



**Universitat
Pompeu Fabra**
Barcelona



Colección Health Policy Papers

2018 – 07

MECANISMOS Y PRINCIPIOS PARA LA PROTECCION DEL DERECHO A LA SALUD

Guillem López Casanovas

Catedrático de Economía de la Universitat Pompeu Fabra

Centre de Recerca en Economia i Salut (CRES)

Barcelona

La Colección Policy Papers, engloba una serie de artículos, en Economía de la Salud y Política Sanitaria, realizados y seleccionados por investigadores del Centre de Recerca en Economia i Salut de la Universitat Pompeu Fabra (CRES-UPF), al amparo del apoyo incondicionado por convenio con la Obra Social “la Caixa”.

"This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License 4.0 International, which permits unrestricted use, distribution and reproduction in any medium provided that the original work is properly attributed"



<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

Barcelona, Junio 2018

MECANISMOS Y PRINCIPIOS PARA LA PROTECCION DEL DERECHO A LA SALUD

**Guillem Lopez i Casanovas, Catedrático de Economía de la Universitat Pompeu Fabra,
Centre de Recerca en Economia i Salut (CRES)**

Resumen

Me propongo en este artículo analizar los principios y mecanismos articulables en el derecho de protección de la salud. Quisiera evidenciar que la misión genérica que suele atribuirse a los poderes del Estado en organizar y tutelar tal derecho necesita de una mayor especificidad y que a falta de ésta, la discrecionalidad con la que se interpretan los principios fácilmente conlleva la arbitrariedad. Las referencias iniciales son para la Constitución española de 1978 pero los comentarios son generalizables a otros sistemas de salud.

Introducción

El derecho a la protección a la salud queda recogido en el artículo 43, Cap. 3º. Se trata de un derecho prestacional, que a diferencia de los incluidos en el capítulo 2 no son ejercitables directamente por los ciudadanos, requieren jurisdicción a partir del correspondiente desarrollo reglamentario. En nuestro caso éste se desarrolla legislativamente en una ley ordinaria, la Ley General de Sanidad de 1986, y se traduce resumidamente en un derecho de acceso a los servicios sanitarios con independencia de los condicionantes económicos.

La universalidad ha tenido en el Decreto de abril del 2012 un reverso al intentar recuperar la idea de aseguramiento para limitar la protección por beneficencia a los no asegurados, en función de parámetros de renta. La exclusión normativa que ello supuso no fue en general seguida por aquellos a quienes correspondía la gestión de los servicios (las CC.AA.), que intentaron primero extender la acción protectora limitada por el Estado a través de los principios limítrofes al derecho a la salud, como son los también constitucionales derechos a la integridad física y a la salud colectiva. Los Decretos autonómicos de sustitución fueron impugnados por el estado y sorprendentemente avalados por el Tribunal Constitucional en sentencia de Julio del 2016, que a su vez aceptó como constitucional (excepto en un elemento menor), la exclusión de determinados colectivos de la protección universal de la salud. En todo caso ello es ya historia dado que un nuevo gobierno suprimió el Decreto comentado.

En cualquier caso, como dijimos, se trata de un derecho no substantivo, no reivindicable en jurisdicción administrativa ni recurribles ante un juez—como no lo es el derecho al trabajo o a una vivienda digna—, y muy poco específico ni a los principios que lo puedan inspirar ni a sus mecanismos de articulación, por lo que los defensores del pueblo no pueden tener fácil su tutela y cumplimiento efectivo.

Criterios de aplicación

En teoría, son cuatro al menos los criterios desde los que se puede modelar el derecho a la protección de la salud. En primer lugar, como *entitlement*; es decir, como garantía de acceso sin condiciones otras que las generales para todos (residencia, ciudadanía, género y, si por edad, sin distinción entre ciudadanos de una misma cohorte). Se trata en el extremo de una especie de elegibilidad global, barra libre, ‘de lo que esté en cocina y tan a menudo como se acceda a ella’. Un segundo criterio sería el de la necesidad: a partir de una cartera determinada de servicios, vincular los tratamientos a determinadas contingencias, que evaluadas relativamente en su impacto (la situación individual cede frente a la colectiva), determina una priorización, discriminación, racionalización, racionamiento o como se quiera llamar. El tercer criterio es el del mérito: aquí no se trataría de ordenar tratamientos sino individuos dentro de un mismo tratamiento según el mérito reconocido (el trasplante del órgano sólido a quien haya cambiado su estilo de vida). La descomposición de las situaciones individuales en cuanto puedan ser debidas a circunstancias personales exógenas o al esfuerzo endógeno resulta aquí decisiva. Finalmente, el criterio de la maximización del resultado social (reducir índice de mortalidad prematura y sanitariamente evitable o mortalidad perinatal, incrementar esperanza de vida, maximizar años de vida ajustados por calidad AVACs, o minimizar la carga de la enfermedad) forzaría a combinar los dos criterios anteriores (tratamientos y beneficiarios).

Antes de pronunciarnos sobre su virtualidad conviene cribar correctamente sus implicaciones en los componentes más fundamentales de derechos y libertades. Notemos las contraindicaciones que puede suponer, por ejemplo, no restringir aquellos criterios de maximización a una determinada alícuota de resultado (carga de enfermedad máxima tolerable para el ciudadano; un número de AVACs preservados frente a cualquier transacción (o *entitled endowments*). O el sinsentido de considerar como necesidad el máximo beneficio alcanzable por la persona como justificación del derecho a recibir asistencia¹, cuando en la mayoría de los países la única garantía efectiva es a menudo la de tratamientos de urgencia vitales y algunas salvaguardas para colectivos determinados. En la práctica la necesidad es siempre relativa y si se define en términos de capacidad máxima de beneficiarse de un tratamiento la equidad acaba imponiendo una igual proporción entre lo potencial y lo real; esto es el principio de igual frustración. Finalmente, la separación de circunstancias externas respecto de esfuerzos propios choca con la endogeneidad de ciertas condiciones (pertenencia familiar y hábitos culturales cuando menos).

Si hacemos el análisis del *gap* existente entre lo dicho y lo hecho, es inevitable señalar que la igualdad de acceso no garantiza igualdad de consumo efectivo ni de resultado, mediando entre ellos la educación y los condicionantes socioeconómicos para hacer que la demanda aflore y que los costes de oportunidad –más allá de los financieros- no sesguen utilización y

¹ Como parece hace la Carta de las Naciones Unidas de 1945 o el preámbulo de la Constitución de la OMS como ‘derecho al goce del grado máximo de salud que se pueda lograr como derecho fundamental de todo ser humano sin distinción de sexo, religión, ideología política o condición económica o social’, o como reza la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su art. 25 reinterpreta el derecho anterior en términos de ‘el derecho a un nivel de vida adecuado para toda persona que asegure su salud y el de su familia, y le garantice en especial la asistencia médica’.

consecuencias (así entre inmigrantes sin papeles, profesionales autónomos, valores sombra de los tiempos de espera, etc.). También conviene ser conscientes que el *maximand* con el que a menudo juzgamos los sistemas sanitarios (rankings de la OMS incluidos) forzarían a priorizar quienes mayor esperanza de vida pueden generar contra ancianos, bebés prematuros, etc. En sistemas sanitarios públicos las maximizaciones se someten siempre a restricciones, de equidad principalmente.

Los mecanismos de asignación

En cuanto a los mecanismos de asignación, los basados en derechos no permiten restricciones 'ex ante', pero con ello contravienen principios que tienen su apelación social (la necesidad – normalmente pero no sólo- entendida como la aspiración al rescate, la proximidad de la muerte) la idea de mérito o bienestar social distribuido más justamente. Los fundamentados en la necesidad contravienen fácilmente criterios de eficiencia –la muerte no se evita, si acaso se pospone- y puede generar abuso moral al no depender de las responsabilidades individuales. Los que siguen la estela del mérito valoran también ex-post las situaciones en cuanto a las conductas observadas; con ello se preserva el *moral hazard* pero la discriminación tiene bases menos objetivables. Finalmente, los mecanismos llamados de utilidad o maximización sin salvaguardas –por ejemplo estableciendo umbrales de coste utilidad- son discriminadores al basarse en la efectividad de los tratamientos por categorías, individuos e indicaciones, lo que contraviene prejuicios de no discriminación (por ejemplo en razón de la edad).

Ello nos lleva a recomendar un conjunto de acompañamientos que mejor coadyuven a dar robustez a los criterios y principios formulados. Respecto del primero de los principios, hace falta remover las barreras que obstaculizan las condiciones reales de acceso que afectan sus costes de oportunidad, que no son únicamente los copagos. Sin ello, la universalización por esta vía y para los que quieran perseguirla, es fútil y puede ser arbitraria y regresiva, dado el sesgo socioeconómico observado en utilización: educación, ruralidad, tipo de trabajo, condición ciudadana, circuitos de acceso a los servicios, etc. Respecto del segundo, las capacidades humanas diferentes en derivar bienestar, 'a la Sen'², han de ser reconocidas, o en su caso fijar alguna regla tipo *maximin* (Rawls)³, o *fair innings* (dotaciones mínimas, 'a la Williams'⁴) que preserve a los que siempre van a estar en peor condición. Para el tercero, un

² La igualación de las capacidades efectivas de decisión de A. Sen, requeriría discriminaciones subjetivas positivas frente a nivelar efectivamente los terrenos de juego para igualar oportunidades

³ Rawls no transacciona ganancias y pérdidas, es un criterio ortogonal que se despreocupa de la desigualdad y se focaliza sólo en la pobreza. No analiza las razones del estado de necesidad: si es o no su responsabilidad, si el afectado se esforzó más o menos para evitarlo. Este sería el estereotipo del criterio de necesidad aplicado a situaciones como la proximidad a la muerte: la regla del rescate, prevalecería respecto de todas las demás. Otras interpretaciones apuntarían a que Rawls cree que la meritocracia es necesaria y prioritaria pero no suficiente para nivelar el "terreno de juego" (hay factores aleatorios y exógenos al esfuerzo que hacen incluso también por eso necesario el "maximin", aunque se pueda afirmar que Rawls es más "meritócrata" que "buenista" o "maximinista".

⁴ Alan Williams abogó por el "argumento de las entradas justas", que equilibra las diferencias en las experiencias de salud de toda la vida con las diferencias en los resultados posteriores al tratamiento al priorizar a las personas para el cuidado de la salud. Véase Intergenerational

acompañamiento de sistema de análisis potente que identifique circunstancias de esfuerzo para someterlas a responsabilidad social e individual, respectivamente se hace necesario. Las variables de clasificación entre categorías se han de corregir, pero no las varianzas *intra* de dichas categorías. Sin ello la priorización encubre muchas debilidades. Igualmente, la maximización de utilidad con criterios de coste efectividad necesita ser sensible a aquellas condiciones que resisten mal los términos de comparabilidad, ya sea por lo que se consideran costes (tratamientos que curan versus los que cronifican), o cómo se valore la efectividad; así en enfermedades raras que afectan a unos pocos y por tanto con poca posibilidad de desplegar muchos AVACs totales; tratamientos de final de vida, o sin tratamiento alternativo.

Conclusión.

Si somos serios en el tema del derecho a la protección de la salud necesitamos requerir que se nos especifique el principio de justicia social que lo inspire para que en coherencia veamos por la efectividad de su cumplimiento (condiciones de suficiencia), a la vista de las condiciones que en la práctica empírica, *ex post*, observamos los pervierten, o a partir de los acompañamientos que *ex ante* pueden constituir condición necesaria, aunque quizás no suficiente para darles mayor robustez. Mantener ambigüedades en la definición de los principios suele ser un arma política para los consensos a corto plazo, pero sin capacidades en el medio y largo plazo para hacerlos operativos y tutelar su cumplimiento.

Alcalá de Henares 7 de Junio del 2018

equity: an exploration of the 'fair innings' argument. *Health Economics*. 1997 Mar-Apr; 6(2):117-32.

