noruego es financiado a través del sistema impositivo y cubre a todos los residentes del país y a ciudadanos europeos. Sin embargo, de nuevo, los inmigrantes en situación irregular únicamente tienen garantizada una atención de carácter urgente, así como la asistencia sanitaria a menores de edad¹⁰⁹. En el resto de casos, pues, los inmigrantes sin residencia legal han de poder costear el precio de la atención sanitaria¹¹⁰.

Por otra parte, en Suecia existe también un sistema sanitario beveridgeano financiado a través de la recaudación que proviene de los impuestos, en su mayoría de carácter progresivo, recaudados por los consejos de condado, los municipios y el gobierno central, aunque éste participa minoritariamente. A pesar de estar fuertemente financiado a través de impuestos, el componente del aseguramiento juega un papel muy importante en el sistema sueco. La cobertura se extiende a todos los residentes legales. Los servicios de urgencia se reconocen a los ciudadanos europeos así como a

Privatisation of our Health Care, Verso, Londres, 2004, pp. 33 y ss.

¹⁰⁷ PRINDAHL, C. G., LARSEN, T. G., SORENSEN, T. L., ZAMAN, A. W., CHRISTENSEN, H. M., 'Social rights for Irregular Immigrants in the Universal Welfare State. The case of irregular immigrants' access to healthcare in Denmark', *cit.*, p. 2.

¹⁰⁸ The Commonwealth Fund, *International profiles of health care systems*, *cit.*, p. 39.

¹⁰⁹ GRAY, B. H., VAN GINNEKEN, E., *Health Care for Undocumented Migrants: European Approaches*, *cit.*, p. 4.

¹¹⁰ The Commonwealth Fund, *International profiles of health care systems*, *cit.*, p. 133.

los nacionales de otros nueve países con los que Suecia tiene suscritos acuerdos bilaterales. En cuanto a los inmigrantes provenientes de terceros países, los menores de edad solicitantes de asilo y los que carezcan de permiso de residencia tienen garantizado el acceso al sistema de salud en igualdad de condiciones que los residentes. Si bien parece que, como regla general, los adultos inmigrantes en situación irregular que no sean solicitantes de asilo tienen acceso a la atención en urgencias, existen discrepancias en fuentes del mismo año (2015) sobre la cobertura a los adultos solicitantes de asilo, en concreto, si abarca únicamente servicios de urgencia o se iguala a la que reciben los residentes¹¹¹.

Italia es asimismo un país cuyo sistema sanitario presenta las características propias del modelo sanitario Beveridge. Así pues, el sistema recibe financiación del sistema impositivo y cubre a todos los residentes del país, garantizando el acceso a los ‘niveles esenciales de asistencia sanitaria (*livelli essenziali di assistenza*). La responsabilidad es repartida entre el gobierno central y los niveles regionales. Por lo que se refiere a los inmigrantes en situación irregular, desde 1998 tienen acceso a determinados servicios sanitarios, como los servicios de emergencia, maternidad, de atención a enfermedades infecto-contagiosas, pero también servicios preventivos¹¹². Para ello, los inmigrantes en situación irregular han de solicitar un permiso temporal de residencia, de duración de seis meses, renovable, teniendo que demostrar ausencia de medios económicos para afrontar el coste¹¹³. En general, cabe destacar el aumento

¹¹¹ Véase al respecto el informe de ‘The Commonwealth Fund’, *International Profiles of Health Care Systems*, cit., p. 153; y POTKANSKI, M., ‘Undocumented immigrants: health needs in Sweden and Austria’, *SIAC Journal: Journal for Political Science and Practice*, International Edition Vol. 5, 2015, 68-75, p. 71. Asimismo, puede consultarse este estudio comparativo de Suecia, Dinamarca y Países Bajos por lo que se refiere a la atención sanitaria a inmigrantes en situación irregular: BISWAS, D., TOEBES, B., HJERN, A., y otros, ‘Access to health care for undocumented migrants from a human rights perspective: a comparative study of Denmark, Sweden, and the Netherlands’, *Health and Human Rights*, vol. 14, núm. 2, diciembre de 2012.

¹¹² FERRE, F., DE BELVIS, A. G., VALERIO, L., y otros, ‘Italy: Health System Review’, *Health Systems in Transition*, vol. 16, núm. 4, 2014, p. 117. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0003/263253/HiT-Italy.pdf?ua=1. Asimismo, GRAY, B. H., VAN HINNEKEN, E., *Health Care for Undocumented Migrants: European Approaches*, cit., p. 7.

¹¹³ FRA (European Union Agency for Fundamental Rights), *Migrants in an irregular situation: Access to healthcare in 10 European Union Member States*, Luxemburgo, 2011, p. 18. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/migrants-irregular-situation-access-healthcare-10-european-union-member-states>

de los mecanismos de copago desde 2011 con motivo de la crisis económica, como el incremento de la cuantía para la prescripción de medicamentos como la introducción de una tasa por el indebido uso de los servicios de urgencia ¹¹⁴.

Cabe introducir una última referencia al sistema de salud indio, que se ha construido hacia la cobertura universal y la financiación a través de impuestos. Sin embargo, el sector privado sigue siendo mayoritario ¹¹⁵. Se considera que aproximadamente solo un 26.7% del gasto total en salud proviene del sistema impositivo, mientras que un 71.6% deriva de fuentes privadas ¹¹⁶. Así pues, a pesar de que el objetivo del gobierno central indio era que la asistencia sanitaria del 70% de la población, considerada pobre, estuviera financiada a través de impuestos, al menos en lo referente a la atención primaria, las familias enfrentan numerosas dificultades para acceder a la atención de carácter público por lo que acaban acudiendo a los servicios privados, dando lugar a un alto número de pagos directos *Out-of-Pocket*. De otro lado, existen esquemas de aseguramiento para los funcionarios y otros empleados públicos. Además, la iniciativa social *Rashtriya Swasthya Bima Yojana*, que ofrece asistencia sanitaria, cada vez tiene a más personas adscritas a la misma, llegando a alcanzar el 15% de la población en el 2015 ¹¹⁷. En definitiva, el país necesita de una mayor financiación para poder cumplir los objetivos propuestos de cobertura universal ¹¹⁸.

3.3.5. Conclusiones: focos comunes de exclusión

Tras el estudio de algunos casos de sistemas sanitarios que pertenecen a los diferentes modelos, es posible identificar los focos comunes de exclusión, que ya se

¹¹⁴ The Commonwealth Fund, *International profiles of health care systems*, cit., pp. 97 y 98. Asimismo: FERRE, F., DE BELVIS, A. G., VALERIO, L., y otros, 'Italy: Health System Review', cit., p. 33.

¹¹⁵ GROVER, A., MISRA, M., RANGARAJAN, L., 'Right to Health: Addressing Inequities through Litigation in India', FLOOD, C. M., GROSS, A., *The Right to Health at the Public/Private Divide. A Global Comparative Study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 423-450.

¹¹⁶ The Commonwealth Fund, *International profiles of health care systems*, cit., p. 77.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 77.

¹¹⁸ SRINATH REDDY, K., 'Indian's Aspirations for Universal Health Coverage', *The New England Journal of Medicine*, Julio de 2015, 373(1-5).

habían adelantado en el estudio teórico de los modelos y su evaluación crítica de acuerdo con la universalidad, en el segundo apartado.

En primer lugar, cabe incluir una referencia al modelo residual, característico de Estados Unidos, y a la existencia de pagos directos, conocidos como *Out-of-Pocket*. En Estados Unidos únicamente existen dos programas públicos de asistencia sanitaria que están directamente dirigidos a dos colectivos de la población con características muy concretas, las personas de tercera edad y las personas con capacidad económica insuficiente. Así, es el mercado el que tiene un papel principal en la provisión de asistencia sanitaria a la mayoría de la población a través de compañías aseguradoras privadas. En este caso, la limitación a la universalidad viene dada, pues, por el hecho de que un sector amplio de la sociedad ha de suscribir un seguro privado, lo que implica hacer frente a unos costes para poder acceder a las prestaciones que se necesiten.

En relación con los pagos *Out-of-Pocket*, con este término se hace referencia al pago que se exige para acceder y disfrutar de una prestación o servicio sanitario. En estos casos, la limitación para el acceso universal a los servicios de salud queda clara. Se trata del obstáculo que más puede influir a la hora de decidir si acudir o no a los servicios sanitarios cuando estos se necesitan. En el caso de un sistema sanitario que sigue las características de otro modelo, pueden darse pagos *Out-of-Pocket* en determinadas prestaciones. Además, también se ha hecho referencia al *Out-of-Pocket Model*, como modelo sanitario en sí mismo, existente en algunos países, en su mayoría pobres, donde no se han creado las estructuras necesarias para tener un sistema de aseguramiento, liberal o bismarckiano, o del modelo Beveridge. Como señalaba la oficina europea de la OMS en un informe de 2009, se estima que los pagos directos suponen más del 15% del gasto público total en salud en la mayoría de países europeos, más del 30% en muchos de ellos y el 50% en algunos¹¹⁹. Así, el riesgo de sufrir un empobrecimiento como consecuencia del abono de estos pagos es muy alto.

¹¹⁹ OMS Europa, *The European Health Report 2009: health and health systems*, Dinamarca, 2009, p. 82. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0009/82386/E93103.pdf.

Este riesgo es mayor en los países del Cáucaso de Asia central, pero también existe en algunos países europeos como Bulgaria, Chipre, Grecia y Latvia, los cuales tienen altos niveles de pagos *Out-of-Pocket*¹²⁰. Por ejemplo, en Australia, un 38% del gasto total en salud lo constituían los pagos para acceder a medicamentos¹²¹. Lo mismo ocurre en China. También, en los sistemas nacionales de salud libres de pagos directos como el español y el británico para el caso de compra de medicamentos no prescritos¹²². Los pagos directos también se exigen principalmente para servicios no cubiertos por el sistema público de salud, como los servicios dentales. Es el caso, entre otros, de Francia¹²³.

De otro lado, entre los países que siguen un modelo sanitario del tipo bismarckiano, cabe diferenciar entre aquellos más ligados al trabajo como condición de acceso y aquellos sistemas que han evolucionado hacia un sistema de aseguramiento como regla general para toda la población residente. En cuanto a los primeros, los sistemas más directamente relacionados con el empleo, se ha podido comprobar cómo la condición que da acceso al sistema sanitario es el desempeño de una actividad laboral, por ejemplo, en Francia y en Alemania. En algunos casos, se ponen en marcha mecanismos de inclusión para otros colectivos, como es el caso de China. Normalmente, la posibilidad de quedar asegurados sin tener un contrato de trabajo depende, o bien del desempeño de una actividad laboral en el pasado, o bien de la capacidad económica y un nivel de ingresos inferiores a un determinado límite, como en Alemania. Estas excepciones que se articulan para los desempleados, a veces pueden incluir asimismo a inmigrantes irregulares, como en el caso de Francia para aquellos que hayan solicitado el permiso de residencia. En Francia, pues, existe la posibilidad de que los inmigrantes en situación irregular queden cubiertos tras vivir en el país durante un periodo de tres meses. Ahora bien, como regla general, los inmigrantes en situación irregular no siempre tienen la posibilidad de quedar cubiertos en el sistema sanitario, lo que ocurre, como se ha analizado, en Alemania y en China.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 82.

¹²¹ The Commonwealth Fund, *International profiles of health care systems*, cit., p. 12.

¹²² *Ibid.*, p. 51

¹²³ *Ibid.*, p. 60.

En conclusión, es el desempeño de una actividad laboral el rasgo que determina la condición de asegurado desde un primer momento. La cobertura de los inmigrantes en situación irregular depende del país, aunque no suelen tener acceso a una asistencia sanitaria plena y las diferencias entre residentes legales y no legales son habituales.

Por otra parte, en los sistemas bismarckianos que adoptan el aseguramiento desvinculado de la condición de trabajador formal, el foco principal de exclusión no reside en las personas no trabajadoras, pues, en principio, todos los residentes tienen la obligación de suscribir un seguro. Ahora bien, en estos sistemas, como el suizo o el israelí, y al igual que ocurre en el modelo Beveridge, que a continuación se analiza, el factor determinante de las restricciones lo constituye la residencia legal. Así, los inmigrantes en situación irregular suelen tener acceso únicamente a la atención de carácter urgente. De los casos estudiados, el único supuesto que prevé una protección más amplia es el de los Países Bajos, al atender a la población inmigrante sin suficiente capacidad económica para afrontar los costes de la asistencia. Así, Francia y los Países Bajos, reconocen una asistencia sanitaria más amplia que otros modelos a esta parte de la población a pesar de tener un modelo sanitario más conservador como el modelo Bismarck.

Por lo que se refiere al modelo sanitario Beveridge, los países que tienen implementado este modelo ofrecen como regla general asistencia sanitaria a todos los residentes del país sin influir, en principio, la característica del desempeño de una actividad laboral (el caso español sería una excepción con las últimas modificaciones introducidas, dando lugar a un sistema de salud mixto, que será estudiado con detalle en el capítulo quinto). Ahora bien, en estos países, la residencia legal se presenta como condición más fuerte y determinante para diferenciar aquellos con acceso a los sistemas nacionales de salud y los que no lo tienen. Habitualmente se reconoce a los extranjeros en situación irregular, pues, únicamente una atención urgente. Por ejemplo, Reino Unido, Suecia o Dinamarca. Finalmente, Italia ofrecería una atención más amplia a este colectivo al tener acceso a los servicios preventivos.

En definitiva, Reino Unido, al igual que España, sirve de ejemplo de la aprobación reciente de medidas restrictivas para el acceso de los inmigrantes en situación irregular a los servicios sanitarios, que rompen con la universalidad que había caracterizado a su sistema de salud de tipo Beveridge. A veces se les ofrece el aseguramiento como posibilidad, por lo que las opciones que se plantean al inmigrante irregular pueden parecer las mismas que las existentes en los sistemas bismarckianos, si bien la diferencia reside en los focos de exclusión de cada uno de los sistemas. Para concluir, cabe enfatizar el deterioro que han experimentado los sistemas sanitarios públicos en las últimas décadas, en particular desde el comienzo de la crisis económica. De esta forma, aunque no hayan sido objeto de tratamiento, no deben olvidarse las medidas racionalizadoras del gasto público como los mecanismos del copago, los conciertos, la mayor importancia del aseguramiento privado, etc. Volverá a mencionarse este contexto en el capítulo quinto.

CAPÍTULO 4. COBERTURA SANITARIA UNIVERSAL Y DETERMINANTES SOCIALES DE LA SALUD

En este capítulo del trabajo se hará referencia a dos cuestiones relacionadas con la universalidad del derecho a la salud. En primer lugar, se explicará la propuesta de la Organización Mundial de la Salud de ‘cobertura sanitaria universal’, por su relevancia para la cuestión de la universalidad. Se estudiará, así pues, la cobertura universal desde la perspectiva de la titularidad universal del derecho a la salud, teniendo en cuenta las tres posiciones que desafían la misma, tratadas en el primer capítulo. Ahora bien, dado que el entendimiento del derecho a la salud va más allá de la asistencia sanitaria, se hace conveniente hacer referencia aquí a los determinantes sociales de la salud. Este concepto ha sido abordado, principalmente, en el campo de la salud pública, por organizaciones internacionales como la OMS, y ha sido implementado por parte de los gobiernos de muchos Estados como aspecto esencial de la protección de la salud de la población. Asimismo, es relevante el estudio de estos factores sociales en relación con la cuestión de la universalidad del derecho a la salud por constituir un factor de desigualdad en las posiciones de partida para alcanzar un buen estado de salud.

En el primer apartado, se explicará la propuesta de cobertura sanitaria universal de la OMS y se analizará desde la perspectiva del derecho a la salud universal. Posteriormente, se estudiarán los determinantes sociales de la salud, yendo más allá de la asistencia sanitaria para analizar la relevancia de otros factores sociales en el estado de salud de los individuos.

4.1. LA OMS Y LA COBERTURA SANITARIA UNIVERSAL

Una vez se ha analizado el desarrollo del derecho humano a la salud y su universalidad en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cabe atender al objetivo de cobertura sanitaria universal, propuesto por la OMS y que

cuenta con el apoyo de la Asamblea General de Naciones Unidas. Esta propuesta también se ha desarrollado en el marco de unos próximos Objetivos del Milenio así como por la Red de Soluciones de Desarrollo Sostenible. Atender al objetivo de cobertura sanitaria universal tiene un gran interés para el derecho a la salud y para la cuestión de la universalidad, hasta el punto de que podría considerarse la cobertura sanitaria universal como la implementación efectiva del derecho a la asistencia sanitaria. Así pues, puede tratarse en este caso de alcanzar los objetivos de un derecho, a través de otros medios que no tendrían un carácter jurídico tan marcado, sino que giran en torno al concepto de gobernanza, como proceso de negociaciones y construcción de redes en el que intervienen diferentes actores, de la sociedad civil y de órganos gubernamentales, para llegar a acuerdos sobre normas públicas y solucionar un determinado problema¹. A través de la gobernanza, pues, se puede avanzar en materia de derechos humanos, como el derecho a la salud, facilitando su implementación efectiva.

En primer lugar, se explicará en que consiste la propuesta de la OMS de cobertura sanitaria universal. Posteriormente, se analizará esta desde el punto de vista del derecho a la salud. Finalmente, en el último subapartado el análisis se realizará teniendo en cuenta el principio de universalidad, como objeto principal de este trabajo.

4.1.1. El objetivo de cobertura sanitaria universal

Como es sabido, la OMS es la agencia especializada de Naciones Unidas con autoridad para gestionar y coordinar políticas en el ámbito de la salud y la sanidad a nivel internacional. La salud queda definida en el preámbulo de la Constitución de la OMS, que data de 1946, anterior a la Declaración Universal de Derechos Humanos, como un ‘estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la

¹ PAOLI, F. J., ‘Estado nacional y gobernanza global: definiciones, conceptos y reflexiones’, SERNA, J. M. (Ed.), *Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2016, 255-267, p. 262.

ausencia de afecciones o enfermedades². En la Constitución de la OMS se habla, además, por primera vez de la salud como derecho fundamental. Aunque la organización quedó principalmente especializada en la resolución de problemas técnicos de salud pública, alejándose del enfoque de los derechos humanos, como más adelante se comentará, existen determinadas materias sobre las que una colaboración conjunta se hace necesaria. La cobertura sanitaria universal es una propuesta de la OMS que está recibiendo amplio apoyo desde ésta y otras instituciones, también desde las encargadas del cumplimiento de derechos humanos. Esta propuesta es muy interesante desde el punto de vista de la implementación del principio de universalidad en la asistencia sanitaria, a través de los sistemas de salud. Así pues, la cobertura sanitaria universal puede entenderse como el objetivo de asegurar que todas las personas reciban los servicios sanitarios que necesitan, sin tener que pagar penurias financieras para pagarlos.

La primera vez que la OMS formuló el objetivo de la cobertura sanitaria universal fue en 2005 a través de una resolución de la 58ª Asamblea Mundial de la Salud en la que los Estados se comprometieron a desarrollar los sistemas de financiación sanitaria para que ‘todas las personas’ tuvieran acceso a los servicios sin pasar dificultades financieras³. En concreto, se instaba a los Estados miembros, por ejemplo, a que implantaran un método de pago anticipado de las contribuciones para la atención de salud; a que introduzcan en sus planes la transición a la cobertura universal de sus ciudadanos, teniendo en cuenta la situación macroeconómica, sociocultural y política de cada país; a que aprovechen las oportunidades de colaboración entre proveedores públicos y privados y organismos de financiación de la salud; y a que intercambien experiencias sobre diferentes métodos de financiación de la salud.

² ‘Constitución de la Organización Mundial de la Salud’, Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 1946.

³ OMS, 58ª Asamblea Mundial de la Salud, ‘Financiación sostenible de la salud, cobertura universal y seguro social de enfermedad’, Resolución 58.33, Ginebra, 16-25 mayo, 2005, pp. 131 y ss.

Este objetivo se definió como ‘cobertura universal’ y, cinco años más tarde, se elaboró el Informe sobre la salud en el mundo de la OMS del año 2010 que estableció las pautas necesarias para que los Estados pusieran en marcha acciones en sus sistemas de financiación sanitaria dirigidas a alcanzar tal objetivo⁴. De este modo, en el informe se señalan como problemas a resolver los siguientes: 1) las dificultades para la disponibilidad de los recursos; 2) la obligación de pagar directamente por los servicios en el momento de necesitarlos (incluido el copago, también en productos farmacéuticos sin receta) y 3) el uso ineficiente y no equitativo de los recursos⁵.

Para lograr el primer objetivo de disponibilidad de recursos para la salud se proponen los siguientes mecanismos de financiación: a) aumentar la eficiencia en la recaudación de ingresos; b) restablecer las prioridades de los presupuestos del Estado; c) financiación innovadora (esto es, mecanismos como impuestos a los billetes aéreos, las transacciones de divisas o al tabaco⁶) y d) ayuda al desarrollo para la salud, según el cual los países ricos han de cumplir sus compromisos de Ayuda Oficial al Desarrollo, o AOD, para ayudar en el déficit de financiación al que se enfrentan los países pobres⁷.

En cuanto a la eliminación de los riesgos financieros y de las barreras de acceso, la OMS apuesta por evitar los pagos directos en el momento de recibir la asistencia sanitaria⁸. De un lado, se pone el acento en las graves consecuencias del pago directo para las personas con dificultades económicas. A los colectivos pobres son a los que, en la práctica, se les ‘impide’ acceder a las prestaciones sanitarias o a los medicamentos al exigirles un pago directo. Así, las personas con recursos suficientes para costear ese pago directo no pasan tales dificultades financieras. Ahora bien, en cualquier caso, la OMS apuesta por evitar los pagos directos para todas las personas,

⁴ OMS, *Informe sobre la salud en el mundo 2010: Financiación de los sistemas de salud: el camino hacia la cobertura universal*, 2010. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44373/1/9789243564029_spa.pdf

⁵ *Ibid.*, p. 4.

⁶ *Ibid.*, p. 32.

⁷ *Ibid.*, pp. 13, 23 y ss.

⁸ *Ibid.*, pp. 44 y ss.

introduciendo formas de prepago y de mancomunación de los riesgos⁹. Se señala el efecto disuasorio que tiene el pago directo, que puede llevar a optar por no recibir la asistencia necesitada, por pequeño que sea el coste, lo que conlleva en muchos casos al auto-tratamiento inapropiado. Se trata, pues, de pagos realizados antes de sufrir la enfermedad. En cuanto a los fondos para alcanzar este objetivo, se mencionan tanto los impuestos como las primas de los seguros. Además, la contribución habría de ser obligatoria. Las personas incapaces de hacer frente al pago de, por ejemplo, los impuestos, podrían quedar exentos o recibir ayudas o, también, obtener subvenciones en las primas del seguro. En el informe se mencionan diferentes mecanismos de financiación, siendo preferible la existencia de una financiación mancomunada y prepagada a la existencia de varios fondos independientes, por ejemplo, o de seguros voluntarios. La OMS no se decanta por los impuestos o la seguridad social como fuente de recursos, sino que apuesta por una combinación de ambas¹⁰. Igualmente se menciona la subvención cruzada, aunque requeriría mayores fondos. Por ejemplo, en los Países Bajos y en Suiza, los fondos se transfieren desde los planes de seguro que inscriben las personas con pocas necesidades sanitarias (y que incurren en gastos menores) a los que inscriben a personas de alto riesgo que requieren más servicios.

En tercer lugar, se insta a los gobiernos a promover la eficiencia y la equidad en el uso de los recursos¹¹. Así pues, el prepago y la mancomunación por sí solos no bastan para alcanzar la cobertura universal, sino que el requisito final es garantizar que los recursos se usen de manera eficiente. Por mencionar algunos ejemplos, se trata de emplear medicamentos genéricos en vez de unos más caros, o de evitar las grandes variaciones en los precios que resultan de las negociaciones de las agencias de aprovisionamiento con los proveedores. Ello por lo que se refiere a los medicamentos. Además, se insta a motivar al personal sanitario (por ejemplo, aumentando los salarios

⁹ Por mancomunación se entiende ‘la acumulación y gestión de los recursos económicos para garantizar que el riesgo financiero de tener que pagar por la asistencia sanitaria es soportado por todos los miembros del fondo común y no solo por las personas’, *Informe sobre la salud en el mundo 2010: Financiación de los sistemas de salud: el camino hacia la cobertura universal*, cit., p. 4.

¹⁰ *Ibid.*, p. 59.

¹¹ *Ibid.*, pp. 66 y ss.

para evitar segundos empleos y mejorar el rendimiento en el trabajo principal), eliminar la corrupción o evaluar de forma crítica cuáles son los servicios necesarios, entre otros. Se hace referencia, de otro lado, a ‘que los gobiernos también deben ser conscientes de que los servicios públicos gratuitos pueden ser acaparados por los ricos, que los utilizan más que los pobres, aunque puedan necesitarlos menos’¹². Asimismo, se pone especial atención en las dificultades a las que se enfrentan los grupos de mujeres, grupos étnicos y grupos de extranjeros para acceder a los servicios, y en atender los problemas específicos que sufren las poblaciones indígenas.

Por último, el informe se refiere a la cooperación o asistencia internacional, sugiriendo posibilidades para que los Estados de más altos ingresos ayuden a los de bajos ingresos a alcanzar la cobertura universal¹³. Se han de cumplir los compromisos de la ayuda oficial al desarrollo (AOD), la cual puede complementarse con fuentes innovadoras de financiación como las ya comentadas, para obtener financiación adicional y ayudar a los países más necesitados. En definitiva, se proponen siete actuaciones que los gobiernos habrían de poner en marcha para lograr la cobertura universal¹⁴: 1) establecimiento de los objetivos; 2) análisis de la situación; 3) evaluación financiera; 4) evaluación de las limitaciones; 5) estrategia para el cambio; 6) puesta en marcha; y 7) vigilancia y evaluación.

Después de este informe de la OMS donde se explicaba el concepto y las pautas para llegar a la cobertura universal, dos años más tarde, la propuesta recibió el apoyo de la Asamblea General de Naciones Unidas, a través de la aprobación por unanimidad de una resolución de diciembre de 2012¹⁵. En esta resolución la Asamblea General tomaba nota del informe de la OMS de 2010 y apoyaba la cobertura sanitaria universal, instando a los gobiernos a adoptar medidas para garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de salud y a avanzar hacia la cobertura universal evitando pagos directos significativos. Unos meses más tarde, se celebró en Ginebra

¹² *Ibid.*, p. 20.

¹³ *Ibid.*, pp. 23 y 112.

¹⁴ *Ibid.*, p. 102.

¹⁵ Naciones Unidas, ‘Salud mundial y política exterior’, 67º periodo de sesiones, A/67/L.36, 6 de diciembre de 2012, aprobada el 12 de diciembre de 2012.

una reunión convocada por la OMS y el Banco Mundial con representantes de los ministerios de salud y de finanzas de 27 países, así como de otros ámbitos relevantes para la salud, para evaluar los avances hacia la cobertura sanitaria universal. Se debatió, por ejemplo, sobre la posibilidad de otorgar prioridad a los colectivos vulnerables o de garantizar la universalidad como punto de partida¹⁶. Por otra parte, otros textos internacionales y regionales relevantes que reafirman la importancia de la cobertura sanitaria universal son la Declaración Política de la Ciudad de México sobre Cobertura Universal en Salud, adoptada en abril de 2012, la Declaración de Bangkok sobre la cobertura sanitaria universal, adoptada en enero de 2012, y la Declaración de Túnez sobre la optimización de los recursos, la sostenibilidad y la rendición de cuentas en el sector de la salud, adoptada en julio de 2012¹⁷.

La cobertura universal ocupa también un lugar de especial importancia en torno a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ocho objetivos que los Estados miembros de la ONU convinieron en alcanzar para 2015), en especial en la agenda para el desarrollo para después de 2015. Así pues, la cobertura universal es uno de los objetivos previstos en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, en los siguientes términos: ‘Lograr la cobertura sanitaria universal, incluida la protección contra los riesgos financieros, el acceso a servicios de salud esenciales de calidad y el acceso a medicamentos y vacunas inocuos, eficaces, asequibles y de calidad para todos’¹⁸. De esta forma, se prevé la cobertura universal de acuerdo con la propuesta de la OMS, incluyendo la protección financiera, aunque sin hacer referencia a la importancia de evitar los pagos directos. Sin embargo, se han señalado las dificultades de alcanzar tal objetivo, cuando hay previstos diecisiete objetivos de desarrollo sostenible, cada uno con sus propios componentes¹⁹.

¹⁶ ‘La OMS y el Banco Mundial organizan una reunión ministerial sobre las prácticas óptimas para avanzar hacia la cobertura sanitaria universal’ Declaración OMS y Banco Mundial de 19 de febrero de 2013. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2013/uhc_20130219/es/

¹⁷ Naciones Unidas, ‘Salud mundial y política exterior’, 67º periodo de sesiones, A/67/L.36, 6 de diciembre de 2012, aprobada el 12 de diciembre de 2012.

¹⁸ Naciones Unidas, ‘Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible’, A/70/L.1, 18 de septiembre de 2015, objetivo 3.8.

¹⁹ La cobertura universal es uno de los componentes del objetivo tercero, CHAPMAN, A. R.,

En resumen, la cobertura sanitaria universal consiste en asegurar que todas las personas reciban los servicios sanitarios que necesitan, sin tener que pasar penurias financieras para pagarlos. Las tres dimensiones a las que habrá que prestar atención son, siguiendo el informe mundial de la salud de 2010 y el documento de debate de la OMS sobre el lugar de la salud en la agenda para el desarrollo después de 2015²⁰: 1) la extensión de la población cubierta (requiere el propósito de cubrir el 100% de la población); 2) los mecanismos financieros para lograrlo (evitando pagos directos y apostando por el prepago y los fondos mancomunados); y 3) acceso a todos los servicios sanitarios que se necesiten, de promoción, prevención, curativos y rehabilitación de la salud²¹.

4.1.2. OMS, cobertura universal y derecho a la salud

Diferentes factores, entre los que destacan presiones políticas y una reticencia a adoptar discursos jurídicos, han alejado a la OMS del enfoque de los derechos humanos. Así, entre la OMS y los organismos encargados de fortalecer el derecho a la salud ha existido una tensión que se manifiesta más o menos evidente según diferentes circunstancias (directores generales, objetivos concretos, etc.). Por una parte, el Comité DESC es el encargado de velar por la aplicación del PIDESC y el derecho a la salud, desarrollado en la Observación General n.º. 14, junto con el Relator Especial; mientras que la OMS ha ido abandonando la función de exigir el cumplimiento del derecho a la salud desde un enfoque jurídico, y se ha encargado en mayor medida de gestionar políticas de salud pública. Durante los primeros años de la década de los 50

‘Evaluating Universal Health Coverage as a Sustainable Development Goal’, *Health and Human Rights Journal, SDG Series*, septiembre 2015.

²⁰ OMS, *El lugar de la salud en la agenda para el desarrollo después de 2015*, octubre de 2012. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.who.int/topics/millennium_development_goals/post2015/WHOdiscussionpaper_October2012_es.pdf?ua=1

²¹ OOMS, G., LATIF, L. A., WARIS, A., y otros, ‘Is universal health coverage the practical expression of the right to health care?’, *BMC International Health and Human Rights*, 2014, vol. 14, núm. 3, p. 4.

del siglo XX, se apreciaron intentos de colaboración entre la OMS y la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el marco de objetivos comunes como la promoción de la salud y la atención a los determinantes sociales de la salud. No obstante, según algunos estudios que indican factores políticos de influencia, en el contexto de presiones políticas durante la Guerra Fría, por la destacada dependencia de la OMS a la financiación estadounidense, la OMS se alejaría de la perspectiva del derecho a la salud, rechazando, por ejemplo, participar en los procesos de la Comisión de Derechos Humanos²². Durante las dos siguientes décadas, pues, la OMS quedó principalmente enfocada como organización de carácter técnico.

Ahora bien, en los años 70, la organización adoptó la estrategia ‘Salud para todos’ donde se reflejaban los estándares del derecho a la salud. Asimismo en el ámbito de los determinantes sociales de la salud se acogió el enfoque de los derechos humanos. De esta forma, existen ámbitos en los que la OMS efectivamente adopta la perspectiva del derecho a la salud. Otros ejemplos pueden venir dados de la aprobación en 1978 de la Declaración de Alma Ata, aunque sin imponer obligaciones para los Estados²³. La OMS siguió promoviendo el cumplimiento del derecho a la salud en la gestión del problema del VIH así como, ya en el año 2000, en su informe sobre la salud en el mundo sobre sistemas sanitarios²⁴. Asimismo, la OMS apoyó la OG n°. 14 del Comité DESC sobre el derecho a la salud introduciendo estándares de salud pública.

En la actualidad, se están llevando a cabo estrategias que relacionan los ámbitos de salud pública y global con los derechos humanos. El enfoque de derechos humanos se ha visto reflejado, por ejemplo, en los programas de la OMS sobre género, equidad y derechos humanos. Además, cabe señalar colaboraciones de la OMS con el

²² Se puede leer con más detalle la tensión entre la OMS y el derecho a la salud en MEIER, B. M., ONZIVU, W., ‘The evolution of human rights in World Health Organization policy and the future of human rights through global health governance’, *Public Health*, 128, 179-187, 2013.

²³ OMS, ‘Declaración de Alma Ata. Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud’, Alma Ata, 6 a 12 de septiembre de 1978.

²⁴ OMS, *Informe sobre la salud en el mundo 2000: mejorar el desempeño de los sistemas de salud*, 53ª Asamblea Mundial de la Salud, A53/4, 2000. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/84394/1/sa4.pdf>

Relator Especial sobre el derecho a la salud. Todo ello parece indicar que existe una relación más estrecha entre la OMS y el discurso de los derechos humanos con el objetivo de fortalecer el enfoque del derecho a la salud en la salud pública²⁵. Esta relación se manifiesta también en los proyectos de elaboración de una futura convención sobre salud global, llevados a cabo por la JALI (*Join Action and Learning Initiative on National and Global Responsibilities on Health*). En resumen, aun siendo una organización principalmente técnica, con distancias con el Derecho Internacional, y aun teniendo en cuenta las influencias políticas, parece que la OMS se viene acercando en la actualidad al discurso de los derechos humanos. En el desarrollo del objetivo de la cobertura sanitaria universal, es interesante analizar la propuesta atendiendo a su mayor o menor adecuación para la implementación del derecho a la salud.

La cuestión sobre si la cobertura universal se acerca al discurso de los derechos humanos parece haber tenido respuesta afirmativa por parte de la OMS: ‘La cobertura sanitaria universal es, por definición, una expresión práctica del empeño por asegurar la equidad sanitaria y el derecho a la salud’²⁶. Ahora bien, académicos especializados en derechos humanos han señalado algunos límites de la cobertura universal como estrategia adecuada para dar cumplimiento al derecho a la salud²⁷. Con todo, la propuesta cumple los elementos y principios principales de este derecho según ha sido desarrollado por el Comité DESC en la OG n.º. 14.

Ahora bien, también cabe señalar algunos límites de la cobertura universal para la consecución del derecho a la salud. Uno de los aspectos que se han criticado tiene relación con el hecho de que la cobertura universal no establece de manera suficiente la obligación de asistencia internacional, es decir, de ayuda internacional a los países más pobres, cuestión recogida en la OG n.º. 14 como actuación que incumbe a los

²⁵ MEIER, B. M., ONZIVU, W., ‘The evolution of human rights in World Health Organization policy and the future of human rights through global health governance’, *cit.*, p. 185.

²⁶ OMS, *El lugar de la salud en la agenda para el desarrollo después de 2015*, *cit.*, p. 4.

²⁷ OOMS, G., BROLAN, C., EGGERMONT, N., y otros, ‘Universal Health Coverage anchored in the right to health’, *Bulletin World Health Organization*, 1 de enero de 2013, 91(1):2-2A.

Estados y otros agentes en posición de ayudar²⁸. La diferencia más destacada entre cobertura universal y derecho a la salud surgiría, pues, en relación con la responsabilidad compartida y la ayuda internacional en el cumplimiento de las obligaciones mínimas²⁹. Así, mientras que el Informe mundial de la salud de la OMS de 2010 hace referencia a esta cuestión, la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 2012 no mencionaría nada al respecto. Asimismo, si se analiza la cobertura universal desde el punto de vista del derecho a la salud, se echa en falta la atención a los determinantes sociales de la salud³⁰.

En relación con este último aspecto, sin embargo, si por cobertura universal se entiende el acceso universal a la asistencia sanitaria, como componente específico del derecho a la salud, ello no tendría por qué abarcar necesariamente otros factores sociales más allá de la sanidad en sentido estricto. Además, los factores sociales con influencia en la salud constituyen el objeto de otros Objetivos de Desarrollo Sostenible definidos por la ONU³¹. De otro lado, la cobertura universal cumpliría el principio de prohibición de discriminación y la protección de grupos vulnerables, si bien esta última obligación aparece menos con menos fuerza en la propuesta de cobertura sanitaria universal que en el desarrollo del derecho a la salud. Por último, la cobertura universal se adecuaría a la obligación de progresividad, en tanto en cuanto es consciente de la limitación de recursos de muchos países y no supone una obligación de carácter inmediato, sino un propósito a alcanzar de forma progresiva³².

²⁸ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 14’, 2000, párr. 45.

²⁹ OOMS, G., LATIF, L. A., WARIS, A., y otros, ‘Is universal health coverage the practical expression of the right to health care?’, *cit.*, p. 5.

³⁰ OOMS, G., BROLAN, C., EGGERMONT, N., y otros, ‘Universal Health Coverage anchored in the right to health’, *cit.*

³¹ Naciones Unidas, ‘Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible’, A/70/L.1, 18 de septiembre de 2015, objetivo 3.8.

³² OOMS, G., LATIF, L. A., WARIS, A., y otros, ‘Is universal health coverage the practical expression of the right to health care?’, *cit.*, p. 5.

4.1.3. La propuesta desde los parámetros de la universalidad

Una vez explicada la propuesta de cobertura sanitaria universal, es interesante analizarla desde el principio de universalidad y los parámetros que han quedado definidos en el capítulo primero. Así pues, a continuación, se analizará si la propuesta de cobertura universal es efectivamente universal para todas las personas o deja fuera a determinados grupos en función de la renta, el trabajo o la ciudadanía.

En primer lugar, cabe destacar que la cobertura universal insta a los gobiernos a eliminar el pago directo para acceder a los servicios de salud, con independencia de la capacidad económica del paciente. Así, la propuesta no queda reducida en la garantía del acceso a la asistencia sanitaria sin costes directos únicamente para los más pobres, o tras superar un test de recursos económicos, sino que la cobertura universal va más allá, persiguiendo que en todo caso se eliminen las barreras de pago que directamente se exigen al recibir las prestaciones sanitarias. Ahora bien, se han señalado los riesgos que el objetivo de cobertura universal puede tener para los colectivos más pobres, si los esfuerzos se centran en primer lugar en cubrir a los sectores más ricos olvidando a los marginados³³. Sin embargo, no se ha de olvidar, de otro lado, que la OMS sí considera que puede ser conveniente prever exenciones de pago para determinados grupos en algunos contextos, como en los países donde la mayoría de la población tiene ingresos suficientes. Por su parte, la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución de diciembre de 2012, igualmente apoyaba la cobertura universal, si bien pone de relieve que los gobiernos deben proporcionar a las personas ‘que no tienen recursos suficientes’ protección contra el riesgo financiero y las instalaciones de salud necesarias, sin discriminación³⁴.

En cualquier caso, la organización se muestra a favor de ampliar esas exenciones de pago a toda la población, eliminando el pago directo

³³ CHAPMAN, A. R., ‘Evaluating Universal Health Coverage as a Sustainable Development Goal’, *cit.*

³⁴ Naciones Unidas, ‘Salud mundial y política exterior’, 67º periodo de sesiones, A/67/L.36, 6 de diciembre de 2012, aprobada el 12 de diciembre de 2012, p. 19.

independientemente de la capacidad económica³⁵. Además, cuando en su informe de 2010 la OMS se refiere a las exenciones de pago para grupos específicos, como los más pobres, señala como posible problemática de tales exenciones la reticencia de las personas pobres a que los estigmaticen por pedir una exención o una subvención, o la estigmatización que, incluso, puede derivarse del trato del personal sanitario hacia las personas beneficiadas por tales exenciones³⁶. Ello se entiende, pues, como un argumento para garantizar la cobertura universal a todas las personas. De esta forma, se eliminan los problemas prácticos que surgen de la necesidad de localizar a los grupos concretos que serían beneficiarios, al mismo tiempo que se evita el efecto disuasorio de los costes directos para la utilización del servicio sanitario. Desde el punto de vista de la financiación, pues, la OMS apuesta por un mecanismo de pago anticipado para evitar atribuir el riesgo a personas individuales, en virtud del principio de solidaridad si bien alejándose de un discurso caritativo³⁷.

En segundo lugar, en relación con la condicionalidad del trabajo como estatus que a menudo se establece contrario a la universalidad, cabe considerar que en la propuesta de la OMS el derecho de acceder a las prestaciones sanitarias no se hace depender directamente de la participación en el ámbito laboral. No obstante, la cobertura universal es un objetivo que puede lograrse desde las estructuras de diferentes sistemas de salud. En el Informe de 2010 se hace referencia a los sistemas de seguridad social, como los existentes en algunos países europeos o en Japón, y no se señala expresamente que la asistencia sanitaria debiera quedar independiente de, por ejemplo, la contribución social³⁸. En este sentido, no se apuesta de forma clara por la cobertura universal como punto de partida, sino que, en aquellos países con amplia cobertura, pero con focos de exclusión, se expresa que los Estados deberán garantizar la protección de los sectores excluidos. En los países con sistemas de seguridad social basados en la contribución social, como Alemania, se señala que es conveniente combinar esta fuente de recursos con la de los ingresos de la administración pública

³⁵ *Ibid.*, p. 50.

³⁶ OMS, *Informe sobre la salud en el mundo 2010: Financiación de los sistemas de salud: el camino hacia la cobertura universal*, cit., p. 49.

³⁷ *Ibid.*, p. 15.

³⁸ *Ibid.*, p. 16.

(como los impuestos)³⁹. En países con sistemas de aseguramiento, se harán necesarias exenciones al pago directo o subvenciones en las primas del seguro, para las personas con recursos económicos insuficientes. Así, se trata de un objetivo que se consigue de forma progresiva, y que puede hacerse a partir de las estructuras vigentes de los sistemas sanitarios, sin requerir la organización de nuevas formas de financiación o de cobertura, lo que sería necesario en muchos casos para garantizar la cobertura universal como punto de partida. Se trata, pues, de la cobertura universal en el punto de llegada⁴⁰:

‘Por ejemplo, para los países que excluyan de los servicios sanitarios a toda la población excepto a la élite, avanzar rápidamente hacia un sistema que cubra a todos, ricos o pobres, puede ser una prioridad, incluso si la lista de servicios y la proporción de los gastos cubiertos con los fondos mancomunados es relativamente pequeña. Mientras tanto, en un sistema de amplio alcance, con apenas unos pocos focos de exclusión, el país podrá optar en un principio por un enfoque específico, identificando a quienes están excluidos y tomando medidas para garantizar que queden cubiertos. En tales casos, pueden cubrir más servicios para los más necesitados y/o cubrir un mayor porcentaje de los gastos. En última instancia, la cobertura universal requiere el compromiso de cubrir al 100% de la población, y se tienen que desarrollar los planes para lograr este fin desde el principio, incluso si no se alcanza el objetivo inmediatamente’.

Sin embargo, la OMS también señala que la estructura de varios fondos que sirven a diferentes grupos de población no es eficiente porque duplica los esfuerzos y aumenta el gasto de los sistemas de administración e información: ‘Por ejemplo, cuando un ministerio de sanidad y un departamento de seguridad social llevan a cabo obras sociales de manera paralela para diferentes grupos de población, las consecuencias de la duplicación y la ineficiencia se magnifican’⁴¹. Asimismo, se observa que la existencia de varios fondos de financiación puede lograr la igualdad y la protección económica en algunas circunstancias, pero requeriría una capacidad administrativa considerable. En esta línea, parece que, sin establecer directamente un

³⁹ *Ibid.*, p. 57.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 17.

⁴¹ *Ibid.*, p. 99.

sistema de financiación de preferencia, la organización se refiere a algunos inconvenientes que podría tener la no garantía de la cobertura universal desde el punto de partida a todos los grupos de población. Así, como apunta la OMS en el mismo informe⁴²:

‘Garantizar que toda la población tenga acceso a beneficios similares suele requerir que los ricos y los pobres paguen y estén cubiertos con el mismo fondo. Mientras tanto, la protección contra el riesgo financiero también aumenta cuando las personas de distintos ingresos y riesgos sanitarios pagan al mismo fondo y perciben del mismo fondo’.

En tercer lugar, por lo que se refiere a las restricciones que en la práctica recaen sobre los extranjeros y especialmente sobre los inmigrantes en situación irregular, como se ha expresado, la cobertura universal requiere el compromiso de cubrir al 100% de la población. Además, se pone especial atención en las dificultades a las que se enfrentan los grupos de mujeres, grupos étnicos y grupos de extranjeros para acceder a los servicios, y atender los problemas específicos que sufren las poblaciones indígenas⁴³. Al referirse expresamente a los grupos de extranjeros como colectivo al que prestar especial atención, podría considerarse que también los extranjeros sin autorización de residencia estarían cubiertos bajo la cobertura universal, pero lo cierto es que no hay nada expreso en este sentido. Tampoco se expresa nada por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución de diciembre de 2012. En este sentido, la afirmación de la necesidad de cobertura sanitaria universal a menudo parece presumir falsamente que todos los beneficiarios se encuentran legalmente en el territorio⁴⁴. Así pues, se haría necesario un pronunciamiento expreso sobre la cobertura universal y su extensión a la población inmigrante en situación irregular, siendo este grupo uno de los principalmente excluidos de los sistemas de salud, como también ha alertado Lougarre⁴⁵. A nivel nacional, la propuesta de cobertura universal puede

⁴² *Ibid.*, p. 99.

⁴³ *Ibid.*, p. xx (resumen).

⁴⁴ ABIIRO, G. A., DE ALLEGRI, M., ‘Universal Health Coverage from Multiple Perspectives: a Synthesis of Conceptual Literature and Global Debates’, *BMC International Health and Human Rights*, vol. 15, núm. 17, 2015, p. 3.

⁴⁵ LOUGARRE, C., ‘Using the Right to Health to Promote Universal Health Coverage: A Better Tool for Protecting Non-Nationals’ Access to Affordable Health Care?’, *Health and Human Rights*

traducirse en títulos de ciudadanía y en exclusiones a inmigrantes, refugiados y solicitantes de asilo⁴⁶. Por ello, evaluar la cobertura de los servicios sanitarios debería incluir indicadores basados en circunstancias como la renta, el género, la discapacidad, el lugar de residencia, el estatus migratorio y el origen étnico⁴⁷.

En conclusión, podría considerarse que la propuesta de cobertura sanitaria universal supera algunos de los límites del desarrollo del derecho a la salud por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en relación con la universalidad, mientras que, en relación con otros límites, el derecho a la salud según el Comité DESC sería más universal que la propuesta de la OMS. De un lado, la OMS ha establecido expresamente la conveniencia de evitar pagos directos ‘para todas las personas’, lo que no se deduce de forma clara del elemento de la asequibilidad según la OG n°. 14. De otro lado, tanto la cobertura universal como el desarrollo del derecho a la salud por el Comité DESC parecen neutros en cuanto al sistema de salud más adecuado, si bien la OMS señala los inconvenientes de los focos diferenciados de atención. También la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el PIDESC reconocen la salud y la seguridad social como derechos diferenciados, pero en el desarrollo de los derechos parece confundirse ambas esferas. Por último, en cuanto a la cuestión de la ciudadanía, la falta de referencias en los textos sobre cobertura universal sobre la extensión a la población inmigrante, hace que claramente pueda considerarse que el derecho a la salud según el Derecho Internacional es más protector en este sentido, aun teniendo en cuenta las limitaciones de algunos textos regionales, como ya ha quedado analizado.

Journal, vol. 18, núm. 2, 2016, 35-47, p. 37.

⁴⁶ CHEE KHOON, C., ‘Universal Health Care? (Un)documented Migrants in Southeast Asia’, *Health and Human Rights Journal*, ‘Perspectives’ Section, 2015.

⁴⁷ OMS, *World Health Report 2013: Research for Universal Health Coverage*, Nueva York, 2013, p. 20. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://www.who.int/whr/2013/report/en/>

4.2. DETERMINANTES SOCIALES DE LA SALUD

En los anteriores capítulos del trabajo, se ha analizado la universalidad del derecho a la salud, centrandó la atención, de forma especial, en el acceso universal a la asistencia sanitaria. Ahora bien, se hace necesario prestar atención a otros factores sociales que, más allá de la asistencia sanitaria, determinan el estado de salud de las personas. A continuación, en primer lugar, se explicará el significado de los determinantes sociales de la salud y se atenderá al desarrollo que han recibido como factor a tener en cuenta en las políticas de salud. En segundo lugar, se analizarán estos determinantes desde la perspectiva de la universalidad, como causas que generan desigualdades en las posibilidades de las personas de alcanzar un buen estado de salud. Más adelante, se atenderá a los determinantes sociales como reflejo del objeto de otros derechos sociales, tales como vivienda, alimentación, agua, o trabajo, lo que refuerza el concepto de la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos humanos. En cuarto y último lugar, se incluirá una referencia a la desigualdad económica que asimismo afecta a los indicadores de salud de las sociedades y constituye uno de los determinantes sociales.

4.2.1. Reconocimiento de los determinantes sociales de la salud

Los determinantes sociales de la salud hacen referencia a causas socioeconómicas que influyen en la salud, como la falta de comida adecuada, de abrigo, de agua potable o de seguridad. Ello empeora el estado de salud, lo cual se ve reflejado en un aumento de las tasas de mortalidad y de morbilidad y en una disminución de la esperanza de vida. Así, pueden entenderse como *las causas de las causas* de la enfermedad. Por ejemplo, una mala dieta puede ser un factor determinante de sufrir colesterol, pero la falta de recursos económicos para acceder a una alimentación adecuada puede constituir *la causa de la causa* de esta enfermedad⁴⁸.

⁴⁸ MARMOT, M., WILKINSON, R. G., *Social determinants of health*, Oxford University Press, 2ª edición, Nueva York, 2006, p. 2.

De esta forma, se hace referencia a factores de comportamiento, psicosociales y materiales que influyen en la salud, y que están relacionados con las condiciones sociales y económicas con las que los seres humanos convivimos. A su vez, los determinantes sociales de la salud derivan en desigualdades de salud, entre la población de un mismo país y entre diferentes países. Atendiendo, por ejemplo, al factor laboral, se afirma que ‘frente a quien tiene un empleo, quien no lo tiene presenta el doble de posibilidades de tener una salud regular o mala; su riesgo de sufrir una enfermedad crónica es un 67% mayor, y corre un riesgo doble de sufrir una limitación de la actividad diaria por un problema de salud’⁴⁹.

La primera vez que un gobierno occidental trató las desigualdades sociales en salud fue en el año 1974. Fue el gobierno británico, que encargó a una comisión presidida por Douglas Black un estudio sobre la evolución de las desigualdades sociales en salud. Ello dio lugar a la publicación en Gran Bretaña del *Black Report*, a principios de los años 80⁵⁰. Este informe proporcionó datos tales como que la mortalidad de la clase social más desventajada es 2'5 veces superior a la que posee mejores condiciones. Posteriormente, tuvo lugar la publicación de otro informe, *The Health Divide*, de la mano de Whitehead, que confirmaba las desigualdades: las clases más desventajadas consultan al médico un mayor número de veces, pero utilizan menos los servicios preventivos⁵¹. Igualmente se observan desigualdades regionales muy claras entre el Norte y el Sur.

Fue a mediados de los años 80 cuando la oficina europea de la OMS estableció como uno de los objetivos prioritarios la reducción de las desigualdades sociales en salud en los países de la región europea. En el año 2005, se creó la Comisión de Determinantes Sociales de la Salud de la OMS, cuya misión fue la elaboración de un informe que analizara de forma exhaustiva la influencia de factores sociales en la

⁴⁹ MORENO, F. J. y BRUQUETAS, M., ‘Inmigración y Estado de Bienestar en España’, *Colección de Estudios Sociales*, núm. 31, Obra Social ‘la Caixa’, Barcelona, 2011, p.100.

⁵⁰ TOWNSEND, P., DAVIDSON, N., *Inequalities in health: the Black Report*, Penguin Books, Gran Bretaña, 1982, p. 51.

⁵¹ WHITEHEAD, M., ‘The health divide: Inequalities in Health in the 1980's’, *The Health Education Council*, Londres, 1987, p. 47.

enfermedad y en las desigualdades en salud. Dicho informe, que concluyó en el año 2008, centró la atención en los siguientes temas: el desarrollo de la primera infancia, las condiciones de trabajo, los entornos urbanos, la exclusión social, las mujeres y la equidad de género, la globalización, los sistemas sanitarios, las afecciones prioritarias para la salud pública y los proyectos para medir la equidad sanitaria y recabar datos científicos. Sin embargo, otros factores tales como la alimentación, los factores rurales, la violencia y la delincuencia, y el cambio climático, también se consideran importantes para la equidad sanitaria.⁵² Asimismo, en la 62ª Asamblea Mundial de la Salud en 2009 se fijó el objetivo de reducir las inequidades sanitarias actuando sobre los determinantes sociales de la salud⁵³.

En España, en 1994 se creó una Comisión encargada de estudiar las desigualdades sociales en salud en España, llevando a cabo así un estudio semejante al que se realizó por la Comisión Black en Gran Bretaña⁵⁴. Esta Comisión publicó su resultado en un informe en 1996 en el que se señalaban las desigualdades en salud de la población española⁵⁵. Más tarde, en noviembre de 2008, a petición de la Dirección General de Salud Pública y Sanidad Exterior del Ministerio de Sanidad y Política Social, se constituyó la Comisión para Reducir las Desigualdades Sociales en Salud en España. La Comisión, en un informe de 2010, propuso un marco conceptual para distinguir entre factores estructurales y factores intermedios de las desigualdades en salud⁵⁶. De nuevo, se pone de manifiesto cómo la posición socioeconómica juega un

⁵² OMS, *Subsanar las desigualdades en una generación: alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud*, 2008, p. 43. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789243563701_spa.pdf?ua=1

⁵³ OMS, *Reducir las inequidades sanitarias actuando sobre los determinantes sociales de la salud*, 62ª Asamblea Mundial de la Salud, WHA62.14, 22 de mayo de 2009. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/A62/A62_R14-sp.pdf?ua=1

⁵⁴ NAVARRO, V., 'El derecho a la protección de la salud', *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, pp. 137-160, p. 138.

⁵⁵ NAVARRO, V., BENACH, J., 'Desigualdades sociales en salud en España. Informe de la Comisión Científica de estudios de las desigualdades sociales en salud en España', *Revista Española de Salud Pública*, 1996, vol. 70, núm. 5-6, pp. 505-636. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.mssi.gob.es/biblioPublic/publicaciones/recursos_propios/resp/revista_cdrom/VOL70/70_5_505.pdf

⁵⁶ Comisión para Reducir las Desigualdades Sociales de Salud en España, *Avanzando hacia la equidad. Propuesta de políticas e intervenciones para reducir las desigualdades sociales en salud en España*, mayo de 2010, p. 6. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017):

papel fundamental en las inequidades en salud. Entre las ciudades españolas más ricas como Madrid o Navarra, y las más pobres, como Andalucía, existe una diferencia en la esperanza de vida de su población de más de 3 años, diferencia que se acentúa al comparar barrios de la misma ciudad⁵⁷. El objetivo de la Comisión fue el planteamiento de propuestas para reducir las desigualdades sociales en salud existentes en España. De este modo, se atendía a la distribución del poder, la riqueza y los recursos; las condiciones de vida y de trabajo cotidianas a lo largo del ciclo vital; los entornos favorecedores de la salud; los servicios sanitarios; por último, la información, la vigilancia, la investigación y la docencia. De otro lado, existen estudios que analizan los determinantes sociales de la salud en Comunidades Autónomas como Cataluña, el País Vasco, o Andalucía⁵⁸.

A nivel legislativo en España se reconoce por primera vez la existencia de determinantes sociales de la salud en la Ley General de Salud Pública de 2011⁵⁹. En su artículo 19.2.a), se insta a las Administraciones Públicas a dirigir las acciones y políticas preventivas sobre los determinantes sociales de la salud, definiendo estos como ‘los factores sociales, económicos, laborales, culturales, alimentarios, biológicos y ambientales que influyen en la salud de las personas’⁶⁰. De modo que la mejora de la salud requerirá políticas que aborden las causas sociales, económicas y de otro tipo, que pueden determinar el estado de salud. Las medidas deben estar encaminadas a reducir las desigualdades sociales y deben englobar todos los factores sociales que influyen en la salud, y no únicamente la atención sanitaria⁶¹.

http://www.mspsi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/promocion/desigualdadSalud/docs/Propuesta_Políticas_Reducir_Desigualdades.pdf

⁵⁷ *Ibid.*, p. 9.

⁵⁸ Algunos de estos estudios son: BORRELL, C., BENACH, J., (Coords.), *Les desigualtats en la salut a Catalunya*, Barcelona: Editorial Mediterrania, 2003. BORRELL, C., BENACH, J., (Coords.), *L'evolució de les desigualtats en la salut a Catalunya*, Editorial Mediterrania, Barcelona, 2005; BACIGALUPE DE LA HERA, A., MARTÍN RONCERO, U., *Desigualdades sociales en la salud de la población de la Comunidad Autónoma del País Vasco*, Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 2007; ESCOLAR, A., (Ed.), *Primer Informe sobre Desigualdades y Salud en Andalucía*. Asociación para la Defensa de la Sanidad Pública de Andalucía, Cádiz, 2008.

⁵⁹ ‘Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública’, *Boletín Oficial del Estado*, 5 de octubre de 2011, núm. 240.

⁶⁰ ‘Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública’, artículo 19.2.a).

⁶¹ BENACH, J., MUNTANER, C., TARAFÁ, G., y otros, *La sanidad está en venta, y también nuestra salud*, Icaria, Barcelona, 2012, p. 39. También, BENACH, J., MUNTANER, C., *Aprender a mirar*

4.2.2. Factores sociales, desigualdades y universalidad

Los factores sociales de la salud sitúan a las personas en posiciones de partida diferentes y determinan desigualdades en las posibilidades de poder alcanzar un buen estado de salud. Mientras no se atiende a estos factores sociales, existirán desigualdades e inequidades en salud y con ello en diferencias en el disfrute del derecho entre las personas. Las inequidades en salud se padecen de forma injusta, pues sitúan a los seres humanos en posiciones de partida diferentes. No tiene la misma posibilidad para alcanzar un buen estado de salud, quien convive con unas condiciones materiales dignas que quien, en cambio, sobrevive en situación de pobreza y necesidad. Habrá que identificar cuáles son las causas de las desigualdades de la salud que, en los términos de Whitehead, se consideran inequitativas por ser evitables, innecesarias e injustas⁶². Dado que entre los condicionantes no solo se aprecian las condiciones mínimas de subsistencia, sino también las desigualdades entre grupos sociales, referentes al entorno social en que viven, además de eliminar la pobreza extrema será necesario realizar continuos movimientos de redistribución de los recursos. Pero, además de los factores sociales, Wilson añade que aquellas enfermedades debidas al azar natural también deben ser consideradas desigualdades en salud inequitativas e injustas, aunque no se puedan evitar, lo que llevaba a Whitehead a incluir únicamente factores sociales frente a los de orden natural⁶³. Así, de acuerdo con el autor, mientras que los adjetivos de las desigualdades ‘evitables’ e ‘innecesarias’ no añaden nada, el factor de la injusticia en las desigualdades es el determinante para considerar que estas constituyen inequidades a resolver.

la salud. Cómo la desigualdad social daña nuestra salud, El viejo Topo, Barcelona, 2005.

⁶² WHITEHEAD, M., ‘The concepts and principles of equity and health’, *World Health Organization, Regional Office for Europe*, EUR/ICP/RPD 414, Copenhagen, 1991, p. 5. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://publicaciones.ops.org.ar/publicaciones/piezas%20comunicacionales/cursosDDS/cursoseng/Txtos%20Completos/the%20concepts%20and%20principles%20of%20equity%20and%20health.pdf>
A partir de esta clasificación LEMA analiza cuándo una diferencia de salud podría considerarse injusta en LEMA, C., *Salud, justicia, derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 265.

⁶³ WILSON, J., ‘Global Health Inequalities and Inequities’, JENNINGS, B. (Ed.), *Encyclopedia of Bioethics* (cuarta edición), Macmillan USA, 1347-1353, 2014, p. 1351. Asimismo: WILSON, J., ‘Health Inequities’, DAWSON, A. (Ed.), *Public Health Ethics: Key Concepts in Policy and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, 211-230, p. 216.

Si, entonces, unas personas padecen más necesidades sociales que otras, ello podría implicar un desigual tratamiento de las mismas. En primer lugar, la comprobación de que las personas padecen diferentes necesidades sanitarias, o que las padecen en diferente grado, podría constituir un argumento en contra de la cobertura sanitaria universal. Una crítica a la cobertura sanitaria universal, teniendo en cuenta el principio de igualdad de oportunidades como fundamento y la existencia de determinantes sociales, la aporta Sreenivasan⁶⁴. Sin embargo, en el primer capítulo ya se han analizado los inconvenientes del principio de igualdad de oportunidades en sentido estricto para servir de justificación del derecho a la salud. Así pues, el hecho de que todas las personas padecen necesidades sanitarias aporta razones suficientes para la universalidad de la cobertura sanitaria.

En segundo lugar, atendiendo ya a los factores sociales que causan la enfermedad y que son diferentes a los recursos sanitarios, esto es, la comida, o el abrigo, en definitiva, los determinantes sociales, cabe pensar en una atención diferenciada para las personas que sufren su carencia en mayor medida o bien en una atención universal. De un lado, son necesarias las políticas orientadas al grupo afectado, por ejemplo, a través de rentas específicas, la exención en el pago de los bienes de primera necesidad, o las ayudas de protección al desempleo, independientes de una previa cotización o situación de empleo. De hecho, los estudios que tratan las inequidades en salud defienden soluciones ‘universalistas’, si bien la gran mayoría de las recomendaciones suelen consistir en la puesta en marcha de políticas dirigidas a los grupos con menor capacidad económica⁶⁵. Ahora bien, al igual que ocurre con la atención sanitaria, ello implicaría un desigual tratamiento de las necesidades. Teniendo en cuenta que los factores sociales son a su vez objeto de derechos sociales, su satisfacción diferenciada puede parecer incongruente con la afirmación de la universalidad de la asistencia sanitaria. En este caso, no obstante, si bien tales

⁶⁴ SREENIVASAN, G., ‘Health Care and Equality of Opportunities’, *The Hastings Center Report*, vol. 37, núm. 2, 2007, 21-31, p. 24.

⁶⁵ WESTER, G., ‘The Social Gradient in Health: Missed Opportunities or Unjust Inequalities?’, *The American Journal of Bioethics*, vol. 15, núm. 3, 2015, 60-62, p. 61.

necesidades, como las sanitarias, son asimismo universales, su satisfacción enfocada al grupo afectado podría justificarse porque la alimentación y la vivienda son derechos que, en la actualidad, se encuentran más lejos de ser ofrecidos universalmente sin mediar pago directo. Esto es así, incluso, en aquellos países que sí que cuentan con instituciones sanitarias y educativas capaces de ofrecer una cobertura pública y universal evitando pagos directos.

Sin embargo, de otro lado, un tratamiento igualitario de las necesidades, esto es, una satisfacción universal a todas las personas de sus necesidades alimentarias y habitacionales podría venir dada, por ejemplo, a través de la renta básica universal, que cubriera el coste asociado a las mismas. Desde el punto de vista del cumplimiento de los derechos sociales, la atención de las necesidades básicas de todas las personas supone la realización de la universalidad de estos derechos. De esta forma, adquiere sentido la distribución igualitaria de los bienes sociales⁶⁶. No obstante, cuando en situaciones de limitación de recursos ocurran desigualdades injustas habrá de poner en marcha políticas orientadas a los grupos afectados. Así pues, en estos casos habrá de acogerse a una opción que, más que igualitaria de forma estricta sea equitativa, otorgando prioridad a las personas más necesitadas. En cualquier caso, el establecimiento de prioridades en una situación de limitación de los recursos no implica negar la titularidad universal de los derechos sociales.

4.2.3. Indivisibilidad e interdependencia entre los derechos humanos

Los determinantes sociales, además de tenerse en cuenta como factor principal en el campo de la salud pública y en la puesta en marcha de políticas efectivas de salud, se han reconocido como uno de los contenidos del derecho a la salud. Además, los determinantes sociales refieren a contenidos que son objeto de otros derechos

⁶⁶ Sobre las opciones de justicia distributiva igualitaria en relación con las inequidades en salud puede consultarse WILSON, J., 'Health Inequities', *cit.*, p. 219 y ss. Asimismo, WOLFF, J., 'Equality, the recent history of an idea', *Journal of Moral Philosophy*, vol. 4, núm. 1, 2007, 125-136, p. 132.

sociales, lo que refuerza la tesis de la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos humanos.

La OG n°. 14 que desarrolla el derecho a la salud contenido en el artículo 12 del PIDESC, parte de la consideración de que el derecho a la salud abarca factores más allá de la asistencia sanitaria, como los principales determinantes de la salud⁶⁷. Entre ellos, este texto del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales menciona: el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva⁶⁸. En consecuencia, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán contar con agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas⁶⁹. Asimismo, todas las personas tienen derecho a acceder a servicios como agua limpia potable, que deberán estar a una distancia geográfica razonable y los pagos deberán estar basados en el principio de equidad⁷⁰. Como parte de la prevención de enfermedades, se hace necesario atender a algunos determinantes como la seguridad ambiental, la educación, el desarrollo económico y la igualdad de género⁷¹. La obligación de cumplir con el derecho a la salud de los Estados incluye que éstos deben garantizar el acceso igual a los factores determinantes de la salud como los alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas.

En esta línea de conexión con los determinantes sociales en salud, no es de extrañar que la ONU, en el desarrollo de los indicadores ilustrativos sobre el derecho a la salud, haya incluido factores relacionados con el entorno natural y ocupacional como, por ejemplo, la proporción de la población destinataria a la que se amplió el

⁶⁷ Naciones Unidas, ‘Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, 1966. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ‘Observación General n°. 14’, 2000.

⁶⁸ Comité DESC, ‘Observación General n°. 14’, 2000, párr. 11.

⁶⁹ Comité DESC, ‘Observación General n°. 14’, 2000, párr. 12, a).

⁷⁰ Comité DESC, ‘Observación General n°. 14’, 2000, párr. 12, b) ii, iii.

⁷¹ Comité DESC, ‘Observación General n°. 14’, 2000, párr. 16.

acceso a una fuente mejorada de agua potable, el acceso a un saneamiento mejorado, la proporción de la población que vive o trabaja cerca de condiciones peligrosas, etc.⁷². Sin embargo, a pesar de este reconocimiento de la importancia de los factores sociales para la realización del derecho a la salud, se considera que el discurso de los derechos humanos todavía reconoce de forma insuficiente la relevancia de los determinantes sociales de la salud⁷³. Se hace necesario tener en cuenta en mayor medida el marco que ofrece el ámbito de la salud pública en esta materia, al que ya se ha hecho referencia con anterioridad en el primer epígrafe del presente apartado, y que ha aportado clara evidencia sobre la alta influencia de estos factores en la salud⁷⁴.

Al mismo tiempo, los derechos humanos pueden dar un enfoque muy interesante y novedoso a los determinantes sociales, en tanto en cuanto estos determinantes refieren, en definitiva, al objeto de todos los derechos sociales, tales como alimentación adecuada, vivienda o educación⁷⁵. Así, en la introducción a la explicación del contenido normativo del artículo 12 del PIDESC, en la OG n.º 14, se recuerda que el derecho a la salud está estrechamente vinculado con otros derechos contenidos en la Carta Internacional de Derechos, y forman sus componentes integrales. Se mencionan, en particular, el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación⁷⁶.

Por ejemplo, para la realización del derecho a la vida y del derecho a la integridad física, será necesario el derecho a la salud o el derecho a una alimentación

⁷² Naciones Unidas, *Indicadores de Derechos Humanos. Guía para la medición y aplicación*, HR/PUB/12/5, 2012, p. 99. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Human_rights_indicators_sp.pdf

⁷³ CHAPMAN, A., 'The social determinants of health, health equity, and human rights, *Health and Human Rights*, vol. 12, núm. 2, 2010, p. 4.

⁷⁴ TOEBES, B., HARTLEV, M., HENDRIKS, A., y otros (Eds.), *Health and Human Rights in Europe*, Intersentia, 2012, p. 224.

⁷⁵ FLEGAR, V., DALLI, M., TOEBES, B., 'Access to preventive health care for undocumented migrants: a comparative study of Germany, the Netherlands and Spain from a human rights perspective,' *Laws* 5/1, 2016, p. 16-17.

⁷⁶ Comité DESC, 'Observación General n.º 14', 2000, párr. 3.

adecuada, y para el derecho a la vida e intimidad familiar será necesario el cumplimiento del derecho a la vivienda. En esta línea, Gostin hace referencia a la litigación de los determinantes sociales de la salud, esto es, a casos en que se han protegido derechos sociales como la alimentación o la vivienda y de esta forma se produce una mejora de las condiciones de salud de las personas⁷⁷. Por ejemplo, en el caso *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica protegió el derecho a la vivienda de las personas más necesitadas⁷⁸. En India, a través de la litigación del derecho a la vida se garantizó el acceso a la alimentación básica en la sentencia *People's Union for Civil Liberties (PUCL) v. Union of India*⁷⁹.

Todo ello, así pues, refuerza el principio de la indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos humanos. Este principio ha sido reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por ejemplo, en la Proclamación de Teherán de 1968, resultado de la primera conferencia internacional, se establecía que ‘los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles’⁸⁰. Años más tarde, en la segunda conferencia mundial celebrada en Viena en 1993 se hacía referencia a que ‘todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí’⁸¹. Asimismo, una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 2006 confirmaba este principio añadiendo que todos los derechos humanos ‘deben tratarse de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso’⁸².

⁷⁷ GOSTIN, L. O, *Global Health Law*, Harvard University Press, Cambridge/Londres, 2014, p. 265 y ss.

⁷⁸ Tribunal Constitucional de Sudáfrica, *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*, SA 46, 2000.

⁷⁹ Corte Suprema de India, *People's Union for Civil Liberties (PUCL) v. Union of India*, núm. 196, 2001.

⁸⁰ Naciones Unidas, Conferencia Internacional de Derechos Humanos, ‘Proclamación de Teherán’, A/CONF./32/4/Teherán, 13 de mayo de 1968, párr. 13.

⁸¹ Naciones Unidas, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, ‘Declaración y programa de acción de Viena’, A/CONF.157/23, Viena, 25 de junio de 1993, párr. 5.

⁸² Naciones Unidas, ‘Resolución aprobada por la Asamblea General el 15 de marzo de 2006’, A/Res/60/251, 3 de abril de 2006, preámbulo párr. 3.

De acuerdo con Añón, estas características refieren a diferentes formas de relación entre los derechos humanos, siendo la indivisibilidad la forma más fuerte de relación y bidireccional, según la cual un derecho sería indispensable para otro y viceversa. De otro lado, la interdependencia hace referencia a relaciones de apoyo entre dos derechos, en el sentido de que el avance en uno de ellos refuerza el funcionamiento y cumplimiento del otro, por razones de utilidad o necesidad, por ejemplo⁸³. Así, los derechos fundamentales son inseparables y exigen un igual trato⁸⁴. Lo que ello quiere decir es, pues, que entre los derechos no hay una jerarquía ni hay, en este sentido, derechos superiores o prioritarios⁸⁵.

4.2.4. Desigualdades económicas e influencias en la salud

En conexión con los determinantes sociales de la salud, manifestación de desigualdades de salud entre los individuos, parece interesante incluir una referencia a algunos estudios que destacan la influencia de la desigualdad de las sociedades en los indicadores de salud de las mismas. Desde este punto de vista, la pobreza sufrida a nivel individual tiene influencias relevantes en la salud. Ahora bien, la riqueza de un país influiría únicamente de forma relativa en los resultados de salud de la población. En mayor medida, la desigualdad económica y social entre los sectores de una población se ha analizado como factor perjudicial para los indicadores de salud de las sociedades.

En este punto cobran importancia los efectos de la distribución equitativa de la renta en la salud de la población. Esta tesis se aplica en particular a las sociedades desarrolladas, en las que el aumento de la esperanza de vida vendría dado, más que por

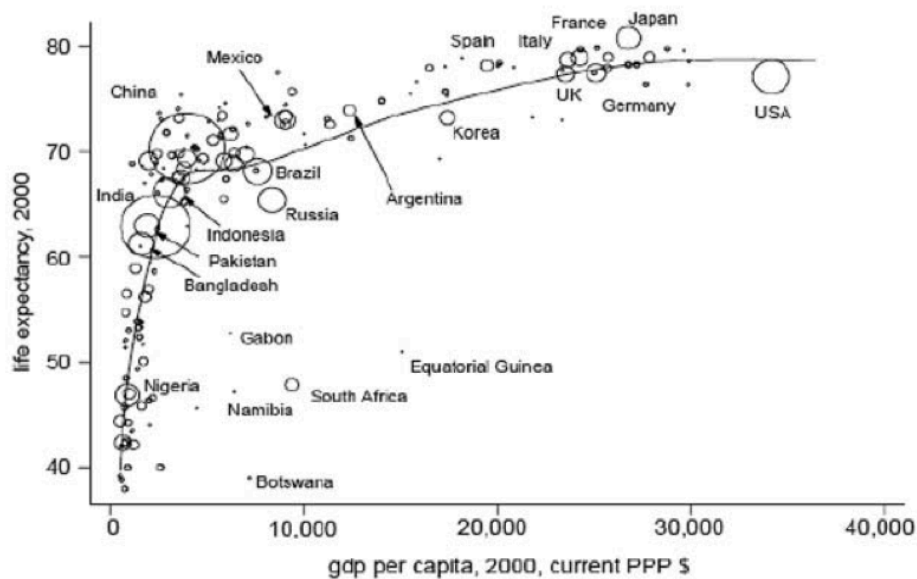
⁸³ AÑÓN, M. J., ‘Derechos humanos y principio de efectividad: claves interpretativas’ en REVENGA, M., CUENCA, P. (Eds), *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2015, 191-218, p. 194.

⁸⁴ NOGUERA, A., ‘¿Derechos fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente, derechos? El principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo’, *Derechos y libertades*, núm. 21, Época II, junio de 2009, 117-147, p. 130.

⁸⁵ AÑÓN, M. J., ‘Derechos humanos y principio de efectividad: claves interpretativas’, p. 194.

el incremento de la renta per cápita, por la disminución de la pobreza y la financiación de políticas sociales, especialmente servicios de salud. Así pues, existen estudios que demuestran cómo, mientras que la renta per cápita de un país mejora los resultados de salud de la población, esta relación se mantendría solo hasta un umbral. Más allá de este, otros factores como la existencia de desigualdades intrasociales, determinan las diferencias de salud entre países. Es lo que se denomina la Curva de Preston, con origen en el análisis de Samuel H. Preston sobre la relación entre la mortalidad y el nivel de desarrollo económico⁸⁶. Por ejemplo, si bien es cierto que en los países más empobrecidos, se observa una relación considerable entre la renta per cápita y la esperanza de vida al nacer; cuando esta alcanza un umbral, la relación entre la misma y la esperanza de vida al nacer desaparece⁸⁷.

Figure 1: The Preston Curve in 2000 (Deaton, 2003). Life Expectancy compared with GDP per capita (Purchasing Power Parity, PPP, \$).



* Curva de Preston (actualizado en 2000)⁸⁸.

⁸⁶ PRESTON, S. H., 'The Changing Relation between Mortality and Level of Economic Development', *Population Studies*, vol. 29, núm. 2, 1975, 231-248.

⁸⁷ OMS, *Subsanar las desigualdades en una generación: alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud*, cit., p. 36.

⁸⁸ DEATON, A., 'Health in an Age of Globalization', *Brookings Trade Forum*, 2004, 83-130.

Desde este punto de vista, el crecimiento económico en sí mismo no garantizaría una mejora de la salud en la población. Es más, el modelo de crecimiento económico neoliberal que olvida las políticas redistributivas ha significado un aumento importante de las desigualdades sociales⁸⁹. En esta línea, el economista Angus Deaton sostiene que la relación entre el crecimiento económico y los resultados de salud no es absoluta⁹⁰:

‘Yet there are several well-known examples—Cuba, Sri Lanka, Costa Rica, Kerala—of poor or relatively poor populations with excellent health outcomes. Moreover, I show that international correlations between economic growth on the one hand and reductions in child and infant mortality on the other are difficult to reconcile with the view that economic growth, as well as being beneficial in its own right, is doubly blessed because it automatically yields an improvement in population health’.

La mejora en los resultados de salud, de este modo, continúa Deaton, vendrá dada, más que por el aumento de la renta, por otros factores sociales, como la educación y la mejora de la salud de la población como prioridad política⁹¹:

‘[...] my best guess is that health improvements in poor countries are not primarily driven by income, nor even by improvements in health knowledge and technology. Knowledge has certainly been important in the long run. But over periods as long as decades, it is the social factors that make for effective delivery of health that are vital, particularly levels of education, and the development of population health as a political priority, which itself depends on better education and on the widespread idea that better health is both a possibility and a right’.

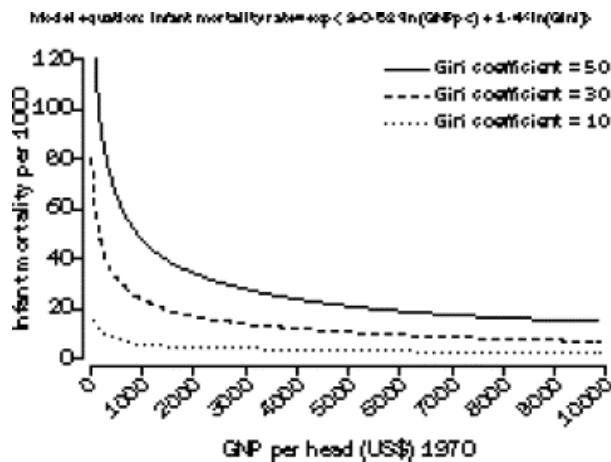
Lo mismo sucede con los índices de mortalidad infantil, que caerían rápidamente a medida que los países más empobrecidos mejoran su desarrollo

⁸⁹ Al respecto véase el trabajo sobre la relación entre la desigualdad de renta y la mortalidad en los Estados Unidos realizado por un grupo de autores: KAPLAN, G. A., PAMUK, E. R., LYNCH, J. W., COHEN, R. D., BALFOUR, J. L., *Inequality in income and mortality in the United States: analysis of mortality and potential pathways*, BMJ, Vol. 312, 1996, pp. 999-1003.

⁹⁰ DEATON, A., ‘Global Patterns of Income and Health: Facts, Interpretations, and Policies’, *UNU World Institute for Development Economics Research (UNU-WIDER)*, Helsinki, 2007, p. 1.

⁹¹ *Ibid.*, p. 22.

económico, pero cuanto estos países más se enriquecen, menor sería la disminución de la mortalidad infantil⁹². Esta relación se muestra en la siguiente figura:



* Índices de mortalidad infantil en relación con la renta per cápita y la distribución de la renta, en 38 países en 1970⁹³. En los países más pobres, con una renta per cápita menor a 1000 dólares, la reducción de la mortalidad infantil viene dada tanto por el aumento de la renta per cápita como por la reducción de las desigualdades. En los países ricos, la reducción de las desigualdades económicas es más efectiva en la disminución de los índices de mortalidad que el aumento de la renta per cápita.

En esta línea, Wilson explica algunas razones por las cuales la renta per cápita de un país no influiría en exceso en los resultados de salud una vez se supera un umbral. Así, señala, la renta per cápita solo refiere a una cantidad total de recursos dividida entre el número de personas en el país sin tener en cuenta que la distribución de la renta en muchos países es altamente desigualitaria (hipótesis de la renta absoluta). La hipótesis de la renta relativa señalaría que la renta absoluta únicamente

⁹² MARMOT, M., WILKINSON, R. G., *Social determinants of health, cit.*, p. 351. Sobre el análisis de Richard G. Wilkinson sobre las desigualdades sociales y económicas y las influencias en la salud, puede leerse: WILKINSON, R. G., *Unhealthy societies. The afflictions of inequality*, Roudledge, Londres, 1996.

⁹³ HALES, S., HOWDEN-CHAPMAN, P., SALMOND, C., y otros, *National infant mortality rates in relation to gross national product and distribution of income*, *The Lancet*, Vol. 354, 1999, p. 2047.

influye en la salud de la población hasta un umbral, por encima del cual las desigualdades son más determinantes⁹⁴.

De otro lado, pueden destacarse estudios que resaltan cómo, en igualdad de condiciones, los países con mayores desigualdades económicas tienen más desigualdades en los resultados de salud⁹⁵. En los países con una distribución de la renta más igualitaria, la esperanza de vida suele ser mayor que en aquellos países más desiguales, teniendo un índice de desarrollo humano similar, y a pesar de tener un nivel de renta per cápita más bajo⁹⁶. El Informe sobre Desarrollo Humano de 2014, elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), aporta relevantes datos sobre el índice de desarrollo humano y el índice de esperanza de vida por países⁹⁷. Por ejemplo, se puede observar la gran diferencia existente entre el país con mayor esperanza de vida registrada (Japón, 83,6 años) y el país con menor esperanza de vida (Sierra Leona, 45,6 años). Entre los veintiún países con mayor índice de desarrollo, en Estados Unidos se registra la menor esperanza de vida (78,9 años). Además, el informe analiza estos índices de desarrollo humano y de esperanza de vida ajustados por la desigualdad. En este sentido, va más allá de los logros promedio de un país para observar cómo esos logros se distribuyen entre sus habitantes. En Estados Unidos el índice de desarrollo humano ajustado por la desigualdad bajaría de 0,914 a 0,755. Por ejemplo, Islandia, uno de los países actualmente más igualitarios, a pesar de tener un nivel de renta per cápita más bajo, presenta indicadores favorables como una esperanza de vida en 82,1 años, un índice de desarrollo humano ajustado a la desigualdad de 0,843 y un índice de esperanza de vida ajustado a la desigualdad de 0,928⁹⁸. De este modo, lo que muchos de estos estudios

⁹⁴ WILSON, J., 'Justice and the Social Determinants of Health: an overview', *Public Health Ethics*, vol. 2, núm. 3, 2009, 210-213, p. 212. Asimismo, SREENIVASAN, G., 'Ethics and Epidemiology: residual health inequities', *Public Health Ethics*, vol. 2, núm. 3, 2009, 244-249.

⁹⁵ DANIELS, N., KENNEDY, B., KAWACHI, I., 'Justice is Good for Our Health', *Boston Review*, 2000, disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://bostonreview.net/BR25.1/daniels.html>.

⁹⁶ DAHLGREN, G., WHITEHEAD, M., 'Policies and strategies to promote social equality in health', Institute for Future Studies, Estocolmo, 1991, p. 14.

⁹⁷ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano 2014, Sostener el Progreso Humano: Reducir vulnerabilidades y construir resiliencia*, 2014.

⁹⁸ PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2014*. La tabla sobre los índices de desarrollo humano y

vienen a indicar es que en los países industrializados o desarrollados la esperanza de vida depende en mayor medida de la distribución de la renta que de la renta per cápita, influyendo de forma relevante en las desigualdades en salud el número de personas que viven en la pobreza. En estos países, lo que más influye en un posible aumento del nivel de esperanza de vida es, por tanto, no el incremento en el nivel de renta sino otros factores: si el país reduce el nivel de pobreza y si financia sistemas públicos de salud. En otro estudio que analizaba estas cuestiones tomando como referencia veintidós países desarrollados con niveles de pobreza comparables, se calculaba que aproximadamente un tercio de los efectos del crecimiento económico sobre la esperanza de vida llegó a través de la reducción de la pobreza, y los dos tercios restantes a través de un aumento del gasto público destinado a mejorar directamente la salud de la población⁹⁹.

Entre las razones que explican estos resultados destacan que, en los países con una mayor desigualdad económica sucede a la vez: a) una mayor proporción de población pobre; b) una mayor competitividad, menor cohesión social, menor capital social y mayores niveles de estrés; c) una menor inversión en servicios públicos, como la sanidad o la educación que beneficiarían a toda la población¹⁰⁰.

Sin embargo, algunos autores parecen señalar que el objetivo de la redistribución es incompatible con el reconocimiento de políticas sociales universales, como puede ser la asistencia sanitaria universal. Así, se sostiene que en los países en que las políticas sociales se articulan de forma universal en beneficio de toda la población, tal universalización no redundaría en aras de la igualdad. En esta línea, numerosos economistas han advertido sobre los efectos contraproducentes de ofrecer políticas sociales de forma universal, señalando los efectos perversos de las políticas

de esperanza de vida por países se puede observar a partir de la página 176, y la tabla sobre estos índices ajustados por la desigualdad se encuentra en la página 184.

⁹⁹ Banco Mundial, 'World Development report 1993. Investing in health', *Oxford University Press*, Oxford, 1993, p. 34, 39-40. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://files.dcp2.org/pdf/WorldDevelopmentReport1993.pdf>

¹⁰⁰ Comisión para Reducir las Desigualdades Sociales de Salud en España, *Avanzando hacia la equidad. Propuesta de políticas e intervenciones para reducir las desigualdades sociales en salud en España, cit.*, p. 55.

redistributivas. Se defiende, pues, que ello beneficia a las clases medias, mientras que las clases pobres tienen más problemas para acceder a las políticas sociales. Es lo que se conoce como el ‘efecto Mateo’ que ha sido analizado desde algunas disciplinas económicas en relación con el acceso a los servicios sociales. Cabe destacar, por ejemplo, a Le Grand¹⁰¹. Según esta teoría, las políticas sociales que se ofrecen desde los Estados del bienestar, como las financiadas por impuestos que recaen de forma importante sobre los pobres y sobre los ricos, benefician a la clase media y los colectivos más necesitados no se beneficiarían. Incluso, se sostiene que los modelos residuales del bienestar y las políticas sociales dirigidas a la población más necesitada tienen unos mayores efectos redistributivos que la universalización de los servicios sociales¹⁰².

No obstante, en la actualidad hay que tener en cuenta que la pobreza cada vez afecta a un sector menos residual de la población, llegando a alcanzar seriamente a las capas intermedias de la sociedad, a las clases medias, lo que se ha venido a denominar ‘nuevos pobres’. Además, los modelos universales de prestaciones sociales de los países nórdicos parecen atestiguar que con las políticas sociales universales es posible alcanzar un nivel de igualdad socioeconómica elevado, como ocurre en estos países. En la posición contraria se situaría Estados Unidos y su modelo residual de bienestar, con su sistema sanitario enfocado únicamente a proveer de asistencia a los sectores más pobres de la población. En este sentido, como han señalado De Lora y Zúñiga, ‘el Estado ha de diseñar un esquema institucional de provisión universal de bienes y servicios básicos, sistema al que todos los individuos habrían de contribuir de acuerdo con su capacidad económica’¹⁰³. Ahora bien, es necesario asegurar que la redistribución se produzca desde las rentas altas hacia las clases más bajas de la sociedad. Así, la redistribución se ha entendido como una de las dimensiones de la

¹⁰¹ LE GRAND, J., ‘Markets, Welfare and Equality’ en LE GRAND, J., ESTRIN, S., *Market Socialism*, Clarendon Press, Oxford, 1989, 193-211. También: LE GRAND, J., ‘Knights, Knaves or Pawns?’, *Journal of Social Policy*, Cambridge University Press, vol. 26, núm. 2, 1997, 149-159, p. 157.

¹⁰² LE GRAND, J., ‘Markets, Welfare and Equality’, *cit.*, p. 205.

¹⁰³ DE LORA, P., ZÚÑIGA, A., *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia redistributiva*, Iustel, Madrid, 2009, p. 197-198.

igualdad material, para romper el ciclo de la desventaja de un grupo que va ligada a una mala distribución de los recursos¹⁰⁴. En esta línea, Navarro ha señalado que la atención sanitaria tiene un fuerte efecto redistribuidor y equilibrador, incluso más fuerte que las transferencias sociales y la educación, que tradicionalmente se han entendido como las políticas públicas más redistributivas¹⁰⁵. De forma paralela, se ha de asegurar la accesibilidad de los sectores más marginados a las políticas sociales.

En definitiva, tanto la pobreza, a nivel individual, como las desigualdades, a nivel global, son factores destacados de la mala salud. En relación con la atención a los determinantes sociales, desde una perspectiva global de los factores que influyen en la salud, se hace necesaria la adopción de políticas públicas dirigidas a disminuir la pobreza, pero también medidas de redistribución de los recursos para reducir las desigualdades, económicas y sociales.

¹⁰⁴ FREDMAN, *Human rights transformed: positive rights and positive duties*, Oxford University Press, 2008, p. 26. Esta concepción ha sido acogida por el TEDH en casos de personas sin hogar y en relación con la utilización de la concepción de ‘grupo vulnerable’. PERONI, L., TIMMER, A., ‘Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law’, *Oxford University Press*, 2013, vol. 11, núm. 4, 1056-1085, p. 1078.

¹⁰⁵ NAVARRO, V., ‘El derecho a la protección de la salud’, *cit.*, p. 139.

CAPÍTULO 5. LA TITULARIDAD EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD ESPAÑOL

Como se ha analizado en el tercer capítulo, la protección de la salud de la población por parte del Estado se corresponde con la institucionalización de la asistencia sanitaria como un servicio público. Así pues, una de las características del modelo de Estado del bienestar por la que se pretende conseguir el bienestar social es la provisión de bienes y servicios de carácter público. En concreto, la atención sanitaria constituye una de las políticas sociales más relevantes de los Estados del bienestar, hasta el punto de constituir, en muchos casos, uno de sus pilares fundamentales. Por lo que se refiere al caso español, a diferencia de otros países europeos que desarrollaron sus estructuras sociales a mediados del siglo XX, España inicia este proceso en los años ochenta.

En el presente capítulo se estudiarán los orígenes y la evolución del servicio de asistencia sanitaria pública en España. De un lado, se atenderá a la consolidación del Sistema Nacional de Salud, y de otro lado, a las consecuencias de las reformas que tuvieron lugar en el año 2012, principalmente a través del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. De esta forma, son dos los objetivos principales de este capítulo: en primer lugar, ofrecer un esquema claro tanto de la formación como de la situación actual del sistema sanitario español. El segundo objetivo, el que responde al sentido de la inclusión del caso de estudio español en el trabajo, consiste en analizar lo anterior desde los diferentes modelos de sistemas sanitarios, explicados en el tercer capítulo, y desde la universalidad de la asistencia sanitaria, siguiendo el esquema mantenido a lo largo del trabajo. Así pues, la evolución del sistema sanitario en España desde las estructuras del modelo de salud de la seguridad social hacia la construcción de un modelo de tipo Beveridge, vino acompañada de una mayor universalización de la asistencia sanitaria. Por el contrario, las recientes reformas suponen tanto un retroceso hacia las estructuras de la Seguridad Social, de las que, como se analizará, depende actualmente el acceso a los servicios de salud, como el establecimiento de

restricciones a colectivos concretos, en especial a la población inmigrante en situación irregular. En este sentido, en el caso español se superaron dos de los límites comunes a la universalidad de la asistencia sanitaria, si bien el Real Decreto-ley 16/2012 vuelve a restringirla por esas mismas razones comentadas, la vinculación con el sistema de la Seguridad Social y la exclusión de los inmigrantes en situación irregular.

Por lo que se refiere a la estructura del capítulo, en el primer apartado se estudia la evolución del Sistema Nacional de Salud español hasta las recientes reformas. El segundo apartado centra la atención en los cambios operados a través del Real Decreto-ley 16/2012 y en sus consecuencias para la universalidad de la asistencia sanitaria. El análisis de las reformas en relación con los modelos sanitarios y los focos de exclusión tendrá lugar en el último apartado de cada una de las dos partes principales del capítulo.

5.1. EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD HACIA LA COBERTURA UNIVERSAL

A continuación, se explica la consolidación del servicio de asistencia sanitaria en España, el cual cabe considerar como servicio público fundamental. En este estudio se atenderá a las características principales del sistema sanitario: la titularidad o cobertura, el mecanismo de financiación, la organización territorial y la forma de provisión. Estos rasgos, en especial la cobertura y el modo de financiación, son los que permiten situar a un sistema sanitario en uno u otro modelo sanitario, que han sido estudiados en el capítulo tercer, si bien muchos en la actualidad presentan características mixtas. Así pues, se analizará cómo el sistema sanitario español evolucionó desde el modelo sanitario bismarckiano, dependiente de la Seguridad Social, hacia el modelo Beveridge. De esta forma se independizaba el acceso a las prestaciones y su financiación de ámbito contributivo-profesional de la Seguridad Social, al menos hasta las recientes reformas. Asimismo, hasta el año 2012 el Sistema

Nacional de Salud también protegía a la población inmigrante en situación irregular que estuviese registrada en el padrón municipal.

En primer lugar, a modo introductorio se explicará la configuración de la asistencia sanitaria como servicio público esencial en el ordenamiento jurídico español. Posteriormente, en el segundo subapartado tendrá lugar el análisis de la evolución del sistema sanitario español en atención a la titularidad, la financiación, la organización territorial y la forma de provisión. Por último, se analizará esta evolución desde el estudio de los diferentes modelos sanitarios, y se evaluará la misma desde la exigencia de la universalidad de las prestaciones sanitarias.

5.1.1. Configuración de la sanidad como servicio público en España

Como se señalaba en los párrafos introductorios, una de las características de los Estados del bienestar fue la provisión de bienes y servicios de carácter público. Por servicio público puede entenderse, en sentido amplio, toda actividad que está atribuida por Ley a los poderes públicos. Duguit define el servicio público como¹:

‘toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante’.

El autor asimismo entiende que las actividades cuyo cumplimiento atañe a los gobernantes no se refieren únicamente a la defensa de la colectividad y del territorio y al mantenimiento de la seguridad y del orden en el mismo, sino asimismo la organización de los servicios de asistencia². Por lo que se refiere a los rasgos específicos de los servicios públicos, estos suelen ser: a) la asunción pública de la titularidad de la actividad; b) la finalidad del interés general; c) la gestión favorable de

¹ DUGUIT, L., *Las transformaciones del Derecho público*, Analecta editorial, Pamplona, 2006, p. 115.

² *Ibid.*, pp. 111-112.

la comunidad; y d) prestaciones efectivas científicas y residenciables en colectivos concretos de ciudadanos³.

En España, el término ‘servicio público’ se recoge por primera vez en la de Cádiz de 1812, en sus artículos 340 y 341. Sin embargo, no fue hasta el siglo XX que el país desarrolla estructuras sociales en la línea de los Estados del bienestar. En relación con la asistencia sanitaria, del mandato constitucional del artículo 43 de la Constitución se desprende la configuración de la sanidad como un servicio público⁴. Ahora bien, antes de la aprobación de la Constitución española en 1978, ya existían algunos antecedentes de prestación de asistencia sanitaria por parte del Estado, que comenzaron en los inicios del siglo XX y prosiguieron durante la dictadura franquista. Mientras que entonces la asistencia sanitaria se prestaba desde la institución de la Seguridad Social, es con posterioridad a la Constitución española que se crea el Sistema Nacional de Salud.

En la actualidad, la asistencia sanitaria de carácter público se regula, en términos generales, en la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril (en adelante, LGS)⁵, así como en la legislación dictada por las Comunidades Autónomas⁶. El artículo 45 de la LGS establece que el Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud⁷. La asistencia sanitaria queda configurada como ‘servicio público fundamental’, como la educación, en la LO 7/2001 de 27 de diciembre de modificación de la LOFCA⁸.

³ SERRANO TRIANA, A., *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado del bienestar*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1983, pp. 87 y ss.

⁴ ‘Constitución española’, 1978, artículo 43.

⁵ ‘Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad’, *Boletín Oficial del Estado*, 29 de abril de 1986, núm. 102.

⁶ MENÉNDEZ REXACH, Á., ‘Formas jurídicas de gestión de los servicios sanitarios’ en PAREJO, L., LOBO, F., Y VAQUER, M., (Coords.) *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 2001, 71-98, p. 78

⁷ ‘Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad’, artículo 45.

⁸ ‘Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas’, *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 2001, núm. 313, artículo tercero que modifica el artículo 15 de la LOFCA (apartado 1).

Por otra parte, cabe señalar algunas consecuencias que se derivan de la caracterización de la asistencia sanitaria como servicio público. De un lado, la titularidad de la función corresponde al Estado, y por ello también la responsabilidad última de su actuación. El Estado, pues, tiene legitimación para reglamentar la actividad pública o efectuar el seguimiento de la misma por medio de los controles correspondientes⁹. De otro lado, como consecuencias jurídicas de la calificación de una actividad como servicio público pueden destacarse la continuidad, la mutabilidad y la igualdad, a las que otros autores han añadido la gratuidad y la neutralidad¹⁰. La continuidad como rasgo de la actividad del servicio público, implica la regularidad en la prestación del servicio o incluso la imposibilidad de suspenderlo. En segundo lugar, la mutabilidad significa que, en los casos en que la provisión se realice mediante técnicas de gestión indirecta como el concierto, la administración puede alterar condiciones, como precios por los servicios prestados o la calidad de los mismos, que las entidades privadas habrán de asumir. Por último, otra característica es la igualdad de trato a los usuarios y la prohibición de un trato discriminatorio sin una adecuada justificación objetiva y razonable. Así pues, mientras puede justificarse la diferente contribución al sostenimiento del sistema según la capacidad económica de los contribuyentes, el acceso habría de ser en todo caso igualitario.

Como otro asunto de relevancia, cabe señalar la cuestión de la exclusividad de la Administración en la prestación del servicio público o la existencia de actividad privada en este ámbito, y, en relación con ello, la importancia de caracterizar un servicio público como servicio esencial. Como se ha comentado, cuando una actividad se configura como servicio público, es necesaria la presencia de la Administración, que tiene responsabilidad pública en su provisión, pero ello no implica necesariamente el carácter exclusivo de la misma ni su gestión de carácter público. La Constitución española se refiere a los servicios esenciales a fin de asegurar su mantenimiento en caso de huelga o de conflicto colectivo, en el marco de los derechos de huelga y de

⁹ FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1984, p. 28.

¹⁰ *Ibid.*, p. 33 y ss.

negociación colectiva¹¹. El Tribunal Constitucional ha entendido como servicios esenciales aquellos servicios cuyos intereses a proteger a través de las prestaciones que correspondan, tienen naturaleza de derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos¹². Igualmente existen definiciones doctrinales de lo que cabe entender por servicio esencial¹³. Según el artículo 128.2 de la Constitución, mediante Ley se podrán reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente, continúa, en caso de monopolio¹⁴. Así pues, la interpretación mayoritaria es que pueden reservarse al sector público recursos o servicios esenciales y únicamente estos, si bien no se dispone que los servicios públicos solo puedan darse con titularidad exclusiva de su actividad por la Administración¹⁵. Por ejemplo, los servicios esenciales que se consideran inherentes a la soberanía estatal, como la defensa o la policía, suelen ser estar regulados en régimen de monopolio. En cuanto a otros servicios públicos que protegen bienes constitucionalmente protegidos como la asistencia sanitaria, se desprende que es una decisión a adoptar por el órgano legislativo¹⁶. Así pues, la opción de monopolizar este servicio no se prohíbe expresamente. De otro lado, un precepto a tener en cuenta es el artículo 38 de la Constitución en materia de libertad de empresa¹⁷. En el ámbito sanitario, ello puede implicar la libertad de ejercicio de la actividad sanitaria, de crear centros sanitarios, así como de producción, comercialización y dispensación de

¹¹ ‘Constitución española’, 1978, artículos 28.2 y 37.2.

¹² Sentencias del Tribunal Constitucional: 26/1981 (FJ 10), de 17 de julio y 148/1993, de 29 de abril (FJ 5º).

¹³ A nivel doctrinal se consideran servicios esenciales aquellos en que concurren las características de permanencia, necesidad e importancia económica del servicio, así como el tratamiento histórico del mismo (p. 101). En concreto, se suelen tener en cuenta características como las siguientes: a) el tipo de necesidades a satisfacer; b) el tipo de posición jurídica que delimita al administrado (derecho público subjetivo); y c) la primacía de la Constitución como norma jurídica frente al restante ordenamiento jurídico. Es decir, aquellos que la norma constitucional en su capítulo III del Título I, ha considerado como servicios mínimos, como la salud la asistencia sanitaria (artículo 43 de la Constitución) (p. 145). SERRANO TRIANA, A., *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado del bienestar*, cit.

¹⁴ ‘Constitución española’, 1978, artículo 128.2.

¹⁵ MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado. Volumen I: Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, p. 115.

¹⁶ SERRANO TRIANA, A., *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado del bienestar*, cit., p. 102.

¹⁷ ‘Constitución española’, 1978, artículo 38.

productos farmacéuticos¹⁸. En este sentido, en principio, se permitiría que la prestación sanitaria quede compartida entre el sector privado y el sector público, opción que se da actualmente en España.

Por último, cabe añadir que, en los ámbitos en que la actividad del servicio ha sido asumida por entidades públicas, ha de adoptar presencia la participación de los usuarios en la toma de decisiones de aquellas, de acuerdo con el artículo 129 CE¹⁹. Así pues, su apartado primero establece que mediante ley se establecerán las formas de participación de los interesados en la actividad de aquellos organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general. De esta forma, los servicios de salud se verían incluidos en este precepto dada su definitiva importancia tanto para la calidad de vida como para el bienestar.

5.1.2. Creación y evolución del Sistema Nacional de Salud

Tras enmarcar la asistencia sanitaria como servicio público fundamental, cabe centrar la atención en la configuración del sistema sanitario español. La sanidad en España, como se ha mencionado, evolucionó de la tradición bismarckiana al modelo de sistema de salud conocido como modelo Beveridge, a lo largo del siglo XX²⁰. En esta línea, a continuación se analizará la evolución del sistema de salud español que tuvo lugar hasta las recientes reformas. Estas serán objeto de estudio de la segunda parte del capítulo, donde se analizará cómo los cambios recientes se alejan de la universalidad, así como del modelo Beveridge de sistemas de salud, al menos en la cuestión de la titularidad.

¹⁸ FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, cit., p. 44.

¹⁹ *Ibid.*, p. 47. Puede consultarse más información sobre el principio de participación en la Constitución española en SÁNCHEZ MORÓN, M., *La participación del ciudadano en la Administración pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

²⁰ GARCÍA-ARMESTO, S., ABADÍA-TAIRA, M. B., DURÁN, A., 'Spain: Health system review' *Health systems in transition*, vol. 12, núm. 4, 2010, p. 42.

Así pues, a continuación se explicará la creación y evolución del sistema sanitario español, centrandó la atención en las características de titularidad, financiación, provisión y organización territorial. Estos, en especial la cobertura o titularidad y la forma de financiación, son los rasgos principales que distinguen los diferentes modelos de sistemas sanitarios, como se ha explicado en el capítulo tercero, si bien muchos sistemas de salud en la práctica presentan características variadas pudiendo considerarse modelos mixtos. Asimismo, también se tratará la distribución competencial y la provisión.

a) Cobertura

En primer lugar, antes de que se consolidara la seguridad social en España, la asistencia sanitaria se articulaba en el marco de un sistema de seguros obligatorios. Pueden señalarse algunos antecedentes de este sistema, en concreto, la creación del Instituto de Reformas Sociales en 1903, y del Instituto Nacional de Previsión en 1908, el cual ya abarcaba la asistencia sanitaria, si bien su provisión se confiaba a la iniciativa privada²¹. Durante la Segunda República, en 1934, se aprecian intentos de transitar hacia la institución de la asistencia social, a partir de que la Constitución de 1931 hiciera referencia en su artículo 43 a la prestación de asistencia a los enfermos por parte del Estado²². Finalmente, durante la dictadura franquista, se aprobó la Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedad de 1942 por la que quedaron confirmadas las prestaciones sanitarias en el marco del modelo de aseguramiento²³. El seguro obligatorio de enfermedad consideraba beneficiarios, así pues, a los asegurados y a sus familiares ‘que vivan con ellos a sus expensas’²⁴. En consecuencia, únicamente el

²¹ SEVILLA, F., *La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social*, Fundación Alternativas, 2006, p. 10.

²² ‘Constitución de la República Española’, 1931, artículo 43.

²³ ‘Ley de 14 de diciembre de 1942 por la que se implanta el seguro obligatorio de enfermedad’, *Boletín Oficial del Estado*, 27 de diciembre de 1942.

²⁴ ‘Ley de 14 de diciembre de 1942 por la que se implanta el seguro obligatorio de enfermedad’, artículo 8.

53.1% de la población estaba cubierta en los años 60²⁵. Ahora bien, no se incluía a todos los trabajadores y sus familiares, sino únicamente a los trabajadores y beneficiarios que estuvieran por debajo de un umbral económico determinado²⁶. Además, se imponía el criterio de obligatoriedad del aseguramiento, el cual se financiaba a través de unas primas que pagaban los trabajadores y empresarios en partes iguales, a lo que contribuía también el Estado²⁷. El sistema de los seguros sociales evolucionó finalmente hacia la institución de la Seguridad Social, que vino regulada por el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social²⁸. Posteriormente, se aprueba la Ley General de la Seguridad Social de 1974²⁹. De esta forma, las prestaciones sanitarias estarían vinculadas en sus inicios al aseguramiento y posteriormente a la afiliación y estructuras de la Seguridad Social. En este sentido, estaban también limitadas en cuanto a los titulares, así como en cuanto a su financiación, basada en la contribución de los trabajadores.

El inicio de una segunda etapa viene marcado por la aprobación de la Constitución de 1978, que reconoce el derecho a la protección de la salud en el artículo 43. Así, se reconoce la protección de la salud de forma separada a la Seguridad Social, a la que se hace referencia en el artículo 41. De esta forma, el artículo 43 (apartados 1 y 2) de nuestra Constitución reconoce el derecho a la salud,

²⁵ LEMA, C., en ‘La erosión del derecho a la salud en el Reino de España: el ataque a la universalidad’, en BERNÚZ, M. J., y CALVO, M. (Ed.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 221-258, p. 222. GARCÍA-ARMESTO, S., ABADÍA-TAIRA, M. B., DURÁN, A., ‘Spain: Health system review’ *Health systems in transition*, cit., p. 39.

²⁶ ‘Ley de 14 de diciembre de 1942 por la que se implanta el seguro obligatorio de enfermedad’, artículos 3 y 5. Puede consultarse una explicación más extensa del Seguro Obligatorio de Enfermedad en PEMÁN, J. M., *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Editorial Comares, Granada, 2005, pp. 8-9.

²⁷ *Ibid.*, p. 8.

²⁸ ‘Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social’, *Boletín Oficial del Estado*, 28 de noviembre de 1967, núm. 284.

²⁹ ‘Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social’, *Boletín Oficial del Estado*, 20 de julio de 1974, núm. 173.

entre los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I, de la siguiente forma³⁰:

‘1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud; 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto’.

Este derecho se ha ido configurando por el legislador, y hasta la nueva regulación, ello se hacía de un modo más acorde con la titularidad universal. La cobertura sanitaria, pues, se fue ampliando de forma progresiva. Así, en relación con el reconocimiento del derecho de acceso a la atención sanitaria bonificada, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, declaró que eran titulares del derecho todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tuvieran establecida su residencia en el territorio nacional, y los extranjeros no residentes en España en la forma que las leyes y los convenios internacionales establezcan³¹. De otro lado, el artículo 3.2 de la misma Ley prevé la extensión de la asistencia sanitaria pública a la población española, en condiciones de igualdad efectiva³². Seguidamente a esta Ley se aprobó el Real Decreto 1088/1989 de 8 de septiembre por el que se extendía la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes³³. Su artículo 1 fijaba el salario mínimo interprofesional como el umbral que daba derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Hasta entonces, la asistencia sanitaria, de acuerdo con la LGS se prestaba a toda la población española a través de medios diversos. La población sin recursos económicos suficientes y que no cotizaban a la Seguridad Social tenían asistencia sanitaria a través de los hospitales de beneficencia de las distintas Administraciones. Así, el Real Decreto de 1989 extendió la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, también, a estas personas sin recursos económicos. Ello suscitaba dudas en cuanto al medio de provisión de la asistencia a la población que sí que tenían recursos económicos, pero que no cotizaban a la Seguridad

³⁰ ‘Constitución española’, 1978, artículo 43.

³¹ ‘Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad’, artículo 1.2 y 3.

³² ‘Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad’, artículo 1.2 y 3 y artículo 3.2.

³³ ‘Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes’, *Boletín Oficial del Estado*, 9 de septiembre de 1989, núm. 216.

Social. El sistema diseñado por la LGS no preveía nada al respecto, si bien, como se ha señalado, garantizaba en su artículo 3.2 la extensión de la asistencia sanitaria pública a toda la población española. Una conclusión a la que podía llegarse era que aquellos con recursos suficientes pero que no cotizaban podían acceder a la asistencia sanitaria, aunque se les exigiese por ello el abono de la tasa correspondiente³⁴.

Igualmente se aprobó el Real Decreto 63/1995 de 20 de enero³⁵ de ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, que determinaba la extensión de la cobertura sanitaria y el alcance del tratamiento sanitario al que se tiene derecho con cargo a fondos públicos³⁶. La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (en adelante, LCCSNS) extendió el modelo de aseguramiento universal y público por parte del Estado, ampliando el acceso a la asistencia sanitaria bonificada a los extranjeros, a los nacionales de los Estados de la Unión Europea y a los que tienen derechos reconocidos por las leyes, los tratados y los convenios internacionales³⁷. Se remitía a su vez a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reconocía igual derecho de asistencia sanitaria a los nacionales y a los extranjeros que estuviesen empadronados³⁸. Esta característica se mantuvo sin modificaciones con las posteriores reformas de la Ley de Extranjería (LO 8/2000, 14/2003 y LO 2/2009). Incluso en algunas Comunidades Autónomas se eliminó el requisito del empadronamiento para acceder al Sistema Nacional de Salud (en concreto, en las comunidades de Andalucía, la Comunidad Valenciana, la Región de Murcia y

³⁴ DE LA QUADRA-SALCEDO, T., 'Igualdad, derechos de los pacientes y cohesión del Sistema Nacional de Salud', en PAREJO, L., PALOMAR, A., VAQUER, M., (Coords.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, 11-36, pp. 20-21

³⁵ 'Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud', *Boletín Oficial del Estado*, 10 de febrero de 1995, núm. 35.

³⁶ DE LORA, P., 'El derecho a la protección de la salud', *Constitución y derechos fundamentales*, BETEGÓN, J., LAPORTA, F. J., DE PÁRAMO, J. R., y otros (Coords.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, 875-909, p. 878.

³⁷ 'Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud', *Boletín Oficial del Estado*, 29 de mayo de 2003, núm. 128, artículos 2.b y 3.1.

³⁸ 'Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social', *Boletín Oficial del Estado*, 12 de enero de 2000, núm. 10, artículo 12.1.

Extremadura)³⁹. El requisito del empadronamiento y la ausencia de un documento de identidad, en muchas ocasiones suponían trabas que impedían a los inmigrantes en situación irregular acceder a los servicios sanitarios. Pero, en términos generales, el sistema sanitario español garantizaba la asistencia sanitaria a la mayoría de los inmigrantes⁴⁰.

Por otra parte, a pesar de las disposiciones de la Ley 16/2003, todavía existían algunas inconsistencias derivadas de las dificultades de la superación de la separación de la sanidad del sistema de la Seguridad Social. En este sentido, estas inconsistencias conllevaban a que a muchos desempleados a los que se les agotaban las prestaciones por desempleo se les retiraba a su vez la tarjeta sanitaria y tenían que tramitar de nuevo su inclusión pasando por periodos de no cobertura⁴¹. Pero esta cuestión se abordó con la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública cuya disposición adicional sexta extendía el acceso a la asistencia sanitaria pública a todos los españoles residentes en España⁴². Así pues, esta última Ley siguió ampliando el reconocimiento del acceso a la asistencia sanitaria bonificada, en este caso, a los españoles residentes en el territorio estatal que no lo tenían reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico. Además, la Ley prevé la sujeción al principio de equidad, lo que, según el propio texto legal, implica que ‘las políticas, planes y programas que tengan un impacto en la salud de la población promoverán la disminución de las desigualdades sociales en salud’, y reconoce igualmente el derecho a la igualdad sin que pueda producirse discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social⁴³.

³⁹ MORA, A., ‘El derecho a la salud de las personas inmigrantes y su nueva regulación en el Estado español’, en DE LUCAS, J., AÑÓN, M. J., *Integración y derechos. A la búsqueda de indicadores*, Icaria, 2013, 67-102, p. 77.

⁴⁰ MORA, A., ‘La sanidad y los retrocesos en universalidad’, en TORRES, F., y GADEA, E., *Crisis, inmigración y sociedad*, Talasa, Madrid, 2015, 129-148, p. 135.

⁴¹ LEMA, C., en ‘La erosión del derecho a la salud en el Reino de España: el ataque a la universalidad’, *cit.*, p. 242.

⁴² ‘Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública’, *Boletín Oficial del Estado*, 5 de octubre de 2011, núm. 240, Disposición Adicional Sexta.

⁴³ ‘Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública’, artículos 3 a) y 6.1, Disposición Adicional Sexta.

Sin embargo, la LO 4/2000, así como la LCCSNS, han sido modificadas por el Real Decreto-ley 16/2012 de 20 de abril, que será objeto de estudio en este trabajo, y que vuelve a vincular el derecho de acceso al Sistema Nacional de Salud con la cotización a la Seguridad Social⁴⁴. Esta modificación supone grandes cambios por lo que refiere a la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria de carácter público en España, que serán explicados en el siguiente apartado de este capítulo.

De otro lado, cabe señalar que la universalización que se produjo gradualmente mediante la aprobación de la normativa estatal, se implementó en la normativa propia de las Comunidades Autónomas. En primer lugar, el Decreto vasco 26/1988 amplió la asistencia sanitaria gratuita a las personas sin recursos económicos suficientes, adelantándose al Real Decreto estatal de 1989⁴⁵. Así lo hicieron, posteriormente, la Comunidad Valenciana, Cataluña y Andalucía (Decretos 88/1989⁴⁶, 55/1990⁴⁷, y 66/1990⁴⁸, respectivamente). Más adelante, algunas Comunidades pasaron a reconocer la asistencia sanitaria a todos los residentes de su territorio (en Cataluña a través del Decreto 178/1991⁴⁹, en Navarra la Ley 10/1990⁵⁰, en el Principado de Asturias

⁴⁴ ‘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’, *Boletín Oficial del Estado*, 24 de abril de 2012, núm. 98.

⁴⁵ ‘Decreto 26/1988, de 16 de febrero, por el que se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Vasco de Salud/Osakidetza, en la Comunidad Autónoma del País Vasco a quienes carezcan de los suficientes recursos económicos y no estén protegidos por el sistema Seguridad Social’, *Boletín Oficial del País Vasco*, 24 de febrero de 1988, núm. 37.

⁴⁶ ‘Decreto 88/1989, de 12 de junio, del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se extiende el derecho a la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Valenciano de Salud a determinadas personas que carezcan de suficientes recursos económicos’, *Diari Oficial de la Comunitat Valenciana*, 23 de junio de 1989, núm. 1092.

⁴⁷ ‘Decreto 55/1990, de 5 de marzo, de regulación de la extensión de la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes’, *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, 23 de marzo de 1990, núm. 1271.

⁴⁸ ‘Decreto 66/1990, de 27 de febrero, por el que se reconoce la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Andaluz de Salud, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, a las personas sin recursos económicos suficientes, no protegidas por el sistema de la Seguridad Social’, *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, 16 de marzo de 1990, núm. 23.

⁴⁹ ‘Decreto 178/1991, de 30 de julio, de universalización de la asistencia sanitaria pública’, *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, 28 de agosto de 1991, núm. 1486.

⁵⁰ ‘Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud de Navarra’, *Boletín Oficial de Navarra*, 3 de diciembre de 1990, núm. 146.

mediante la Ley 1/1992⁵¹, en Castilla y León se aprobó la Ley 1/1993⁵², Murcia aprobó la Ley 4/1994⁵³, y Canarias la Ley 11/1994⁵⁴).

Así pues, la Ley General de Sanidad, es el marco normativo básico a partir del cual, y a través de sucesivas reformas, el sistema sanitario español evolucionó del modelo de seguridad social hacia un modelo del tipo Beveridge, con una mayor cobertura sanitaria. En resumen, como se ha explicado, el proceso de universalización de la asistencia sanitaria tuvo lugar de un modo gradual. En primer lugar, a partir de las estructuras existentes en el régimen de la Seguridad Social se fueron incluyendo colectivos no cubiertos. Ello se hizo a través de las sucesivas reformas de la LGS, con especial hincapié en el llamado Decreto de universalización de 1989. Con posterioridad, de acuerdo con las Ley Orgánica 4/2000 sobre los derechos de los extranjeros en España y la LCCSNS, 16/2003, los extranjeros en España que estuviesen empadronados quedaron incluidos en la cobertura. Se consolida pues un sistema sanitario que asume como objetivos y rasgos característicos la cobertura universal y la financiación por la vía impositiva⁵⁵. A continuación pasa a analizarse esta última característica.

b) Financiación

Como se ha comentado, la asistencia sanitaria pública española se consolida a mediados del siglo XX ligada a la afiliación y a las cotizaciones a la Seguridad Social, tanto en relación con los beneficiarios del sistema como de la forma de financiación. En relación con la cuestión de la financiación, su desvinculación con el fondo de las

⁵¹ 'Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias', *Boletín Oficial del Principado de Asturias*, 13 de julio de 1992, núm. 162.

⁵² 'Ley 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario', *Boletín Oficial de Castilla y León*, 27 de abril de 1993, núm. 77.

⁵³ 'Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia', *Boletín Oficial de la Región de Murcia*, 4 de agosto de 1994, núm. 176.

⁵⁴ 'Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias', *Boletín Oficial de Canarias*, 5 de agosto de 1994, núm. 96.

⁵⁵ MORENO, L., PÉREZ YRUELA, M., *Política social y Estado del bienestar*; Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1992, p. 121.

cotizaciones sociales se produce progresivamente por diversas circunstancias: el proceso de transferencias de las competencias sanitarias a las Comunidades Autónomas; la desaparición del Instituto Nacional de Salud (INSALUD); la aprobación de un nuevo sistema de financiación autonómico; y la financiación de la asistencia sanitaria por una vía exclusivamente presupuestaria⁵⁶.

Tras la aprobación de la Constitución, el Real Decreto-Ley 36/1979 creó el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el INSERSO para las prestaciones sociales y el Instituto Nacional de Salud para las prestaciones sanitarias⁵⁷. Sin embargo, la separación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social se formalizó con la aprobación de la LGS en 1986 la cual ya se refiere a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. El Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba la vigente Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en su artículo 38.1.a) incluye dentro de la ‘acción protectora de la Seguridad Social ‘la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo’⁵⁸. Ahora bien, según su artículo 86.2 las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales tienen carácter contributivo, teniendo carácter no contributivo las demás prestaciones sanitarias, incluidas, eso sí, en la acción protectora de la Seguridad Social⁵⁹.

De la misma forma, la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social configuró la asistencia sanitaria como una prestación no contributiva de la Seguridad Social⁶⁰. Esta Ley determinó definitivamente la supresión de la financiación contributiva de la asistencia sanitaria,

⁵⁶ VIDA FERNÁNDEZ, J., ‘Las prestaciones sanitarias del SNS: Catálogo de prestaciones y cartera de servicios’ en PAREJO, L., PALOMAR, A., VAQUER, M., (Coords.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, 37-110, pp. 39-43.

⁵⁷ ‘Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo’, *Boletín Oficial del Estado*, 18 de noviembre de 1978, núm. 276.

⁵⁸ ‘Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social’, *Boletín Oficial del Estado*, 24 de junio de 1994, núm. 154.

⁵⁹ SEMPERE, A. V., (Dir.), *Reforma de la Salud Pública y la Asistencia Sanitaria*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 440.

⁶⁰ ‘Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social’, *Boletín Oficial del Estado*, 16 de julio de 1997, núm. 169.

asumida en los Pactos de Toledo e incorporada a la citada Ley⁶¹. Hasta ese año, no se eliminaron las cotizaciones sociales como fuente de financiación de la asistencia sanitaria. De acuerdo con ello, la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999, estableció que la asistencia sanitaria se financiaría con cargo a los presupuestos generales⁶².

De otro lado, este proceso de separación entre sanidad y Seguridad Social vino acompañado, de forma paralela, por la asunción de competencias sanitarias por parte de las Comunidades Autónomas. El proceso se inicia con el traspaso de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a la Generalitat de Catalunya (de acuerdo con el Real Decreto 1571/1981, de 8 de julio, reflejo del acuerdo de la Comisión Mixta de transferencias adoptado en 1980)⁶³. Le siguieron las transferencias de las competencias sanitarias a las Comunidades de Andalucía (Real Decreto 400/1984, de 22 de noviembre⁶⁴), Comunidad Valenciana (Real Decreto, 1612/1987 de 27 de noviembre⁶⁵), Comunidad de Galicia (Real Decreto 1679/1990, de 28 de diciembre⁶⁶), y la Comunidad de Canarias (Real Decreto 446/1994, de 11 de marzo⁶⁷). Así pues, los traspasos competenciales vinieron acompañados de traspasos de recursos asignados a las distintas CCAA, que, sin embargo, atendieron a una heterogeneidad de criterios. Ello tuvo como resultado diferencias en los recursos que se asignaban a las CCAA. Posteriormente, la LGS estableció en su artículo 82 el criterio de la población

⁶¹ PEMÁN, J. M., *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, cit., p. 22.

⁶² ‘Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999’, *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 1998, núm. 313.

⁶³ ‘Real Decreto 1517/1981, de 8 de julio, sobre traspaso de servicios de la Seguridad Social a la Generalidad de Cataluña en materia de Seguridad Social (INSALUD e INSERSO)’, *Boletín Oficial del Estado*, 25 de septiembre de 1981, núm. 230.

⁶⁴ ‘Real Decreto 400/1984, de 22 de febrero, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud’, *Boletín Oficial del Estado*, 29 de febrero de 1984, núm. 51.

⁶⁵ ‘Real Decreto 1612/1987, de 27 de noviembre, sobre traspaso a la Comunidad Valenciana de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud’, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de diciembre de 1987, núm. 312.

⁶⁶ ‘Real Decreto 1679/1990, de 28 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Galicia de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud’, *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 1990, núm. 313.

⁶⁷ ‘Real Decreto 446/1994, de 11 de marzo, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Canarias de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud’, *Boletín Oficial del Estado*, 9 de abril de 1994, núm. 85.

protegida sentando las bases para la financiación de las competencias sanitarias de las CCAA⁶⁸. Ahora bien, la homogeneidad en la aplicación de los criterios de asignación de los recursos fue difícil de conseguir⁶⁹. En definitiva, las negociaciones bilaterales que acompañaron a los traspasos competenciales dieron lugar a cantidades diferentes en el coste efectivo acordado en algunas regiones⁷⁰.

Por otra parte, esta financiación de las competencias sanitarias de las CCAA se hacía de modo separado a la financiación general de las CCAA, aspecto que se modificó a partir de los acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas. Ello tuvo lugar a partir de los acuerdos de los años 1996, de 23 de septiembre⁷¹, y 1997, de 27 de noviembre⁷², y finalmente, los acuerdos de 27 de julio de 2001⁷³ determinaron que los recursos asignados a las Comunidades Autónomas lo fueran también para las competencias sanitarias y las competencias en los servicios sociales⁷⁴.

Así, se estableció un nuevo sistema de financiación autonómico, por lo que a partir del año 2001 el gasto correspondiente al Sistema Nacional de Salud pasó a integrarse en los presupuestos autonómicos. Ello tuvo lugar con la aprobación de la Ley 21/2001 de 27 de diciembre, que regula las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y

⁶⁸ ‘Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad’, artículo 82.

⁶⁹ ZORNOZA PÉREZ, J., ‘La financiación del Sistema Nacional de Salud’ en PAREJO, L., PALOMAR, A., VAQUER, M., (Coords.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, 253-284, p. 264.

⁷⁰ UTRILLA, A., ‘La financiación de la sanidad. Problemas y perspectivas’, *Política sanitària i comunitats autònomes*, Col·lecció Institut d’Estudis Autonòmics, Barcelona, 2007, 91-122, p. 95.

⁷¹ Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, ‘Acuerdo 1/1996, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas para el quinquenio 1997-2001’, 1996.

⁷² Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, ‘Resolución de 26 de octubre 1998, de la Dirección General de Coordinación con las Haciendas territoriales, por la que se ordena la publicación del Acuerdo 1/1997, de 27 de noviembre, por el que se aprueba el Sistema de Financiación de los Servicios de Sanidad en el periodo 1998-2001’, 1997.

⁷³ Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, ‘Acuerdo 2/2001, de 27 de julio, por el que se aprueba el Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común’, *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 2001 (Acuerdo publicado en el BOE como Título I de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre).

⁷⁴ ZORNOZA PÉREZ, J., ‘La financiación del Sistema Nacional de Salud’, *cit.*, p. 255 y ss.

ciudades con Estatuto de Autonomía⁷⁵. A esta Ley se incorporaron los citados acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera. Con todo, se aprobó la Ley Orgánica, 7/2001, de 27 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, para incorporar las recientes modificaciones⁷⁶. De esta forma, las Comunidades Autónomas pasaron a tener autonomía en cuanto a la financiación y gasto de la sanidad. En el marco del nuevo sistema de financiación, las prestaciones sanitarias se cubren a través de los tributos recaudados por las Comunidades Autónomas. Un año más tarde, desapareció el INSALUD (a través del Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, que modifica y desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y Consumo)⁷⁷.

Asimismo, cabe señalar el principio de corresponsabilidad financiera en la financiación de las prestaciones sanitarias, que viene establecido por el artículo 10 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud⁷⁸. Con ello, en principio, se asegura la suficiencia financiera, pues las Comunidades Autónomas están obligadas a destinar a la financiación de estas prestaciones un mínimo previamente determinado. Si bien, ello puede generar nuevos problemas como el desfase entre la fijación de las prestaciones básicas por el Estado y su financiación por las CCAA⁷⁹.

Todo ello derivó en que dejase de tener sentido la distinción entre asistencia sanitaria de la Seguridad Social y la asistencia ofrecida al margen de la misma, quedando la primera absorbida en la segunda. Ahora bien, la separación de la asistencia sanitaria del ámbito de la Seguridad Social no fue absoluta, tal y como

⁷⁵ ‘Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía’, *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre, núm. 313.

⁷⁶ ‘Ley Orgánica, 7/2001, de 27 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas’, *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 2001, núm. 313.

⁷⁷ ‘Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo’, *Boletín Oficial del Estado*, 3 de agosto de 2002, núm. 185.

⁷⁸ ‘Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud’, artículo 10.

⁷⁹ VIDA FERNÁNDEZ, J., ‘Las prestaciones sanitarias del SNS: Catálogo de prestaciones y cartera de servicios’, *cit.*, p. 72.

queda evidenciado por la existencia de regímenes especiales de la Seguridad Social para determinados grupos de funcionarios que prevé prestaciones sanitarias específicas para los colectivos incluidos en tales regímenes especiales. Estos regímenes especiales son, el de MUFACE, para los funcionarios civiles del Estado; ISFAS, para el personal de las Fuerzas Armadas; y MUGEJU para el personal de la Administración de Justicia. Además, la gestión administrativa que regula el acceso a las prestaciones sanitarias continúa siendo el del sistema de la Seguridad Social, a falta de una implementación adecuada de la tarjeta sanitaria⁸⁰.

En conclusión, por lo que se refiere a la financiación de las prestaciones sanitarias, en España se ha evolucionado desde las cotizaciones de la Seguridad Social, a un método que encuentra en la recaudación tributaria, en el marco del sistema de financiación autonómico, su fuente de financiación.

c) Organización territorial de la asistencia sanitaria

Cabe añadir una breve referencia a la organización de la asistencia sanitaria entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y en concreto, a cómo se distribuyen las competencias sanitarias entre los diferentes entes territoriales. En esta cuestión ha de partirse del título VIII de la Constitución que reserva, en su artículo 149.1.16^a, la regulación de las bases y la coordinación general de la sanidad al Estado, mientras posibilita la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas⁸¹.

Estas previsiones constitucionales se han ido desarrollando progresivamente. En este desarrollo es determinante la enmarcación, en un principio, de la asistencia sanitaria como prestación de la Seguridad Social, y la posterior consideración de las prestaciones sanitarias como prestaciones autónomas. Así, en un inicio, el Estado tenía centralizadas las funciones sanitarias con la creación del Ministerio de sanidad y

⁸⁰ *Ibid.*, p. 68.

⁸¹ ‘Constitución española’, 1978, artículo 149.1.16^a.

Seguridad Social en 1977 y su agrupación en el Instituto Nacional de Salud (INSALUD). Con el sistema de la seguridad social, las prestaciones sanitarias quedaban bajo el título competencial exclusivo del Estado de regulación de las bases y el régimen económico de la Seguridad Social (artículo 149.1.17ª CE). Entonces, las competencias autonómicas eran meramente ejecutivas⁸². Tras la separación de la asistencia sanitaria del ámbito de la Seguridad Social, es de aplicación el artículo 149.1.16ª que prevé la competencia del Estado en la legislación básica y la coordinación de la sanidad⁸³. De esta forma, las CCAA pueden asumir funciones no únicamente ejecutivas sino también legislativas⁸⁴.

Así, el Estado ha ido transfiriendo competencias a las Comunidades Autónomas. Tanto del texto constitucional como de la LGS se desprende que corresponde al Estado la planificación y la coordinación del sistema sanitario, la ordenación de la sanidad exterior, la legislación sobre productos farmacéuticos, la alta inspección así como todas las atribuciones que correspondiendo a las CCAA no sean asumidas por las mismas⁸⁵. A las CCAA les corresponden las funciones asumidas por los respectivos Estatutos de Autonomía y otras que puedan asumir siempre que no sean exclusivas del Estado⁸⁶. Por ejemplo, la asistencia sanitaria, sanidad e higiene laboral y la ordenación y productos farmacéuticos⁸⁷. Cabe tener en cuenta, además, las pautas mínimas para los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, que establece la legislación básica⁸⁸.

⁸² Según el artículo 149.1.17ª CE, corresponde al Estado como competencia exclusiva la ‘Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas’, Constitución española, 1978, artículo 149.1.17ª.

⁸³ En concreto, el precepto constitucional establece la competencia exclusiva del Estado en la ‘Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos’, Constitución española, 1978, artículo 149.1.16ª.

⁸⁴ VIDA FERNÁNDEZ, J., ‘Las prestaciones sanitarias del SNS: Catálogo de prestaciones y cartera de servicios’, *cit.*, p. 44.

⁸⁵ ‘Constitución española’, 1978, artículos 149.1.16ª y 149.3; y ‘Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad’, artículos 38 a 40 y 43.

⁸⁶ ‘Constitución española’, 1978, artículo 148.1.21ª y ‘Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad’, artículo 41.

⁸⁷ CENTELLA, M., ‘El gasto en sanidad’, en GONZÁLEZ TEMPRANO, A., *La consolidación del Estado del Bienestar en España*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, Madrid, 2003, pp. 169-239, p. 172.

⁸⁸ ‘Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad’, artículos 49 y ss.

El proceso de transferencia de funciones en materia de sanidad ha sido asimétrico según la Comunidad Autónoma. Se trata de un proceso en el que las Comunidades asumieron competencias en distinto tiempo y en el que, de otro lado, se dieron dificultades para el traspaso de las funciones que se derivaban, entre otros factores, de la necesidad de reformar los estatutos de autonomía, de aprobar de leyes de transferencia, etc.⁸⁹. En cualquier caso, las Comunidades Autónomas han ido creando sus propios Servicios de Salud, integrados por centros, servicios y establecimientos de la comunidad.⁹⁰

En este sentido, muchos estatutos autonómicos recogen la salud como un derecho cuya garantía es responsabilidad de los poderes públicos y como derecho universal. Por ejemplo, el Estatuto de Cataluña de 2006 reconoce en su artículo 23.1 el derecho de todas las personas a acceder ‘en condiciones de igualdad y gratuidad a los servicios sanitarios de responsabilidad pública, en los términos que se establecen por Ley’⁹¹. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha diferenciado a este respecto entre derechos fundamentales y derechos estatutarios, señalando que los reconocidos por los Estatutos no pueden alterar los derechos fundamentales, los cuales únicamente podrían venir reconocidos por el legislador constituyente, y no por un legislador autonómico que reconozca derechos cuyo ámbito de aplicación es restringido⁹². Estos derechos no se considerarían fundamentales sino como derechos estatutarios cuya eficacia queda restringida⁹³.

De esta forma, el Sistema Nacional de Salud está integrado por los Servicios de Salud de la Administración General del Estado y los Servicios de Salud de las

⁸⁹ Puede consultarse el proceso de asunción de funciones por las Comunidades Autónomas en CENTELLA, M., ‘El gasto en sanidad’, *cit.*, pp. 169-239, p. 173.

⁹⁰ ‘Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad’, artículo 50.

⁹¹ ‘Ley Orgánica, 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña’, *Boletín Oficial del Estado*, 20 de julio de 2006, núm. 172, artículo 23.1.

⁹² Tribunal Constitucional, ‘Sentencia 31/2010, 28 de junio’ (FJ 16).

⁹³ Para un análisis más exhaustivo de esta cuestión puede leerse VAQUER, M., ‘Derechos sociales, crisis e igualdad’, *Informe Comunidades Autónomas 2011*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2012, 75-97, p. 78.

Comunidades Autónomas⁹⁴. Estos últimos están estructurados en demarcaciones territoriales de carácter funcional, las Áreas de Salud, por lo que, en cada Comunidad Autónoma puede diferenciarse, a nivel central, el Servicio Autonómico de Salud, y a nivel periférico, las distintas Áreas de Salud⁹⁵. De otro lado, el sistema sanitario en Ceuta y Melilla funciona de manera distinta, pues las Áreas de Salud de estas Ciudades Autónomas están integradas en la Administración General del Estado, a través del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria⁹⁶. Así pues, dado el nivel de asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas en materia de sanidad, solo en el caso de Ceuta y Melilla se presta la asistencia sanitaria por el Estado a través del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), si bien en todo caso el Estado mantiene las competencias mencionadas anteriormente, relativas a una coordinación general y la sanidad exterior, entre otras⁹⁷.

Por último, cabe añadir una última referencia en relación con el catálogo de prestaciones sanitarias y su organización por parte de las Comunidades Autónomas. De acuerdo con la LCCSNS, el catálogo de prestaciones está constituido por los ‘servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos y rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud’⁹⁸. En el catálogo se incluyen las prestaciones de salud pública, la atención primaria, la atención especializada, la atención socio-sanitaria, la atención de urgencia, prestación farmacéutica, etc. Asimismo, las carteras de servicios tienen carácter instrumental y se refiere a un conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos para hacer efectivas las prestaciones⁹⁹. Aquí cabe distinguir entre la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y las carteras de servicios de las CCAA. En cuanto a la primera, se incluyen la cartera básica de servicios, la suplementaria y la cartera de servicios accesorios¹⁰⁰. Cabe destacar que es la cartera básica de servicios asistenciales la que

⁹⁴ ‘Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad’, artículo 44.2.

⁹⁵ ‘Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad’, artículo 56.1.

⁹⁶ SEMPERE, A. V., (Dir.), *Reforma de la Salud Pública y la Asistencia Sanitaria*, cit., p. 153.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 443.

⁹⁸ ‘Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud’, artículo 7.1.

⁹⁹ ‘Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud’, artículo 8.1.

¹⁰⁰ ‘Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud’, artículo 8.2.

comprende todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación¹⁰¹. Por otra parte, las Comunidades Autónomas pueden aprobar sus respectivas carteras de servicios complementarias, que incluirán en todo caso las carteras básica, suplementaria y de servicios accesorios del Sistema Nacional de Salud, a las que podrán añadir una técnica, servicio o procedimiento no contemplado por aquellas, debiendo establecer los recursos adicionales necesarios para ello¹⁰².

d) Provisión

A continuación se abordará como último aspecto relevante en la organización de servicios sanitarios, la forma de provisión de los mismos, directamente a través de la Administración o a través de la gestión de empresas privadas.

En general, en cuanto a la gestión de los servicios públicos, en principio, no hay un monopolio de la Administración en la materia. En este sentido, es posible la cesión de la gestión del servicio a través de las formas ordinarias admitidas, como son la concesión arrendamiento, el concierto, mutualismos cooperativos, etc. Igualmente, sería posible la nacionalización, con o sin monopolio, la personificación, la empresa pública, etc¹⁰³. Así pues, se mantendría una separación posible entre la titularidad del servicio, que es de la Administración, pudiendo ser compartida con el sector privado si no hay exclusividad en régimen de monopolio, y la gestión del mismo, que puede reservarse asimismo a la Administración. Asimismo, se permiten otras formas de gestión como las mencionadas anteriormente.

En concreto, por lo que se refiere al servicio público de la asistencia sanitaria, la Constitución no establece nada al respecto de la forma de gestión del servicio público

¹⁰¹ ‘Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud’, artículo 8 bis, apartado 1.

¹⁰² ‘Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud’, artículo 8 quinquies.

¹⁰³ SERRANO TRIANA, A., *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado del bienestar*, cit., p. 92.

sanitario, por lo que es el legislador el que habrá de decidir. En principio, no existe un monopolio público sobre el sector sanitario, si bien el mantenimiento del servicio público de la sanidad parece impuesto por el artículo 43.2 CE, según el cual compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios¹⁰⁴. No sería posible, pues, liberalizar el sector, pero sí sería posible privatizar la gestión de los centros públicos sanitarios así como adscribir centros privados al SNS. No obstante, si bien este tipo de prácticas no parecen prohibidas por la Constitución ni la legislación vigente, sí que será necesario adoptar cautelas para garantizar que la asistencia se presta en condiciones de igualdad, lo que sí que viene exigido para garantizar la efectividad del derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 CE¹⁰⁵.

Asimismo, se ha de tener en cuenta la LGS y la normativa autonómica. Por lo que se refiere a la primera, la LGS establece el principio de gestión unitaria por áreas de Salud, de los centros y establecimientos del Servicio de Salud de cada Comunidad Autónoma¹⁰⁶. Estos centros, según la misma Ley, podrán ser públicos o privados. En el segundo caso, se trata de centros privados vinculados a la red pública en virtud de convenios o conciertos¹⁰⁷. Ahora bien, la Ley no contiene disposición alguna que expresamente se refiera a la gestión de los centros. Por otra parte, se ha de atender a la normativa autonómica, puesto que la gestión sanitaria se realiza de forma desconcentrada, en virtud de la potestad de auto-organización de cada Comunidad Autónoma en sus respectivos Servicios de Salud¹⁰⁸. A nivel autonómico, la gestión se realiza a través de las Áreas de Salud de las CCAA, así como desde los órganos centrales del Servicio Autonómico de Salud. De esta forma, existen órganos de dirección y de gestión a nivel central de cada Comunidad como a nivel periférico en las Áreas de Salud. En cuanto a la forma de gestión que se adopte, como se ha

¹⁰⁴ ‘Constitución española’, 1978, artículo 43.2.

¹⁰⁵ ESCOBAR, G., ‘El derecho a la salud’ en NOGUERA, A., GUAMÁN, A., *Lecciones sobre Estado Social y derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014, 451-476, p. 457.

¹⁰⁶ ‘Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad’, artículo 56.2.

¹⁰⁷ ‘Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad’, artículos 67 y 90 respectivamente.

¹⁰⁸ ‘Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad’, artículo 42.1.

señalado, la LGS no expresa nada al respecto, por lo que se habrá de atender a cada Comunidad Autónoma y a la forma de gestión que se adopte en cada territorio.

Actualmente, está en vigor la Ley 15/1997 de habilitación de nuevas formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud, que, como su nombre indica, habilita la adopción de las diferentes formas de gestión para la prestación de los servicios sanitarios¹⁰⁹. En este punto cabe tratar el aumento progresivo de la utilización de formas privadas de gestión de los servicios sanitarios. En España, el inicio de las tendencias de privatización de la gestión del servicio público sanitario se sitúa en la elaboración del informe que se conoce como ‘Informe Abril’, en julio de 1991¹¹⁰. En el mismo se proponía la separación de las funciones de financiación (pública) y de provisión (pública y privada) de los servicios sanitarios (recomendación 7); la posibilidad de que hospitales se transformen en sociedades estatales con sometimiento a las reglas del Derecho privado (recomendación 13), así como la mejora de los contratos de concertación de servicios (recomendación 25). El informe asimismo incluía en su recomendación 44 la limitación de las prestaciones básicas que habrían de cubrirse mayoritariamente con recursos públicos. Más tarde, en 1996 tiene lugar la legislatura del Partido Popular y la aprobación un año más tarde de la Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, a la que se ha hecho referencia anteriormente. En definitiva, en el artículo único de esta Ley se establece que la gestión y administración de los centros sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria ‘podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho’¹¹¹. Asimismo, el apartado segundo de este precepto establece que la prestación y gestión de los servicios

¹⁰⁹ ‘Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud’, *Boletín Oficial del Estado*, 26 de abril de 1997, artículo único.

¹¹⁰ La presentación de las conclusiones del informe en el Congreso puede consultarse en el siguiente enlace: Cortes Generales, ‘Informe de la Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud’, *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, 1991, núm. 306. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.congreso.es/public_oficiales/L4/CONG/DS/CO/CO_306.PDF

¹¹¹ ‘Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud’, artículo único.

sanitarios y sociosanitarios ‘podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad’¹¹². La aprobación de la Ley dio lugar a una progresiva privatización de la gestión del servicio público sanitario que, sin embargo, no se llevó a cabo tanto a nivel estatal como en el de algunas Comunidades Autónomas¹¹³.

5.1.3. El sistema sanitario español hacia el modelo Beveridge y la cobertura universal

De esta forma, el sistema sanitario español que se sitúa con posterioridad al período franquista, a raíz de la aprobación de la Constitución de 1978 y de la LGS de 1986 y sucesivas reformas, hasta 2012, no solo ofrecía cobertura a los trabajadores y sus familiares o personas dependientes de los mismos, sino a todos los españoles y a los extranjeros que estuviesen registrados en el padrón municipal, según la Ley Orgánica 4/2000 y la LCCSNS 16/2003. Se superaron, pues, las condiciones comunes en otros sistemas sanitarios que se han tratado en este trabajo, como la dependencia de la participación en la seguridad social, y la exigencia de estatus administrativos restrictivos como la residencia legal.

Por una parte, el sistema sanitario superó la condición de formar parte del sistema de la Seguridad Social para tener acceso a la asistencia sanitaria, ya se trate de asegurados, o de forma indirecta, los beneficiarios de un asegurado. Antes de que la salud se protegiera de forma independiente del sistema de la Seguridad Social, desde

¹¹² ‘Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud’, artículo único, apartado segundo.

¹¹³ Por ejemplo, la Generalitat de Catalunya aprobó la Ley 15/1990 de 9 de julio, introduciendo un mecanismo por el que se crea el Servicio Catalán de la Salud que transfiere competencias de gestión de la atención primaria y hospitalaria a empresas públicas sometidas al derecho privado, a través de la fórmula del consorcio. Además, cabe la posibilidad de creación de entidades de carácter asociativo en las que los profesionales sanitarios participan de la propia gestión. Asimismo, en el País Vasco se aprueba la Ley 8/1997, de 26 de junio, que introduce la fórmula del contrato-programa, regulada por el artículo 91 de la Ley General Presupuestaria.

las estructuras de ese modelo sanitario, como se ha explicado, se incluyeron algunos colectivos no cubiertos, en especial las personas sin recursos económicos suficientes (Real Decreto 1088/1989)¹¹⁴. Se introdujo, pues, la prestación característica de los modelos liberales o residuales de bienestar, que presentan rasgos de beneficencia. Sin embargo, la atención sanitaria universal no estaba asegurada. En primer lugar, porque todavía quedaban grupos de personas sin cobertura a cargo de fondos públicos, como las personas que no cotizaban a la Seguridad Social y con recursos económicos suficientes. En segundo lugar, porque, aunque diferentes colectivos se fueran incluyendo en la cobertura, las inclusiones adoptaban la forma de excepciones que se reconocían a los que desde un primer momento no cumplían con los requisitos exigidos. En consecuencia, la asistencia sanitaria universal no quedaba reconocida desde un primer momento. No fue, pues, hasta que se evolucionó desde el modelo sanitario de seguridad social hacia un modelo del tipo Beveridge, que el acceso a las prestaciones sanitarias no se veía condicionado a la contribución a la Seguridad Social desde un primer momento, o desde el punto de partida.

En esta línea, una atención sanitaria independiente de las estructuras de la Seguridad Social se sitúa de forma más acorde con el reconocimiento del derecho a la protección de la salud del artículo 43 de la Constitución, el cual no habría de encontrar su fundamento en el artículo 41 del mismo texto (que reconoce la seguridad social) sino en el artículo 15, sobre el derecho a la vida y la integridad física de la persona¹¹⁵. Así pues, el derecho a la salud y el derecho a la seguridad se reconocen en el texto constitucional de forma separada. Además, no es conveniente una visión ‘productivista’ de la asistencia sanitaria, lo cual no quita que una dimensión esencial del derecho a la salud sea la salud laboral, la protección al trabajador en este sentido, por ejemplo, el reconocimiento de la seguridad e higiene en el trabajo¹¹⁶.

¹¹⁴ ‘Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes’.

¹¹⁵ ‘Constitución española’, 1978, artículos 15 y 43.

¹¹⁶ DEL REY GUANTER, S., ‘El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional’, en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 6, 1998, 161-168, pp. 165-166.

Por lo demás, la superación del modelo sanitario de seguridad social también tuvo lugar con relación a la forma de financiación, quedando el Sistema Nacional de Salud financiado a raíz principalmente de fuentes presupuestarias. Ello, a su vez, puede contribuir a una mayor redistribución de la renta y a una disminución de las desigualdades, si la vía presupuestaria también se nutre de impuestos de carácter progresivo, como en el caso de España, por ejemplo, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o el Impuesto sobre el Patrimonio.

Por otra parte, progresivamente, se extendió la cobertura del Sistema Nacional de Salud a los extranjeros con el único requisito del empadronamiento, de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000 y la LCCSNS, 16/2003. Así, el sistema sanitario español superaba, igualmente, el requisito de la residencia legal para el acceso al mismo, ofreciendo cobertura a la población residente en España, independientemente de la nacionalidad o la residencia legal. La residencia legal, como se trató en el primer capítulo, depende de condiciones restrictivas como la realización de un trabajo, la existencia de recursos materiales, o vivir en un territorio durante un período largo de tiempo. En todo caso, son condiciones de las que no puede depender el disfrute de los derechos. Si bien la cobertura quedaría condicionada al requisito del empadronamiento, este es un requisito menos exigente, a través del cual todavía se puede garantizar una cobertura amplia adecuada.

5.2. RETROCESOS EN UNIVERSALIDAD: EL REAL DECRETO-LEY 16/2012

El sistema sanitario español alcanzó una independencia relativa de las estructuras de la Seguridad Social, por lo que se refiere a la forma de financiación y al acceso a las prestaciones. Ahora bien, en el año 2012, la aprobación y entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, que se explica a continuación, vuelve a vincular la titularidad del derecho a acceder a las prestaciones sanitarias a la participación en la Seguridad Social. Igualmente, también se ha retrocedido en la

protección a la población inmigrante en situación irregular que se había alcanzado para aquellos que estuviesen registrados en el padrón municipal. Asimismo, también otros colectivos resultan afectados.

Estas restricciones en la asistencia sanitaria se enmarcan en un contexto de reducción del gasto público destinado a servicios públicos y sociales en España. Actualmente y desde hace varios años se atraviesa no solo una grave crisis económica, también se asiste a un deterioro del modelo de Estado del bienestar. A continuación, en primer lugar, se hará una referencia breve a este contexto. Posteriormente, tendrá lugar la explicación de la reforma sanitaria de 2012, de sus consecuencias y la situación actual. Por último, un tercer subapartado analizará estos cambios desde la universalidad de la asistencia sanitaria.

5.2.1. Crisis y transformación de los Estados del bienestar

Como se ha explicado en el tercer capítulo, una de las características principales de los Estados del bienestar es la provisión de recursos y políticas sociales. Así pues, se consolidó un sistema económico que era compatible con la función social del Estado del bienestar y permitió la provisión de servicios sociales tales como la asistencia sanitaria, así como la redistribución de la renta. Es lo que se han llamado los *años dorados* del Estado del bienestar¹¹⁷.

Sin embargo, desde los años setenta y acentuándose en los años noventa del siglo XX, se produce una crisis del Estado del bienestar y se cuestiona su sostenibilidad no ya únicamente desde corrientes liberales sino también desde las clásicamente marxistas. Entre los motivos se encuentran el desempleo estructural, el final del crecimiento económico, la inflación o la crisis fiscal¹¹⁸. También, influyendo

¹¹⁷ OCHANDO, C., *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 40.

¹¹⁸ PICO I LOPEZ, J., 'Teorías sobre el Welfare State', *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 70, 1986, 41-62, p. 42.

más en la atención sanitaria, el envejecimiento de la población y la mayor demanda de servicios sanitarios. Pero en esta crisis del Estado de bienestar cabe mencionar otras circunstancias como la ofensiva al intervencionismo del Estado, la mayor importancia del mercado en la distribución de los recursos, el déficit público, y la lucha contra el mismo a través de una política de contención del gasto¹¹⁹. Ya fuese para aumentar la eficiencia de los servicios o por razones de preferencia por otro determinado modelo económico y de gestión de los servicios, una de las medidas fue la introducción de formas privadas de gestión. Además, se aplicaron políticas de contención del gasto público. Así, cualquiera que fuese la causa de la crisis, las estrategias que se utilizaron para superarlas fueron las de restablecer las virtualidades del mercado y reducir la actuación del Estado¹²⁰.

Las políticas de contención del gasto público en España se iniciaron de forma intensa en el marco de la crisis económica de los años 2007-2008, si bien la reducción del presupuesto destinado a sanidad se produjo unos años más tarde¹²¹. Estas políticas de contención del gasto sanitario han tenido lugar a través de dos mecanismos. De un lado, se aplican sobre la demanda de servicios sanitarios, por ejemplo, a través del pago de una parte de los mismos por parte de los usuarios. De otro lado, los mecanismos de contención de gasto se aplican también sobre la oferta, como es el caso de limitar el gasto sobre la oferta de medicamentos, infraestructuras o equipamiento de hospitales¹²². En este sentido, la introducción del artículo 135 de la Constitución supuso un cambio sustancial de gran calado en tanto en cuanto se trata de principio que opera como un valor estructural condicionante de la actuación de los poderes públicos y del mantenimiento del Estado social, de acuerdo con el propio preámbulo de la Constitución. El artículo 135 de la Constitución, en definitiva, implica que, al superar los límites de déficit público, no será posible un aumento del

¹¹⁹ GONZÁLEZ TEMPRANO, A., 'El Estado del bienestar en los años noventa', en GONZÁLEZ TEMPRANO, A. (Coord.); *La consolidación del Estado del bienestar en España*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, Madrid, 2003, 17-65, p. 23-25.

¹²⁰ DE CABO, C., 'Democracia y Derecho en la crisis del Estado social', *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 118-119, 1994, 63-77, p. 67.

¹²¹ LEMA, C., 'La erosión del derecho a la salud en el Reino de España: el ataque a la universalidad', *cit.*, p. 224.

¹²² LEMA, C., *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 47.

gasto social mientras no se incrementen los ingresos, excepto en casos de peligro para la situación financiera o la sostenibilidad económica o social¹²³. Se volverá a este artículo en el último capítulo del trabajo, al tratar los fines que se consideran legítimos para limitar derechos sociales según el ordenamiento jurídico español.

Con la misma justificación de ahorro en las cuentas sanitarias públicas, se han operado radicales modificaciones por lo que se refiere a la titularidad del derecho de acceso al Sistema Nacional de Salud. Así, en la materialización de las reformas de contención de gasto público en la provisión de asistencia sanitaria en España tiene un papel principal la aprobación del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, y su normativa de desarrollo, cuestión que pasamos a abarcar.

5.2.2. El Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril

Hasta el año 2012, el acceso a la asistencia sanitaria en España se extendió progresivamente a diferentes colectivos hasta alcanzar, aun con algunas excepciones, un alto nivel de cobertura. Como se ha señalado en el primer apartado, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, declaró que eran titulares del derecho todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tuvieran establecida su residencia en el territorio nacional, y los extranjeros no residentes en España en la forma que las leyes y los convenios internacionales establezcan¹²⁴. Posteriormente, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud¹²⁵, reguló el acceso a la asistencia sanitaria a los españoles y los extranjeros, a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y a los nacionales de terceros Estados que tenían derechos reconocidos por las leyes, los tratados y los convenios internacionales. Se remitía a su vez a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades

¹²³ ‘Constitución española’, 1978, artículo 135.

¹²⁴ ‘Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad’, artículo 1.2 y 3.

¹²⁵ ‘Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud’, artículo 3.

de los extranjeros en España y su integración social¹²⁶, cuyo artículo 12 reconocía igual derecho de asistencia sanitaria a los nacionales y a los extranjeros que estuviesen empadronados.

Sin embargo, esta regulación se modificó con la aprobación del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril¹²⁷, y su posterior desarrollo por el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto¹²⁸, que pasa a analizarse a continuación. Así, en este subapartado se analiza esta norma, sus consecuencias para la titularidad universal del derecho a la salud y la situación actual de la misma, en relación, por ejemplo, a su aplicación y algunas incidencias comunes encontradas.

a) Explicación del Real Decreto-ley 16/2012 y otra normativa relevante

El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril reformó el artículo 3 de la Ley 16/2003 introduciendo las categorías de los ‘asegurados’ y los ‘beneficiarios de un asegurado’¹²⁹. Igualmente, la Disposición final tercera del Real Decreto-ley 16/2012 modificó el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de forma que, a partir de ese momento, ‘los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria’¹³⁰.

En cuanto a la motivación de la aprobación de la norma, el preámbulo del Real Decreto-ley 16/2012 justifica la nueva regulación, principalmente, en la necesidad de hacer frente a una situación de insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias.

¹²⁶ ‘Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social’, artículo 12.

¹²⁷ ‘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’.

¹²⁸ ‘Real Decreto 1192/2012 de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud’, *Boletín Oficial del Estado*, 4 de agosto de 2012, núm. 186.

¹²⁹ ‘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’.

¹³⁰ ‘Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social’, artículo 12.

También, añade, se hace imprescindible incorporar los nuevos avances que han tenido lugar en la medicina molecular, en la innovación terapéutica, en geómica y proteómica, y en el desarrollo de nuevos fármacos, lo cual hace necesario incrementar el gasto sanitario¹³¹. Además, la Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad señaló, en el debate sobre la convalidación en el Congreso del decreto-ley 16/2012, de fecha de 17 de mayo, que ‘otro problema es la falta de adaptación de la legislación española a la normativa europea, que ha abierto las puertas a los abusos del llamado turismo sanitario y ha ocasionado gastos indebidos por valor de más de 1.000 millones de euros en un solo ejercicio económico, en el año 2009’¹³². Así, una de las razones de la aprobación de la norma que se alegaron fue, pues, solucionar el llamado ‘turismo sanitario’ por parte de ciudadanos europeos.

Ya por lo que se refiere a las modificaciones introducidas, por una parte, según la nueva redacción dada al artículo 3 de la Ley 16/2003, la condición de asegurado se ostenta únicamente por quienes se encuentren en alguna de las siguientes circunstancias¹³³:

1. ° 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.
2. ° Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.
3. ° Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, como la prestación y el subsidio por desempleo u otras de similar naturaleza.
4. ° Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, encontrarse en situación de desempleo, no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título y residir en España.

¹³¹ ‘Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril’, preámbulo.

¹³² Cortes Generales, ‘Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente’, año 2012, X Legislatura, Núm. 31, Sesión plenaria núm. 30 celebrada el 17 de mayo de 2012. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&QUERY=%28CDP201205170031.CODI.%29#\(Página56\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&QUERY=%28CDP201205170031.CODI.%29#(Página56))

¹³³ ‘Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud’, artículo 3.

Además, también se consideran ‘asegurados’ aquellas personas de nacionalidad española, de un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, o nacionales de terceros Estados con autorización de residencia, que acrediten no superar un límite de ingresos fijado en cien mil euros en cómputo anual¹³⁴. La determinación reglamentaria del límite de ingresos ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, como se analizará con mayor detalle en el último apartado del próximo capítulo.

Asimismo, también pueden tener reconocida la asistencia sanitaria los ‘beneficiarios’ de un asegurado. Se consideran beneficiarios, siempre que se resida en España, por quien respecto del asegurado sea: 1) el cónyuge o pareja de hecho; 2) el ex cónyuge a cargo del asegurado; 3) los descendientes y personas asimiladas (menores sujetos a tutela o acogimiento legal) a cargo del asegurado o del cónyuge o ex cónyuge a cargo del asegurado, que sean menores de veintiséis años; 4) los descendientes y personas asimiladas a cargo del asegurado o de su cónyuge o ex cónyuge a cargo del mismo, que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%; y 5) las hermanas y los hermanos de la persona asegurada.

A los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en territorio español se les reconoce una asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente, así como de asistencia al embarazo, parto y postparto. De otro lado, a los extranjeros menores de dieciocho años se les garantiza la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles¹³⁵.

Más allá de esta atención mínima a los extranjeros adultos en situación irregular, las personas no consideradas como aseguradas ni beneficiarias del SNS podrán tener acceso a las prestaciones sanitarias mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio

¹³⁴ ‘Real Decreto-ley 1192/2012 de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud’, artículo 2.1.b).

¹³⁵ ‘Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud’, artículo 3 ter.

especial, de acuerdo con la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 1992/2012. La figura del convenio especial fue regulada por el 576/2013, de 26 de julio, cuyo artículo 3 especifica los requisitos para la suscripción del convenio¹³⁶. Estos requisitos son: a) Acreditar la residencia efectiva en España durante un período continuado mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud del convenio especial; b) Estar empadronadas, en el momento de presentar la solicitud de suscripción del convenio especial, en algún municipio perteneciente al ámbito territorial al que extienda sus competencias la administración pública competente para su suscripción; c) No tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título, ya sea por aplicación de la normativa nacional, de los reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que en dicha materia hayan sido suscritos por España con otros países. De otro lado, las contraprestaciones económicas que deben abonarse para pasar a tener cobertura sanitaria varían según la edad del suscriptor del convenio: ‘a) Si el suscriptor tiene menos de 65 años: cuota mensual de 60 euros; b) Si el suscriptor tiene 65 o más años: cuota mensual de 157 euros’ (artículo 6).

b) Colectivos afectados

Una de las consecuencias de la nueva regulación del acceso al Sistema Nacional de Salud es que determinados colectivos de personas se quedan sin poder acceder a una atención sanitaria adecuada con cargo a fondos públicos. Como se ha explicado, más allá del reconocimiento de unos servicios mínimos, la norma excluye del acceso regular al Sistema Nacional de Salud a determinados colectivos que no tienen uno de los vínculos con la Seguridad Social necesarios para ser considerados como ‘asegurados’ o ‘beneficiarios’.

¹³⁶ ‘Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud’.

En la práctica, el colectivo más afectado por la norma finalmente resulta ser la población inmigrante en situación irregular en España, debido a una serie de factores. En primer lugar, por las dificultades que enfrentan para obtener un contrato de trabajo y en consecuencia darse de alta en la Seguridad Social, figurar como pensionistas, como perceptores de prestaciones periódicas del Sistema de Seguridad Social, o cobrar subsidio de desempleo¹³⁷. En segundo lugar, además, no se les reconoce la posibilidad de ser atendidos cuando no superen el límite de los cien mil euros anuales. Cabe recordar, pues, que la norma reconoce una excepción a la necesaria vinculación con la Seguridad Social y la adquisición de la condición de ‘asegurado’, cuando establece que también se consideran ‘asegurados’ aquellas personas de nacionalidad española, de un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, o nacionales de terceros Estados con autorización de residencia, que acrediten no superar un límite de ingresos fijado en cien mil euros en cómputo anual¹³⁸. No se tienen en cuenta las personas extranjeras nacionales de terceros Estados sin autorización de residencia. En tercer lugar, existe el riesgo de que también pueda excluirse a los extranjeros no autorizados como residentes en España de uno de los supuestos en que podrían tener la condición de asegurado por su vinculación a la Seguridad Social. Así, el artículo 3.2.d) de la Ley 16/2003, en su nueva redacción, establece el supuesto de haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, encontrarse en situación de desempleo, no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título ‘y residir en España’¹³⁹. No se sabe con certeza si con el requisito de residencia en España la norma se refiere a una residencia legal o simplemente a una residencia de hecho.

Asimismo, la norma también niega el derecho de acceso regular al SNS a las personas que no se consideran aseguradas, por no tener un vínculo con la Seguridad

¹³⁷ APRELL, C., ‘El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: los efectos del Real Decreto-ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones’, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 32, 2013.

¹³⁸ ‘Real Decreto-ley 1192/2012 de 3 de agosto’, artículo 2.1.b).

¹³⁹ ‘Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud’, artículo 3.2.d).

Social, y por superar el límite de ingresos de cien mil euros anuales, determinación reglamentaria actualmente declarada inconstitucional. Por ejemplo, los españoles mayores de veintiséis años que no hayan cotizado nunca en la Seguridad Social y que tengan rentas superiores al nivel de ingresos fijado. Además, con posterioridad al Real Decreto-ley 16/2012, la Ley 22/2013 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014¹⁴⁰ modificó la disposición adicional sexagésima quinta del Texto Refundido de la Seguridad Social¹⁴¹, estableciendo que las personas desempleadas sin derecho a prestación ni subsidio de desempleo pierdan el reconocimiento de la asistencia a través del SNS en el caso de estar fuera del territorio español durante tres meses¹⁴². En definitiva, lo que ello supone es que a efectos del mantenimiento del derecho a las prestaciones sanitarias en las que se exija la residencia en territorio español, se entenderá que el beneficiario de dichas prestaciones tiene su residencia habitual en España aun cuando haya realizado estancias en el extranjero siempre que estas no superen los 90 días a lo largo de cada año natural.

Así pues, sin tener reconocida la asistencia médica primaria y especializada, a los extranjeros en situación administrativa irregular y a los comunitarios no registrados únicamente se les reconoce una atención mínima, consistente en la atención en caso de urgencia por enfermedad grave o accidente y en la asistencia durante el embarazo, parto y postparto. Ahora bien, cabe denunciar la falta de seguridad jurídica que el precepto acarrea al incorporar los conceptos de ‘urgencia’ y de ‘enfermedad grave’. Estos conceptos no se han desarrollado, sino que se incluyen de manera genérica e indeterminada. Además, si bien es cierto que el personal sanitario es el más adecuado para evaluar cada situación, ello supone a su vez trasladar la responsabilidad a los

¹⁴⁰ ‘Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014’, *Boletín Oficial del Estado*, 26 de diciembre de 2014, núm. 309.

¹⁴¹ ‘Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social’, Disposición adicional sexagésima quinta, apartado 2 relativo a las prestaciones sanitarias.

¹⁴² Más información sobre la regulación del derecho a la salud y el análisis de las actuales reformas puede encontrarse en SOLANES, A., ‘La salud como derecho en España: Reformas en un contexto de crisis económica’, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 31, junio 2014, pp. 127-162. SOLANES, A., ‘Protección a la salud’ en REY, F., ABRISKETA, J., DE MONTALVO, F., *Los derechos humanos en España: un balance crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 341-375. Asimismo, MORA, A., ‘El derecho a la salud de las personas inmigrantes y su nueva regulación en el Estado español’, *cit.*, pp. 67-102.

facultativos y profesionales del sector¹⁴³.

Atendiendo al caso de los ciudadanos comunitarios, los supuestos de residencia legal en España por un período superior a tres meses se establecen en el artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero¹⁴⁴. Uno de los presupuestos es disponer de medios económicos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España y tener un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos. El Real Decreto-ley 16/2012 modificó en este sentido el artículo 7 del Real Decreto 240/2007, norma que realizó la trasposición de la Directiva comunitaria 2004/38/CE¹⁴⁵. Así pues, se especifica en el citado artículo 7 que uno de los presupuestos para que un ciudadano comunitario obtenga la residencia legal es ‘disponer, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España’ (apartado b)¹⁴⁶.

Otro de los colectivos vulnerables afectados son las mujeres extranjeras que sufren violencia de género actualmente en España, sin tener la autorización para residir legalmente¹⁴⁷. Existe una importante preocupación ante la situación de estas mujeres, ya que su exclusión del Sistema Nacional de Salud agrava y dificulta la prevención, detección, asistencia y protección de las víctimas. Así pues, las inmigrantes en

¹⁴³ Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, *Dictamen 6/2012, de 1 de junio, sobre el Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones*, p. 55. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.cge.cat/export/sites/Consell/es/arxiu/dictamens/DCGE_6_2012_Sistema_Nacional_Salut_WebCast.pdf

¹⁴⁴ ‘Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo’, *Boletín Oficial del Estado*, 28 de febrero de 2007, núm. 51, artículo 7.

¹⁴⁵ ‘Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros’, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 158/77, 29 de abril de 2004.

¹⁴⁶ ‘Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero’, artículo 7 b).

¹⁴⁷ Un análisis de esta problemática puede leerse en DALLI, M., ‘La violencia de género y el acceso de las víctimas extranjeras en situación administrativa irregular a los servicios sanitarios: consecuencias del Real Decreto-ley 16/2012’, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 36, septiembre de 2014, pp. 39-54.

situación irregular únicamente tienen reconocida una atención mínima de urgencias y en caso de embarazo, sin tener acceso a la cartera de servicios comunes de atención primaria. Aunque en la atención de urgencias también se den actuaciones específicas en el ámbito de la violencia de género, entre los servicios comunes de atención primaria, a los que ya no pueden acceder las mujeres inmigrantes irregulares, se incluye la atención a la violencia de género y malos tratos en todas las edades, la detección de situaciones de riesgo, exploración orientada al problema, comunicación a las autoridades competentes y establecimiento de un plan de intervención adaptado a cada caso¹⁴⁸.

De otro lado, aunque el Real Decreto-ley 1992/2012 reconoce la asistencia sanitaria a las personas solicitantes de protección internacional y a las víctimas de trata de seres humanos en períodos de restablecimiento y reflexión¹⁴⁹, ello deja fuera muchas víctimas a las que no se les concede este período de reflexión¹⁵⁰. La gravedad radica, al igual que en el caso de la violencia de género, en la importancia de la atención primaria para la detección de casos de trata de seres humanos.

Otro aspecto es el que hace referencia a la asistencia sanitaria reconocida a los menores de edad sujetos a tutela administrativa. Así pues, todos los menores que se encuentren en esta situación tienen reconocida la condición de asegurado, de acuerdo con el artículo 2.2 del Real Decreto-ley 1192/2012¹⁵¹. Ahora bien, este precepto indica que ello no será de aplicación al supuesto del artículo 3 ter de la Ley 16/2003, que es el que determina la asistencia mínima a los extranjeros en situación irregular y según el cual los extranjeros menores de edad recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. Ello podría significar, pues, que, si el menor es

¹⁴⁸ ‘Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización’, *Boletín Oficial del Estado*, 16 de septiembre de 2006, núm. 222, anexo II, 6.6.

¹⁴⁹ ‘Real Decreto-ley 1192/2012, de 3 de agosto’, disposiciones adicionales cuarta y quinta.

¹⁵⁰ Amnistía Internacional, *El laberinto de la exclusión sanitaria: vulneraciones del derecho a la salud en las Islas Baleares*, 2013, p. 10. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): [https://doc.es.amnesty.org/cgi-](https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/sanidad%20españa?CMD=VEROBJ&MLKOB=32500201246)

[bin/ai/BRSCGI/sanidad%20españa?CMD=VEROBJ&MLKOB=32500201246](https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/sanidad%20españa?CMD=VEROBJ&MLKOB=32500201246)

¹⁵¹ ‘Real Decreto-ley 1192/2012 de 3 de agosto’, artículo 2.2.

español, al cumplir la mayoría de edad, podrá tener acceso al Sistema Nacional de Salud de acuerdo con los supuestos previstos. Pero en caso de que se trate de un extranjero en situación irregular, podría pasar de tener reconocida la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles a tener únicamente derecho a la atención mínima prevista por la norma.

c) Aplicación del Real Decreto-ley 16/2012 y recursos contra la norma

- **Incidentes y diferencias territoriales**

Con la aplicación del Real Decreto-Ley 16/2012 se anunció la retirada de 873.000 tarjetas sanitarias a inmigrantes en situación irregular en territorio español, en la presentación del Programa Nacional de Reformas de España ante la Comisión Europea¹⁵². La Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en la sesión de la Comisión de Sanidad de enero de 2014, informaba de la baja de 676.000 personas extranjeras que ya no constan como residentes en nuestro país; mientras que, en un escrito dirigido a varios mecanismos de derechos humanos de Naciones Unidas en ese mismo mes, se informa de que han sido 748.835 las tarjetas que se han dado de baja¹⁵³.

De esta forma, en caso de que una persona sin derecho a la asistencia sanitaria en el SNS acuda a un centro sanitario público, como regla general, se le presenta un compromiso de pago y posteriormente se emite la correspondiente factura. Sin embargo, la desinformación e irregularidades administrativas provocan que, en muchas ocasiones, se emitan ‘compromisos de pago’ en supuestos que deberían estar cubiertos atendiendo al texto de la norma. Por ejemplo, la atención prestada en urgencias, o la atención a menores de edad¹⁵⁴. Plataformas ciudadanas han creado

¹⁵² Médicos del Mundo, *Dos años de reforma sanitaria: más vidas humanas en riesgo*, abril 2014, p. 8. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.medicosdelmundo.org/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Impacto-Reforma-Sanitaria-Medicos-del-Mundo_3ec0bdf9%232E%23pdf

¹⁵³ *Ibíd.*, p. 8.

¹⁵⁴ Puede consultarse una recopilación de casos de este tipo en Médicos del Mundo, *Dos años de*

registros para seguir casos de incidencias y de denegaciones de asistencia sanitaria. Es el caso del Registro Estatal para la Denuncia de la Exclusión Sanitaria creado por Yo Sí Sanidad Universal. A nivel autonómico, en la Comunidad Valenciana, el Observatorio del Derecho Universal a la Salud (ODUSALUD), conformado por 85 entidades sociales y profesionales, recibió aproximadamente 1.338 notificaciones de incidencias (a agosto de 2015) desde que su creación, en noviembre de 2012¹⁵⁵. La situación en la Comunidad Valenciana ha cambiado, a raíz de la aprobación del Decreto ley 3/2015 en julio de 2015 para garantizar el acceso universal a la sanidad, el cual se comentará posteriormente¹⁵⁶.

El Comisario para los Derechos Humanos de Consejo de Europa, Nils Muižnieks, tras su visita a España en junio de 2013 elaboró un informe en el que alertaba sobre el aumento de casos de denegación del acceso a la atención sanitaria a menores de edad, ‘debido a la confusión que prevalece entre los servicios sociales y los profesionales de la salud a raíz de la publicación de la nueva ley y de las diversas respuestas regionales’¹⁵⁷. Además, algunos padres inmigrantes no parecen ser conscientes de que sus hijos siguen teniendo derecho a una atención sanitaria gratuita. En este sentido, se suman los casos en que muchos inmigrantes en situación irregular no hacen uso de los servicios sanitarios en los supuestos reconocidos, por desconocimiento de la normativa o por temor a represalias ante la irregularidad de su

reforma sanitaria: más vidas humanas en riesgo, cit.

¹⁵⁵ Puede consultarse su undécimo informe, de septiembre de 2015, tres años después de la implantación del Real Decreto-ley 16/2012, y un mes después de que el Consell de la Generalitat Valenciana aprobara el DL 3/2015, que implantó la asistencia universal en el territorio de la Comunidad Valenciana. ODUSALUD (Observatorio del Derecho a la Salud de la Comunidad Valenciana), *Undécimo Informe*, septiembre 2015. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017):

<https://drive.google.com/file/d/0B6xOMLiL6YCzUGIKdW1WcTRxQTg/view?pref=2&pli=1>

¹⁵⁶ ‘Decreto Ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana’, *Diari Oficial de la Comunitat Valenciana*, 29 de julio de 2015, núm. 7581.

¹⁵⁷ Consejo de Europa, *Informe por Nils Muižnieks, Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, tras su visita a España, del 3 al 7 de junio de 2013*, CommDH(2013)18, 9 de octubre de 2013, párr. 21. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2356738&SecMode=1&DocId=2056532&Usage=2>

situación administrativa. Son, también, las políticas actuales en materia de inmigración las que producen este temor del colectivo inmigrante hacia las instituciones.

Otro problema señalado es la ruptura de la continuidad asistencial. Así, la atención se limitaría a la asistencia que se ofrece en los servicios de urgencias y, de ser necesario, lo que dure el ingreso hospitalario. Con posterioridad, la atención médica no continúa, por ejemplo, con la derivación a los servicios de atención primaria o especializada, con la realización de pruebas diagnósticas, o con la prescripción de medicamentos. Así pues, la atención se extendería, en su caso, hasta el alta hospitalaria pero no hasta el alta médica que es cuando se considera que el problema de salud ha mejorado o se ha curado, tras una atención integral¹⁵⁸.

Cabe destacar que también se han dado casos de denegación de asistencia sanitaria con posterioridad al Real Decreto-ley 16/2012 que han resultado incluso en el fallecimiento de la persona afectada. En concreto, algunas organizaciones sociales han relacionado la muerte de dos mujeres extranjeras con la reforma sanitaria, Soledad Torrico, en Valencia, y Janneth Beltrán, en Toledo¹⁵⁹. En el segundo caso, con posterioridad al fallecimiento llegó una carta, con fecha de 12 de junio, avisando de una próxima emisión de factura para cobrarle la asistencia recibida en el Hospital de Toledo. Este aviso de facturación por la atención en urgencias, incluso contradice las disposiciones del Real Decreto-ley 16/2012 que reconoce la asistencia a los extranjeros en situación irregular en casos de urgencias.

Uno de los casos más denunciados ha sido la muerte de Alpha Pam, ciudadano senegalés de 28 años sin tarjeta sanitaria, que falleció de tuberculosis en abril de 2013, sin recibir asistencia sanitaria adecuada por los servicios de salud de las Islas Baleares, a pesar de que el tratamiento de su enfermedad debía prestarse de forma gratuita según

¹⁵⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. RODRÍGUEZ INIESTA, G., 'La asistencia sanitaria y su reforma legislativa' *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 4, 2015, 11-23, p. 22.

¹⁵⁹ Diversas organizaciones promovieron el manifiesto 'Contra la exclusión sanitaria. En defensa de la sanidad universal', 30 de septiembre de 2014, disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.caritas.es/publicaciones_download.aspx?Id=4952&Diocesis=1&Idioma=1

su propia normativa¹⁶⁰. Después de que se activara el protocolo de salud pública tras la detección de dos casos de tuberculosis en el Hospital Comarcal de Inca, el afectado acudió a una unidad básica de salud, donde tras sospechas de padecer esta enfermedad se le deriva al Hospital de Inca con el objetivo de que le realicen allí una radiografía. Sin embargo, Alpha acudió a este hospital donde le diagnosticaron bronquitis tras serle denegada la realización de la radiografía y sin decidir su ingreso¹⁶¹. El afectado falleció el 21 de abril de 2013. Ante lo ocurrido, la Consejería de Salud elaboró un informe de investigación sobre los hechos ocurridos¹⁶². Las conclusiones de la investigación ordenaron la destitución del gerente del Hospital de Inca, por no conocer la normativa relativa a la atención de inmigrantes en situación irregular. Asimismo, ordenó la apertura de expedientes disciplinarios a la coordinadora de admisión del centro, al enfermero y la médica que atendieron a Alpha Pam. De otro lado, el caso fue llevado a los tribunales, pero el Juzgado de Instrucción número 2 de Inca archivó provisionalmente la causa en enero de 2015. Sin embargo, dos meses después, en marzo de 2015, la Audiencia Provincial de Palma acordó la reapertura de las investigaciones por la supuesta comisión de un delito o falta de homicidio por imprudencia sanitaria, a raíz de la deficiente asistencia recibida por el senegalés fallecido.

Diversas organizaciones sociales señalan que estas muertes están relacionadas directamente con la vigencia del Real Decreto-ley 16/2012. En relación con el caso de Alpha Pam, Amnistía Internacional considera de extrema urgencia que el gobierno balear adopte medidas de carácter general y estructural que pongan fin a la confusión y

¹⁶⁰ Servicio de Salud, Gobierno de las Islas Baleares, 'Criterios generales de aplicación sobre la asistencia sanitaria que el Servicio de Salud de las Islas Baleares debe prestar a todas las personas que no tengan la condición de asegurado o beneficiario', 30 de agosto de 2012. Dichos criterios generales regulan cómo se brindará asistencia gratuita en los supuestos excepcionales previstos por la norma y en los supuestos de salud pública. Entre estos últimos, figuran las enfermedades de declaración obligatoria, incluidas las enfermedades infecto-contagiosas, y los trastornos mentales graves (anexo I).

¹⁶¹ Amnistía Internacional, *El laberinto de la exclusión sanitaria: vulneraciones del derecho a la salud en las Islas Baleares*, cit., p. 20.

¹⁶² Más información sobre la investigación puede encontrarse a través del siguiente enlace (consultado en febrero de 2017): <http://www.caib.es/govern/sac/fitxa.do?estua=11&lang=ca&codi=1477204&coduo=11>

a la desinformación del personal administrativo para evitar casos de desatención en los centros sanitarios¹⁶³.

Por otra parte, la aplicación de la norma está siendo desigual en las Comunidades Autónomas, lo que da lugar a importantes diferencias en la garantía del derecho a la salud de la población inmigrante¹⁶⁴. Hay Comunidades que aplican el Real Decreto-ley, y otras que sin embargo han ampliado el acceso de la asistencia sanitaria a las personas no aseguradas ni beneficiarias por la norma, incluidos los inmigrantes en situación irregular. Médicos del Mundo analizó en 2014 estas diferencias, señalando que existirían cuatro casuísticas¹⁶⁵: a) Andalucía y el Principado de Asturias ofrecerían acceso normalizado a los servicios sanitarios a las personas no aseguradas ni beneficiarias; b) ocho Comunidades habían creado ‘programas especiales’ para ampliar la asistencia a los colectivos no beneficiarios ni asegurados, bajo determinados supuestos (Aragón, Canarias, Cantabria, Cataluña, Euskadi, Extremadura, Galicia y la Comunidad Valenciana); c) Madrid, Murcia, Islas Baleares, La Rioja y Castilla y León aplican el Real Decreto-ley con algunas excepciones¹⁶⁶; por último, d) Castilla la Mancha era la única Comunidad que aplicaría de forma estricta la normativa estatal.

Ahora bien, tras las elecciones municipales y autonómicas de mayo de 2015, algunas otras Comunidades Autónomas han aprobado decretos con la finalidad de reconocer el acceso a los servicios de salud autonómicos. Incluso, Castilla la Mancha, que aplicaba la normativa estatal, aprobó recientemente la Orden de 9 de febrero de

¹⁶³ Amnistía Internacional, *El laberinto de la exclusión sanitaria: vulneraciones del derecho a la salud en las Islas Baleares*, cit., p. 20.

¹⁶⁴ Sobre la distribución competencial en materia sanitaria y la dispar reacción de las Comunidades Autónomas ante la reforma, véase DELGADO DEL RINCÓN, L. E. (2014), ‘El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril’, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 163, Madrid, enero-marzo (2014), pp. 189-231.

¹⁶⁵ Médicos del Mundo, *Dos años de reforma sanitaria: más vidas humanas en riesgo*, cit., p. 21.

¹⁶⁶ Madrid y Murcia asisten a las enfermedades crónicas contraídas antes de abril de 2012; Madrid, Islas Baleares y la Rioja, ofrecen asistencia sanitaria en supuestos de enfermedades mentales; finalmente, los casos de peligro para la salud pública son tratados en Madrid, Castilla y León, Islas Baleares y la Rioja. Médicos del Mundo, *Dos años de reforma sanitaria: más vidas humanas en riesgo*, cit., p. 21

2016 para reconocer la asistencia sanitaria universal en el territorio de esta Comunidad¹⁶⁷. Asimismo, la Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública de la Generalitat Valenciana, a partir de la aprobación del Decreto Ley 3/2015, reconoce la asistencia sanitaria a los inmigrantes en situación irregular excluidos por la norma estatal y empadronados en cualquiera de los municipios de la Comunidad Valenciana¹⁶⁸. En definitiva, en abril de 2016, se estimaba que catorce de las diecisiete Comunidades Autónomas españolas han aprobado algún tipo de medida paliativa de las consecuencias del Real Decreto-ley 16/2012¹⁶⁹. Si bien estas normas autonómicas pueden ayudar a disminuir o paliar los efectos de la norma estatal, garantizando asistencia sanitaria a colectivos excluidos, no tienen la capacidad de revertir la profunda transformación que, en cuanto al derecho de acceder a las prestaciones, ha experimentado el Sistema Nacional de Salud. Además, la efectividad de las normas autonómicas es dispar y en ocasiones no reconocen el acceso a determinados colectivos, como los familiares ascendientes reagrupados¹⁷⁰.

- **Campañas y recursos contra el Real Decreto-ley 16/2012**

En este apartado se van a resumir algunas de las campañas y recursos que se han dado en contra del Real Decreto-ley 16/2012. En primer lugar, por parte de organizaciones sociales y otras entidades se ha llevado a cabo un intenso trabajo para tratar de luchar contra la reforma sanitaria así como de mitigar sus consecuencias. Además, algunas Comunidades Autónomas interpusieron recursos de inconstitucionalidad contra la norma, cuya resolución ha tenido lugar con la sentencia 139/2016, de 21 de julio, del Tribunal Constitucional, que se explica en el capítulo

¹⁶⁷ ‘Orden de 09/02/2016, de la Consejería de Sanidad, de acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha’, *Diario Oficial de Castilla la Mancha*, 23 de febrero de 2016, núm. 36.

¹⁶⁸ ‘Decreto Ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana’.

¹⁶⁹ REDER, *Un aniversario sin nada que celebrar. Cuatro años de exclusión sanitaria*, abril de 2016, p. 2. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.medicosdelmundo.org/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_REDER_2016_A4_a7881fac%232E%23pdf

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 2.

sexto¹⁷¹. Por último, se hará referencia a las reacciones de diferentes organismos internacionales de derechos humanos que alertan sobre las consecuencias del Real Decreto-ley 16/2012 para el derecho a la salud y recomiendan al Estado español que actúe para proteger el mismo.

Así pues, la nueva regulación de la titularidad para acceder a las prestaciones sanitarias ha provocado debate e indignación entre plataformas ciudadanas, organizaciones no gubernamentales, el Foro para la Integración Social de los Extranjeros, y otras entidades como el Consejo General de la Abogacía, etc. Por lo que se refiere a este último, el Consejo General de la Abogacía considera que el derecho a la salud no depende de la situación administrativa en el territorio español, que debe garantizarse al colectivo inmigrante en situación irregular, y que asimismo invade competencias autonómicas en cuanto a la determinación del ámbito subjetivo del derecho a la salud¹⁷².

Asimismo, la Sociedad Española de Medicina Familiar y Comunitaria recogió firmas de profesionales sanitarios. Destaca también la recogida de firmas por la campaña ‘Sanidad para todos’, promovida por diferentes organizaciones, y la Campaña por una Sanidad Universal, promovida por Médicos del Mundo, Amnistía Internacional y la Red Acoge. Por su parte, la Organización Médica Colegial, en su Declaración de 1 de septiembre de 2012¹⁷³, recordaba la posibilidad del facultativo de invocar su derecho a la objeción de conciencia (artículo 32.1 del Código de Deontología Médica)¹⁷⁴. En el mismo sentido, se puso el acento en la objeción de conciencia con la campaña ‘Derecho a curar’ promovida por Médicos del Mundo en colaboración con otras organizaciones. Otra campaña que impulsa desobediencia civil y la objeción de conciencia es ‘Yo Sí Sanidad Universal’. Destacan asimismo los

¹⁷¹ Tribunal Constitucional, ‘Sentencia 139/2016, de 21 de Julio’.

¹⁷² APRELL, C., ‘El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: los efectos del Real Decreto-ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones’, *cit.*

¹⁷³ Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (Organización Médica Colegial), ‘Declaración sobre atención sanitaria a inmigrantes en situación irregular’, septiembre de 2012.

¹⁷⁴ Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, ‘Código de Deontología Médica’, julio de 2011, artículo 32.1.

informes sobre la reforma sanitaria elaborados por el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes¹⁷⁵ y el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya¹⁷⁶.

Así pues, diversas organizaciones sociales han señalado algunos de los riesgos que pueden derivarse de la nueva regulación en materia sanitaria. Por ejemplo, las consecuencias que la norma puede comportar para la salud pública y colectiva. Como alertaron un conjunto de organizaciones a propósito de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley, de la exclusión de la población inmigrante en situación irregular del sistema sanitario público se genera un gran riesgo de transmisión de enfermedades infecto-contagiosas potencialmente transmisibles, como la tuberculosis¹⁷⁷:

‘Denying access to health services for a specific group of persons undermines efforts to fight the spread of communicable diseases among the general population. Many illnesses such as tuberculosis are complicated to detect and infectious diseases are often identified when patients seek medical care for other unrelated conditions. Effective identification and treatment of communicable diseases requires access to preventative and general health services for all health needs’.

Por otra parte, también se ha utilizado el argumento de carácter económico, cuando se sostiene que resulta más económico seguir el principio que señala que *prevenir es mejor que curar*, puesto que una enfermedad no tratada a tiempo puede dar lugar a costes adicionales, innecesarios si se hubiera dado una prevención adecuada¹⁷⁸:

¹⁷⁵ Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, *El nuevo marco legal y la salud de los inmigrantes*, 2012. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://www.foroinmigracion.es/es/MANDATO-FORO-2010-2013/DocumentosAprobados/Informes/Doc. Nx 8 Informe monografico NUEVO MARCO LEGAL Y SALUD INMIGRANTES.pdf>

¹⁷⁶ Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, *Dictamen 6/2012, de 1 de junio, sobre el Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones*, cit.

¹⁷⁷ ‘Access to Health Care is a Basic Human Right Joint Civil Society Statement on Access to Health Care Services for Undocumented Migrants in Spain’, Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://cms.horus.be/files/99935/MediaArchive/policy/Statement%20Spain%20access%20to%20health%20care%20UDM.pdf>

¹⁷⁸ Migrants’ Rights Network, Doctors of the World, Pierce Glynn, *Access to Primary Health Care for migrants is a right worth defending*, 2011, p. 4. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://www.migrantsrights.org.uk/files/Access-to-Health-Care.pdf>

‘Whatever the cost of treating undocumented migrants, the cost of not treating them may be higher as there is a strong economic foundation to the medical adage that prevention is better than cure. The cost of treating a neglected condition in an emergency setting will usually exceed the cost of preventative or maintenance treatment. Poor access results in late presentation for many conditions, including cancer, that then require more expensive and often less effective treatments, resulting in increased costs and unnecessary deaths’.

Además, otros estudios relevantes son aquellos que señalan al menor gasto sanitario de los inmigrantes, en comparación con el de los nacionales, entre otras razones porque su promedio de edad es más joven. Así, se hace referencia a un menor consumo hospitalario, desmontando la hipótesis de que los inmigrantes suponen un mayor coste sanitario. En este sentido, el consumo medio por alta era, según un informe del mismo año en que se aprobó la reforma, un 30% más bajo en inmigrantes que en españoles, lo que ajustado por edad, casuística y seriedad sigue siendo un 10% más bajo y la estancia media por neonato sano es un 20% más baja¹⁷⁹. Otro estudio más reciente estima que a nivel nacional la población inmigrante es beneficiaria de tan solo el 5,2% del gasto público sanitario en España¹⁸⁰. De otro lado, ya con anterioridad a la aprobación de la norma se estimaba que los inmigrantes acudían menos a la atención primaria y especialista, mientras que asisten más a los servicios de urgencias¹⁸¹. Por ello, la reforma puede derivar en una sobrecarga de los servicios de urgencias al ser la única vía de acceso a las prestaciones públicas para los extranjeros en situación irregular, así como en un deterioro de los servicios asistenciales.

¹⁷⁹ Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, *El nuevo marco legal y la salud de los inmigrantes*, cit., p. 45.

¹⁸⁰ ALEMÁN, C., SORIANO, R. M., ‘Servicios sociales e inmigración en tiempos de crisis económica’, *Anuario de la Inmigración en España. Edición 2013: Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio*, 2014, 91-113, p. 99.

¹⁸¹ ‘En la actualidad, los extranjeros consultan un 7% menos al médico de cabecera que la población autóctona y un 16,5% menos al médico especialista. En cambio, los extranjeros recurren con más frecuencia a los servicios de urgencias: esta fue la vía por la que el 65% de los extranjeros accedieron a tratamiento hospitalario, frente a un 57% en el caso de los españoles’ MORENO, F. J., BRUQUETAS, M., ‘Las políticas sociales y la integración de la población de origen inmigrante en España’, *Anuario de la inmigración en España, edición 2011: La hora de la integración: la integración de la inmigración*, 2012, 159-186, p. 167.

Ahora bien, los anteriores datos y las preocupaciones de motivación económica y en cierto sentido utilitarista, no nos ha de hacer olvidar lo más importante: la salud individual de las personas afectadas por la nueva regulación. En el caso de los inmigrantes sin residencia legal, además, se trata de limitaciones para un colectivo vulnerable que suele carecer de medios materiales y de redes familiares en el territorio español. Dado que difícilmente puedan permitirse el coste de la medicina privada o del convenio con el sistema público, puede afirmarse que la actual regulación niega a personas enfermas el tratamiento médico que necesitan, y lo seguirá haciendo mientras permanezca vigente.

Por otra parte, tras la aprobación de la norma, partidos políticos y diversas Comunidades Autónomas interpusieron recursos de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 16/2012, cuestionando la constitucionalidad de la norma, tanto por razones materiales (de vulneración de derechos constitucionales) como formales (la utilización de la figura del decreto-ley para realizar los cambios) como de distribución competencial. En concreto, los recursos fueron interpuestos por las Comunidades de Navarra, el Principado de Asturias, Andalucía, Canarias, Cataluña y el País Vasco¹⁸². La mayoría de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas reconocen explícitamente el derecho a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal¹⁸³. Además, las anteriores Comunidades Autónomas consideraron que la nueva regulación en materia sanitaria podría vulnerar competencias autonómicas, entre otras cuestiones, por atribuir el reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de sus direcciones provinciales¹⁸⁴. Por su parte, el Defensor del Pueblo optó por no recurrir el Real Decreto-ley ante Tribunal Constitucional por inconstitucionalidad, al no encontrar suficientes fundamentos

¹⁸² Recursos de inconstitucionalidad: núm. 4123/2012 (Parlamento de Navarra), núm. 4530/2012 (Consejo de Gobierno del Principado de Asturias), núm. 4585/2012 (Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía), núm. 433/2013 (Gobierno de Canarias), núm. 414/2013 (Gobierno de Cataluña), núm. 419/2013 (Gobierno del País Vasco).

¹⁸³ Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, *El nuevo marco legal y la salud de los inmigrantes*, cit., p. 33.

¹⁸⁴ 'Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud', artículo 3 bis.

jurídicos. En su resolución entendió que la norma no vulneraba los artículos 10.2, 13.1, 43, 9.2 y 14 de la Constitución¹⁸⁵. El Tribunal Constitucional admitió a trámite los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por algunas Comunidades Autónomas contra diversos artículos del Real Decreto-ley 16/2012, y los ha resuelto a través de la sentencia 139/2016, de 21 de julio, que se explica en el capítulo sexto¹⁸⁶. El Tribunal Constitucional en su resolución sigue, en concreto, el recurso interpuesto por Navarra.

En el ámbito internacional, es relevante señalar que precisamente en el año de aprobación y entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, en el año 2012, el Comité DESC evaluaba a España por su cumplimiento con los derechos reconocidos en el PIDESC. Así, España envió su quinto informe periódico al Comité DESC¹⁸⁷. Paralelamente, las organizaciones sociales presentaron un Informe Conjunto al mismo organismo¹⁸⁸. Finalmente, el Comité DESC de la ONU, emitió sus Observaciones Finales el 6 de junio de 2012 con una serie de recomendaciones ante la futura entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012¹⁸⁹. Cabe destacar la referencia al principio de universalidad de las prestaciones sanitarias y la protección de la salud de las personas independientemente de su situación legal¹⁹⁰:

‘El Comité está preocupado por las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 16/2012, del 20 de abril de 2012, en particular a la Ley de Extranjería de 2009, que recortan los derechos de acceso de los inmigrantes en situación irregular a los servicios públicos de

¹⁸⁵ Defensor del Pueblo, ‘Resolución de 20 de julio de 2012, de la Defensora del Pueblo (e.f.) con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones’, 20 de julio de 2012.

¹⁸⁶ Tribunal Constitucional, ‘Sentencia 139/2016, de 21 de Julio’.

¹⁸⁷ Comité DESC, ‘Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Quintos informes periódicos presentados de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. España’, E/C.12/ESP/5, 31 de enero de 2011.

¹⁸⁸ *Informe Conjunto al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Con motivo del examen del 5º informe periódico de España*, 48º periodo de sesiones, mayo 2012. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://www.cesr.org/downloads/Parallel%20Report%20CESCR%2048%20session%20Spain%20M arch%202012.pdf>

¹⁸⁹ Comité DESC, ‘Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: España’, E/C.12/ESP/CO/5, 6 de junio de 2012, párr. 19.

¹⁹⁰ *Ibid.*, párr. 19.

salud (artículo 12). El Comité recomienda al Estado parte asegurar que, de conformidad con la Observación general No 14 (2000) del Comité sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto) y con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, las reformas adoptadas no limiten el acceso de las personas que residen en el Estado parte a los servicios de salud, cualquiera sea su situación legal. También recomienda que el Estado parte evalúe el impacto de toda propuesta de recorte en cuanto al acceso de las personas y colectivos desfavorecidos y marginados a los servicios de salud’.

Posteriormente, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Mutuma Ruteere, tras su visita oficial a España en enero de 2013, observó ‘la legislación aprobada como parte de las medidas de austeridad, que restringe el acceso de los inmigrantes a la asistencia sanitaria’, como ‘un hecho lamentable’, y ‘teme que esa orden conduzca a la imposición de barreras económicas que puedan llevar a la denegación de la asistencia sanitaria a los inmigrantes indocumentados y los coloque en una situación de mayor vulnerabilidad’¹⁹¹.

De la misma forma, la Relatora Especial sobre extrema pobreza y derechos humanos de Naciones Unidas, Magdalena Sepúlveda, junto con otros expertos de la organización, envió una carta al gobierno español en noviembre de 2013. En ella mostraba su preocupación sobre el Real Decreto-ley 16/2012 y alertando del incumplimiento de obligaciones en materia de derechos humanos. El gobierno respondió a la misma justificando la reforma en la crisis económica y en presiones fiscales. La Relatora, no obstante, volvió a reiterar que se ha de reconocer el derecho a la salud independientemente de la situación administrativa, y que la percepción que tiene el gobierno del principio de no discriminación es errónea. Además, añadió que

¹⁹¹ Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia, Sr. Mutuma Ruteere*, A/HRC/23/56/Add.2, 6 de junio de 2013, párr. 37. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A-HRC-23-56-Add-2_en.pdf

‘los principios básicos de derechos humanos no pueden ser ignorados a causa de las presiones fiscales’¹⁹².

Por lo que se refiere al ámbito europeo, en el año 2013 el Comité Europeo de Derechos Sociales presentó sus conclusiones sobre la aplicación de la Carta Social Europea por parte del Estado Español. En la parte referente al derecho a la salud, y en relación con la aprobación del Real Decreto-ley 16/2012, el Comité concluyó que esta norma resulta contraria al artículo 11 de la Carta, que reconoce el derecho a la protección de la salud: ‘the Committee considers that this denial of access to health care for adult foreigners (aged over 18 years) present in the country illegally is contrary to Article 11 of the Charter’¹⁹³. De esta forma, aunque en el periodo de examen (2008-2011) no entraba el año de aprobación de la norma, el Comité adelantó sus conclusiones para el caso de que la norma se mantuviera en vigor. Recordaba, además, la obligación de los Estados de garantizar el derecho a la protección de la salud a los extranjeros en las mismas condiciones que a los nacionales, independientemente del estatus administrativo en el territorio nacional; y que la crisis económica no puede servir de pretexto para adoptar tal medida regresiva¹⁹⁴.

De otro lado, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Nils Muižnieks, tras su visita a España en 2013, elaboró un informe, al que se ha hecho ya referencia, en el que mostraba su preocupación por el hecho de que, a pesar de que los niños inmigrantes siguen beneficiándose de una atención sanitaria gratuita, las ONG hayan señalado casos en los que ‘a niños migrantes cuyos padres están

¹⁹² La información al respecto ha sido extraída del siguiente comunicado del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas: ‘Experta de la ONU pide a España un ‘auténtico compromiso con la protección de los derechos humanos para todos’, ‘Comunicado del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas’, abril de 2014. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14545&LangID=S>

¹⁹³ Comité Europeo de Derechos Sociales, Consejo de Europa, ‘Conclusiones XX-2 (2013)’, 2013, p. 13.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 13.

indocumentados se les deniega en reiteradas ocasiones el acceso a una tarjeta sanitaria o la atención sanitaria'¹⁹⁵.

5.2.3. Dos problemas relacionados con la universalidad: exclusiones y condición de contribución

Si se presta atención a las consecuencias de la nueva regulación sanitaria para la titularidad del derecho a la salud, cabe diferenciar dos problemáticas en relación con la universalidad, siguiendo el esquema propuesto hasta el momento. De un lado, las restricciones para la población inmigrante en situación irregular y, aunque en menor medida, para otros colectivos. De otro lado, la nueva regulación como posible vuelta al modelo de la seguridad social y a la condicionalidad de la contribución como requisito para el acceso a las prestaciones sanitarias. Además, en la actual regulación igualmente cabe apreciar rasgos del modelo de aseguramiento.

Así pues, como ya ha quedado explicado, el colectivo más afectado por la norma es la población inmigrante en situación irregular en España. A título de ejemplo se pueden diferenciar los siguientes casos de colectivos excluidos¹⁹⁶: a) extranjeros mayores de 18 años en situación administrativa irregular; b) extranjeros mayores de 18 años empadronados y actualmente con tarjeta sanitaria que carecen de permiso de residencia en España; c) extranjeros mayores de 18 años actualmente con tarjeta sanitaria a los que les sea denegada la segunda tarjeta de residencia a causa de haber agotado las prestaciones por desempleo y encontrarse en paro de larga duración (irregularidad sobrevenida); d) extranjeros mayores de 18 años que se encargan únicamente de las tareas del hogar reagrupados actualmente con tarjeta sanitaria que pueden ver cancelada su tarjeta de residencia en el momento que sea denegada la de su cónyuge por irregularidad sobrevenida; e) ciudadanos de países miembros de la Unión

¹⁹⁵ Consejo de Europa, *Informe por Nils Muižnieks, Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, tras su visita a España, del 3 al 7 de junio de 2013, cit.*, párr. 21.

¹⁹⁶ SAGARRA, E., '¿Puede limitarse el derecho al acceso a la sanidad pública sin debate parlamentario previo?', *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 30, 2012, 207-222, p. 216 y 217.

Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que carezcan de autorización de residencia en España, por no cumplir los requisitos para poderse inscribir en el Registro Central de Extranjeros. Por otra parte, cabe apreciar restricciones para otras personas que, residiendo legalmente en el territorio español, sean mayores de veintiséis años, no hayan cotizado nunca en la Seguridad Social y tengan rentas superiores al límite de ingresos.

La falta de cobertura sanitaria de la población inmigrante en situación irregular podría apreciarse como una consecuencia indirecta de la implantación del modelo sanitario de seguridad social, por los obstáculos que enfrenta este colectivo para participar del mismo. Sin embargo, es posible apreciar una voluntad expresa del legislador de restringir el acceso al colectivo inmigrante en situación irregular. Como se ha señalado, únicamente a este grupo no se les reconoce algunas excepciones que otorgarían el acceso a la asistencia sanitaria más allá de la condición de contribución.

Otra de las desigualdades que surgen como consecuencia de la nueva regulación es la que resulta de la cobertura a los ‘beneficiarios’ de un ‘asegurado’. La extensión de los beneficios a ciertos familiares o dependientes de los asegurados es tradicional en determinadas prestaciones sociales, como las relacionadas con la Seguridad Social, especialmente en el marco del modelo de bienestar Bismarck, explicado en el tercer capítulo. En este caso, partiendo de una situación subjetiva equiparable como es la desvinculación con la Seguridad Social, los beneficiarios quedan incluidos en el Sistema Nacional de Salud mientras que los no beneficiarios deben acreditar no superar un nivel mínimo de ingresos para acceder al SNS. De este modo, mientras que en el primer supuesto es suficiente tener un familiar o asimilado con vínculos con la Seguridad Social para poder acceder a las prestaciones sanitarias de carácter público, en el segundo caso, para tener este acceso debe acreditarse una insuficiencia económica porque de lo contrario no existirá la cobertura pública de la protección sanitaria¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, *Dictamen 6/2012, de 1 de junio, sobre el Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del*

En segundo lugar, la nueva regulación supone una vuelta a la condicionalidad de la vinculación con el sistema de la Seguridad Social. En relación con la financiación, la fuente principal continúa siendo los presupuestos generales del Estado, de conformidad con el modelo Beveridge (sin olvidar que con la introducción del ‘copago’ los particulares vuelven a financiar mediante pago directo la mayoría de los productos farmacéuticos). Sin embargo, la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria, o la cobertura del sistema sanitario es la cuestión que se ha visto principalmente afectada. De esta forma, en el anterior apartado se ha podido observar cómo el sistema sanitario español evolucionó de una cobertura condicionada a la afiliación a la Seguridad Social a una cobertura no dependiente de la misma y que tendía a ser universal gradualmente. Así, se superó la condicionalidad del estatus de trabajador que exigían las características propias del modelo Bismarck. A pesar de ello, el Real Decreto-ley 16/2012 vuelve a vincular el derecho de acceso al Sistema Nacional de Salud con la cotización a la Seguridad Social. Ya se trate de trabajador, registrado como demandante de empleo, receptor del subsidio por desempleo, o pensionista, la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria no incluye a todas las personas con residencia estable en el territorio español sino que queda condicionada a la vinculación con la Seguridad Social. También se consideran asegurados, como se ha explicado, los que no lleguen al límite de ingresos de cien mil euros anuales, excepto para los inmigrantes en situación irregular. Sin embargo, la categoría que en primer lugar da acceso al título de asegurado es la que se vincula con la Seguridad Social a través de alguno de los presupuestos previstos.

Así, actualmente podría considerarse al sistema sanitario español como un sistema de rasgos mixtos, bismarckiano por lo que refiere a la titularidad, y beveridgeano en cuanto a la financiación. En este sentido, los cambios pueden considerarse como un retroceso en la titularidad universal del derecho a la salud, desde el momento en que la cobertura universal no se reconoce desde un primer momento.

Por otra parte, en la nueva regulación sanitaria es posible apreciar características del modelo de aseguramiento¹⁹⁸. Así pues, los inmigrantes en situación irregular tienen la posibilidad de suscribir un convenio especial con el Sistema Nacional de Salud, que como se ha explicado viene regulado por el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio¹⁹⁹. Ahora bien, esa posibilidad solo se hace real en caso de que efectivamente puedan abonar las cuotas que se exigen como contraprestación, esto es, 60 o 157 euros mensuales dependiendo de la edad del suscriptor (menos de 65 años, o 65 o más años, respectivamente). Así, estamos ante un sistema que queda vinculado a la seguridad social pero que contempla posibilidades de aseguramiento. Las personas pasan de ser consideradas pacientes con necesidades sanitarias a considerarse asegurados, beneficiarios, o suscriptores. Asimismo, en el texto del Real Decreto-ley 16/2012 igualmente pueden apreciarse atisbos de beneficencia. Como señala Lema, la norma introduce la idea de la beneficencia al exigir a determinadas personas no aseguradas que acrediten no obtener unos determinados ingresos para poder beneficiarse de la asistencia sanitaria²⁰⁰.

En conclusión, con la actual regulación sanitaria en España nos encontramos ante esta doble problemática: de un lado, la exclusión de la población inmigrante en situación irregular del acceso a la mayoría de las prestaciones sanitarias. De otro lado, la reforma supone un cambio de mayor calado en el modelo sanitario, volviendo a un modelo en el que la titularidad del derecho a la salud queda condicionada a la cotización a la Seguridad Social. Como se ha analizado en los capítulos anteriores, ambas cuestiones suponen un retroceso la titularidad universal de la asistencia sanitaria, por su vinculación con la contribución a la Seguridad Social, y por las restricciones que se basan en el estatus administrativo de la residencia legal.

¹⁹⁸ De acuerdo, por ejemplo, con MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., ‘La asistencia sanitaria y su reforma legislativa’, *cit.*, pp. 17 y 18.

¹⁹⁹ ‘Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud’, *Boletín Oficial del Estado*, de 27 de julio de 2013, núm. 179.

²⁰⁰ LEMA, C., ‘La erosión del derecho a la salud en el Reino de España: el ataque a la universalidad’, *cit.*, p. 243.

CAPÍTULO 6. LA REGRESIVIDAD EN EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO UNIVERSAL

El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, aprobado en España, es un ejemplo de lo que cabe considerar como una medida regresiva para el derecho a la salud. Ante la adopción de este tipo de medidas, se han de poner en marcha mecanismos para evaluar las consecuencias y determinar si las mismas están justificadas o si, por el contrario, constituyen una violación de los derechos en juego. En el plano internacional, se están produciendo avances en la línea de la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos. Sin embargo, en muchos ordenamientos jurídicos, como el español, los derechos sociales se acompañan de menores garantías que los civiles y políticos. Asimismo, cabe pensar en el grado de intervención judicial que se estima más adecuado para proteger los derechos sociales, como el derecho a la salud.

El presente capítulo analiza estas cuestiones en relación con la universalidad de la asistencia sanitaria. Este enfoque viene dado porque las medidas regresivas que cobran aquí importancia son las que afectan a la universalidad de las prestaciones sanitarias, como el Real Decreto-ley 16/2012. En primer lugar, se estudiará la regresividad y, posteriormente, la atención se centra en la articulación de las garantías. Así pues, cuándo una medida regresiva que afecta a la universalidad puede quedar justificada y cuándo constituye una violación del derecho a la salud es la primera pregunta que se pretende responder en esta parte del trabajo. Ello radica en cuestiones tan fundamentales como la legitimidad de la norma regresiva y la afectación del contenido esencial del derecho a la salud. En segundo lugar, se estudian las garantías actuales que acompañan al derecho a la salud, en el plano internacional, en los ámbitos regionales y en el plano estatal. En el caso español, las opciones vienen del aprovechamiento de algunas posibilidades existentes de protección indirecta a través de los derechos civiles y políticos. Igualmente se analizarán algunos casos de litigación más fuerte del derecho a la salud, que se dan en otros países.

Asimismo se intentará reflexionar sobre las garantías judiciales que serían necesarias para una protección efectiva, especialmente en el marco de los ordenamientos jurídicos estatales. Se propone, de otro lado, una intervención judicial fuerte para garantizar el contenido esencial del derecho a la salud, mientras que el contenido adicional puede venir protegido a través de otras formas de intervención más débiles. Por último, se estudiará la sentencia que decide sobre la constitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012, la sentencia 139/2016, de 21 de julio, del Tribunal Constitucional, que lo valida en su mayor parte, y se expondrán las razones materiales y formales por las que el Real Decreto-ley 16/2012 podría haberse declarado inconstitucional a través de la forma de protección indirecta del derecho a la salud.

En cuanto a la estructura del capítulo, un primer apartado estudiará las características de la regresividad de las medidas que limitan la universalidad de las prestaciones sanitarias, así como los límites de esta regresividad. En el segundo apartado se estudiarán las garantías que, en la actualidad, acompañan a los derechos sociales en el plano internacional, en los ámbitos regionales y en el plano estatal. También se reflexionará sobre cómo frenar tales medidas regresivas a través de la intervención judicial, lo que suscita algunas críticas que se dirigen hacia la falta de legitimidad democrática de los jueces. En el tercer apartado se incluirá la explicación de la sentencia 139/2016 del Tribunal Constitucional y los motivos por lo que, no obstante, cabría apreciarse la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, con las posibilidades existentes en el ordenamiento jurídico español.

6.1. ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS REGRESIVAS QUE AFECTAN A LA UNIVERSALIDAD

La regresividad es objeto de la llamada prohibición de regresividad, como correlativa a la obligación de progresividad, que ha sido desarrollada desde el Derecho

internacional de los derechos humanos, en especial, por la doctrina del Comité DESC, analizada en el segundo capítulo del trabajo. En esta parte del trabajo se profundizará en esta obligación desde una perspectiva teórica, centrandó la atención en la obligación de justificación que surge como consecuencia de la adopción de una medida regresiva. La medida ha de ser proporcional según una serie de elementos, que guardan relación con el examen del juicio de proporcionalidad. Sin embargo, el objetivo aquí no es analizar cada uno de los pasos del test de proporcionalidad, que ya ha sido ampliamente estudiado y que, además, requeriría un examen demasiado amplio para el objeto del trabajo. La finalidad es, más bien, centrar la atención en dos elementos que limitan las posibilidades de justificación de las normas regresivas y que a su vez son especialmente relevantes para evaluar las medidas regresivas que afectan a la universalidad de los derechos sociales: la legitimidad del fin y el respeto del contenido esencial.

De un lado, la relevancia que adquiere la legitimidad del fin viene determinada por el contexto actual de crisis económica en el que se aprueban numerosas normas restrictivas para los derechos sociales con una justificación de carácter económico y, principalmente, de contención del gasto público. Un ejemplo ha venido dado por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, estudiado en el capítulo quinto del trabajo. De otro lado, más estrechamente vinculado a la titularidad universal de los derechos está el necesario respeto del contenido esencial del derecho. A continuación se intentará analizar, pues, cuándo puede considerarse que las restricciones a la titularidad universal infringen el contenido esencial del derecho a la salud y cuándo, por el contrario, quedan fuera de ese mínimo inderogable de modo que las medidas regresivas pueden quedar justificadas.

De esta forma, en un primer apartado, a modo introductorio se atenderá al concepto y características de la regresividad, para después centrar la atención en las normas regresivas y, en concreto, en la legitimidad de su fin. Posteriormente el estudio atenderá al contenido esencial del derecho a la salud en relación con su titularidad

universal y las medidas regresivas que tienen como consecuencia restricciones a la misma. En tercer lugar, se aportarán razones por las que cabe considerar el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, estudiado en el anterior capítulo, como una medida regresiva y se analizará su afectación al contenido esencial del derecho a la salud.

6.1.1. El fin legítimo y el juicio de proporcionalidad

La regresividad o reversibilidad ha sido definida por Añón como la adopción de medidas que empeoren la situación de los derechos sociales en cuanto a la titularidad y al contenido de los mismos, tomando en consideración el grado de disfrute del derecho que existía con anterioridad a la adopción de la medida regresiva¹. Atendiendo a las características de la reversibilidad, Ponce incluye entre las medidas regresivas aquellas que cumplen dos características: son regresivas las medidas que suponen una menor prestación o un ‘recorte’ en el contenido del derecho, y que, además, conllevan consecuencias desfavorables para el ciudadano². A modo de ejemplo, el autor incluye como modos de regresión en derechos sociales las decisiones normativas legales o reglamentarias, y las decisiones administrativas que afectan a la calidad o cantidad de las prestaciones, modificando por ejemplo las Cartas de Servicios³. Así pues, al incidir en la afectación de la calidad o la cantidad de las prestaciones únicamente, parece que no se incluyen las medidas que supongan una reducción de la accesibilidad, si bien se menciona como ejemplo de medidas regresivas el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, estudiado en el anterior capítulo del trabajo, por excluir a determinados grupos del acceso a las prestaciones sanitarias.

¹ AÑÓN, M. J., ‘¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?’, *Derechos y Libertades*, núm. 34, Época II, enero 2016, 57-90, p. 62.

² PONCE, J., *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013, p. 23.

³ *Ibid.*, p. 24.

Dadas las consecuencias desfavorables que una medida tiene para las personas cuando se restringe el acceso al contenido de un derecho, sería conveniente entender dos tipos de medidas regresivas del derecho social, tanto las que afectan al contenido estrictamente entendido, a la calidad o a la cantidad de las prestaciones, como las que afectan al acceso a las prestaciones con efectos en la titularidad, por ejemplo, imponiendo restricciones a determinados colectivos. Además, como se ha analizado en el segundo capítulo, elementos de los derechos humanos lo son tanto la disponibilidad de los bienes y servicios objeto de los mismos como la accesibilidad a estos. De este modo, se pueden entender como características o elementos de las medidas regresivas, de un lado, el empeoramiento de los derechos sociales afectando bien a las prestaciones bien al acceso a las mismas, y, de otro lado, los efectos desfavorables para el ciudadano.

Por otra parte, Pisarello señala dos interpretaciones posibles de la prohibición de regresividad. Una interpretación configura la regresividad como un principio débil que únicamente prohibiría las reducciones graves o supresiones totales del contenido de un derecho social, mientras que otra posibilidad es interpretar la prohibición de regresividad como una obligación más exigente en conexión con la determinación de un contenido esencial y el examen del fin de la medida regresiva⁴. Por ejemplo, Añón, se sitúa en esta segunda línea. La autora concluye que, al adoptarse una medida regresiva, no se realizaría automáticamente el juicio de proporcionalidad, sino que este juicio es subsidiario a la determinación de que se cumple el contenido esencial del derecho y la legitimidad del fin de la medida que se examina⁵. De modo que, si la norma regresiva no tuviera un fin legítimo, o violara el contenido esencial de un derecho, entonces, no cabría la realización del juicio de proporcionalidad, pues la norma constituiría directamente una violación del derecho en cuestión que no sería posible justificar. Así pues, este trabajo parte de la consideración de que es esta segunda interpretación de la prohibición de

⁴ PISARELLO, G., 'Derechos sociales y principio de no regresividad en España', en COURTIS, Ch. (Ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, 307-328, p. 322.

⁵ AÑÓN, M. J., '¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?', *cit.*, p. 65.

regresividad la más conveniente a fin de garantizar el cumplimiento de los derechos sociales.

En consecuencia, cuando se aprueba una medida regresiva que tiene como efecto la limitación o derogación de un derecho, se crea una presunción de incumplimiento del derecho humano en cuestión por parte del Estado, que deberá justificar la legitimidad de la norma regresiva en una serie de elementos. Como se señalaba en el segundo capítulo, el Estado ha de demostrar, según la doctrina del Comité DESC: a) Que se ha realizado un examen exhaustivo de todas las alternativas posibles, siendo la finalmente aprobada la menos lesiva para los derechos; b) Que la medida está debidamente justificada por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto; c) Que se ha hecho un aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles del Estado⁶.

Estos elementos se suelen relacionar con los pasos del juicio de proporcionalidad, según el cual se analiza la legitimidad del fin de la norma, la adecuación o idoneidad de la misma, la necesidad de su aprobación y, por último, si existe un equilibrio entre los beneficios que se obtendrían con la aplicación de la medida y los daños para otros bienes constitucionalmente relevantes (proporcionalidad en sentido estricto)⁷. A través del juicio de proporcionalidad, pues, se requiere que cualquier decisión restrictiva de los derechos, entendidos en Alexy como principios o mandatos de optimización, esté justificada de una forma particular⁸. Algunas veces se excluye del juicio de proporcionalidad el test de legitimidad de la norma, el cual debe haber ya superado una fase previa. El juicio de proporcionalidad en este sentido incluiría pues tres etapas: la idoneidad (si la medida adoptada por el Estado es idóneas para fomentar el fin estatal legítimo), la necesidad (si la

⁶ Comité DESC, 'Observación General n.º. 14', 2000, párr. 47.

⁷ Sobre el juicio de proporcionalidad, puede consultarse: GASCÓN, M., 'Particularidades de la interpretación constitucional', GASCÓN, M., GARCÍA, A. J, *La argumentación en el Derecho*, Palestra Editores, Lima, 2003, 265-313, p. 299. También, PRIETO, L., 'Neoconstitucionalismo y ponderación judicial', *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 5, 2001, pp. 221-222.

⁸ ALEXY, R., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

medida pudo haber sido evitada a través de la adopción de otras medidas menos restrictivas), y la proporcionalidad en sentido estricto (la relación entre la intensidad a la restricción al derecho y la importancia de la satisfacción de los derechos que el Estado persigue a través de la medida que fue atacada por falta de justificación)⁹.

Así pues, cuando están en juego derechos fundamentales, es interesante atender a una interpretación conjunta de ambos test justificatorios; el desarrollado por el Comité DESC en relación con la prohibición de regresividad, y el juicio de proporcionalidad que es utilizado también por los tribunales para examinar cuando una norma restrictiva de derechos puede estar justificada. De acuerdo con las referencias del Comité DESC, cuando se examina la legitimidad de una medida regresiva, se ha de atender a otros elementos, como la legitimidad del fin y el respeto al contenido mínimo esencial. Así, el Comité DESC ha señalado que una simple alegación de falta de recursos o la existencia de una crisis económica no constituirían razones suficientes, de lo que se deriva que el fin habría de ser en cierta forma considerado legítimo para poder establecer restricciones a los derechos reconocidos en el Pacto¹⁰. Asimismo, el Comité considera que si la medida regresiva resulta incompatible con las obligaciones básicas constituiría en todo caso una violación de las mismas y una vulneración del derecho en cuestión, pues no se puede en ningún caso justificar su incumplimiento, siendo estas obligaciones inmediatas y mínimas o inderogables¹¹.

En resumen, cuando se trata de examinar la legitimidad y la justificación de

⁹ CLÉRICO, L., 'Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación', *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 21, 2015, 73-99, p. 76. También, CLÉRICO, L., *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009.

¹⁰ ROSSI, J., 'La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales', 79-118; SEPÚLVEDA, M., 'La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión 'progresivamente' 117-152, en COURTIS, Ch. (Ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 90-94 y 135-139, respectivamente. Comité DESC, 'Observación General n.º. 14', 2000, párr. 32 y 47.

¹¹ Comité DESC, 'Observación General n.º. 14', 2000, párrs. 47 y 48.

normas regresivas a los derechos fundamentales, se han de superar una serie de pasos justificatorios que vienen dados por el juicio de proporcionalidad. Pero antes de analizar la *justificación* de la norma regresiva, dado el especial valor de los derechos humanos y de acuerdo con la doctrina del Comité DESC, se ha de atender a la *legitimidad* de la norma restrictiva. Para ello el fin habrá de ser legítimo y la norma habrá de respetar el contenido esencial del derecho en cuestión. En ese caso, la norma puede ser legítima pero únicamente estará justificada si se supera el juicio de proporcionalidad. Si por el contrario se concluye que el fin no es legítimo, o que la norma no respeta el contenido esencial del derecho, no habrá lugar al juicio de proporcionalidad. Se trata pues de dos preguntas previas.

En este apartado el análisis se centra en la legitimidad del fin. De esta forma, se atiende al fin de la norma regresiva como primer paso del juicio de proporcionalidad, o, más bien, si se considera que el fin legítimo no es un paso del juicio de proporcionalidad, la determinación de la legitimidad del fin constituye un parámetro prioritario respecto del cual la argumentación de la proporcionalidad es subsidiaria. Ahora bien, como señala Clérico, ello tendría lugar en los casos claros, en los que no habría ponderación, sin embargo, en los casos dudosos se procedería a examinar el juicio de proporcionalidad¹². En los casos claros, pues, si el fin que se pretende conseguir con la aprobación de la medida no se considera legítimo, la norma regresiva quedaría prohibida.

En cuanto al modo de determinar la legitimidad del fin de una norma regresiva, se trata de examinar si se respetan unas exigencias mínimas. No se atendería al caso concreto, pues la legitimidad del fin en el caso ya se trabaja de alguna forma en la proporcionalidad en sentido estricto¹³. La determinación de la legitimidad del fin, de un lado, hace referencia a los fines que están admitidos y excluidos por el ordenamiento jurídico, y, de otro lado, está relacionada con la tesis de que los derechos tienen prioridad

¹² CLÉRICO, L., *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., p. 85 y ss.

¹³ *Ibid.*, p. 97.

frente a otras consideraciones¹⁴. Cabe pensar en fines reconocidos constitucionalmente, así como en una mejora de otros derechos, que tendrían un mayor peso que otras consideraciones¹⁵.

Así pues, en primer lugar, la norma regresiva no ha de perseguir un fin prohibido por el ordenamiento jurídico¹⁶. En segundo lugar, el fin ha de estar admitido o reconocido. Por ejemplo, la promoción del bienestar general en el ordenamiento jurídico alemán según el artículo 12 I de la Ley Fundamental de Bonn¹⁷. En general, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce la posibilidad de establecer limitaciones a los derechos que estén únicamente ‘determinadas por ley, solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática’¹⁸. Como ha detallado Rossi, esta norma impone tres requisitos diferenciados: 1) las medidas restrictivas deben ser adoptadas por ley; 2) ello debe hacerse en pos del bienestar general en una sociedad democrática; y 3) han ser compatibles con la naturaleza de los derechos recogidos en el Pacto¹⁹. Así, las medidas que restringen un derecho, como es la atención sanitaria, han de adoptarse mediante ley, lo que significa, de acuerdo con los Principios de Limburgo, legislación nacional de aplicación general, clara y accesible para todos²⁰. Para una mayor concreción, es de gran utilidad la interpretación dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva 6, sobre la expresión ‘leyes’ que aparece en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre restricciones

¹⁴ AÑÓN, M. J., ‘¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?’, *cit.*, pp. 80 y 83.

¹⁵ KLATT, M., MEISTER, M., ‘Proportionality – a benefit to human rights? Remarks on the I·CON controversy’, *Oxford University Press and New York University School of Law, I·CON*, vol. 10, núm. 3, 2012, 687-708, p. 691.

¹⁶ CLÉRICO, L., *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, *cit.*, p. 85.

¹⁷ *Ibid.*, p. 97.

¹⁸ Naciones Unidas, ‘Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, 1966, artículo 4.

¹⁹ ROSSI, J., ‘La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, *cit.*, pp. 100-102.

²⁰ ‘Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, Maastricht, 1986, (48 y 50).

al goce y ejercicio de los derechos y libertades: ‘la expresión leyes [...] no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado’²¹.

En cuanto a los fines legítimos, cabe considerar que tiene un fin legítimo una medida que restrinja un derecho con la finalidad de mejorar el nivel de cumplimiento de otro de los derechos reconocidos, por ejemplo, en el PIDESC, de forma directa o indirecta. Según el Comité, la medida está debidamente justificada por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto²². Piénsese, por ejemplo, en una norma que reduzca el gasto en sanidad, limitando con ello algún elemento del derecho a la salud, pero cuya finalidad es el aprovechamiento de los recursos resultantes dirigidos a la provisión de becas para el estudio, en una situación de reducida accesibilidad a la educación, y así se hace constar como fin de la medida regresiva. En este caso, si bien el fin perseguido es el ahorro económico, el objetivo que se pretende conseguir con ello es la mejora del disfrute del derecho a la educación. Si, por el contrario, la finalidad de una norma regresiva es la reducción del gasto público, independiente de otras consideraciones, tal y como ha señalado el Comité DESC y se ha analizado anteriormente, no constituye una razón suficiente.

Ahora bien, cabe atender a cuáles son estas consideraciones que pueden motivar la adopción de una medida regresiva con la finalidad de reducir el gasto público, pues algunos fines responden a principios que pueden ser admitidos por los ordenamientos jurídicos. La aprobación de este tipo de medidas, precisamente, es muy común en contexto de crisis económica, y es un motivo alegado de forma frecuente en los preámbulos de las normas que han recortado prestaciones sociales, por ejemplo, en

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, ‘La expresión *Leyes* en el Artículo 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos’, Opinión Consultiva 6 (OC-6/86), 9 de mayo de 1986 (párr. 27).

²² Comité DESC, ‘Observación General n.º. 14’, 2000, párr. 32.

España. Jurisprudencialmente, las circunstancias económicas ya habían sido tenidas en cuenta como motivo para la regresión en derechos sociales consideradas como fin legítimo por el Tribunal Constitucional, de acuerdo, por ejemplo, con las sentencias 65/1987, de 21 de mayo, y 128/2009, 1 de junio²³.

En este punto cobran interés los conceptos de estabilidad presupuestaria y de estabilidad económica, que en el ordenamiento jurídico español serían fines constitucionalmente válidos para la adopción de medidas regresivas en derechos sociales. Así pues, en este caso, se tiene en cuenta el principio de constitucionalidad para determinar la validez de las normas. De una parte, el principio de estabilidad económica del artículo 40 de la Constitución española es un concepto amplio que puede hacer referencia a otros valores como el pleno empleo, o el progreso social y económico, y por ello no habría de suponer en principio limitaciones para los derechos sociales²⁴. De otro lado, nos encontramos en el texto constitucional con el principio de estabilidad presupuestaria, el cual tiene un alcance más restringido que el anterior. Se trata de una cuestión que ha adquirido gran relevancia a partir de la inclusión del artículo 135 de la Constitución española, si bien el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ya reconocía este principio en su artículo 126 establecimiento límites de déficit y de deuda pública a los Estados²⁵. Así pues, en la actualidad el artículo 135 de la Constitución supone que, cuando se alcancen los límites de déficit público estructural o de deuda pública, no es posible aumentar el gasto por medidas sociales mientras no se atienda a aumentar los ingresos, salvo peligro para la situación financiera o la sostenibilidad económica o social.

²³ Sentencias del Tribunal Constitucional: 65/1987, de 21 de mayo (FJ 17) y 128/2009, de 1 de junio (FJ 4). Para más información puede consultarse asimismo: VAQUER, M., ‘Derechos sociales, crisis e igualdad’, *Informe Comunidades Autónomas 2011*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2012, 75-97, p. 86.

²⁴ VAQUER, M., ‘Derechos sociales, crisis e igualdad’, *cit.*, p. 81.

²⁵ Unión Europea, ‘Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea’, 2012/C 326/01, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 26 de octubre de 2012, artículo 126.

De acuerdo con Vaquer, el citado artículo reconoce un principio a ponderar con otros principios y derechos constitucionales, pero en caso de que se superen los límites de deuda o de déficit, por haber adquirido el principio un rango constitucional, la estabilidad presupuestaria operaría como una regla prohibitiva de cualquier otra actuación que conllevara aumento del nivel de deuda o de déficit, y el juicio de ponderación quedaría convertido en un juicio de subsunción²⁶. Ahora bien, el principio de estabilidad presupuestaria tiene asimismo excepciones, de acuerdo con el mismo artículo 135 de la Constitución, el peligro para la situación financiera o la sostenibilidad económica y social. Destaca la formulación ambigua y sobretodo confusa del precepto, pues la consecución de la sostenibilidad social puede contradecir la estabilidad presupuestaria que a su vez se reconoce como condicionante del Estado social.

En cualquier caso, el concepto de ‘sostenibilidad social del Estado’ constituye un criterio para apreciar una emergencia extraordinaria que exceptúe los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública del artículo 135 de la Constitución²⁷. Si bien la Constitución encargó al legislador orgánico su desarrollo, la Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril lo hizo en relación con los límites de gasto pero no en relación con la excepción de la sostenibilidad social o económica. De esta forma, se necesita un desarrollo legislativo de este precepto e indicadores que midan cuando se perjudica la sostenibilidad social²⁸.

En resumen, las razones económicas de necesidad de reducción del gasto público pueden constituir un fin legítimo para la adopción de medidas regresivas *solo si* se acompaña de otras consideraciones (y no independientemente de cualquier otra consideración, de acuerdo con el Comité DESC). En relación con esas consideraciones

²⁶ VAQUER, M., ‘Derechos sociales, crisis e igualdad’, *cit.*, p. 82.

²⁷ VAQUER, M., ‘Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital. Algunas propuestas’ en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 48, 34-39, 2014, p. 38.

²⁸ PONCE, J., *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, *cit.*, p. 118.

que serían válidas, pueden figurar: a) la mejora del cumplimiento de otros derechos fundamentales; b) los fines reconocidos como válidos como límites de los derechos (por ejemplo el orden público o el mantenimiento de la paz o seguridad, o el bienestar general), y, c) por último, atendiendo ya al contexto español, otros objetivos más estrechamente vinculados con las circunstancias económicas, por ejemplo, la estabilidad presupuestaria, tras su reconocimiento en el artículo 135 de la Constitución, siempre y cuando la sostenibilidad social no quede comprometida (de acuerdo con el mismo precepto constitucional).

Si se cumplen las anteriores consideraciones, el fin de la norma regresiva podrá ser legítimo. Ahora bien, la legitimidad de la norma también requiere que respete el contenido esencial. El respeto de este contenido esencial se ha entendido también como elemento para determinar la legitimidad del fin²⁹, si bien parece preferible analizar el fin y el respeto del contenido esencial como elementos separados, aunque ambos necesarios para la legitimidad de la norma regresiva. Si todo ello se cumple, la medida regresiva puede ser legítima, pero habrá de estar, además, justificada, con lo que se ha de superar el test de proporcionalidad y de este modo, concluirse que su adopción fue necesaria, idónea, y proporcional en sentido estricto, tras hacer un balance de los perjuicios y los beneficios que resultan de la misma.

6.1.2. Limitaciones a la universalidad y contenido esencial

Cuando se evalúa la regresividad de una norma, se ha de dilucidar si la misma respeta el contenido esencial del derecho afectado. De ello dependerá, pues, la posibilidad de justificar la medida regresiva.

En este punto se distingue entre las teorías absolutas del contenido esencial, según

²⁹ CLÉRICO, L., *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., p. 87.

las cuales el respeto al mismo no se determina ponderando, y las teorías relativas del contenido esencial, que determinan el mismo a través del juicio de proporcionalidad. Ahora bien, como señala Clérico, las teorías relativas tienen el riesgo de que tras el juicio de proporcionalidad quede un vaciamiento del contenido esencial del derecho³⁰. En relación con la determinación del contenido esencial, la autora diferencia entre posiciones esencialistas, que entienden el contenido esencial como inamovible, y coherentistas, según las cuales las reglas que determinan el núcleo mínimo pueden ser desafiadas, si bien es altamente probable que las reglas no cambien³¹.

Como se ha señalado ya con anterioridad, se sigue aquí la teoría absoluta del contenido esencial, pues este se determina como paso previo al juicio de proporcionalidad. Ahora bien, mientras que, desde una diferenciación de las posiciones esencialistas o no esencialistas, el contenido esencial pasa a denominarse mínimo, no se diferencia aquí entre contenido mínimo o esencial. Estos conceptos serían pues, sinónimos, si se entiende el mínimo como un nivel de indispensable cumplimiento por encima del cual cabe una mayor satisfacción. La defensa de un contenido mínimo no significa pues la reducción de los derechos a este mínimo, no es necesario entender que el mínimo sea la única satisfacción posible, sino que es un mínimo necesario por encima del cual caben mayores cuotas de satisfacción.

En cuanto a la determinación del contenido esencial, según Parra, este puede derivarse de las normas constitucionales, el bloque de constitucionalidad, los precedentes judiciales, los estándares de Derecho internacional de derechos humanos y el desarrollo doctrinal de los derechos fundamentales³². Añón apuesta por la determinación del contenido esencial teniendo como base el principio de indivisibilidad e interdependencia

³⁰ *Ibid.*, p. 89.

³¹ *Ibid.*, p. 90.

³² PARRA, O., 'El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad', en COURTIS, Ch. (Ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, 53-78, p. 54.

de los derechos humanos, de modo que el contenido mínimo podría derivarse del principio de constitucionalidad y el bloque de constitucionalidad, el principio de convencionalidad y por último, la interpretación de los derechos sociales de forma interrelacionada con los derechos civiles y políticos³³. Se trata de determinar el contenido esencial a través de la interpretación, que no requiere la ponderación, pero sí, según Clérico, un conjunto de reglas provenientes de la jurisprudencia³⁴.

Algunas pistas sobre el contenido esencial del derecho a la salud de acuerdo con el Derecho internacional de los derechos humanos las aporta el Comité DESC en su Observación General n.º. 14 cuando establece el elenco de obligaciones mínimas que en todo caso han de cumplir los Estados³⁵: a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicos, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; y f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población.

Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, es interesante a este respecto mencionar el artículo 158.1 de la Constitución, que prevé asignaciones presupuestarias del Estado para los servicios públicos fundamentales con la finalidad de garantizar un

³³ AÑÓN, M. J., '¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?', *cit.*, p. 70.

³⁴ CLÉRICO, L., *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, *cit.*, p. 97.

³⁵ Comité DESC, 'Observación General n.º. 14', 2000, párr. 43.

nivel mínimo de prestación en todo el territorio español. Este nivel mínimo se determina como el nivel medio de los mismos en el territorio nacional por el artículo 15 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, en su apartado primero, además de reconocer, entre otros servicios, la sanidad como servicio público fundamental³⁶. Es relevante cómo este criterio de garantizar como mínimo el nivel medio de los servicios en todo el territorio nacional puede constituir un parámetro para la determinación de su contenido esencial. En este sentido, este artículo ha sido estudiado, entre otros, por Lozano y Añón. Así pues, Lozano ha señalado que de esta forma se caracterizan como servicios fundamentales los de sanidad, educación, y servicios sociales esenciales, que a su vez se reconocen como derechos sociales en la Constitución, y se asegura la garantía de una cobertura mínima de los mismos³⁷. Asimismo, Añón trae a colación este precepto como ejemplo que ilustra la existencia de criterios constitucionales claros que vinculan a los poderes públicos con la efectividad de los derechos y orientan en la determinación del contenido esencial³⁸. En relación con la sanidad, la imposición de pagos a los usuarios para el acceso a las prestaciones resultaría incompatible con el precepto constitucional, como señala Lozano³⁹:

‘[...] cuando el coste de los medicamentos se sufraga totalmente por el paciente, que antes no pagaba nada o solo una parte, se está reduciendo el nivel de prestación del servicio, y al hacerlo para todo el territorio nacional, se baja el nivel medio de prestación en todo el Estado, en un proceso a la baja que cabe considerar incompatible con la garantía constitucional del art. 158.1 CE’.

Dado el objeto de estudio de este trabajo, resulta especialmente interesante la cuestión de si las restricciones a la titularidad universal forman parte del contenido

³⁶ ‘Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas’, *Boletín Oficial del Estado*, 1 de octubre de 1980, núm. 236, artículo 15.

³⁷ LOZANO, C., ‘Art. 158.1 CE: Límites al recorte y copago de servicios fundamentales’, MALVÁREZ, L. A., y RAMÍREZ, S. *Fiscalidad en tiempos de crisis*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, 171-197, p. 183 y ss.

³⁸ AÑÓN, M. J., ‘¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?’, *cit.*, p. 71.

³⁹ LOZANO, C., ‘Art. 158.1 CE: Límites al recorte y copago de servicios fundamentales’, *cit.*, p. 191.

esencial del derecho. A estos efectos, cabe en primer lugar diferenciar entre limitaciones a la accesibilidad y limitaciones al contenido. Anteriormente se han considerado como medidas regresivas aquellas que afectan tanto a la accesibilidad del derecho como al contenido del mismo, por ejemplo, restringiendo el nivel de prestaciones cubiertas. En cuanto a la accesibilidad, si una medida disminuye tanto la accesibilidad económica como la accesibilidad física a un derecho humano, también se considera regresiva. Así pues, lo que se sostiene aquí es que las limitaciones a la accesibilidad son también limitaciones a la universalidad interpretada de forma realista. Se ha defendido que la titularidad universal no implica solo el reconocimiento del derecho a la salud para todas las personas, sino que ha de interpretarse de una forma más cercana a la accesibilidad real de los servicios sanitarios, atendiendo a las posibilidades que tienen a su alcance las personas para acceder al disfrute del derecho.

En este sentido, cabe distinguir cuándo las restricciones a la titularidad o a la accesibilidad de un derecho son medidas regresivas con posibilidad de ser justificadas y cuándo son regresivas de tal modo que afectan al contenido esencial de un derecho y suponen en todo caso una violación del mismo. El análisis puede iniciarse atendiendo al supuesto contemplado por el Comité DESC como la primera de las obligaciones mínimas del derecho a la salud⁴⁰: Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados. Asimismo, el que fuera Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental mencionaba que las medidas regresivas que supongan una obstaculización del acceso a los servicios de salud deberán someterse al juicio de regresividad⁴¹:

⁴⁰ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 14’, 2000, párr. 43.

⁴¹ Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, A/HRC/7/11, 31 de enero de 2008, párr. 97. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/7session/A.HRC.7.11_sp.doc

‘Es imprescindible prever, mediante un estudio de impacto, qué consecuencias tendrá esa medida para el acceso de los pobres a los servicios de salud. Si el estudio confirma que es probable que el pago de servicios obstaculice el acceso, deberá revisarse el plan antes de su aprobación, pues de otro modo podría ser incompatible con las obligaciones que se derivan para el Estado del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud’.

En primer lugar, cabe considerar que las denegaciones de acceso a los servicios sanitarios, o el no reconocimiento formal del derecho a la salud para determinados grupos, afectan al contenido esencial, pues en estos casos la norma regresiva impide toda posibilidad de acceder a la asistencia sanitaria. En segundo lugar, cabe pensar en una norma regresiva que imponga obstáculos para el acceso a los servicios sanitarios, por ejemplo, imponiendo pagos o costes directos, sin que expresamente denieguen el acceso⁴². Según los efectos desfavorables sean más o menos graves, el contenido esencial podrá quedar afectado. Así, si la imposición del pago no solo disminuye las posibilidades de acceso, sino que materialmente lo impiden, ello afectará al contenido esencial, pues queda imposibilitada la accesibilidad de la asistencia sanitaria. Sería el caso, por ejemplo, de imponer el pago de los servicios sanitarios a colectivos que no tienen la capacidad económica suficiente para afrontarlo, ni tampoco pueden acceder a servicios sanitarios privados.

En cuanto a este segundo tipo de medidas regresivas para la titularidad del derecho a la salud que afectarían al contenido esencial, puede ser que la norma directamente establezca las restricciones o bien que se trate de efectos desfavorables quizá buscados pero no así expresados en la norma. Así, cabe pensar en supuestos en que la norma expresamente no restrinja el acceso a los servicios de salud, pero en la práctica las consecuencias o los efectos que despliega de hecho impiden a determinadas personas acceder a los servicios. En estos casos se hará necesario atender no ya al texto de la

⁴² Los pagos o costes directos para el acceso a los servicios sanitarios afectan tanto a la accesibilidad como a la universalidad del derecho a la salud, y de esta forma se entendió en el capítulo segundo al analizar de forma crítica el elemento de la asequibilidad del derecho a la salud por considerar que el acceso sin costes directos no está suficientemente reconocido.

norma sino a las consecuencias reales de la misma. Las personas afectadas en este sentido pueden pertenecer a un grupo vulnerable o no. Así, el Comité DESC se refiere a la obligación mínima de garantizar el acceso a los servicios sanitarios, en especial a los grupos vulnerables, sin limitar la protección únicamente a estos⁴³. Pero puede ser que a quien se impida el acceso a los servicios de salud no forme parte de lo que se considere como grupo vulnerable o marginado. De esta forma, la utilización del concepto de grupo vulnerable por parte de los tribunales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se concibe como un factor que limita y prioriza los recursos dando preferencia a aquellos que se consideran más necesitados⁴⁴. El riesgo, sin embargo, es que no se llega a entender al pobre como vulnerable por razones cualitativas, sino que habría de pertenecer a otro grupo mientras los pobres no se consideren como un grupo vulnerable. De otro lado, si la pobreza afecta a una mayoría nos alejamos de la protección que brindan los tribunales a través del concepto de grupo vulnerable cuando se entiende referido a una minoría (razones cuantitativas).

En resumen, cuando una medida regresiva impide el acceso a los servicios de salud, cabe entender que afecta al contenido esencial. Afectan al contenido esencial del derecho a la salud las medidas regresivas en la titularidad o en el acceso al mismo cuando: a) formalmente deniegan el acceso o la titularidad; o cuando b) materialmente conllevan consecuencias especialmente graves para las personas o los colectivos afectados. La clave para la determinación del contenido esencial es, pues, que la norma regresiva no solo reduzca sino que impida las posibilidades reales de acceder a los servicios sanitarios. Si las medidas regresivas consisten, sin embargo, en una reducción de las posibilidades de acceder a los servicios de salud, por ejemplo, cuando se impone el pago de los servicios a las personas por encima de un nivel de ingresos, entonces la medida será regresiva pero no afectará al contenido esencial, lo cual dará lugar a la

⁴³ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 14’, 2000, párr. 43.

⁴⁴ PERONI L., TIMMER, A., ‘Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law’, *Oxford University Press*, 2013, vol. 11, núm. 4, 1056-1085, p. 1084.

realización del test de proporcionalidad de la norma para dilucidar si la misma está justificada.

6.1.3. La regresividad del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril

A continuación se analizará la reforma sanitaria de 2012 en España como medida regresiva así como su legitimidad en el marco constitucional español. Así pues, se atiende a la obligación de progresividad y de prohibición de regresividad, a las obligaciones mínimas del derecho a la salud y a la afectación del contenido esencial, retomando la discusión anterior sobre los límites a la justificación de las medidas regresivas.

Como quedaba explicado en el anterior capítulo del trabajo, el Real Decreto-ley 16/2012 reformó la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS), introduciendo un nuevo sistema de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Debido a que, con la anterior regulación, el acceso a la asistencia sanitaria no se hacía depender de las categorías de ‘asegurados’ o ‘beneficiarios’, ni de un límite de ingresos, ni de la situación de regularidad administrativa en el territorio, el nuevo sistema establece nuevos requisitos de forma las posibilidades de acceso quedan disminuidas.

En este sentido, el elemento principalmente afectado es el de la accesibilidad del derecho a la salud, y especialmente la accesibilidad económica. En concreto, resultan restricciones para aquellas personas que no ostentan la condición de asegurado ni de beneficiario ni están por debajo del nivel de renta determinado reglamentariamente. La regresividad es principalmente evidente en cuanto a los efectos para la población inmigrante sin residencia legal en España. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reconocía a los

extranjeros residentes de hecho y que estuviesen empadronados, las mismas prestaciones sanitarias que a los españoles. Y ello independientemente de que la residencia fuera legal, esto es, que los extranjeros estuviesen en situación administrativa regular. En cambio, con la nueva regulación, los inmigrantes irregulares mayores de edad, a pesar de estar inscritos en el padrón municipal, ya no tienen acceso al Sistema Nacional de Salud, si no es accediendo al mismo mediante el correspondiente pago. En la actualidad, pues, la atención mínima que se les reconoce es la asistencia de urgencia y la asistencia en caso de embarazo, parto y postparto. Por estas razones, cabe considerar la reforma sanitaria como una reforma regresiva en relación con el derecho a la asistencia sanitaria. Así lo entiende el voto particular del Magistrado Valdés Dal-Ré a la sentencia 139/2016, de 21 de julio, sobre la constitucionalidad de la norma, posteriormente analizada, al señalar que⁴⁵:

‘esa modificación [...] – es claramente regresiva en la medida en que excluye del sistema de prestación sanitaria pública y gratuita a los citados extranjeros, salvo a los menores y a las mujeres embarazadas y en situación de post-parto y en los supuestos de urgencias médicas’.

Siguiendo la doctrina del Comité DESC de Naciones Unidas, que desarrolla los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), como el derecho a la salud (artículo 12), hay razones suficientes para concluir que el Real Decreto-ley 16/2012 constituye una medida regresiva. En primer lugar, el Comité ha considerado como medidas regresivas la revocación o suspensión formal de cualquier legislación que sea necesaria para seguir disfrutando del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales nacionales o internacionales relativas al derecho a la salud. Asimismo, la denegación de acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud a determinadas personas o grupos de personas como resultado de la discriminación *de iure* o *de facto*, constituye una violación

⁴⁵ ‘Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4123-2012, y al que se adhiere la Magistrada doña Adela Asua Batarrita’, III. 1.

de la obligación de respetar el derecho⁴⁶. Incluso ha llegado a entender como medidas regresivas aquellas que reducen los subsidios estatales para servicios de salud y aquellas que imponen el pago, antes inexistente, de servicios de atención de la salud⁴⁷.

Además, las restricciones a la universalidad derivadas de la exigencia de determinados estatus administrativos, que derivan en restricciones para personas y colectivos con pocos medios económicos, pueden suponer incumplimientos de obligaciones estatales básicas que son transversales a todos los derechos humanos, como la prohibición de discriminación y la protección de colectivos en situación de vulnerabilidad. Tales obligaciones mínimas, como se explicaba en el segundo capítulo, resultan vinculantes aún en situaciones de limitación de recursos. En relación con la población inmigrante en situación irregular, el Comité ha señalado expresamente la obligación de respetar su derecho a la salud⁴⁸. Asimismo, constituye una obligación mínima del derecho a la salud la garantía del derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados⁴⁹.

Por lo que se refiere a la población inmigrante en situación irregular como grupo vulnerable, la vulnerabilidad del colectivo ha sido reconocida ampliamente en el Derecho internacional de los derechos humanos. Así pues, de acuerdo con la Asamblea General de las Naciones Unidas y los reporteros especiales sobre el derecho a la salud, el colectivo inmigrante enfrenta numerosos obstáculos en los países de llegada como el idioma, estereotipos, comportamientos racistas, el riesgo de devolución a sus países de origen en el caso de ausencia de residencia legal, etc.⁵⁰. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos,

⁴⁶ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 14’, 2000, párrs. 48 y 50.

⁴⁷ Comité DESC, ‘Observaciones Finales a Colombia E/2002/22’, párr. 775; ‘Observaciones Finales a Nigeria E/1999/22’, párrs. 124 y 126.

⁴⁸ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 14’, 2000, párr. 34.

⁴⁹ Comité DESC, ‘Observación General n.º. 14’, 2000, párr. 43. También, párrs. 18 y 19.

⁵⁰ Para un análisis más exhaustivo al respecto puede consultarse: CHETAIL, V., GIACCA, G., ‘Who Cares? The Right to Health of Migrants’, en CLAPHAM, A., ROBINSON, M., *Realizing the Right to*

como el español, a menudo supeditan el ejercicio de gran parte de los derechos a la residencia legal, como la asistencia sanitaria actualmente en España, y la residencia legal a su vez depende, entre otros, de medios económicos previos o bien del acceso al trabajo que permita obtenerlos. Ello sin tener en cuenta que el trabajo legal para los extranjeros irregulares es abiertamente difícil debido a diversas trabas administrativas que lo que hacen es aumentar el trabajo ilegal y precario⁵¹. Así pues, se está restringiendo el acceso al derecho a la salud a un colectivo vulnerable, incumpliendo las obligaciones relativas a la protección de estos colectivos, cuando los derechos sociales son precisamente la clave para su integración en la sociedad y en la comunidad política⁵². Además, no se están llevando a cabo políticas de promoción diferenciada con el objeto de promover su integración (por ejemplo, medidas de igualación positiva, acciones positivas y medidas de discriminación inversa)⁵³.

Todo ello se suma a las barreras ya existentes que enfrentan los inmigrantes en el acceso a la atención sanitaria, de acuerdo con la *European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA): barreras lingüísticas y de comunicación, falta de información sobre el derecho a usar los servicios sanitarios, problemas económicos, trabas administrativas, condiciones laborales y otros determinantes sociales del acceso a la sanidad, y barreras culturales y de accesibilidad⁵⁴. Estas dificultades, de otro lado, podrían constituir discriminación indirecta en el acceso a los servicios sanitarios. El derecho a la salud, en concreto, tiene una especial importancia en los procesos de

Health, Rúffer & Rub, Zurich, 2009, 224-234, p. 225.

⁵¹ PISARELLO, G., 'Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva', AÑÓN, M. J. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 37-86, p. 84.

⁵² AÑÓN, M. J., 'Límites de la universalidad: los derechos sociales de los inmigrantes', AÑÓN, M. J. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 9-26, p. 10.

⁵³ PISARELLO, G., 'Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva', *cit.*, p. 59.

⁵⁴ FRA, *Inequalities and multiple discrimination in access to and quality of healthcare*, Luxemburgo, 2013, pp. 47-62. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://fra.europa.eu/sites/default/files/inequalities-discrimination-healthcare_en.pdf

integración, pues el acceso a un buen nivel de vida, que permita la supervivencia y el desarrollo del bienestar personal y familiar, es esencial para la garantía de otros derechos y posibilita la integración en las sociedades de recepción. En esta línea, el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (PECI) 2011-2014, señala la salud como uno de sus principales ámbitos de actuación, estando entre sus objetivos la garantía del derecho a la protección de la salud a las personas inmigrantes, ‘en los términos en que lo tienen reconocido’⁵⁵.

Volviendo al Real Decreto-ley 16/2012 como medida regresiva, cuando la aprobación de una norma de tal índole tiene lugar, se da una fuerte presunción de incumplimiento del PIDESC, correspondiendo al Estado justificar una serie de elementos⁵⁶. En este caso, sin embargo, como se ha analizado, la reforma sanitaria puede constituir un incumplimiento de obligaciones mínimas. En relación con ello, el Comité DESC, en la OG n.º 14, en desarrollo precisamente del derecho a la salud, señalaba expresamente que el Estado no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas que son inderogables⁵⁷. A continuación, se señala que la adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo referente al derecho a la salud constituye una violación del derecho a la salud⁵⁸.

En definitiva, aplicando el análisis realizado sobre la afectación al contenido esencial de las normas regresivas al Real Decreto-ley 16/2012, la norma expresamente establece unas restricciones que afectarían al contenido esencial. Se reconoce únicamente una atención mínima a la población inmigrante en situación irregular, al que cabe considerar como colectivo vulnerable, y no se les ofrece el acceso al resto de servicios sanitarios, por lo que directamente establece las restricciones. Aunque se reconozca la

⁵⁵ Ministerio de Trabajo e Inmigración, ‘Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014)’, p. 53.

⁵⁶ Comité DESC, ‘Observación General n.º 14’, 2000, párr. 32 y 47.

⁵⁷ Comité DESC, ‘Observación General n.º 14’, 2000, párr. 47.

⁵⁸ Comité DESC, ‘Observación General n.º 14’, 2000, párr. 48.

posibilidad de suscripción de un convenio especial, hay razones suficientes para considerar que la mayoría de personas de este colectivo enfrenta graves dificultades para poder realizar el pago que se exige como condición para suscribir el convenio, entre otras razones por la falta en muchos casos de un trabajo estable. Por tanto, se imposibilita el acceso a los servicios sanitarios de forma indirecta a través del establecimiento directo de restricciones a un grupo vulnerable, por lo que puede determinarse fácilmente que el contenido esencial queda afectado.

Por otra parte, la norma asimismo establece restricciones para las personas residentes cuyos ingresos superan un determinado límite en cómputo anual (cien mil euros). En este caso, si bien la medida no afectaría al contenido esencial, pues las personas podrían, en principio, acudir a servicios sanitarios privados, se trata de una reducción de la accesibilidad a los mismos, lo que cabe considerar como una medida regresiva, con posibilidad de quedar justificada. Otro paso previo a la posibilidad de justificación, no obstante, es la legitimidad del fin de la norma. En relación con ello, el preámbulo del Real Decreto-ley 16/2012 justifica la nueva regulación en la necesidad de hacer frente a una situación de insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias y de incorporar los nuevos avances que han tenido lugar en la medicina molecular, en la innovación terapéutica, en geómica y proteómica⁵⁹. Si la situación de déficit queda probada, la motivación de la norma podría encuadrarse en el supuesto de estabilidad presupuestaria contemplado en el artículo 135 de la Constitución. El fin de la norma pues podría considerarse legítimo al preservar un principio constitucionalmente protegido en la actualidad y previsto además como legítimo para introducir regresiones a los derechos. Ahora bien, la legitimidad del fin no supondría directamente la justificación de la norma. Así pues, habrá de determinarse si la medida queda justificada atendiendo a las diferentes fases del juicio de proporcionalidad.

⁵⁹ ‘Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril’, preámbulo.

Concluyendo, el incumplimiento de obligaciones mínimas que afectan al contenido esencial, como la garantía del acceso a los servicios sanitarios sin discriminación y la protección de grupos vulnerables, no se puede justificar, constituyendo un incumplimiento inmediato del Pacto. Ello es aplicable para las restricciones introducidas a los inmigrantes en situación irregular. En otro caso, como las limitaciones a los residentes legales en España que superan el nivel de ingresos determinado, el Estado español deberá justificar que la norma se ha adoptado sin que hubiese otra medida menos lesiva, que no perjudica otros derechos, y que ha hecho un aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles.

6.2. LAS GARANTÍAS DEL DERECHO A LA SALUD: SOBRE EL GRADO DE INTERVENCIÓN JUDICIAL

Cuando se trata de evitar la posible adopción de medidas regresivas para el derecho a la salud, así como de poner en marcha los mecanismos necesarios para evaluarlas, cuando la regresión ya ha tenido lugar, se está hablando de las garantías que acompañan a los derechos sociales. Los derechos sociales, como todos los derechos humanos, han de protegerse de posibles violaciones a través del establecimiento de garantías. La consideración de los derechos sociales como auténticos derechos fundamentales ha sido defendida por varios autores⁶⁰. Sin embargo, en la mayoría de ordenamientos jurídicos los derechos sociales vienen acompañados de unas garantías débiles o poco eficaces, en comparación con las que se brindan a los derechos civiles y políticos.

⁶⁰ ABRAMOVICH, V., COURTIS, Ch., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004. También: COURTIS, Ch., *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, Fontamara, México, 2009. AÑÓN, M. J., 'Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad', *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, 15-41. PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

Por lo que se refiere a las garantías de los derechos, cabe diferenciar varios niveles. Así pues, siguiendo la clasificación de las garantías que sugieren Aparicio y Pisarello, en primer lugar, se distinguen las garantías institucionales de las garantías no institucionales, ciudadanas o sociales de los derechos⁶¹. Esta distinción tiene en cuenta de modo principal el órgano encargado de activar las garantías. En cuanto a las primeras, se incluyen, de un lado, las garantías primarias o políticas, esto es, aquellas constitucionales previstas en la Constitución, las legislativas de desarrollo que se llevan a cabo por el órgano legislativo y las ejecutivas por parte de la administración. De otro lado, están las garantías institucionales que serían secundarias o judiciales, y que pueden ser de diferente tipo, según el órgano en cuestión sea el Tribunal Constitucional, por ejemplo, o la jurisdicción ordinaria. Otras garantías institucionales pueden ser las que se activan por el Defensor del Pueblo u otras instituciones nacionales de derechos humanos. Asimismo, entre las garantías institucionales cabe incluir las de carácter supranacional, tanto los tratados internacionales de derechos humanos como las garantías supranacionales de tipo judicial, como son las cortes o tribunales internacionales, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En cuanto a las garantías no institucionales, toman importancia las de tipo social que se realizan por parte de los destinatarios de los derechos. Entre las garantías sociales cabe distinguir aquellas que se consideran de participación institucional, como el voto, o la iniciativa legislativa, y aquellas garantías sociales autónomas, esto es, por ejemplo, la huelga o el derecho de manifestación. Las primeras necesitan para su consecución de la participación en el proceso institucional determinado. Las garantías sociales autónomas, de igual modo se ejercen en un marco institucional, pues el derecho de manifestación, por ejemplo, vendría reconocido al fin y al cabo por las instituciones. Sin embargo, la diferencia vendría dada por el hecho de que una vez se reconoce la posibilidad de realización de huelga o de manifestarse, no se exige para la consecución de la protesta la participación en un proceso institucional en sentido estricto.

⁶¹ APARICIO, M., PISARELLO, G., ‘Los derechos sociales y sus garantías: nociones básicas’ en BONET I PÉREZ, J., SÁNCHEZ, V., *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, Huygens, 2008, 140-161, pp. 151 y ss.

A continuación, la atención se centrará en las garantías que existen en la actualidad para proteger el derecho a la salud, en concreto las de tipo institucional, y en especial, las garantías judiciales. En primer lugar, se estudiarán los mecanismos previstos en los planos internacional, regionales y a nivel interno. En segundo lugar, se reflexionará sobre el grado de intervención judicial más adecuado para evaluar las posibles vulneraciones, teniendo en cuenta la afectación o no del contenido esencial del derecho. Se hará referencia, así, a la necesidad de un control robusto de constitucionalidad para garantizar el necesario respeto del contenido esencial del derecho a la salud, y a la problemática que surge para la legitimidad democrática de la intervención judicial frente a la de las normas legislativas.

6.2.1. Mecanismos actuales de protección

a) Protección en el ámbito internacional

En relación con las garantías supranacionales de los derechos sociales, cabe diferenciar entre el plano internacional universal y los planos regionales de protección. En cuanto al ámbito universal, destacan los diferentes mecanismos puestos en marcha por la ONU. En este sentido, existen mecanismos de supervisión de las obligaciones de los Estados, que pueden entenderse como garantías que previenen violaciones a los derechos humanos, y los mecanismos de garantías en sentido estricto, como la interposición de denuncias, cuando la sospecha de vulneración ya ha tenido lugar.

En referencia a los mecanismos de supervisión, uno de ellos es la presentación de informes periódicos por parte de los Estados (artículo 16.1 PIDESC), cada cinco años, en los que deben constar las medidas jurídicas, administrativas, judiciales y demás medidas que el Estado haya aprobado para aplicar las disposiciones del tratado. Las organizaciones

no gubernamentales, igualmente pueden presentar su informe para poder contrastar la versión del Estado. Finalmente, el Comité publica las recomendaciones al Estado en cuestión. Precisamente el 6 de junio de 2012 el Comité emitió un informe⁶² con una serie de recomendaciones, a la vista del quinto informe periódico presentado por España. Asimismo, el próximo periodo de revisión está previsto para el año 2017.

Existen, también, mecanismos extraconvencionales de supervisión del cumplimiento de las obligaciones de los Estados, que permiten llevar a cabo misiones de investigación, con independencia de que el Estado haya ratificado o no el tratado que reconozca el derecho en cuestión. Por ejemplo, la existencia de mandatos específicos sobre diferentes temáticas. A partir del año 2002 uno de los mandatos temáticos versa sobre el derecho a la salud física y mental, a cargo del Relator Especial para el derecho a la salud al que se ha hecho referencia a lo largo del trabajo. Así, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU adoptó una resolución por la que establecía un procedimiento especial de supervisión del cumplimiento del derecho a la salud⁶³. A partir de entonces, un Relator Especial sobre el derecho de todos a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental publica resoluciones e informes relativos a distintos aspectos de este derecho. Asimismo, a través del examen periódico universal el Consejo de Derechos Humanos revisa el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados.

En relación con la presentación de quejas por vulneración de los derechos sociales, como el derecho a la salud, hasta la fecha existían dos posibilidades⁶⁴. De un lado, interrelacionar el derecho a la salud con algunos derechos civiles, ante Comités como el

⁶² Comité DESC, ‘Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: España’, E/C.12/ESP/CO/5, 6 de junio de 2012 (19).

⁶³ Comisión de Derechos Humanos (Naciones Unidas), ‘Resolución 2002/31 por la que se establece el mandato del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental’, 2000. Puede consultarse un listado de los mandatos temáticos en este enlace (consultado en febrero de 2017): <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/themes.htm>.

⁶⁴ COURTIS, Ch., ‘Las instituciones nacionales de derechos humanos y los derechos económicos, sociales y culturales. Apuntes sobre una relación clave’, *Cuadernos Electrónicos de Derechos Humanos y Democracia*, núm. 5, 2009, pp. 30-51, p. 49.

Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura, que han protegido determinados derechos sociales a través derechos civiles como el derecho a la vida, a la intimidad, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes o el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación. De otro lado, se puede alegar una violación al derecho a la salud en relación con un factor prohibido de discriminación, de acuerdo con los mecanismos de quejas previstos en instrumentos como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

Sin embargo, desde la entrada en vigor, el 5 de mayo de 2013, del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es posible la presentación de comunicaciones al Comité DESC en las que se alegue la vulneración de derechos contenidos en el Pacto, como el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria⁶⁵. De este modo, están legitimadas para interponer una queja o denuncia las personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte, como es España, que aleguen ser víctimas de violación de uno de los derechos del Pacto; y, asimismo, podrá presentar denuncias un Estado contra otro Estado parte. Se han de tener en cuenta asimismo las siguientes circunstancias (artículos 3 y 4 del Protocolo): a) la presentación se haría en el plazo de un año tras haber agotado todos los recursos disponibles en la jurisdicción del Estado; b) los hechos deberían tener lugar con posterioridad a la entrada en vigor del Protocolo para el Estado en cuestión, por ejemplo para España esta fecha es el 5 de mayo de 2013; c) la cuestión no puede haber sido examinada con anterioridad por el Comité; d) no debe ser incompatible con las disposiciones del Pacto; e) la denuncia debe tener fundamento y no constituir abuso de derecho; f) no podrá ser anónima; g) se presentaría por escrito; y h) el autor de la comunicación ha de estar en clara desventaja o ha de tratarse de una cuestión de grave importancia general. Por lo que se refiere a la decisión del Comité, este podría adoptar

⁶⁵ Naciones Unidas, ‘Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, Resolución A/RES/63/117, 10 de diciembre de 2008.

medidas cautelares, evitando posibles daños irreparables a las víctimas, y llevar a cabo procedimientos de investigación⁶⁶.

b) Protección en los ámbitos regionales

Por lo que se refiere a los mecanismos de protección de los derechos a nivel regional, cabe destacar el desarrollo que ha tenido lugar en el ámbito europeo, así como en el sistema interamericano de derechos humanos y en el sistema africano.

En primer lugar, a nivel europeo cabe distinguir entre la protección a los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea y en el ámbito del Consejo de Europa. En cuanto a la Unión Europea, los derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha obtenido carácter jurídico vinculante con la inclusión de la Carta en el Tratado de Lisboa, a partir de la entrada en vigor de este, el 1 de diciembre de 2009, lo que significa que la Carta debe ser Derecho aplicable en los Tribunales, y con ello, en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶⁷. El derecho a la salud lo encontramos en el artículo 35, ‘en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales’, lo que resta de fuerza vinculante a este derecho, que queda convertido más bien en un principio. En cambio, los derechos civiles sí que se contemplan con mayores garantías, como el derecho a la vida (artículo 2.1), la integridad física y psíquica (artículo 3.1), la igualdad (artículo 20) y la prohibición de discriminación (artículo 21.1). Por lo demás, la dignidad queda reconocida en el primero de los artículos de la Carta. Ahora bien, en el ámbito de la Unión Europea no existe un mecanismo específico de protección de los derechos con las características propias de sumariedad y preferencia. Existe no obstante la posibilidad de plantear un recurso por incumplimiento del Derecho comunitario, por parte de la Comisión o de los Estados miembros, o bien,

⁶⁶ AÑÓN, M. J., ‘Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad’, *cit.*, pp. 40-41.

⁶⁷ Unión Europea, ‘Tratado de Lisboa’, C 306/1, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 17 de diciembre de 2007.

una cuestión prejudicial por parte del juez interno, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, planteando una duda sobre el cumplimiento de los derechos contenidos en la Carta, que debe tener el mismo valor jurídico que los tratados⁶⁸.

De otro lado, el Consejo de Europa ofrecería mayores posibilidades de protección de los derechos. Por una parte, el derecho a la salud se encuentra reconocido en el artículo 11 de la Carta Social Europea. Este derecho se puede hacer valer ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, que ofrece las ventajas de no tener que agotar los recursos internos y de brindar una protección específica de los derechos sociales. Ahora bien, España no ha ratificado ni la Carta revisada⁶⁹ que amplía el catálogo de derechos sociales, ni el Protocolo de 1995⁷⁰ que permitiría a las organizaciones sindicales, empresariales y no gubernamentales, registradas en el Consejo de Europa, formular reclamaciones colectivas.

Por otra parte, existe la posibilidad de proteger el derecho a la salud a través de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, igualmente en el ámbito del Consejo de Europa, esta vez ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El derecho a la salud se puede interrelacionar, así, con la protección del derecho a la vida, la prohibición de la tortura y la prohibición de la discriminación (artículos 2, 3 y 14, respectivamente, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y artículo 1 del Protocolo núm. 12⁷¹). Así pues, las vías para proteger los derechos sociales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden venir dadas de la interpretación creativa del Convenio, ampliando el ámbito de aplicación de un derecho civil para ofrecer protección

⁶⁸ Unión Europea, ‘Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea’, *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. C 326, 26 de octubre de 2012. Artículos 258 a 260 y 267.

⁶⁹ Comité Europeo de Derechos Sociales, ‘Carta Social Europea (revisada)’, Estrasburgo, 1996.

⁷⁰ Comité Europeo de Derechos Sociales, ‘Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints’, núm. 158, Estrasburgo, 1995.

⁷¹ Consejo de Europa, ‘Convenio Europeo de Derechos Humanos’, 1950, artículos 2, 3 y 14. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Gagiu v. Rumania*, núm. 63258/00, 2009; y *Tais v. Francia* 2006, núm. 39922/03, 2006. SINDING, H., KJELLEVVOLD, A., STEPHENS, P., ‘Undocumented’ migrants’ access to health care services in Europe, en SINDING, H., GLOPPEN, S., MAGNUSSEN, A., NILSSEN, E., (Ed.), *Juridification and social citizenship in the welfare state*, Edward Elgar Publishing, Inc., Reino Unido, 2014, pp. 162-181, p. 168.

a un derecho social, y mediante la prohibición de discriminación⁷². Por ejemplo, el Tribunal Europeo ha vinculado el derecho a la salud con la prohibición de la tortura o tratos inhumanos y degradantes (artículo 3) y con el respeto a la vida personal y familiar (artículo 8), con el fin de proteger a las personas en situación vulnerable, como extranjeros afectados por órdenes de expulsión que agravarían su estado de salud⁷³. En otros casos, no se ha considerado trato inhumano ni degradante la expulsión de una persona enferma a países donde la asistencia sanitaria está disponible, aunque no sea accesible económicamente⁷⁴. Sí, en cambio, constituye trato inhumano y degradante la no prestación de la atención necesaria a una persona arrestada que se encuentre herida o enferma⁷⁵. Interesante fue el caso de la no realización de pruebas genéticas necesarias durante el embarazo, que habrían permitido a una mujer el acceso a un aborto legal, en el cual el Tribunal consideró que los profesionales sanitarios habían violado su derecho a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes⁷⁶.

En cuanto al sistema interamericano, la protección que se da al derecho a la salud gira igualmente en torno a la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos. El derecho a la salud, como se analizó en el segundo capítulo, puede entenderse incluido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (artículo XI), en el marco de un derecho más amplio al bienestar⁷⁷ y en el mismo sentido se puede entender el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconoce la obligación de progresividad de los Estados en materia social⁷⁸. El instrumento que en

⁷² MESTRE I MESTRE, R. M., ‘La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos’, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2016, 113-132, p. 123 y ss.

⁷³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *D. v. The United Kingdom*, núm. 30240/96, 1997.

⁷⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *N. v. The United Kingdom*, núm. 26565/05, 2008.

⁷⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Hurtado v. Suiza*, núm. 17549/90, 1994; *Riviere v. France*, núm. 33834/03, 2006.

⁷⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *R. R. v. Poland*, núm. 27617/04, 2011. GOSTIN, L. O., *Global Health Law*, Harvard University Press, Cambridge/Londres, 2014, p. 261 y ss.

⁷⁷ Organización de los Estados Americanos (OAS), ‘Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948’, Novena Conferencia Internacional Americana, 1948.

⁷⁸ Organización de los Estados Americanos (OAS), ‘Convención Americana sobre Derechos Humanos’, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José (Costa Rica),

este ámbito reconoce de forma específica los derechos sociales es el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 (Protocolo de San Salvador) que incluye el derecho al más alto nivel de salud física, mental y social en el artículo 10⁷⁹.

En el plano de las garantías, el órgano contencioso que conoce de asuntos en materia de vulneración de derechos humanos es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De acuerdo con los artículos 61 y 62 de la Convención Americana de Derechos Humanos la Comisión Interamericana y los Estados son los competentes para someter un caso a conocimiento de la Corte, siempre que los Estados hayan reconocido su competencia. La protección que se ha dado al derecho a la salud en este marco, como se comentaba, proviene especialmente de la interrelación de la salud con otros derechos. Ello porque, si bien el Protocolo de San Salvador reconoce de forma específica derechos sociales, no todos ellos se pueden reclamar directamente a través del mecanismo de denuncias individuales, sino solo los derechos del artículo 8.a) y del artículo 13 (el derecho a la sindicación y el derecho a la educación, respectivamente) de acuerdo con el artículo 19.6⁸⁰. No, por tanto, el derecho a la salud. En consecuencia, a partir de la entrada en vigor del Protocolo de San Salvador, la Corte ha conocido de asuntos relacionados con el derecho a la salud a través de la protección de derechos como la prohibición de la tortura y tratos crueles e inhumanos, la vida o la integridad personal. En especial, se trata de casos de violaciones de los derechos de personas detenidas en establecimientos penitenciarios o a personas que se consideran miembros de grupos vulnerables como los migrantes, los indígenas y los menores⁸¹. Asimismo, en 1999 la Corte extendió el ámbito

Noviembre de 1969, artículo 26.

⁷⁹ Organización de Estados Americanos (OAS), 'Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988', 18º período ordinario de sesiones, 17 de noviembre de 1988.

⁸⁰ ROBLES, M. Y., 'El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014)', *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 35, julio-diciembre 2016, 199-246, pp. 201 y 202.

⁸¹ Por ejemplo, destacan los casos de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, o el caso de *Cinco pensionistas vs. Perú*. ROBLES, M. Y., 'El derecho a la salud en la jurisprudencia de la

de protección del derecho a la vida a la garantía del acceso a las condiciones necesarias para una existencia digna⁸². Como señala Robles, se ha reclamado alguna vez la posibilidad de proteger directamente el derecho a la salud por vulneración del artículo 26 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, impulsando así la justiciabilidad autónoma del derecho a la salud⁸³.

Igualmente, cabe hacer referencia al sistema africano de protección de los derechos humanos. El derecho a la salud, como se mencionaba en el capítulo segundo, se reconoce en el artículo 16 de la Carta de Banjul⁸⁴. En este sentido, la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos entiende este derecho como vital y fundamental para la realización de otros derechos, y al igual que otros derechos sociales implican el deber de cumplimiento de obligaciones inmediatas⁸⁵. En esta línea, se han apreciado violaciones de las obligaciones de respetar, de proteger y de cumplir el mismo, lo cual implica obligaciones de carácter positivo y negativo⁸⁶. Así pues, no es necesario en este sistema regional alegar otro derecho para que se aprecie una vulneración del derecho a la salud, el cual se protege de forma autónoma, al igual que se reconocen otros derechos sociales como el trabajo y la educación⁸⁷. Por ejemplo, en la sentencia *Constitutional Rights Project and Media Rights Agenda v. Nigeria*, la Comisión Africana consideró que el

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014)', *cit.*, pp. 207 y 208. VENTURA, M., 'Jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales y culturales', *Revista IIDH*, vol. 40, 2004, p. 107-108.

⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, 'Caso de los Niños de la Calle (*Villagrán-Morales et al.*) v. Guatemala', núm. 63, 1999, párrafo 144. GOSTIN, L. O, *Global Health Law*, *cit.*, p. 261 y ss.

⁸³ Destaca la actividad en este sentido del juez Ferrer Mac-Gregor. El debate se dio en el caso *Gonzales Lluy vs. Ecuador* (2015). ROBLES, M. Y., 'El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014)', *cit.*, pp. 203 y 210.

⁸⁴ Organización para la Unidad Africana (OUA), 'Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981', XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, Nairobi, Kenya, 1981.

⁸⁵ CHIDI ODINKALU, A., 'Analysis of Paralysis or Paralysis by Analysis? Implementing Economic, Social and Cultural Rights Under the African Charter on Human and Peoples' Rights', *Human Rights Quarterly*, vol. 23, núm. 2, 2001, 327-369, p. 349

⁸⁶ ODER, J. A., 'Litigating the Right to Health Before the African Commission on Human and Peoples' Rights: the Record So Far', *African Yearbook of International Law*, vol. 15, núm. 1, 2008, 129-142, pp. 130 y ss.

⁸⁷ Artículos 15 y 17 de la Carta. 'Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981', 1981.

Estado nigeriano había violado su obligación de proteger la salud de una persona detenida de acuerdo con el artículo 16 de la Carta⁸⁸. Dadas las dificultades económicas de muchos países del continente, la obligación de progresividad en el cumplimiento del derecho a la salud es relevante y recordada en muchos pronunciamientos de la Comisión⁸⁹. Sin embargo, ello no es un obstáculo para afirmar que los Estados tienen obligaciones en materia del derecho a la salud.

c) Protección en el ámbito estatal

En el ordenamiento jurídico español, el precepto constitucional que regula las garantías que acompañan a todos los derechos constitucionales, sea los llamados fundamentales del Capítulo II del Título I, sea los ‘principios rectores de la política social y económica’ del Capítulo III del mismo Título, es el artículo 53 de la Constitución Española. La mayoría de los derechos sociales reconocidos en la Constitución española se acompañan de unas garantías ‘débiles’ o de menores garantías, en comparación con las que protegen otros derechos constitucionales. En cuanto al desarrollo legislativo de los derechos reconocidos en la Constitución, si bien el artículo 53 encomienda al legislador orgánico el desarrollo de los derechos fundamentales, se establece que los ‘principios rectores’ ‘informarán’ a la legislación ordinaria. De igual forma, en cuanto a las obligaciones del poder legislativo, la Constitución encomienda el necesario respeto del contenido esencial de los derechos reconocidos como ‘fundamentales’, no así para los derechos sociales.

Centrando la atención en las garantías de tipo jurisdiccional, cabe señalar que

⁸⁸ Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, *Constitutional Rights Project and Media Rights Agenda v. Nigeria*, 31 de octubre de 1998, comunicaciones 105/93, 130/94, 128/94 and 152/96.

⁸⁹ Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, *Purohit and Moore v. The Gambia*, comunicación 241/2001.

existen tres planos de protección judicial de los derechos, de conformidad con el artículo 53 de la Constitución: 1) los derechos reconocidos entre los artículos 14 a 29, así como el derecho de objeción de conciencia del artículo 30.2 (artículo 14, la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, y el artículo 30.2), pueden alegarse en recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional mediante un procedimiento preferente y sumario; 2) estos derechos, y los incluidos en la Sección 2ª del Capítulo II, son derechos que pueden ser invocados directamente ante los tribunales; por último, 3) los derechos reconocidos en el Capítulo III del Título I solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. No cabe alegar una eficacia directa de los mismos, puesto que su invocación ante los tribunales depende de ese desarrollo legal. En definitiva, la mayoría de los derechos sociales tienen esta última protección, si quien tiene que invocarlos es un particular, excepto el derecho a la educación (artículo 27), la libertad de sindicación (artículo 28.1) y el derecho de huelga (artículo 28.2), que pueden alegarse en amparo.

Mayores son las posibilidades que se abren cuando, además del derecho a la salud, se alega la vulneración de derechos civiles que se encuentran protegidos constitucionalmente con mayores garantías. Ahora bien, se ha de tener en cuenta que actualmente solo se admiten en amparo aquellas demandas que tengan especial trascendencia constitucional, la cual se aprecia según la importancia que tengan ‘para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales’ (artículo 50.1.b de la Ley Orgánica, 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional⁹⁰). En este sentido, las vulneraciones al derecho a la salud y a la asistencia sanitaria afectan a otros derechos como el derecho a la vida y a la integridad física (artículo 15 de la Constitución), a la igualdad y a la prohibición de discriminación (artículo 14), a la información (artículo 20.1.d) y al consentimiento informado, o a la protección judicial efectiva (artículo 24).

⁹⁰ ‘Ley Orgánica, 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, *Boletín Oficial del Estado*, 5 de octubre de 1979, núm. 239, artículo 50.1.b.

De este modo, si ante la jurisdicción ordinaria, además de reclamar protección al derecho a la salud (artículo 43.1 y 2 CE), las víctimas alegan la vulneración de estos derechos, entonces la demanda se tramitará por un procedimiento preferente y sumario, que, en su caso, podrá llegar al Tribunal Constitucional en recurso de amparo (artículo 53.2 de la Constitución). También están legitimados para interponer el recurso de amparo el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo (artículo 162.1.b CE).

Así, reclamar la protección de un derecho social en relación con el principio de igualdad y de prohibición de discriminación reconocido en el artículo 14 permite analizar en sede judicial si las condiciones de acceso o de ejercicio a un derecho social han sido discriminatorias para una persona o un grupo determinado⁹¹. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en casos sobre discriminación en el acceso y en las condiciones de trabajo, por ejemplo, por razón de sexo⁹². Más allá de la prohibición de discriminación, y también, del acceso a la tutela judicial efectiva, lo cierto es que el recurso a la interrelación de los derechos sociales con los derechos civiles y políticos ha sido escasa⁹³. Ello se ha reducido, en la mayoría de los casos, a cuestiones planteadas en el ámbito laboral, como despidos motivados como consecuencia del ejercicio de la libertad religiosa⁹⁴. Pero también ha habido algunos casos, en relación con el derecho a la salud, en los que se ha protegido este derecho por conexión con el derecho a la integridad personal, cuando existe un peligro grave para la misma⁹⁵. Asimismo, en casos de contaminación acústica en el domicilio, donde puede ponerse en riesgo la salud, se ha conectado la salud (artículo 43) y la integridad personal (artículo 15) así como el disfrute de la vivienda (artículo 47) con la intimidad personal y familiar (artículo 18)⁹⁶. Por

⁹¹ DÍAZ, M., 'El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales', *Lex Social-Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1/2012, enero-junio 2012, 5-30, p. 8.

⁹² Sentencias del Tribunal Constitucional: '145/1991, de 1 de julio', y '41/1999, de 21 de marzo'.

⁹³ DÍAZ, M., 'El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales', *cit.*, p. 20.

⁹⁴ Tribunal Constitucional, 'Sentencia 19/1985, de 13 de febrero'.

⁹⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional: '35/1996, de 11 de marzo', '119/2001, de 24 de mayo', '5/2002, de 14 de enero' y '33/2011, de 28 de marzo'.

⁹⁶ Tribunal Constitucional, 'Sentencia 119/2001, de 24 de mayo'.

último, también se han dado casos en que el Tribunal Constitucional ha limitado derechos civiles como la propiedad, reconocida en el artículo 33 de la Constitución, o la libertad de empresa (artículo 38), con la finalidad de proteger derechos sociales como la vivienda o el trabajo, aunque como señala Díaz, no se trate de derechos que protegerse a través del recurso de amparo⁹⁷.

En este sentido, los derechos sociales pueden venir protegidos a través de los derechos fundamentales que se acompañan de mayores garantías, de acuerdo con el principio de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos. Así pues, los derechos sociales guardan una estrecha relación con otros derechos constitucionales como la vida, la integridad física y mental, la inviolabilidad del domicilio, la prohibición de discriminación o el derecho a un debido proceso. Ello, por una parte, señala el déficit existente en cuanto a la protección de la mayoría de los derechos sociales; si bien, de otro lado, también demuestra la indivisibilidad entre todos los derechos humanos. También en el contexto internacional se ha destacado la importancia del principio de igualdad y de no discriminación en la aplicación de derechos sociales como la alimentación, la vivienda, la educación o la salud. Además se destacan las causas históricas de la desigualdad socio-económica actual que tiene en muchas ocasiones su origen en la discriminación sufrida por determinados grupos⁹⁸.

De otro lado, otra opción posible es la interpretación de los derechos sociales de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España, según el artículo 10.2 de la Constitución. También, la relación de los derechos sociales con cláusulas como la dignidad de la persona, el reconocimiento del Estado

⁹⁷ DÍAZ, M., 'El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales', *cit.*, p. 26.

⁹⁸ Equal Rights Trust, *Economic and social rights in the courtroom. A litigator's guide to using equality and non discrimination strategies to advance economic and social rights*, Londres, diciembre 2014, p. 16. isponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/ESR_Guide.pdf También: Comité DESC, 'Observacion General n. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales' E/C.12/GC/20, 2009, parr. 1.

social o la igualdad material del artículo 9.2. Según este último artículo, los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias para garantizar la igualdad real entre los individuos. Igualmente en relación con las posibilidades de interpretación, se ha señalado que podría entenderse el artículo 53.3 CE, de forma que cuando el precepto señala que los derechos sociales serán alegables ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo dispuesto por la legislación de desarrollo, se refiere al contenido adicional, pero nada impide que el contenido básico pueda ser alegado⁹⁹. De otro modo, pues, estos derechos serían solo derechos ‘sobre el papel’, pero no verdaderos derechos, como apuntaría Guastini¹⁰⁰. Ahora bien, todo ello, aunque sirva de guía para interpretación de los derechos sociales, no se puede invocar directamente ante el Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo que analice su vulneración, sino que habría de alegarse como fuente de interpretación de otros derechos directamente alegables.

Por otra parte, otro mecanismo previsto por nuestro ordenamiento jurídico es el recurso de inconstitucionalidad, que puede interponerse contra normas con rango de ley que puedan ser contrarias al texto constitucional, con la finalidad de que se declare su nulidad. Por lo tanto, se pueden recurrir por inconstitucionalidad normas con rango de ley ante el Tribunal Constitucional, recurso que podrán interponer el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas (artículo 162.1.a CE). La resolución por el Tribunal Constitucional de los recursos de inconstitucionalidad presentados contra el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, se comentará en el tercer apartado.

Por último, la responsabilidad patrimonial de la Administración se entiende como una garantía de los derechos sociales en sede administrativa. En esta línea, se ha señalado

⁹⁹ PISARELLO, G., ‘Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva’, *cit.*, pp. 68-70.

¹⁰⁰ GUASTINI, R., *Estudios de Teoría Constitucional*, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2001, pp. 220 y ss.

que la litigación administrativa del derecho a la salud puede ser adecuada para equilibrar los intereses individuales y los costes administrativos derivados de una posible solución favorable¹⁰¹. Se trata de una solución que cobra importancia en el Reino Unido, Israel y Sudáfrica¹⁰². En relación con este último país, Sustain se refería al modelo administrativo de protección de los derechos sociales, en el que los jueces establecen directrices, pero donde las decisiones sobre el establecimiento de prioridades las siguen adoptando los legisladores y el gobierno¹⁰³. Se ha defendido este modelo desde el punto de vista de la razonabilidad de las decisiones judiciales¹⁰⁴. El inconveniente de ello sería que los intereses en juego deben protegerse más desde la perspectiva del incumplimiento de obligaciones de la Administración más que desde el punto de vista de la protección de derechos humanos.

A diferencia del caso español, otros ordenamientos jurídicos reconocen los derechos sociales como el derecho a la salud como derechos fundamentales. En este sentido, Brasil, Colombia, Bulgaria, Estonia, Hungría, Polonia, Sudáfrica, Venezuela, Ecuador o Bolivia¹⁰⁵. En cuanto a la protección judicial de los derechos sociales, el derecho a la salud en India y en Sudáfrica encuentra un blindaje constitucional fuerte. En Sudáfrica se han dado casos de litigación del derecho a la salud relevantes, como el paradigmático caso *Treatment Action Campaign* en el que la Corte Constitucional estimó que el derecho a la salud estaba siendo vulnerado al no garantizar el acceso a los tratamientos necesarios para evitar que la enfermedad del VIH-SIDA fuera transmitida de

¹⁰¹ FLOOD, C., GROSS, A., 'Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach?', *Health and Human Rights*, vol. 16, núm. 2, 2014, 62-72, p. 69.

¹⁰² *Ibid.*, p. 69.

¹⁰³ SUSTEIN, C. R., 'Social and Economic Rights? Lessons from South Africa', *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, núm. 124, 2001, p. 13.

¹⁰⁴ PILLAY, A., 'Enforcing Social and Economic Constitutional Guarantees before the Courts: the South African and Indian Experiences', *African Yearbook of International Law*, vol. 15, núm. 1, 2008, 143-161, p. 150.

¹⁰⁵ NOGUERA, A., *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, Tirant, Valencia, 2010.

madres a hijos¹⁰⁶. En India, la Corte Suprema determinó la necesidad de garantizar el acceso a los tratamientos retrovirales¹⁰⁷.

Con todo, la intervención judicial en relación con a la protección de este derecho es más modesta en India y en Sudáfrica que la que se encuentra en algunos países latinoamericanos¹⁰⁸. Así, se han incluido derechos sociales como el derecho a la salud en algunas de las Constituciones aprobadas en las últimas décadas¹⁰⁹. Entre los países latinoamericanos que destacan por el alto nivel de litigación del derecho a la salud cabe nombrar los casos de Argentina, Chile, Costa Rica, Perú, Uruguay, pero muy especialmente Colombia y Brasil¹¹⁰. Todos estos países reconocen el derecho a la salud como derecho fundamental en sus Constituciones, aprobadas o reformadas en el último tercio del siglo XX. En cuanto al nivel de litigación del derecho a la salud en los tribunales de estos países, se estima que, en 2010, 240.000 casos se dieron en siete estados de Brasil. Ferraz contrasta estos datos con una estimación de 40.000 casos en el país¹¹¹. En Colombia se estimaron 95.000 casos en 2010, mientras que en Costa Rica se darían 4.000 desde 1989, en Argentina 1.159 en 2007 solo en Buenos Aires y Uruguay tendría 50 casos litigados en cinco años¹¹².

¹⁰⁶Tribunal Constitucional de Sudáfrica, *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*, SA 721, 2002. HASSELGÅRD-ROWE, J., MPINGA, E., 'Justiciability of the Right to Health in South Africa and Switzerland through the Lens of its Normative Components', *International Human Rights Law Review*, 3, 2014, 1-28, p. 14.

¹⁰⁷Corte Suprema de India, *Voluntary Health Association of Punjab (VHAP) v. The Union of India and Others*, núm. 349, 2006. GOSTIN, L. O, *Global Health Law*, cit., p. 265.

¹⁰⁸FLOOD, C., GROSS, A., 'Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach?', cit., p. 69.

¹⁰⁹*Ibid.*, p. 64.

¹¹⁰CUBILLOS, L., ESCOBAR, M. L., PAVLOVIC, S., IUNES, R., 'Universal health coverage and litigation in Latin America', *Journal of Health Organization and Management*, vol. 26, núm. 3, 2012, 390-406, p. 390.

¹¹¹FERRAZ, O., 'Brazil: health inequalities, rights and courts', YAMIN, A. E., GLOPPEN, S. (Eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2011, 76-102, p. 85.

¹¹²CUBILLOS, L., ESCOBAR, M. L., PAVLOVIC, S., IUNES, R., 'Universal health coverage and litigation in Latin America', cit., p. 395.

Por ejemplo, destaca la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional colombiana, que conoció de diferentes reclamos individuales y donde dio cuenta de fallos estructurales del sistema, lo que conllevó a realizar modificaciones en la regulación sanitaria y en una unificación de la lista de servicios esenciales¹¹³. En Argentina, la Corte Suprema ha conocido de diversos casos en que se han puesto de manifiesto especialmente las obligaciones de carácter positivo del Estado, esto es, de aprobar leyes u otras normas, de organización y de procedimiento, y de dar medicamentos¹¹⁴. En este sentido, cabe citar el caso ‘Campodónico de Beviaqua’ donde se reclamaba en contra de la interrupción de una medicación especial para el tratamiento de una enfermedad grave y que sentó una línea jurisprudencial posterior en materia de prestación de medicamentos¹¹⁵. De otro lado, es interesante además que la jurisprudencia de la Corte argentina señala como sujetos de obligaciones en materia de salud a entes diferentes del Estado como pueden ser las empresas de medicina prepaga, en cumplimiento, en concreto, de sus obligaciones contractuales¹¹⁶.

Sin embargo, un factor que se ha señalado como negativo de la justiciabilidad del derecho a la salud han sido las desigualdades en el acceso a la protección judicial del derecho a la salud en estos países. Así pues, en Brasil la mayoría de los casos se darían en los estados con un mayor índice de desarrollo humano y, en sentido parecido, la mayor

¹¹³ Corte Constitucional de la República de Colombia, ‘Sentencia T-760 de 2008’. El seguimiento del cumplimiento de la sentencia puede realizarse a través de este enlace del gobierno colombiano (consultado en febrero de 2017): <http://seguimientot760.corteconstitucional.gov.co/>.

¹¹⁴ Clérico asimismo se cuestiona sobre cómo queda la atribución de responsabilidades en materia sanitaria en el marco de un modelo de Estado federal, distinguiendo entre deberes constructivos (de adopción e implementación del marco regulatorio) y deberes reparadores (de respuesta ante violaciones del derecho a la salud). CLÉRICO, L., ‘¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad’, *Revista Jurídica*, Año 11, núm. 1, 2010, 93-117, pp. 102, 105 y ss.

¹¹⁵ ALDAO, M., CLÉRICO, L., DE FAZIO, F., ‘La protección del derecho constitucional a la salud en Argentina’, *Revista Gaceta Laboral*, vol. 21, núm. 3, 2015, 239-275, p. 262.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 270. También: CLÉRICO, L., RONCONI, L., SCIOSCIOLI, S., y otros, ‘El subsistema privado de salud en Argentina. Notas y preguntas sobre el ‘Marco regulatorio de la medicina prepaga’, en CLÉRICO, L., RONCONI, L., ALDAO, M. (Coord.), *Tratado de Derecho a la Salud. Tomo II*, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Buenos Aires, 2013, 1417-1495.

litigación en Buenos Aires no proviene de las áreas más necesitadas¹¹⁷. Las inequidades en salud que resultan del ‘modelo brasileño’, caracterizado por las demandas individuales para acceder a medicamentos y por el éxito de la mayoría de las mismas, ha sido alertada por Ferraz¹¹⁸. El autor tiene en cuenta indicadores indirectos, que estiman que la mayoría de litigantes utilizan servicios de asesoramiento privados, y que los servicios sanitarios en cuestión son en su mayoría asimismo de carácter privado. Los indicadores directos vendrían dados porque la mayoría de las reclamaciones no provienen de las áreas más necesitadas del país¹¹⁹. Ahora bien, ello puede ser debido a que en el mismo acceso a la justicia se detectan desigualdades, lo cual podría solucionarse con la garantía de un acceso a la protección judicial independientemente de la capacidad económica.

6.2.2. Las garantías judiciales necesarias para el derecho a la salud: Entre el control robusto de constitucionalidad y la justicia dialógica

Una vez estudiadas las posibilidades de alegar la vulneración de los derechos sociales que existen en la actualidad, cabe ahora reflexionar sobre el tipo de intervención judicial que se estimaría necesaria para una mejor garantía del derecho a la salud. Cuando se trata la protección judicial de los derechos sociales, se discute la posible limitación a la libertad del legislador, lo que según algunas concepciones implica un peligro para la legitimidad democrática. Así, mientras que los límites a la libertad del legislador pueden concebirse como una forma de protección de los derechos sociales, también se ha considerado que cuando la actuación del órgano judicial es demasiado amplia, ello implica limitaciones no justificadas a la libertad del legislador. En el caso del derecho a

¹¹⁷ FERRAZ, O., ‘Brazil: health inequalities, rights and courts’, 76-102, y BERGALLO, P., ‘Argentina: achieving fairness despite routinization’, 43-75, en YAMIN, A. E., GLOPPEN, S. (Eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2011, p. 87 y p. 55, respectivamente.

¹¹⁸ FERRAZ, O. L. M., ‘The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities?’ *Health and Human Rights*, vol. 11, núm. 2, 2009, 33-45, p. 38.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 39.

la salud, se trataría de la posibilidad de que, a través de la litigación de un supuesto particular, se ocasionen cambios en la regulación sanitaria. Por ejemplo, en Chile, después de varios casos individuales que reclamaban en relación con las primas de seguros privados (ISAPRES) cuya cuantía se calculaba atendiendo al riesgo afectando incluso a personas vulnerables, el Tribunal Constitucional de Chile terminó por declarar inconstitucional las primas ajustadas al riesgo¹²⁰. Asimismo en Brasil y en Colombia la justiciabilidad del derecho a la salud conllevó a modificar la forma en que se determinaban los servicios y medicamentos incluidos en la lista de servicios esenciales¹²¹.

La controversia que surge entre la legitimidad democrática y la intervención judicial ha sido tratada por diferentes autores y desde varias concepciones¹²². En este sentido, Comanducci propone que el debate entre una democracia procedimental sin límites sustanciales y una democracia procedimental con límites sustanciales (propia del Estado constitucional de Derecho) sea leída como una controversia entre el iuspositivismo ideológico en sentido estricto y el neoconstitucionalismo ideológico¹²³. En líneas generales, desde el iuspositivismo ideológico en sentido estricto se debe obediencia a las normas jurídicas cualquiera que sea su contenido, si son el resultado de una decisión adoptada por mayoría, porque el valor importante que subyace en esta posición es el de la igual autonomía de todos los individuos¹²⁴. Por el contrario, desde la línea neo-constitucionalista ideológica, la importancia radica en el contenido de las

¹²⁰ Tribunal Constitucional de Chile, Rol 1710-10-INC, 6 de agosto de 2010.

¹²¹ CUBILLOS, L., ESCOBAR, M. L., PAVLOVIC, S., IUNES, R., ‘Universal health coverage and litigation in Latin America’, *cit.*, p. 400.

¹²² En torno al problema de la legitimidad puede leerse: GARCÍA PASCUAL, C., *Legitimidad democrática y poder judicial*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1997, pp. 172 y ss.

¹²³ Véase, al respecto, la ponencia presentada en el I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, celebrado en Alicante los días 26-28 de mayo de 2016, ‘Estado constitucional de Derecho y democracia’, p. 5. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponencia%20Comanducci.pdf>. Asimismo, COMANDUCCI, P., ‘Constitucionalización y neoconstitucionalismo’, en COMANDUCCI, P., AHUMADA M^a A., GONZÁLEZ LAGIER, D., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, 85-122, p. 89.

¹²⁴ COMANDUCCI, P., ‘Estado constitucional de Derecho y democracia’, *cit.*, p. 4.

normas jurídicas, si estas incorporan una serie de principios y derechos fundamentales, que es lo que otorga el valor fundamental a la Constitución. En la línea de Dworkin, los derechos y los principios constituyen triunfos frente a la regla o la tiranía de las mayorías¹²⁵.

La cuestión de los límites al legislador se plantea de forma clara en el control de constitucionalidad de normas legislativas. Existen, principalmente, dos tipos de controles, el control robusto de constitucionalidad y el control débil de constitucionalidad. Desde el iuspositivismo ideológico comentado anteriormente se defiende que las normas jurídicas no deben ser objeto de control judicial. Así, algunos constitucionalistas políticos como Waldron rechazan el control robusto de constitucionalidad a fin de respetar la concepción procedimental de la democracia. En una revisión crítica de la postura de Dworkin, el autor concluye que la revisión judicial de las leyes es incompatible con el valor superior que tiene el proceso democrático¹²⁶. Este valor superior residiría en la igual autonomía de todos que se expresa en la igual participación en el proceso democrático. Asimismo otros autores como Bickel muestran su preocupación acerca de una forma fuerte de revisión como la existente en los Estados Unidos¹²⁷. Frente a la concepción de Waldron, por ejemplo, Comanducci, desde el neoconstitucionalismo, defiende la existencia de valores superiores que habrían de ser protegidos, entendiendo que la toma de decisiones en materia de derechos humanos a través de la regla de las mayorías no respeta la autonomía de todos. La llamada ‘objeción del anarquista’ desafía la legitimidad de la obediencia al derecho en tanto en cuanto no todos los individuos han podido decidir someterse a los resultados del procedimiento legislativo. Comanducci propone la solución contractualista de pensar que, ante esta situación, la mejor forma de respetar los intereses legítimos de todos será adoptando una concepción de democracia procedimental que a la vez incluya

¹²⁵ DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977, pp. 199-200. También: DWORKIN, R., ‘Rights as Trumps’, WALDRON, J. (Ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984.

¹²⁶ WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 302.

¹²⁷ BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1962, pp. 16-23.

la existencia de límites sustanciales, como el necesario respeto de los derechos fundamentales¹²⁸. Igualmente, Ferrajoli alegaba en contra la postura de Waldron la existencia de principios, valores y derechos más valioso que la igual participación de todos en la toma de decisiones; como la vida, la libertad o la seguridad¹²⁹.

En esta línea, Morales analiza esta cuestión con el objetivo de reconciliar ambas posiciones, introduciendo a la concepción procedimental de la democracia de Waldron la tesis que denomina de las precondiciones¹³⁰. Así, se trataría de entender el fundamento de los derechos sociales como precondiciones para la democracia, lo que justificaría la protección judicial de los mismos al mismo tiempo que no deja de lado el argumento de la legitimidad democrática. Las precondiciones serían formales (estándar de no exclusión y participación política) como materiales, lo que constituiría un primer nivel de derechos sociales (determinado, por ejemplo, a través de estudios empíricos, como la afectación de la analfabetización a la participación en el procedimiento democrático)¹³¹. La autora defiende que el primer nivel de derechos sociales, las precondiciones materiales para la democracia, queden protegidas bajo un control robusto de constitucionalidad¹³². Cabe aclarar que este primer nivel no se equipara a lo que podría entenderse como contenido esencial o mínimo, pues este se considera indeterminado y podría dar lugar a desacuerdos sustanciales, mientras que un primer nivel de derechos puede concretarse a través de estudios empíricos¹³³. Un segundo nivel de derechos sociales, esto es, las concepciones basadas en la justicia social, debería estar sometido a la decisión resultante del procedimiento democrático adoptada por mayoría¹³⁴.

En cualquier caso, de nuevo, adquiere relevancia la cuestión del contenido

¹²⁸ COMANDUCCI, P., 'Estado constitucional de Derecho y democracia', *cit.*, p. 11.

¹²⁹ FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 35.

¹³⁰ MORALES, L., *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 283.

¹³¹ *Ibid.*, p. 303.

¹³² *Ibid.*, p. 332.

¹³³ *Ibid.*, p. 312.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 345.

esencial de los derechos. En el análisis del contenido esencial del derecho a la salud, ya se ha comentado que se sigue la clasificación de obligaciones mínimas sugeridas por el Comité DESC en su OG n°. 14. También se ha analizado cuándo las limitaciones a la universalidad afectan al contenido esencial del derecho a la salud. De esta forma, se propone que el contenido mínimo esencial ha de quedar protegido a través de un control robusto de constitucionalidad. Respecto del contenido adicional, este puede ser objeto de un control de constitucionalidad débil en que, por ejemplo, los jueces puedan emitir resoluciones o sentencias declarativas dando su opinión sobre la vulneración de ese contenido adicional o la forma en que puede este quedar mejor protegido.

Se adopta pues, una postura cercana al neoconstitucionalismo ideológico que defiende la existencia de límites sustanciales al procedimiento democrático, a través del control de constitucionalidad robusto, pero en lo que se refiere únicamente al contenido esencial de los derechos. Por lo que se refiere al contenido adicional de los mismos, se sugiere un mayor respeto a las decisiones adoptadas por mayoría, con la introducción de unos límites menos fuertes, que podrían venir dados de un control de constitucionalidad débil. Este modelo se ha considerado como el diseño institucional más justificable, entre otros, por Bayón¹³⁵. En este caso se trata no de bloquear las decisiones legislativas sino de, en su caso, sugerir otros caminos para desarrollar el contenido de los derechos, en lo que puede entenderse como un diálogo institucional con el que sí que estarían de acuerdo, en principio, algunos partidarios de la concepción procedimental de la democracia sin límites sustanciales¹³⁶.

Así pues, se han propuesto soluciones frente al argumento de la falta de legitimidad democrática de los jueces. En este sentido, ello ha llevado a los mismos a

¹³⁵ BAYÓN, J. C., ‘Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo’, en BETEGÓN, J., LAPORTA, F. J., DE PÁRAMO, J. R., y otros (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, 67-138, p. 129.

¹³⁶ WALDRON, J., ‘The Core of the Case Against Judicial Review’, *The Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 6, 2006, 1346-1406.

pensar en un proceso de autolimitación judicial. Asimismo, se propone lo que se conoce como un modelo de diálogo judicial. Por una parte, pues, la autorestricción o autolimitación judicial se referiría al proceso que los jueces utilizarían para identificar aquellas cuestiones cuya resolución no entra en el ámbito de la capacidad y legitimidad judicial¹³⁷. Se dan enfoques no doctrinales que abogan por la atención a las circunstancias de cada caso. También, enfoques formalistas, que se basan en la creencia en la capacidad de los jueces para distinguir entre lo que cae en el ámbito del Derecho y lo que cae en el ámbito de la política, entre lo que constituye política y lo que constituyen principios (en la línea de la distinción de Dworkin) así como en la capacidad de los jueces para determinar la justiciabilidad de una cuestión. King, en concreto, se centra en los enfoques institucionales del proceso de autorestricción judicial¹³⁸. Este enfoque surge frente a la incerteza y falibilidad de las decisiones judiciales y está basado en la preocupación por las consecuencias de las mismas, la especial atención a los derechos frente a los que otros intereses se miden a través del principio de proporcionalidad, el diálogo o cortesía inter-institucional (entre el Parlamento, los jueces y el ejecutivo), y la adopción de decisiones bajo criterios limitados. De esta forma, pues, el autor trata de ofrecer un marco institucional general de razonamiento judicial en el que los jueces aplicarían principios de autorestricción judicial con algunas medidas de previsibilidad¹³⁹.

Lo que se conoce como diálogo judicial o inter-institucional, pues, vendría a ser una forma de intervención judicial de protección de los derechos combinada con la actuación legislativa en la toma de decisiones políticas. Tushnet denomina este modelo como *weak form review* o forma de revisión débil¹⁴⁰. Por su parte, Hiebert se refiere al mismo como el modelo parlamentario¹⁴¹. Gardbaum denomina esta forma de

¹³⁷ KING, J., 'Institutional Approaches to Judicial Restraint', *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28, núm. 3, 2008, 409-441.

¹³⁸ *Ibid.*, pp. 422 y ss.

¹³⁹ *Ibid.*, pp. 432 y ss.

¹⁴⁰ TUSHNET, M., *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton, 2008.

¹⁴¹ HIEBERT, J. L., 'New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial

intervención judicial como el nuevo modelo *Commonwealth* del constitucionalismo (*Commonwealth model of constitutionalism*)¹⁴². Ello quedaría ilustrado en los sistemas de revisión constitucional encontrados en Canadá, Nueva Zelanda, Australia y el Reino Unido que se situarían en un punto intermedio entre la revisión constitucional fuerte, como ocurre en los Estados Unidos, y el modelo de soberanía parlamentaria en el que los jueces no cuestionan la validez de ninguna decisión del Parlamento¹⁴³. Ahora bien, como advierte Dixon, a menudo se recurre al lenguaje del diálogo para dar cuenta de situaciones muy diferentes entre sí, que responderían a diferentes concepciones acerca del alcance que deben tener las decisiones judiciales y el papel del legislador¹⁴⁴. Por ejemplo, mientras que el sistema canadiense funciona de forma más parecida a la revisión constitucional fuerte, con el Parlamento aceptando los juicios de inconstitucionalidad de los jueces, en Nueva Zelanda se da la forma más débil de revisión al estar los jueces únicamente legitimados a emitir opiniones o consideraciones sobre la inconsistencia de una legislación con los derechos reconocidos¹⁴⁵. Gargarella, al mismo tiempo que llama la atención sobre algunos procesos que se dan en América Latina, en que los tribunales han introducido medidas originales como audiencias públicas que involucran a diversos actores de la sociedad civil, ha señalado críticamente que todas estas medidas, incluidas las que se dan en los países del *Commonwealth*, no pueden clasificarse como dialógicas¹⁴⁶.

Dominance When Interpreting Rights?', *Texas Law Review*, núm. 7, 2004, 1963-1988.

¹⁴² GARDBAUM, S., *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

¹⁴³ Al respecto, resulta muy clarificador un trabajo de Jeff King en el que revisa el libro de Gardbaum: KING, J., 'Rights and the Rule of Law in Third Way Constitutionalism', *University of Minnesota Law School, Constitutional Commentary*, vol. 30, núm. 1, 2015, 101-126, p. 102.

¹⁴⁴ DIXON, R., 'Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles', en GARGARELLA, R. (Ed.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo Veintiuno Editores, Argentina, 2014, 51-104, p. 54.

¹⁴⁵ TUSHNET, M., 'Revisión judicial dialógica', en GARGARELLA, R. (Ed.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo Veintiuno Editores, Argentina, 2014, 105-116, pp. 113-114.

¹⁴⁶ Entre las razones se señalan la desigualdad entre las partes participantes en el diálogo y la ausencia de la ciudadanía en todo el proceso. GARGARELLA, R., 'El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos' en GARGARELLA, R. (Ed.), *Por una justicia dialógica. El Poder*

Así, King se refiere al modelo descrito por Gardbaum y resume las cuatro características principales del mismo¹⁴⁷. La primera característica sería la existencia de una carta de derechos constitucionales, que puede encontrarse como parte de una Constitución escrita o bien adoptar forma legislativa, como ocurre con la *Human Rights Act* del Reino Unido de 1998. De otro lado, se da una revisión parlamentaria previa, que se ilustra en el deber que la *Human Rights Act* impone sobre el ministro británico de dirigir una comunicación formal al Parlamento sobre si una ley cumple o no con lo previsto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. A su vez, el Comité Conjunto sobre Derechos Humanos debe informar sobre las implicaciones de cualquier ley para los derechos humanos. La tercera característica refiere a la revisión judicial o constitucional por la que los jueces pueden informar al legislador y a la ciudadanía sobre las consecuencias que una ley conlleva para los derechos reconocidos. Sin embargo, esta declaración no sería decisiva y el legislador tendría la decisión final. Esta sería, pues, la última característica de este modelo, esto es, el poder que se otorga al legislador de considerar su decisión. Si bien puede contravenir la declaración judicial al respecto, en la mayoría de casos los parlamentos del Reino Unido y de Canadá aceptan o cumplen el pronunciamiento judicial¹⁴⁸.

En relación con ello y, en concreto, por lo que se refiere al derecho a la salud, Gostin, por ejemplo, sugiere tres formas de protección judicial del derecho a la salud que no habrían de limitar la actuación del legislador, como la invocación de la obligación estatal de la utilización de los máximos recursos disponibles, la insistencia en el cumplimiento de las obligaciones mínimas, y la atención especial a los derechos de las personas más vulnerables¹⁴⁹. En el Reino Unido, por ejemplo, los jueces han desarrollado

Judicial como promotor de la deliberación democrática, Siglo Veintiuno Editores, Argentina, 2014, 119-158, pp. 121 y 147.

¹⁴⁷ KING, J., 'Rights and the Rule of Law in Third Way Constitutionalism', *cit.*, 101-126.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 105.

¹⁴⁹ GOSTIN, L. O., *Global Health Law*, *cit.*, p. 268.

una serie de criterios para informar a los legisladores sobre la adopción de decisiones en materia sanitaria, entre ellos la consistencia, la relevancia y la justicia procedimental, si bien ello no ha tenido lugar tanto en sede constitucional de defensa del derecho a la salud sino en sede administrativa¹⁵⁰. En definitiva, hay argumentos suficientes para pensar que el poder judicial ha de tener un papel importante en casos en que pueda quedar vulnerado el derecho a la salud, como consecuencia de un acto legislativo, frente a la objeción de la falta de legitimidad democrático. Se han planteado, pues, soluciones intermedias. En la misma línea, Morales defiende el papel de los jueces a la hora de tomar decisiones incluso en situaciones de desacuerdos prácticos o de hecho, comunes en el ámbito de la salud pública¹⁵¹. Se ofrecen razones tan relevantes como la mayor independencia judicial, el compromiso de los jueces con la prueba y la evidencia, la naturaleza específica del razonamiento judicial y la importancia de escuchar la voz de las minorías frente a la regla de las mayorías en el proceso de toma de decisiones¹⁵².

Concluyendo, anteriormente se ha propuesto el control robusto de constitucionalidad en lo que atañe a un contenido esencial del derecho a la salud y el modelo del diálogo con el legislador en lo que se refiere al contenido adicional. Esta propuesta puede ilustrarse en dos casos concretos que se dieron en los sistemas de Chile y de Colombia. Ya se ha mencionado el supuesto de Chile, cuando en 2011 el Tribunal Constitucional chileno declaró inconstitucionales las primas de los seguros privados ajustadas al riesgo y que afectaban a colectivos vulnerables, lo que cabe entender como un control constitucional estricto en un elemento que puede afectar al contenido esencial del derecho a la salud. En este caso, puede entenderse que las primas de los seguros privados impedían el acceso al derecho a la salud de los colectivos más vulnerables. De otro lado, en Colombia, la Corte Constitucional en su sentencia T-760 de 2008 ya

¹⁵⁰ FLOOD, C., GROSS, A., ‘Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach?’, *cit.*, pp. 66-67.

¹⁵¹ MORALES, L., ‘Taking Facts Seriously: Judicial Intervention in Public Health Controversies’, *Public Health Ethics*, vol. 8, núm. 2, 2015, 1-11.

¹⁵² *Ibid.*, pp. 4 y ss.

comentada supuso un cambio en la regulación sanitaria unificando la lista de servicios esenciales¹⁵³. Ello, así pues, puede interpretarse en el marco del diálogo entre los tribunales y las autoridades colombianas responsables del marco regulatorio de la sanidad.

6.3 ARGUMENTOS DE PROTECCIÓN INDIRECTA DEL DERECHO A LA SALUD FRENTE A LA SENTENCIA 139/2016, DE 21 DE JULIO, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La sentencia 139/2016, del Tribunal Constitucional, de 21 de julio, sobre la constitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, salió publicada en el Boletín Oficial del Estado el 15 de agosto de 2016¹⁵⁴. Con ello se declaraba la constitucionalidad de la norma en su mayor parte. En cuanto a las restricciones a la cobertura universal del Sistema Nacional de Salud, el Tribunal considera las medidas legítimas y dentro de la libertad de actuación del legislador. En definitiva, el fallo de la sentencia refleja la insuficiencia de garantías adecuadas para los derechos sociales en el ordenamiento jurídico español. Como se explicará más detalladamente, el juez constitucional se basa en la libertad del legislador, en la no consideración del derecho a la salud como un auténtico derecho por la Constitución y en una interpretación de lo que se considera ‘universalidad’ que parece insuficiente.

A continuación, se explican los argumentos de la sentencia. No obstante, la atención se centrará en aquellos que se consideran relevantes en relación con el objeto del trabajo, esto es, el acceso a los establecimientos y servicios sanitarios. No se hará referencia, pues, a cuestiones como el motivo que refiere a la introducción de la aportación del usuario en la prestación farmacéutica, o la posible vulneración de

¹⁵³ Corte Constitucional de la República de Colombia, ‘Sentencia T-760 de 2008’.

¹⁵⁴ ‘Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016, de 21 de julio’, *Boletín Oficial del Estado*, 15 de agosto de 2016, núm. 196.

competencias autonómicas. La explicación tendrá lugar en un primer subapartado, en atención a dos bloques principales de argumentos, los de naturaleza material y aquellos formales. En un segundo subapartado, se expondrán las razones por las cuales se considera que, reforzando las posibilidades de protección indirecta del derecho a la salud que ofrece la Constitución, se podría haber declarado inconstitucional la norma impugnada, en la línea de uno de los votos particulares. No obstante, en primer lugar, se explicarán algunos pronunciamientos anteriores del Tribunal Constitucional relacionados con el Real Decreto-ley 16/2012.

6.3.1. La sentencia 139/2016, de 21 de julio, del Tribunal Constitucional

a) Pronunciamientos anteriores del Tribunal Constitucional en relación con la vigencia de las normas autonómicas

A pesar del fallo final de la sentencia 139/2016, de 21 de julio, cabe señalar algunos pronunciamientos en los que el Tribunal Constitucional confirmaba la vigencia de las normas regulaciones autonómicas que mitigan los efectos del Real Decreto-ley 16/2012, con posterioridad a la admisión a trámite de los recursos interpuestos contra las mismas por el gobierno central.

En primer lugar, destaca el Auto del Tribunal Constitucional 239/2012, de 13 de diciembre de 2012, que levantó la suspensión del Decreto vasco 114/2012, de 26 de junio, recurrido por el gobierno central¹⁵⁵. El decreto aprobado por el gobierno vasco ampliaba la asistencia sanitaria a todas las personas excluidas del Sistema Nacional de Salud a

¹⁵⁵ ‘Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi’, *Boletín Oficial del País Vasco*, 29 de junio de 2012, núm. 127.

partir de la aprobación del Real Decreto-ley 16/2012, por no ser consideradas como asegurados o beneficiarios. En este sentido, su artículo 2.2 dispone que:

‘También recibirán idénticas prestaciones sanitarias aquellas personas que dispusiesen de la Tarjeta Individual Sanitaria emitida en la Comunidad Autónoma de Euskadi con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012’.

El Gobierno central recurrió el Decreto 114/2012, alegando que la disposición transcrita, así como otras disposiciones de dicha norma afectaban a asuntos de competencia exclusiva estatal en materia de sanidad (artículo 149.1.16 de la Constitución), al modificar la norma autonómica el ámbito subjetivo del derecho a la salud¹⁵⁶. El Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso y acordó la suspensión del Decreto¹⁵⁷. Sin embargo, el Decreto volvió a aplicarse a partir del 13 de diciembre, fecha en la que el Tribunal Constitucional levantó la suspensión del mismo a través del Auto 239/2012. El TC consideró entonces que la suspensión de la vigencia del Decreto ‘consagraría en el tiempo la limitación del acceso al derecho a la salud para determinados colectivos vulnerables por sus condiciones socioeconómicas y sociosanitarias’¹⁵⁸. Además, la Abogacía del Estado no había concretado los perjuicios económicos que se derivarían de la universalización de la asistencia sanitaria. Por todo ello, se levantó la suspensión del Decreto¹⁵⁹:

‘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

¹⁵⁶ LEMA TOMÉ, M., ‘La reforma sanitaria en España: Especial referencia a la población inmigrante en situación administrativa irregular’, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 5, septiembre 2013-febrero 2014, 95-115, p. 111.

¹⁵⁷ Tribunal Constitucional, ‘Conflicto positivo de competencia n.º 4540-2012, contra el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi y, concretamente, contra los arts. 1; 2, apartados 2 y 3; 3; 4; 5; 6, apartados 1 y 2; 7, apartados 2 y 3; 8 apartados 1 y 2, y disposición final primera’.

¹⁵⁸ Tribunal Constitucional, ‘Auto 239/2012, de 12 de diciembre de 2012’ (FJ 5º).

¹⁵⁹ *Ibid.*, (FJ 5º).

no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado’.

Posteriormente, la Comunidad Foral de Navarra aprobó la Ley Foral 8/2013 de 25 de febrero, por la que extendió el acceso a la asistencia sanitaria pública a las personas que residieran en Navarra, independientemente de la situación legal o administrativa¹⁶⁰. Contra la citada Ley se interpuso recurso de inconstitucionalidad por el gobierno central que fue admitido a trámite¹⁶¹. Junto con la admisión a trámite, se suspendió la vigencia de la Ley. Posteriormente, cuestionada tal suspensión, el Tribunal Constitucional acordó levantar la suspensión de la Ley, salvo por lo que se refiere a la disposición adicional¹⁶².

Más recientemente, la Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública de la Generalitat Valenciana, aprobó el Decreto Ley 3/2015, que reconoce la asistencia sanitaria a los inmigrantes en situación irregular excluidos por la norma estatal y empadronados en cualquiera de los municipios de la Comunidad Valenciana¹⁶³. En octubre de 2015, el gobierno central interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra la norma, que fue admitido por el Tribunal Constitucional, suspendiendo la vigencia del Decreto Ley valenciano en noviembre del mismo año. Sin embargo, en marzo de 2016, y en la misma línea que en los casos precedentes, el Tribunal levantó la suspensión cautelar, restableciéndose los efectos del Decreto Ley 3/2015 en la Comunitat Valenciana.

¹⁶⁰ ‘Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra’, *Boletín Oficial de Navarra*, núm. 43, 4 de marzo de 2013.

¹⁶¹ Recurso de inconstitucionalidad núm. 7089-2013, contra la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 306, de 23 de diciembre de 2013.

¹⁶² Tribunal Constitucional, ‘Auto 114/2014, de 8 de abril de 2014’.

¹⁶³ ‘Decreto Ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana’, *Diari Oficial de la Comunitat Valenciana*, de 29 de julio de 2015, núm. 7581.

b) Análisis de los motivos materiales: no vulneración del derecho a la salud

La sentencia 139/2016 del Tribunal Constitucional se dicta como consecuencia de la interposición y posterior admisión a trámite de los diferentes recursos de inconstitucionalidad interpuestos por algunas Comunidades Autónomas, como se mencionaba en el capítulo anterior. En concreto, la resolución sigue el recurso de inconstitucionalidad 4123-2012 de la Comunidad Foral de Navarra, interpuesto contra los artículos 1. Uno y, por conexión, 1. Dos y disposición transitoria primera; 2. Dos, Tres y Cinco; 4. Doce, Trece y Catorce y disposición adicional tercera. La argumentación de la sentencia sigue el orden de los motivos alegados por el Parlamento de Navarra. A continuación, se atenderá a los motivos materiales o de fondo sobre los que se pronuncia el Tribunal Constitucional en la sentencia, que finalmente resuelve sobre la constitucionalidad de la reforma sanitaria. De un lado, si la reforma supone un cambio del modelo universalista de salud a un modelo de aseguramiento. Además, el derecho a la salud quedaría afectado al limitarse el acceso al Sistema Nacional de Salud, especialmente de la población inmigrante en situación irregular.

El Tribunal Constitucional se refiere al modelo de salud adoptado por la norma impugnada, el Real Decreto-ley 16/2012, en el Fundamento Jurídico octavo. Según el Tribunal, efectivamente la medida supone un cambio en la progresiva universalización del sistema sanitario y va en la línea de vincular el derecho de acceder a las prestaciones sanitarias con la cotización en la Seguridad Social. No obstante, considera el Tribunal que este derecho prestacional no obliga a la efectiva prestación gratuita o bonificada con cargo a fondos públicos a todas las personas, sino que el legislador ordinario puede establecer las condiciones de acceso, pues se trata de un derecho de configuración legal¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Tribunal Constitucional, ‘Sentencia 139/2016, de 21 de julio’, (FJ 8º).

En este punto, es especialmente interesante que se considere que la universalidad, que implica el derecho de ‘todos’ a la protección de la salud, no implica necesariamente el acceso universal a las prestaciones de forma gratuita o bonificada. Así pues¹⁶⁵:

‘La pretensión de universalidad acogida por el art. 43 CE se ha articulado de acuerdo con las previsiones legales existentes en cada momento, sin que hasta el momento haya significado el derecho incondicionado de toda persona residente o transeúnte que se halle en España a obtener gratuitamente todo tipo de prestaciones sanitarias. La universalidad, en lo que significa como derecho de acceso y la correlativa obligación de los servicios sanitarios del SNS de atender a los usuarios que reclaman atención sanitaria, no puede, en suma, confundirse con un derecho a la gratuidad en las prestaciones y los servicios sanitarios. Esta consecuencia no se deriva de manera inmediata de la CE, sino que ha de ser, en su caso, apreciada por el legislador atendiendo a las circunstancias concurrentes (en un sentido similar, para el sistema de Seguridad Social, SSTC 41/2013, de 14 de febrero, y 49/2015, de 5 de marzo)’.

En consonancia con lo anterior, y en cuanto al régimen de acceso de los españoles a las prestaciones sanitarias, las nuevas categorías de ‘asegurados’ y de ‘beneficiarios’ no vulneran el artículo 43 de la Constitución.

Ahora bien, la determinación por reglamento del límite de ingresos por debajo del cual también cabe considerar a las personas sin vinculación con la Seguridad Social como asegurados, sí que queda declarada inconstitucional. Como ya se había adelantado, el Tribunal Constitucional declara nulo e inconstitucional el nuevo artículo 3.3 LCCSNS, reformado por el artículo 1. Uno del Real Decreto-ley 16/2012, en cuanto remite al desarrollo reglamentario para la determinación del límite de ingresos por debajo del cual se tiene derecho de acceso a las prestaciones sanitarias en condición de asegurado. Se

¹⁶⁵ *Ibid.*, (FJ 8°).

trata, pues, del desarrollo de un elemento esencial que vulnera la reserva de ley impuesta por el artículo 43.2 de la Constitución¹⁶⁶.

En tercer lugar, por lo que se refiere a la protección de la salud de los extranjeros en España, el Tribunal parte de la teoría tripartita de los derechos. De esta forma, la jurisprudencia constitucional entiende que existen tres clases de derechos que se aplicarían a los extranjeros según su conexión con la dignidad humana y la naturaleza del derecho de que se trate: a) derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que en todo caso se reconocen a los extranjeros al ser independientes de la condición de ciudadano, como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad ideológica y la intimidad; b) derechos que no se reconocen a los extranjeros, que serían los derechos políticos del artículo 23 de la Constitución; y por último, c) un tercer grupo de derechos cuya configuración depende de los tratados y de la Ley¹⁶⁷. De acuerdo con ello, salvo los derechos políticos, todos los demás podrían reconocerse a los extranjeros en igualdad de condiciones que a los españoles, pues el apartado 2 del artículo 13 de la Constitución solamente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 23¹⁶⁸.

El derecho a la salud se enmarca en aquel grupo de derechos de configuración legal. El legislador puede, considera el Tribunal, tener en cuenta la situación administrativa en un territorio para modular el alcance de este derecho. Ahora bien, la libertad de actuación del legislador que restrinja derechos a los extranjeros en España tiene una serie de límites. De acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, en caso de imponer condiciones al ejercicio de un derecho, tales condiciones ‘solo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente

¹⁶⁶ *Ibid.*, (FJ 9º).

¹⁶⁷ Tribunal Constitucional, ‘Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre’ (FJ 3º y 4º).

¹⁶⁸ Tribunal Constitucional, ‘Sentencia 94/1993, de 22 de marzo’ (FJ 2º).

protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida¹⁶⁹. Además, aunque puedan establecerse restricciones y limitaciones al contenido de estos derechos, tal posibilidad no puede afectar ‘al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España’¹⁷⁰.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional interpreta estos límites de forma que su eficacia queda reducida. Así, en cuanto a la interpretación del derecho a la salud según los tratados internacionales ratificados por España, se considera que estos tratados no constituyen canon de constitucionalidad de los preceptos legales, si bien se puede llegar a declarar la inconstitucionalidad en el caso de que vulneren las disposiciones de los tratados. El Tribunal analiza pues el contenido del derecho a la salud según los principales tratados internacionales. En cuanto al PIDESC, paradójicamente alega el principio de progresividad del artículo 2.1 para rebajar la obligatoriedad del derecho a la salud, que queda reconocido en su artículo 12, considerando de nuevo el Tribunal que este derecho no implica el acceso gratuito a las prestaciones. Igualmente se hace referencia al artículo 4 que permite limitaciones a los derechos en la medida en que no sean incompatibles con la naturaleza de los mismos¹⁷¹. El Tribunal refiere asimismo a la Carta Social Europea, en concreto, a la limitación que este texto incluye, en su artículo 13.4 en relación con la obligatoriedad de la garantía del derecho únicamente a los residentes legales, que ya ha sido analizada en el capítulo segundo del trabajo¹⁷². No se tiene en cuenta, en cambio, que el órgano encargado del cumplimiento de la Carta, el Comité Europeo de Derechos Sociales, haya considerado que el Real Decreto-ley 16/2012 vulnera el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 11 de la

¹⁶⁹ Tribunal Constitucional, ‘Sentencia 236/2007, de 10 de diciembre’, (FJ 4º).

¹⁷⁰ Sentencias del Tribunal Constitucional: 236/2007, de 10 de diciembre (FJ 4º); 242/1994, de 20 de julio (FJ 4º).

¹⁷¹ Tribunal Constitucional, ‘Sentencia 139/2016, de 21 de julio’, (FJ 10º).

¹⁷² *Ibid.*, (FJ 10º).

Carta Social Europea¹⁷³. Tampoco se considera la interpretación del derecho a la salud reconocido en el PIDESC por la OG nº. 14, como más adelante se señalará.

En definitiva, la sentencia finalmente considera que la medida respeta tanto el derecho a la salud como el derecho a vida y a la integridad física del artículo 15 de la Constitución. Ello se hace valorando las posibilidades que se le ofrece a este grupo de la población. En primer lugar, la obtención de la condición de asegurado o beneficiario. En segundo lugar, la cobertura en caso de no superación de los cien mil euros anuales de ingresos (en caso de ser residentes legales). En tercer lugar, la suscripción de un convenio especial, y por último, la atención mínima reconocida (en urgencias y en caso de embarazo, así como a los menores de edad). La nueva regulación, a criterio del Tribunal, no es arbitraria sino destinada a preservar bienes constitucionalmente protegidos, como el mantenimiento de la sanidad pública¹⁷⁴.

Es pertinente, para concluir, añadir una consideración a la interpretación del Tribunal Constitucional del principio de universalidad. El Tribunal entiende la universalidad de la asistencia sanitaria en un sentido que, según se ha defendido en este trabajo, es insuficiente. A juicio del juez constitucional la imposición de obstáculos como puede ser el pago para acceder a los servicios, no es incompatible con el acceso universal a los mismos. Tal y como se ha entendido el contenido esencial del derecho a la salud, cabe considerar que la imposición de pago obstaculiza el acceso a los servicios sanitarios y llega a afectar al contenido esencial cuando ello supone materialmente la imposibilidad de acceder a los servicios para algunas personas. En este sentido, el Tribunal hace referencia a las posibilidades que todavía tienen los inmigrantes en situación irregular para acceder a los servicios sanitarios, como la suscripción de un convenio especial, sin preocuparse de las dificultades económicas que este grupo de la población puede tener

¹⁷³ Comité Europeo de Derechos Sociales, ‘Conclusiones XX-2 (2013)’, p. 13.

¹⁷⁴ Tribunal Constitucional, ‘Sentencia 139/2016, de 21 de julio’, (FJ 10º).

para poder suscribir el convenio, de lo que pueden derivarse serias dificultades o incluso la imposibilidad de acceder a la asistencia sanitaria necesitada.

c) Los aspectos formales: la utilización del Real Decreto-Ley

Como es sabido, la reforma sanitaria se aprobó a través de la figura del decreto-ley. Ello significa que el legislador ha de ajustarse a una serie de requisitos, pues se trata de una posibilidad para casos de extraordinaria y urgente necesidad. El Gobierno aprueba las disposiciones de la norma que en el plazo de treinta días deben ser convalidadas o derogadas por el Congreso de los Diputados. En primer lugar, para que se apruebe una norma por decreto-ley ha de concurrir el presupuesto habilitante de extraordinaria y urgente necesidad. En cuanto al límite material, no pueden tratarse las materias excluidas, pues estas disposiciones no pueden afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general¹⁷⁵. Así pues, en cuanto a los motivos formales, por parte del Parlamento de Navarra se criticó que no concurría el presupuesto habilitante de ‘extraordinaria y urgente necesidad’. Además, se alegaba que se estaba incumpliendo el límite material de la utilización de esta figura, la no afectación del derecho a la salud, según el artículo 86 de la Constitución.

En cuanto a la concurrencia del presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad, el Tribunal Constitucional ha entendido como tal la necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes¹⁷⁶. En concreto, en la sentencia se analizan dos elementos: a) si se han presentado

¹⁷⁵ ‘Constitución española’, 1978, artículo 86.1 y 2.

¹⁷⁶ Sentencias del Tribunal Constitucional: 6/1983, de 4 de febrero (FJ 5º); 11/2002, de 17 de enero (FJ

de forma explícita y razonada los motivos que han sido tenidos en cuenta por el Gobierno para la aprobación de la norma; b) la existencia de conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para afrontarla. Por lo que se refiere al primer elemento, el Tribunal Constitucional entiende que el Gobierno ha cumplido la carga de argumentar y razonar explícitamente los motivos para la aprobación de la medida, teniendo en cuenta no solo la exposición de los motivos en el texto de la norma sino también otras cuestiones como si hubo un debate parlamentario suficiente¹⁷⁷. Por lo que se refiere al segundo elemento, esto es, a la idoneidad de la medida para paliar la situación de urgencia alegada, la crisis económica del sistema sanitario, el Tribunal considera que la medida es efectivamente idónea porque al delimitar el ámbito subjetivo del acceso a los servicios sanitarios se persigue de forma efectiva el ahorro en las cuentas sanitarias públicas. Además, el Tribunal entiende que el hecho de que los efectos de la norma se demoren hasta cuatro meses para las personas que con anterioridad a la publicación del Real Decreto-ley disfrutaban de asistencia sanitaria, no impide que la norma se haya aprobado con carácter urgente, pues sigue desplegando efectos para las personas que entren en España a partir de la publicación y no tengan los requisitos exigidos¹⁷⁸.

Frente a ello, el voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016 del magistrado Valdés Dal-Ré, considera que la alusión general a la crisis económica o al régimen comunitario no sería un motivo suficiente para la utilización de la figura del real decreto-ley y tampoco se ha demostrado la congruencia de los preceptos impugnados con la finalidad aludida¹⁷⁹. En relación con esta cuestión, tal y como señaló el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, el Real Decreto-ley 16/2012 ‘no expone ni de manera explícita ni razonada los motivos que impedían en primera instancia la aprobación

4º); 137/2003, 3 de julio (FJ 3º y 4º).

¹⁷⁷ Tribunal Constitucional, ‘Sentencia 139/2016, de 21 de julio’, (FJ 5º).

¹⁷⁸ *Ibid.*, (FJ 5º).

¹⁷⁹ ‘Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4123-2012, y al que se adhiere la Magistrada doña Adela Asua Batarrita’, I., 4.

de la reforma sanitaria en las Cortes generales'¹⁸⁰. Además, el elemento de urgencia debe ser entendido en el sentido de que la norma no pueda ser tramitada por la vía legislativa ordinaria sin hacer quebrar la efectividad de la acción requerida, ya sea por el tiempo a invertir o por la necesidad de inmediatez de la medida¹⁸¹. Así, podría haberse tramitado la norma como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, opción dada por la Constitución¹⁸². Por consiguiente, las medidas no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, lo cual había sido requerido por la jurisprudencia constitucional¹⁸³.

Por otra parte, en relación con la afectación del derecho a la salud reconocido en el artículo 43 de la Constitución a través de la figura del Real Decreto-ley, el Tribunal repasa la jurisprudencia constitucional que entiende que este límite material de no afectar derechos constitucionales, reconocido en el artículo 86.1 de la Constitución, no puede vaciar los decretos-leyes hasta el punto de imposibilitar su utilización. Este límite material, pues, se ha de entender en el sentido de no alterar el régimen general de los derechos y libertades reconocidos o de no afectar a alguno de sus elementos esenciales¹⁸⁴. La desestimación del motivo de alegación viene, no obstante, principalmente derivada por el hecho de que el Tribunal no considera el derecho a la protección de la salud como un derecho, sino como un principio rector, de acuerdo con su ubicación sistemática en el texto constitucional y con las garantías previstas en el artículo 53. De esta forma, se estima que este 'principio' no tiene contenido esencial cuya alteración quede prohibida por la figura del decreto-ley¹⁸⁵. Esta consideración es de gran calado, pues como afirma

¹⁸⁰ Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, *Dictamen 6/2012, de 1 de junio, sobre el Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones*, 2012, p. 19. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://www.parlament.cat/document/actualitat/148972.pdf>

¹⁸¹ Tribunal Constitucional, 'Sentencia 137/2011, de 14 de septiembre' (FJ 7º).

¹⁸² 'Constitución española', 1978, artículo 86.3.

¹⁸³ Sentencias del Tribunal Constitucional: 29/1982, de 31 de mayo (FJ 3º) y 1/2012, de 13 de enero (FJ 11º).

¹⁸⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional: 139/2016, de 21 de julio (FJ 6º) y 111/1983, de 2 de diciembre (FJ 8º).

¹⁸⁵ Tribunal Constitucional, 'Sentencia 139/2016, de 21 de julio', (FJ 6º).

uno de los votos particulares a la sentencia, hasta el momento ninguna sentencia del Tribunal Constitucional había excluido a los derechos sociales de esta limitación material¹⁸⁶.

El Tribunal considera, en definitiva, siguiendo el artículo 53 de la Constitución, que el derecho a la salud es un principio rector, que el legislador ordinario tiene libertad para regular su contenido, y que carece de contenido esencial cuya limitación pueda quedar vedada a través de la figura del Real Decreto-ley. Todo ello pone de manifiesto la importante limitación que para la garantía del derecho a la salud supone, en primer lugar, no ser considerado como derecho fundamental, y, en segundo lugar, el citado artículo 53. Este precepto establece menores garantías para los llamados ‘principios rectores’, al remitir su desarrollo al legislador ordinario, que gozaría de una amplia libertad de actuación. Además, en esta sentencia, esta libertad se interpreta de forma especialmente amplia. En este sentido, aunque ello no se establezca por el texto constitucional, se llega a considerar que el derecho a la salud, por ser principio rector, no tendría contenido esencial. Tal interpretación, no obstante, ignora la que necesariamente ha de realizarse a la luz de los tratados internacionales de los derechos humanos y de sus órganos de desarrollo, y que se ha explicado en este trabajo.

6.3.2. Protección indirecta de los derechos sociales: motivos para la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril

En relación con la doctrina jurisprudencial sobre los derechos de los extranjeros en España, los límites a los que ha de estar sujeto el legislador a la hora de regular los mismos son un ejemplo de las posibilidades de protección a los derechos sociales que ofrece el ordenamiento jurídico español a través de formas de protección indirecta; esto

¹⁸⁶ ‘Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4123-2012, y al que se adhiere la Magistrada doña Adela Asua Batarrita’, II., 1.

es, la interpretación en conexión con la dignidad de la persona, los tratados internacionales de derechos humanos y el principio de indivisibilidad e interdependencia.

Si se refuerzan estas posibilidades de garantía indirecta de los derechos sociales, como el derecho a la salud, se encuentran razones suficientes para considerar que el Real Decreto-ley 16/2012 podría haberse declarado inconstitucional. Estas razones se explican a continuación. Los motivos, de nuevo, pueden ser materiales, de vulneración del derecho a la salud, o de forma, en cuanto a los límites de la utilización del decreto-ley. En cuanto a los motivos materiales, se analiza la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los extranjeros en España, sugiriendo que el derecho a la salud ha de quedar reconocido por su conexión con la dignidad humana. Por lo que se refiere a los límites a los que cabe sujetar el decreto-ley, los derechos sociales han de quedar incluidos bajo la cláusula de no afectación, por reconocerse en el Título I del texto constitucional, y por su interpretación interrelacionada con los derechos fundamentales protegidos con mayores garantías.

En primer lugar, frente a la consideración de la sentencia 139/2016 del derecho a la salud como principio rector, contrastan otras declaraciones del Tribunal Constitucional en las cuales se destaca la naturaleza del derecho contenido en el artículo 43 de la Constitución, no solo como una directriz para guiar políticas de salud pública sino como derecho individual. Así, el Tribunal ha declarado que el derecho a la salud tiene una doble dimensión, la general asociada a la salud pública, y la particular, en relación con la salud individual de cada persona¹⁸⁷:

‘[...] la garantía del derecho a la salud no solo 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’.

¹⁸⁷ Tribunal Constitucional, ‘Auto 239/2012, de 12 de diciembre’ (FJ 5°).

Por lo que se refiere a los derechos de los extranjeros en España, y en concreto, al derecho a la salud, como se ha explicado con anterioridad al analizar la sentencia 139/2016, el Tribunal Constitucional sigue una teoría tripartita que distingue entre clases de derechos según su conexión con la dignidad humana. El primer grupo de derechos se reconocen a toda persona independientemente de su situación administrativa, por ser imprescindibles para la garantía de la dignidad. Ahora bien, también algunos de los derechos cuya configuración en principio corresponde a los Tratados y a la Ley pueden estar vinculados con la dignidad. En consecuencia, como ha reconocido el Tribunal, los derechos suponen un límite a la libertad del legislador¹⁸⁸. Por tanto, teniendo en cuenta que todos los derechos pueden estar relacionados con el valor de la dignidad, el Tribunal Constitucional considera que existirían unos derechos mediatamente relacionados y otros derechos inmediatamente vinculados con tal valor, teniendo este un ‘mínimo invulnerable’. Así, aunque el Tribunal va reconociendo qué derechos son aquellos que forman tal mínimo, también ha considerado que no suponen una lista cerrada ni exhaustiva¹⁸⁹. Según se entiende, no obstante, en el voto particular del Magistrado Valdés Dal-Ré a la sentencia 139/2016, tal teoría tripartita de los derechos de los extranjeros en España ‘no se puede defender desde un planteamiento universalista de los derechos humanos, de los derechos fundamentales, porque todos son igualmente determinantes para garantizar la dignidad humana, sin distinciones ni gradaciones¹⁹⁰’.

En cualquier caso, como ya se ha comentado, la libertad del legislador no es ‘en modo alguno absoluta’¹⁹¹. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las limitaciones a los derechos solo serán válidas si respetan el contenido esencial de los

¹⁸⁸ Tribunal Constitucional, ‘Sentencia 236/2007, de 10 de diciembre’ (FJ 3°).

¹⁸⁹ Tribunal Constitucional, ‘Sentencia 236/2007, de 10 de diciembre’ (FJ 3°).

¹⁹⁰ Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4123-2012, y al que se adhiere la Magistrada doña Adela Asua Batarrita’, III. 2.

¹⁹¹ Sentencias del Tribunal Constitucional: 236/2007, de 10 de diciembre (FJ 4°); 94/1993, de 22 de marzo (FJ 3°).

mismos y se trata de medidas proporcionales dirigidas a preservar otros derechos o bienes constitucionales¹⁹². Asimismo, las medidas regresivas no pueden contradecir el contenido de los derechos determinado por los tratados internacionales de derechos humanos¹⁹³. Esta apreciación del Tribunal da cumplimiento al propio mandato constitucional del artículo 10.2, que establece que los derechos fundamentales y las libertades constitucionales han de interpretarse conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales de derechos humanos ratificados por España. De acuerdo con Añón, el artículo 10.2 de la Constitución se configura como una cláusula de garantía¹⁹⁴. Este precepto determinaría pues ‘el sentido y alcance de los derechos’ de conformidad con los tratados internacionales¹⁹⁵, y en algunos supuestos ‘los perfiles exactos de su contenido’¹⁹⁶.

En relación con ello, cabe señalar que los principios rectores, entre los que se encuentra el derecho a la salud, se incluyen entre los derechos y principios a interpretar según los tratados internacionales. Así lo entiende el Tribunal Constitucional, que señaló que el artículo 10.2 se refiere a los derechos constitucionales, razón por la cual el derecho al agua no podía estar incluido¹⁹⁷. Sin embargo, de ello se deriva que sí se encuentran incluidos los derechos del Capítulo III del Título I, al poder ser considerados como derechos constitucionales. Entre ellos, el reconocimiento y la interpretación del derecho a la salud¹⁹⁸. De esta forma, según el PIDESC y su interpretación por la OG n.º 14, se ha de respetar el derecho a la salud del colectivo inmigrante en situación irregular, el cual se considera como grupo vulnerable¹⁹⁹. También se ha de atender a la Carta Social Europea y su desarrollo por el Comité Europeo de Derechos Sociales, que ya ha considerado que

¹⁹² Tribunal Constitucional, ‘Sentencia 236/2007, de 10 de diciembre’, (FJ 4º).

¹⁹³ Sentencias del Tribunal Constitucional: 236/2007, de 10 de diciembre (FJ 4º); 242/1994, de 20 de julio (FJ 4º).

¹⁹⁴ AÑÓN, M. J., ‘Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad’, *cit.*, p. 30.

¹⁹⁵ Tribunal Constitucional, ‘Sentencia 254/1993, de 20 de julio’ (FJ 6º).

¹⁹⁶ Tribunal Constitucional, ‘Sentencia 28/1991, de 14 de febrero’ (FJ 5º).

¹⁹⁷ Tribunal Constitucional, ‘Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre’ (FJ 20º).

¹⁹⁸ Sentencias del Tribunal Constitucional: 236/2007, de 10 de diciembre (FJ 4º); 95/2000, de 10 de abril, (FJ 3º).

¹⁹⁹ Comité DESC, ‘Observación General n.º 14’, 2000, párr. 43. También, párr. 18, 19 y 34.

el Real Decreto-ley 16/2012 vulnera el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 11 de la Carta Social Europea²⁰⁰. En esta línea, como entiende el Magistrado Valdés Dal-Ré en su voto particular²⁰¹:

‘la medida normativa cuya constitucionalidad se cuestiona deja fuera del sistema de prestaciones públicas sanitarias a un colectivo particularmente vulnerable por su condición administrativa y por su situación económica, un colectivo en riesgo de exclusión social, sin tener en cuenta que su falta de recursos económicos les dejará extramuros de cualquier fórmula de asistencia sanitaria, poniendo en riesgo su salud y su integridad física’.

En cuanto a los motivos formales por los que cabría apreciar la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012, como se ha analizado, estos no pueden afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I. En este Título I se incluyen, pues, los ‘principios rectores’ reconocidos en su Capítulo III, y entre ellos, el derecho a la protección de la salud. Además de quedar incluido el derecho a la salud en el Título I, los derechos contenidos en el Capítulo III se han de interpretar de conformidad con el principio de indivisibilidad entre todos los derechos, lo que implica atender a derechos reconocidos con mayores garantías como la vida o la integridad física, reconocidos en el artículo 15²⁰². En la línea del voto particular ya mencionado, todo ello ha de ser interpretado a la luz de los tratados internacionales según el artículo 10.2²⁰³.

Siguiendo con esta cláusula de no afectación, el Tribunal Constitucional ha dotado de contenido el concepto *afectar* en el sentido de que ello no debe identificarse únicamente con la prohibición de establecer el régimen general del derecho de previsión constitucional mediante decreto-ley, sino que este tampoco puede alterarlo ni modificar

²⁰⁰ Comité Europeo de Derechos Sociales, ‘Conclusiones XX-2 (2013)’, p. 13.

²⁰¹ ‘Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4123-2012, y al que se adhiere la Magistrada doña Adela Asua Batarrita’, III. 3.

²⁰² *Ibid.*, II., 1.

²⁰³ *Ibid.*, II., 1.

sus elementos esenciales²⁰⁴. Además de la configuración constitucional del derecho en cada caso, el Constitucional ha establecido que ha de tenerse en cuenta la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate²⁰⁵. De este modo, hay que estar a todas las circunstancias del caso concreto. En este caso, el Real Decreto-ley objeto de análisis regula de forma directa el ejercicio del derecho a la salud, en un elemento tan esencial como es la titularidad del derecho de acceder a las prestaciones sanitarias, al introducir las categorías de ‘asegurados’ y ‘beneficiarios’, lo que supone asimismo una alteración del régimen general de la cobertura de la asistencia sanitaria.

Por las razones mencionadas, cabe concluir, en definitiva, que el Real Decreto-ley 16/2012 debería haber sido declarado inconstitucional por infringir los límites a los que se han de sujetar los decretos-leyes, en especial, el respeto del derecho a la salud interpretado de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos y en conexión con los derechos civiles a la vida y a la integridad física.

²⁰⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional: 182/1997, de 28 de octubre (FJ 6º y 7º); 111/1983, de 2 de diciembre (FJ 8º).

²⁰⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional: 182/1997, de 28 de octubre (FJ 8º) y 137/2003, de 3 de julio (FJ 6º).

SUMMARY

This section summarises the content of the doctoral thesis. Firstly, the hypothesis, the main objective, a few sub-questions and the methodology are detailed. Secondly, each chapter is summarised separately.

The main objective of the work is to analyse the current limits for universal health care. The hypothesis is that some people face restrictions to access health services; therefore, institutional health models may not have reached universal coverage and the positive development of the right to health does not seem to have a clear solution. The limits that are studied are structural obstacles which are institutionally imposed directly when articulating the recognition of the sanitary good on the basis of conditions such as economic capacity, work or legal residence in a territory. It is therefore a matter of analysing the question of universal health coverage, taking into account the perspective of different health models, and of finding legal responses in human rights.

As part of that objective, it is possible to distinguish several concrete questions: What does the universality of the right to health mean? Which are the groups that are mainly excluded from health coverage? What answers does the International Law of Human Rights have, and what are its limitations? What are the limits of the main health models to offer universal health care? In view of all this, how can we analyse the changes made in the Spanish National Health System in relation to accessibility? What guarantees exist today to curb retrogressive measures in universality, and which would be the most appropriate?

These questions are intended to be answered from an interdisciplinary perspective, mainly from the Philosophy of Law, International Human Rights Law, Political Theory and public policies and Constitutional Law. Firstly, the starting point is the study of the theoretical foundation of the right to health as a human right. In this sense, the principle of universality and the theoretical positions contrary to the universal

right to health are also studied. Subsequently, the work analyses the framework that regulates the right to health as it has been developed from the International Law of Human Rights. Regarding this point, it critically examines the regulation of the subjects that are entitled to the right. It also studies the classical health models that emerge in the framework of the formation of welfare states, including a comparative analysis of the coverage offered by different current health systems. The perspective of public policy, as well as that of public health, is also taken into account when analysing two important developments of the World Health Organization as the specialised United Nations organisation in the field of public health. These developments are the goal of Universal Health Coverage and the social determinants of health. The legal perspective once again predominates when studying the regulation of coverage within the Spanish National Health System, its evolution as well as its recent retrogressive reforms. Finally, from the juridical theory and the Constitutional Law, the concept of retrogressive measures and the guarantees of the right to health are examined, focusing attention on the justiciability of this right and on the role of the courts in evaluating retrogressive measures through judicial intervention.

Thus, the methodology used is the frequently applied in research in the legal and political sciences. In addition, a critical view is held. Mainly, the reading of doctrinal sources has been carried out, as well as the analysis of reports elaborated by different organisations. Some specific methods used are: the revision of the relevant theoretical-legal literature, the analysis of moral concepts and their application to the practical field; the examination of international regulations and the legal and administrative framework that applies to the object of study; the attention given to various political systems in their role of providing welfare through the comparative method; finally, the work addresses the relevant jurisprudence of international courts and some pertinent judgments of state judicial bodies.

A brief summary of the content discussed throughout each of the chapters follows herein.

Chapter 1

The first chapter, ‘The Right to Health: Universal Entitlement’, deals with the foundation of this right and the entitlement to access health services. The historical origin of the recognition of the right to health is explained and its meaning and interpretations are defined. Thus, before health was recognised as a human right, institutional concern for public health already existed. On the other hand, health is a term that refers to different scientific, cultural and historical considerations, from which it is derived that it is difficult to have a single definition. Likewise, the formulation of the right to health is controversial. In this sense, the right to health is a right that is constituted of different components. In this point, the main object of study of the work in the health care is concretised, although this does not imply that the existence of other important elements is denied. Likewise, the right to health has been studied as a multidimensional right, in which it is possible to differentiate an individual dimension and a collective dimension.

With regard to the foundation of the right to health, some of the contemporary theories of social rights and their application to the field of health are reviewed, highlighting the most outstanding authors: the theory of needs (Añón, Doyal, Gough), the equality of opportunities (Gutmann, Daniels), the human capacities (Sen, Nussbaum), the theory of autonomy (Griffin, Gewirth), the ‘decent life’ (Fabre) and the idea of dignity (from the formulation of Kant to its follow-up by authors like Rodolfo Vázquez). After addressing these theories, attention is paid to the nature of human rights obligations such as the right to health. Additionally, a series of personal considerations are made, analysing which theories could serve the most to support the universality of rights. Likewise, the different meanings of equality and universality are analysed in order to solve the tensions that often exist between both principles. Universality is a characteristic of human rights according to which these are attributed or assigned to all people. This ideal however has been widely criticised. For example, contrary to the universalism of moral judgments, the position of cultural relativism understands that universal rights do not respect the various cultural contexts. In this respect, we follow

Zimmerling's position, which points to basic needs as the 'lower limit' that delimits the field of morality. On the other hand, universality has also been criticised from voices that defend respect for the particular needs of particular groups, such as Young. Thus, the work focuses on the 'legal valuation of differences' (Ferrajoli) or the equality as differentiation (Rosenfeld). This implies the recognition of special rights to certain groups, such as the right to abortion of women, and the attention to the difficulties faced by oppressed or vulnerable groups in accessing social goods, such as health care.

After the study of the different meanings of universality, the object of study is concretised in the question of the entitlement to the right to health. It addresses the structural obstacles directly articulated by institutions that put obstacles to the universal access to social goods, such as health services. Thus, universal entitlement to the right to health must be made real at the level of implementation. This research advocates for an interpretation of the right to access health care more linked to the element of accessibility, eliminating the existing structural barriers. Among the arguments commonly used to reject universal entitlement to the right to health would be: a) one that advocates exclusive recognition of the right to citizens with few economic means; b) the position that makes dependent the satisfaction of social rights of employment or social contribution; c) the one that defends its recognition only to the national citizens or to the legal residents in a territory.

Chapter 2

The second chapter, 'The Right to Health as a Universal Right at the International Level of Human Rights' discusses the international development of the right to health. Firstly, it reviews the recognition of the right by international treaties, both within the United Nations and in the regional protection plans. It also studies the content of the right to health, its components and its elements. In this regard, according to the doctrine of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, it is possible to differentiate several specific rights: a) the right to maternal, child and reproductive health; b) the right

to healthy and natural workplace environments; c) the right to prevention, control and of diseases; and, d) the right to health facilities, goods and services (General Comment No. 14 of the ESCR Committee, paragraphs 14-17). With regard to the elements of the right to health, this refers to the dimensions of availability, accessibility (both economic and physical), acceptability and quality (GC No. 14, para. 12).

Likewise, the second section studies the obligations that are correlative to the right to health. It follows the typology that distinguishes between general obligations (to respect, protect and fulfil the right to health; i.e. to facilitate and promote the right), the obligation of progressivity and non-retrogression and minimum obligations. The enumeration of the minimum obligations in para. 43 of the GC No. 14 can serve to outline the essential content of the right to health: a) To ensure the right of access to health facilities, goods and services on a non-discriminatory basis, especially for vulnerable or marginalised groups; b) To ensure access to the minimum essential food which is nutritionally adequate and safe, to ensure freedom from hunger to everyone; c) To ensure access to basic shelter, housing and sanitation, and an adequate supply of safe and potable water; d) To provide essential drugs, as from time to time defined under the WHO Action Programme on Essential Drugs; e) To ensure equitable distribution of all health facilities, goods and services; f) To adopt and implement a national public health strategy and plan of action, on the basis of epidemiological evidence, addressing the health concerns of the whole population. In this way, the obligations of reinforced importance are the protection of vulnerable groups and the prohibition of discrimination, which are maintained even in times of economic crisis. In relation to the obligations of the right to health, the attribution of responsibilities to non-state entities, such as transnational corporations, is examined.

Finally, the last section of the second chapter addresses the universality of the right to health according to the international framework. Thus, International Human Rights Law generally recognises health as a universal human right of ‘every person’, in accordance with Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Nevertheless, at the same time, it is possible to find provisions that

contradict that recognition of universality. In this regard, the international constraints are analysed, for example, the meaning of the element of ‘affordability’ (General Comment No. 14) and the regulations of the right to social security. At the regional level of protection, for example, the European Social Charter includes some restrictions for undocumented immigrants.

Chapter 3

The third chapter of the thesis, ‘Health Care as a Public Service. Health Systems and Universal Coverage’, focuses on the issue of health care implementation through different health models. It explains the origin of health systems within the framework of the consolidation of welfare states. This explanation follows the Hecló doctrine that distinguishes three stages in the formation of this state model: a first stage of experimentation in the 1870s until the 1920s, the period of consolidation, during the 1930s, and the period of expansion, from the 1940s to the 1970s. In particular, the chapter addresses the role of social welfare provision of welfare states, particularly health care. As for the typology of welfare models, authors such as Titmuss or Esping-Andersen, who differentiate the models according to the degree of institutionalisation, are followed. Thus, we study the liberal or residual model, the conservative or industrial achievement-performance model and the social-democratic or institutional-redistributive model.

Subsequently, the different sanitary models, which can be included in the previous categories, are analysed. Liberal systems serve only the neediest population, who do not have the economic capacity to access private health services. Bismarck model, related to the conservative welfare system, was created by the social legislation passed by Chancellor Otto von Bismarck in Germany in the 1880s. This model is strongly linked to the social contribution, so that it directs the provision of health benefits to formal workers and their families. The closest model to the provision of universal health services would be the known as the Beveridge or social-democratic

model, which was originated in the United Kingdom in the mid-twentieth century. This model is characterised by financing through the tax system and the initially ‘universal’ coverage. However, in practice, in most of these systems, restrictions for the undocumented migrants remain unresolved. This is certainly a type of restriction that occurs regardless of the type of health model. At this point, the relationship between the welfare state and the migration phenomenon is addressed, taking into account different sociological studies on the subject.

The last section of chapter three carries out a comparative analysis of the health coverage offered by some contemporary health systems, that follow the aforementioned models. The aim is, therefore, to determine if the restrictions analysed occur in practice. The paradigmatic health system according to the liberal or residual model is the one existing in the United States. The Medicare program caters to people over age 65, and Medicaid offers assistance to those who have low financial resources. The reform implemented through the Affordable Care Act appears to increase the number of beneficiaries by extending Medicaid to more adults. Furthermore, when dealing with the Bismarck model, some countries that follow the traditional system, closely linked to employment, in particular France, Germany and China, are addressed. At the same time, we also study some systems that, with Bismarckian roots, have evolved towards compulsory insurance, specifically the cases of the Netherlands, Switzerland and Israel. Regarding the systems following the Beveridge model, the health care coverage in the United Kingdom, Norway, Denmark, Sweden, Italy and India is examined. Therefore, as a general rule, the limits imposed by economic capacity and the requisite of employment are identified in the liberal and the typically Bismarckian models, respectively. In all systems and with only a few exceptions, there are numerous restrictions for the undocumented immigrant population.

Chapter 4

Chapter four, ‘Universal Health Coverage and Social Determinants of Health’, continues with the public policy perspective by explaining these two recent developments promoted mainly by the World Health Organization. The first section focuses on universal health coverage. This can be understood as the goal of ensuring that all people receive the health services they need, without having to suffer financial hardship to pay for them. With regard to the elimination of financial risks and barriers to access health care, the WHO is committed to avoiding direct payments at the time of receiving health services. As regards the funds to achieve this objective, both taxes and insurance premiums are mentioned. The proposal received the support of the United Nations General Assembly and is one of the objectives envisaged in the framework of the Sustainable Development Objectives. In this line, we examine the relationship between universal coverage and the right to health. Finally, universal coverage is evaluated in accordance with the principle of universality, being possible to affirm that the proposal overcomes some of the limits of the regulation of the right to health by the International Law of Human Rights.

The second section explains the concept of the social determinants of health and its implications for universality. These are factors that refer to socioeconomic causes that influence health, such as the lack of adequate food, shelter, drinking water or safety. Social determinants of health were first discussed in the Black Report published in the UK in the early 1980s, and later in Whitehead’s work ‘The Health Divide’, which confirmed inequalities. In the mid-1980s, the European Office of the WHO proposed a reduction of health inequities as one of its main objectives, and since then it has been one of its principal focus. In Spain, a Commission was created in 1994 to study this issue, and in 2008 the ‘Commission to Reduce Social Inequalities in Health in Spain’ was created. From the point of view of the universality of the right to health, social factors determine inequalities in the opportunities for people to achieve good health status. Reference is made to the debate on which inequalities it is necessary to reduce, in particular the positions of Whitehead and Wilson. The section also proposes some

solutions to reduce the negative influence of social factors in health. To sum up, the social determinants of health are a clear manifestation of the principle of indivisibility and interdependence between human rights.

Chapter 5

The fifth chapter includes what can be considered as the case study of the work: ‘Universal coverage in the Spanish National Health System’. As the title indicates, the evolution of the public healthcare service in Spain is studied, taking into account its formation as well as the recent reforms, with consequent implications for the coverage of the system. First, the consolidation of the National Health System, and in particular, the characteristics of coverage, financing, territorial organisation and the form of provision, are explained. The work is mainly focused on the question of the access to the health services. In Spain, health care went from being part of a compulsory insurance system, in the 1940s, through the institution of Social Security that would be consolidated in the late 1960s, until the National Health System was formed in the 1980s. This last would take place mainly since the approval of the Spanish Constitution, with the recognition of the right to the protection of health in Article 43, and since the approval of the Law 14/1986, General of Health. Through successive reforms, the access to health benefits was finally made independent from the contributory-professional scope of Social Security, and the entire population living in Spain that was registered in the municipality was recognised, in accordance with Organic Law 4/2000 on the rights of foreigners in Spain and LCCSNS 16/2003.

Nevertheless, this situation changed considerably with the approval and entry into force of Royal Decree-Law 16/2012, 20th April. Thus, the second section of the chapter explains this regulation, adopted in a context of reforms that reduce social benefits in Spain, identifies the affected groups and analyses the criticisms that have been directed to the Royal Decree by many organisations. In summary, the new measure reformed Article 3 of the LCCSNS, requiring the categories of ‘insured’ or

‘beneficiaries’, linked to Social Security, to access health benefits. The condition of insured is held only by those who participate in the Social Security system, according to one of the regulated circumstances. In addition, citizens of Spanish nationality, of a Member State of the European Union, of the European Economic Area or of Switzerland, or nationals of third States with a residence permit, who prove that they do not exceed an income limit of one hundred thousand euros per year are also entitled to access health services. Likewise, the ‘beneficiaries’ of an insured person are also covered by the system. Foreigners not registered or authorised as residents in Spanish territory, that is, undocumented immigrants, are granted emergency medical care and assistance to pregnancy, childbirth and postpartum. Furthermore, foreigners under the age of eighteen are guaranteed health care under the same conditions as Spanish population.

Chapter 6

The last chapter, ‘Retgression in the Right to Health as a Universal Right’ examines in depth the question of the guarantees of the right to health, that is, the mechanisms that have to be put in place in order to evaluate retrogressive measures, such as the one studied in chapter five. The approach takes into account retrogressive measures that affect the universality of the right to health. In this way, the concept of retrogression is first studied, as well it is also analysed when a measure that restricts the universal entitlement to the right directly constitutes a violation, and when it can be justified. The attention is thus placed on the legitimacy of the end of the retrogressive norm and on the affectation of the essential content. From this analysis, the retrogression of Royal Decree-Law 16/2012 is assessed in order to determine whether it actually affects the essential content of the right to health or if the end of the regulation can be considered illegitimate. Accordingly, the assessment looks into the possibility of justifying the measure through the proportionality judgment.

The second section reviews the current guarantees of the right to health. There are mechanisms at the international level of the United Nations, implemented mainly by the ESCR Committee. At the regional levels of protection, the protection of the right to health in the European system, the inter-American system and the African system must be addressed. The recognition of the right in different state regulations is also treated. Thus, regarding the Spanish constitutional system, the guarantees of the right to health are different from those recognised for the fundamental rights. Additionally, the section studies the independent judicial guarantees to protect the right to health that are implemented in some state systems, for example, in various Latin American countries. Another issue is the degree of judicial intervention that is considered appropriate for an adequate guarantee of the right to health, differentiating, for example, between strong forms of constitutional review and other forms of weaker intervention.

Finally, the third section of the last chapter examines Judgment 139/2016, 21st July, of the Spanish Constitutional Court, which resolves on the constitutionality of the health reform studied in the fifth chapter. Thus, it examines the arguments of the ruling, which validates the Royal Decree-Law 16/2012 for the most part. On the one hand, the material motives that were alleged in appeals of unconstitutionality are examined, that is, whether the introduction of the categories of ‘insured’ and ‘beneficiaries’ and their relationship to Social Security are allowed by the Constitution, and whether the right to health of undocumented immigrants in Spain is violated. The Constitutional Court decision is based on the tripartite theory of rights. Thus, constitutional jurisprudence understands that there are three kinds of rights that would apply to foreign people according to their connection with human dignity and the nature of the right in question. The right to health is part of that group of rights of legal configuration. According to the Court, the legislator can take into account the administrative situation in a territory to modulate the scope of this right. However, the legislator has a number of limits when restricting rights to foreigners in Spain. In this sense, in case of imposing conditions on the exercise of a right, such conditions will only be constitutionally valid if, while respecting their essential content, they are aimed at preserving other rights, goods or

interests constitutionally protected and have adequate proportionality with the purpose pursued.

Nevertheless, the constitutional judge in his sentence interprets these limits so that their effectiveness is reduced. For example, the obligation of progressivity, recognised in Article 2.1 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, is paradoxically understood as an issue that undermines the duty of States to guarantee the right to health, instead of going deeper into the correlative prohibition of retrogression which prohibits retrogressive measures not adequately justified. The Court also bases the decision on the limitation that the European Social Charter includes in Article 13.4, which obliges the States to guarantee medical care only for legal residents, without taking into account, instead, that the body responsible for complying with the Charter, the European Committee of Social Rights, has already considered, three years previously, that Royal Decree-Law 16/2012 violates the right to health protection recognised in Article 11. In this way, the Constitutional Court concludes in its decision that the health reform does not violate the right to health of the undocumented migrants in Spain.

Finally, formal motives are dealt with, especially if the use of the figure of the decree-law has violated the limits imposed by the Constitution in Article 86. To sum up, after the study of the sentence, the chapter concludes presenting the reasons for which the unconstitutionality of the Spanish health reform could have been assessed, according to the interrelation of rights, in the light of international treaties.

RESUMEN

El presente apartado consiste en resumir el contenido de la tesis doctoral. Así, tras una presentación de la investigación en la que se detallan el objetivo y las preguntas principales, así como la metodología utilizada, pasa a resumirse el contenido de cada uno de los capítulos.

Este trabajo tiene como objetivo principal el análisis de los límites actuales para la atención de la salud universal. La hipótesis es que algunas personas enfrentan restricciones para acceder a la misma, por lo que los modelos institucionales de salud pueden no haber alcanzado una cobertura universal, respecto a lo cual el desarrollo positivo del derecho a la salud no parece tener una respuesta clara. Los límites que se estudian son obstáculos estructurales, impuestos institucionalmente de forma directa al articular el reconocimiento del bien sanitario en base a condiciones como la capacidad económica, el trabajo o la residencia legal en un territorio. Se trata, pues, de analizar la cuestión de la cobertura sanitaria universal atendiendo a la perspectiva de diferentes modelos sanitarios, y de encontrar respuestas jurídicas en los derechos humanos.

Como parte de aquel objetivo, es posible distinguir varias preguntas concretas: ¿qué significa la universalidad del derecho a la salud? ¿cuáles son los grupos principalmente excluidos de la cobertura sanitaria? ¿qué respuestas tiene el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y cuáles son sus limitaciones? ¿cuáles son los límites de los principales modelos sanitarios para ofrecer una asistencia sanitaria universal? A la vista de todo ello, ¿cómo se pueden analizar los cambios efectuados en el Sistema Nacional de Salud español en relación con la accesibilidad? ¿qué garantías existen en la actualidad para frenar medidas regresivas en universalidad, y cuáles serían las más adecuadas?

Estas preguntas se pretenden responder desde una perspectiva interdisciplinar, principalmente de la Filosofía del Derecho, el Derecho Internacional de los Derechos

Humanos, la Teoría Política y políticas públicas y el Derecho Constitucional. En primer lugar, el punto de partida es el estudio de la fundamentación teórico-jurídica del derecho a la salud como un derecho humano social, del principio de universalidad y de las posiciones teóricas contrarias a la titularidad universal del derecho a la salud. Con posterioridad, se analiza el marco de regulación del derecho a la salud que se ha desarrollado desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, examinando críticamente la regulación de la titularidad. Igualmente se estudian los modelos sanitarios clásicos que surgen en el marco de la formación de los Estados del bienestar, y se incluye un análisis comparativo de la cobertura que ofrecen diferentes sistemas sanitarios en la actualidad. La perspectiva de las políticas públicas, así como de la salud pública, también se tiene en cuenta cuando se analizan dos desarrollos importantes de la Organización Mundial de la Salud, como organización especializada de las Naciones Unidas en materia de salud pública, con una naturaleza más técnica que jurídica. Estos desarrollos son el objetivo de la cobertura sanitaria universal y los determinantes sociales de la salud. La disciplina jurídica vuelve a predominar cuando se estudia la regulación de la cobertura del Sistema Nacional de Salud español, su evolución así como las reformas recientes. Finalmente, desde la teoría jurídica y el Derecho Constitucional se examina el concepto de regresividad y las garantías del derecho a la salud, centrando la atención en la justiciabilidad de este derecho y en el papel de los tribunales para evaluar medidas regresivas mediante la intervención judicial.

Así pues, la metodología utilizada es la aplicada frecuentemente para la investigación en las ciencias jurídicas y politológicas. Además, se sostiene una visión crítica. De modo principal, se ha llevado a cabo la lectura de fuentes doctrinales y de informes elaborados por diferentes organismos. Algunos métodos específicos utilizados son: la revisión de la literatura teórico-jurídica relevante, el análisis de conceptos morales y su aplicación al ámbito práctico; el examen de normativa internacional y de la regulación legal y administrativa del objeto de estudio; la atención a diversos sistemas políticos en su función de provisión del bienestar a través del método comparado; por último, se atiende a la jurisprudencia relevante de los tribunales propios de los ámbitos

de protección de los derechos y a algunas sentencias oportunas de órganos judiciales estatales.

A continuación, se realizará un resumen breve del contenido tratado a lo largo de cada uno de los capítulos. En el apartado siguiente se resumirán las conclusiones a las que se ha llegado a través del estudio llevado a cabo.

Capítulo 1

El capítulo primero lleva por título ‘El derecho a la salud: titularidad universal’ y trata la fundamentación de este derecho y su titularidad. En primer lugar, se explica el origen histórico del reconocimiento del derecho a la salud y se realiza un acercamiento a su significado y a las diferentes concepciones. Así, antes de que se reconociera la salud como un derecho humano, tiene lugar la preocupación institucional por la salud pública. Por otra parte, la salud es un término que remite a diferentes consideraciones científicas, culturales e históricas, de lo que se deriva que sea difícil tener una definición única. Asimismo, la formulación del derecho a la salud no es pacífica. En este sentido, el derecho a la salud es un derecho que agrupa diferentes componentes. En este punto se concreta el objeto principal de estudio del trabajo en la asistencia sanitaria, si bien ello no implica que se niegue la existencia de otros elementos importantes. Del mismo modo, se ha estudiado el derecho a la salud como un derecho multidimensional, en el que cabe diferenciar una dimensión individual y una dimensión colectiva.

Por lo que se refiere a la fundamentación del derecho a la salud, se repasan algunas de las teorías contemporáneas de los derechos sociales y su aplicación al ámbito de la salud, resaltando los autores más destacados. Así pues, se trata la teoría de las necesidades (Añón, Doyal, Gough), la igualdad de oportunidades (Gutmann, Daniels), las capacidades humanas (Sen, Nussbaum), la teoría de la autonomía (Griffin, Gewirth), la vida decente (Fabre) y la idea de la dignidad (desde la formulación de Kant a su seguimiento por autores como Rodolfo Vázquez). Tras tratar estas teorías, se presta

atención a la naturaleza de las obligaciones que se derivan de los derechos humanos como el derecho a la salud. Por otra parte, se realizan una serie de consideraciones personales, analizando qué teorías podrían servir en mayor medida para fundamentar la universalidad de los derechos. Asimismo, se analizan los diferentes significados de igualdad y de universalidad para así resolver las tensiones que a menudo existen entre ambos principios. La universalidad es una característica propia de los derechos humanos según la cual estos se atribuyen o se asignan a todas las personas. Este ideal no obstante ha sido ampliamente criticado. Por ejemplo, frente al universalismo y la universalidad de los juicios morales, la postura del relativismo cultural entiende que los derechos universales no respetan los diversos contextos culturales. A este respecto se sigue la postura de Zimmerling que señala a las necesidades básicas como el ‘límite inferior’ que delimita el campo de la moral, teniendo cabida posturas relativistas únicamente a partir del respeto a las necesidades básicas. De otro lado, la universalidad ha sido criticada también desde voces que defienden el respeto a las necesidades particulares de determinados grupos, como Young. Así, se incide en la ‘valorización jurídica de las diferencias’ (Ferrajoli) o la igualdad como diferenciación (Rosenfeld). Ello implica el reconocimiento de derechos especiales a determinados grupos, como el derecho al aborto de las mujeres, y la atención a las dificultades que enfrentan los grupos oprimidos o vulnerables para acceder a los bienes sociales, como los sanitarios.

Tras el estudio de los diferentes significados de la universalidad, se concreta el objeto de estudio en la cuestión de la titularidad. Se tratan los obstáculos estructurales directamente articulados por las instituciones y que impiden el acceso universal a los bienes sociales, como los servicios de salud. La titularidad universal del derecho a la salud se ha de poder hacer real en el plano de la implementación, por lo que se aboga por una interpretación de la titularidad de los derechos cercana al elemento de la accesibilidad, eliminando las barreras estructurales existentes para acceder a los servicios sanitarios. Entre los argumentos que suelen alegarse para rechazar la titularidad universal del derecho a la salud se encontrarían: a) el que aboga por un reconocimiento exclusivo a los ciudadanos con pocos medios económicos; b) el que hace depender la satisfacción de los derechos sociales del empleo o la contribución

social; c) aquél que defiende su reconocimiento únicamente a los ciudadanos nacionales o a los residentes legales en un territorio.

Capítulo 2

A continuación, el segundo capítulo, ‘El derecho a la salud como derecho universal en el plano internacional de los derechos humanos’, estudia la regulación internacional del derecho a la salud. En primer lugar, se analiza la positivización del derecho por los tratados internacionales, y se explica el contenido del mismo, explorando sus componentes y elementos. En este sentido, de acuerdo con la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es posible diferenciar varios derechos concretos: a) el derecho a la salud materna, infantil y reproductiva; b) el derecho a la higiene en el trabajo y del medio ambiente; c) el derecho a la prevención y el tratamiento de las enfermedades y la lucha contra ellas; y, d) el derecho a establecimientos, bienes y servicios de salud (Observación General n°. 14 del Comité DESC, párrafos 14-17). Por lo que se refiere a los elementos del derecho a la salud, ello hace referencia a las dimensiones de disponibilidad, accesibilidad (tanto económica como física), aceptabilidad y calidad (OG n°. 14, párr. 12).

Asimismo, en el segundo apartado, se estudian las obligaciones necesarias para el cumplimiento del derecho a la salud. Se sigue la tipología que distingue entre obligaciones generales (respetar, proteger, cumplir; dentro de esta última, facilitar y promover), la obligación de progresividad y no regresividad y las obligaciones mínimas. La enumeración de las obligaciones mínimas del párr. 43 de la OG n°. 14 puede servir para perfilar el contenido esencial del derecho a la salud: a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia

potable; d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; y f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población. De esta forma, principalmente las obligaciones de importancia reforzada son la protección de grupos vulnerables y la prohibición de discriminación, las cuales se mantienen incluso en época de crisis económica. En relación con las obligaciones, se trata la atribución de responsabilidades a entes no estatales, como pueden ser las empresas transnacionales.

Finalmente, se atiende al tratamiento que ha recibido la cuestión de la universalidad del derecho a la salud desde el desarrollo internacional del mismo. Así, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce, de forma general, la salud como un derecho humano universal, de ‘toda persona’, de acuerdo con el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sin embargo, al mismo tiempo, es posible encontrar disposiciones que contradicen aquel reconocimiento de la universalidad. En este sentido se analizan las limitaciones que se encuentran en el plano internacional, por ejemplo, el desarrollo del elemento de la ‘asequibilidad’ (Observación General nº. 14) y las regulaciones del derecho a la seguridad social, y en los planos regionales de protección, como la Carta Social Europea que incluye alguna restricción para los inmigrantes irregulares.

Capítulo 3

El tercer capítulo, ‘La asistencia sanitaria como servicio público. Sistemas de salud y alcance de la cobertura’, centra la atención cuestión de la implementación de la asistencia sanitaria a través de los diferentes modelos de salud. Se explica el origen de los sistemas de salud en el marco de la consolidación de los Estados del bienestar. Se sigue la doctrina de Hecló que distingue tres etapas en la formación de este modelo de

Estado: una primera etapa de experimentación en los años setenta del siglo XIX hasta los años veinte del siglo XX, el período de consolidación, durante los años treinta del siglo XX, y el periodo de expansión, desde los años cuarenta hasta los setenta del siglo XX. En concreto, el capítulo atiende a la función de provisión de bienestar social de los Estados del bienestar, en particular la asistencia sanitaria. En cuanto a la tipología de los modelos del bienestar, se siguen autores como Titmuss o Esping-Andersen, que diferencian los modelos según el grado de institucionalización. Así pues, se estudian el modelo liberal o residual, el conservador o de éxito-rendimiento y el social-demócrata o institucional-redistributivo.

Con posterioridad, se analizan los diferentes modelos sanitarios, los cuales cabe incluir en las anteriores categorías. Los sistemas liberales atienden únicamente a la población más necesitada, que no tiene la capacidad económica suficiente para acceder a los servicios sanitarios privados o a través del mercado. El modelo Bismarck, correspondiente al sistema del bienestar conservador, se crea en el marco de la legislación social aprobada por el canciller Otto von Bismarck en la Alemania, en los años 80 del siglo XIX. Este modelo está fuertemente vinculado con la contribución social, de forma que dirige la oferta de prestaciones sanitarias a los trabajadores formales y a sus familias. El modelo más cercano a la prestación de servicios sanitarios universales sería el conocido como modelo Beveridge o social-demócrata, con origen en el Reino Unido a mediados del siglo XX, caracterizado por una financiación a través del sistema impositivo. Sin embargo, en la mayoría de estos sistemas siguen sin superarse las restricciones a la población inmigrante en situación irregular, siendo este un tipo de limitación de la universalidad que se da independientemente del tipo de modelo sanitario. En este punto se trata la relación entre el Estado del bienestar y las políticas sociales y el fenómeno migratorio, atendiendo a diferentes estudios sociológicos sobre la materia.

El último apartado del capítulo tercero lleva a cabo un análisis comparativo de la cobertura sanitaria que ofrecen algunos sistemas sanitarios en la actualidad, y que siguen alguno de los modelos mencionados. La finalidad es, pues, conocer si se dan en la

práctica los focos comunes de exclusión. El sistema sanitario paradigmático para tratar el modelo liberal o residual de salud es Estados Unidos. El programa *Medicare* atiende a las personas mayores de 65 años, y *Medicaid* ofrece asistencia a quienes acreditan tener bajos recursos económicos. La reforma implementada a través de la *Affordable Care Act* parece incrementar el número de asegurados, extendiendo *Medicaid* a más adultos con dificultades económicas. De otro lado, cuando se trata el modelo Bismarck se atiende a algunos países que siguen el sistema tradicional, fuertemente vinculado al ámbito del empleo, en concreto a Francia, Alemania y China. Al mismo tiempo, también se estudian algunos sistemas que, con raíces bismarckianas han evolucionado hacia el aseguramiento obligatorio, estudiándose los casos de Países Bajos, Suiza e Israel. Por lo que se refiere a los sistemas que siguen el modelo Beveridge, se tratan el Reino Unido, Noruega, Dinamarca, Suecia, Italia e India. En definitiva, como regla general se identifican los límites que se imponen atendiendo a la capacidad económica y al ámbito del empleo, en los modelos liberal y típicamente bismarckiano, respectivamente. En todos los sistemas y salvo alguna excepción, existen numerosas restricciones para la población inmigrante en situación irregular.

Capítulo 4

Posteriormente, el capítulo cuarto, ‘Cobertura sanitaria universal y determinantes sociales de la salud’, continúa con la atención a las políticas públicas explicando estos dos desarrollos recientes promovidos, principalmente, por la Organización Mundial de la Salud. El primer apartado centra la atención en la cobertura sanitaria universal. Esta puede entenderse como el objetivo de asegurar que todas las personas reciban los servicios sanitarios que necesitan, sin tener que pagar penurias financieras para pagarlos. En cuanto a la eliminación de los riesgos financieros y de las barreras de acceso, la OMS apuesta por evitar los pagos directos en el momento de recibir la asistencia sanitaria. Como fondos para alcanzar este objetivo, se mencionan tanto los impuestos como las primas de los seguros. La propuesta recibió el apoyo de la Asamblea General de Naciones Unidas y es uno de los objetivos previstos en el marco de los Objetivos de

Desarrollo Sostenible. En esta línea, se examinan las relaciones entre la cobertura universal y el derecho a la salud. Por último, se evalúa la cobertura universal en atención al principio de universalidad, siendo posible afirmar que la propuesta supera algunos de los límites del desarrollo del derecho a la salud por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El segundo apartado explica el concepto de los determinantes sociales de la salud y sus implicaciones para la universalidad. Se trata de factores que hacen referencia a causas socioeconómicas que influyen en la salud, como la falta de comida adecuada, de abrigo, de agua potable o de seguridad. Los determinantes sociales de la salud se trataron inicialmente en el *Black Report* publicado en el Reino Unido a principios de los años ochenta del siglo XX, y posteriormente en el trabajo de Whitehead, *The Health Divide*, que confirmaba las desigualdades. A mediados de los 80, la oficina europea de la OMS se propuso como uno de los objetivos principales la reducción de las desigualdades sociales en salud, y desde entonces es uno de sus focos de atención. En España, en 1994 se creó una Comisión encargada de estudiar esta cuestión, constituyéndose en 2008 la Comisión para Reducir las Desigualdades Sociales en Salud en España. Desde el punto de vista de la universalidad del derecho a la salud, los factores sociales determinan desigualdades en las oportunidades que tienen las personas de alcanzar un buen estado de salud desde el punto de partida. Se hace referencia al debate sobre qué desigualdades se hace necesario reducir, en concreto a las posturas de Whitehead y de Wilson, y se plantean algunas soluciones. En definitiva, los determinantes sociales de la salud son una manifestación clara del principio de indivisibilidad e interdependencia entre los derechos humanos.

Capítulo 5

El capítulo quinto incluye lo que puede considerarse el caso de estudio del trabajo: ‘La titularidad en el Sistema Nacional de Salud español’. Como el título indica, se estudia la evolución del servicio público de asistencia sanitaria en España, atendiendo

a su formación así como a las recientes reformas, con las consiguientes implicaciones para la cobertura del sistema. Así, en primer lugar, se explica la consolidación del Sistema Nacional de Salud, y, en concreto, las características de la cobertura, la financiación, la organización territorial y la forma de provisión. De forma principal, se estudia la cuestión de la titularidad del derecho para acceder a las prestaciones. En España, la asistencia sanitaria pasó de enmarcarse en un sistema de seguros obligatorios, en los años cuarenta del siglo XX, pasando por la institución de la Seguridad Social que se consolidaría a finales de los años sesenta, hasta formarse el Sistema Nacional de Salud. Esto último tendría lugar principalmente a partir de la aprobación de la Constitución española, con el reconocimiento del derecho a la protección de la salud en el artículo 43, y con la Ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de abril. A través de sucesivas reformas, finalmente se independizaba el acceso a las prestaciones sanitarias del ámbito contributivo-profesional de la Seguridad Social, y se protegía a toda la población viviendo en España que estuviese registrada en el padrón municipal, de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000 sobre los derechos de los extranjeros en España y la LCCSNS 16/2003.

Sin embargo, esta situación cambió de forma considerable con la aprobación y entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. Así, en el segundo apartado del capítulo se explica en qué consiste la medida, aprobada en un contexto de reformas que merman las prestaciones sociales en España, se identifican los colectivos afectados y se analizan las denuncias que se han dirigido hacia el Real Decreto-ley por parte de numerosas organizaciones. En resumen, esta norma reformó el artículo 3 de la LCCSNS, pasando a requerir las categorías de ‘asegurados’ o de ‘beneficiarios’, vinculadas a la Seguridad Social, para acceder a las prestaciones sanitarias. La condición de asegurado se ostenta únicamente por quienes participen del sistema de la Seguridad Social de acuerdo con alguna de las circunstancias previstas. Además, también se consideran ‘asegurados’ aquellas personas de nacionalidad española, de un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, o nacionales de terceros Estados con autorización de residencia, que acrediten no superar un límite de ingresos fijado en cien mil euros en cómputo anual. Asimismo, también pueden tener

reconocida la asistencia sanitaria los ‘beneficiarios’ de un asegurado. A los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en territorio español se les reconoce una asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente, así como de asistencia al embarazo, parto y postparto. De otro lado, a los extranjeros menores de dieciocho años se les garantiza la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

Capítulo 6

El último capítulo, ‘La regresividad en el derecho a la salud como derecho universal’ examina en profundidad la cuestión de las garantías del derecho a la salud, esto es, los mecanismos que han de ponerse en marcha a fin de evaluar medidas regresivas, como la estudiada en el anterior capítulo. El enfoque tiene en cuenta las medidas regresivas que afectan a la universalidad del derecho a la salud. De esta forma, en primer lugar, se estudia el concepto de regresividad, y se analiza cuándo una medida que restringe la titularidad universal del derecho constituiría directamente una violación del mismo, y cuándo podría quedar justificada. La atención se pone, pues, en la legitimidad del fin de la norma regresiva y en la afectación del contenido esencial. Desde este análisis, se analiza la regresividad del Real Decreto-ley 16/2012, para evaluar si efectivamente afecta al contenido esencial del derecho a la salud o si el fin de la norma puede considerarse ilegítimo, o bien si, en cambio, existe la posibilidad de justificar la medida a través del juicio de proporcionalidad.

A continuación, el segundo apartado revisa las garantías actuales del derecho a la salud. Existen mecanismos a nivel internacional de las Naciones Unidas, puestos en marcha de forma principal por el Comité DESC. En los niveles regionales de protección cabe atender al desarrollo que la salud ha recibido en el sistema europeo, el sistema interamericano y el sistema africano. También se trata el reconocimiento del derecho en diferentes ordenamientos estatales. Por ejemplo, el ordenamiento jurídico español, y las garantías que acompañan al derecho a la salud, que son diferentes de las que se

reconocen a otros derechos considerados fundamentales. Así, se reflexiona sobre las garantías judiciales independientes para proteger el derecho a la salud que se ponen en marcha en algunos sistemas estatales, por ejemplo, en varios países latinoamericanos. Otra cuestión es el grado de intervención judicial que se estima adecuado, diferenciando, por ejemplo, entre la revisión constitucional de carácter fuerte y otras formas de intervención más débiles.

Por último, el tercer apartado del último capítulo estudia la sentencia 139/2016, de 21 de julio, del Tribunal Constitucional, que resuelve sobre la constitucionalidad de la reforma sanitaria estudiada en el capítulo quinto. Así pues, se atiende a los argumentos de la sentencia, que valida el Real Decreto-ley 16/2012 en su mayor parte. De un lado, se estudian los motivos materiales que fueron alegados en los recursos de inconstitucionalidad, esto es, si la introducción de las categorías de ‘asegurados’ y ‘beneficiarios’ y su vinculación con la Seguridad Social están permitidas por la Constitución, y si se vulnera el derecho a la salud de los inmigrantes en situación irregular en España. El Tribunal se basa en la teoría tripartita de los derechos, la cual entiende que existen tres clases de derechos que se aplicarían a los extranjeros según su conexión con la dignidad humana y la naturaleza del derecho. El derecho a la salud se enmarca en el grupo de derechos de configuración legal. El legislador puede, pues, tener en cuenta la situación administrativa en un territorio para modular el alcance de este derecho. Ahora bien, la libertad de actuación del legislador no es absoluta, sino que tiene una serie de límites. En caso de imponer condiciones al ejercicio de un derecho, tales condiciones solo serán válidas si, respetando el contenido esencial se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.

Sin embargo, el juez constitucional en su sentencia interpreta estos límites de forma que su eficacia queda reducida. Por ejemplo, paradójicamente se entiende la obligación de progresividad, del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como una cuestión que rebaja el deber de los Estados en cuanto a la garantía del derecho a la salud (FJ 10º), en vez de profundizar en

la correlativa prohibición de regresividad que prohíbe regresiones no justificadas adecuadamente. El Tribunal se basa asimismo en la limitación que la Carta Social Europea incluye en su artículo 13.4, que obliga a la garantía de la asistencia médica únicamente a los residentes legales, sin tener en cuenta, en cambio, que el órgano encargado del cumplimiento de la Carta, el Comité Europeo de Derechos Sociales, ya consideró, tres años antes, que el Real Decreto-ley 16/2012 vulnera el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 11 de la Carta Social Europea. De esta forma, el juez constitucional concluye en su decisión que la reforma sanitaria no vulnera el derecho a la salud de los inmigrantes sin residencia legal en España.

De otro lado, se tratan los motivos formales, principalmente si la utilización de la figura del decreto-ley ha infringido los límites que impone la Constitución en su artículo 86. Finalmente, tras el estudio de la sentencia, se concluye con una exposición de los motivos por los cuales se podría haber apreciado la inconstitucionalidad de la medida regresiva, en la línea de la protección indirecta del derecho a la salud, a través de la interrelación de los derechos y a la luz de los tratados internacionales.

CONCLUSIONS

The objective of this section is to summarise the conclusions reached with the research carried out in the work. The main thesis confirms the hypothesis raised at the beginning, that is, not all people have recognised unconditional access to health services. In relation to this, it is possible to effectively identify limits in the coverage of health models and in the regulation of the right to health. In addition to confirming this hypothesis, the thesis allows a more detailed conclusion in that the conditions that are linked to the administrative situation in a territory, economic capacity and social contribution, result in restrictions for access to health services, which are incompatible with the principle of universality. Additionally, it is necessary to overcome some inconsistencies in the regulation of the right to health, to strengthen the system of guarantees against regressive measures, as well as to implement a universal health model that overcomes all the restrictions of previous models. In order to better summarise the conclusions, these are grouped by theme, according to the issues which have been addressed in this thesis.

I. About the meaning and the justification of the right to health

- The right to health consists of several components. It is complex and multidimensional. The right to health could be understood as the right of everyone to the appropriate measures which guarantee the highest possible state of physical and mental health.
- As for theories that support the universality of the right to health, the weakness of the theory of autonomy, even in a moral sense, lies in assuming that all human beings can be effectively autonomous, resulting in problems in extending rights to, for example, people with disabilities or newborns.

- Pluralist theories of well-being have been defended, such as the theory of basic needs or the capabilities approach, for their use in providing a list of human rights. It is possible to understand these theories in a complementary way. In relation to the right to health, this means understanding that, if health needs are covered, it can be affirmed that people can exercise a series of capabilities or functions.
- The basic needs, or the relevant capabilities, refer to a variant of egalitarianism that is sufficientist. The relevant opportunities are those that influence the possibilities that individuals have to make decisions regarding their state of health. The egalitarian sufficientist conception must be accompanied by some nuances, such as the prohibition of discrimination at any level and the establishment of priorities for the groups most in need when resources are limited. This does not deny the universal entitlement to rights, on the contrary, it implies the realisation of the obligation of progressivity of States.

II. Rethinking universality

- Universality is a characteristic of human rights according to which these are attributed or assigned to all people. The first meaning of universality is restricted to the question of entitlement, which in turn corresponds to a first sense of equality as equality in rights.
- Beyond universal entitlement, as opposed to universality as generality and as equal treatment, it is necessary to reinforce equality as differentiation, to remove situations of social disadvantage and to attend to specific needs.
- Specific health rights cannot be considered to be universal, but at the level of implementation it is possible to include services specifically targeted at specific groups in universal health care.

- This work advocates an interpretation of the entitlement to rights close to the element of accessibility, eliminating the existing structural barriers to access health services. Amongst the arguments commonly used to reject the universal entitlement to the right to health would be: a) one that defends the recognition of the right only to citizens with insufficient economic means; b) one that makes the satisfaction of social rights dependant on employment or social contribution; c) the one that defends the recognition only to the national citizens or to the legal residents in a territory.

- Contrary to reductionist positions of the universal entitlement to social rights, which identify the subject of these rights in a context of material or economic dependence, it is concluded that social rights cannot be understood in the framework of the specification process of human rights because they respond to conditions of universal and concrete subsistence, that is, of shelter, health, food, etc.

- The restrictions faced by immigrants in their rights can be analysed as a pending task in the process of generalisation. It is necessary to transform national citizenship into a truly social and inclusive one, or, to unlink the rights of citizenship. Inclusive citizenship would not depend on exclusionary conditions and would include all stable residents in the community, through an institution such as the municipal register. However, some services have to be disassociated from any administrative obstacles, such as urgent health care.

III. The regulation of the entitlement to health in the International Human Rights

Law: some limits

- International Human Rights Law deals with the question of entitlement to the right to health in an inconsistent way, characterised by an initial recognition of

universality and an apparent neutrality as to the type of the most appropriate health care model.

- A more comprehensive analysis of the provisions governing the entitlement to health care allows several restrictions to be identified. The element of ‘affordability’ seems to establish the obligation to guarantee health services only to those who lack sufficient economic means.
- The regulation of the right to social security that includes health care in its area of protection leads to some interpretation problems. On the one hand, this is already the object of the right to health. On the other hand, access to benefits may require the demonstration of the participation in the labour market or that there is a justified cause for not carrying out the work activity.
- The confusion between the areas of health and social security is found in the regulations of the International Labour Organization and in the European Social Charter. Other texts, such as the Community Charter of Fundamental Social Rights of Workers and the Protocol of San Salvador in the inter-American system, recognise health and social security independently, without health care being included as one of the objects of social security.
- Obligations to prohibit discrimination and to protect vulnerable groups put limits on health care restrictions affecting immigrants. However, it would be necessary to correct some other restrictive provisions in order to avoid contradictions. For example, Article 28 of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, Article 8.1.c) of the Declaration on the Human Rights of Individuals Who are not Nationals of the Country in which They Live, Article 13.4 of the European Social Charter, Article 10.2 of the Protocol of San Salvador and Article 39 of the Arab Charter of Human Rights.

IV. On the institutional models of health

- The institutional concern for the health during the Industrial Revolution, 19th century, applied only in exceptional cases and, in matters of public health, in the control of epidemics and in the improvement of healthiness. This corresponds to the liberal or residual welfare model, following the typology of welfare states of authors such as Titmuss and Esping-Andersen, according to the degree of institutionalisation.
- The Bismarck and Beveridge models, respectively created at the end of the 19th century in Germany and in the mid-20th century in the United Kingdom, exceeded the charitable and exceptional health care with the creation of public health institutions covering broader sectors of the population.
- The relationship of dependence between the fields of employment and social contribution and health is overcome with the model designed by Beveridge, that is, the social-democratic health model. In this system, the participation in the labour market is not a condition directly required for the access to health services.
- As for the relationship between immigration and social policies, and contrary to the belief of the national population that they are paying health services to the immigrant population, it is necessary to reduce hate as well as arguments that overcome xenophobic behaviours. Studies in the line of Alesina and Glaeser point to the migratory phenomenon as a factor that diminishes solidarity in societies as well as the support to social policies. On the contrary, among others, Brandy and Finnigan argue that there are other more influential causes and that immigration would not affect or even lead to a positive response to redistributive policies.

V. Analysing the scope of coverage of some health care systems: common areas of exclusion

- Bismarck's health model is one of the main models nowadays and can be found in countries such as France, Germany or Switzerland. Although some health systems that follow this model have evolved today, as a general rule the condition that gives access to health benefits is the participation in the labour market and the social contribution, as is the case in Germany. In other cases, the possibilities of being included in the health system as beneficiaries depend on the exercise of a work activity in the past or the economic capacity, that is, earning below a limit of income.
- In the case of systems of Bismarckian origin that currently work as insurance systems, the restrictions usually affect undocumented immigrants, as in Switzerland or Israel. Exceptionally this group is given more attention, such as the Netherlands.
- In countries that follow the Beveridge model, legal residence is the strongest factor in differentiating who has access to health services and who does not. In general, only emergency care is recognised, as in the United Kingdom, Sweden or Denmark. Italy would offer wider assistance to non-legal residents.
- Regardless of the health model, it is a widespread practice of most countries to limit health benefits sustained by the State to those who are not legally residing in their territories. It occurs, for example, in most European countries, such as Denmark, Germany, Norway, Spain, Sweden, Switzerland and United Kingdom. Only as an exception to the general rule is it possible to find countries that provide this group more extensive health care. In this sense, Italy or the Netherlands. Health protection for the immigrant population is therefore a pending task in most States nowadays.

VI. Universal Health Coverage and the World Health Organisation

- In order to strengthen the approach towards the right to health in public health, there are currently issues in which the WHO includes the human rights discourse. One of them is the objective of Universal Health Coverage. The WHO itself understands universal coverage as a practical expression of the right to health.
- However, a limitation of the proposal for universal coverage to effectively express the right to health is the lack of insistence on the obligation of international assistance and on the social determinants of health. Nevertheless, since universal coverage means universal access to health services, this does not necessarily have to cover other social factors. On the other hand, universal coverage is consistent with the obligation of progressivity and accounts for the limited resources of many countries, because it is not an immediate obligation, but a goal to be achieved progressively.
- Analysing the Universal Health Coverage objective from the principle of universality and the parameters that have been defined in the first chapter, the objective is to avoid the direct costs for all the people, which is the reason why it moves away from the charitable approach linked to the economic capacity.
- On the other hand, universal coverage is an objective that can be achieved from the structures of different health systems, although it is not made directly dependent on participation in the labour sphere. In addition, the WHO notes that the existence of several hedge funds may entail some drawbacks such as loss of efficiency and duplication of effort.
- With regard to health coverage of undocumented immigrants, universal coverage requires a commitment to cover 100% of the population. Although some vulnerable groups, such as groups of foreigners, are referred to, it is necessary to make an explicit statement on the inclusion of immigrants, irrespective of

administrative status. The right to health, with the prohibition of discrimination and the protection of vulnerable groups, seems to offer greater protection to this group.

VII. Social determinants of health, inequalities and universality

- Social determinants of health are understood as socioeconomic causes that influence health status. These factors place people in different starting positions in order to achieve good health. Contrary to the criticism of the universal coverage that takes into account the equality of opportunities, it is concluded that the fact that all people suffer from health needs provides sufficient reasons for the universality of health coverage.
- Social factors that influence health can be addressed through policies oriented to the affected group. On the other hand, an equal treatment of all social needs can be provided through a universal basic income aimed at covering the costs associated with food and housing needs. Again, the thesis is committed to an egalitarian position with the establishment of priorities in a situation of scarcity of resources.
- The social determinants of health clearly express the principle of indivisibility and interdependence between rights. In short, these are factors that constitute the object of other social rights, such as adequate food, housing or education.
- The poverty suffered at the individual level has relevant influences on health. In addition, numerous studies indicate that economic and social inequality among the sectors of a population is also a detrimental factor to societal health indicators. From this point of view, the increase in *per capita* income improves health indicators to a threshold (Preston Curve); beyond this, in rich countries, the

reduction of inequalities is shown to be more decisive. This highlights the importance of redistributive policies.

VIII. The evolution of health care in Spain: the National Health System

- Before the Spanish National Health System was established, health services were linked to an insurance system and, later, to the affiliation and structures of the Social Security. Consequently, the right to access benefits was limited, with only those who participated in the contributory-professional area and their families being recognised.
- The Spanish health care system, after the Francoist period, was mainly influenced by the approval of the Spanish Constitution, the General Health Law 14/1986 and successive reforms. It overcame two of the common restrictions imposed on access to services, that is, the participation in the Social Security system, and the requirement of legal residence in the Spanish territory (LO 4/2000 and LCCSNS 16/2003). This regulation seems to be in accordance with the recognition of the right in Article 43 of the Constitution, separately from the right to social security included in Article 41.

IX. The Royal Decree-Law 16/2012: problems for universality

- With the adoption of Royal Decree-Law 16/2012, 20th April, the situation changes considerably. The limitation to the universality of the right to health that affects immigrants in an irregular situation is introduced. It is possible to conclude that this is the most affected group, due to the difficulties of having a link with Social Security, and the non-recognition of the possibility of being attended when the limit of one hundred thousand euros per year of income is not exceeded. Only minimal health care is recognised, in relation to which it is

necessary to point out the lack of legal certainty when incorporating the concepts of ‘urgency’ and ‘serious illness’.

- The second major problem in relation to the universality of health care comes with the introduction of the categories of ‘insured’ and ‘beneficiaries’. In this sense, access to health services is once again linked to the participation in the Social Security system, according to the Bismarck or success-performance model.
- Therefore, nowadays, it is possible to consider the Spanish health care system as a mixed system: Bismarckian regarding the entitlements to health care, with Beveridge characteristics in relation to the funding.
- Likewise, it is possible to appreciate characteristics of the insurance model, given the possibility of subscribing to special agreement or insurance with the National Health System, regulated by Royal Decree 576/2013, 26th July. Finally, there is also a beneficence or charitable approach, with the introduction of the income limit below which certain uninsured people can still benefit from health care.
- Consequently, there are limitations for other groups, such as those over 26 years of age legally resident in Spain who have never participated in Social Security and have more than one hundred thousand euros per year of income. The unemployed population without entitlement to unemployment benefits, living outside Spain for more than three months is also affected.
- Another group that is particularly affected are foreign women who suffer gender violence in Spain and who do not have legal residence, since the new regulation put obstacles in the way to the implementation of all policies for the prevention, detection, assistance and protection of victims through primary care services. It also excludes victims of trafficking who have not been granted the period of re-establishment and reflection.

- Nowadays, the situation is different depending on the Autonomous Community, and it is estimated that most of the Communities have adopted some kind of palliative measures of the consequences of the state health reform. However, these measures cannot reverse the profound transformation of the National Health System.

X. The evaluation of retrogressive measures: legitimate aim and essential content

- In analysing the justification of a retrogressive measure, such as the Royal Decree-Law 16/2012, it is pertinent to analyse whether it is legitimate. Otherwise there would be no possibility for justification. The legitimacy of a law lies in the respect to the essential content of the rights that may be affected, as well as in the legitimacy of the purpose of the law.
- The legitimacy of a measure requires, first of all, that it does not pursue an end prohibited by the legal system. Among the purposes that are considered to be legitimate, according to the jurisprudence of organisations such as the ESCR Committee and with the doctrinal interpretation, the improvement of the fulfilment of other fundamental rights is emphasised, as well as other purposes generally recognised as valid (for example, the public order or the general welfare). In this sense, economic motivations are allowed as long as they are accompanied by the above considerations. With regard to budgetary stability, Article 135 of the Constitution recognises it as a legitimate aim to introduce retrogressions in rights, provided that social sustainability is not compromised.
- In order for a law to be justified, it must also respect the essential content of the rights possibly affected. In relation to the universal entitlement to health care, it is concluded, based on the minimum obligations according to General Comment No. 14, that a restrictive measure affects the essential content of the right when:

a) it expressly does not recognise the right to access to health services; b) it materially prevents access to services, for example, when affecting vulnerable groups. Limits for access to services that do not prevent it, but do hinder it, would not affect the essential content, but will have to overcome the proportionality test.

XI. The retrogression of Royal Decree-Law 16/2012

- Applying the parameters above defined to the retrogression of Royal Decree-Law 16/2012, 20th April, it is concluded that the Spanish health care reform affects the essential content of the right to health regarding the restrictions to undocumented immigrants, being a group that probably cannot afford the cost of the insurance or private medicine.
- As regards the restrictions imposed by Spanish health care reform on legal residents whose income exceeds 100,000 euros per year, this is considered to be an obstacle, but does not prevent people from accessing health care in other ways. Consequently, without affecting the essential content of the right to health, the legitimacy of the end of the norm must be taken into account. If the alleged deficit situation is proved, the purpose of the law could be framed in the case of budgetary stability of Article 135 of the Constitution. In that case, the retrogressive measure will have to be justified according to the proportionality test.

XII. Current guarantees of the right to health: justiciability

- Regarding the current guarantees of the right to health, it is possible to conclude that there are different forms of protection. The recent entry into force of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) at the international level is pointed out. At the regional

level, the European, African and Latin American systems are studied. Therefore, the mechanisms of protection of the right are articulated in different ways. This is also evident at the state level of protection, with the differences between the Spanish system and the guarantees found in other countries.

- Judicial intervention in the protection of the right to health, through a strong constitutional review, is defended for those retrogressive norms that, after an evaluation, are considered to affect the essential content of the right. This can lead to a declaration of unconstitutionality, for example. If it is concluded that a norm is retrogressive but does not affect the essential content, the application of the proportionality test can be carried out in the framework of softer forms of protection. In these cases, for instance, if the judges determine that a retrogressive measure is not justified, inter-institutional dialogue mechanisms can be put in place, combining judicial intervention with legislative action.

XIII. On the (un)constitutionality of the Royal Decree-Law 16/2012: objections to judgement of the Constitutional Court 139/2016, 21st July

- After studying the material and formal arguments that were put forward to request the unconstitutionality of Royal Decree-Law 16/2012, it is concluded that, against the judgement of the Constitutional Court 139/2016, 21st July, the right to health could have been guaranteed through forms of indirect protection. In the first place, because this right can be related to the principle of human dignity and therefore must be recognised for foreigners, following the tripartite theory of the Constitutional Court. Secondly, because the legislature has violated the limits imposed by international human rights treaties. Despite the contradictions in many international texts, studied in chapter 2, the prohibition of discrimination and the protection of vulnerable groups are minimum obligations that should have been fulfilled in any case.

- In relation to formal arguments, the decree-law cannot affect the rights recognised in Title I of the Constitution, according to Article 86. Therefore, the use of this legal instrument for the adoption of the health reform has violated the constitutional limits, since the right to health, interpreted in the light of international treaties, is restricted. In addition, other rights are affected, such as the right to life and physical integrity.

CONCLUSIONES

El objetivo del presente apartado es resumir las conclusiones a las que se ha llegado con la investigación llevada a cabo en el trabajo. La tesis principal viene a confirmar la hipótesis planteada al inicio, esto es, que existen restricciones por las que no todas las personas pueden acceder de forma incondicionada a los servicios sanitarios, en relación con lo cual se identifican efectivamente límites en la cobertura de los modelos sanitarios y en la regulación del derecho a la salud. Ahora bien, además de confirmar tal hipótesis, tras el estudio llevado a cabo, la tesis permite concluir, con mayor detalle, que las condiciones que se vinculan a la situación administrativa, a la capacidad económica o a la contribución social, derivan en restricciones para acceder a los servicios sanitarios, que son incompatibles con el principio de universalidad. Además, frente a ello, se hace necesario superar algunas inconsistencias en el desarrollo del derecho a la salud, reforzar el sistema de garantías ante medidas regresivas, así como implementar un modelo sanitario universal que supere todas las restricciones de que acaecen los modelos anteriores. Para mayor claridad y con la finalidad de sintetizar mejor las diferentes conclusiones, a continuación se agrupan por rótulos temáticos, según las cuestiones a las que se ha intentado dar respuesta.

I. Sobre el significado y la fundamentación del derecho a la salud

- El derecho a la salud está conformado por varios componentes. Asimismo, es complejo y multidimensional. Por derecho a la salud podría entenderse el derecho de toda persona a las medidas adecuadas para garantizar el estado más alto posible de salud física y mental.
- En cuanto a las teorías pueden fundamentar la universalidad del derecho a la salud, la teoría que apela a la autonomía, incluso en sentido moral, muestra algunas insuficiencias al suponer que todos los seres humanos puedan ser

efectivamente autónomos, lo que deriva en problemas para extender los derechos a las personas con discapacidad, por ejemplo, o a los recién nacidos.

- Se ha optado por la defensa de una teoría pluralista del bienestar, como las necesidades o las capacidades, por su utilidad para aportar una lista de derechos humanos. Es posible entender estas teorías de una forma complementaria. En relación con el derecho a la salud, ello supone entender que, si las necesidades sanitarias están cubiertas, se puede afirmar que las personas pueden ejercitar una serie de capacidades, o bien, de funcionamientos.
- Las necesidades básicas o las capacidades relevantes remiten a una variante del igualitarismo que es sufficientista. Las oportunidades relevantes son las que influyen, al fin y al cabo, en las posibilidades que tienen los individuos de tomar decisiones relativas a su estado de salud. La concepción igualitaria sufficientista ha de venir acompañada de algunos matices, como la prohibición de discriminación a cualquiera de los niveles y el establecimiento de prioridades para los colectivos más necesitados cuando los recursos son limitados. Ello no niega la titularidad universal de los derechos, al contrario, supone la realización de la obligación de progresividad de los Estados.

II. Repensando la universalidad

- La universalidad es una característica propia de los derechos humanos según la cual estos se atribuyen o se asignan a todas las personas. El primer significado de la universalidad se restringe a la cuestión de la titularidad, que a su vez se corresponde con un primer sentido de la igualdad como igualdad en derechos.
- Más allá de la titularidad universal, frente a la universalidad como generalidad y como igual tratamiento, se hace necesario incidir en la igualdad como

diferenciación, para remover situaciones de desventaja social y para atender a necesidades específicas.

- Los derechos sanitarios específicos no serían universales, si bien, en el plano de la implementación, es posible incluir en la asistencia sanitaria universal los servicios dirigidos de forma específica a determinados grupos.
- Se aboga por una interpretación de la titularidad de los derechos cercana al elemento de la accesibilidad, eliminando las barreras estructurales existentes para acceder a los servicios sanitarios. Entre los argumentos que suelen alegarse para rechazar la titularidad universal del derecho a la salud se encontrarían: a) el que aboga por un reconocimiento exclusivo a los ciudadanos con pocos medios económicos; b) el que hace depender la satisfacción de los derechos sociales del empleo o la contribución social; c) aquel que defiende su reconocimiento únicamente a los ciudadanos nacionales o a los residentes legales en un territorio.
- Frente a posiciones reduccionistas de la titularidad universal de los derechos sociales, que identifican el sujeto de estos derechos en un contexto de dependencia material o económico, se concluye que los derechos sociales no pueden entenderse en el marco del proceso de especificación pues responden a condiciones de subsistencia universales y concretas, esto es, de abrigo, de salud, de alimentación, etc.
- Las restricciones que enfrentan los inmigrantes en sus derechos pueden analizarse como una tarea pendiente en el proceso de generalización. Frente a ello, se hace necesario transformar la ciudadanía en una realmente social e inclusiva, o bien, desvincular los derechos de la ciudadanía. La ciudadanía inclusiva no dependería de condiciones excluyentes e incluiría a todos los residentes estables en la comunidad, a través de una institución como el padrón municipal. Ahora bien, algunos servicios han de quedar desvinculados de cualquier traba administrativa, como la atención sanitaria urgente.

III. El desarrollo de la titularidad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: algunos límites

- El Derecho Internacional de los Derechos Humanos trata la cuestión de la titularidad del derecho a la salud de una forma poco coherente, caracterizada por un inicial reconocimiento de la universalidad y una aparente neutralidad en cuanto al tipo de modelo sanitario más adecuado.
- Un análisis más exhaustivo de las disposiciones que regulan la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria permite identificar varias restricciones. El elemento de la 'asequibilidad' parece establecer la obligación de garantizar servicios sanitarios únicamente a quienes carezcan de medios suficientes.
- La regulación del derecho a la seguridad social que incluye en su ámbito de protección la atención de la salud suscita problemas interpretativos. De un lado, ello ya es objeto del derecho a la salud. De otro lado, el acceso a las prestaciones podría requerir la demostración de que se participa en el mercado de trabajo o de que se incurre en una causa justificada para no ejercer la actividad laboral.
- La confusión entre los ámbitos correspondientes a la salud y a la seguridad social se produce en las regulaciones de la Organización Internacional del Trabajo, y en la Carta Social Europea. Por el contrario, otros textos como la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y el Protocolo de San Salvador en el sistema interamericano reconocen la salud y la seguridad social de forma independiente, sin que la atención sanitaria quede incluida como uno de los objetos de la seguridad social.
- Las obligaciones de prohibición de discriminación y de protección de grupos vulnerables tienen fuerza vinculante para impedir la desatención de la salud de las personas inmigrantes. Ahora bien, se haría necesario corregir algunas disposiciones más restrictivas a fin de evitar contradicciones. Por ejemplo, el

artículo 28 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, el artículo 8.1.c) de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País donde viven, el artículo 13.4º de la Carta Social Europea, el artículo 10.2º del Protocolo de San Salvador y el artículo 39 de la Carta Árabe de Derechos Humanos.

IV. Sobre los modelos institucionales de salud

- La preocupación institucional por la salud que tiene lugar con la Revolución Industrial, durante el siglo XIX, reducida en la atención excepcional y, en materia de salud pública, en el control de las epidemias y en la mejora de la salubridad, se corresponde con el modelo liberal o residual del bienestar, siguiendo la tipología de los Estados del bienestar de autores como Titmuss y Esping-Andersen según el grado de institucionalización.
- Los modelos Bismarck y Beveridge, creados a finales del siglo XIX en Alemania y a mediados del siglo XX en el Reino Unido, respectivamente, superan la atención caritativa y excepcional de la salud con la creación de instituciones sanitarias públicas que abarcan sectores más amplios de la población.
- La relación de dependencia entre los ámbitos del empleo y la contribución social y la salud se supera con el modelo diseñado por Beveridge o social-demócrata. Así, en este sistema la participación en el mercado de trabajo no es una condición que directamente se exija para el acceso a los servicios sanitarios.
- En cuanto a la relación entre las políticas sociales y el fenómeno migratorio, y frente a la creencia de que la población nacional y legalmente residente financia los servicios sanitarios de la población inmigrante, se hace necesaria la reducción del odio así como argumentos que desmonten tal creencia a fin de superar

comportamientos xenofóbicos. Los estudios en la línea de Alesina y Glaeser señalan al fenómeno migratorio como factor que disminuye la solidaridad en las sociedades y con ello el nivel de políticas sociales. Al contrario, entre otros, Brandy y Finnigan defienden que existen otras causas más influyentes y que la inmigración no afectaría o incluso deriva en una respuesta positiva hacia las políticas redistributivas.

V. Analizando el alcance de la cobertura de algunos sistemas sanitarios: focos comunes de exclusión

- El modelo sanitario bismarckiano mantiene su vigencia en algunos países como Francia, Alemania o Suiza. En estos sistemas más fuertemente vinculados con el ámbito del empleo, como regla general la condición que otorga acceso a las prestaciones sanitarias es la participación en el mercado laboral y la contribución social, como en Alemania. En otro caso, las posibilidades de quedar incluidos en el sistema de salud como beneficiarios del mismo dependen del ejercicio de una actividad laboral en el pasado o de la capacidad económica, esto es, encontrarse por debajo de un límite de ingresos.
- En el caso de los sistemas de origen bismarckiano que en la actualidad funcionan como sistemas de aseguramiento, el foco de restricciones recae sobre los inmigrantes en situación irregular, como ocurre en Suiza o en Israel. Excepcionalmente se reconoce a este colectivo una atención más amplia, como los Países Bajos.
- En los países que siguen el modelo Beveridge, la residencia legal es un factor más fuerte para diferenciar quién tiene acceso a los servicios sanitarios y quién no. Con carácter general se reconoce a los inmigrantes en situación irregular solo la atención de urgencias, como en el Reino Unido, Suecia o Dinamarca. Italia ofrecería una asistencia más amplia.

- Con independencia del modelo de salud, es una práctica generalizada de la mayoría de países limitar las prestaciones de salud sostenidas por el Estado a quienes no se encuentran legalmente en sus territorios. Ocurre, por ejemplo, en la mayoría de países europeos, como Noruega, Alemania, Reino Unido, Dinamarca, Suecia, Suiza y España. Únicamente como excepción a la regla general es posible encontrar países que reconozcan a este colectivo una atención sanitaria más amplia. En este sentido, Italia o los Países Bajos. La protección sanitaria a la población inmigrante es, pues, una tarea pendiente en la mayoría de Estados en la actualidad.

VI. La cobertura sanitaria universal y la Organización Mundial de la Salud

- Con el objetivo de fortalecer el enfoque del derecho a la salud en la salud pública, en la actualidad existen materias en las que la OMS se acerca al discurso de los derechos humanos. Una de ellas es el objetivo de cobertura sanitaria universal. La propia OMS entiende la cobertura universal como una expresión práctica del derecho a la salud.
- Sin embargo, se han señalado algunas limitaciones de la propuesta de cobertura universal para adecuarse al derecho a la salud, como la falta de insistencia suficiente en la obligación de asistencia internacional y en los determinantes sociales de la salud. Ahora bien, dado que por cobertura universal se entiende el acceso universal a los servicios sanitarios, ello no tendría por qué abarcar necesariamente otros factores sociales. De otro lado, la cobertura universal se adecúa a la obligación de progresividad, consciente de la limitación de recursos de muchos países, pues no se trata de una obligación de carácter inmediato, sino un propósito a alcanzar de forma progresiva.
- Analizando la cobertura sanitaria universal desde el principio de universalidad y los parámetros que han quedado definidos en el capítulo primero, el objetivo es

evitar los costes directos para todas las personas, por lo que se aleja del enfoque caritativo ligado a la capacidad económica.

- Por otra parte, la cobertura universal es un objetivo que puede lograrse desde las estructuras de diferentes sistemas de salud, aunque no se hace depender directamente de la participación en el ámbito laboral. Además, la OMS señala que la existencia de varios fondos de cobertura puede conllevar algunos inconvenientes como pérdida de la eficiencia y la duplicación de esfuerzos.
- Por lo que se refiere a la cobertura sanitaria de los inmigrantes en situación irregular, la cobertura universal requiere el compromiso de cubrir al 100% de la población. Aunque se hace referencia a algunos colectivos vulnerables como los grupos de extranjeros, se hace necesario un pronunciamiento expreso sobre la inclusión de los inmigrantes independientemente del estatus administrativo. El derecho a la salud, con la prohibición de discriminación y la protección de grupos vulnerables, parece ofrecer una mayor protección a este colectivo.

VII. Sobre los determinantes sociales de la salud, desigualdades y universalidad

- Los determinantes sociales de la salud se entienden como causas socioeconómicas que influyen en la salud. Estos factores sitúan a las personas en posiciones de partida diferentes para poder alcanzar un buen estado de salud. Frente a la crítica que se realiza a la cobertura universal teniendo en cuenta la igualdad de oportunidades, se concluye que el hecho de que todas las personas padecen necesidades sanitarias aporta razones suficientes para la universalidad de la cobertura sanitaria.
- La atención a los factores sociales que influyen en la salud puede provenir de las políticas orientadas al grupo afectado. De otro lado, un tratamiento igualitario de todas las necesidades sociales puede venir dado a través de una renta básica

universal dirigida a cubrir los costes asociados a las necesidades alimentarias y habitacionales. De nuevo se apuesta por una solución igualitaria con el establecimiento de prioridades en situación de escasez de recursos.

- Los determinantes sociales de la salud expresan de forma clara el principio de indivisibilidad e interdependencia entre los derechos. En definitiva, se trata de factores que constituyen el objeto de otros derechos sociales, tales como alimentación adecuada, vivienda o educación.
- La pobreza sufrida a nivel individual tiene influencias relevantes en la salud. Ahora bien, además, numerosos estudios indican que la desigualdad económica y social entre los sectores de una población asimismo constituyen un factor perjudicial para los indicadores de salud de las sociedades. Desde este punto de vista, el aumento de la renta per cápita mejora los indicadores de salud hasta un umbral (Curva de Preston), más allá de este, en los países ricos, la reducción de las desigualdades se demuestra más determinante. Ello señala la importancia de las políticas redistributivas.

VIII. La evolución de la asistencia sanitaria en España: el Sistema Nacional de Salud

- Antes de que se conformara el Sistema Nacional de Salud español, las prestaciones sanitarias estaban vinculadas a un sistema de aseguramiento y, posteriormente, a la afiliación y estructuras de la Seguridad Social. En consecuencia, la titularidad del derecho de acceder a las prestaciones se encontraba limitado, reconociéndose únicamente a los que participaban del ámbito contributivo-profesional y a sus familiares.
- El sistema sanitario español que se sitúa con posterioridad al periodo franquista, principalmente marcado por la aprobación de la Constitución española, la Ley

14/1986 General de Sanidad y tras sucesivas reformas, superó dos de las restricciones comunes que suelen imponerse para acceder a los servicios sanitarios, esto es, la participación en el ámbito contributivo-profesional de la Seguridad Social, y la exigencia de la residencia legal en el territorio español (LO 4/2000 y LCCSNS 16/2003). Ello parece más acorde con el reconocimiento del derecho a la salud en el artículo 43 de la Constitución, de forma separada al derecho a la seguridad social incluido en el artículo 41.

IX. El Real Decreto-ley 16/2012: problemas para la universalidad

- Con la aprobación del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, la situación cambia considerablemente. Se introduce la limitación a la universalidad que afecta a los inmigrantes en situación irregular. Es posible concluir que este es el colectivo más afectado, debido a las dificultades de tener un vínculo con la Seguridad Social, y al no reconocimiento de la posibilidad de ser atendidos cuando no se supere el límite de los cien mil euros anuales de ingresos. Solo se reconoce una asistencia mínima, respecto de la cual cabe denunciar la falta de seguridad jurídica al incorporar los conceptos de ‘urgencia’ y de ‘enfermedad grave’.
- El segundo gran problema en relación con la universalidad de la salud se produce con la introducción de las categorías de ‘asegurados’ y de ‘beneficiarios’. En este sentido, se vuelve a condicionar el acceso a los servicios sanitarios a la participación en las estructuras de la Seguridad Social, en la línea del modelo Bismarck, conservador o de éxito-rendimiento.
- De acuerdo con lo anterior, es posible considerar al sistema sanitario español actual como un sistema de rasgos mixtos, bismarckiano en lo que refiere a la titularidad, y beveridgeano en cuanto a la financiación.

- Asimismo, se dan rasgos del modelo de aseguramiento, dada la posibilidad de suscribir un convenio especial con el Sistema Nacional de Salud, regulado por el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio. Finalmente se identifica una de las características de los modelos residuales de bienestar, con la introducción del límite de ingresos por debajo del cual determinadas personas no aseguradas pueden beneficiarse de la asistencia sanitaria.
- En consecuencia, se producen limitaciones para otros colectivos, como los mayores de 26 años de edad residentes legalmente en España que no hayan cotizado nunca a la Seguridad Social y tengan más de cien mil euros anuales de ingresos. También resultan perjudicadas las personas desempleadas sin derecho a prestaciones por desempleo que se encuentren fuera del territorio español por un periodo superior a tres meses.
- Otro grupo especialmente afectado lo conforman las mujeres extranjeras que sufren violencia de género en España, que no tengan la residencia legal, pues se impide que se pongan en marcha todas las políticas de prevención, detección, asistencia y protección de las víctimas a través de los servicios de atención primaria. Asimismo, se excluye a las víctimas de trata que no se les haya concedido el período de restablecimiento y reflexión.
- En la actualidad, la situación es dispar según la Comunidad Autónoma de que se trate, estimándose que la mayoría de las Comunidades han aprobado algún tipo de medida paliativa de las consecuencias de la reforma sanitaria estatal. Sin embargo, no tienen la capacidad para revertir la profunda transformación que ha experimentado el Sistema Nacional de Salud.

X. La evaluación de la regresividad: fin legítimo y contenido esencial

- A la hora de evaluar la justificación de una norma regresiva, se hace pertinente analizar si la misma es legítima. De lo contrario no habría lugar a la posibilidad de justificación. La legitimidad de una norma radica en el respeto al contenido esencial de los derechos que puedan quedar afectados, así como en la legitimidad del fin.
- La legitimidad de la norma requiere, en primer lugar, que no persiga un fin prohibido por el ordenamiento jurídico. Entre los fines que se consideran válidos, de acuerdo con la jurisprudencia de organismos como el Comité DESC y con la interpretación doctrinal, destaca la mejora del cumplimiento de otros derechos fundamentales y la persecución de los fines reconocidos como válidos (por ejemplo, el orden público o el bienestar general). Así, se admiten motivaciones económicas siempre y cuando se acompañen de las anteriores consideraciones. Por lo que se refiere a la estabilidad presupuestaria, el artículo 135 de la Constitución lo reconoce como un fin legítimo para introducir regresiones en los derechos, siempre y cuando la sostenibilidad social no quede comprometida.
- Para que una norma tenga posibilidad de ser justificada, ha de respetar, además, el contenido esencial de los derechos posiblemente afectados. En relación con la titularidad universal de la asistencia sanitaria se concluye, a partir de las obligaciones mínimas según la Observación General n°. 14 del Comité DESC, que una norma que restringe la titularidad o el acceso afecta al contenido esencial del derecho cuando: a) no reconoce la titularidad, o se deniega expresamente el acceso a los servicios sanitarios; b) materialmente impide el acceso a los servicios, por ejemplo, cuando se trata de colectivos vulnerables. Los límites para el acceso a los servicios que no lo impiden, pero suponen obstáculos, no afectarían al contenido esencial, pero habrán de superar el juicio de proporcionalidad.

XI. La regresividad del Real Decreto-ley 16/2012

- Aplicando los parámetros definidos anteriormente a la regresividad del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, se concluye que la norma afecta al contenido esencial en cuanto a las restricciones a los inmigrantes en situación irregular, al ser un colectivo que difícilmente pueda sufragarse el coste de los convenios o de la medicina privada.
- En cuanto a las restricciones que la reforma sanitaria española impone para los residentes legales cuyos ingresos superen los cien mil euros anuales, se considera que ello supone obstáculos, pero no impide que las personas puedan acceder a la asistencia sanitaria de otro modo. En consecuencia, sin quedar afectado el contenido esencial del derecho a la salud, se ha de atender a la legitimidad del fin de la norma. Si la situación de déficit que se alega queda probada, el objetivo podría enmarcarse en el supuesto de estabilidad presupuestaria del artículo 135 de la Constitución. En ese caso, la medida regresiva habrá de superar el juicio de proporcionalidad para quedar justificada.

XII. Las garantías actuales del derecho a la salud: la justiciabilidad

- Si se atiende a las garantías actuales del derecho a la salud, es posible concluir que estas se dan en diferentes ámbitos. Destaca la reciente entrada en vigor del Protocolo Facultativo al PIDESC en el plano internacional, y, en los ámbitos regionales, destacan los sistemas europeo, africano y latinoamericano. Los mecanismos de protección se articulan de formas diversas, lo que se pone de manifiesto asimismo en el plano estatal de protección, con las diferencias entre el sistema español y el que se encuentra en otros países.
- Se defiende la intervención judicial en la protección del derecho a la salud, a través de una revisión constitucional de carácter fuerte o robusta, para aquellas

normas regresivas que, tras una evaluación de las mismas, se considere que afectan al contenido esencial del derecho. Ello puede llevar a una declaración de inconstitucionalidad. Si se concluye que una norma es regresiva pero no afecta al contenido esencial, la aplicación del juicio de proporcionalidad puede realizarse en el marco de formas de protección de carácter más débil. Si los jueces determinan que una norma regresiva no está justificada, se pueden poner en marcha, por ejemplo, mecanismos de diálogo inter-institucional, que combine la intervención judicial con la actuación legislativa.

XIII. Sobre la (in)constitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012: objeciones a la sentencia 139/2016, de 21 de julio, del Tribunal Constitucional

- Tras el estudio de los argumentos materiales y formales que se alegaron para solicitar la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012, se concluye que, frente a la sentencia 139/2016, de 21 de julio, del Tribunal Constitucional, el derecho a la salud podría haber quedado garantizado a través de formas de protección indirecta. En primer lugar, porque cabe relacionar este derecho con el valor de la dignidad humana y en consecuencia debe quedar reconocido a los extranjeros, siguiendo la teoría tripartita del Tribunal Constitucional. En segundo lugar, porque el legislador ha infringido los límites que le imponen los tratados internacionales de derechos humanos. A pesar de las contradicciones en que incurren muchos textos internacionales, estudiados en el capítulo 2, la prohibición de discriminación y la protección de grupos vulnerables son obligaciones mínimas que deberían cumplirse en todo caso.

- En relación con los motivos formales, el decreto-ley no puede afectar a los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución, según su artículo 86. Por ello, la utilización de esta figura legal para la aprobación de la reforma sanitaria ha infringido los límites constitucionales, pues el derecho a la salud, interpretado

a la luz de los tratados internacionales, queda restringido. Además, otros derechos quedan afectados, como el derecho a la vida y a la integridad física.

BIBLIOGRAFÍA

- ABIRO, G. A., DE ALLEGRI, M. (2015): 'Universal Health Coverage from Multiple Perspectives: a Synthesis of Conceptual Literature and Global Debates', *BMC International Health and Human Rights*, vol. 15, núm. 17.
- ABRAMOVICH, V., COURTIS, CH. (2004): *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid.
- ALDAO, M., CLÉRICO, L., DE FAZIO, F. (2015): 'La protección del derecho constitucional a la salud en Argentina', *Revista Gaceta Laboral*, vol. 21, núm. 3, 239-275.
- ALEMÁN, C., SORIANO, R. M. (2014): 'Servicios sociales e inmigración en tiempos de crisis económica', *Anuario de la Inmigración en España. Edición 2013: Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio*, 91-113.
- ALESINA, A. F., GLAESER, E. L. (2004): *Fighting Poverty in the U.S. and Europe. A World of Difference*, Oxford University Press, Nueva York.
- ALEXY, R. (2002): *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford.
- ÁLVAREZ, S. (2006): '¿Derechos fundamentales o derechos de la ciudadanía? Algunas notas sobre la noción de ciudadanía', en CAMPOY, I. (Ed.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson, Madrid, 195-204.
- ANDERSON, E. (1999): 'What is The Point of Equality?', *Ethics*, vol. 109, núm. 2, 287-337.
- ANSUÁTEGUI, F. J. (2010): 'Argumentos para una teoría de los derechos sociales', *Revista Derecho del Estado*, núm. 24, 45-64.
- (2013): 'La cuestión de la universalidad de los derechos: de las intuiciones a los problemas', en FERNÁNDEZ, E., DE ASÍS, R., ANSUÁTEGUI, F. J., y otros, *Historia de los derechos fundamentales, Tomo IV: Siglo XX, Vol. IV*, Dykinson, Madrid, 73-122.
- AÑÓN, M. J. (1994): *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (2001): *Igualdad, Diferencias y Desigualdades*, Editorial Fontamara, México.
- (2002): 'Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales', *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 6.
- (2003): 'Nueva ciudadanía y derechos sociales y políticos de los inmigrantes' *Gaceta Sindical. Reflexión y debate*, Madrid.
- (2004): 'Límites de la universalidad: los derechos sociales de los inmigrantes', en AÑÓN, M. J. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la*

- inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 9-26.
- (2010): ‘Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad’, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 15-41.
- (2013): ‘Derecho Antidiscriminatorio y determinación de la desventaja’, *Isonomía*, núm. 39, 127-157.
- (2014a): ‘Derechos humanos y obligaciones positivas’, en BERNUZ, M. J., CALVO, M., (Ed.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, 43-71.
- (2014b): ‘Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio’, en FERNÁNDEZ, E., DE ASÍS, R. ANSUÁTEGUI, F. J., y otros (Dir.), *Historia de los derechos fundamentales, Tomo IV, s. XX, Vol. V, Libro II*, Dykinson, Madrid.
- (2015a): ‘Derechos humanos y principio de efectividad: claves interpretativas’ en REVENGA, M., CUENCA, P. (Eds), *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 191-218.
- (2015b): ‘Discriminación racial: el racismo institucional desvelado’, en ARCOS, F. (Ed.) *La justicia y los derechos en un mundo globalizado*, Dykinson, Madrid, 133-166.
- (2016): ‘¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?’, *Derechos y Libertades*, núm. 34, Época II, 57-90.

AÑÓN, M. J., GARCÍA AÑÓN, J. (2004): *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 95-105.

APARICIO, M., PISARELLO, G. (2008): ‘Los derechos sociales y sus garantías: nociones básicas’ en BONET I PÉREZ, J., SÁNCHEZ, V., *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, Huygens, 140-161.

APRELL, C. (2013): ‘El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: los efectos del Real Decreto-ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones’, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 32, 2013.

ARENDRT, H. (1998): *La condición humana*, Paidós, Barcelona.

ARTS, W. A., GELISSEN, J. (2010): ‘Models of Welfare State’, CASTLES, F. G., LEIBFRIED, S., LEWIS, J., et. al., *The Oxford Handbook of The Welfare State*, Oxford University Press, Oxford, 569-585.

ASHFORD, D. E. (1989): *La aparición de los Estados de bienestar*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.

BACIGALUPE DE LA HERA, A., MARTÍN RONCERO, U. (2007): *Desigualdades sociales en la salud de la población de la Comunidad Autónoma del País Vasco*, Ararteko, Vitoria-Gasteiz.

BARRANCO, M^a C. (2014): ‘Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del

- sexismo y el edadismo’, en BARRANCO, M^a C., *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 17-44.
- (2015): ‘Las teorías de los Derechos Humanos en el siglo XXI’ en REVENGA, M., CUENCA, P. (Eds.), *El tiempo de los derechos: los derechos humanos en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 13-32.
- BATES, E. (2014): ‘History’ en MOECKLI, D., SHAH, S., SIVAKUMARAN, S. (Eds.), *International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2^a edición, 15-33.
- BAUBÖCK, R. (1994): ‘Changing the boundaries of citizenship. The inclusion of immigrants in democratic Polities’, *From Aliens to Citizens: Redefining the Status of Migrants in Europe*, Aldershot, Avebury Press.
- BAYÓN, J. C. (2004): ‘Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo’, en BETEGÓN, J., LAPORTA, F. J., DE PÁRAMO, J. R., y otros (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 67-138.
- BENACH, J., MUNTANER, C. (2005): *Aprender a mirar la salud. Cómo la desigualdad social daña nuestra salud*, El viejo Topo, Barcelona.
- BENACH, J., MUNTANER, C., TARAFÁ, G., y otros (2012): *La sanidad está en venta, y también nuestra salud*, Icaria, Barcelona.
- BERLINGER, G. (1999): ‘Globalization and global health’, *International Journal of Health Services*, vol. 29, núm. 3, 579-595.
- BEVERIDGE, W. (1942): *Social Insurance and Allied Services. Report by Sir William Beveridge*, HMSO, Londres.
- (1946): ‘Life, Liberty and the Pursuit of Happiness’, *The Review of Economics and Statistics*, vol. 28, núm. 2, 53-59.
- (1988): *Pleno empleo en una sociedad libre*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.
- BICKEL, A. (1962): *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven.
- BISWAS, D., TOEBES, B., HJEM, A., y otros (2012): ‘Access to health care for undocumented migrants from a human rights perspective: a comparative study of Denmark, Sweden, and the Netherlands’, *Health and Human Rights*, vol. 14, núm. 2.
- BLANK, R. H., BURAU, V. (2004): *Comparative Health Policy*, Palgrave Macmillan, Nueva York.

- BOBBIO, N. (1991): *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid.
- (1994): *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, Roma, Donzelli.
- BORRELL, C., BENACH, J. (2003): *Les desigualtats en la salut a Catalunya*, Barcelona: Editorial Mediterrania.
- (2005): *L'evolució de les desigualtats en la salut a Catalunya*, Editorial Mediterrania, Barcelona.
- BOSNIAK, L. (2000): 'Universal Citizenship and the Problem of Alienage', *Northern University Law Review*, vol. 94, núm. 3, 963-982.
- BRADY, D., FINNIGAN, R. (2013): 'Does Immigration Undermine Public Support for Social Policy?', *American Sociological Review*, vol. 79, núm. 1, 17-42.
- BUCHANAN, A. E. (1984): 'A Right to a decent Minimum of Health Care', *Philosophy and Public Affairs*, vol. 13-1, 55-78.
- BUSSE, R., BLUMEL, M. (2014): 'Germany: Health system review', *Health Systems in Transition*, vol. 16, núm. 2.
- CALLAHAN, D. (1973): 'The WHO definition of "health"', *The Hastings Center Studies*, vol. 1, núm. 1 (The concept of health), 77-87.
- CARENS, J. (2013): *The Ethics of Immigration*, Oxford University Press, Oxford.
- CENTECLA, M. (2003): 'El gasto en sanidad', en GONZÁLEZ TEMPRANO, A., *La consolidación del Estado del Bienestar en España*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, Madrid, 169-239.
- CLÉRICO, L. (2009): *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- (2010): '¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad', *Revista Jurídica*, Año 11, núm. 1, 93-117.
- (2015): 'Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación', *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 21, 73-99.
- CLÉRICO, L., RONCONI, L., SCIOSCIOLI, S., y otros (2013): 'El subsistema privado de salud en Argentina. Notas y preguntas sobre el "Marco regulatorio de la medicina prepaga"', en CLÉRICO, L., RONCONI, L., ALDAO, M. (Coord.), *Tratado de Derecho a la Salud. Tomo II*, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Buenos Aires, 1417-1495.
- COHEN, G. A. (1989): 'On the Currency of Egalitarian Justice', *Ethics*, vol. 99, núm. 4, 906-944.

- COMANDUCCI, P. (2009): ‘Constitucionalización y neoconstitucionalismo’, en COMANDUCCI, P., AHUMADA, M^a A., GONZÁLEZ LAGIER, D., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 85-122.
- (2016): ‘Estado constitucional de Derecho y democracia’, *I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino*, celebrado en Alicante los días 26-28 de mayo de 2016. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponencia%20Comanducci..pdf>
- CONTRERAS, F. J. (1994): *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid.
- COURTIS, CH. (2009a): ‘Las instituciones nacionales de derechos humanos y los derechos económicos, sociales y culturales. Apuntes sobre una relación clave’, *Cuadernos Electrónicos de Derechos Humanos y Democracia*, núm. 5, 30-51.
- (2009b): *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, Fontamara, México.
- COUTIN, S. B. (2000): ‘Illegality and the Space of Nonexistence’, *Legalizing Moves: Salvadoran Immigrants’ Struggle for U.S. Residency*, University of Michigan Press, 27-48.
- CRANSTON, M. (1967): ‘Human Rights, Real and Supposed’, in D. D. Raphael (ed), *Political Theory and the Rights of Man*, Macmillan, Londres.
- CRUZ PARCERO, J. A. (1999): *El concepto de derecho subjetivo*, Fontamara, México.
- CUADRA, C. (2011): ‘Right of access to health care for undocumented migrants in EU: a comparative study of national policies’, *European Journal of Public Health*, vol. 22, núm. 2., 267-271.
- CUBILLOS, L., ESCOBAR, M. L., PAVLOVIC, S., y otros (2012): ‘Universal health coverage and litigation in Latin America’, *Journal of Health Organization and Management*, vol. 26, núm. 3, 390-406.
- CUENCA, P. (2016): ‘Derechos humanos y discapacidad. De la renovación del discurso justificatorio al reconocimiento de nuevos derechos’, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 53-84.
- CYLUS, J., RICHARDSON, E., FINDLEY, L. y otros (2015): ‘United Kingdom: Health system review’, *Health Systems in Transition*, vol. 17, núm. 5.
- CHAPMAN, A. R. (2010): ‘The social determinants of health, health equity, and human rights’, *Health and Human Rights*, vol. 12, núm. 2.
- (2015): ‘Evaluating Universal Health Coverage as a Sustainable Development Goal’, *Health and Human Rights Journal (SDG Series)*.
- CHEE KHOON, C. (2015): ‘Universal Health Care? (Un)documented Migrants in

Southeast Asia', *Health and Human Rights Journal*, 'Perspectives' Section.

CHETAİL, V., GIACCA, G. (2009): 'Who Cares? The Right to Health of Migrants', en CLAPHAM, A., ROBINSON, M., *Realizing the Right to Health*, Ruffer & Rub, Zurich, 224-234.

CHEVREUL, K., BERG BRIGHAM, K., DURAND-ZALESKI, I., y otros (2015): 'France: health system review', *Health Systems in Transition*, vol. 17, núm. 3.

CHIDI ODINKALU, A. (2001): 'Analysis of Paralysis or Paralysis by Analysis? Implementing Economic, Social and Cultural Rights Under the African Charter on Human and Peoples' Rights', *Human Rights Quarterly*, vol. 23, núm. 2, 327-369.

DAHLGREN, G., WHITEHEAD, M. (1991): 'Policies and strategies to promote social equality in health', Institute for Future Studies, Estocolmo.

DALLI, M. (2014): 'La violencia de género y el acceso de las víctimas extranjeras en situación administrativa irregular a los servicios sanitarios: consecuencias del Real Decreto-ley 16/2012', *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 36, 39-54.

DANIELS, N. (2008): *Just Health: Meeting Health Needs Fairly*, Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York.

DANIELS, N., KENNEDY, B., KAWACHI, I. (2000): 'Justice is Good for Our Health', *Boston Review*.

DANIELS, N., SABIN, J. (1997): 'Limits to Health Care: Fair Procedures, Democratic Deliberation, and the Legitimacy Problem for Insurers', *Philosophy and Public Affairs*, vol. 26, núm. 4, 303-350.

DANKWA, E.V.O. (1987): 'Working Paper on Article 2(3) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights' *Human Rights Quarterly*.

DE ASÍS ROIG, R. (2006): 'Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos', en CAMPOY, I. (Ed.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson, Madrid, 35-58.

— (2010): 'Las situaciones de dependencia desde un enfoque de derechos humanos' en RAMIRO, M. A., CUENCA, P. (Eds.) *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, Dykinson, Madrid, 163-180.

— (2013): *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid.

DE CABO, C. (1994): 'Democracia y Derecho en la crisis del Estado social', *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 118-119, 63-77.

DE CURREA-LUGO, V. (2005): *La salud como derecho humano*, Universidad de Deusto,

Bilbao.

DE FEYTER, K., GÓMEZ ISA, F. (2005): *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*, Intersentia, Oxford.

DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (2004): 'Igualdad, derechos de los pacientes y cohesión del Sistema Nacional de Salud', en PAREJO, L., PALOMAR, A., VAQUER, M., (Coords.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 11-36.

DE LORA, P. (2004): 'El derecho a la protección de la salud', *Constitución y derechos fundamentales*, en BETEGÓN, J., LAPORTA, F. J., DE PÁRAMO, J. R., y otros (Coords.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 875-909.

DE LORA, P., ZÚÑIGA, A. (2009): *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia redistributiva*, Iustel, Madrid.

DE LUCAS, J. (1999): '¿Qué políticas de inmigración? (Reflexiones al hilo de la Ley de Extranjería en España)', *Tiempo de Paz*, núm. 55, 5-31.

— (2003): 'Inmigración y ciudadanía. Visibilidad, presencia, pertenencia', en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 37, 81-103.

— (2006a): 'Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos' en CAMPOY, I. (Ed.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson, Madrid, 59-128.

— (2006b): 'La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes', *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 13.

— (2006c): 'La ciudadanía para los inmigrantes: una condición de la Europa democrática y multicultural', *Eikasia. Revista de Filosofía*, núm. 4.

— (2006d): 'La integración de los inmigrantes: la integración política, condición del modelo de integración' en DE LUCAS, J., DÍEZ, L., *La integración de los inmigrantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 11-44.

— (2012): 'Democracia, derechos y políticas migratorias en tiempos de crisis', *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 12.

— (2013): 'Ciudadanía: concepto y contexto. Algunas observaciones desde *Principa Iuris* de L. Ferrajoli', *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIX, 101-124.

DE LUCAS, J., AÑÓN, M. J. (1990): 'Necesidades, razones, derechos', *Doxa*, núm. 7, 55-81.

— (2013): 'Sobre el proceso de globalización de la xenofobia y el racismo institucionales', *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 229, 41-56.

DE PIETRO, C., CAMENZIND, P., STURNY I., y otros (2015): 'Switzerland: Health system review', *Health Systems in Transition*, vol. 17, núm. 4.

- DE SWAAN, A. (1992): *A cargo del Estado*, Ediciones Pomares-Corredor, Barcelona.
- DEATON, A. (2004): ‘Health in an Age of Globalization’, *Brookings Trade Forum*, 83-130.
- (2007): ‘Global Patterns of Income and Health: Facts, Interpretations, and Policies’, *UNU World Institute for Development Economics Research (UNU-WIDER)*, Helsinki.
- DEL REY GUANTER, S. (1998): ‘El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional’, en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 6, 161-168.
- DELGADO DEL RINCÓN, L. E. (2014): ‘El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril’, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 163, Madrid, 189-231.
- DÍAZ, M., (2012): ‘El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales’, *Lex Social-Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1/2012, 5-30.
- DIXON, R. (2014): ‘Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles’, en GARGARELLA, R. (Ed.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo Veintiuno Editores, Argentina, 51-104.
- DOYAL, L., GOUGH, I. (1994): *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona.
- DUGUIT, L. (2006): *Las transformaciones del Derecho público*, Analecta editorial, Pamplona, 2006.
- DWORKIN, R. (1977): *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres.
- (1984): ‘Rights as Trumps’, en WALDRON, J. (Ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford.
- (2000): *Sovereign Virtue*, Harvard University Press, Cambridge, MA.
- ENGELHARDT, H. T. (1981): ‘The concepts of health and disease’, en CAPLAN, A. L., ENGELHARDT, H. T., MCCARTNEY, J. J. (Ed.), *Concepts of Health and Disease. Interdisciplinary perspectives*, Addison-Wesley Publishing Company, Massachusetts, 31-46.
- ESCOBAR, G. (2012): ‘El derecho a la protección a la salud’, en ESCOBAR, G. (Ed.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Navarra, 1073-1178.
- (2014): ‘El derecho a la salud’, en NOGUERA, A., GUAMÁN, A., *Lecciones sobre Estado social y derechos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 451-476.

- ESCOLAR, A., (2008): *Primer Informe sobre Desigualdades y Salud en Andalucía*. Asociación para la Defensa de la Sanidad Pública de Andalucía, Cádiz, 2008.
- ESPING-ANDERSEN, G. (1990): *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey.
- ESTEVE, J. E. (2011): ‘Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?’, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 27, 317-351.
- FABRE, C. (2000): *Social Rights under the Constitution*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M. (1984): *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Cuadernos Cívitas, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (1999): *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid.
- (2001): *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- (2011): *Principia Iuris: Teoría del Derecho y de la Democracia (Vol. 2: Teoría de la democracia)*, Trotta, Madrid.
- FERRAZ, O. L. M. (2009): ‘The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities?’ *Health and Human Rights*, vol. 11, núm. 2, 33-45.
- (2011): ‘Brazil: health inequalities, rights and courts’, en YAMIN, A. E., GLOPPEN, S. (Eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 76-102.
- FERRE, F., DE BELVIS, A. G., VALERIO, L., y otros (2014): ‘Italy: Health System Review’, *Health Systems in Transition*, vol. 16, núm. 4.
- FINEMAN, M. A. (2008): ‘The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition’, *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 20, núm. 1, 1-23.
- FLEGAR, V., DALLI, M., TOEBES, B. (2016): ‘Access to preventive health care for undocumented migrants: a comparative study of Germany, the Netherlands and Spain from a human rights perspective,’ *Laws*, vol. 5, núm 1.
- FLOOD, C., GROSS, A. (2014): ‘Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach?’, *Health and Human Rights*, vol. 16, núm. 2, 62-72.
- FRANKFURT, H. C. (1987): ‘Equality as a moral ideal’, *Ethics*, núm. 98, 21-43.
- FRASER, N. (1994): ‘From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a Post-

- Socialist Age', PHILLIPS, A. (Ed.), *Feminism and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 430-461.
- FREDMAN, S. (2006): 'Human Rights Transformed: Positive Duties and Positive Rights', *Legal Research Paper Series University of Oxford*, núm. 38/2006.
— (2008): *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford.
- FREEMAN, G. P. (1986): 'Migration and the Political Economy of the Welfare State', *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, núm. 485, 51-63.
- FREEMAN, R. (2000): *The Politics of Health in Europe*, Manchester University Press, Manchester.
- FREEMAN, R., ROTHGAND, H. (2010): 'Health', en CASTLES, F. G., LEIBFRIED, S., LEWIS, J., y otros, *The Oxford Handbook of The Welfare State*, Oxford University Press, Oxford, 367-377.
- GARCÍA CÍVICO, J. (2015): 'La desigualdad económica y la eficacia social de las normas constitucionales sobre igualdad', *Sistema*, núm. 237, 91-112.
- GARCÍA COTARELO, R. (1987): 'Origen y desarrollo del Estado del Bienestar', *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 80-81, 5-21.
- GARCÍA PASCUAL, C. (1997): *Legitimidad democrática y poder judicial*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia.
— (2015): *Norma Mundi. La lucha por el Derecho Internacional*, Editorial Trotta, Madrid.
- GARCÍA-ARMESTO, S., ABADÍA-TAIRA, M. B., DURÁN, A. (2010): 'Spain: Health system review' *Health systems in transition*, vol. 12, núm. 4.
- GARDBAUM, S. (2013): *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge.
- GARGARELLA, R. (2014): 'El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos' en GARGARELLA, R. (Ed.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo Veintiuno Editores, Argentina, 119-158.
- GARRIDO GÓMEZ, M^a I. (2008): 'La complementariedad entre la igualdad y la diferencia', *Frónesis*, vol. 15, núm. 2, 69-98.
— (2009): *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid.
- GASCÓN, M. (2003): 'Particularidades de la interpretación constitucional', GASCÓN, M., GARCÍA, A. J., *La argumentación en el Derecho*, Palestra Editores, Lima, 265-313.

- GEWIRTH, A. (1982): *Human Rights. Essays on Justifications and Applications*, University of Chicago Press, Chicago.
- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J. (2004): *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GONZÁLEZ TEMPRANO, A. (2003): ‘El Estado del bienestar en los años noventa’, en GONZÁLEZ TEMPRANO, A. (Coord.); *La consolidación del Estado del Bienestar en España*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, Madrid, 17-65.
- GONZÁLEZ, E. (2003): ‘El derecho a la salud’, en ABRAMOVICH, V., AÑÓN, M. J., COURTIS, C., *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Editorial Fontamara, México.
- GORSKY, M. (2008): ‘The British National Health Service 1948-2008: a Review of the Historiography’, *Social History of Medicine*, vol. 21, núm. 3, 437-460.
- GOSTIN, L. O. (2014): *Global Health Law*, Harvard University Press, Cambridge/Londres, 2014.
- GRAY, B. H., VAN HINNEKEN, E. (2012): *Health Care for Undocumented Migrants: European Approaches*, The Commonwealth Fund, pub. 1650, vol. 33.
- GROVER, A., MISRA, M., RANGARAJAN, L. (2014): ‘Right to Health: Addressing Inequities through Litigation in India’, FLOOD, C. M., GROSS, A., *The Right to Health at the Public/Private Divide. A Global Comparative Study*, Cambridge University Press, Cambridge, 423-450.
- GUASTINI, R. (2001): *Estudios de Teoría Constitucional*, Doctrina Jurídica Contemporánea, México.
- GUTMANN, A. (1981): ‘For and against Equal Access to Health Care’, *Milbank Memorial Fund Quarterly/Health and Society*, vol. 59, núm. 4, 542-560.
- HABERMAS, J. (1998): *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 619-644.
- HALES, S., HOWDEN-CHAPMAN, P., SALMOND, C., y otros (1999): *National infant mortality rates in relation to gross national product and distribution of income*, The Lancet, Vol. 354.
- HALLO DE WOLF, A. (2011): *Reconciling Privatization with Human Rights*, Intersentia, School of Human Rights Research Series, vol. 49.
- HALLO DE WOLF, A., TOEBES, B. (2016): ‘Assessing Private Sector Involvement in Health Care and Universal Health Coverage in Light of the Right to Health’, *Health and Human Rights Journal*, vol. 18, núm. 2, 79-92.

- HASSELGÅRD-ROWE, J., MPINGA, E. (2014): ‘Justiciability of the Right to Health in South Africa and Switzerland through the Lens of its Normative Components’, *International Human Rights Law Review*, núm. 3, 1-28.
- HAUSMAN, D. M. (2007): ‘What’s Wrong with Health Inequalities?’ *Journal of Political Philosophy*, vol. 15, núm. 1, 46-66.
- HECLO, H. (1982): ‘Toward a new Welfare State?’ en FLORA, P., HEIDENHEIMER, A. J. (ed.), *The development of Welfare States in Europe and America*, Transaction Books, New Jersey, 383-406.
- HEMMINGS, P. (2014): ‘How to Improve Israel’s Health-Care System’, *OECD Economics Department Working Paper*, núm. 1114.
- HIEBERT, J. L. (2004): ‘New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?’, *Texas Law Review*, núm. 7, 1963-1988.
- HIERRO, L. (1982): ‘¿Derechos Humanos o Necesidades Humanas? Problemas de un Concepto’, *Sistema*, núm. 46.
- (2009a): ‘Justicia Global y Justicia Legal. ¿Tenemos derecho a un mundo justo?’, *Doxa*, núm. 32, 341-374.
- (2009b): ‘Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy’, en ALEXY, R., *Derechos sociales y ponderación*, edición a cargo de GARCÍA MANRIQUE, R., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 163-222.
- (2016): *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid.
- HOHFELD, W. N. (1995): *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México.
- HOLMES, S., Y SUNSTEIN, C. R. (1999): *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, Norton&Co., Nueva York.
- HUNT, P., BACKMAN, G. (2009): ‘Health Systems and the Right to the Highest Attainable Standard of Health’, en CLAPHAM, A., ROBINSON, M., *Realizing the Right to Health*, Ruffer & Rub, Zurich, 40-59.
- KANT, I. (1946): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa-Calpe, Madrid.
- KAPLAN, G. A., PAMUK, E. R., LYNCH, J. W., COHEN, R. D., BALFOUR, J. L. (1996): *Inequality in income and mortality in the United States: analysis of mortality and potential pathways*, *BMJ*, Vol. 312.
- KEITH, L., VAN GINNEKEN, E. (2015): ‘Restricting Access to the NHS for undocumented migrants is bad policy at high cost’, *British Medical Journal*, 350.

- KHOSLA, R., HUNT, P. (2009): *Human Rights guidelines for pharmaceutical companies in relation to access to medicines: the sexual and reproductive health context*, Human Rights Centre, Universidad de Essex.
- KING, J. (2008): 'Institutional Approaches to Judicial Restraint', *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28, núm. 3, 409-441.
- (2015): 'Rights and the Rule of Law in Third Way Constitutionalism', *University of Minnesota Law School, Constitutional Commentary*, vol. 30, núm. 1, 101-126.
- KLATT, M., MEISTER, M. (2012): 'Proportionality – a benefit to human rights? Remarks on the I·CON controversy', *Oxford University Press and New York University School of Law, I·CON*, vol. 10, núm. 3, 687-708.
- KLEINMAN, M. (2002): *A European Welfare State?* Palgrave, Nueva York.
- KUKATHAS, C. (1992): 'Are There Any Cultural Rights?', *Political Theory*, vol. 20, núm. 1, 105-139.
- KYMLICKA, W. (1996): *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Buenos Aires, México, Paidós.
- (2012): *Multiculturalism: Success, Failure and the Future*, Migration Policy Institute, Washington D. C.
- LAPORTA, F. J. (1987): 'Sobre el concepto de derechos humanos', *Doxa*, núm. 4, 23-46.
- (2004): 'Los derechos sociales y su protección jurídica. Introducción al problema', *Constitución y derechos fundamentales*, BETEGÓN, J., LAPORTA, F. J., DE PÁRAMO, J. R., y otros (Coords.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 297-325.
- LE GRAND, J. (1989): 'Markets, Welfare and Equality' en LE GRAND, J., ESTRIN, S., *Market Socialism*, Clarendon Press, Oxford, 193-211.
- (1997): 'Knights, Knaves or Pawns?', *Journal of Social Policy*, Cambridge University Press, vol. 26, núm. 2, 149-159.
- LEMA TOMÉ, M. (2014): 'La reforma sanitaria en España: Especial referencia a la población inmigrante en situación administrativa irregular', *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 5, 95-115.
- LEMA, C. (2009): *Salud, justicia, derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Dykinson, Madrid.
- (2010a): en 'Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales', *Derechos y Libertades*, núm. 22, Época II, 179-203.
- (2010b): *Salud, justicia, derechos*, Dykinson, Madrid.
- (2012): *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud. Historia del derecho a la salud en el siglo XX*, Dykinson, Madrid.

- (2013): ‘El derecho a la salud en el siglo XX. Perspectivas de la ciudadanía de la salud’, en ANSUÁTEGUI, F. J., RODRÍGUEZ, J. M., PECES-BARBA, G., y otros (Dir.), *Historia de los derechos fundamentales, Vol. IV, Tomo VI, Siglo XX*, Dykinson, Madrid.
- (2014): ‘La erosión del derecho a la salud en el Reino de España: el ataque a la universalidad’, en BERNÚZ, M. J., CALVO, M., (Ed.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 221-258.
- LEWIS, J. (1997): ‘Gender and Welfare Regimes: Further Thoughts’, *Social Politics (Oxford University Press)*, vol. 4, núm. 2, 160-177.
- LOUGARRE, C. (2015): ‘What does the right to health mean? The interpretation of article 11 of the European Social Charter by the European Committee of Social Rights’, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 33, núm. 3, 326-354.
- (2016): ‘Using the Right to Health to Promote Universal Health Coverage: A Better Tool for Protecting Non-Nationals’ Access to Affordable Health Care?’, *Health and Human Rights Journal*, vol. 18, núm. 2, 35-47.
- LOZANO, C. (2014): ‘Art. 158.1 CE: Límites al recorte y copago de servicios fundamentales’, en MALVÁREZ, L. A., Y RAMÍREZ, S. (Ed.), *Fiscalidad en tiempos de crisis*, Thomson Reuters-Aranzadi, 171-197.
- LLANOS, C. (2013): ‘Seguridad social, empleo y propiedad privada en William Beveridge’, *Historia Crítica*, núm. 51, 236-246.
- MACNAUGHTON, G. (2009), ‘Untangling equality and non-discrimination to promote the right to health care for all’, *Health and Human Rights Journal*, vol. 11, núm. 2, 47-63.
- MARKS, S. P. (2013): ‘The emergence and scope of the human right to health’, en ZUNIGA, J. M., MARKS, S. P., GOSTIN, L. O. (Eds.), *Advancing the Human Right to Health*, Oxford.
- MARMOT, M., WILKINSON, R. G. (2006): *Social determinants of health*, Oxford University Press, 2ª edición, Nueva York.
- MARSHALL, T. H. (1950): *Citizenship and Social Class*, Cambridge University Press, Cambridge.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (2003): ‘Ciudadanía e inmigración’ en BERNÚZ, M. J., SUSÍN, R. (Eds.), *Ciudadanía: dinámicas de pertenencia y exclusión*, Universidad de la Rioja Servicio de Publicaciones, Logroño, 75-96.
- (2006): ‘El derecho a la salud: un derecho social esencial’, *Derechos y Libertades*, núm. 14, Época II, 129-150.
- MEIER, B. M., ONZIVU, W. (2013): ‘The evolution of human rights in World Health

- Organization policy and the future of human rights through global health governance’, *Public Health*, 128, 179-187.
- MENDIOLA, M. (2009): ‘La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en Naciones Unidas’, *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*, VALIÑO, V. (coord.), Barcelona, Observatori DESC, 23-32.
- MENÉNDEZ REXACH, Á. (2001): ‘Formas jurídicas de gestión de los servicios sanitarios’ en PAREJO, L., LOBO, F., Y VAQUER, M., (Coords.) *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 71-98.
- MERINO, V. (2012): ‘Tensiones entre el proceso de especificación de los derechos humanos y el principio de igualdad respecto a los derechos de las mujeres en el marco internacional’ *Derechos y Libertades*, núm. 27, Época II, 327-363.
- MESTRE I MESTRE, R. M. (2011): ‘La ciudadanía de las mujeres: el espacio de las necesidades a la luz del derecho antidiscriminatorio y la participación política’, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 147-166.
- (2016): ‘La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos’, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 113-132.
- MIKKOLA, M. (2011): ‘Right to Health as a Human Right in Europe’, en RYNNING, E., HARTLEV, M. (Eds.) *Nordic Health Law in a European Context. Welfare States Perspectives on Patients’ Rights and Biomedicine*, Martinus Nijhoff Publishers, 31-48.
- MIRAVET, P. (2000): ‘Trabajo y derechos sociales: por una desvinculación posible’, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 359-394.
- (2014): *Estado Social, Empleo y Derechos. Una revisión crítica*, Tirant lo Blanch y Publicacions Universitat de València, Valencia.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (2014a): ‘Teoría general de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 22 DUDH PIDESC y concordantes)’ en MONEREO ATIENZA, C., MONEREO PÉREZ, J. L., *El sistema universal de los derechos humanos*, Comares, Granada, 445-513.
- (2014b): ‘Derechos a la seguridad social y asistencia social’, en MONEREO ATIENZA, C., MONEREO PÉREZ, J. L. (Ed.), *El sistema universal de los derechos humanos*, Comares, Granada, 513-541.
- MONEREO, J. L. RODRÍGUEZ INIESTA, G. (2015): ‘La asistencia sanitaria y su reforma legislativa’ *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 4, 11-23.
- MORA, A. (2013): ‘El derecho a la salud de las personas inmigrantes y su nueva regulación en el Estado español’, en DE LUCAS, J., AÑÓN, M. J., *Integración y derechos. A la búsqueda de indicadores*, Icaria, 67-102.
- (2015): ‘La sanidad y los retrocesos en universalidad’, en TORRES, F., Y GADEA, E.,

- Crisis, inmigración y sociedad*, Talasa, Madrid, 129-148.
- MORALES, L. (2015a): 'Taking Facts Seriously: Judicial Intervention in Public Health Controversies', *Public Health Ethics*, vol. 8, núm. 2, 1-11.
- (2015b): *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid.
- MORENO, F. J. Y BRUQUETAS, M. (2011): 'Inmigración y Estado de Bienestar en España', *Colección de Estudios Sociales*, núm. 31, Obra Social 'la Caixa', Barcelona.
- (2012): 'Las políticas sociales y la integración de la población de origen inmigrante en España', *Anuario de la inmigración en España, edición 2011: La hora de la integración: la integración de la inmigración*, 159-186.
- MORENO, L., PÉREZ YRUELA, M. (1992): *Política social y Estado del bienestar*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid.
- MORONDO, D. (2016): '¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión', *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 205-221.
- MOUFFE, C. (1993): *The Return of the Political*, Verso, Londres/Nueva York.
- MUÑOZ MACHADO, S. (1998): *Servicio público y mercado. Volumen I: Fundamentos*, Civitas, Madrid.
- NAVARRO, V. (1998): 'El derecho a la protección de la salud', *Derechos y Libertades*, núm. 6, 137-160.
- NAVARRO, V., BENACH, J. (1996): 'Desigualdades sociales en salud en España. Informe de la Comisión Científica de estudios de las desigualdades sociales en salud en España', *Revista Española de Salud Pública*, vol. 70, núm. 5-6, 505-636.
- NINO, C. S. (1990): 'Autonomía y necesidades básicas', *Doxa.*, núm. 7, 21-34.
- NOGUERA, A. (2009): '¿Derechos fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente, derechos? El principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo', *Derechos y libertades*, núm. 21, Época II, 117-147.
- (2010): *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, Tirant, Valencia.
- NUSSBAUM, M. C. (2000): *Women and human development: The capabilities approach*, Cambridge University Press.
- (2011): *Creating capabilities*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge/London.
- OCHANDO, C. (1999): *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, Ariel, Barcelona.

- ODER, J. A. (2008): 'Litigating the Right to Health Before the African Commission on Human and Peoples' Rights: the Record So Far', *African Yearbook of International Law*, vol. 15, núm. 1, 129-142.
- OFFE, C. (1972): 'Advanced capitalism and the Welfare State', *Politics and Society*, 479-488.
- (1984): *Contradicciones en el Estado del bienestar*, Alianza Editorial, Madrid.
- OOMS, G., BROLAN, C., EGGERMONT, N., y otros (2013): 'Universal Health Coverage anchored in the right to health', *Bulletin World Health Organization*, 91(1):2-2A.
- OOMS, G., LATIF, L. A., WARIS, A., y otros (2014): 'Is universal health coverage the practical expression of the right to health care?', *BMC International Health and Human Rights*, vol.14, núm. 3.
- PAOLI, F. J. (2016): 'Estado nacional y gobernanza gobal: definiciones, conceptos y reflexiones', SERNA, J. M. (Ed.), *Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 255-267.
- PARAMIO, L. (1987): 'La crítica marxista del Estado de Bienestar', *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 80-81, 39-52.
- PARRA, O. (2006): 'El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad', en COURTIS, CH. (Ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 53-78.
- PECES-BARBA, G. (1994): 'La universalidad de los derechos humanos', *Doxa*, núm. 15-16, 613-633.
- (1998): 'Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto', *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 15-34.
- PELLING, H. (1984): *The Labour Governments. 1945-1951*, Macmillan, Londres.
- PEMÁN, J. (1989): *Derecho a la salud y administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- (2005): *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Editorial Comares, Granada.
- PERONI L., TIMMER, A. (2013): 'Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law', *Oxford University Press*, vol. 11, núm. 4, 1056-1085.
- PICO I LOPEZ, J. (1986): 'Teorías sobre el Welfare State', *Sistema: Revista de ciencias*

sociales, núm. 70, 1986, 41-62.

- PILLAY, A. (2008): 'Enforcing Social and Economic Constitutional Guarantees before the Courts: the South African and Indian Experiences', *African Yearbook of International Law*, vol. 15, núm. 1, 143-161.
- PISARELLO, G. (2004): 'Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva', en AÑÓN, M. J. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 37-86.
- (2006): 'Derechos sociales y principio de no regresividad en España', en COURTIS, CH. (Ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 307-328.
- (2007): *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid.
- (2009): 'Los derechos sociales y sus 'enemigos': elementos para una reconstrucción garantista', *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*, VALIÑO, V. (Coord.), Barcelona, Observatori DESC, 13-22.
- PLATTS, M. (2012): *Ser responsable. Exploraciones filosóficas*, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México.
- POLLOCK, A. (2004): *NHS Plc: The Privatisation of our Health Care*, Verso, Londres.
- PONCE, J. (2013): *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.
- PORRAS, A. J. (1994): 'La evolución del Estado social y sus perspectivas', *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 118-119, 231-245.
- PORTER, D. (2011): *Health Citizenship: Essays in Social Medicine and Biomedical Politics*, Berkeley, University of California Medical Humanities Press.
- POTKANSKI, M. (2015): 'Undocumented immigrants: health needs in Sweden and Austria', *SIAM Journal: Journal for Political Science and Practice*, International Edition Vol. 5, 68-75.
- PRESTON, S. H. (1975): 'The Changing Relation between Mortality and Level of Economic Development', *Population Studies*, vol. 29, núm. 2, 231-248.
- PRIETO, L. (2001): 'Neoconstitucionalismo y ponderación judicial', *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 5.
- PRIETO, L. (2004): 'Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial', en AÑÓN, M.J. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 111-170.

- PRINDAHL, C. G., LARSEN, T. G., SORENSEN, T. L., y otros (2016): ‘Social rights for Irregular Immigrants in the Universal Welfare State. The case of irregular immigrants’ access to healthcare in Denmark’, *Roskilde University Digital Archive*.
- PUYOL, A. (1999): ‘Ética, Derechos y racionamiento sanitario’, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22.
- RAWLS, J. (1995): *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, 2ª edición.
 — (1999): *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge/Londres.
 — (2002): *La justicia como equidad: una reformulación*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México.
 — (2004): *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona.
- RAZ, J. (1989): *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford.
- RIBOTTA, S. (2010a): ‘Cómo repartir recursos en términos de derechos sociales: ¿igualdad o prioridad?’ en RIBOTTA, S., ROSSETTI, A. (Ed.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Dykinson, 263-298.
 — (2010b): *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ROBLES, M. Y. (2016): ‘El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014)’, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 35, 199-246.
- RODRIGUEZ PANIAGUA, J. M. (1987): ‘Derecho constitucional y derechos humanos en la Revolución norteamericana y en la francesa’, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19, 53-73.
- ROSCAM ABBING, H. D. C. (1979): *International Organizations in Europe and the Right to Health Care*, Deventer, Kluwer.
- ROSEN, B., WAITZBERG, R., MERKUR, S. (2015): ‘Israel: health system review’, *Health Systems in Transition*, vol. 17, núm. 6.
- ROSEN, G. (1993): *A history of public health*, Johns Hopkins University Press, Nueva York.
- ROSENFELD, M. (1998): ‘Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional’, *Derechos y Libertades*, núm. 6, 411-444.
- ROSSI, J. (2006): ‘La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, en COURTIS, CH. (Ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del

- Puerto, Buenos Aires, 79-118.
- RUGER, J. P. (2010): *Health and social justice*, Oxford University Press.
- RUIZ MIGUEL, A. (1994): ‘La igualdad como diferenciación’, en *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Madrid, Escuela Libre, 283-296.
- (2002): *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid.
- SAGARRA, E. (2012): ‘¿Puede limitarse el derecho al acceso a la sanidad pública sin debate parlamentario previo?’, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 30, 207-222.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1980): *La participación del ciudadano en la Administración pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- SARTRE, J. P. (1976): *Critique of Dialectical Reason*, New Left Books, Londres.
- SASSEN, S. (2010): *Territorio, autoridad y derechos: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz, Buenos Aires/Madrid.
- SAUBA, X. (2006): ‘El derecho a la salud’, en TORRES, M., SEUBA, X., APARICIO, M., PISARELLO, G., VALIÑO, V. (Coords.), *Sur o no sur: los derechos sociales de las personas inmigradas*, Icaria, Barcelona, 111-134.
- SEMPERE, A. V., (2012): *Reforma de la Salud Pública y la Asistencia Sanitaria*, Aranzadi, Pamplona.
- SEN, A. (2004): ‘Elements of a Theory of Human Rights’, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 32, núm. 4, 315-356.
- SEPÚLVEDA, M. (2006): ‘La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión ‘progresivamente’, en COURTIS, CH. (Ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 117-152.
- SERRANO TRIANA, A. (1983): *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado del bienestar*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social.
- SEVILLA, F. (2006): *La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social*, Fundación Alternativas.
- SHUE, H. (1996): *Basic Rights*, Princeton University Press.
- SINDING, H., KJELLEVOLD, A., STEPHENS, P. (2014): ‘Undocumented’ migrants’ access to health care services in Europe, en SINDING, H., GLOPPEN, S., MAGNUSSEN, A., NILSSEN,

- E., (Ed.), *Juridification and social citizenship in the welfare state*, Edward Elgar Publishing, Inc., Reino Unido, 162-181.
- SOBRINO, I. (2014): ‘La reforma sanitaria de Obama: limitado avance en la protección del derecho a la salud’, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, 181-212.
- SOLANES, Á. (2014): ‘La salud como derecho en España: Reformas en un contexto de crisis económica’, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 31, 127-162.
- (2015): ‘Protección a la salud’ en REY, F., ABRISKETA, J., DE MONTALVO, F., *Los derechos humanos en España: un balance crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 341-375.
- SOLANES, Á., Y CARDONA, B. (2006): ‘La realidad local de la inmigración: el padrón municipal como fuente de integración’, en CAMPOY, I. (Ed.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson, Madrid, 291-317.
- SREENIVASAN, G. (2007): ‘Health Care and Equality of Opportunities’, *The Hastings Center Report*, vol. 37, núm. 2, 21-31.
- (2009): ‘Ethics and Epidemiology: residual health inequities’, *Public Health Ethics*, vol. 2, núm. 3, 244-249.
- SRINATH REDDY, K. (2015): ‘Indian’s Aspirations for Universal Health Coverage’, *The New England Journal of Medicine*, 373(1-5).
- STANDING, G. (2014): *Precariado. Una carta de derechos*, Capitán Swing, Madrid.
- SUMNER, L. W. (1987): *The moral foundation of rights*, Clarendon Press, Oxford.
- SUSÍN, R. (2000): *La regulación de la pobreza. El tratamiento jurídico-político de la pobreza: los ingresos mínimos de inserción*, Universidad de la Rioja, Logroño.
- (2003): ‘El tratamiento de los ciudadanos pobres. La aportación de los programas de ingresos mínimos de inserción’ en BERNÚZ, M. J., SUSÍN, R. (Eds.), *Ciudadanía: dinámicas de pertenencia y exclusión*, Universidad de la Rioja Servicio de Publicaciones, Logroño, 19-58.
- SUSTEIN, C. R. (2001): ‘Social and Economic Rights? Lessons from South Africa’, *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, núm. 124.
- TEBBLE, A. J. (2002): ‘What is the Politics of Difference?’, *Political Theory*, vol. 30, núm. 2, 259-281.
- THERBORN, G.; ROEBROEK, J. (1986): ‘The irreversible welfare state: its recent maturation, its encounter with the economic crisis, and its future prospects’,

International Journal of Health Services, vol. 6, núm. 3, 310-338.

TITMUS, R.: (1974): *Social Policy*, Allen&Unwin, Londres.

— (1976): *Essays on 'The Welfare State'*, George Allen & Unwin LTD, Londres.

TOBIN, J. (2012): *The right to health in International Law*, Oxford University Press, Oxford.

TOEBES, B. C. A. (1999): *The Right to Health as a Human Right in International Law*, Intersentia.

— (2015): 'Direct Corporate Human Rights Obligations under the Right to Health: From Mere "Respecting" Towards Protecting and Fulfilling', en J. LETNAR CERNIC, T. VAN HO (Eds.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Wolf Legal Publisher.

TOEBES, B., HARTLEV, M., HENDRIKS, A., y otros (2012): *Health and Human Rights in Europe*, Intersentia.

TOMÁS-VALIENTE, C. (2014): 'La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la interpretación jurídica: ¿un concepto útil?', *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, 167-208.

TOWNSEND, P., DAVIDSON, N. (1982): *Inequalities in health: The Black Report*, Penguin Books, Reino Unido.

TUSHNET, M. (2008): *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton.

— (2014): 'Revisión judicial dialógica', en GARGARELLA, R. (Ed.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo Veintiuno Editores, Argentina, 105-116.

UTRILLA, A. (2007): 'La financiación de la sanidad. Problemas y perspectivas', *Política sanitària i comunitats autònomes*, Col·lecció Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 91-122.

VALLESPÍN, F. (1995): 'Igualdad y diferencia', MATE, M. R. (Ed.), *Pensar la igualdad y la diferencia*, Fundación Argentaria, Madrid, 15-35.

VAQUER, M. (2012): 'Derechos sociales, crisis e igualdad', *Informe Comunidades Autónomas 2011*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 75-97.

— (2014): 'Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital. Algunas propuestas' en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 48, 34-39.

VÁZQUEZ, R. (2006): *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del derecho*, Editorial Trotta, Madrid.

— (2015): *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, Instituto de

Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, núm. 274, México.

VELASCO, J. C. (2006): 'La desnacionalización de la ciudadanía. Inmigración y universalidad de los derechos humanos' en CAMPOY, I. (Ed.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson, Madrid, 319-339.

VENKATAPURAM, S. (2011): *Health justice: An argument from the capabilities approach*, Polity Press.

VENTURA, M. (2004): 'Jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales y culturales', *Revista IIDH*, vol. 40.

VIDA FERNÁNDEZ, J. (2004): 'Las prestaciones sanitarias del SNS: Catálogo de prestaciones y cartera de servicios' en PAREJO, L., PALOMAR, A., VAQUER, M., (Coords.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 37-110.

VIDIELLA, G. (2000), *El derecho a la salud*, Eudeba, Buenos Aires.

WALDRON, J. (1988): 'Citizenship, social citizenship and social provision', *British Journal of Political Science*, vol. 18, núm. 4, 415-443.

— (1999): *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999.

— (2000): 'The role of Rights in Practical Reasoning: 'Rights' versus 'Needs'', *The Journal of Ethics*, 4(1/2), 115-135.

— (2006): 'The Core of the Case Against Judicial Review', *The Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 6, 1346-1406.

WALZER, M. (1983): *Spheres of Justice: a defense of pluralism and equality*, Basic Books, Nueva York.

WALLACE, S. P., TORRES, J. M., NOBARI, T. Z., y otros (2013): 'Undocumented and Uninsured: Barriers to Affordable Care for Immigrant Populations', *The Commonwealth Fund, UCLA Center for Health Policy Research*.

WEISSBRODT, D. Y KRUGER, M. (2005): 'Human Rights Responsibilities of Businesses as None-State Actors', en ALSTON, P. (Ed.), *Non-state Actors and Human Rights*, Oxford University Press, Nueva York.

WESTER, G. (2015): 'The Social Gradient in Health: Missed Opportunities or Unjust Inequalities?', *The American Journal of Bioethics*, vol. 15, núm. 3, 60-62.

WHITEHEAD, M. (1987): 'The health divide: Inequalities in Health in the 1980's', *The Health Education Council*, Londres.

— (1991): 'The concepts and principles of equity and health', *World Health Organization, Regional Office for Europe, EUR/ICP/RPD 414*, Copenhagen.

Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://publicaciones.ops.org.ar/publicaciones/piezas%20comunicacionales/cursoDDS/cursoeng/Textos%20Completos/the%20concepts%20and%20principles%20of%20equity%20and%20health.pdf>

WILKINSON, R. G. (1996): *Unhealthy societies. The afflictions of inequality*, Roudledge, Londres.

WILSON, J. (2009): 'Justice and the Social Determinants of Health: an overview', *Public Health Ethics*, vol. 2, núm. 3, 210-213.

— (2011): 'Health Inequities', en DAWSON, A. (Ed.), *Public Health Ethics: Key Concepts in Policy and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 211-230.

— (2014): 'Global Health Inequalities and Inequities', en JENNINGS, B. (Ed.), *Encyclopedia of Bioethics* (cuarta edición), Macmillan USA, 1347-1353.

WOLFF, J. (2007): 'Equality, the recent history of an idea', *Journal of Moral Philosophy*, vol. 4, núm. 1, 125-136.

— (2012): *The human right to health*, W. W. Norton, Nueva York/Londres.

— (2015): 'The Content of the Human Right to Health', CRUFT, R., LIAO, S. M., RENZO, M. (Ed.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 491-501.

YOUNG, I. M. (1989): 'Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship', *Ethics*, núm. 99, 250-274.

— (1990): *Justice and Politics of Difference*, Princeton University Press (la edición consultada es la de 2011).

— (2001): 'Equality of Whom? Social Groups and Judgments of Injustice', *The Journal of Political Philosophy*, vol. 9, núm. 1, 1-18.

— (2011): *Responsabilidad por la justicia*, Ediciones Morata, Madrid.

ZAPATERO GÓMEZ, V. (1987): 'Tres visiones sobre el Estado del bienestar', *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 80-81, 23-37.

ZIMMERLING, R. (1990): 'Necesidades básicas y relativismo moral', *Doxa*, núm. 7, 35-54.

ZOLO, D. (1994): 'La strategia della cittadinanza', ZOLO, D., (Ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Bari, Laterza, 3-46.

ZORNOZA PÉREZ, J. (2004): 'La financiación del Sistema Nacional de Salud' en PAREJO, L., PALOMAR, A., VAQUER, M., (Coords.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 253-284.

Otras fuentes consultadas

- ‘Access to Health Care is a Basic Human Right Joint Civil Society Statement on Access to Health Care Services for Undocumented Migrants in Spain’, Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://cms.horus.be/files/99935/MediaArchive/policy/Statement%20Spain%20access%20to%20health%20care%20UDM.pdf>
- ‘Constitución de la República de Sudáfrica’, 1996.
- ‘Constitución de la República Española’, 1931.
- ‘Constitución española’, 1978.
- ‘Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi’, *Boletín Oficial del País Vasco*, 29 de junio de 2012, núm. 127.
- ‘Decreto 178/1991, de 30 de julio, de universalización de la asistencia sanitaria pública’, *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, 28 de agosto de 1991, núm. 1486.
- ‘Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social’, *Boletín Oficial del Estado*, 20 de julio de 1974, núm. 173.
- ‘Decreto 26/1988, de 16 de febrero, por el que se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Vasco de Salud/Osakidetza, en la Comunidad Autónoma del País Vasco a quienes carezcan de los suficientes recursos económicos y no estén protegidos por el sistema Seguridad Social’, *Boletín Oficial del País Vasco*, 24 de febrero de 1988, núm. 37.
- ‘Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social’, *Boletín Oficial del Estado*, 28 de noviembre de 1967, núm. 284.
- ‘Decreto 55/1990, de 5 de marzo, de regulación de la extensión de la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes’, *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, 23 de marzo de 1990, núm. 1271.
- ‘Decreto 66/1990, de 27 de febrero, por el que se reconoce la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Andaluz de Salud, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, a las personas sin recursos económicos suficientes, no protegidas por el sistema de la Seguridad Social’, *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, 16 de marzo de 1990, núm. 23.
- ‘Decreto 88/1989, de 12 de junio, del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se extiende el derecho a la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Valenciano de Salud a determinadas personas que carezcan de suficientes recursos económicos’, *Diari Oficial de la Comunitat Valenciana*, 23 de junio de 1989, núm. 1092.
- ‘Decreto Ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana’, *Diari Oficial de la Comunitat Valenciana*, 29 de julio de 2015, núm. 7581.
- ‘Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros’, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 158/77, 29 de abril de 2004.
- ‘Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht’, 1997.
- ‘Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias’, *Boletín Oficial del Principado de Asturias*, 13 de julio de 1992, núm. 162.
- ‘Ley 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario’, *Boletín Oficial de Castilla y León*, 27 de abril de 1993, núm. 77.
- ‘Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias’, *Boletín Oficial de Canarias*, 5 de agosto de 1994, núm. 96.
- ‘Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud’, *Boletín Oficial del Estado*, 26 de abril de 1997.
- ‘Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud’, *Boletín Oficial*

- del Estado*, 29 de mayo de 2003, núm. 128.
- ‘Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía’, *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre, núm. 313.
- ‘Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014’, *Boletín Oficial del Estado*, 26 de diciembre de 2014, núm. 309.
- ‘Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social’, *Boletín Oficial del Estado*, 16 de julio de 1997, núm. 169.
- ‘Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública’, *Boletín Oficial del Estado*, 5 de octubre de 2011, núm. 240.
- ‘Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia’, *Boletín Oficial de la Región de Murcia*, 4 de agosto de 1994, núm. 176.
- ‘Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999’, *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 1998, núm. 313.
- ‘Ley de 14 de diciembre de 1942 por la que se implanta el seguro obligatorio de enfermedad’, *Boletín Oficial del Estado*, 27 de diciembre de 1942.
- ‘Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud de Navarra’, *Boletín Oficial de Navarra*, 3 de diciembre de 1990, núm. 146.
- ‘Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra’, *Boletín Oficial de Navarra*, 4 de marzo de 2013, núm. 43.
- ‘Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad’, *Boletín Oficial del Estado*, 29 de abril de 1986, núm. 102.
- ‘Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social’, *Boletín Oficial del Estado*, 12 de enero de 2000, núm. 10.
- ‘Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas’, *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 2001, núm. 313.
- ‘Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas’, *Boletín Oficial del Estado*, 1 de octubre de 1980, núm. 236.
- ‘Ley Orgánica, 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional’, *Boletín Oficial del Estado*, 5 de octubre de 1979, núm. 239.
- ‘Ley Orgánica, 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña’, *Boletín Oficial del Estado*, 20 de julio de 2006, núm. 172.
- ‘Ley Orgánica, 7/2001, de 27 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas’, *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 2001, núm. 313.
- ‘Orden de 09/02/2016, de la Consejería de Sanidad, de acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha’, *Diario Oficial de Castilla la Mancha*, 23 de febrero de 2016, núm. 36.
- ‘Patient Protection and Affordable Care Act’, 111º Congreso, 2ª sesión.
- ‘Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, Maastricht, 1986.
- ‘Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización’, *Boletín Oficial del Estado*, 16 de septiembre de 2006, núm. 222.
- ‘Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes’, *Boletín Oficial del Estado*, 9 de septiembre de 1989, núm. 216.
- ‘Real Decreto 1192/2012 de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud’, *Boletín Oficial del Estado*, 4 de agosto de 2012, núm. 186.
- ‘Real Decreto 1517/1981, de 8 de julio, sobre traspaso de servicios de la Seguridad Social a la Generalidad de Cataluña en materia de Seguridad Social (INSALUD e INSERSO)’, *Boletín Oficial del Estado*, 25 de septiembre de 1981, núm. 230.

- ‘Real Decreto 1612/1987, de 27 de noviembre, sobre traspaso a la Comunidad Valenciana de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud’, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de diciembre de 1987, núm. 312.
- ‘Real Decreto 1679/1990, de 28 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Galicia de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud’, *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 1990, núm. 313.
- ‘Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo’, *Boletín Oficial del Estado*, 28 de febrero de 2007, núm. 51.
- ‘Real Decreto 400/1984, de 22 de febrero, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud’, *Boletín Oficial del Estado*, 29 de febrero de 1984, núm. 51.
- ‘Real Decreto 446/1994, de 11 de marzo, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Canarias de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud’, *Boletín Oficial del Estado*, 9 de abril de 1994, núm. 85.
- ‘Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud’, *Boletín Oficial del Estado*, de 27 de julio de 2013, núm. 179.
- ‘Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud’, *Boletín Oficial del Estado*, 10 de febrero de 1995, núm. 35.
- ‘Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo’, *Boletín Oficial del Estado*, 3 de agosto de 2002, núm. 185.
- ‘Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social’, *Boletín Oficial del Estado*, 24 de junio de 1994, núm. 154.
- ‘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’, *Boletín Oficial del Estado*, 24 de abril de 2012, núm. 98.
- ‘Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo’, *Boletín Oficial del Estado*, 18 de noviembre de 1978, núm. 276.
- United Nations Global Compact (Pacto Mundial de las Naciones Unidas), publicado por la Oficina del Pacto Mundial de las Naciones Unidas, febrero de 2011, Nueva York.
- Amnistía Internacional, *El laberinto de la exclusión sanitaria: vulneraciones del derecho a la salud en las Islas Baleares*, 2013. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/sanidad%20españa?CMD=VEROBJ&MLKOB=32500201246>
- Banco Mundial, ‘World Development report 1993. Investing in health’, *Oxford University Press*, Oxford, 1993, 39-40. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://files.dcp2.org/pdf/WorldDevelopmentReport1993.pdf>
- Comisión de Derechos Humanos (Naciones Unidas), ‘Resolución 2002/31 por la que se establece el mandato del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental’, 2000. Puede consultarse un listado de los mandatos temáticos en este enlace (consultado en febrero de 2017): <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/themes.htm>.
- Comisión de Derechos Humanos (Naciones Unidas), *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Informe del Relator Especial, Sr. Paul Hunt. Misión en la Organización Mundial del Comercio*, E/CN.4/2004/49/Add.1, 1 de marzo de 2004.
- Comisión de Derechos Humanos (Naciones Unidas), *La liberalización del comercio de servicios y los derechos humanos*, Informe de la Alta Comisionada, E/CN.4/Sub.2/2002/9, 25 de junio de 2002.
- Comisión para Reducir las Desigualdades Sociales de Salud en España, *Avanzando hacia la equidad. Propuesta de políticas e intervenciones para reducir las desigualdades sociales en salud en España*, mayo de 2010. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.mspsi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/promocion/desigualdadSalud/docs/Propuesta_Politicar_Reducir_Desigualdades.pdf

Comité DESC, ‘Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Quintos informes periódicos presentados de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. España’, E/C.12/ESP/5, 31 de enero de 2011.

Comité DESC, ‘Declaración sobre las obligaciones de los Estados partes en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales’, E/C.12/2011/1, 12 de julio de 2011.

Comité DESC, ‘Observación General n.º. 3: la índole de las obligaciones de los Estados parte’, E/1991/23, 1990.

Comité DESC, ‘Observación General n.º. 14, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud’, E/C.12/2000/4, 2000.

Comité DESC, ‘Observación General n.º. 19: el derecho a la seguridad social’, E/C.12/GC/19, 2008.

Comité DESC, ‘Observación General n.º. 20: la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales’, E/C.12/GC/20, 2009.

Comité DESC, ‘Observaciones Finales a Colombia’, E/2002/22.

Comité DESC, ‘Observaciones Finales a Nigeria’, E/1999/22’.

Comité DESC, ‘Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: España’, E/C.12/ESP/CO/5, 6 de junio de 2012.

Comité DESC, ‘Recomendaciones a Brasil’, E/C.12/BRA/CO/2.

Comité DESC, ‘Recomendaciones a la República de Corea’, CRC/C/15/Add197.

Comité Europeo de Derechos Sociales, ‘Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints’, núm. 158, Estrasburgo, 1995.

Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *Alyne da Silva Pimentel v Brasil*, CEDAW/C/49/D/17/2008, 49ª sesión, 10 de agosto de 2011.

Consejo de Derechos Humanos (Naciones Unidas), ‘Efectos de las crisis económicas y financieras mundiales en la realización universal y el goce efectivo de los derechos humanos’, Resolución S-10/1 de la 10ª sesión especial, 20 de febrero de 2009.

Consejo de Europa, ‘Convenio Europeo de Derechos Humanos’, 1950.

Consejo de Europa, ‘Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina’, 1997.

Consejo de Europa, ‘Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que prevé un sistema de reclamaciones colectivas’, 22 de junio de 1995.

Consejo de Europa, *Informe por Nils Muižnieks, Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, tras su visita a España, del 3 al 7 de junio de 2013*, CommDH(2013)18, 9 de octubre de 2013. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2356738&SecMode=1&DocId=2056532&Usage=2>

Consejo de Europa, ‘Carta Social Europea (revisada)’, Estrasburgo, 1996.

Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, ‘Acuerdo 1/1996, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas para el quinquenio 1997-2001’, 1996.

Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, ‘Resolución de 26 de octubre 1998, de la Dirección General de Coordinación con las Haciendas territoriales, por la que se ordena la publicación del Acuerdo 1/1997, de 27 de noviembre, por el que se aprueba el Sistema de Financiación de los Servicios de Sanidad en el periodo 1998-2001’, 1998.

Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, ‘Acuerdo 2/2001, de 27 de julio, por el que se aprueba el Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común’, *Boletín Oficial del Estado*, 31 de diciembre de 2001 (Acuerdo publicado en el BOE como Título I de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre).

Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (Organización Médica Colegial), ‘Declaración sobre atención sanitaria a inmigrantes en situación irregular’, septiembre de 2012.

Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, ‘Código de Deontología Médica’, julio de 2011.

Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, *Dictamen 6/2012, de 1 de junio, sobre el Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones*, 2012. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://www.parlament.cat/document/actualitat/148972.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, ‘La expresión *Leyes* en el Artículo 30 de la Convención

- Americana Sobre Derechos Humanos', Opinión Consultiva 6 (OC-6/86), 9 de mayo de 1986.
- Cortes Generales, 'Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente', año 2012, X Legislatura, Núm. 31, Sesión plenaria núm. 30 celebrada el 17 de mayo de 2012. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&QUERY=%28CDP201205170031.CODI.%29#\(Página56\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&QUERY=%28CDP201205170031.CODI.%29#(Página56))
- Cortes Generales, 'Informe de la Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud', *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, 1991, núm. 306. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.congreso.es/public_oficiales/L4/CONG/DS/CO/CO_306.PDF
- Defensor del Pueblo, 'Resolución de 20 de julio de 2012, de la Defensora del Pueblo (e.f.) con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones', 20 de julio de 2012.
- Dependencia Común de Inspección de las Naciones Unidas, 'United Nations corporate partnerships. The role and functioning of the Global Compact', JIU/REP/2010/9, Ginebra, 2010.
- Equal Rights Trust, *Economic and social rights in the courtroom. A litigator's guide to using equality and non discrimination strategies to advance economic and social rights*, Londres, diciembre 2014. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/ESR_Guide.pdf
- Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, *El nuevo marco legal y la salud de los inmigrantes*, 2012. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://www.foroinmigracion.es/es/MANDATO-FORO-2010-2013/DocumentosAprobados/Informes/Doc. Nx 8 Informe monografico NUEVO MARCO LEGAL Y SALUD INMIGRANTES.pdf>
- FRA (European Union Agency for Fundamental Rights), *Migrants in an irregular situation: Access to healthcare in 10 European Union Member States*, Luxemburgo, 2011. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/migrants-irregular-situation-access-healthcare-10-european-union-member-states>
- FRA, *Inequalities and multiple discrimination in access to and quality of healthcare*, Luxemburgo, 2013. 47-62, disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://fra.europa.eu/sites/default/files/inequalities-discrimination-healthcare_en.pdf
- Informe Conjunto al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, con motivo del examen del 5º Informe Periódico de España, 48º período de sesiones, mayo 2012. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/ngos/JointSubmission19NGOs_Spain_CESCR48_sp.pdf
- Liga de Estados Árabes, 'Carta Árabe de Derechos Humanos', 2004.
- Médicos del Mundo, *Dos años de reforma sanitaria: más vidas humanas en riesgo*, abril 2014. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.medicosdelmundo.org/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Impacto-Reforma-Sanitaria-Medicos-del-Mundo_3ec0bdf9%232E%23pdf
- Migrants' Rights Network, Doctors of the World, Pierce Glynn, *Access to Primary Health Care for migrants is a right worth defending*, 2011. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://www.migrantsrights.org.uk/files/Access-to-Health-Care.pdf>
- Ministerio de Trabajo e Inmigración, 'Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014)'. Naciones Unidas, 'Carta de las Naciones Unidas', San Francisco, 1945.
- Naciones Unidas, 'Constitución de la Organización Mundial de la Salud', Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 1946.
- Naciones Unidas, 'Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965', resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.
- Naciones Unidas, 'Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990', resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.
- Naciones Unidas, 'Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres de 1979', resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

Naciones Unidas, ‘Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006’, resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006.

Naciones Unidas, ‘Convención sobre los Derechos del Niño de 1989’, resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Naciones Unidas, ‘Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social’, 1969.

Naciones Unidas, ‘Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País donde viven’, resolución 40/144, 13 de diciembre de 1985. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/HumanRightsOfIndividuals.aspx>

Naciones Unidas, ‘Declaración Universal de Derechos Humanos’, París, 1948.

Naciones Unidas, ‘Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, 1966.

Naciones Unidas, ‘Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, Resolución A/RES/63/117, 10 de diciembre de 2008.

Naciones Unidas, ‘Resolución aprobada por la Asamblea General el 15 de marzo de 2006’, A/Res/60/251, 3 de abril de 2006.

Naciones Unidas, ‘Salud mundial y política exterior’, 67º periodo de sesiones, A/67/L.36, 6 de diciembre de 2012, aprobada el 12 de diciembre de 2012.

Naciones Unidas, ‘Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible’, A/70/L.1, 18 de septiembre de 2015.

Naciones Unidas, Conferencia Internacional de Derechos Humanos, ‘Proclamación de Teherán’, A/CONF./32/4, Teherán, 13 de mayo de 1968.

Naciones Unidas, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, ‘Declaración y programa de acción de Viena’, A/CONF.157/23, Viena, 25 de junio de 1993.

Naciones Unidas, *Human Rights and Poverty Reduction. A Conceptual Framework*, HR/PUB/04/1, Nueva York/Ginebra, 2004.

Naciones Unidas, *Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises*, A/HRC/RES/17/4, Consejo de Derechos Humanos en su 17º periodo de sesiones, 2011.

Naciones Unidas, *Indicadores de Derechos Humanos. Guía para la medición y aplicación*, HR/PUB/12/5, 2012. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Human_rights_indicators_sp.pdf

Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia, Sr. Mutuma Ruteere*, A/HRC/23/56/Add.2, 6 de junio de 2013. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A-HRC-23-56-Add-2_en.pdf

Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial por el Derecho a la Salud para la Asamblea General. Informe sobre el acceso a los medicamentos en relación con los derechos de propiedad intelectual y los acuerdos de libre comercio*, A/HRC/11/12, 31 de marzo de 2009, disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.12_en.pdf

Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial por el Derecho a la Salud para la Asamblea General*, A/63/263, 11 de agosto de 2008.

Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial por el Derecho a la Salud para la Asamblea General*, A/61/338, 2006.

Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial por el Derecho a la Salud para la Asamblea General*, A/HRC/17/43, 16 de marzo de 2011.

Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial por el Derecho a la Salud para la Asamblea General sobre el acceso a los medicamentos*, A/HRC/23/42, 1 de mayo de 2013, disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A-HRC-23-42_en.pdf

Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, A/HRC/7/11, 31 de enero de 2008. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017):

- www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/7session/A.HRC.7.11_sp.doc
- Naciones Unidas, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar'*, A/HRC/17/31, Consejo de Derechos Humanos en su 17º período de sesiones, 2011. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): www2.ohchr.org/SPdocs/Business/A-HRC-17-31_sp.doc
- Naciones Unidas, *Prevención de la discriminación. Los derechos de los no ciudadanos*, Informe final del Relator Especial, Sr. David Weissbrodt, E/CN.4/Sub.2/2003/23, 26 mayo de 2003. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2290.pdf?view=1>
- Naciones Unidas, *Report of the Independent Expert on the question of human rights and extreme poverty*, A/HRC/17/34, 17ª Sesión del Consejo de Derechos Humanos, 17 de marzo de 2011.
- ODUSALUD (Observatorio del Derecho a la Salud de la Comunidad Valenciana), *Undécimo Informe*, septiembre 2015. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <https://drive.google.com/file/d/0B6xOMLiL6YCzUGIKdW1WcTRxQTg/view?pref=2&pli=1>
- OECD, *OECD Reviews of Health Systems: Mexico*, OECD Publishings, Paris, 2016. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://www.oecd.org/publications/oecd-reviews-of-health-systems-mexico-2016-9789264230491-en.htm>
- OIT, 'Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad', núm. 130, 1969.
- OIT, 'Recomendación sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad', núm. 134, 1969.
- OMS Europa, *The European Health Report 2009: health and health systems*, Dinamarca, 2009. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0009/82386/E93103.pdf
- OMS, 'Declaración de Alma Ata. Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud', Alma Ata, 6 a 12 de septiembre de 1978.
- OMS, 'Estrategia Mundial de Salud para Todos en el Año 2000', Ginebra, 1981.
- OMS, 58ª Asamblea Mundial de la Salud, 'Resolución 58.33: Financiación sostenible de la salud, cobertura universal y seguro social de enfermedad', Ginebra, 16-25 mayo, 2005.
- OMS, *El lugar de la salud en la agenda para el desarrollo después de 2015*, octubre de 2012. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.who.int/topics/millennium_development_goals/post2015/WHODiscussionpaper_October2012_es.pdf?ua=1
- OMS, *Informe sobre la salud en el mundo 2000: mejorar el desempeño de los sistemas de salud*, 53ª Asamblea Mundial de la Salud, A53/4, 2000. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/84394/1/sa4.pdf>
- OMS, *Informe sobre la salud en el mundo 2010: Financiación de los sistemas de salud: el camino hacia la cobertura universal*, 2010. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44373/1/9789243564029_spa.pdf
- OMS, *Reducir las inequidades sanitarias actuando sobre los determinantes sociales de la salud*, 62ª Asamblea Mundial de la Salud, WHA62.14, 22 de mayo de 2009. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/A62/A62_R14-sp.pdf?ua=1
- OMS, *Subsanar las desigualdades en una generación: alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud*, 2008. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/69830/1/WHO_IER_CSDH_08.1_spa.pdf
- OMS, *The First Ten Years of the World Health Organization*, Ginebra, 1958.
- OMS, *World Health Report 2013: Research for Universal Health Coverage*, Nueva York, 2013. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): <http://www.who.int/whr/2013/report/en/>
- Organización de los Estados Americanos (OAS), 'Convención Americana sobre Derechos Humanos', Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José (Costa Rica), noviembre de 1969.
- Organización de los Estados Americanos (OAS), 'Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948', Novena Conferencia Internacional Americana, 1948.
- Organización de los Estados Americanos (OAS), 'Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre

- Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988', 18º período ordinario de sesiones, 17 de noviembre de 1988.
- Organización Internacional del Trabajo, 'Convenio N° 102 sobre la seguridad social (normas mínimas)', 1952.
- Organización para la Unidad Africana (OUA), 'Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981', XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, Nairobi, Kenya, 1981.
- Poor Law Commission, *General Report on the Sanitary Condition of the Labouring Population of Great Britain*, London, 1842.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano 2014, Sostener el Progreso Humano: Reducir vulnerabilidades y construir resiliencia*, 2014.
- REDER, *Un aniversario sin nada que celebrar. Cuatro años de exclusión sanitaria*, abril de 2016. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.medicosdelmundo.org/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos/REDER_2016_A4_a7881fac%232E%23pdf
- Servicio de Salud, Gobierno de las Islas Baleares, 'Criterios generales de aplicación sobre la asistencia sanitaria que el Servicio de Salud de las Islas Baleares debe prestar a todas las personas que no tengan la condición de asegurado o beneficiario', 30 de agosto de 2012.
- Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (Naciones Unidas), 'Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos', E/CN.4/Sub.2/2002/13, agosto de 2003.
- The Commonwealth Fund, *International profiles of health care systems*, 2015. Disponible en línea (consultado en febrero de 2017): http://www.commonwealthfund.org/~media/files/publications/fund-report/2016/jan/1857_mossialos_intl_profiles_2015_v7.pdf
- Unión Europea, 'Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores', Estrasburgo, 1989.
- Unión Europea, 'Carta de Derechos Fundamentales', *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. C 83, 30 de marzo de 2010.
- Unión Europea, 'Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea', *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. C 326, 26 de octubre de 2012.
- Unión Europea, 'Tratado de Lisboa', C 306/1, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 17 de diciembre de 2007.

Jurisprudencia

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos:

- *Constitutional Rights Project and Media Rights Agenda v. Nigeria*, 31 de octubre de 1998, comunicaciones 105/93, 130/94, 128/94 y 152/96.
- *Purohit and Moore v. The Gambia*, comunicación 241/2001.

Comité Europeo de Derechos Sociales.

- 'Conclusiones XX-2 (2013)', 2013.
- 'Conclusions 2004, Statement of Interpretation on Article 11'.
- 'Conclusions 2005, Statement of Interpretation of Article 11'.

Corte Constitucional de la República de Colombia, 'Sentencia T-760 de 2008'. El seguimiento del cumplimiento de la sentencia puede realizarse a través de este enlace del gobierno colombiano: <http://seguimientot760.corteconstitucional.gov.co/>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 'Caso de los Niños de la Calle (Villagrán-Morales y otros) v. Guatemala', núm. 63, 1999.

Corte Suprema de India:

- *People's Union for Civil Liberties (PUCL) v. Union of India*, núm. 196, 2001.
- *Voluntary Health Association of Punjab (VHAP) v. The Union of India and Others*,

núm. 349, 2006.

Tribunal Constitucional español:

Autos:

- '114/2014, de 8 de abril'
- '239/2012, de 12 de diciembre'

Conflicto de competencia:

- 'Conflicto positivo de competencia n.º 4540-2012, contra el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi y, concretamente, contra los arts. 1; 2, apartados 2 y 3; 3; 4; 5; 6, apartados 1 y 2; 7, apartados 2 y 3; 8 apartados 1 y 2, y disposición final primera'.

Sentencias:

- '1/2012, de 13 de enero'.
- '107/1984, de 23 de noviembre'.
- '11/2002, de 17 de enero'.
- '111/1983, de 2 de diciembre'
- '119/2001, de 24 de mayo'.
- '128/2009, de 1 de junio'.
- '137/2003, de 3 de julio'
- '137/2011, de 14 de septiembre'.
- '139/2016, de 20 de abril'.
- '145/1991, de 1 de julio'.
- '148/1993, de 29 de abril'.
- '182/1997, de 28 de octubre'.
- '19/1985, de 13 de febrero'.
- '236/2007, de 10 de diciembre'
- '242/1994, de 20 de julio'.
- '247/2007, de 12 de diciembre'.
- '254/1993, de 20 de julio'.
- '26/1981, de 17 de julio'
- '28/1991, de 14 de febrero'.
- '29/1982, de 31 de mayo'
- '31/2010, 28 de junio'.
- '33/2011, de 28 de marzo'.
- '35/1996, de 11 de marzo'.
- '41/1999, de 21 de marzo'.
- '5/2002, de 14 de enero'.
- '6/1983, de 4 de febrero'.
- '65/1987, de 21 de mayo'
- '94/1993, de 22 de marzo'.
- '94/1993, de 22 de marzo'.
- '95/2000, de 10 de abril'

Recursos de inconstitucionalidad:

- núm. 7089-2013, contra la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 306, de 23 de diciembre de 2013.
- Contra el Real Decreto-ley 16/2012: núm. 4123/2012 (Parlamento de Navarra), núm. 4530/2012 (Consejo de Gobierno del Principado de Asturias), núm. 4585/2012 (Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía), núm. 433/2013 (Gobierno de Canarias), núm. 414/2013 (Gobierno de Cataluña), núm. 419/2013 (Gobierno del País Vasco).

Voto particular:

- 'Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4123-2012, y al que se adhiere la

Magistrada doña Adela Asua Batarrita’.

Tribunal Constitucional de Chile, ‘Rol 1710-10-INC’, 6 de agosto de 2010.

Tribunal Constitucional de Sudáfrica:

- *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*, SA 46, 2000.
- *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*, SA 721, 2002.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- *Asunto Tais v. Francia*, núm. 39922/03, 2006.
- *D. v. The United Kingdom*, núm. 30240/96, 1997.
- *Gagiu v. Rumania*, núm. 63258/00, 2009.
- *Hurtado v. Suiza*, núm. 17549/90, 1994.
- *N. v. The United Kingdom*, núm. 26565/05, 2008.
- *R. R. v. Poland*, núm. 27617/04, 2011.
- *Riviere v. France*, núm. 33834/03, 2006.

Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 2012.