

## JOSÉ ANTONIO SEOANE: EL DERECHO A UNA CAPACIDAD DE SALUD SEGURA<sup>1</sup>

### THE RIGHT TO A SECURE HEALTH CAPABILITY

**RESUMEN.** El derecho a una capacidad de salud segura es la respuesta a la pregunta sobre el significado del derecho a la salud desde una perspectiva ético-jurídica y, a la vez, el desarrollo de una teoría de la justicia en salud. El artículo (1) explica la definición de la salud como objeto protegido, (2) justifica por qué los derechos son la mejor vía normativa para su protección, (3) expone su triple fundamento filosófico: capacidades, funcionamientos seguros y reconocimiento, y (4) concluye con una articulación en dos niveles de su dimensión jurídica.

**ABSTRACT.** The right to a secure health capability is the answer to the question about the meaning of the right to health from an ethical-legal perspective as well as a development of a theory of health justice. The paper (1) explains the meaning of health as object of legal protection; (2) justifies why rights are the best normative approach; (3) shows its threefold philosophical foundation: capabilities, secure functionings, and recognition; and (4) concludes with a two-level framework of its legal dimension.

**PALABRAS CLAVE.** Capacidades. Capacidad de salud segura. Derecho a la salud. Derechos. Determinantes sociales de la salud. Funcionamientos seguros. Reconocimiento.

**KEYWORDS.** Capabilities. Recognition. Right to health. Rights. Secure health capability. Secure functionings. Social determinants of health.

El derecho a una capacidad de salud segura es mi respuesta a la pregunta sobre el significado del derecho a la salud desde una perspectiva ético-jurídica y un desarrollo del marco filosófico y jurídico de una teoría de la justicia en salud. Para justificar dicha conclusión comenzaré enunciando algunas tesis y las razones que las sustentan para presentar el significado de los dos conceptos principales: salud y derechos. Después expondré su triple fundamento filosófico y finalizaré explicando la estructura y los rasgos de su articulación jurídica.

---

<sup>1</sup> Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Universidade da Coruña

## 1. OBJETO

La salud es una necesidad humana universal. Aunque resulte debatible su significado personal y social, no lo es su condición de elemento necesario para una vida humana satisfactoria. Más aún, la salud no solo es necesaria sino también valiosa, pues es un bien apreciado por los individuos y las comunidades.

La salud es una realidad cultural o histórica que no siempre se ha entendido ni valorado del mismo modo. Tradicionalmente se ha caracterizado de forma dialéctica con su concepto antagónico, la enfermedad. En la cultura primitiva, ejemplificada en los relatos de las grandes religiones mediterráneas, se concibe la salud como gracia y la enfermedad como des-gracia. En la cultura antigua, interpretando la realidad en términos de naturaleza, la salud se concibe como orden y la enfermedad como des-orden. En la cultura moderna, sobre todo a partir del siglo XVII, la salud no es ya primariamente una cuestión de hecho sino un problema axiológico, y se entiende la salud como dicha y la enfermedad como des-dicha<sup>2</sup>. A mediados del siglo XX destaca la utópica noción propuesta por la Organización Mundial de la Salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de enfermedad<sup>3</sup>. En nuestros días se abren paso concepciones más equilibradas y realizables. Así sucede en la nueva definición biopsicosocial de la Organización Mundial de la Salud en términos de funcionamiento y capacidades, como resultado de la interacción del individuo con el entorno<sup>4</sup>. Hoy la salud se considera valiosa porque nos capacita para perseguir nuestros objetivos vitales e interactuar en el marco social; es una oportunidad o posibilidad de vida<sup>5</sup>, una capacidad humana básica<sup>6</sup>.

Si la salud es necesaria y valiosa para los individuos y las comunidades es razonable concluir que su protección es una cuestión de justicia, y como tal exigible en el sentido tradicional de los deberes perfectos. En la medida en que la salud es una consecuencia de las condiciones en las que vive una persona, se comprende que la inequidad de salud (*health inequity*), esto es, las diferencias injustas y evitables relativas al estado de salud de

---

<sup>2</sup> Cfr. GRACIA, D., "Historia de los conceptos de salud y enfermedad", en *Bioética clínica*, Santa Fe de Bogotá, El Búho, 1998, pp. 19-31.

<sup>3</sup> Cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 1946. (Accesible en [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf?ua=1](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf?ua=1). Visita: 15.11.2016)

<sup>4</sup> Cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud* (CIF), OMS. OPS. IMSERSO, Madrid, 2001.

<sup>5</sup> Cfr. DANIELS, N., "Justice, Health, and Health Care", en Rosamond Rhodes, Margaret P. Battlin, Anita Silvers (ed.), *Medicine and Social Justice. Essays on the Distribution of Health Care*, New York, Oxford University Press, 2002, pp. 6-23.

<sup>6</sup> Cfr. NUSSBAUM, M. C., *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión* (2006), traducción de Ramón Vilà Vernis y Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2007; NUSSBAUM, M. C., *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano* (2011), traducción de Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2012. Con mayor detalle cfr. VENKATAPURAM, S., *Health justice. An argument from the capabilities approach*, London, Polity, 2011.

las personas, se haya explicado a partir de los determinantes sociales de la salud, es decir, las condiciones en las que las personas nacen, crecen, viven, trabajan y envejecen, y el amplio conjunto de fuerzas y sistemas que configuran su vida diaria, entre ellos las políticas y sistemas económicos, las agendas de desarrollo, las normas sociales, las políticas sociales y los sistemas políticos<sup>7</sup>. Si estos determinantes son las “causas de las causas”, esto es, los factores sociales, económicos y políticos que están en el origen de la desigualdad de salud, la justicia en salud no se logra sola ni principalmente con el acceso universal a los servicios sanitarios de calidad, sino sobre todo con una redistribución justa de los determinantes sociales de la salud<sup>8</sup>.

El cuidado justo de la salud es un deber público y no meramente individual, y no se limita a la atención sanitaria, sino que exige actuaciones referidas a otros derechos. No obstante, aun siendo importante subrayar la dimensión social, plural y suprasanitaria del cuidado de la salud, no se deben olvidar otros factores individuales y colectivos distintos de los determinantes sociales que influyen en la salud de cada persona. Por consiguiente, podría concluirse que la salud personal es el resultado de la interacción de cuatro factores: dotación y necesidades biológicas, comportamiento individual, entorno físico y condiciones sociales<sup>9</sup>.

## 2. MODO DE PROTECCIÓN

El valor y el merecimiento de la salud y su condición de deber de justicia justifican su reconocimiento y protección como un derecho. Los derechos expresan el valor y el merecimiento de la salud y son un cauce normativo adecuado –aunque limitado– para la realización de la justicia en relación con la salud. En primer lugar, desde una perspectiva descriptiva, porque son un elemento nuclear de los modernos Estados constitucionales de Derecho y la vía de expresión de las pretensiones justificadas de justicia a nivel nacional e internacional. En segundo lugar, desde una perspectiva prescriptiva, porque sus rasgos los convierten en la propuesta normativa más atractiva para la protección de la salud.

Un primer rasgo es su universalidad. Los derechos se reconocen en razón de la condición de persona, sin otra exigencia, y reflejan y garantizan valores de forma universal.

---

<sup>7</sup> Cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD-COMISIÓN SOBRE DETERMINANTES SOCIALES DE LA SALUD, *Subsanar las desigualdades en una generación. Alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud* (Informe final), Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2009. Accesible en [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44084/1/9789243563701\\_spa.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44084/1/9789243563701_spa.pdf). Cfr. en general [http://www.who.int/social\\_determinants/en/](http://www.who.int/social_determinants/en/); [http://www.who.int/social\\_determinants/es/](http://www.who.int/social_determinants/es/). Visita 15.11.2016). Una posición crítica con la influencia de los determinantes sociales de la salud en PREDA, A.; VOIGT, K., “The social determinants of health: why should we care”, *American Journal of Bioethics*, vol. 15, nº 3, 2015, pp. 25-36.

<sup>8</sup> Cfr. PUYOL, Á., “Ética, equidad y determinantes sociales de la salud”, *Gaceta Sanitaria*, vol. 26, nº 2, 2012, pp. 178-181, 179.

<sup>9</sup> Cfr. VENKATAPURAM, S. *Health justice*, cit., pp. 19, 71.

Constituyen *universalia iuris materialis*, un elemento que ha de estar presente, en cualquier tiempo y lugar, en todo sistema jurídico que pretenda respuestas justas en materia de salud. Además de la universalidad objetiva o de contenido, los derechos son universales desde un punto de vista subjetivo, tanto en relación con sus titulares (todas las personas) como en relación con sus destinatarios (eficacia *erga omnes*: individuos, grupos y poderes públicos)<sup>10</sup>.

Su validez moral, su carácter fundamental, su exigibilidad y su prioridad son otros rasgos que revalidan la idoneidad de este modelo. Los derechos humanos identifican, enuncian y garantizan las condiciones básicas de una vida digna en forma de pretensiones justificadas y exigibles, a través de su triple dimensión. 1) Son una categoría moral, que expresa las capacidades y los bienes más valiosos para el conjunto de la sociedad. 2) Son una categoría jurídica, incluida en las disposiciones jurídicas estatales de mayor rango, las Constituciones, y en las más relevantes disposiciones internacionales, siendo normas jurídicas aplicables y vinculantes para los poderes públicos y los ciudadanos. 3) Finalmente, son una categoría política, en su condición de normas objetivas o institucionales: articulan la estructura del orden jurídico y de la comunidad política, orientan y delimitan la actuación de los poderes públicos, y representan el principal criterio de legitimidad en el ejercicio del poder.

Otros dos rasgos son decisivos para la realizabilidad del derecho a la salud. De una parte, su carácter prestacional: un derecho no funciona si solamente se reconoce; necesita medios y acciones positivas para su ejercicio. De otra, su doble dimensión, en cierto modo ya anticipada. Los derechos son facultades subjetivas o individuales, que garantizan el ejercicio de nuestra libertad; además, poseen otra dimensión, sin la cual la dimensión subjetiva decaería: la dimensión objetiva institucional, ya que los derechos son el elemento estructural del orden jurídico y del orden político. Nuestro Estado de Derecho tiene como elemento axial los derechos humanos, que fundamentan así la comunidad política: en sentido negativo, como límites a la actuación de los poderes públicos, que no pueden lesionar los derechos ni desalentar su ejercicio; y en sentido positivo, como criterio orientador de la actuación, fomentando y promocionando su ejercicio.

El reconocimiento de la salud como derecho en el plano nacional parte de los textos constitucionales y se completa con la labor legislativa y jurisprudencial. En España, la Constitución de 1978 reconoce el derecho a la protección de la salud en su artículo 43.1, pero la tutela de la salud requiere vincularlo con muchos otros derechos de su catálogo iusfundamental, comenzando por los derechos a la vida y a la integridad física y moral (art. 15)<sup>11</sup> y a su fundamento común, la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)<sup>12</sup>. En el plano

<sup>10</sup> Cfr. ALEXY, R., *La institucionalización de la justicia*, Seoane, J. A. (ed.), traducción de José Antonio Seoane, Eduardo R. Soderó, Pablo Rodríguez y Alfonso Ballesteros, tercera edición ampliada, Comares, Granada, 2016, pp. 59-65

<sup>11</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 139/2016, de 21 de julio, y vinculados a ella los Autos del Tribunal Constitucional (AATC) 239/2012, de 12 de diciembre, FJ 5; 114/2014, de 8 de abril, FJ 8; 54/2016, de 1 de marzo, FJ 5.

<sup>12</sup> Cfr. STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3.

internacional está ya presente en el Preámbulo de la Constitución de la OMS (1946) y, dos años más tarde (1948), en la Declaración universal de derechos humanos (artículo 25.1). Con posterioridad, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 (art. 12) y otras normas específicas<sup>13</sup>, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (art. 35) y disposiciones recientes de *Soft Law* como la Declaración universal sobre Bioética y derechos humanos de la UNESCO de 2005 (sobre todo, art. 10, en relación con los arts. 3, 11 y 14) han perfilado el estatuto jurídico de la salud en el Derecho internacional de los derechos humanos.

### 3. FUNDAMENTO

La validez y viabilidad de los derechos como vía de protección de la salud depende del fundamento filosófico y político propuesto para su interpretación, aplicación y desarrollo. Este fundamento, que ha de armonizarse con las nociones de salud y de derechos anticipadas, reposa en tres pilares.

#### a) Capacidades

La primera propuesta teórica es el enfoque de las capacidades (*capabilities approach*)<sup>14</sup>, que afirma que la finalidad de cualquier intervención política, ética y jurídica en materia de salud no debe ser conocer el grado de satisfacción o bienestar, ni tampoco definirse por los bienes o recursos disponibles. Tampoco se han de primar directamente los funcionamientos en lugar de las capacidades: aquéllos señalan lo que la persona hace o es, y éstas lo que la persona puede o es capaz de hacer y ser. La noción apropiada es la noción de capacidad (*capability*), cuyo objetivo es proporcionar a las personas los medios necesarios para elegir, actuar y tener una opción realista para poder elegir lo más valioso. Las capacidades han de entenderse como capacidades combinadas: capacidades internas del individuo junto con condiciones externas adecuadas, y deben configurarse como posibilidades u oportunidades que dejan margen de libertad para que cada individuo defina su bien y lo persiga en un contexto básico de igualdad de oportunidades –o capacidades–, y no de resultados –o funcionamientos–.

---

<sup>13</sup> Cfr. la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 (art. 5); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (arts. 12 y 14); la Convención sobre los derechos del niño de 1989 (art. 24); o la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 (art. 25).

<sup>14</sup> Cfr. SEN, A., *Desarrollo como libertad* (1999), traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia, Planeta, Barcelona, 2000; NUSSBAUM, M. C., *Las fronteras de la justicia*, cit.; NUSSBAUM, M. C., *Crear capacidades*, cit.; NUSSBAUM, M. C., “Capabilities, entitlements, rights: supplementation and critique”, *Journal of Human Development and Capabilities*, vol. 12, nº 1, 2011, pp. 23-37; VENKATAPURAM, S., *Health justice*, cit., en particular pp.113-142; RUGER, J. P., *Health and social justice*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Las capacidades humanas básicas se han expresado mediante estas diez categorías, concebidas como derechos humanos básicos definitorios de la justicia social básica: 1) Vida. 2) Salud física. 3) Integridad física. 4) Sentidos, imaginación, pensamiento. 5) Emociones. 6) Razón práctica. 7) Afiliación. 8) Otras especies. 9) Juego. 10) Control sobre el propio entorno: a) político; b) material<sup>15</sup>.

La salud es una de ellas, presente además en otras capacidades y conectada con las restantes para garantizar una vida humana digna. En concreto, la salud se ha definido como la capacidad de una persona (*person's ability*) de alcanzar o ejercer un conjunto (*cluster*) de actividades humanas básicas, o la capacidad (*capability*) de alcanzar un conjunto de capacidades y funcionamientos básicos o vitales<sup>16</sup>, siendo el objetivo global de las intervenciones en materia de salud garantizar la capacidad de tener salud o estar sano (*capability to be healthy*)<sup>17</sup>.

## b) Funcionamientos seguros

Un complemento teórico del enfoque de las capacidades proviene del enfoque de los funcionamientos seguros<sup>18</sup>. La protección justa de la salud no puede limitarse a garantizar un determinado nivel de funcionamiento en el momento presente sino que exige su mantenimiento a lo largo del tiempo, garantizando la seguridad de la capacidad (*capability security*) de salud. Se trata, además, de disponer de alternativas razonables y seguras de actuación, evitando la exposición a riesgos extremos o el sacrificio de otras capacidades o funcionamientos. En esto consiste una oportunidad genuina y un funcionamiento seguro (*secure functioning*).

Disponer de un número reducido de auténticas oportunidades para los funcionamientos seguros da lugar a una situación de desventaja social, que puede estar generada por deficiencias en tres factores: los recursos internos, los recursos externos y el marco o estructura social. Los recursos internos equivaldrían a las capacidades internas, en tanto que los recursos externos y el marco social equivaldrían a las condiciones externas. En lugar de políticas orientadas a las mejoras personales o en los recursos, la estrategia de intervención apunta a la estructura o marco social a través de la mejora del estatus o posición social de las personas.

Otra contribución de este enfoque es la adición de nuevas categorías a la lista de capacidades humanas básicas. 11) Hacer bien a los otros, o ser capaces de cuidar a los

---

<sup>15</sup> Cfr. NUSSBAUM, M. C., *Crear capacidades*, cit., pp. 53-55.

<sup>16</sup> Cfr. VENKATAPURAM, S., *Health justice*, cit., pp. 42-43 y 109, respectivamente,

<sup>17</sup> Cfr. VENKATAPURAM, S., *Health justice*, cit., pp. 143 ss.

<sup>18</sup> Cfr. WOLFF, J., *Ethics and public policy. A philosophical inquiry*, Routledge, London, 2011, pp. 146-169; WOLFF, J.; DE-SHALIT, A., *Disadvantage*, Oxford University Press, Oxford, 2007. WOLFF, J., *The human right to health*, New York, Norton, 2012.

demás y de expresar gratitud. 12) Respetar y cumplir el Derecho, es decir, poder vivir dentro de los límites del Derecho, sin sentirse obligado a incumplir la ley, estafar, engañar o defraudar. 13) Comprender el Derecho, tanto las obligaciones y los derechos y facultades como las oportunidades que ofrece, lo que exige un sistema jurídico accesible e inteligible. De este modo el lenguaje de la justicia se acompaña con el lenguaje y la ética del cuidado, en particular en la categoría 11, mientras las categorías 12 y 13 destacan la importancia del conocimiento y el respeto del entramado normativo para la acción humana.

## i. Reconocimiento

El tercer pilar de una teoría de la justicia en materia de salud proviene de las teorías del reconocimiento<sup>19</sup>, ordenado en dos dimensiones. La primera es el reconocimiento subjetivo o individual, que requiere la identificación o conocimiento de uno mismo y de sus capacidades y atributos, y el posterior reconocimiento y aceptación mediante la autoconfianza, el autorrespeto y la autoestima<sup>20</sup>. La segunda dimensión, referida al reconocimiento intersubjetivo, ratifica la anterior: ser reconocido por los demás es necesario para completar la propia identidad y para reconocerse uno mismo. Existen tres niveles o formas de reconocimiento recíproco: amor, reconocimiento jurídico y estima social, cuya negación o menosprecio plantean distintos problemas de justicia<sup>21</sup>.

El derecho a (la protección de) la salud no contempla todas estas formas, pues los derechos se orientan a la dimensión del reconocimiento recíproco o intersubjetivo, y dentro de ésta a su segunda forma, el reconocimiento jurídico. El reconocimiento individual y las otras formas de reconocimiento intersubjetivo influyen en el desarrollo y la aplicación del reconocimiento jurídico, pero no alcanzan su grado de exigibilidad.

Por su conexión con la mejora del estatus y la influencia del contexto social destaca el modelo de reconocimiento basado en el estatus, para el que el reconocimiento es una cuestión de justicia social. Esta perspectiva sitúa en un plano de equidad o igualdad a todos los individuos y permite actuaciones independientes de la opinión o valoración del sujeto: las condiciones que nieguen la equidad en la participación social, aun aceptadas, son injustas y han de ser eliminadas<sup>22</sup>. Esta perspectiva social o institucional, más allá del

<sup>19</sup> Cfr. HONNETH, A., *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales* (1992), traducción castellana de Manuel Ballester; revisión de Gerard Vilar, Crítica, Barcelona, 1997; HONNETH, A., "Redistribución como reconocimiento: Respuesta a Nancy Fraser", en FRASER, N.; HONNETH, A., *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate filosófico-político* (2003), traducción de Pablo Manzano, Morata-Fundación Paideia Galiza, Madrid-A Coruña, 2006, pp. 89-148; FRASER, N., "La justicia social en la era de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación", en FRASER, N.; HONNETH, A., *¿Redistribución o reconocimiento?*, cit., pp. 17-88; FRASER, N., *Escalas de justicia*, traducción de Antoni Martínez Riu, Herder, Barcelona, 2008; RICOEUR, P., *Caminos del reconocimiento. Tres estudios* (2004), traducción de Agustín Neira, Trotta, Madrid, 2005.

<sup>20</sup> Cfr. HONNETH, A., *La lucha por el reconocimiento*, cit.; RICOEUR, P., *Caminos del reconocimiento*, cit., pp. 15-31 y 253 ss.

<sup>21</sup> Cfr. HONNETH, A., *La lucha por el reconocimiento*, cit., pp. 114 ss

<sup>22</sup> Cfr. FRASER, N., "La justicia social en la era de la identidad", cit., pp. 36-39, 51.

individuo, vincula el reconocimiento con la exigencia normativa de paridad participativa, que actúa como criterio normativo de evaluación de las injusticias<sup>23</sup>.

La consecuencia más relevante es que el reconocimiento debe ser previo a la distribución, y tal precedencia mejora la justificación de la distribución, pues posibilita la inclusión de todos en la determinación deliberativa de las condiciones de la justicia en salud. Se refuerza así la participación y la representación, propia de la dimensión política de la justicia y entendida como cuestión de pertenencia social y oportunidad de intervenir como igual en los procesos públicos de argumentación y deliberación<sup>24</sup>.

#### 4. SIGNIFICADO JURÍDICO

La traducción jurídica de este recorrido es el derecho a una capacidad de salud segura, que podría articularse en dos niveles<sup>25</sup>:

1. Las *obligaciones básicas o nucleares*, que remiten a la justicia como reconocimiento y ensanchan el ámbito de protección de la salud a través del requisito de universalidad subjetiva de los derechos. En cuanto al contenido se comprueba, además, que esta dimensión básica no se limita al derecho a la asistencia sanitaria, sino que es más amplio. La ausencia de salud no solo lesiona la integridad física a causa de la enfermedad, el sufrimiento o el dolor, sino que incluye también las situaciones de humillación y explotación que atentan contra la propia dignidad, fundamento de los derechos<sup>26</sup>. En suma, protege valores básicos con carácter categórico y derechos de rango constitucional, exigibles jurídicamente.

Dos ejemplos jurisprudenciales recientes de estas obligaciones básicas son el derecho fundamental a la garantía de un mínimo de subsistencia digno (*Existenzminimum*),

---

<sup>23</sup> Cfr. FRASER, N., *Escalas de justicia*, cit., pp. 39, 117.

<sup>24</sup> Cfr. FRASER, N., *Escalas de justicia*, cit., pp. 22, 108-118. Cfr. CORTINA, A., *Justicia cordial*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 95-116, aludiendo a las capacidades; ALEXANDER, R., *La institucionalización de la justicia*, cit., pp. 61 ss., ocupándose de los derechos y la justicia; y PRESIDENTIAL COMMISSION FOR THE STUDY OF BIOETHICAL ISSUES, *Bioethics for every generation. Deliberation and education in health, science and technology*, May 2016, apuntando a la dimensión social y cívica. (Accesible en [http://bioethics.gov/sites/default/files/PCSBI\\_Bioethics-Deliberation\\_0.pdf](http://bioethics.gov/sites/default/files/PCSBI_Bioethics-Deliberation_0.pdf). Visita 15.11.2016).

<sup>25</sup> Cfr. ELEFTHERIADIS, P., "A right to health care", *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 40, nº 2, 2012 pp. 268-285; COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación general N°14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Ginebra, Naciones Unidas, 2000, punto 43.

<sup>26</sup> Cfr. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación general N°14*, cit., puntos 3 y 11.

reconocido en 2010 por el Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>27</sup>, y la afirmación del Tribunal Constitucional español de la conexión de la salud, y el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), con la dignidad (art. 10.1 CE) y el derecho a la vida y la integridad física (art. 15 CE): dada “la vinculación entre el principio rector del art. 43 CE y el art. 15 CE que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral [...] resulta evidente que los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles [...], que poseen una singular importancia en el marco constitucional”<sup>28</sup>.

2. Un conjunto de *finés de realización progresiva*, que remiten a la justicia distributiva y se traducen en derechos desarrollados legislativamente y dependientes del contexto socioeconómico y de las decisiones sobre la distribución en el marco del proceso político y la deliberación cívica<sup>29</sup>. Se trata de alcanzar el máximo nivel posible de salud a través de una distribución justa de las capacidades de salud –después del reconocimiento, para hacer posible la inclusión y participación de todos en la deliberación–. En este sentido es posible afirmar que la ampliación del conjunto de fines de realización progresiva (nivel 2) o su conversión en obligaciones básicas o nucleares (nivel 1) refleja la evolución social sobre el cuidado justo de la salud; y a la inversa, la regresión o reducción de los derechos de salud ejemplifica el proceso contrario<sup>30</sup>.

Lo anterior hace posible comprender y puntualizar algunas tesis iniciales. La necesidad de salud se concreta como capacidad de salud segura, que es lo que merece cada ser humano a lo largo del tiempo para un ejercicio continuado de sus capacidades centrales que permita desarrollar una vida significativa. El cuidado de la salud se afirma como un deber básico de justicia, y no como mercancía que solo disfruta quien puede pagarla. El carácter relacional de los derechos de salud vincula el derecho a la protección de la salud con otros derechos. Además, los derechos de salud son más amplios que el derecho a la salud –si existe como tal– y que el derecho a la protección de la salud, pues este necesita el concurso de otros derechos para garantizar la capacidad de salud segura; y también son más comprehensivos los derechos humanos en el cuidado del paciente (*human rights in patient care*) que los derechos de los pacientes (*patient's rights*)<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Cfr. BVerfGE 125, 175. Cfr. también DEUTSCHER ETHIKRAT, *Nutzen und Kosten im Gesundheitswesen – Zur normativen Funktion ihrer Bewertung*, Berlin, Deutscher Ethikrat, 2011, pp. 78-81. (Accesible en <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/stellungnahme-nutzen-und-kosten-im-gesundheitswesen.pdf>. Visita 15.11.2016).

<sup>28</sup> ATC 239/2012, de 12 de diciembre, FJ 5. En este sentido, cfr. también los AATC 114/2014, de 8 de abril, y 54/2016, de 1 de marzo, así como la STC 139/2016, de 21 de julio, en particular su voto particular primero.

<sup>29</sup> Cfr. ELEFTHERIADIS, P., “A right to health care”, cit., pp. 282-283; COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación general N°14*, cit., punto 44.

<sup>30</sup> Esta segunda opción debería desaparecer, pues según el punto 32 de la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales “existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud”.

<sup>31</sup> Cfr. COHEN, J. and EZER, T., “Human rights in patient care: a theoretical and practical framework”, *Health and Human Rights*, vol. 15, nº 2, 2013, pp. 7-19.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., *La institucionalización de la justicia*, Seoane, J. A. (ed.), traducción de José Antonio Seoane, Eduardo R. Soderó, Pablo Rodríguez y Alfonso Ballesteros, tercera edición ampliada, Comares, Granada, 2016.
- COHEN, J. and EZER, T., "Human rights in patient care: a theoretical and practical framework", *Health and Human Rights*, vol. 15, nº 2, 2013, pp. 7-19
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación general Nº14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Ginebra, Naciones Unidas, 2000.
- CORTINA, A., *Justicia cordial*, Madrid, Trotta, 2010.
- DANIELS, N., "Justice, Health, and Health Care", en RHODES, R.; BATTLIN, M. P.; SILVERS, A. (ed.), *Medicine and Social Justice. Essays on the Distribution of Health Care*, New York, Oxford University Press, 2002, pp. 6-23
- DEUTSCHER ETHIKRAT, *Nutzen und Kosten im Gesundheitswesen – Zur normativen Funktion ihrer Bewertung*, Berlin, Deutscher Ethikrat, 2011.
- ELEFThERIADIS, P., "A right to health care", *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 40, nº 2, 2012 pp. 268-285
- GRACIA, D., "Historia de los conceptos de salud y enfermedad", en *Bioética clínica*, Santa Fe de Bogotá, El Búho, 1998, pp. 19-31
- HONNETH, A., *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales* (1992), traducción castellana de Manuel Ballesteró; revisión de Gerard Vilar, Crítica, Barcelona, 1997.
- HONNETH, A., "Redistribución como reconocimiento: Respuesta a Nancy Fraser", en FRASER, N; HONNETH, A., *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate filosófico-político* (2003), traducción de Pablo Manzano, Morata-Fundación Paideia Galiza, Madrid-A Coruña, 2006, pp. 89-148.
- HONNETH, A., *La sociedad del desprecio*, edición y traducción de Franc J. Hernández y Benno Herzog, Madrid, Trotta, 2011.
- FRASER, N., "La justicia social en la era de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación", en FRASER, N; HONNETH, A., *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate filosófico-político* (2003), traducción de Pablo Manzano, Morata-Fundación Paideia Galiza, Madrid-A Coruña, 2006, pp. 17-88.
- FRASER, N., *Escalas de justicia*, traducción de Antoni Martínez Riu, Herder, Barcelona, 2008.
- NUSSBAUM, M. C., *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión* (2006), traducción de Ramón Vilà Vernis y Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2007;
- NUSSBAUM, M. C., "Capabilities, entitlements, rights: supplementation and critique", *Journal of Human Development and Capabilities*, vol. 12, nº 1, 2011, pp. 23-37;
- NUSSBAUM, M. C., *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano* (2011), traducción de Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2012.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 1946.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud* (CIF), OMS. OPS. IMSERSO, Madrid, 2001.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD-COMISIÓN SOBRE DETERMINANTES SOCIALES DE LA SALUD, *Subsanar las desigualdades en una generación. Alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud* (Informe final), Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2009.

PREDA, A.; VOIGT, K., "The social determinants of health: why should we care", *American Journal of Bioethics*, vol. 15, nº 3, 2015, pp. 25-36

PRESIDENTIAL COMMISSION FOR THE STUDY OF BIOETHICAL ISSUES, *Bioethics for every generation. Deliberation and education in health, science and technology*, May 2016

PUYOL, Á., "Ética, equidad y determinantes sociales de la salud", *Gaceta Sanitaria*, vol. 26, nº 2, 2012, pp. 178-181.

RICOEUR, P., *Caminos del reconocimiento. Tres estudios* (2004), traducción de Agustín Neira, Trotta, Madrid, 2005.

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

SEN, A., *Desarrollo como libertad* (1999), traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia, Planeta, Barcelona, 2000

VENKATAPURAM, S., *Health justice. An argument from the capabilities approach*, London, Polity, 2011.

WOLFF, J., *Ethics and public policy. A philosophical inquiry*, Routledge, London, 2011.

WOLFF, J., *The human right to health*, New York, Norton, 2012.

WOLFF, J.; DE-SHALIT, A., *Disadvantage*, Oxford University Press, Oxford, 2007.