

DESAFÍOS DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EL PROCESO HACIA SU DIGITALIZACIÓN: EQUIDAD, SOSTENIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD

ESTHER SEIJAS VILLADANGOS

Catedrática de Derecho Constitucional

Universidad de León

TRC, nº 56, 2025, pp. 217-255

ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Algunas puntualizaciones sobre la problemática actual en materia de salud y sanidad. II. Argumentos para la equidad. III. Necesidad de su sostenibilidad para materializar un derecho a la sanidad. IV. Digitalización del derecho a la sanidad: progresividad o interdicción de la regresividad desde el espacio europeo de datos de salud (EEDS).

I. ALGUNAS PUNTUALIZACIONES SOBRE LA PROBLEMÁTICA ACTUAL EN MATERIA DE SALUD Y SANIDAD

Un estudio desde la óptica constitucional del derecho a la protección de la salud, en clave contemporánea, exige que se imprima una perspectiva que pasa necesariamente por su contextualización, a modo de estado de la cuestión, donde compilaremos los pilares teóricos y fácticos sobre los que hemos construido nuestra reflexión y su propósito. El objeto fundamental será consolidar la posición constitucional del derecho a la protección de la salud desde los principales desafíos que atiende en la actualidad, escrutados a partir de un chequeo de la realidad, de las reivindicaciones y polémicas que le atañen, acorde a una metodología inductiva. El trabajo se concibe como una miscelánea de realidad y teoría, una forma de entender la consolidación de la cultura constitucional.

Para ello la primera hipótesis se conectará al fortalecimiento del elemento (la asistencia sanitaria) que nos llevará a sustentar un específico derecho a la sanidad.

Desde este *prius* teórico se proyectará una segunda hipótesis consistente en la necesidad de definir el contenido del derecho a la sanidad a partir de tres principios o referencias: equidad, sostenibilidad y progresividad o interdicción de la regresividad, derivados del mandato constitucional y presentes en la *Estrategia de Salud Digital 2021-2026* del Gobierno de España, dado que el proceso hacia su digitalización va a ser el espacio en el que se implemente. Su reflejo en la estructura y diseño del texto se inspira en el trabajo de Corkin sobre Constitucionalismo 3 D (Corkin, 2013)¹. El mensaje transversal se centra en la consolidación y el irrenunciable avance del Estado social, del que el derecho a la protección de la salud, merced a la consolidación de un derecho a la sanidad, es un componente irrenunciable.

El pilar teórico del estudio parte de una afirmación *a priori* impactante: «no tiene sentido proclamar un derecho a la salud» (De Lora y Zúñiga, 2009: 21), de la misma manera que no cabría reivindicar jurídicamente el derecho a la altura, a la listeza o a la guapura. Empero, frente a esa elipsis, la Constitución reconoce el derecho a la protección de la salud (art. 43.1CE), enfatizando una dimensión tuitiva y el dato de que el orden de los factores sí altera el producto. Los titulares de ese derecho adquieren frente al titular de la obligación, los poderes públicos, un derecho a que se utilicen los medios necesarios, no al alcance de un resultado definido de antemano. Es un derecho a exigir una asistencia sanitaria, unas prestaciones médicas, unos cuidados médicos, pero no a un cumplimiento de unas expectativas de curación precisas. La obligación del médico es una obligación de medios, asimilable a un contrato de servicio y no de obra, lo que implica que no es una obligación de curar al paciente, sino de administrarle todos los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia, atendiendo al principio de la *lex artis ad hoc*. Incluso, en la medicina satisfactiva (v. gr. cirugía estética) se aplica una obligación de medios cualificada, pero no de resultados (STS 828/2021, de 30 de noviembre, FJ 3.2).

El legislador define la salud como forma de vivir autónoma, solidaria y gozosa, que proporciona junto con la educación las mejores oportunidades para que una sociedad tenga bienestar (preámbulo, Ley 33/2011, de 4 de octubre, *General de Salud Pública*). Es un componente inherente a nuestro desarrollo como personas, a nivel individual y social, a la par que un requisito habilitador para el ejercicio en plenitud de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

1 Constitucionalismo en 3D o Constitucionalismo tridimensional, con esa denominación, Joseph Corkin, ha ideado un método para conceptualizar la forma de legislar (*underworld*, inframundo) partiendo de la premisa de que el complejo parlamentario-gubernamental de carácter estatal ha menguado en aras a tres presiones, a tres ejes que inciden en ese formato tradicional. Un constitucionalismo en 3D, en el que el eje parlamento gobierno se vea afectado horizontalmente, por el peso de la burocratización y el tecnicismo de quienes no han sido electos; verticalmente, por los procesos de globalización y europeización y, lateralmente, por el peso de actores privados que claman por una autorregulación en un contexto de crisis y de recuperación del protagonismo de planteamientos neoliberales.

La salud es un bien jurídico constitucionalmente protegido (STC 141/2024, de 19 de noviembre, FJ 3), teniendo esa protección una doble dimensión, ontológica y orgánica. La dimensión ontológica se vincula a un derecho de la personalidad que se ve fortalecido por su conexión con otros derechos fundamentales, en particular el derecho a la vida y a la integridad física y moral y a no sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes de acuerdo con el art. 15 CE, siendo su fundamento el mencionado art. 43.1 CE. En esta aproximación hablaríamos del constitucional *derecho a la protección de la salud*, entendido como una libertad que garantiza la autonomía personal respecto a la salud, libertad negativa consistente en solicitar el abstenerse de conductas que lesionen su salud —el Tribunal Constitucional asume resignadamente que del derecho a la protección de la salud «no se derivan obligaciones para el paciente» (STC 84/2023, de 5 de julio, FJ 3)— y libertad positiva en cuanto potencia el derecho de la persona a ejercer una autodeterminación con respecto a su salud, un auténtico derecho a decidir sobre su propia condición física y psíquica. En este ámbito tuitivo, la salud comprende, de un modo lato, aquel estado de completo bienestar físico, mental, social, que no solamente se vincula a la ausencia de afecciones o enfermedades. Es aquí donde se insertan los identificados como derechos de los pacientes, agrupables en cuatro categorías: *derecho a la información* (derecho a la información asistencial y terapéutica, derecho a la información sanitaria y epidemiológica y derecho a la participación); *derecho a la privacidad* (derecho a la intimidad, derecho a la confidencialidad); *derechos relativos a la autonomía de la decisión* (consentimiento informado, instrucciones previas) y otros derechos (como el derecho a la libre elección de médico o el derecho a la segunda opinión médica) (Escobar, 2012; Seijas Villadangos, 2006).

Su segunda vertiente es de naturaleza prestacional, orgánica o funcional, conectada a un «derecho a la asistencia sanitaria» (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 5, o más recientemente 36/2022, de 10 de marzo, FJ 7 o 18/2018, de 22 de febrero, FJ 3), en una acotación individual, y a un «derecho a la salud pública» (STC 84/2023, de 5 de julio, FJ 3) (sanidad e higiene), concebido colectivamente, en resumidas cuentas, un *derecho a la sanidad*. Lo que se pondera es la consideración de la sanidad como un elemento esencial del orden jurídico y social constitucionalizado. Este derecho a la sanidad de contenido prestacional se ancla en el cumplimiento de los mandatos constitucionales del art. 9.2 CE y del art. 43 CE, en particular sus apartados segundo y tercero, a los efectos del establecimiento de derechos «derivados del apartado 1 de ese mismo precepto» (STC 139/2016, de 21 de julio, FJ 8). En su configuración es preciso atender múltiples variables: políticas, biológicas, científicas, sociales, ambientales, ecológicas, económicas financieras o de cualquier otra naturaleza, incluyendo la salud pública, la actuación profesional y la resolución de conflictos biojurídicos (Madies, 2017: 1). La consideración de la sanidad como objeto de análisis por las ciencias sociales, en particular por las ciencias jurídicas (Pemán Gavín, 2013), derivaría en la articulación de un derecho sanitario. Este *Derecho sanitario* tiene como referente la sanidad y las prestaciones que

dispensa, enraizando en el sustantivo derecho a la asistencia sanitaria. Su referente objetivo se vincula al conjunto de los servicios y prestaciones de carácter público que denominamos Sistema Nacional de Salud (SNS). Esta dimensión de la protección de la salud se conecta con la propia definición de nuestro Estado como Estado social (art. 1.1 CE) y se traduce en un derecho a exigir de los poderes públicos actuaciones y prestaciones encuadradas en lo que llamaríamos salud pública y, por otro lado, a la asistencia sanitaria (Fernández Montalvo, 2010: 14-15). Las primeras se vincularían a un concepto más amplio, policía sanitaria, que aglutinaría una serie de medidas administrativas orientadas a la protección de la salud ante situaciones de riesgo, como por ejemplo ante una pandemia, o alteraciones medioambientales. En esta esfera se incluirán medidas de control alimentario, de supervisión de la producción farmacéutica, seguridad medioambiental, industrial o control de aguas, cuya garantía corresponde a los poderes públicos en condiciones de igualdad (STC 111/1986, de 30 de septiembre, FJ 2). El derecho a la sanidad, en cuanto derecho a las prestaciones sanitarias encaminadas a la preservación o al restablecimiento de la salud, se configura en la legislación ordinaria, estando orientado a la educación sanitaria, a la prevención, a la asistencia sanitaria y a la rehabilitación funcional y reinserción social del paciente (art. 6, Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad). Para ello no cabe un único modelo, pudiendo organizarse desde el principio de libertad de configuración por parte del legislador (STC 206/1997, de 27 de noviembre, FJ 5). Así, la conexión entre estas dos dimensiones del derecho a la protección de la salud apunta hacia su complementariedad, de modo que podemos sostener que el derecho a la asistencia sanitaria es una condición sin la cual no podemos hablar en la actualidad del derecho a la protección de la salud, que vendría a subsumir e integrar este derecho a la sanidad. El derecho a la sanidad es aquella dimensión objetiva que otorga eficacia y plenitud al derecho a la protección de la salud, el Tribunal Constitucional habla de «efectividad» (STC 80/2020, de 15 de julio, FJ 4). Su tratamiento singularizado es una exigencia de la propia evolución de la configuración jurídica de la sociedad, así como de la concepción contemporánea del mismo, siendo el referente de nuestra aportación.

La garantía de la derecho a la protección de la salud y del derecho a la sanidad no puede obviar el literal formalismo constitucional de su consideración como un principio rector de la política social y económica, «lo que no implica que el art. 43 CE constituya una norma únicamente programática, vacía de contenido, sin referencias que lo informen, especialmente con relación al legislador, que debe configurarlo en virtud del mandato del art. 43.2 CE para que establezca las prestaciones necesarias para tutelar la salud pública» (SSTC 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 7; 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8, y 14/1997, de 28 de enero, FJ 11). Por ello, su apropiación del atributo de derecho fundamental (Escobar Roca, 2012: 1073) solo sería admisible de modo mediato. Así, al atender a «un valor de indudable relevancia constitucional» (ATC 96/2011, FJ 5) como es la protección de la salud, la necesaria obligación de acción que supone se erige en objeto de una pretensión subjetiva ante los tribunales (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 10). Dicha fortaleza nos lleva a optar

por la esencialidad que ha de determinar su protección constitucional (Seijas Villadangos, 2024: 86). Esa consecuencia en el ámbito garantista se fundamentaría en otro atributo de la cualidad de esencial, el referido como esencial constitucional o constitucionalismo de lo esencial (*constitution the essentials*), que ha de trascender las vicisitudes del pluralismo político (Rawls, 1993: 137). Por ello se puede identificar un contenido mínimo que haga reconocible el mandato imperativo que los poderes públicos deben asegurar y prestar *ex art.* 43 CE de un derecho a la asistencia sanitaria o derecho a la sanidad «en cualquier circunstancia a cualquier persona con el fin de preservar el derecho fundamental a la vida y la integridad física contenido en el art. 15 CE» (STC 139/2016, de 21 de julio, FJ 10). En consecuencia, formalmente, el derecho a la sanidad es un principio rector que disfruta de las garantías previstas en el 53.3 CE, pero materialmente, a partir de una necesaria, expresa, razonable y proporcional conexión a derechos fundamentales, en particular la vida y la integridad física con los que no debe confundirse (STC 141/2024, de 19 de noviembre, FJ 3), debe beneficiarse de la protección constitucional dispensada a los mismos. Tutela mediata por esa necesaria conexión *versus* la inmediatez tuitiva garantizada a los derechos fundamentales. Para ello la libertad de configuración del legislador debe vincularse con unas «referencias» (STC 118/2019, de 16 de octubre, FJ 5), que identificaremos con los principios de equidad, sostenibilidad y progresividad, definidores del contenido indisponible del derecho a la sanidad, tanto en el contexto analógico como en el digital, acorde con el mandato constitucional.

Dos consecuencias pueden derivarse de esta tesis. La primera: la atribución del carácter de fundamental al derecho a la sanidad supondría un *sorpasso* a la literalidad de la Constitución que solo puede afrontarse mediante una reforma. Lo que sí sostenemos es una proyección mediata de sus garantías a través de una configuración legal que respete el mandato constitucional de su relevancia o esencialidad por conexión a derechos fundamentales y que ha de integrar un contenido mínimo que actuaría como referencia de su constitucionalidad. La segunda: la relevancia constitucional del derecho a la sanidad neutraliza la cautela que impide una inconstitucionalidad por omisión que se predica de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III de la Constitución (STC 34/2023, de 18 de abril, FJ 3), por lo que unos poderes públicos inertes en la defensa del derecho a la sanidad serán contrarios a la Constitución. Fusionando ambas, y a la luz del anteproyecto de reforma del art. 43 CE —interrupción voluntaria del embarazo— se postula la constitucionalización expresa de un derecho a la sanidad pública, siguiendo el patrón del art. 64.2 de la Constitución portuguesa, o más literalmente del art. 20.d de la Propuesta de reforma del Estatuto para Castilla-La Mancha. Desde esa reforma constitucional expresa, se blindaría el derecho a una sanidad/atención sanitaria en condiciones de igualdad y calidad. Su proyección se aplicaría a derechos ya reconocidos, como el del aborto, así como a nuevos derechos y prestaciones fruto del principio de progresividad, inmunizando la Constitución y nuestro Estado social frente a potenciales veleidades regresivas.

Un pilar fáctico revitaliza ese posicionamiento conceptual al vincularse a las diferentes problemáticas que un ciudadano en la España del siglo XXI podría plantearse si le preguntásemos sobre cómo concibe el reconocimiento constitucional del derecho a la protección de la salud y el derecho a la sanidad. Aquí nos hablarían, y hablaríamos², de la saturación y de las listas de espera, del temor a la privatización, de las huelgas de los médicos, de las diferencias en su ejercicio entre diferentes autonomías, de los errores médicos y en los protocolos preventivos, de la aparición de nuevas enfermedades y de nuevos tratamientos para las ya conocidas y de su no accesibilidad para todos, del turismo sanitario, de la necesaria atención a la salud mental, de los protocolos de la vergüenza, de los mutualistas, de nosotros mismos porque en el algún momento de nuestras vidas somos o seremos titulares de ese derecho a la sanidad y reivindicaremos ese sustento que le brinda la Constitución. Cuando es una médica quien expone sus reflexiones parte, cual Constitución normativa de Loewenstein, de congratularse por el excelente sistema sanitario del que disfrutamos, para, de inmediato, formular dos afirmaciones igualmente impactantes a la inicial del pilar teórico. El espacio de salud donde interviene la asistencia sanitaria es minúsculo, frente a lo que creemos tradicionalmente, y, segunda, los principales problemas de la sanidad proceden del abuso de sus virtudes. El código genético y el estilo de vida, de algún modo expresado por Anna Gilmore (*El País*, 12 de junio de 2025) como el código postal, son los mayores condicionantes de nuestra salud. En un pequeño porcentaje residual es donde incide ese derecho a la sanidad que busca hacer efectiva la protección del derecho a la salud. El segundo dato apuntado viene de la distorsión de alguno de los elementos que cualifican el diseño legal del mandato constitucional. Por ejemplo, la conexión de universalidad con gratuidad y la irresponsabilidad que de ello se deriva; el desbordamiento de la autonomía del paciente que lleva a atender lo que el paciente quiere, o a veces exige, avalado por el Doctor Google, por la IA o por una particular aplicación del test de la envidia de Dworkin (1993: 87-88), desde lo publicitado en la prensa o en redes sociales —reivindicando desde un modelo específico de prótesis de rodilla hasta una plasmaféresis o una doble mastectomía profiláctica, emulando a Orlando Bloom o a Angelina Jolie—. Finalmente, la disfunción alcanza su plenitud cuando la política (sobrepasando el inherente contenido político de los derechos sociales) y, sobre todo, el politiquero también llega a centros de salud, hospitales, a la gestión de los servicios asistenciales o a las simplistas propuestas para salvar su sostenibilidad, como culpabilizar sin más a la inmigración de su situación³. Ese pulso también se puede atajar, como se evidenció en la aprobación unánime de la Ley 3/2024, de 30 de octubre, *para mejorar la calidad de vida de*

2 Algunas de ellas están presentes en el Informe anual del Defensor del Pueblo, 2024. Anexo B. Resoluciones formuladas por el Defensor del Pueblo. Anexo B.2 Sugerencias. P. 108 (Listas de espera), pp. 138 y 152, salud mental.

3 Refutado por algunos estudios como «Acceso al sistema sanitario de la población inmigrante en España según posición socioeconómica» donde se concluye que «la población inmigrante usa menos todos los servicios sanitarios en comparación con la población autóctona» (Santamaría-Rodríguez, S. (et. al), 2025).

personas con Esclerosis Lateral Amiotrófica y otras enfermedades o procesos de alta complejidad y curso irreversible. A estas preocupaciones, trataremos de imprimir una lectura constitucional, desde esas referencias o principios (equidad, sostenibilidad y progresividad) para una operatividad de un derecho a la sanidad.

En este análisis no se puede obviar la pandemia de la Covid-19⁴ y cómo catapultó el derecho a la sanidad a ese status de esencialidad. Desde ese plano se hace obligatorio reflejar su dimensión global y, particularmente, europea. En esta concepción multinivel las turbulencias de la política internacional actual se hacen meridianamente evidentes. Frente al abandono de Estados Unidos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), a comienzos de 2020, su principal valedor al aportar el 20% de su presupuesto —desde un patrón populista emulado en el mes de febrero de ese año por Argentina—, obviando que la OMS «desempeña un papel crucial en la protección de la salud de gente de todo el mundo, incluidos estadounidenses», la Unión Europea⁵ se ha volcado en reforzar la protección de la salud a nivel interno (Unión Europea de la Salud⁶) y a nivel mundial (Estrategia de la Unión Europea en Salud Mundial y Global Gateway⁷). El objetivo es proteger la salud, entendida como bienestar, de los europeos y fortalecer la resiliencia de nuestros sistemas sanitarios, en esencia reforzar el derecho a la sanidad. La manifestación más reciente de esta estrategia europea es la construcción de un Espacio europeo de datos sanitarios con la publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 5 de marzo de 2020, del *Reglamento relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud*, cuya entrada en vigor se fijó para el 26 de

4 V. gr. en 2020, la Comisión de la UE adaptó de manera urgente su Sistema de Gestión Clínica de Pacientes, establecido por la Decisión de Ejecución (UE) 2019/1269 de la Comisión (4), para permitir a los Estados miembros compartir datos de salud electrónicos de los pacientes de COVID-19 que se desplazaban entre los prestadores de asistencia sanitaria y los Estados miembros durante el período álgido de dicha pandemia. (Considerando 2 EEDS).

5 Pese a que en febrero de 2020, la Comisión ha retirado la propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil en materia de IA de 2022, alegando simplificación normativa y la competitividad del sector tecnológico, pero sobre todo diferencias en su concepción y la frontal oposición estadounidense.

6 Sus medidas clave se centran en la preparación ante las crisis, mediante la adopción de estrategias de planificación para afrontar futuras amenazas transfronterizas para la salud; el desarrollo de un plan europeo de lucha contra el cáncer; la reforma de la legislación farmacéutica de la UE en busca de unos medicamentos asequibles, accesibles e innovadores y un enfoque global de la salud mental. Véase: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-of-life/european-health-union_es). El apartado IV de este trabajo acometerá el análisis de este contenido desde su presentación como retos del reconocimiento del derecho a la protección de la salud.

7 *EU Global Health Strategy. Better Health for World in a Changing World*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2022. Se erige sobre tres prioridades: El desarrollo de una mejor salud y bienestar a lo largo de toda la vida, reforzar los sistemas de salud y avanzar hacia una cobertura sanitaria universal y combatir amenazas sanitarias, incluidas pandemias, aplicando el concepto de «una sola salud» p. 8. *Global Gateway* es una nueva estrategia europea para impulsar vínculos inteligentes, limpios y seguros en los sectores digital, energético y del transporte, así como para potenciar los sistemas de salud, educación e investigación en todo el mundo, fruto de la cual se han desarrollado paquetes de inversión en África, Asia y el Pacífico o América Latina y el Caribe. Véase: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/stronger-europe-world/global-gateway_es

marzo de 2025. La digitalización de los datos en salud es el contexto en el que se va a implementar el derecho a la sanidad, adaptando a este ámbito y complementando principios y derechos asentados de forma general en el ámbito de la protección de datos. Sobre este punto de partida teórico práctico analizaremos los elementos que consideramos basales para la protección constitucional del derecho a la salud y a la sanidad desde un análisis de los diferentes desafíos que ha afrontado recientemente.

II. ARGUMENTOS PARA LA EQUITAD

La equidad, entendida como igualdad efectiva, es uno de los principios constitucionales (art. 14 y, particularmente, art. 43.1) sobre los que se sustenta nuestro sistema sanitario público, integrando el núcleo del contenido del derecho a la sanidad y, como tal, se recoge en el diseño normativo que ha contribuido a su creación. Así, la Ley 14/1986, de 25 de abril, *General de Sanidad* (art. 3.2). Por su parte, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de *cobesión y calidad del Sistema Nacional de Salud* en su preámbulo nos ofrece una definición de equidad, como desarrollo del principio constitucional de la igualdad, que garantiza el acceso a las prestaciones y, de esta manera, el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio y posibilita la libre circulación de todos los ciudadanos, señalándose como objetivo de su regulación (art. 1), atributo de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud (arts. 8 bis y 63) y como referente *ad extra* en el desarrollo de programas de cooperación sanitaria (DA7^a). La equidad se convierte en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, *General de Salud Pública* no solo en un fin, sino en un medio para lograr una mejor salud para todas las personas, siendo consustancial a protección de la salud y al diseño de unas políticas públicas en salud, implementación del derecho a la sanidad, cuya plenitud va a depender de su consecución (preámbulo). Como consecuencia de ello se prioriza al señalarla como el primero de los principios generales de acción en salud pública. Asumiendo el presupuesto de su no implementación previa, el art. 3.a establece que «las políticas, planes y programas que tengan impacto en la salud de la población promoverán la disminución de las desigualdades sociales en salud e incorporarán acciones sobre sus condicionantes sociales, incluyendo objetivos específicos al respecto». La equidad pasa a ser un indicador a incorporar en todos los informes públicos que tengan un impacto significativo en la salud de la población y se precisan dos referentes de su verificación: la perspectiva de género y las necesidades de las personas con discapacidad. La creación de la Agencia Estatal de Salud Pública (Ley 7/2025, de 28 de julio, *por la que se crea la Agencia Estatal de Salud Pública y se modifica la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública*) refuerza ese principio de equidad (art. 2.1) que busca eliminar las desigualdades en salud independientemente de las condiciones personales en aras de un derecho a alcanzar el mismo nivel de salud y bienestar.

La equidad en el ámbito del derecho a la sanidad tiene muchas facetas. Por ejemplo, la que pondera la Observación General 14, de 11 de agosto de 2000, que la vincula a la accesibilidad económica, esto es, a la asequibilidad, estableciendo que para que los establecimientos, bienes y servicios de salud estén al alcance de todos, los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos. (12.b. iii). A esta dimensión económica nos referiremos en el siguiente apartado, al hablar de la sostenibilidad, evidenciando la necesidad de conectar los tres principios (equidad, sostenibilidad y progresividad) como referencias del contenido del derecho a la sanidad. Vinculada a la universalidad, el Informe del Consejo Económico y Social de marzo de 2024 *El sistema sanitario: Situación actual y perspectivas para el futuro* identifica su no plenitud por la pervivencia de grupos de personas excluidas como las personas de origen español residentes en el exterior desplazados temporalmente a territorio español y a sus familiares, así como los ascendientes reagrupados por un hijo/a titular del derecho o las personas extranjeras no titulares de derecho, a lo que se une las dificultades para la plena aplicación del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, *sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud* (las exigencias de alfabetización tecnológica para su aplicación, las trabas burocráticas que se acentúan especialmente para determinados colectivos, como las personas solicitantes de protección internacional, personas extranjeras sin autorización administrativa, víctimas de trata, personas españolas que han residido un tiempo en el extranjero o personas en situación de sinhogarismo). Esta misma norma denunciaba la «inequidad manifiesta» que se había derivado de la exclusión producida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril (STC 136/2016, de 21 de julio) y de las anulaciones de las reacciones autonómicas al mismo (entre otras, STC 18/2018, de 22 de febrero) recuperando la ampliación de la titularidad subjetiva del derecho a la atención sanitaria, esto es derecho a la sanidad para las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en España.

No obstante, aquí tres serán los ámbitos de análisis de la equidad: el territorial, el mutualista y el individual, que tienen su correlato con tres de las problemáticas que recientemente se han reavivado y desde las que escrutaremos la implementación de un derecho a la sanidad en nuestro ordenamiento.

1. La equidad en el plano territorial: disimetrías autonómicas del derecho a la sanidad

En el *plano territorial* el diseño descentralizado del derecho a la sanidad se proyecta a partir de la materialización del Sistema Nacional de Salud. Así, el legislador fue consciente desde el primer momento de la necesidad de garantizar

esa equidad. Por ello la Ley 14/1986, establecía que «los poderes públicos orientarán sus políticas de gasto sanitario en orden a corregir *desigualdades sanitarias* y garantizar la igualdad de acceso a los Servicios Sanitarios Públicos en *todo el territorio español*, según lo dispuesto en los artículos 9.2 y 158.1 de la Constitución» —la cursiva es nuestra— (art. 12). El punto de partida es, por consiguiente, que había desigualdades sanitarias a enmendar.

En el primer cuarto del siglo XXI esas diferencias perviven. Algunas son meras diferencias, pero con curiosas lecturas, otras, son auténticas inequidades que afectan al contenido sustancial del derecho.

Entre las primeras, podemos referirnos a modo de ejemplo a cómo una de las manifestaciones respecto al ejercicio de los derechos del paciente, las instrucciones previas, se ha aplicado territorialmente, aspecto más relevante a partir de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de *regulación de la eutanasia* (STC 19/2023, de 22 de marzo, FJ 8Cc). La instrucción previa es un documento emitido por una persona mayor de edad, con capacidad legal suficiente y libremente, dirigido al médico responsable de su asistencia, en el cual expresa las instrucciones sobre sus objetivos vitales, valores personales y las actuaciones médicas que deberán ser respetadas cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurren no le permitan expresar personalmente su voluntad (Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, art. 11). Su condición de norma básica deriva a su regulación de desarrollo por las Comunidades Autónomas (STC 38/2023, de 20 de abril, FJ 6)⁸. Para su viabilidad y eficacia, el apartado quinto de dicho precepto establece la creación de un Registro Nacional de Instrucciones Previas, cuya regulación se acometió por Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas

8 Su recepción en la legislación autonómica la encontramos, entre otras, en las Comunidades Autónomas de Castilla y León (art. 30, de la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud); de Galicia (art. 5, Ley 3/2005, de 7 de marzo, de modificación de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes. Precisamente, en ese precepto se cambia la expresión de «voluntades anticipadas» de la Ley 3/2001, por la de «instrucciones previas»); de Madrid (Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el Registro correspondiente y Decreto 101/2006, de 16 de noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula el Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid) o de La Rioja (Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad). El significante varía, pero no el significado. Así, en la Comunidad Autónoma de Extremadura se designa como «expresión anticipada de voluntades» (art. 17, Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente y Decreto 311/2007, de 15 de octubre 2007, por el que se regula el contenido, organización y funcionamiento del Registro de Expresión Anticipada de Voluntades de la Comunidad Autónoma de Extremadura); en la Comunidad Valenciana se refiere como «documento de voluntades anticipadas» (Decreto 180/2021, de 5 de noviembre, del Consell, de *regulación e inscripción del documento de voluntades anticipadas en el Registro centralizado de voluntades anticipadas de la Comunitat Valenciana*) y en Andalucía como «declaración de voluntad vital anticipada» (Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada y Decreto 59/2012, de 13 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía)

(RNIP)⁹. La diferencia territorial se evidencia sobre los datos disponibles en enero de 2025 con un total de 561.517 instrucciones previas registradas, lo que supone una tasa del 11, 56 por cada 1000 habitantes¹⁰. Por Comunidades Autónomas es Navarra la que presenta un volumen más elevado (tasa de 32, 50), situándose en el polo opuesto la Comunidad de Extremadura (tasa de 3,25). Por sexos, son las mujeres las que más han registrado sus instrucciones previas (tasa del 7,14). Diacrónicamente, desde la habilitación de este Registro en 2012 podemos sostener que se ha quintuplicado el número de instrucciones previas registradas, siendo los mayores de 65 años quienes predominan en su formalización y registro. Sorprende que las Comunidades de Andalucía y Navarra permiten, expresamente, la inscripción de menores emancipados o con 16 años cumplidos, mientras que la Comunidad Valenciana lo permite a menores emancipados, referentes que en Aragón habilitan, incluso, a menores emancipados y mayores de 14. No obstante, es Cataluña la autonomía que sin esa habilitación normativa expresa tiene el mayor número de instrucciones vitales registradas de menores de edad (62). El concepto de mayoría de edad sanitaria, fijada en 16 años por la Ley 41/2002, podría avalar esta contradicción con la ley básica específica. Más difícil es entender fijar el umbral aragonés en los 14 años, para lo cual cabría apelar a la madurez, como referente del legislador para modular su capacidad (STC 92/2024, de 18 de junio, FJ 6), dificultad que se acentúa con la permisividad a los menores para definir sus instrucciones vitales sin aval normativo expreso, como en Cataluña. La especificidad de las instrucciones previas o voluntades anticipadas no puede diluirse en la más genérica de emisión del consentimiento sanitario (incluso en Cataluña la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, *sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica*, cuyo art. 8, reconoce expresamente que para realizar el documento de voluntades anticipadas hay que ser mayor de edad), ni en una referencia a su determinación por la vecindad civil (Casadesus, 2020: 363), dado que el derecho de protección a la salud y su regulación en este particular tiene carácter básico.

Esta faceta diferencial territorial la podemos evidenciar también si analizamos el tipo de cobertura público-privada. Así, mientras en Extremadura, Cantabria o Melilla prácticamente la totalidad de la población depende exclusivamente de la sanidad pública, por el contrario, el 30,5 por 100 de la población en Baleares, el 25,1% en Cataluña, el 23,9% en Madrid o el 21,2 % en el País Vasco disponen de cobertura mixta, público-privada (Informe Consejo Económico y Social, 2024: 45). Con estas diferencias territoriales no se vulnera la equidad, pero si se hace efectiva la disparidad socioeconómica territorial inherente a un Estado descentralizado.

9 El Real Decreto 415/2022, de 31 de mayo, modifica el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. La Orden SCO/2823/2007, de 14 de septiembre, detallaba la configuración del mismo.

10 <https://www.sanidad.gob.es/areas/profesionesSanitarias/rnip/home.htm>

Pero, las diferencias sí se convierten en inequidad cuando hablamos de listas de espera, esperanza de vida o dotación de alta tecnología en las prestaciones sanitarias. Hablaremos de disimetrías dado que su existencia distorsiona anómalamente desde un velo de autonomía política, hasta el punto de su negación, el principio de equidad que define el contenido del derecho a la sanidad. Así, el Sistema de Información de Listas de Espera del Sistema Nacional de Salud (SISLE-SNS), regulado en Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo, *por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre las listas de espera en el Sistema Nacional de Salud*, muestra importantes diferencias entre comunidades autónomas (Informe de junio de 2024). La situación de la lista de espera quirúrgica en el Sistema Nacional de Salud se situaba en 121 días, con un rango de diferencia de prácticamente cuatro meses entre Andalucía (169 días) o Extremadura (164 días) y Madrid (47 días) (Informe SISLE-SNS 2024, p. 8). Datos que se dilatan en determinadas especialidades como los 317 de la cirugía vascular en Andalucía, o los 398 días de neurocirugía en Aragón (p. 10). En lo que se refiere a la lista de espera de consultas, es Canarias con 147 días de espera —frente a una media elevada de 94 días— quien dilata esa cita, frente a los 49 días en el País Vasco (p. 15). El mandato derivado de la protección constitucional del derecho a la salud exige que se alcance un acuerdo sobre criterios comunes en los tiempos de espera en el SNS, que enfatice la transparencia en su gestión, así como un equilibrio en la oferta y demanda de las prestaciones. Este cometido debería catalogarse como básico y aplicarse a todo el territorio.

La esperanza de vida al nacer también difiere territorialmente. Si Madrid y Navarra gozan de una mayor esperanza de vida, son las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, Canarias y Andalucía donde esa esperanza se acorta (INE, *Fenómenos demográficos* 2023). Respecto a las causas, en 2025 apuntan al cáncer de bronquios y pulmón y a las enfermedades isquémicas del corazón (*Estadística de Defunciones según la Causa de Muerte. Año 2024*. Datos provisionales, 23 de junio de 2025, INE)¹¹. La dotación de equipamiento de alta tecnología en el desempeño de las prestaciones sanitarias también discrimina territorialmente, tensiionando la equidad de forma clara. En el extremo menos tecnologizado hallamos a Cantabria, Castilla-Mancha y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, para distanciarse de modo relevante, Baleares, Aragón y Navarra (Informe CES, 2024: 82). En la medida que de esa disponibilidad tecnológica depende la calidad del derecho a la asistencia sanitaria asistiríamos a una inequidad claramente inconstitucional, por vulneración del principio de igualdad. La misma conclusión se abraza cuando las diferencias se proyectan en el acceso a los medicamentos (Informe CES, 2024: 254).

11 Para una discriminación territorial de esas causas, aunque no actualizada, se pueden consultar Fisa-bio, *Atlas Interactivo de la mortalidad en España por municipios* (1989-2014) 2021 e Instituto de Salud Carlos III, *Atlas de la Mortalidad del Cáncer en Portugal y España en el periodo 2003-2012* (2022).

Otras inequidades adicionales apuntan a las disparidades de la prestación de interrupción voluntaria del embarazo (Informe CES, 2024: 202 y 279) o en el acceso a las prestaciones para la ayuda a morir donde los datos también apuntan a diferencias notables, situándose Cataluña en el extremo más activo, frente a Extremadura y las ciudades autónomas en el otro (*Informe de evaluación anual 2023 sobre la prestación de ayuda para morir*, p. 249). En ambos supuestos la mera posibilidad de que la posición de determinadas autonomías como antipoderes pueda incidir sobre la aplicación de estos derechos habilita un halo de incertidumbre, donde se incubaría un espacio para su potencial inequidad.

En este análisis de la equidad hemos de citar el *Proyecto de Ley por la que se modifican diversas normas para consolidar la equidad, universalidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud*, heredado de la XIV Legislatura, junio de 2022 donde caducó, siendo rescatado dos años después en junio de 2024, para atascarse en la fase de presentación de enmiendas en la Comisión de Sanidad del Congreso, pese a haber sido diseñado como una ley de Comisión a tramitar por el procedimiento de urgencia. En él se busca recuperar conceptualmente la cartera común de servicios del SNS —Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, *por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización*— para unificar la cartera común básica de servicios asistenciales, la cartera común suplementaria y la cartera común de servicios accesorios, a los efectos de bloquear la introducción de nuevos copagos sanitarios y clarificar que las prestaciones de salud pública son prestaciones incluidas en la misma, manteniéndose las carteras de servicios complementarias autonómicas. Sin embargo, no hay alusión alguna a la efectividad de dichas prestaciones, esto es, a aspectos como las listas de espera que hemos analizado, lastrando con ello un aspecto medular de la equidad sanitaria.

Las diferencias en prestaciones sanitarias entre comunidades autónomas son objeto de análisis y debate. A modo de ejemplo, el *Informe que realiza la Federación de Asociaciones para la defensa de la Sanidad Pública*, que, en su vigésima edición de junio de 2024, sitúa a Navarra y País Vasco con los mejores servicios sanitarios, mientras que en el extremo opuesto hallaríamos a Andalucía y Valencia (pp. 7-8). No obstante, la heterogeneidad de los parámetros utilizados (desde los médicos de atención primaria, los profesionales de enfermería o los médicos de atención especializada por cada mil habitantes), fusionados con la subjetividad de algunos de ellos (puntuación de 0 a 10 que se da al funcionamiento de la Atención Primaria) no habilitan estos referentes para formular un juicio de constitucionalidad desde la equidad. Lo útil sería realizar un estudio comparado de la cartera de servicios complementaria incluidos por las comunidades autónomas y a partir de ahí analizar posiciones jurídicas subjetivas reales donde evidenciar la existencia de una desigualdad¹². Para juzgar inequitativa, y por consiguiente inconstitucional,

12 Hay estudios parciales, desde el plano territorial en las que se afirma la existencia de desigualdades territoriales (Tomás Jiménez, 2022: 108) o desde algún aspecto puntual, como el precio de las intervenciones

alguna de estas diferencias, éstas tendrían que incidir de modo directo en el contenido sustantivo del derecho, marcada por las prestaciones identificadas en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre (Cartera Común Básica de Servicios asistenciales, Cartera Común suplementaria y Cartera Común de servicios accesorios) y generar posiciones jurídicas diferenciadas que perjudiquen claramente a unos ciudadanos con respecto a otros, por el hecho de vivir en comunidades autónomas diferentes. Para ello deberían afectar a las «posiciones jurídicas fundamentales» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 10) en la medida que de las desigualdades territoriales discriminatorias (disimetrías) en la materialización del derecho a la sanidad se deriven consecuencias para la vida e integridad física de los pacientes. Cuando esas diferencias recaen en el ámbito de la cartera de servicios complementaria pese a estar cubiertas por el manto constitucional de la autonomía también tendrían que someterse al mismo parámetro de equidad. No obstante, es menester reconocer que muchas de ellas (v. gr. actuaciones dentro de la salud bucodental infantil) han convertido a las autonomías en contrapoderes que han impulsado su incorporación a la cartera común de servicios.

2. ¿Es el mutualismo un privilegio inconstitucional?

En un *plano en clave mutualista* la equidad nos merece alguna reflexión, bien sea por la potente polémica que tuvo su punto álgido a finales de 2024, con el pulso de las aseguradoras al Estado, bien porque la existencia de Muface, Mugeju e Isfas ha sido tildada de «privilegio privado financiado con dinero público» (Vega, 2024). La tensión aludida se saldaría con la aprobación de la Resolución de 30 de abril de 2025, de la Mutuality General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se publica el *Concierto con entidades de seguro para el aseguramiento del acceso a la asistencia sanitaria en territorio nacional a los beneficiarios de la misma durante los años 2025, 2026 y 2027*, y se establecía el mes de mayo de 2025 como periodo de elección de entidad a diversos efectos. ¿Hay una vulneración de la equidad en estos conciertos? ¿es un privilegio inconstitucional?

El origen de las mutualidades se remonta a la época medieval. Durante el siglo XVI surgen las hermandades de socorro, que en el siglo XVIII dan paso a los montepíos. Es en el reinado de Carlos III cuando se tutela por el Estado la creación de montepíos para servidores de lo público, siendo primero el militar, para posteriormente ampliarse al ámbito civil: así, en 1763 se crea el Montepío de Ministerios y Tribunales, y en 1764 el de Oficinas de la Real Hacienda. En 1831, el Estado decidió la absorción de los creados asumiendo su fondo, y también sus obligaciones, con cargo a los Presupuestos del Estado. En la dictadura franquista se perfila su marco

sanitarias que ofrecen datos sorprendentes como el precio de una urgencia sin ingreso varía desde los 40 euros en Aragón a los 356 euros de Baleares o los 383 euros en Galicia (Serpa dos Santos y Urbanos-Garrido, 2025).

jurídico de la mano la Ley 28/1975, de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, creadora del ISFAS, la Ley 29/1975 de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, creadora de MUFACE, y posteriormente el Real Decreto 16/1978 creador de MUGEJU. La dispersión y complejidad de las disposiciones legales aplicables a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado impulsó la aprobación del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado* que junto con el Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el *Reglamento General del Mutualismo Administrativo* que son sus principales referentes normativos en la actualidad. Desde el punto de vista de la igualdad equitativa, la existencia de MUFACE no supone una vulneración porque atiende a un colectivo que es singularizable, los funcionarios de carrera de la Administración Civil del Estado y los funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a Cuerpos de la Administración Civil del Estado. A partir de esa base, «no es posible interpretar que los asegurados de MUFACE, MUGEJU e ISFAS sean ajenos al sistema de salud público» (STC 136/2012, de 19 de junio, FJ 8). Es más, la propia existencia de MUFACE fue un instrumento de paliar una desigualdad que afectaba a un mutualismo disperso y fragmentado, valor del que se ha hecho eco el Tribunal Constitucional (SSTC 208/1988, de 10 de noviembre, FJ 4, 75/1991, de 11 de abril, FJ 2 o 5/1994, de 17 de enero, FJ 4). El acceso a la asistencia sanitaria de los mutualistas es fruto de una libre elección, —fundamentada en la autonomía personal y anclada en diferentes motivos, como la comodidad (Escobar, 2012:1104)— que se formaliza en los meses de enero y junio de cada año natural o con carácter excepcional y motivado fuera de ese plazo, por la que puede optar entre adscribirse a los Servicios Públicos de Salud o a las Entidades de Seguro de Asistencia Sanitaria, con las que existan conciertos (art. 1.4 Resolución de 30 de abril de 2025). Dado que el bien jurídico protegido —la protección de la salud— es de naturaleza estrictamente personal no hay una objeción de constitucionalidad a su existencia. Sin embargo, que no todo es pacífico en este punto lo evidencian las diferentes problemáticas que afloraron en 2024, identificando algunas sombras. A nivel macro, se cuestiona la sostenibilidad de un modelo anclado en una rancia justificación histórica, una especie parangonable a la DA1ª CE, pero más fácilmente enmendable por su rango legal a lo que se une el cuestionamiento de su viabilidad económica, por carecer de un pool de riesgos que permita ejercer contrapesos entre quienes más demandan el servicio y quienes hacen un uso menos intenso (Ministerio de Sanidad, 2024: 17). A nivel micro, hay grandes lagunas en su concepción, como las que plantean los médicos que actúan como falsos autónomos y reciben una retribución claramente indigna de las aseguradoras que abusan de su posición cuasi monopolística, la selección de riesgos que estas aplican visibilizada en la elusión de pacientes con alto coste, como el cáncer de pulmón (Pinilla, 2024: 1571), o la inadecuación a un estadio inicial de digitalización de las recetas (SIREM) solo existente en siete autonomías. También los potencialmente privilegiados pacientes mutualistas tienen sus sombras. Por ejemplo, en lo concerniente al copago que se sitúa en un 30% con independencia

de la situación laboral (TSI 006), circunstancia que supone una leve mejora en los periodos de actividad, pero una desigualdad y un coste insostenible en el momento de la jubilación, especialmente cuando se trata de enfermos crónicos con graves patologías o la inexistencia de facto de determinadas especialidades, bajo el velo de «agenda no abierta». En base a todo ello, lo razonable es una transición hacia la integración plena en el SNS, en un tempo a medio plazo, en el que se afronten esas dificultades operativas del sistema de mutualidades.

3. Los dilemas trágicos en tiempos de pandemia

El *nivel individual* de aplicación del principio de equidad se va a centrar en las consecuencias de las diferencias territoriales en la tasa de mortalidad global y letalidad en mayores de 60 años en el periodo de pandemia¹³ desde el parámetro de la exclusión de la derivación hospitalaria. En lo que Calabressi y Bobbit (1978) y en la doctrina española De Lora (2009: 265-311) han denominado dilemas trágicos.

En una teoría general, cuando planteamos la cuestión de los dilemas trágicos nos referimos a la concurrencia de dos circunstancias, una pluralidad de demandantes y una escasez o unicidad de recursos o servicios sanitarios a prestar. Se pueden diferenciar dilemas trágicos de primer nivel —en condiciones de escasez se plantea el mínimo de asistencia sanitaria que deberían recibir todos los ciudadanos, v. gr. un número mínimo de vacunas— y de segundo nivel, referido a qué criterios pueden emplearse para la selección de pacientes a los que se prestaría una asistencia sanitaria a la que en principio tendrían derecho. Es un elemento de razonamiento que podría insertarse con una cierta habitualidad en la prestación de servicios sanitarios, pero como aproximación particular, en España nos lleva a reflexionar sobre los denominados «criterios de exclusión» que aparecen en protocolos emitidos por la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid en el año 2020¹⁴.

13 La tasa de mortalidad global marcó un rango diferencial territorial de 77 (Canarias) hasta 351 (Castilla y León) muertes por cada 100.000 habitantes; la letalidad entre los contagiados de más de 60 años refleja unas variaciones autonómicas entre el 2,7 (Galicia) y el 7,2 (Castilla-La Mancha) por 100. La situación de partida no era la misma. Así, comunidades autónomas como Castilla y León, con una tasa de dependencia de mayores de 64 años muy por encima de la media nacional (4,7) ofreció tasas de mortalidad elevadas (5,2), aunque serían Castilla-La Mancha (7,2) y Madrid (6,1) donde los porcentajes de esa franja se distanciaron (Informe CES, 2024: 31). Es ahí donde hay que analizar otros factores, en clave de equidad, para evaluar la gestión de la pandemia.

14 Esta cuestión, descrita en los medios de comunicación como «protocolos de la vergüenza» en una cuestión *sub iudice*. En esta reflexión no atenderemos a su dimensión política, al alcance de la remisión y taxonomía —protocolo/borrador— de los documentos, a su autoría, o cronología. Los documentos aquí utilizados son los que se refieren bajo el título «Protocolo de coordinación para la atención a pacientes, institucionalizados en centros residenciales de la Comunidad de Madrid durante el periodo epidémico ocasionado por el Covid-19», a partir de tres versiones (la primera fue firmada el 18 de marzo a las 14:07 horas y tiene cinco

En un plano general, ¿cuándo es legítima la exclusión sanitaria? Podríamos esgrimir argumentos racionales, en el sentido de que lo que no lo fuera necesario para un individuo, tampoco lo sería para el sistema sanitario en su conjunto; argumentos morales, como el ponernos en lugar del otro a quien nuestra decisión beneficiará o afectará, o argumentos pautados o técnicos. En este último bloque De Lora (2009: 267-279) señala unos potenciales baremos. Así, *prior in tempore potior in iure* o *first come, first served*, según el cual el primero en llegar ha de ser atendido; los más graves primero; los más necesarios primero —un médico/paciente frente a un paciente a secas—; priorización en función de la edad —como aplicación de un concepto de necesidad, la persona que va a morir teniendo menos vida tiene más necesidad, consecuencia del planteamiento utilitarista AVAC, años de vida en función de la calidad, o *fair innings* según la cual todos deberían tener derecho a una vida razonablemente larga o normal que una vez sobrepasada estarían viviendo un tiempo prestado (Abasolo, 1988: 244)—; descartar al enfermo culpable de su condición, conectando libertad individual y responsabilidad como criterio de ordenación de la atención sanitaria —v. gr. un paciente con cáncer de pulmón que sigue fumando; un turista que se desplaza a practicar un deporte de riesgo a un país sin cobertura sanitaria— o decantarse por el que mejor pronóstico tenga para aplicarle un tratamiento sanitario. Esta legitimidad deriva en un fundamento técnico-político, pero a partir de él...

¿Qué grado de justiciabilidad se puede aplicar sobre esos criterios? ¿Cuándo pasan de ser legítimos a ser legales? La mera plasmación en un texto normativo o protocolario no legaliza ninguna práctica excluyente de atención sanitaria. En su valoración jurídica habría que aplicar criterios de proporcionalidad «entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone (STC 37/1989, FJ 7), y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial» (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 8), así como su necesidad para la consecución del fin perseguido (SSTC 69/1982, FJ 5, y 13/1985, FJ 2). Fin legítimo, adecuación al mismo, mínimo de intervención y una ponderación entre el interés del individuo, manifestado en su derecho esencial, y el interés público que deberá tener en cuenta la situación particular del individuo y, desde luego, no puede suponer la anulación o negación del derecho. Desde esos parámetros escrutaremos el caso particular.

El primer dato que analizar es la justificación de su formalización. Esta justificación se describe más bien como un objetivo, por un lado, general, la necesidad de coordinación entre hospitales y residencias, por otro, secundario, destacando en primer término la sostenibilidad del sistema sanitario ante un potencial colapso, a lo que se unen otros argumentos como, en positivo, la

páginas; la segunda fue firmada el 20 de marzo a las 16:37 horas y tiene siete páginas; la tercera fue firmada el 24 de marzo a las 20:51 horas y tiene siete páginas). Los documentos han sido publicados en open Access por Infolibre, el 20 de mayo y 5 de junio de 2020 —actualizado 19 de marzo de 2024—. Véase <https://www.infolibre.es/politica/seis-documentos> y https://www.infolibre.es/politica/documento-prueba-gobierno-ayuso-fijo-criterios-exclusion-no-trasladar-enfermos-residencias-hospitales_1_1183461.html.

identificación de los pacientes que se beneficien de una derivación a centros hospitalarios por mejorar el pronóstico de supervivencia y calidad de vida a corto y largo plazo. *A priori*, un objetivo razonable y legítimo, especialmente en la excepcionalidad de la pandemia, desbordado por las inoperantes medidas que, por ejemplo, había adoptado el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud el 18 de diciembre de 2013, en el documento *Intervención sanitaria en situaciones de riesgo para la salud pública*.

En segundo lugar, acotar la singularidad de los destinatarios (una población con características diferenciales respecto del universo de pacientes enfermos). En un concepto de justicia distributiva, tratar desigual a los desiguales. En este objeto, la aplicación a centros residenciales supone incluir no solo residencias para personas mayores, sino centros para personas con discapacidad. Aquí no hay esa justificación de porqué esa excepcionalidad, dado que un paciente con características fisiológicas similares a las tipificadas, pero que residiera en su domicilio no se vería afectado por estos criterios de exclusión.

En tercer lugar, criterios de derivación *versus* criterios de exclusión. Inicialmente se fijaron en positivo unos criterios selectivos de derivación hospitalaria, ya sea por una infección respiratoria o ante otra patología —insuficiencia respiratoria, disnea o taquipnea y fiebre, o criterio de gravedad de la patología aguda a tratar, el paciente es independiente para la marcha o Índice de Barthel >60, paciente sin deterioro cognitivo, o deterioro cognitivo con GDS <6 (*Global Deterioration Scale* de Reisberg); o no existiera comorbilidad asociada en fase avanzada—, del que solo implícitamente se excluirían a determinados residentes (Protocolo 1, de 18 de marzo de 2020). Esto es, quienes quedarían fuera apriorísticamente de esa derivación hospitalaria, serían los dependientes para la marcha o con índice de Barthel —mide la capacidad de una persona para realizar actividades de la vida diaria— inferior a 60, los que presentasen un deterioro cognitivo superior a 6 GDS y quienes tuvieran una comorbilidad (dos enfermedades al mismo tiempo) avanzada. Por el contrario, dos días después se opta expresamente por un halo negativo, «se procederá a derivar al hospital a los pacientes que NO tengan las siguientes características» (la mayúscula es literal), fijando el referente a considerar a partir de «CRITERIOS DE EXCLUSIÓN» (igualmente literal) de derivación hospitalaria ante una infección respiratoria o ante otra patología (apdos. 5. 3 y 4)¹⁵. Se elimina, respecto al primer referente de 18 de marzo, la expresión de paciente independiente para la marcha, se agregan dos supuestos para pacientes «en situación de final de vida» o con «terminalidad oncológica» y se mantienen

15 Se procederá a derivar al hospital a los pacientes que NO tengan las siguientes características, serían CRITERIOS DE EXCLUSIÓN: Pacientes en situación de final de vida subsidiarios de cuidados paliativos. Pacientes con criterios de terminalidad oncológica, de enfermedades de órgano avanzada. Pacientes con criterios de terminalidad neurodegenerativa (GDS de 7). Deterioro funcional severo (definidos por Barthel Deterioro funcional grave (Barthel 25-40) más deterioro cognitivo moderado (GDS 5): lo ideal sería visita / atención en la propia residencia

los criterios de exclusión basados en el grado de dependencia y el estado cognitivo que no obstante rebajan sus indicadores (Barthel 25-40) y deterioro cognitivo moderado (GDS 5), esto es se baja el listón de dependencia a los efectos de incrementar la exclusión de derivación al hospital de referencia. Esto es, el mandato se traducía en reducir el número de derivados. Posteriormente, los protocolos aluden a recomendaciones de exclusión el 24 de marzo de 2020, evolucionando hacia recomendaciones de derivación el 25 de marzo de 2020, en una especie de campaña de Gauss.

Cuarto, la referencia a una situación ideal, cuasi ficticia, de visita / atención en la propia residencia, complementada con un Anexo II referido a medicación imprescindible para el abordaje» de los pacientes «sin criterios de derivación o de últimos días» no contrarresta la rotundidad de la exclusión del derecho a la sanidad.

Desde el punto de vista constitucional de reconocimiento del derecho a la sanidad cómo se valora esta práctica. Rotundamente, se produce una vulneración del derecho a la protección de la salud y el derecho a la asistencia sanitaria, derecho a la sanidad, constitucionalizado, delimitado legislativamente y descrito por el Tribunal Constitucional como «el mandato imperativo que los poderes públicos deben asegurar y prestar (art. 43 CE) en cualquier circunstancia a cualquier persona con el fin de preservar el derecho fundamental a la vida y la integridad física contenido en el art. 15 CE» (STC 139/2016, de 21 de julio, FJ 10). No se respeta su contenido esencial, en el sentido de igualdad ante la prestación de un servicio sanitario. ¿Cabrá justificar una excepción? Si, si se produce una justificación dentro de los parámetros de la razonabilidad y la proporcionalidad, para los que resulta inapropiada la apelación a la sostenibilidad y el colapso, pese a probarse real y no ficticio de los centros sanitarios, y se hubiera acompañado de una alternativa no ideal, sino factible (v. gr. telemedicina). Eliminar el derecho no puede aceptarse como un mínimo, sino un máximo de intervención. Ignorar el derecho supone una frontal inconstitucionalidad, más allá de la matización entre restricción y suspensión de los derechos fundamentales en un contexto de crisis (STC 148/2021, de 14 de julio, FJ 4).

¿Dónde se halla el principal argumento de la inconstitucionalidad? En que dichas pautas hayan estandarizado y protocolizado una denegación *a priori* de la derivación a un centro hospitalario. En sentido contrario, habría que probar que en todos y cada uno de los pacientes no derivados a un centro hospitalario se produjo esa valoración individualizada y personal de su situación desde el centro, junto al geriatra de enlace. No hablamos de la negativa a un tratamiento, de la no aplicación de un derecho de libertad, sino de la exclusión o privación de un derecho. Formalmente, un protocolo ignoró la Constitución, distanciándose de la necesaria colaboración entre la ley y las normas infralegales, desbordando lo que podría describirse como normas procedimentales (STC 136/2024, de 5 de noviembre, FJ 5.2). Materialmente, La situación de la pandemia fue absolutamente excepcional y de una gravedad inimaginable hasta ese momento, pero incluso cuando las circunstancias son más adversas la dignidad de todas las

personas es irrenunciable y cualquier decisión respecto a la misma hay que justificarla de modo personal e informado, al paciente o a sus representantes. La rotundidad de la expresión «criterios de exclusión» evidencia una intervención de la administración pública que excluye la facultad de autodeterminación inherente a los derechos fundamentales, como el art. 15 CE, de modo que este resultó protocolariamente anulado, reforzado por la dimensión coactiva con la que se plasmó, distanciada de lo que sería un efecto disuasorio (STC 140/2026, de 21 de julio, FJ 10), y más cerca de un efecto de «desaliento» (STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 4). La vulneración del derecho a la integridad personal se evidencia en una nueva faceta de la dimensión positiva ya reconocida por la doctrina (STC 38/2023, de 202 de abril FJ 4), la de la facultad de oposición en este caso a la «no asistencia», a la exclusión de ser titular del derecho esencial a la protección de la salud, sin que para ello se recabase consentimiento alguno. Por otro lado, buscar únicamente rédito político o crematístico son objetivos que no están avalados por la garantía constitucional del derecho.

III. NECESIDAD DE SU SOSTENIBILIDAD PARA MATERIALIZAR UN DERECHO A LA SANIDAD

La necesaria «sostenibilidad» (STC 139/2016, FJ 5) del ejercicio del derecho a la sanidad es inherente a su concepción, pudiendo afirmar que se determina su contenido sustantivo al materializar y mensurar su efectividad. Su epicentro radica en analizar el atributo sostenible aplicado al componente objetivo del derecho, la sanidad, y requiere plantear los aspectos esenciales de la financiación sanitaria. Para su comprensión hay que partir de una contextualización específica aportada por los datos de financiación de la sanidad y su marco normativo, además de la constatación de una asimetría entre quién decide y quién paga.

El gasto sanitario público en el año 2023 en España supuso 97.661 millones de euros, lo que representa el 6,5% del producto interior bruto —porcentaje que en 2020 fue del 7,4%, condicionado por la pandemia, pero que ha ido mermando, 7,1% en 2021 o 6,7% en 2022—, siendo el gasto per cápita de 2.021 euros por habitante. Se trata de un sector intensivo en personal, lo que se evidencia en que un 44% del gasto sanitario público se destinó a cubrir las remuneraciones de los trabajadores del sector, destinándose un 10% a la financiación de conciertos sanitarios. Desde una perspectiva funcional, los servicios hospitalarios y especializados representaron un 61% del gasto total consolidado, frente al 14,3% de la atención primaria. En un plano territorial, las Comunidades Autónomas fueron responsables del 93,2% del total del gasto, siendo tres Comunidades Autónomas: Cataluña, Andalucía y la Comunidad de Madrid las que presentan el gasto más alto en valores absolutos, mientras que en relación con su población la Comunidad Autónoma más inversora es el País Vasco, siendo las autonomías con menor gasto sanitario público por habitante Andalucía, Madrid

y Comunidad Valenciana (Rodríguez Blas, M. C. (2025). Estadística de gasto sanitario público, 2023: 2,4,6 y 7).

El *iter* normativo parte del modelo de financiación sanitaria que acompañó la creación de las comunidades autónomas, articulado en torno a unas transferencias finalistas que recibían las autonomías que tenían traspasada la Tesorería General de la Seguridad Social para la financiación de la asistencia sanitaria y que se basaba en el criterio de la población protegida. A partir del 1 de enero de 2002 (Ley 21/2001, de 27 de diciembre, *por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía*) la financiación sanitaria se integraría en el sistema general de financiación autonómica, sin una partida específica para estas prestaciones. El 10 de septiembre de 2005, la II Conferencia de Presidentes se dedicaba a la financiación de la sanidad, y desde el Gobierno se ofreció una aportación directa del Estado cada año para paliar el déficit y se ampliaron las capacidades normativas autonómicas para esta financiación, como la posibilidad de aumentar los impuestos en materia de electricidad e hidrocarburos, además del compromiso de enmendar el retraso en los pagos. La reforma del sistema de financiación autonómico (Ley 22/2009, de 18 de diciembre, *por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias*) consolidó el anterior sistema financiero, incrementando el porcentaje del IRPF y del IVA, cedido por el Estado a las autonomías del 33% y 35% al 50%, y el de los impuestos al alcohol y el tabaco, del 40% al 58%. Adicionalmente, se crean unos mecanismos de complementariedad financiera, entre los que destaca Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales, que busca que todas las comunidades ofrezcan un nivel similar en la prestación de los servicios públicos fundamentales. De este paquete proceden los recursos para la prestación sanitaria, añadiendo los exiguos tributos propios autonómicos y los cedidos por el gobierno central, como patrimonio, sucesiones, donaciones, transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, algunos de ellos con tipos impositivos cero. Adicionalmente, se han creado dos mecanismos de financiación de la atención sanitaria a las personas residentes en una comunidad autónoma distinta de la que está prestando la atención sanitaria que son el Fondo de Cohesión Sanitaria (FCS), (art. 4.B.c) de la Ley 21/2001) y el Fondo de Garantía Asistencial (FOGA). La finalidad del primero es garantizar la igualdad de acceso a los servicios de asistencia sanitaria públicos en todo el territorio español y la atención a ciudadanos de países desplazados procedentes de países de la Unión Europea o de países con los que España tenga suscritos convenios de asistencia sanitaria recíproca. La necesidad de su adaptación al contenido de la LCCSNS, derivó en su vigente regulación (Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, *por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria*) y cuya actualización aporta los nuevos costes anuales a compensar equivalentes al 80% de cada actuación, es decir sin cubrirla en su totalidad, lo que supone un perjuicio a las autonomías receptoras (Orden SND/976/2024,

de 6 de septiembre, por la que se actualizan los anexos I, II y III del Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria). El Fondo de cohesión sanitaria tiene como objetivo financiar los siguientes supuestos: pacientes residentes en España derivados entre comunidades autónomas y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) por determinados procesos con hospitalización y procesos ambulatorios; pacientes residentes en España derivados entre comunidades autónomas para su atención en centros, servicios y unidades de referencia del SNS y asegurados desplazados a España en estancia temporal, con derecho a asistencia a cargo de otro Estado, que pertenezcan a países de la Unión Europea o a otros con los cuales España tenga firmados acuerdos bilaterales. Por su parte, el Fondo de Garantía Asistencial (FOGA) fue creado por el art. 3 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, con el fin de garantizar la cohesión y equidad, mediante la cobertura de los desplazamientos temporales, entre Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, de las personas que gozan de la condición de asegurado o de beneficiario en el SNS, estableciendo diferentes conceptos de compensación, en función de la duración de dichos desplazamientos. Sin embargo, el FOGA no llegó a desarrollarse, aplicándose solo de manera parcial en atención primaria y a la prestación farmacéutica, siendo necesaria su reactivación. Ambos comparten su carácter extrapresupuestario y refuerzan la concepción de la asistencia sanitaria como una prestación no contributiva.

La sostenibilidad de la sanidad irrumpió normativamente de modo expreso a través del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, *de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*. Se abogaba por afianzar su sostenibilidad, mejorar la eficiencia en la gestión, promover el ahorro y las economías de escala —velo desde el que se convertiría en el más relevante icono de una práctica regresiva—, introducir nuevas herramientas a través de las nuevas tecnologías, ganar en cohesión territorial, coordinar los servicios sanitarios y los sociales y, sobre todo, garantizar la igualdad de trato en todo el territorio nacional con una cartera básica de servicios comunes. Igualmente, a partir de la VII Conferencia de Presidentes, de 15 de marzo de 2020, la sostenibilidad de la sanidad en un contexto epidemiológico de pandemia fue uno de los argumentos principales de dichas reuniones.

Para comprender esta necesidad de sostenibilidad y solvencia de la sanidad vamos a proceder a su vinculación a tres interrogantes de relevancia constitucional sobre la financiación de la sanidad: quién, qué y cómo.

Respecto a quién, de la mano de los arts. 9.2 y 158.1 CE, la Ley General de Sanidad establece que los poderes públicos orientarán sus políticas de gasto a corregir desigualdades sanitarias y garantizar la igualdad de acceso a los servicios sanitarios (arts. 12 y 81 LGS). Este elemento subjetivo de la financiación tiene dos polos, uno pasivo, los beneficiarios, y otro activo, el responsable de la financiación.

Respecto a los beneficiarios, el rango de cobertura de la sanidad ha sido calificado formal y materialmente como básico (STC 134/2017, de 16 de noviembre, FJ 5), porque define el ámbito subjetivo de la materia, tanto si se afronta de modo positivo, como negativo, es decir regulando exclusiones, a partir de supuestos donde se pierde la condición de asegurado y beneficiario de las prestaciones sanitarias (STC 97/2017, de 17 de julio, FJ 5), por tanto, competencia estatal exclusiva *ex*. art. 149.1 16 CE. A ello se ha de agregar que la atribución a un órgano estatal de las funciones de reconocimiento y control de la condición de asegurado o beneficiario, entran dentro de la exclusividad estatal, y no por expandir ejecutivamente dichas bases, sino porque se conectan a la competencia exclusiva estatal de coordinación de la sanidad, que se describe como «función previa y coadyuvante al ejercicio por la Comunidad Autónoma de su competencia para el otorgamiento de la tarjeta sanitaria, que consiste en coordinar la información existente para hacer posible la acreditación de que el asegurado o beneficiario reúne en cada momento las condiciones subjetivas previstas» (STC 33/2017, de 1 de marzo, FJ 4). En consecuencia, la actuación autonómica que cabe en este aspecto se ha de limitar a las competencias de gestión final de emisión de las tarjetas sanitarias. En la parte activa, quién paga, «las prestaciones son responsabilidad financiera de las comunidades autónomas» (art. 10 LCCSNS), responsabilidad financiera que viene precedida por una responsabilidad orgánica, según la cual en cada «Comunidad Autónoma se constituirá un Servicio de Salud integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias, que estará gestionado bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma» (art. 50 LGS). Es decir, la autonomía política de las comunidades no puede afectar este núcleo subjetivo de la sanidad, porque «la normativa básica estatal cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo para configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias» (STC 134/2017, de 16 de noviembre, FJ 5), a la par que no puede eludir su obligación de financiarlo.

Una aproximación objetiva a la necesaria sostenibilidad del derecho nos lleva a recapitular las prestaciones sanitarias en las que se materializa. Con la misma rotundidad que en la dimensión subjetiva, el Tribunal Constitucional sostiene que determinar cuáles sean dichas prestaciones, pertenece indudablemente al núcleo de lo básico (STC 97/2017, de 17 de julio, FJ 5), actuación que se ha realizado a través de la delimitación de las carteras de servicios, en sus modalidades básica, suplementaria y de servicios accesorios o su futurible refundición en una única cartera (*Proyecto de Ley de universalidad del Sistema Nacional de Salud*, BOCG, de 24 de mayo de 2024). Sobre ellas, las comunidades autónomas no podrán alterar los importes máximos de financiación porque quebrarían la uniformidad mínima en las condiciones de acceso a las prestaciones sanitarias, generando desigualdad en la protección de la salud (STC 64/2017, de 25 de mayo, FJ 5) y sí habilitar una cartera de servicios complementaria autonómica, coherente y coordinada con las anteriores, que se sustente en su propia suficiencia financiera y que

respete los límites al gasto farmacéutico que establece la legislación en materia de estabilidad financiera y sostenibilidad presupuestaria, asumiendo el coste de estas carteras complementarias, que en ningún caso estarán incluidas en la financiación general de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud (STC 99/2017, de 20 de julio, FJ 4). En ese sentido se han incorporado prestaciones relativas a la asistencia dental, métodos anticonceptivos, cirugía de cambio de sexo o financiación de productos ortoprotésicos.

El punto final es cómo se consigue dicha solvencia. La financiación de los servicios sanitarios se integra dentro de la financiación general de las comunidades autónomas, que ostentan la responsabilidad financiera de las mismas, apoyada por recursos adicionales, fondos, que actúan como complemento a la misma, ordinarios, como el Fondo de Garantía asistencial, o extraordinarios, como el Fondo Covid (Real Decreto 684/2021, de 3 de agosto). Se trata, no obstante, de una responsabilidad condicionada, porque su ejercicio se limita por una acepción expansiva de la uniformidad mínima que se predica del nivel de suficiencia de las prestaciones sanitarias. Así, iniciativas autonómicas como la conocida como «euro por receta», impulsada desde Madrid y Cataluña en 2012 fueron declaradas inconstitucionales al no recaer sobre una prestación nueva, sino directamente sobre todas las prestaciones contempladas en la cartera común suplementaria, haciendo más gravoso para el ciudadano la adquisición de sus medicamentos con receta (SSTC 71/2014, de 6 de mayo, FJ 7b y 85/2014, de 29 de mayo, FJ 3). La misma respuesta obtuvieron iniciativas de minorar el «copago» [Navarra (140/2017, de 30 de noviembre), País Vasco (STC 134/2017, de 16 de noviembre) y Comunidad Valenciana (STC 145/2017, de 14 de diciembre)], al incidir en la reducción en el porcentaje de la aportación a la prestación farmacéutica, lo que afectaría a «elementos nucleares de las prestaciones sanitarias» (STC 64/2017, de 25 de mayo, FJ 5-6) o a la ampliación de los sujetos exentos del mismo, en base a que «la determinación de las condiciones de financiación de las prestaciones farmacéuticas cumple la doble exigencia de ser formal y materialmente básica (STC 134/2017, de 16 de noviembre, FJ 6), por alterar la uniformidad exigida y generar desigualdad». La cuestión del copago, especialmente en el gasto farmacéutico, pero expandible a otras prestaciones sanitarias, requiere medidas correctoras, como por ejemplo subdividir en más tramos el TSI 004, correspondiente a quienes tienen una Renta entre 18.000 y 100.000 euros al año, actualizar las cantidades absolutas por mes, o atender a las pluripatologías, reformando el art. 102 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios*. El principal obstáculo es que los pacientes son votantes.

La reflexión final deriva de la necesaria conciliación entre los arts. 137 y 156 CE, sobre la que se proyectaría el pío deseo constitucional de «equiparar el nivel de vida de todos los españoles» (art. 130 CE), desde dos constataciones que aparentemente chocan. La primera, esa asimetría entre decisión/gestión y financiación, que diseña un sistema de financiación de la sanidad «sobre la base de que

sean las CCAA las que paguen lo que el Estado ha decidido» (Sáenz, 2022: 68), aunque con los matices de la participación autonómica en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, necesitado de reforma, y la puridad de la acepción de autonomía financiera, según la cual «las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera (de gasto) en la medida en que puedan elegir y realizar sus propios objetivos políticos, administrativos, sociales o económicos con independencia de cuáles hayan sido las fuentes de los ingresos que nutren sus Presupuestos. La segunda, si por el origen de los fondos se pudiera condicionar el destino que se haya de dar a los mismos, se privaría a las Comunidades Autónomas de una potestad decisoria fundamental, sin la que no cabe hablar de autonomía» (STC 13/1992, FJ 7).

La hipertrofia de recursos económicos que ha de soportar esa imprescindible sostenibilidad sanitaria ha de buscar salidas, tanto procesales, como materiales. Procesalmente, se hace imperativo que las Comunidades Autónomas participen responsable y eficazmente en los procesos decisorios de los elementos uniformes que configuran la sanidad, que luego han de financiar y gestionar, a través de mecanismos de cooperación y coordinación, donde la preeminencia estatal, no asimilable a unilateralidad (León Alonso, 2010: 398) ha de imponerse a actitudes insolidarias de autonomías potencialmente refractarias, antipoderes, buscando su integración, a partir de un diseño legal preciso y riguroso de la toma de decisiones. Materialmente, es imprescindible que haya unos criterios precisos para calcular el volumen de recursos que necesita cada comunidad autónoma, a la vez que estos se acompañen de una fiscalización minuciosa de su uso, del que ha de rendir cuentas de la mano de la ejecución presupuestaria, que identifica la Intervención General de la Administración del Estado, responsabilidad que no puede eludir el Estado con retrasos en los pagos, garantizando en de forma duradera la suficiencia y adecuación de recursos para una prestación de servicios de calidad, eficiente y adaptada a los requerimientos de una sociedad cambiante y cada vez más exigente (Informe CES, 2024: 13), a la que también hay que exigir una corresponsabilidad en el ejercicio de nuestro derecho a la atención sanitaria en el que no olvidemos el valor, pero tampoco el precio (no acudir a las citas, acopio de medicamentos, un autocuidado responsable). Prospectivamente, enlazando con el siguiente epígrafe, la sostenibilidad del sistema sanitario y del inherente derecho a la sanidad debe imperativamente alejarse de su conversión en un velo *fake* sobre el que se avalen medidas regresivas. Para ello habría que fundar rigurosamente una «necesaria conexión» (en la línea de lo expresado en el voto particular de Xiol Ríos a la STC 139/2016), no sirviendo cualquier augurio fruto de una contabilidad creativa para avalar una involución en el derecho a la sanidad.

IV. DIGITALIZACIÓN DEL DERECHO A LA SANIDAD: PROGRESIVIDAD O INTERDICCIÓN DE LA REGRESIVIDAD DESDE EL ESPACIO EUROPEO DE DATOS DE SALUD (EEDS)

El futuro de la constitucional protección del derecho a la salud y a la sanidad va aparejado a afrontar importantes desafíos. «Retos como, sin ánimo de exhaustividad, abordar el tránsito desde un modelo basado en la atención a pacientes agudos a otro orientado a la gestión de la cronicidad; la adaptación al envejecimiento de la población y el necesario refuerzo de las estructuras de atención primaria y salud pública; la escasez de recursos humanos y su envejecimiento; la incorporación de la digitalización, las nuevas tecnologías y terapias avanzadas y la inteligencia artificial; la innovación en la gestión o una mayor participación de los pacientes y el avance en algunos de sus derechos» son algunos de los más evidentes (Informe del Consejo Económico y Social 1/2024, *Situación actual y perspectivas para el futuro* p. 11). En esa relación, no podemos obviar la necesidad de habilitar espacios jurídicos de especial protección para la atención de enfermos mentales, para atender las reivindicaciones de los profesionales sanitarios o la deriva privatizadora del sistema de salud. La reforma constitucional de 2024 dignifica a las personas con discapacidad, pero no atiende a los enfermos mentales ni a la salud mental, cuya protección sí ha recalado en las cartas de derechos incorporadas estatutariamente (v. gr. art. 22.3 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de *reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía*), y en una exigua legislación autonómica (Ley 6/2023, de 22 de marzo, de *las personas con problemas de salud mental y sus familias*, en la Comunidad Autónoma de la Rioja). El contenido esencial de ese específico derecho a la protección de la salud mental se materializa en actividades de promoción, prevención, asistencia, cuidados y rehabilitación, que doten de eficacia al mismo, derecho a la sanidad, y que han de implementarse en torno a tres tiempos, la promoción y prevención, la asistencia y la recuperación. A modo de ejemplo de esa especificidad podríamos citar el derecho del paciente mental a recibir una atención integral que limite los internamientos involuntarios, garantizando tanto su seguridad, como la de su entorno (SSTC 131/2020, de 2 de diciembre, FJ 4; 141/2012, de 2 de julio, FJ 4 o 34/2016, de 29 de febrero).

Las concepciones que el legislador sustente sobre el derecho a la sanidad van a condicionar sobremanera cómo afrontar muchos de los retos apuntados, pero en particular, el referido a la deriva privatizadora y a la regulación del derecho de huelga en el personal sanitario. Si la perspectiva ideológica con la que concebimos la sanidad se ancla en un libertarismo sanitario se entenderá que la libertad y la responsabilidad de cada persona son el eje de sus derechos, lo que se traduce conferir un mínimo rol al Estado, abriendo el espacio de protección de la salud a la mercantilización y a la privatización. Si se abraza un utilitarismo sanitario, miraremos a la chequera y se defenderá que procede financiar cualquier producto o servicio sanitario siempre que genere un resultado positivo en términos

coste-efectividad (AVAC Años de vida en función de la calidad/QALYS Quantity Adjusted Life years). Por el contrario, en un marco de igualitarismo sanitario progresista defenderemos un derecho esencial de todas las personas a la asistencia sanitaria. La global privatización de nuestra sanidad generaría un efecto de regresividad lesiva del derecho de acceso a la asistencia sanitaria en condiciones de igualdad a todos los ciudadanos españoles (STC 140/2018, de 20 de diciembre, FJ1). Las diferentes formas de gestión privada que se han incorporado a nuestro SNS tienen un valor en cuanto contribuyen a la eficacia del derecho a corto plazo, con manifestaciones exorbitantes como la de la Orden de 23 de febrero de 2023, de la Consejería de Sanidad y Consumo, de la Junta de Andalucía. Ese cortoplacismo no está acompañado de la eficiencia necesaria y sí de una contribución sobremanera a su descrédito.

Respecto a los médicos y sus derechos, hemos de partir del *Resumen del borrador del nuevo Estatuto Marco 2025*, donde se consignan nuevos derechos individuales y colectivos (p. 11). Entre los derechos individuales se reconocen expresamente, derechos a la inamovilidad en su condición de estatutario fijo; a disponer de un plan de prevención y actuación frente a las agresiones y actitudes violentas hacia las personas empleadas o al conocimiento de su jornada laboral y de la planificación anual de la misma, algunos de ellos no exclusivos de la condición de médicos, como la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a la libertad de expresión dentro de los límites del ordenamiento jurídico o a la libre asociación profesional. El reconocimiento como autoridad pública, a los efectos de asegurar la protección y el respeto que les son debidos en el ejercicio de sus funciones y responsabilidades; al acceso a su expediente personal o el derecho a una protección adecuada en su ámbito laboral frente a las represalias que pueda sufrir cuando informe de acciones u omisiones previstas en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, *reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, son reivindicaciones que requieren esa expresa mención jurídica. Por su parte, la consolidación de la salud digital impulsa un nuevo derecho, por su especificidad, como la protección de la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición por la Administración y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como el derecho a la desconexión digital. También se les reconocen derechos colectivos como la participación en los órganos de representación, disponer de un Plan de Igualdad o contar con un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI. Nada se dice de un derecho individual que se ejerce colectivamente, como es el derecho a la huelga. Paradójicamente, desde la redacción de este borrador de Estatuto Marco se han impulsado huelgas médicas, sustentadas en motivos varios como la limitación de la posibilidad de trabajar en el sector privado. Esa muy razonable incompatibilidad se fija para los cargos intermedios y para el personal directivo (p. 13) de los que se presume una dedicación extensiva e intensiva a la sanidad pública que propicie su accesibilidad a todos los pacientes que les

requieran. Su extensión para los médicos residentes se deriva a las comunidades autónomas que deberían adoptar una posición homogénea al respecto. Así, la conexión entre sanidad, huelga y Constitución exige recuperar que «el derecho de huelga ha de moverse dentro de un perímetro que marcan, por una parte, su conexión o su oposición respecto a otros asentados en la Constitución, más o menos intensamente protegidos y, por otra, los límites cuyo establecimiento de deja a la Ley siempre que en ningún caso se vulnere su contenido esencial» (Argüelles, 2022: 59). El derecho fundamental a la huelga no es un derecho absoluto, como cualquier derecho. Cuando su aplicación se ha de conciliar con otros derechos que se conectan a bienes jurídicos esenciales para los ciudadanos como la salud y desde él a la vida —el pilar de todos los derechos, el «fundamentador» de los fundamentales—, hablar de límites al mismo cobra pleno sentido. La «rutinización» de las huelgas sanitarias, aparente protagonista de un efecto dominó, desde el que parece gestarse el impulso contagioso de sus convocatorias, no contribuye a la implementación de su finalidad normativa, laboral o polivalente. Pero incluso en esta cuestión, el derecho a la sanidad muestra su faceta más singular, al encontrarnos paradójicas manifestaciones como «la huelga a la inversa», con la que se busca reforzar la asistencia sanitaria, puro *inside out*.

La consideración del principio de progresividad como un elemento del contenido del derecho a la sanidad deriva de la Constitución, en cuyo preámbulo se establece como su finalidad el progreso para asegurar a todos una digna calidad de vida y en el mandato que se realiza a los poderes públicos para la promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico (art. 40). El derecho a la sanidad es sinónimo de avance y desarrollo. Aquí «la libertad de configuración del legislador encuentra su límite en la Constitución» (STC 137/2025, de 26 de junio, FJ 3) y en su imperativo «antiregresivo», cuyo juicio de constitucionalidad sí ha de incorporar el elemento teleológico inherente a la propia Constitución. La soberanía parlamentaria, «ningún contenido puede considerarse exento de la posibilidad de que el Parlamento lo atraiga para sí» (FJ 3.2.1) no debería contravenir dicho mandato so pena de incurrir en inconstitucionalidad. La Constitución supone un progreso en la dignidad y para ello es preciso avanzar en el desarrollo del derecho a la sanidad. En este contexto, podemos diferenciar dos ámbitos, el material y el formal. Materialmente, la inversión en sanidad no puede admitir reveses, ni derivas ideologizadas retrógradas. Los poderes públicos responsables son tanto el Estado como las comunidades autónomas. La ciencia ha de ir pareja a las demandas y a la consolidación del derecho a la sanidad. Es muy fácil de entender cuando el protagonista de esa tesis es la primera persona del singular. Formalmente, si hay un desafío y un referente del principio de progresividad en el ejercicio del derecho a la sanidad y a la protección de la salud es la consolidación de la sanidad digital. La principal preocupación, *quaestio vexata*, radica en si es preciso articular una nueva batería de derechos o si sirve con adaptar, reacondicionar, los derechos ya existentes en materia de protección del derecho a la salud y a la asistencia sanitaria, e incluso

los referidos a la protección de datos. La radical transformación que supone regular relaciones jurídicas digitales exige nuevos derechos, vinculados a los analógicos de los que no cabe prescindir, pero adaptados a ese marco ciber donde las exigencias, eficacia y garantías han de ser diferentes. Esa relación género especie se hace compatible con la creación nominal de nuevos derechos y tiene su razón de ser en la especificidad del medio donde se canalizan, siendo similar a la que veremos se traba en el plano de la digitalización de datos y su protección a nivel general y a nivel particular en el ámbito de la salud. Dos referencias son útiles, una nacional y otra europea.

La *Estrategia de Salud Digital 2021-2026* se compone de seis planes de acción (Plan de Servicios digitales del SNS, sostenibilidad, mejora de la eficiencia y acceso equitativo al SNS, transformación digital de atención primaria y comunitaria, atención digital personalizada, Sistema de Información para la integración de la información genómica en el SNS (SiGenES) y Espacio de Datos de Salud). Dado que la equidad y la sostenibilidad ya han sido analizados, nos vamos a centrar en el contenido de la digitalización de la salud donde se han activado de manera reciente un nuevo elenco de derechos, adelantando la problemática jurídica que sobre ellos se concibe, sabiendo que la robótica y la inteligencia artificial aplicada en este entorno de salud digital van a obligar a la adopción de nuevos derechos, pero, sobre todo, a una diferente, inmediata y garantista forma de protegerlos (Barrio Andrés, 2018: 134).

El *Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud, y por el que se modifican la Directiva 2011/24/UE y el Reglamento (UE) 2024/2847, (EEDS)* es el primer espacio común de datos de la UE dedicado al ámbito específico de la salud. Su fundamentación se remite a los marcos normativos horizontales en materia de protección de datos de la UE¹⁶, respecto a los que acota al ámbito de la salud su contenido, de lo que deriva que su singularidad tiene como razón de ser su específica aplicación a los datos de salud. Bajo el prisma de un mercado único de servicios y productos sanitarios digitales el objetivo del Reglamento EEDS se centra en el establecimiento de un marco común para el uso y el intercambio de datos de salud electrónicos en toda la UE, la mejora del acceso de las personas a sus datos de salud

16 *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, Reglamento general de protección de datos, RGPD; el Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos); la Directiva (UE) 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión, por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 910/2014 y la Directiva (UE) 2018/1972 y por la que se deroga la Directiva (UE) 2016/1148 (Directiva SRI 2) y el Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828 (Reglamento de Datos).*

electrónicos personales y su control de dichos datos, al tiempo que permite que determinados datos se reutilicen con fines de interés público (Considerando 1 y art. 1º). Su contenido se estructura en un doble uso de los datos, el primario y el secundario. El primario se vincula a una dimensión personal por la que se facilitará que las personas accedan, controlen y compartan sus datos de salud electrónicos a través de las fronteras de la Unión para la prestación de asistencia sanitaria. El secundario aborda un uso mediato de los datos sanitario, salvaguardando la seguridad y fiabilidad, a los efectos de su utilización en actividades de investigación, innovación, formulación de políticas y regulación del derecho a la protección de la salud (Considerando 61, arts. 51 y 53). Su aplicación será gradual, desde marzo de 2025 —formal entrada en vigor e inicio del cómputo del periodo transitorio— hasta marzo de 2034 —su ampliación para el uso secundario hacia terceros países y organizaciones internacionales mediante su adhesión a DatosSalud@UE—, siendo 2029 el año clave de su implementación¹⁷. Los sujetos implicados y protagonistas del EEDS son los pacientes, los profesionales sanitarios, los investigadores, los responsables políticos y reguladores en materia de salud y la industria que persigue la innovación. Respecto a los pacientes, rapidez, gratuidad, seguridad y privacidad, así como derecho de oposición, serán las máximas que garanticen el intercambio de datos de salud con los profesionales sanitarios, también a través de las fronteras comunitarias, y un mayor control sobre sus propios datos de salud electrónicos, con la posibilidad de añadir información sanitaria personal (Considerando 12 —que deberá diferenciarse de la reflejada por profesionales sanitarios— o Considerando 57), restringir el acceso a partes específicas de su historia o a personas concretas, ver quién accedió a sus datos, solicitar correcciones si se han detectado errores y el derecho a visualizar los datos de salud en un formato europeo estándar, sobre la Recomendación de la Comisión sobre un formato europeo de intercambio de datos en materia de salud (*Commission Recommendation on a European Electronic Health Record exchange format* (C(2019)800), de 6 de febrero de 2019, EEHRxF) (Considerando 26 y art. 15). El derecho de oposición podrá ejercerse respecto al uso secundario de sus datos en la investigación y diseño de políticas públicas. Estamos hablando de la creación de un nuevo elenco de derechos, en este referente amplio de la medicina digital, derechos que se han de aplicar

17 De acuerdo con el art. 105 EEDS, en marzo de 2027 se cierra el plazo para que la Comisión adopte varios actos de ejecución clave estableciendo normas detalladas para la implementación del Reglamento (Considerando 105). Dos años después, en marzo de 2029, entrarán en vigor en todos los Estados miembros de la UE las partes clave del Reglamento sobre el EEDS, como el uso primario, el intercambio del primer grupo de categorías prioritarias de datos de salud (historias clínicas resumidas de los pacientes, recetas y dispensaciones electrónicas). También la regulación del uso secundario comenzará a aplicarse a la mayoría de las categorías de datos (por ejemplo, los datos de las historias clínicas electrónicas, HCE). Marzo de 2031 marcará la culminación respecto del uso primario, con el intercambio del segundo grupo de categorías prioritarias de datos de salud (imágenes médicas, resultados de laboratorio e informes de alta hospitalaria) que deberá estar operativo en todos los Estados miembros de la UE. Las normas sobre el uso secundario también empezarán a aplicarse a las demás categorías de datos (por ejemplo, los datos genómicos).

independientemente del Estado miembro en el que se traten los datos de salud electrónicos personales, el tipo de prestador de asistencia sanitaria, las fuentes de esos datos o el Estado miembro de afiliación de la persona física (Considerandos 8 y 9).

Para los profesionales sanitarios (Considerando 22, arts. 11 y 12) se busca que el acceso a las historias clínicas sea más rápido y sencillo, minorando la carga administrativa que supone su acceso desde sistemas diferentes. Para los investigadores supondrá disponer de un mayor volumen de datos, de mayor calidad, más estructurados lo que afectará a la calidad de las investigaciones científicas y a su eficiencia. Desde el punto de vista de las instituciones públicas, reguladoras y gestoras de las políticas sanitarias, el EEDS facilitará la transparencia, eficiencia y seguridad de los datos necesarios para sus actuaciones, que seguirán siendo irrenunciables conforme al principio de soberanía, en este caso digital. Respecto a la industria que busca la investigación aplicada y la innovación, desde el acceso a esos datos anonimizados y pseudoanonimizados de las historias clínicas se buscará garantizar la seguridad y un apoyo sólido a sus avances (Considerando 72). Con este Reglamento la salud digital y la medicina personalizada se consolidan en nuestro ordenamiento jurídico.

En el marco de la presente reflexión sobre la dimensión prospectiva en clave constitucional del reconocimiento del derecho a la protección de la salud y del derecho a la sanidad en un entorno de salud digital, este Reglamento EEDS tiene cuatro aportaciones clave y, a modo de síndrome de Casandra, algunas sombras que es oportuno adelantar, para evitarlas y prevenirlas en la medida de lo posible. Dos cuestiones previas enmarcan esa glosa: ¿cuánto de su contenido es derecho a la protección de datos y cuánto derecho a la protección de la salud y a la sanidad? ¿cuál es su relevancia constitucional? El contenido de este Reglamento es complementario en el sector de la asistencia sanitaria, en la implementación del derecho a la sanidad, del derecho de acceso a los datos por las personas físicas. La diferencia estriba en que se acota a los datos de salud electrónicos personales, que su ejercicio se realiza a través de un específico servicio de acceso a los datos en salud, en su inmediatez y en su gratuidad. Sin embargo, pese a que formalmente estamos ante un derecho de acceso a datos, dado que su tratamiento va a ser necesario «para la prestación de asistencia sanitaria» (art. 3), —en particular en la asistencia sanitaria transfronteriza, la telemedicina y los servicios farmacéuticos en línea— también va a formar parte del contenido del derecho a la sanidad, evidenciado en los principios y derechos vinculados a los datos de salud. Lo que en principio es un elemento procesal (datos) se fusiona con el contenido sustantivo del derecho (sanidad) reivindicando un tratamiento jurídico novedoso. Las garantías sobre este derecho son las que dispensa el marco jurídico comunitario y el nacional, insertando mecanismos específicos de reclamación y protección (art. 21), en aras a su tutela judicial efectiva (art. 64.7).

Las aportaciones se refieren a la incorporación de unos principios sobre los que se asientan nuevos derechos de las personas físicas con respecto a sus datos de

salud, las garantías de su aplicación y las obligaciones que derivan para las partes implicadas, especialmente para los Estados miembros.

Fundamento y complemento interpretativo de los derechos en materia de protección de la salud digital son los *principios* sobre los que se asienta el Reglamento. Esencialmente contemplados en los considerandos del Reglamento, los podemos organizar en torno a cuatro categorías: jurídicos, formales técnico-administrativos, materiales referidos a los datos y a la propia prestación de los servicios sanitarios y, por último, los principios éticos. Entre los principios depuradamente jurídicos, por referirse a la ordenación del sistema normativo, podemos referir el principio general de primacía del Derecho de la Unión (Considerando 62). Unido a esta piedra angular del EEDS su regulación se asienta en el principio de proporcionalidad (Considerandos 93 y 110) y en el principio de reciprocidad en la dimensión internacional referida al acceso a datos de salud electrónicos por parte de usuarios de datos de salud establecidos en terceros países o por organizaciones internacionales (Considerando 94).

En el grupo de principios formales de naturaleza técnico-administrativa el EEDS se sustenta sobre los principios de eficacia y eficiencia, (Considerando 59); el principio de «solo una vez», apropiado desde el Reglamento (UE) 2018/1724 del Parlamento Europeo y del Consejo; el principio de «solicitud única», según el cual, con una solicitud, el usuario de datos de salud puede obtener la autorización de múltiples organismos de acceso a datos de salud de diferentes Estados miembros o participantes autorizados en DatosSalud@UE (Considerando 83).

Entre los principios referidos a los datos de salud, señalaremos el principio de minimización, por el que se aboga a limitar los datos a los que se acceda reduciéndolos a aquellos datos que sean estrictamente necesarios y estén justificados para un servicio determinado (Considerandos 19, 72). El principio de confidencialidad profesional entre los profesionales sanitarios y los pacientes cuando se trata de aplicar este Reglamento (Considerando 24); los principios relacionados con la seguridad de los pacientes y la seguridad, la confidencialidad, la integridad y la protección de los datos personales (Considerando 46); principios como el de «protección de la privacidad desde el diseño» y el de «protección de la privacidad por defecto», según el cual la protección de la privacidad es algo inherente a la gestión de datos de salud, sin que sea necesario que los usuarios del sistema sanitarios realicen o reivindiquen acciones adicionales, esto es, se trata de algo evidente, «va de suyo» (considerando 80). En esa categoría vinculada a los datos se acogerían los que se refieren como principios FAIR, conectados a la necesidad de compartir datos de salud electrónicos que sean fáciles de encontrar, accesibles, interoperables y reutilizables (considerandos 3 y 84).

Finalmente, los principios éticos europeos para la salud digital proporcionan orientación a profesionales, investigadores, innovadores, responsables políticos y reguladores. Desde el Considerando 24 se insta a los Estados miembros a adherirse a los principios éticos europeos para la salud digital adoptados por la red de sanidad electrónica el 26 de enero de 2022, en el marco de la presidencia francesa

del Consejo de la Unión. Estos se agrupan en cuatro categorías: Basar la salud digital en valores humanísticos (la salud digital complementa y optimiza la atención sanitaria presencial; las personas han de ser informadas acerca de los beneficios y límites de la salud digital; las personas están informadas sobre el funcionamiento de los servicios de sanidad digital y pueden gestionar fácilmente las interacciones con ellos y cuando se recurre a la inteligencia artificial, se hacen todos los esfuerzos razonables para que sea explicable y sin sesgos discriminatorios); permitir a las personas gestionar su salud digital y sus datos (los ciudadanos participan activamente en la elaboración de los marcos europeos y nacionales de salud digital y dato; las personas pueden recuperar sus datos sanitarios de forma fácil y fiable en un formato de uso común; las personas pueden obtener fácilmente información sobre cómo se ha accedido o se puede acceder a sus datos sanitarios y con qué fin; las personas pueden acceder de forma fácil y fiable a sus datos sanitarios y ejercer sus derechos, incluida la oposición cuando proceda); hacer una salud digital inclusiva (los servicios de salud digital son accesibles para todos, incluidas las personas con discapacidad o con un bajo nivel de alfabetización; los servicios de salud digital son intuitivos y fáciles de usar; las personas tienen acceso a la formación en salud digital; los servicios de salud digital incluyen apoyo a través de la comunicación humana cuando sea necesario) e implementar una salud digital eco-responsable (identificar y medir el impacto medioambiental de la sanidad digital; los servicios de salud digital se desarrollan conforme a las mejores prácticas de ecodiseño; se garantiza la reutilización y el reciclaje de los equipos de Salud Digital y las partes interesadas en la salud digital se comprometen a reducir su huella ecológica) (Seroussi, 2024:1591). Estos principios tienen un claro correlato con el contenido del Reglamento y con los derechos en él consignados, si bien tienen una dimensión mucho más amplia, comprensible desde los objetivos de desarrollo sostenible, en particular con el Objetivo 3 relativo a salud y bienestar (<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible>).

Enmarcados en esos principios, los *derechos de las personas físicas* que regula el EEDS se concretan en el derecho a acceder a sus datos de salud personales (art. 3), referidos a las que se identifican como «categorías prioritarias» —las historias clínicas resumidas de los pacientes; las recetas electrónicas; las dispensaciones electrónicas; los estudios de diagnóstico por imagen y los informes de imágenes correspondientes; los resultados de pruebas diagnósticas, incluidos los resultados de laboratorio y otros resultados de diagnóstico e informes correspondientes, y los informes de altas hospitalarias (art. 14)— y cuyo tratamiento se vincule a la prestación de asistencia sanitaria a través de los servicios de acceso a datos de salud electrónicos. Este derecho puede ser ejercido personalmente o a través de representantes (art. 4). El derecho a introducir información en su Historia clínica electrónica, HCE (art. 5) y a rectificarla (art. 6). El derecho a la portabilidad de sus datos (art. 7), permitiendo el acceso a todo o parte de los mismos a un prestador de asistencia sanitaria o su transmisión a otro prestador de asistencia sanitaria de su elección. Si estos

prestadores están en diferentes países de la Unión Europea se complementa de un derecho adicional a la transmisión de sus datos de salud electrónicos personales en el formato europeo de intercambio de historias clínicas electrónicas.

Desde un plano negativo o de oposición, las personas físicas serán titulares del derecho a limitar el acceso de los profesionales sanitarios y los prestadores de asistencia sanitaria a la totalidad o parte de sus datos de salud electrónicos personales (art. 8), lo que se identifica como granularidad, asumiendo que eso puede afectar a su salud y ocultando a los prestadores de la asistencia sanitaria que se ha ejercido ese derecho a limitar el acceso. La limitación a este derecho, negación de la negación consecuencia del carácter no absoluto de ningún derecho, viene del propio marco general del Reglamento General de Protección de Datos (2016), cuyo art. 9.2 establece que ese derecho declina cuando concurren determinadas circunstancias, entre las que podemos destacar intereses vitales del interesado o de otra persona física, razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, su necesidad para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario o cuando el tratamiento de esos datos sea necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros. Se articula un derecho a obtener información sobre el acceso a los datos, incluso cuando se ha emitido el expreso consentimiento para ello, mediante una notificación automática en la que se consignarán los detalles de quién, cuándo y a cuáles se han accedido (art. 9). Finalmente, se regula el denominado derecho de autoexclusión relativo al acceso a sus datos de salud electrónicos personales registrados en un sistema HCE (art. 10). El derecho de autoexclusión significa que los datos de salud electrónicos personales relativos a la persona física que ejerce tal derecho no se pueden poner a disposición a través de los servicios creados en el marco del EEDS a otros que no sean el prestador de asistencia sanitaria que prescribió el tratamiento. Eso no supondrá un bloqueo de la HCE, que seguirá siendo documentada por los prestadores de asistencia sanitaria y no tendrá carácter permanente, pudiendo revertirse mediante la revocación del mismo por el titular. Estamos ante auténticos derechos subjetivos, resultado de la adaptación de los derechos de protección de datos al derecho a la sanidad, por ello singularizados y que habilitan a sus titulares a reivindicar su implementación, derivando en unas garantías que los Estados miembros han de proveer, de acuerdo al ordenamiento comunitario y al nacional.

La protección de estos derechos y del contenido del EEDS se formaliza mediante una serie de *garantías* que culminan en la tutela judicial efectiva de los mismos

(Considerando 31, art. 64.7). Por un lado, se reconoce el derecho a utilizar los recursos administrativos o extrajudiciales correspondientes. Por otro, se garantiza de modo expreso la tutela judicial efectiva contra decisiones jurídicamente vinculantes de autoridades de salud digital de la que sean parte interesada, o tengan un interés legítimo, «les concierne» dice literalmente el Reglamento (considerando 31) o en caso de que la autoridad de salud digital no dé curso a una reclamación o no informe a la persona física o jurídica en el plazo de tres meses sobre el curso o el resultado de la reclamación. Toda acción contra una autoridad de salud digital se ejercitará ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que dicha autoridad esté establecida, aval que dispensa el art. 18.4 CE con el carácter de fundamental con el que se concibe. Estas garantías se refuerzan con las reguladas en el Título X de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de *Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* (Álvarez Robles, 2024: 187-194). Destaca el papel de la jurisdicción contencioso-administrativa y, por supuesto, del Tribunal Constitucional. El Reglamento habilita un marco específico para garantizar los derechos en él regulados, destacando administrativamente la configuración de una autoridad de salud digital (art. 19) y la facultad de orientar ante esta sus reclamaciones (Considerando 99 y art. 21). La regulación específica de dichas reclamaciones se establece en el art. 81, que establece una legitimación tanto individual, como colectiva para su formalización. La precisión que hace el apartado cuarto de este artículo es de gran importancia a los efectos de dotar de coherencia al sistema de garantías del Reglamento, derivando a la autoridad de control competente ex RGPD de 2016 dicha tutela. En nuestro caso, la Agencia Española de Protección de Datos (arts. 44 y 45 LOPDGDD). El EEDS fija un régimen de sanciones (art. 99) sobre el que determina que han de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. Complementariamente, se fija un derecho indemnizatorio (art. 100) a partir de la constatación de haberse producido daños de carácter material o «moral», daño moral que habrá de ser jurídicamente relevante (Hurtado Díaz-Guerra, 2024:636).

Este impulso a la protección de la salud digital ubica claramente la *responsabilidad en los Estados miembros* (Considerando 34). Desde el mandato genérico de que los Estados miembros son los responsables de su política sanitaria (art. 168 TFUE), son muchas las obligaciones que dimanan para los mismos. Estas vienen marcadas por la obligatoriedad del cumplimiento del EEDS, consecuencia de la fuente de la que provienen y por la necesidad de complementar, desarrollar e implementar sus mandatos. A modo de ejemplo, compete a los Estados miembros la designación de autoridades de salud digital sobre las que se exige la imparcialidad, especialmente la desconexión de intereses económicos con su actividad institucional (Considerando 30); el establecimiento de las excepciones del acceso de las personas físicas a determinadas categorías de derechos (Considerando 10) o la fijación de los requisitos relativos al programa informático que ha de materializar esta regulación (Considerando 41).

Este desafío ineludible que se proyecta sobre el derecho a la sanidad deviene en la consolidación de una salud digitalizada, que materializa de modo gráfico el

principio de progresividad con el que hemos titulado este apartado. Estamos arrancando la fase transitoria desde su reciente entrada en vigor. El pesimismo constructivo que complementa su análisis debe avanzar algunas sombras, respecto a las cuales conviene anticiparnos. En primer lugar, la pugna entre dos fuerzas, la fuerza jurídica y la fuerza política, se entrevé como una de las mayores dificultades. Este pulso no es ajeno al legislador europeo cuando eufemísticamente habla de las «diferentes sensibilidades de los Estados» (Considerando 18). Nos vamos a topar con Estados que incorporados a la ola de un populismo anti prácticamente todo, van a bloquear esta regulación. Ese principal problema puede arrastrar otro mayor, y es que en el mejor de los casos en que se consiga su implementación por todos los Estados miembros en los plazos habilitados, la fidelidad con que se adhieran a los mismos va a ser inversamente proporcional a la dimensión crítica de su seguridad (ciberseguridad, Considerando 93) con que los apliquen, circunstancia que tendrá efectos exponenciales sobre todo el Espacio Europeo de Salud Digital. Otro dato no menor, es que la viabilidad de este progreso se ha de cimentar sobre la mejora de la alfabetización sanitaria digital, tanto de las personas físicas, como de los profesionales sanitarios (Considerando 89 y arts. 83 y 84). Ese reto no se consigue de la noche a la mañana, y los distintos ritmos de los Estados, van a imprimir un modelo asimétrico de diferentes velocidades y distintas arquitecturas en su configuración. El progreso que supone y que no podemos eludir supone un gran coste de implementación, con la necesidad de una fuerte inversión tanto desde la Unión, como desde los Estados miembros (Considerando 91). Hay que fijar rotundamente prioridades presupuestarias orientadas en la promoción y progreso de los derechos de los ciudadanos, reivindicando la soberanía de cada Estado en dichas decisiones, así como la responsabilidad de sus mandatarios para con los valores europeos y la progresividad en la protección de los derechos de los ciudadanos. principio de interdicción de la regresividad o irregresividad. Su formulación en sentido inverso, como principio de progresividad, se sigue incorporando al orden constitucional de modo expreso, v. gr. en la reforma de 2011 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (art. 1.º). La consecuencia de este principio va más allá de la obligación del Estado de establecer las medidas necesarias para implementar los derechos humanos, en este caso la protección del derecho a la salud y a la sanidad, y se vincula a la imposibilidad de «dar marcha atrás en aquellos estándares o niveles de cumplimiento ya alcanzados» (ONU, 2008: 22), o lo que Hesse ya sostenía, y ha constituido el principal mensaje de este trabajo, la irreversibilidad de las conquistas sociales, siendo inconstitucional toda medida regresiva que afecte a su contenido esencial (Hesse, 1978: 86-87), que prive al derecho a la sanidad de su consolidación en nuestro orden jurídico y en nuestras vidas. En el maristán, lo más parecido a uno de nuestros actuales hospitales universitarios, el médico de Noah Gordon escuchaba que «la ciencia y la medicina se ocupan del cuerpo, mientras la filosofía trata de la mente y del alma, tan necesarias para un médico como la comida y el aire», a lo que agregaríamos que sobre ellas el Derecho

Constitucional traza un camino sin posible vuelta atrás: el avance del derecho a la protección de la salud, consolidando un específico derecho a la sanidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Abasolo Alessón, I. (1988). Equidad y política autonómica de salud. Una aplicación del fair innings. *Papeles de Economía*, 6, 244-258.
- Álvarez Robles, T. (2024). *El Derecho de acceso a Internet. Especial referencia al constitucionalismo español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Argüelles Blanco, Ana Rosa (2022). *Derecho de huelga y determinación de los servicios mínimos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Barrio Andrés, M., (2018). Robots, inteligencia artificial y persona electrónica. En Barrio Andrés, M. y Torregrosa Vázquez, J. (coords.), *Sociedad Digital y Derecho* (pp. 113-137). Madrid: Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Red.es.
- Calabresi, G. y Bobbit, P. (1978). *Tragic choices*. New York: Norton & Company.
- Casadesus Ripoll, P. (2020). Las voluntades anticipadas de los pacientes menores de edad: análisis de la legislación balear. *Revista Boliviana de Derecho*, 29, 344-367.
- Corkin, J. (2013). Constitutionalism in 3D: Mapping and legitimating our lawmaking underworld. *European Law Journal*, 19(5), 636-661.
- De Lora, P. y Zúñiga Fajuri, A. (2009). *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*. Madrid: Iustel.
- Dworkin, R. (1993). Ética privada e igualitarismo político. Barcelona: Paidós.
- Escobar Roca, G. (2012). El derecho a la protección de la salud. En Escobar Roca, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria* (pp. 1073-1176). Pamplona: Thomson-Reuters, Aranzadi.
- Fernández Montalvo, R. (2020). Dimensión del derecho a la protección a la salud su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC). *Derecho y Salud*, 19(1), 11-30.
- Hesse, K. (1978). *Grunzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg-Karlsruhe: Müller (11.^a ed).
- Hurtado Díaz-Guerra, I. (2024). Los daños morales en la responsabilidad patrimonial sanitaria. En Manent Alonso, L. (dir.), *Tratado de responsabilidad patrimonial sanitaria* (pp. 630-722). Valencia: Tirant lo Blanch.
- León Alonso, M. (2010). *La protección constitucional de la salud*. Madrid: La Ley.
- Madies, C. V. (2017). *Derecho sanitario*. Disponible en: <https://salud.gob.ar/dels>.
- Pemán Gavín, J. M., (2001). La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes. *Derecho y salud*, 2(10), 91-132.
- Pemán Gavín, J. M., (2013). Prólogo. En Paloma R, A. y Cantero, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario*, Navarra: Aranzadi.
- Pinilla, J., López-Valcárcel, B.G. y Bernal-Delgado, E. (2024) Unravelling risk selection in Spanish general government employee mutual funds: evidence from cancer hospitalizations in the public health network. *The European Journal of Health Economics*, 25, 1371-1381.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.

- Santamaría-Rodríguez, S. et. al. (2025). Acceso al sistema sanitario de la población inmigrante en España según posición socioeconómica, *Revista Clínica de Medicina de Familia*, 18(1), 21-28.
- Seijas Villadangos, E. (2006). *Los derechos del paciente*. Madrid: BOE.
- Seijas Villadangos, E. (2012). Derechos de los pacientes, derechos con fundamento: fundamento constitucional. En VV.AA., *Constitución y democracia: ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral (vol. 2)* (pp. 1927-1948). Madrid: Universitas.
- Seijas Villadangos, E. (2024). *Sanidad y Constitución*. Madrid: Marcial Pons.
- Sáenz Royo, E. (2022). *La financiación de la sanidad y de la educación en el Estado autonómico*. Madrid: Marcial Pons.
- Seroussi, B. (2024). Implementation of Digital Health Ethics: A First Step with the Adoption of 16 European Ethical Principles for Digital Health. En Bichel-Findlay, J. et al. (eds.), *MEDINFO 2023 — The Future Is Accessible* (pp. 1588-1592). Amsterdam: International Medical Informatics Association (IMIA) and IOS Press.
- Vega, J.A. (2024). Muface o la resistencia de un privilegio privado financiado con dinero público. *CincoDías*. 19 de noviembre de 2024.

INFORMES Y NORMATIVA RECIENTE

- Barber Pérez, P., González López-Valcárcel, B. (2022). *Informe Oferta-Necesidad de Especialistas Médicos 2021-2035 EcoSalud*. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.
- Consejo Económico y Social (2024). Informe 1/2024. *El sistema sanitario: Situación actual y perspectivas para el futuro*. Madrid: Departamento de publicaciones del Consejo Económico y Social. España.
- Defensor del Pueblo (2024). *Informe anual del Defensor del Pueblo, 2024. Anexo B. Resoluciones formuladas por el Defensor del Pueblo. Anexo B.2 Sugerencias*.
- European Union (2022). *EU Global Health Strategy. Better Health for World in a Changing World*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- Federación de Asociaciones para la defensa de la Sanidad Pública (2024). *Los servicios sanitarios de las Comunidades Autónomas*.
- Instituto Nacional de Estadística (2025). *Estadística de Defunciones según la Causa de Muerte año 2024*. Madrid: INE.
- Ministerio de Sanidad (2024). *Informe de evaluación anual 2023 sobre la prestación de ayuda para morir*. Madrid: Ministerio de Sanidad.
- Ministerio de Sanidad (2024). *MUFACE: del seguro privado al Sistema Nacional de Salud*. Madrid: Ministerio de Sanidad.
- Ministerio de Sanidad (2025). *Resumen del borrador del nuevo Estatuto Marco*. Madrid: Ministerio de Sanidad.
- Organización de las Naciones Unidas (2008), *Propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos elaborada por las organizaciones de la sociedad civil y por académicas y académicos especialistas en Derechos humanos*. México. Disponible en: https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/propuestareformaconst.pdf
- Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud, y por el que se modifican la

Directiva 2011/24/UE y el Reglamento (UE) 2024/2847. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 5 de marzo de 2025.

Rodríguez Blas, M. C. (2025). *Estadística de gasto sanitario público, 2023*. Madrid: Ministerio de Sanidad.

Secretaría General de Salud Digital, Información e Innovación del SNS (2024). *Sistema de información sobre listas de espera en el sistema nacional de salud SISLE-SNS*. Madrid: SG Información Sanitaria.

TITLE: *Challenges to the Right to Health Protection in the Process towards its Digitalization: Equity, Sustainability and Progressivity*

ABSTRACT: *A study from a constitutional perspective of the recognition of the right to health protection, according to the perspective of the right to healthcare, based on three principles or references that we consider iconic: equity, sustainability and progressivity or prohibition of regressivity. Based on an analysis of the concerns of citizens and professionals in the exercise of the right, its consolidation as digital health will be addressed. In the study of equity, its territorial dimension will be studied, the mutualist dimension, focusing on the problems of Muface, and the personal dimension, addressing the criteria for exclusion from health care. The analysis of sustainability will reflect on the financing of healthcare and the challenges to which it must respond. Digitalisation of health will be the reference point for the principle of progressivity, studied from the perspective of the new rights regulated by Regulation (EU) 2025/327 of the European Parliament and of the Council, of 11 February 2025, on the European Health Data Space.*

RESUMEN: *Un estudio desde la óptica constitucional del reconocimiento del derecho a la protección de la salud, en su dimensión objetiva como derecho a la sanidad, desde tres principios o referentes que consideramos icónicos: equidad, sostenibilidad y progresividad o interdicción de la regresividad. Partiendo de un análisis de las preocupaciones de los ciudadanos y de los profesionales en el ejercicio del derecho se abordará su consolidación como salud digital. En el estudio de la equidad se estudia su dimensión territorial, la mutualista, centrada en la problemática de Muface y la personal, abordando los criterios de exclusión de atención sanitaria. El análisis de la sostenibilidad hará una reflexión sobre la financiación de la sanidad y los retos a los que ha de responder. La digitalización de la salud será el referente del principio de progresividad estudiado desde los nuevos derechos regulados desde el Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud.*

KEYWORDS: *Health, health assistance, Muface, territorial differences, exclusion criteria, digital health.*

PALABRAS CLAVE: *Salud, sanidad, Muface, diferencias territoriales, criterios de exclusión, salud digital.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 30.06.2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 29.09.2025

CÓMO CITAR / CITATION: *Seijas Villadangos, E. (2025). Desafíos del derecho a la protección de la salud en el proceso hacia su digitalización. Equidad, sostenibilidad y progresividad. Teoría y Realidad Constitucional, 56, 217-255.*

