

SELECCIONADO PARA PUBLICACIÓN

LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y DEL DERECHO
A LA INTEGRIDAD FÍSICA EN TIEMPOS
DE CRISIS

HEALTH PROTECTION AND THE RIGHT TO PHYSICAL
INTEGRITY IN CRISIS TIMES

ANA YLENIA GUERRA VAQUERO

Resumen: La creación del Sistema Nacional de Salud ha sido uno de los grandes logros de nuestro Estado del bienestar, lo que le ha situado en la vanguardia sanitaria como un modelo de referencia mundial. La protección de la salud y el derecho a la integridad física se ven amenazados por la coyuntura económica. Los pacientes inmigrantes conforman un colectivo especialmente vulnerable.

Abstract: The creation of the National Health System was one of the greatest achievements in our Welfare State. The system was placed as a health global model in the health care vanguard. The right of health protection and the right to physical integrity are currently threatened by the economic situation. Immigrants' patients constitute a particularly vulnerable group.

Palabras clave: derecho a la protección de la salud, derecho a la integridad física, inmigración, tratamientos médicos y discriminación.

Keywords: right to health protection, right to physical integrity, immigration, medical treatments and discrimination.

Sumario: 1. Introducción. 2. El derecho a la protección de la salud y derecho a la integridad física. 2.1 Contenido del derecho a la integridad física. 2.2 El derecho a rechazar tratamientos médicos. 3. El conflicto de la objeción de conciencia del personal sanitario con el derecho a la salud del paciente. 4. ¿Desigualdad o discriminación? La protección de la salud de un colectivo especialmente vulnerable. 4.1. La condición de inmigrante como elemento diferenciador en el acceso a la protección de la salud. 4.2. Las previsiones normativas sobre la protección de la salud de los pacientes inmigrantes. 5. Conclusión. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la protección de la salud se reconoce en el artículo 43 de la Constitución Española (en adelante, CE) y –en su desarrollo– en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Además, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, señala que es competencia y, al mismo tiempo, responsabilidad de los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública, a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios¹.

Tal y como indica la primera parte de la introducción del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones; la creación del Sistema Nacional de Salud ha sido uno de los grandes logros de nuestro Estado del bienestar, dada su calidad, su vocación universal, la amplitud de sus prestaciones, su sustentación en el esquema progresivo de los impuestos y la solidaridad con los menos favorecidos, lo que le ha situado en la vanguardia sanitaria como un modelo de referencia mundial.

Este sistema ha permitido una garantía y protección de la salud de las personas y de su integridad física que corre actualmente un considerable peligro dadas las medidas correctoras adoptadas derivadas de la reducción del déficit público.

Sin embargo, han tenido lugar una serie de modificaciones llevadas a cabo a través del Real Decreto 16/2012 relativas a aspectos fun-

¹ BLASCO LAHOZ, J.F., “Modificaciones en materia de asistencia sanitaria consecuencia del RD-L 26/2012, de 20 de abril”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11/2012, Editorial Lex Nova SAU, Valladolid, 2012.

damentales de la prestación de asistencia sanitaria como son su derecho, su contenido o su gestión de la prestación.

Su justificación viene de la grave dificultad económica del Sistema Nacional de Salud a consecuencia de una serie de motivos que enumera y describe pormenorizadamente: la ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento en todo el territorio nacional, el crecimiento desigual en las prestaciones del catálogo, la falta de adecuación de algunas de ellas a la realidad socioeconómica y la falta de rigor y énfasis en la eficiencia del sistema.

Sirva lo anterior para enmarcar el desarrollo de nuestra exposición en un contexto jurídico en el que las modificaciones legislativas ponen en cuestión la tan lograda hasta ahora protección de la salud y la integridad física en España.

2. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA

El derecho a la protección de la salud, se encuentra entre los principios rectores de la política social y económica, en el artículo 43.1 de la CE, y desempeña un papel crucial en el ámbito de la Bioética y, en especial, para dar respuesta constitucional a los avances científicos en la Biología y, en particular, en Genética, pues en la mayor parte de los casos de dichos avances e investigaciones, su objetivo central es la protección de la salud². El artículo 43³ de la CE reconoce la protección de la salud como derecho individual de carácter genérico, cuyo alcance ha de concretarse por ley, pero cuya tutela requiere, en todo caso, una acción de los poderes públicos que debe abarcar tanto la medicina preventiva como la asistencial. Se trata, por la indeterminación de los términos, de un derecho con contornos relativos y dependientes de factores históricos, sociales y culturales; lo cual se refleja en las diferencias de catálogos de prestaciones de los sistemas de salud, tanto temporales como geográficos (entre Comunidades Autónomas).

² DÍAZ REVORIO, F. J., *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances Científicos y Tecnológicos*, Genética e Internet ante la Constitución, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México-Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 6-7.

³ Según el artículo 43 de la CE "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".

mas) en función de los cuales se trata de satisfacer el derecho a la protección de la salud⁴.

Los cambios en el concepto de salud y práctica médica que caracterizaron a la segunda mitad del siglo veinte se basaban en una extrema tecnificación instrumental, una creciente colectivización de la asistencia médica en todos los países del globo, la personalización del enfermo, la prevención de la enfermedad y la extensión del concepto de salud, ya que se pasa de identificarla no solo al bienestar sino también a la calidad de vida y realización integral de la persona.

El derecho a la protección de la salud tiene una especial vinculación al derecho a la integridad física.

El artículo 15 de la CE dispone “*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra*”. De este modo, quedan recogidos en un mismo precepto dos derechos fundamentales: el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y moral, que si bien han de considerarse distintos guardan una cercanía teleológica evidente. Además, los dos derechos han ido configurándose en la jurisprudencia constitucional de forma paralela, de modo que son numerosas las ocasiones en las que el Tribunal se refiere de forma simultánea e indiferenciada a ambos. Así pues, las modificaciones estructurales contribuyen con la función esencial del Derecho concursal, es decir, la satisfacción de los acreedores ya que posibilitan el tratamiento de las empresas en crisis y por tanto, el salvamento o el rescate de las empresas que a pesar de su situación de insolvencia son viables, en beneficio tanto de los acreedores, como del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses, sin olvidar que además pueden servir para expulsar del mercado a aquellas empresas que han demostrado ser ineficientes.

El Tribunal ha sido estricto a la hora de determinar el objeto del derecho a la integridad física y moral, concibiendo el cuerpo humano como realidad biológica en su doble dimensión física, integridad física, y psicológica, integridad moral, excluyendo cualquier elemento valorativo o cualitativo de carácter subjetivo. Según dispone la Sentencia 120/1990, mediante el reconocimiento del derecho fundamental a la integridad física y moral “se protege la inviolabilidad de la persona, no

⁴ ROMEO CASABONA, C.M., *La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro*, Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humana, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 143.

sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular”. Esta doctrina ha sido reiterada por este Tribunal en las Sentencias 137/1990, 215/1994, 35/1996, 207/1996, 119/2001 y por la reciente Sentencia 37/2011.

De este modo, resulta innegable afirmar que existe una relación entre la dimensión propiamente física del derecho a la integridad y la dimensión la moral o espiritual. Pero además de ésta, se aprecia una relación evidente del derecho a la integridad física con otro de los aspectos comprendidos en el artículo 15: la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes.

El derecho a la integridad física y moral implica una prohibición constitucional de las penas o tratos inhumanos y degradantes. Esta prohibición se halla recogida en el artículo 15 de la CE, en el artículo 3 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) y en el artículo 4 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; además de en numerosos tratados internacionales especializados. La sentencia 120/1990 concretaba el significado jurídico de estos términos “«Tortura» y «tratos inhumanos o degradantes» son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejear y doblegar la voluntad del sujeto paciente”. Este pronunciamiento se reitera en las Sentencias 137/1990, 57/1994, 119/1996, 181/2004, 49/2006, 196/2006.

Dado que ha sido el propio Tribunal el que ha ido separando en sus pronunciamientos dependiendo de si hay lesión de la integridad física o moral, por la diferencia que existe entre los dos ámbitos, y la diferente esfera de los asuntos relativos a las penas y tratos inhumanos o degradantes, el objeto del presente compendio se centrará en el tema concreto del derecho a la integridad física. No obstante lo anterior, habrán referencias ineludibles a la integridad moral en el análisis de algunos pronunciamientos jurisprudenciales, dado el tratamiento conjunto que se le ha dado en ocasiones a las vertientes física y moral de este derecho.

El derecho a la integridad física y el derecho a la protección de la salud tienen un reconocimiento diferenciado, encontrándose el segundo recogido en el artículo 43.1 de la CE. Estos derechos no coinciden ni en el bien objeto de tutela ni en la intensidad de la misma, lo que no obsta para que en determinadas situaciones puedan solaparse, en el sentido de que ciertas afecciones a la salud puedan ser conceptuadas

como vulneración del derecho a la integridad física, con el esencial efecto de posibilitar al ciudadano la vía del amparo. El fundamento jurídico 3 de la Sentencia 35/1996 recoge que el derecho a la integridad física *“en efecto, podría verse afectado por actuaciones coactivas que, con justificación en las normas de seguridad penitenciaria, puedan determinar un riesgo inmediato o futuro para la salud, puesto que también el derecho a la salud, o mejor aún, a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal”*. Las Sentencias 5/2002 (fundamento jurídico 4) y 62/2007 (fundamento jurídico 3) reiteran esta doctrina.

Es el fundamento jurídico 2 de la Sentencia 207/1996 el que, aludiendo a la Sentencia 35/1996 recoge expresamente *“Así pues, y aunque el derecho a la integridad física se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud, su ámbito constitucionalmente protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por «toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular»”*.

No obstante lo anterior, el Tribunal entiende que para apreciar una vulneración del artículo 15 no es necesario que la lesión a la salud haya llegado efectivamente a producirse. No es preciso para apreciar vulneración del derecho fundamental ni la existencia de una actividad directamente encaminada a su lesión, ni la efectiva causación de un daño, pues el Tribunal concibe el término agresión en un sentido que también abarca aquellas conductas activas u omisivas que generan una situación de riesgo o amenaza de menoscabo.

Dispone la Sentencia 119/2001 en su fundamento jurídico 5 *“En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6), se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada”*.

Además, según el fundamento jurídico 4 de la Sentencia 221/2002, *“Para poder apreciar la vulneración del art. 15 CE aducida no es preciso que la lesión de la integridad moral se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse”*. Reiteran la doctrina las Sentencias 71/2004 y 160/2007.

Es cierto, no obstante, que partiendo de la afirmación de que no cualquier riesgo o amenaza constituiría, sin más, una vulneración del derecho fundamental, la doctrina del Tribunal presenta ciertas vacila-

ciones con relación a la intensidad que debe revestir dicho riesgo o amenaza para que pueda estimarse efectivamente lesiva.

Como decimos, la sentencia 221/2002 habla de “riesgo relevante”, pero la sentencia 35/1996 se refiere a “riesgo para la salud”. Así, según su fundamento jurídico 3 *“Este derecho, en efecto, podría verse afectado por actuaciones coactivas que, con justificación en las normas de seguridad penitenciaria, puedan determinar un riesgo inmediato o futuro para la salud, puesto que también el derecho a la salud, o mejor aún, a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal”*.

Existe, sin embargo, otro grupo de Sentencias que exigen que se trate de “grave riesgo o quebranto para su salud” (Sentencia 7/1994, fundamento jurídico 3, “peligro grave o inmediato” (Sentencia 119/2001, fundamento jurídico 6 o “peligro grave y cierto” (Sentencia 5/2002, fundamento jurídico 4). Cabe destacar el concepto de “riesgo palmario y manifiesto”, en el fundamento jurídico 4 de la Sentencia 220/2005 *“tal actuación sólo podría reputarse que afecta al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando existiera un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse, es decir, cuando se generara un peligro grave y cierto para la salud del afectado. En ese caso, la declaración de lesión de la integridad que se infiera de ese riesgo relevante sólo podrá ser efectuada en esta sede cuando resulte palmaria y manifiesta, pues la relevancia del peligro debe apreciarse con inmediación”*; o el concepto “riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado *ad causum*”, del fundamento jurídico 3 de la Sentencia 62/2007 *“tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad causum, de la causación de un perjuicio para la salud de la trabajadora o del feto, es decir, cuando se generara con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para la salud de aquélla o para el del hijo en gestación”*.

2.1 Contenido del derecho a la integridad física

La delimitación del Tribunal sobre el cuerpo humano como realidad biológica en su doble dimensión física, integridad física y psicológica, integridad moral excluye del derecho a la integridad física cualquier elemento valorativo o cualitativo de carácter subjetivo. Así, su contenido sería de naturaleza eminentemente defensiva o reaccional, y con arreglo a la doctrina del Tribunal poseería una doble dimensión: por una parte protegería a su titular de ataques dirigidos contra su cuerpo en su doble vertiente física y psíquica y, por otra,

proscribiría toda intervención en él que careciese de consentimiento⁵. El derecho se configura como una suerte de incolumidad corporal, esto es “su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento. El hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, mas no es una condición *sine qua non* para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física”. Así se pronuncia la Sentencia 207/1996 en su fundamento jurídico 2.

2.2 El derecho a consentir y a rechazar tratamientos médicos

El derecho fundamental a la integridad física y moral posee una vertiente que proscribe cualquier intervención no consentida en el cuerpo en su doble dimensión física y psíquica. Con relación al ámbito médico-asistencial, es precisamente aquí donde encuentra anclaje *iusfundamental* la exigencia del previo consentimiento informado del paciente a cualquier intervención o tratamiento sanitario, que constituye, así, una manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la integridad física y moral. Por tanto, el Tribunal ha consolidado su doctrina de que el derecho del paciente a aceptar o rechazar medidas terapéuticas forma parte del contenido esencial del derecho a la integridad física, que no solo se ha vulnerado por conductas perjudiciales para el organismo, sino por actuaciones que, aún dirigidas a restaurar o mejorar su salud, supongan una intromisión no consentida en la esfera corporal del afectado.⁶ De este modo, cualquier intervención médica realizada sin contar con o en contra de la voluntad del paciente constituirá, *prima facie*, su vulneración, amén de que la negativa a recibir o someterse a un tratamiento médico es, en sí misma considerada, ejercicio del derecho fundamental a la integridad física y moral. En la sentencia 154/2002 que hemos mencionado el menor había expresado con claridad, en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa y de creencias, una voluntad, coincidente con la de sus padres, de exclusión de determinado tratamiento médico. Así, “*al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato*”

⁵ ARRUEGO, G., “La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de urgencia vital”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 82, enero-abril, 2008, pp. 53-82.

⁶ PÉREZ MANZANO, M. y TOMÁS VALIENTE LANUZA, C., “Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario”, Fundación Wolter Kluwer, España, 2008.

corporal –como distinto del derecho a la salud o a la vida– y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)”.

De este modo, el derecho a la integridad física no necesita estar cualificado como manifestación de otro derecho fundamental, señaladamente alguno de los consagrados en el artículo 16 de la CE, y todo ello con independencia, obviamente, de que además pueda estar amparada por cualquiera de ellos. En este sentido, y en conexión con el derecho a la libertad religiosa, tal y como ya dijera la Sentencia 141/2000, *“el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente”*. Y, por tanto, *“cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante (SSTC 199/1987, 60/1991)”*.

En definitiva, la pura y simple negativa del individuo a someterse a tratamientos libremente manifestada, tiene acomodo en el contenido normativo del artículo 15 CE, independientemente de las razones o motivos esgrimidos para ello. Como señala el fundamento jurídico 8 de la Sentencia 120/1990 *“este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional”*. La Sentencia 48/1996, en su fundamento jurídico 3, viene a concretar esta afirmación, de modo que la no concreción en el derecho a la integridad física de la imposición de asistencia médica en contra de la voluntad *“es razonable en este caso si se toman en cuenta las discrepancias entre los especialistas sobre la conveniencia de la operación, cuya eficacia ponen en duda varios de ellos. La decisión de permitir una agresión de esa envergadura aunque con finalidad curativa es personalísima y libérrima, formando parte inescindible de la protección de la salud como expresión del derecho a la vida”*.⁷

⁷ De la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede desprenderse que la imposición de un tratamiento médico en ausencia del consentimiento del enfermo adulto y capaz constituye una afcción de los derechos garantizados en el artículo 8.1 de la Convención, cuya legitimidad dependería del canon establecido en el apartado segundo de dicho precepto. Nos referimos a las Sentencias *Pretty c. Reino Unido* (2002) y *Glass c. Reino Unido* (2004). Artículo 8 de la Conven-

De este modo, es posible concluir que no hay un derecho del individuo entendido como libre disposición del propio cuerpo, por cuanto afirmarlo sería proteger actuaciones que hoy en día se encuentran castigadas por nuestro ordenamiento jurídico. Sino que, más bien se trata de una consecuencia que deriva del contenido negativo del derecho fundamental. Por este motivo, el principio de autonomía no es resultado de una capacidad de autodeterminación vital, sino de una potestad defensiva que proscribire toda intervención no consentida en la integridad física o moral y que requiere el previo consentimiento del individuo.

Sobre el consentimiento del individuo, que debe ser informado, se pronuncia la reciente Sentencia 37/2011, en la que el Tribunal viene a referirse por primera vez a las consecuencias de la omisión del consentimiento informado: la vulneración del derecho a la integridad física. Según su fundamento jurídico 7 *“no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad, ninguna de las cuales ha sido objeto de mención y, mucho menos, de análisis por parte de los órganos jurisdiccionales que, como queda dicho, han empleado otros conceptos para justificar que se eludiera la obligatoriedad de la prestación del consentimiento informado, que no sólo no ofrecen una justificación razonable y ponderada, sino que, incluso, suponen un reconocimiento implícito de la carencia de la misma (“urgencia relativa”), como, por lo demás, ponen de relieve de manera patente las circunstancias del caso, atendido al tiempo transcurrido entre el ingreso en la clínica del demandante de amparo y la realización de la intervención, que permitía perfectamente dar cumplimiento a las exigencias legales impuestas en garantía del derecho fundamental a la integridad física del actor”*. Prosigue la Sentencia *“se puede afirmar que la asistencia recibida por el demandante de amparo no satisfizo su derecho a prestar un consentimiento debidamente informado, y, por tanto, vulneró su derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)”*.

Por último, debemos señalar que la manifestación del derecho a la integridad física relativa al derecho a consentir o rechazar tratamientos médicos puede ser objeto de limitaciones. En este aspecto, las

ción Europea de Derechos Humanos “Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Sentencias que debemos destacar son la 120/1990, de 27 de junio y la 137/1990 de 19 de julio, ambas relativas a la huelga de hambre de unos reclusos del colectivo Grapo, en la que se aprecia la alimentación coercitiva de los presos terroristas, sobre una serie de argumentos. El esencial es el relativo a la afirmación de la relación de sujeción especial entre la Administración Penitenciaria y los internos, relación que *“debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas”*. Ello se contiene en los fundamentos jurídicos sexto y cuarto de las Sentencias referidas, respectivamente.

Los otros argumentos de las Sentencias para justificar la no vulneración del derecho a la integridad física se resumen en dos: la esencial importancia del bien jurídico vida y la ilegalidad de los fines perseguidos por la huelga de hambre. Así, según los fundamentos jurídicos octavo y sexto de las Sentencias *“con el cumplimiento de ese deber del Estado no se degrada el derecho a la integridad física y moral de los reclusos, pues la restricción que al mismo constituye la asistencia médica obligatoria se conecta causalmente con la preservación de bienes tutelados por la CE y, entre ellos, el de la vida que, en su dimensión objetiva, es «un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» y «supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (STC 53/1985)”*.

3. EL CONFLICTO DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DEL PERSONAL SANITARIO CON EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DEL PACIENTE

El debate en torno a la objeción de conciencia médica se inicia con su propia definición. Rafael Navarro-Valls y Javier Martínez-Torrón definen la objeción de conciencia como la negativa del individuo, por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que en principio sería jurídicamente exigible ya provenga la obligación directa-

mente de la norma, ya de un contrato, ya de un mandato judicial o resolución administrativa.

Trasladando estas ideas al ámbito sanitario, la objeción de conciencia consiste en la negativa del profesional sanitario, por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que en principio sería jurídicamente exigible, ya provenga de la obligación directamente de la norma, ya de un contrato, un mandato judicial o de una resolución administrativa.

Es de especial relevancia delimitar la diferencia entre lo que es y no es objeción de conciencia. La Opinión del Comité de Bioética de España⁸ sobre la objeción de conciencia en sanidad precisa que *“no es objeción de conciencia la que se manifiesta contra la voluntad del paciente o de sus representantes, a no ser que esta voluntad vaya en contra de lo que aconseja el conocimiento científico y la práctica profesional. El derecho a rechazar un tratamiento, y todo lo que puede derivar de tal derecho en términos de cuidados paliativos, no puede entrar en conflicto con la lex artis la cual no es argumento suficiente para solventar tales situaciones. Ni el tratamiento a los testigos de Jehová ni la intervención médica en casos de huelga de hambre son casos subsumibles bajo el supuesto de la objeción de conciencia del profesional sanitario”*. Tal afirmación no excluye, sin embargo, que no se plantee, en tales casos, un dilema ético, el cual, sin embargo, deberá tratarse desde otros parámetros distintos del de la objeción.

En este sentido, cabe resaltar que la objeción no es correcta ni válida, asimismo, cuando coincide con uno de los cursos extremos de acción y existen cursos intermedios que optimizan el respeto o la promoción de los valores en conflicto. Además, existen las llamadas “cripto-objeciones”, que permanecen encubiertas, mudas, sordas, desconocidas. Quien no objeta abiertamente, pero actúa como si objetara, y por tanto no lleva a cabo la prestación que le solicitan se encuentra dentro de dicho supuesto.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la objeción de conciencia ha tenido tres momentos diferenciados. En la Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1982, de 23 de abril, expresa una fuerte conexión entre la objeción de conciencia al servicio militar y el derecho a la libertad ideológica y religiosa para resolver el recurso de amparo de un objetor llamado a filas. Tras sentar “la conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia” reconocida en el

⁸ Opinión del Comité de Bioética de España sobre la objeción de conciencia en sanidad, de fecha 13 de octubre de 2011, p. 13.

art. 16, consideró la objeción al servicio militar como un derecho directamente ejercible en su contenido esencial, incluso antes del desarrollo legislativo, mediante la suspensión de la incorporación a filas de cualquier ciudadano que lo alegara.

La libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, por lo que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español, sin que contra la argumentación tenga valor alguno el hecho de que el artículo 30.2 utilice la expresión “la Ley regulará”, pues ello únicamente se refiere a que la necesidad de la *interpositio legislatoris* signifique la necesidad de regular el derecho.

En segundo lugar, aparece un reconocimiento intermedio generalísimo de cualquier objeción de conciencia para incluir la opuesta al aborto legal. La STC 53/1985 declara *“No obstante, cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la CE y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la CE es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”*. 3) La STC 161/1987 no sigue a la 53/1985 afirmando que no existe ni puede existir un derecho general a la objeción de conciencia: *“La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto”*.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) ha denegado que la objeción de conciencia, en el ámbito farmacéutico pueda ser jurídicamente operativa, más allá de lo dispuesto en la legislación nacional, en una decisión de admisibilidad, en el caso *Pichon y Sajous (2001)*, argumentando que la libertad que reconoce el artículo 9 del CEDH, sobre el derecho a comportarse de acuerdo con las propias convicciones, no garantiza la posibilidad de comportarse en cualquier situación, dentro del ámbito público como dictan las convicciones personales.

La respuesta a la cuestión de si el ejercicio de la objeción de conciencia requiere la existencia de una reglamentación expresa de su ejercicio según la doctrina del Tribunal Constitucional es origen de

una discusión doctrinal. Por una parte, según la STC 53/1985 *“La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 CE y ésta es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”*. Según ello, no necesitaría reglamentación expresa para su ejercicio, puesto que la CE es directamente aplicable. El art. 53.1 CE establece que se podrá regular, solo por ley, el ejercicio de los derechos fundamentales. Las reservas de ley esta materia impiden que el reglamento pueda incidir primariamente sobre ellos; pero no excluyen necesariamente la posibilidad de reglamentos ejecutivos o de desarrollo de la ley. No obstante lo anterior, la regulación normativa de la objeción de conciencia no ha de tener el carácter de ley orgánica, y ello a pesar de que la objeción de conciencia encuentra su fundamento en el derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16.1 CE). Así, según la STC 160/1987 el TC se ha pronunciado ya por el entendimiento de que *«los derechos fundamentales y libertades públicas»* del art. 81.1 CE *“son los comprendidos en la Sección 1.ª, Capítulo Segundo, Título I, de su Texto, exigiéndose forma orgánica para las leyes que los desarrollen de modo directo en cuanto tales derechos, pero no cuando meramente les afecten o incidan en ellos, so pena de convertir a las Cortes en «constituyente permanente» con la proliferación de Leyes Orgánicas”*.

La Ley 41/2002 no contempla un tratamiento específico para la objeción de conciencia, sino que trata toda esta materia desde la perspectiva de la autonomía del paciente y su derecho a recibir un tratamiento médico solamente después de haber dado su consentimiento informado. La objeción de conciencia puede darse parte del paciente a recibir determinados tratamientos médicos, lo cual se puede manifestar además a través del documento de instrucciones previas, regulado por el artículo 11 de la Ley. No obstante, el artículo 9.2 otorga a los médicos el poder de intervenir a un paciente sin consentimiento, en determinadas circunstancias, y sin necesidad de intervención judicial previa (riesgo para la salud pública y riesgo grave e inmediato para la integridad física o psíquica del enfermo). En la LO 2/2010, el artículo 19.2 en su segundo párrafo establece el derecho a la objeción de conciencia, señalando que los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia, sin que con ello se vea mermado el acceso o la calidad asistencial de la prestación.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía aborda la cuestión de la objeción de conciencia como consecuencia de la impugnación formulada por un farmacéutico contra una Orden de la Consejería de

Sanidad Andaluza que obligaba a las oficinas de farmacia a incluir y dispensar, con carácter de “existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios” los preservativos y los progestágenos. La Sentencia desestima el recurso por considerar que el hecho de declararse objetor consiste en una excepción personal a la ley derivada de un juicio de carácter ético o moral, pero que como tal no puede legitimarle para la impugnación de una norma de carácter general. La Sentencia reconoce al farmacéutico la posibilidad de esgrimir a título individual a objeción de conciencia en los supuestos de progestágenos y preservativos pues afirma que “pueda ser enarbolada cuando, en virtud de la no aplicación de dicha norma, puedan derivarse perjuicios o sanciones por incumplimiento”. Prosigue el TSJ “la objeción solo produciría efectos excepcionales y puntuales, personales e individuales en aquellos supuestos que la esgriman frente al incumplimiento de la obligación” y ello conectado con el artículo 28 del Código de Ética Farmacéutica al señalar que “la responsabilidad y libertad personal del farmacéutico le faculta para ejercer su derecho de objeción de conciencia respetando la libertad y el derecho a la vida y la salud del paciente”. En este sentido, el TC declara que la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 CE, lo cual redundaría en esa libertad personal. Por su parte, según la STC 161/1987 *“La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto”*. Así, de la jurisprudencia del TC no se puede desprender un derecho general a la objeción de conciencia, y la Sentencia del TSJ sigue esta línea al admitir que el farmacéutico pueda oponer la objeción de conciencia en los supuestos referidos con el fin de tratar de evitar las sanciones por incumplimiento de la norma, pero también deja constancia de la imposibilidad por su parte de exigir la nulidad de una disposición legal contraria a sus convicciones.

En consecuencia, el TEDH ha denegado que la objeción de conciencia farmacéutica pueda ser jurídicamente operativa, más allá de lo dispuesto en la legislación nacional. Reclamaron dos farmacéuticos que se negaron a suministrar productos anticonceptivos a tres mujeres que lo habían solicitado previa receta médica. Denunciados por los clientes, fueron condenados por la jurisdicción francesa a indemnizarlos, subrayando que la farmacia era la única del pueblo. La Cor-

te de Casación confirmó la condena, pues las convicciones personales no constituían un motivo legítimo para que un farmacéutico se negara a vender un medicamento. Los condenados recurrieron ante el TEDH, invocando el art. 9 CEDH (libertad religiosa). El tribunal declaró inadmisibile el recurso por manifiestamente infundado, argumentando que la libertad que reconoce el artículo no garantiza la posibilidad de comportarse en cualquier situación, dentro del ámbito público como dictan las convicciones personales.

En este sentido, la Sentencia del TSJ no sigue esta línea doctrinal, por cuanto sí concede al farmacéutico la posibilidad, en el ámbito de lo público, de objetar en base a sus convicciones. Admite que el farmacéutico objete a la dispensa de preservativos y progestágenos, pero con el fin de evitar las sanciones por incumplimiento de la Orden de la Consejería. Ello contradice la idea del TEDH de no comportarse como dictan las convicciones personales. El TEDH afirma que el ejercicio de la libertad religiosa abarca los actos que se encuentran “íntimamente ligados” a la religión o a las convicciones, además de los actos expresamente enumerados en el art. 9 CEDH (el culto a la enseñanza o los ritos). Considera que las manifestaciones de la libertad religiosa parecen limitarse a conductas activas, pero no a omisiones de actos que la conciencia o las creencias reprueban. Ello implica una invasión dentro del ámbito de la conciencia, al determinar qué conductas son realmente importantes en este ámbito: algo que contradice la propia doctrina del Tribunal sobre la absoluta libertad para determinar el objeto de las propias creencias religiosas o morales. La consecuencia es la pérdida de operatividad jurídica de una parte esencial del derecho del art. 9 CEDH: el derecho a comportarse de acuerdo con las propias convicciones. La inadmisión es fruto de la limitación del TEDH a aceptar la situación existente en el derecho de cada país respecto a la regulación de las cuestiones que afectan al derecho a la vida, amparándose en el margen de apreciación discrecional del Estado. En la Sentencia del TSJ, aunque sí admite la objeción de conciencia del farmacéutico en determinadas situaciones, lo que niega es el derecho al farmacéutico a exigir la nulidad de una disposición legal contraria a sus convicciones.

Los supuestos anteriores son los más comunes en cuestiones de objeción de conciencia. Además, son repetidas las situaciones de objeción de conciencia al aborto o a las instrucciones previas.

La cuestión del aborto suscita el debate, ya clásico, de la disquisición entre el derecho de la mujer a recibir una prestación sanitaria (dentro de los límites legales); frente al derecho del médico a objetar.

La controvertida Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo fue la base de la discusión. En el año 2010, el Pleno del Tribunal Constitucional dictó siete autos⁹, uno de los cuales, el ATC 90/2010, de 14 de julio, desestimó la petición de suspensión de esta norma estatal (este Auto cuenta con votos particulares).

La Ley regula la interrupción del embarazo a petición de la mujer dentro de las primeras catorce semanas (siempre que se le haya informado sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas) (artículo 14 LO 2/2010) y la interrupción por causas médicas dentro de las veintidós semanas de gestación (siempre que exista grave riesgo para la vida o salud de la embarazada y previo dictamen médico; o exista riesgo de anomalías para el feto) (artículo 15 LO 2/2010).

Dicha ley ha sido objeto de una amplia polémica durante la legislatura en curso. El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad emite un informe anual que refleja el análisis de las Interrupciones Voluntarias del Embarazo realizadas en España. La Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, contrasta y analiza la información notificada por las Comunidades Autónomas a través de la on line, y elabora una publicación anual con las estadísticas correspondientes referidas al conjunto del Estado¹⁰.

Otro de los supuestos posibles de objeción de conciencia es el relativo a las instrucciones previas. Las voluntades anticipadas, el testamento vital, las directrices previas o las instrucciones previas son, según artículo 11.1 de la Ley 41/2002 un documento a través del cual *“una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo”*. Las instrucciones previas suponen, en este sentido, una herramienta fundamental para un funcionamiento del sistema de salud adecuado a las exigencias del respeto a la autonomía del paciente, por cuanto permiten otorgar una atención clínica adecuada a su voluntad incluso en los casos en que éste no pueda expresarla¹¹.

⁹ Memoria anual del Tribunal Constitucional, 2010.

¹⁰ Información consultada en la web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a fecha 7 de abril de 2015, <http://www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/home.htm#publicacion>.

¹¹ <http://testamentovital.wordpress.com/about/>

Dispone el artículo 11.3 de la Ley 41/2002 *“No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la lex artis, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones”*.

El profesional sanitario que se oponga a las instrucciones previas que incumplan el precepto anterior no incurrirá en la objeción de conciencia. Sin embargo, si las instrucciones previas han sido correctamente elaboradas y el profesional se niega a seguirlas, podrá acogerse al supuesto previsto de la objeción de conciencia.

Dicho lo anterior, es importante precisar además la cuestión de la responsabilidad penal del profesional sanitario. La aplicación de un tratamiento sin el consentimiento del paciente puede ser constitutivo de un delito de coacciones, de un delito de lesiones o de un delito contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos¹². La justificación de la conducta del médico que impone un tratamiento se basa en ocasiones en el estado de necesidad, lo cual resulta erróneo. Ello implicaría una concesión de poder desorbitado al profesional sanitario.

Sin embargo, caso distinto es aquel en el que el facultativo que no aplica un tratamiento médico porque así lo solicita el paciente. En este supuesto no incurre en el delito de omisión de socorro. El motivo de ello es que decae la posición de garante del médico.

4. ¿DESIGUALDAD O DISCRIMINACIÓN? LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE UN COLECTIVO ESPECIALMENTE VULNERABLE

Es importante plantear, en primer lugar, la diferencia entre desigualdad y discriminación. La Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio, afirma que el principio de igualdad no implica “en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica”, y acogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 14 del CEDH, declara que “toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación.

El artículo 14 del CEDH no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es solo violada si la

12

desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad seguida”. Veamos si la condición de inmigrante constituye un factor de discriminación.

4.1 La condición de inmigrante como elemento diferenciador en el acceso a la protección de la salud

España es, desde hace décadas, un país receptor de trabajadores inmigrantes. El fenómeno migratorio, vinculado con móviles económicos, se traduce en un desplazamiento de la población trabajadora de un país en vías de desarrollo a otro más desarrollado en el que se necesita mano de obra. Pero la situación de crisis vivida en España ha disuadido a estos trabajadores¹³. Es precisamente el componente económico, ligado a la vida laboral el que hace que la población inmigrada sea un grupo especialmente “necesitado de buena salud” ya que de ella depende la realización del objeto de su desplazamiento, esto es, su capacidad de trabajar¹⁴. Sin embargo, las características culturales y las condiciones en las que el inmigrante se aproxima a la sociedad de acogida dificultan la protección de su salud. Se plantean problemas como el desconocimiento de la lengua, con las consiguientes limitaciones para obtener información sobre el acceso a los procedimientos y tratamientos. Además, las creencias religiosas y prácticas culturales cuando salen a la luz ante determinados tratamientos conforman un obstáculo en la relación médico-paciente. Y lo que es más grave, a lo anterior se suma el desconocimiento por parte de los profesionales sanitarios de determinadas patologías propias de sus países de origen. De este modo, veamos a continuación la situación normativa sobre la protección de la salud de los pacientes inmigrantes y, después de examinar la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la protección de la salud, plantearemos el supuesto particular de las instrucciones previas de los extranjeros.

¹³ Un ejemplo de este desinterés de los extranjeros por trabajar en España es el dato contenido en la Memoria del Tribunal Constitucional del año 2010 relativo a que las demandas de amparo relativas a inmigración y extranjería hayan descendido hasta un 31,79 por 100 frente al 37,17 por 100 en 2009, ya que no hay motivación por parte de los inmigrantes para permanecer en nuestro país.

¹⁴ ARBELÁEZ RUDAS, M. y GARCÍA VÁZQUEZ, S., “El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes en España”, en AJA, E. (coordinador), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Institut de Dret Public, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 453.

4.2 Las previsiones normativas sobre la protección de la salud de los pacientes inmigrantes

Son numerosas las previsiones internacionales que recogen el derecho a la protección de la salud de las personas. No hacen alusión a la condición de extranjero o inmigrante, simplemente a la condición de persona. La propia Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁵ establece que *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar”*.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁶ recoge la obligación de los Estados que sean parte en el Pacto de reconocer *“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*¹⁷. Es la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares¹⁸ la que viene a recoger la condición de trabajadores migratorios: *“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”* (art. 28).

Cabe destacar que esa atención médica de urgencia va a ser independiente de las condiciones en las que se encuentra en el país, ya que no podrá negarse ni siquiera en el caso de que el extranjero no estuviera inscrito en el padrón municipal. Y es precisamente ese criterio de equidad en el acceso a la atención médica el que establece el Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina¹⁹, según el cual *“Las Partes, teniendo en cuenta las necesidades de la sani-*

¹⁵ El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹⁶ El Pacto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976.

¹⁷ Así dispone el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que prosigue en los términos siguientes *“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”*.

¹⁸ La Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

¹⁹ También llamado 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,

dad 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” (art. 3).

Por su parte, los textos redactados en el ámbito de la Unión Europea recogen previsiones también sobre el derecho a la protección de la salud. Tal es el caso del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (Título XIII, sobre la salud pública) que exige que en el momento de definir y ejecutar todas las políticas y acciones de la Comunidad “*se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana. La acción de la Comunidad, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud humana*” (art. 152). Para desarrollar esta tarea la Comunidad fomentará la cooperación entre los Estados miembros y, en caso necesario, prestará apoyo a su acción. Además, favorecerán la cooperación con terceros países y las organizaciones internacionales competentes en materia de salud pública²⁰. Asimismo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²¹ contiene una previsión sobre la protección de la salud: “*Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana*” (art. 35).

En otro orden de cosas, la CE reconoce en su artículo 43 el derecho a la protección de la salud y obliga a los poderes públicos en su artículo 41 al mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos. El carácter prestacional y la relación de coimpliación del derecho a la protección de la salud y de asistencia sanitaria materializado a través de un régimen público de Seguridad Social, remi-

sobre el acceso equitativo a los beneficios de la sanidad. Es un tratado impulsado por el Consejo de Europa, firmado en Oviedo en abril de 1997.

²⁰ En este sentido, según el artículo 152.5 “La acción comunitaria en el ámbito de la salud pública respetará plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica”.

²¹ La Carta fue elaborada por una convención compuesta por un representante de cada país de la UE y de la Comisión Europea, así como por miembros del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales. Fue formalmente proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. En diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados. A tal efecto, la Carta fue enmendada y proclamada por segunda vez en diciembre de 2007. La Carta de los Derechos Fundamentales reconoce una serie de derechos personales, civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos y residentes de la UE, consagrándolos en la legislación comunitaria.

ten a una serie de cuestiones como la universalidad, la gratuidad, la financiación y el acceso, que determinan la implementación de estos derechos.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad da respuesta al requerimiento constitucional reconociendo el derecho a obtener las prestaciones del sistema sanitario a todos los ciudadanos y a los extranjeros residentes en España. Si bien, por razones de crisis económica que no es preciso subrayar, no generaliza el derecho a obtener gratuitamente dichas prestaciones sino que programa su aplicación paulatina, de manera que sea posible observar prudentemente el proceso evolutivo de los costes. La ley otorga la titularidad del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a “todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional” (art. 1.2).

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social²² contiene en su artículo 12 una serie de previsiones que conceden el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros con contenidos diferentes en función de determinadas circunstancias. Atendiendo a la situación en la que se encuentran en España, se distinguen los siguientes supuestos: “1) Los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles”.

No es necesario, por tanto, poseer una autorización de residencia o autorización para trabajar para poder recibir asistencia sanitaria en nuestro país. El disfrute del derecho y la aplicación del principio de igualdad no dependen de un criterio rígido basado en la nacionalidad, ni en la regularidad de la estancia, sino de la mera situación fáctica de residencia en España²³ sumada a la inscripción en el Padrón municipal²⁴. El inciso “en las mismas condiciones que los españoles”, impli-

²² Hacemos referencia a dicha Ley tras las reformas pertinentes operadas por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 y por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

²³ ARBELÁEZ RUDAS, M. y GARCÍA VÁZQUEZ, S., *op. cit.* Nota 14, p. 445.

²⁴ Según la nota de prensa del Instituto Nacional de Estadística de fecha 4 de abril de 2011, la población empadronada en España aumenta un 0,3% y alcanza los 47,1 millones de personas. El número de extranjeros empadronados se mantiene en 5,7 millones, de los cuales 2,4 millones son ciudadanos de la UE. El total de residentes en España a 1 de enero de 2011 es de 47.150.819 habitantes, según el avance del Padrón municipal, lo que supone un aumento del 0,3% (129.788 personas) respecto a los datos a 1 de enero de 2010. De este total, 41.420.152 tienen nacionalidad española y 5.730.667 son extranjeros, lo que representa el 12,2% del total de inscritos.

ca que, dado el actual grado de desarrollo del principio de universalidad de dicha asistencia, los inmigrantes, en el supuesto de que no sean titulares o beneficiarios del correspondiente derecho frente a la Seguridad Social²⁵, habrán de acreditar, como han de hacerlo los españoles, que son “*personas sin recursos económicos*”²⁶. La misma previsión relativa a las condiciones de los españoles se contiene en el artículo 14, que recoge en este caso que “*los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles*”.

Vemos por tanto que el requisito de la residencia, no concederá al extranjero un abanico de prestaciones mayor en el sistema de salud que a aquel que únicamente esté inscrito en el padrón municipal, ya que el derecho a la protección de la salud debe encontrarse protegido por encima de cualquier requisito administrativo.

“2) *Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica*”. En este caso la Ley no exige requisito alguno de empadronamiento o residencia, ya que, independientemente de su situación administrativa, tendrá derecho a ser atendido.

El artículo 12 prosigue distinguiendo otras dos situaciones: “3) *Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles*”. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 141/2000²⁷ ha establecido que todos los menores tienen un estatuto de derechos indisponibles, que le corresponden por el hecho de serlo y que, por tanto, no admite que se introduzcan diferencias relacionadas con la nacionalidad o con cualquier otro elemento²⁸. Cabe señalar que España, como Estado Parte en la Convención sobre los Derechos del niño²⁹

²⁵ MONTOYA MELGAR, A., “El empleo ilegal de inmigrantes”, *Revista de Derechos de la Unión Europea*, núm. 17-2.º semestre, 2009, p. 28.

²⁶ Según el artículo 80 de la Ley General de Sanidad “El Gobierno regulará el sistema de financiación de la cobertura de la asistencia sanitaria del sistema de la Seguridad Social para las personas no incluidas en la misma que, de tratarse de personas sin recursos económicos, será en todo caso con cargo a transferencias estatales”.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, fundamento jurídico 5.

²⁸ KAHALE CARRILLO, D. T., “La prestación de asistencia sanitaria a los extranjeros en España”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 15, núm. 1, enero-junio, 2007, p. 108.

²⁹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor en fecha 2 de septiembre de 1990, de conformidad con su artículo 49. Fue firmada y aceptada por 20 países, entre ellos, España.

debe, según su artículo 24 “reconocer el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”³⁰.

Por tanto, España deberá adoptar todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños, así como proteger y garantizar su derecho a la protección de la salud. Dentro de esta protección hay que tener en cuenta también al recién nacido, que se encontraría en el supuesto del precepto 4 del mismo artículo: “4) *Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto*”. En este supuesto o interesa la situación administrativa de la extranjera, incluso no es necesario el empadronamiento, ya que es un derecho absoluto, sin limitación hasta que se recupere del postparto³¹. Teniendo en cuenta el estado de gestación, incluso encontrándose la mujer en situación irregular en el territorio español, no podrá ser expulsada en el caso de que dicha ejecución “cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre”³².

Dicho lo anterior, llegamos a la conclusión de que, una vez superada la diferencia de situación administrativa del extranjero que va a recibir la atención sanitaria, el principio que debe regir en la relación médico-paciente es el de no discriminación. En este sentido se pronuncia el artículo 10 de la Ley General de Sanidad “*Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por su origen racial o étnico, por razón de género y orientación sexual, de discapacidad o de cualquier otra circunstancia personal o social*”.

Lo mismo indica la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familia-

³⁰ El artículo 24.3 de la Convención sobre los Derechos del niño continúa enumerando las medidas apropiadas que deben adoptar Los Estados Partes para asegurar la plena aplicación del derecho a la salud, tales como reducir la mortalidad infantil y en la niñez, asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños o combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud. Además, deberán desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

³¹ KAHALE CARRILLO, D. T., *op. cit.* nota 28, p. 111.

³² Así dispone el artículo 57.6 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

res, que distingue en su artículo 43.1 el supuesto de los trabajadores migratorios que “gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con: e) El acceso a los servicios sociales y de salud, siempre que se hayan satisfecho los requisitos establecidos para la participación en los planes correspondientes”; y en su artículo 45. 1 c), el caso de los familiares de dichos trabajadores migratorios.

En el supuesto del derecho a la prestación de asistencia sanitaria, se ha procedido, de forma sorprendente, a la modificación de un precepto de la ley orgánica mediante un Real Decreto-Ley; así, el RD-L 16/2012 lleva a cabo una nueva redacción del artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, que pasa a establecer simplemente que los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria. Y esa legislación vigente y aplicable ha sido también modificada por el citado real decreto-ley.

Hay que recordar que en la redacción anterior, dicho artículo 12 establecía que «los extranjeros que se encontrasen en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles; que los extranjeros que se encontrasen en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica; que los extranjeros menores de 18 años que se encontrasen en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles; y que las extranjeras embarazadas que se encontrasen en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y posparto».

En concreto se ha añadido un nuevo artículo 3 ter a la Ley 16/2003, en el que se establece que los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación del alta médica, y de asistencia al embarazo, parto y posparto³³.

De la jurisprudencia que se ha ido citando a lo largo de nuestra exposición se puede desprender que la denegación de las prestaciones sanitarias a una persona (en concreto, a un extranjero irregular) podría llegar a constituir una vulneración de los derechos fundamenta-

³³ BLASCO LAHOZ, J.F., “Modificaciones en materia de asistencia sanitaria consecuencia del RD-L 26/2012, de 20 de abril”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11/2012, Editorial Lex Nova SAU, Valladolid, 2012.

les del artículo 15 CE, de los que, sin duda, son titulares todas las personas por el hecho de serlo, sin que sea constitucionalmente posible establecer diferencias entre españoles o extranjeros en estos derechos³⁴. De este modo, puesto que el derecho a la protección de la salud corresponde a las personas, no hay pronunciamiento constitucional que particularice este derecho en conexión con el derecho a la integridad física. Sin embargo, la STC 95/2000 se pronunció sobre el derecho a la tutela judicial efectiva al estimar que supone una vulneración de este derecho la denegación injustificada de asistencia sanitaria a una ciudadana extranjera³⁵ en la medida en la que fue judicialmente confirmada³⁶.

5. CONCLUSIÓN

La protección de la salud en España ha constituido un logro en la historia de la democracia. 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 viene a adaptar el sistema de salud a la actual coyuntura económica. Los recortes se hacen efectivos en la práctica y los derechos de los pacientes se ven menguados. Además, los extranjeros cuentan con una serie de dificultades innegables cuando acceden al sistema de protección de la salud en España.

En nuestra opinión, el sistema de garantías de protección del derecho a la salud y del derecho a la integridad física ha sido lo suficientemente desarrollado, tanto legislativa como jurisprudencialmente, erigiéndose como un sólido marco de defensa de los derechos humanos.

Los profesionales sanitarios, también afectados por las últimas reformas, cuentan con el mecanismo de la objeción de conciencia

³⁴ ORTEGA CARBALLO, C. y otros, *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 188.

³⁵ El recurso de amparo fue promovido frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, estimando un recurso de suplicación formulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, desestimó la petición del recurrente de incluir como beneficiarios de la asistencia sanitaria a su compañera de hecho y a su hija. Se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, pues no se protege el derecho a la asistencia sanitaria por la Seguridad Social de una extranjera que convive maritalmente con el titular, la cual carece de permiso de residencia, pero se encuentra pendiente de un contencioso-administrativo donde se ha dictado una medida cautelar de suspensión.

³⁶ DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, Thomson, Civitas, Navarra, 2008, p. 139.

para enfrentar las situaciones en las que el cumplimiento de los derechos de los pacientes les suponga un conflicto en el ejercicio de su profesión.

Ha sido objetivo del presente trabajo la exposición de los méritos alcanzados por el sistema de salud español. Conscientes de la vigente coyuntura económica, pretendemos exhibir a través de la exposición la importancia de la protección de la salud y del derecho a la integridad física de todas las personas y que ello sirva de argumento para la lucha por los derechos humanos en estos tiempos tan difíciles.

BIBLIOGRAFÍA

- ARBELÁEZ RUDAS, M. y GARCÍA VÁZQUEZ, S. “El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes en España”, en AJA, E. (coordinador), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Institut de Dret Public, Tirant lo blanch, Valencia, 2009.
- ARRUEGO, G. “La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de urgencia vital”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 82, enero-abril 2008. BLASCO LAHOZ, J.F., “Modificaciones en materia de asistencia sanitaria consecuencia del RD-L 26/2012, de 20 de abril”, *Revista de Información Laboral* núm. 11/2012, Editorial Lex Nova SAU, Valladolid, 2012.
- DÍAZ REVORIO, F. J., *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances Científicos y Tecnológicos*, Genética e Internet ante la CE, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México-Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, Thomson, Civitas, Navarra, 2008.
- KAHALE CARRILLO, D. T., “La prestación de asistencia sanitaria a los extranjeros en España”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 15, núm. 1, enero-junio, 2007.
- MARCOS DEL CANO, A.M. “La autonomía del paciente en los supuestos de incapacidad”. En JUNQUERA DE ESTÉFANI, R. (director). *Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*. Biblioteca de derecho y ciencias de la vida, Editorial Comares, Granada, 2008.

- MARTÍNEZ DE PISÓN, J., “El derecho a la salud: un derecho social esencial”, *Derechos y Libertades*, núm. 14, época II, enero 2006.
- MONTOYA MELGAR, A. “El empleo ilegal de inmigrantes”, *Revista de Derechos de la Unión Europea*, n.º 17-2.º semestre, 2009.
- ORTEGA CARBALLO, C. y otros, *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- PÉREZ MANZANO, M. y TOMÁS VALIENTE LANUZA, C, “Artículo 15” en CASAS BAAMONDE, M. E Y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Fundación Wolter Kluwer España, Toledo, 2008.
- ROMEO CASABONA, C.M., *La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro*, Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humana, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.
- SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN, F., *Instrucciones previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*, COMARES editorial, S.L., Granada, 2008.