

MECANISMOS Y PRINCIPIOS PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

Guillem López i Casanovas

Catedrático de Economía en la Universitat Pompeu Fabra (UPF)

RESUMEN

Escribo este texto en homenaje a Margarita Salas, ejemplo de académica que contribuyó a la ciencia en todos sus frentes: teóricos, aplicados, propios y de formación de equipos. Un ejemplo. Me propongo en este artículo analizar los principios y mecanismos articulables entorno al derecho de protección de la salud. Quisiera evidenciar, en resumen, 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 esta, la discrecionalidad con la que se interpretan los principios fácilmente conlleva a la arbitrariedad. Las referencias iniciales son de nuestra Constitución de 1978 pero los comentarios son generalizables a otros sistemas de salud.

1. 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, este se articula a través 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 tuvo en el Decreto de abril del 2012 un reverso al intentar recuperar la idea de aseguramiento a efectos de limitar la protección por beneficencia a los no asegurados, en función de parámetros básicamente 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 colindantes con el derecho a la salud, como son los también constitucionales relativos a los 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 (Real Decreto 31 de Julio del 2018).

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

2. FUNDAMENTOS DE LA PROTECCIÓN A LA SALUD

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 derecho que habilita *entitlement* facultativa y legítima a cierto grado de cobertura; en nuestro caso, la garantía de acceso a determinadas prestaciones sanitarias, sin condiciones otras que las generales para todos los ciudadanos (residencia, nacionalidad, género, edad, sin distinción entre ciudadanos de una misma cohorte). Este sería el alcance de lo que se entiende por ‘universal’. Se trata en el extremo de una especie de elegibilidad global, que a menudo se entiende como un acceso sin restricciones impuestas; una especie de barra libre, ‘de lo que esté en cocina y tan a menudo como se acceda a ella’.

Un segundo criterio sería el basado en la necesidad: una especie de universalismo proporcionado. En este caso, ‘proporcional’ a cierta interpretación de lo que es necesario en cada caso y referido a una cartera concreta de servicios; servicios vinculados a tratamientos ante determinadas contingencias que, evaluadas relativamente en su impacto (la situación individual se relativiza frente a la colectiva), determina una priorización, discriminación, racionalización, racionamiento o como se quiera llamar en la aplicación del derecho a la salud. *El tercer criterio* es el del mérito. En este caso no se trataría tanto de ordenar tratamientos sino individuos dentro de un mismo tratamiento, según el ‘mérito’ reconocido a partir de determinadas conductas. Lo ejemplifica bien, el resto de cosas igual, el caso del trasplante del órgano sólido a quien haya cambiado su estilo de vida (beber, fumar, adelgazar). La descomposición de los comportamientos individuales contextualizados en situaciones concretas, en cuanto puedan ser debidas a circunstancias externas o al esfuerzo personal propio, resulta aquí decisiva. La idea de responsabilidad en el *do et dus* abre una puerta de complejidad tratada por J Roemer en múltiples trabajos.

Finalmente, el criterio de la maximización del resultado social (por ejemplo, reduciendo el índice de mortalidad prematura y sanitariamente evitable o la mortalidad perinatal, incrementar la esperanza de vida, maximizar el número de años de vida ajustados por calidad AVACs, o minimizar la carga de la enfermedad) forzaría a combinar los dos criterios anteriores (tratamientos y beneficiarios) desde una perspectiva social. Ello supone no relativizar *intra* tratamientos y/o beneficiarios sino hacerlo con los dos parámetros a la vez, transaccionables *entre* si bajo un único numerario *maximand*.

Antes de pronunciarnos sobre su virtualidad, conviene cribar correctamente sus implicaciones en lo que atañe a los componentes más fundamentales de derechos y libertades. Notemos los efectos que pueden generar el no restringir aquellos criterios de maximización general sin respetar una determinada alícuota individual, ya sea por carga de enfermedad máxima tolerable por parte de cada ciudadano, o asignando un número de AVACs, preservados frente a cualquier transacción entre individuos; una especie de dotaciones garantizadas, *entitled endowments* reservados¹. Contradicciones también presentes al considerar como ‘necesidad’ relativa el máximo beneficio alcanzable por cada persona a la hora de justificar el derecho a recibir asistencia². O cuando en la práctica, en la mayoría de los países menos desarrollados o con sistemas sanitarios privados, la única garantía efectiva es a menudo la de tratamientos de urgencia vitales y algunas salvaguardas para colectivos determinados. Finalmente, la separación de circunstancias externas respecto de los esfuerzos propios choca con la endogeneidad de ciertas condiciones, como la pertenencia familiar y hábitos culturales, fuertemente correlacionados.

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’.

² Si se define en términos de capacidad máxima de beneficiarse de un tratamiento la equidad acabaría imponiendo una igual proporción entre lo potencial y lo real; esto es el principio de ‘igual frustración’.

Si hacemos el análisis del gap existente entre lo dicho y lo hecho en nuestro campo de análisis, es inevitable señalar que la igualdad de acceso en cualquiera de las anteriores acepciones en ningún caso garantiza igualdad de consumo efectivo ni igualdad de resultado, mediando entre ellos la educación y los condicionantes socioeconómicos y mitigando sus interacciones. Ello hace que a menudo la demanda no aflore y que los costes de oportunidad -más allá de los financieros- sesguen utilización y 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 Organización Mundial de la Salud incluidos) forzarían a priorizar quienes mayor esperanza de vida o años de vida ajustados por calidad pueden generar, y así previsiblemente discriminar ancianos, bebés prematuros, enfermedades raras, etc. En sistemas sanitarios públicos las maximizaciones se someten siempre a restricciones, de equidad principalmente, que no se pueden ignorar. A partir de unos determinados recursos atender a los más no sería lo mismo que mejorar la salud poblacional expandiendo la esperanza de vida a los que más se pueden beneficiar de un tratamiento. Esta interpretación de la eficiencia no sería siempre la socialmente deseada: Por ejemplo en una pandemia, el bienestar intergeneracional puede considerar necesaria la no discriminación para los colectivos de mayor edad (con una estratificación epidemiológica de cuidados prioritarios) y sólo la ineffectividad del tratamiento, independientemente de la edad, sería aquí aceptable.

3. LOS MECANISMOS DE ASIGNACIÓN

En cuanto a los mecanismos de asignación, aquellos basados en derechos considerados primarios no permiten restricciones ‘ex ante’, pero con ello contravienen principios que tienen su apelación social: la necesidad es relativa y normalmente pero no sólo, contraria al principio categórico del rescate ante la proximidad de la muerte, o una cierta idea de responsabilidad que conjugue la individual con el bienestar social. Los principios fundamentados en la necesidad (se tiene o no se tiene, de manera objetivable sanitariamente y/o relativamente) 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 busca preservar el *moral hazard*, aunque la discriminación tiene bases menos objetivas. Finalmente, los mecanismos llamados de utilidad, o de maximización sin salvaguardas -por ejemplo, estableciendo umbrales de coste utilidad- priorizan basándose en la efectividad de los tratamientos por categorías, individuos e indicaciones, lo que contraviene pre-juicios sociales 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, universalismo proporcionado (necesidad relativa), hace falta remover las barreras que obstaculizan las condiciones reales de acceso que afectan los costes de oportunidad, que no son únicamente los copagos y que limitan la demanda expresada. Sin ello, la universalización por esta vía es útil y puede ser su aplicación arbitraria y regresiva, dado el sesgo socioeconómico observado en utilización sanitaria, mediada por educación, ruralidad, tipo de trabajo, condición ciudadana, circuitos de acceso a los servicios, etc. Respecto del segundo, las *capacidades diferentes en derivar salud* de la atención recibida, o de bienestar ‘a la Sen’³, han de ser reconocidas explícita y democráticamente dado su impacto, o en su caso fijar alguna regla tipo *maximin* (Rawls)⁴, o *fair innings* (dotaciones mínimas, ‘a

³ 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

⁴ 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”).

la Williams⁵) que preserve a los que siempre van a estar en peor condición. Para el tercero, según *responsabilidades individuales y colectivas*, haría falta un acompañamiento de sistema de análisis potente que identifique circunstancias de esfuerzo para identificar las decisiones endógenas y exógenas de los individuos. Las variables de clasificación entre categorías exógenas se habrían pues de corregir, pero no las varianzas internas dentro de dichas categorías. Sin ello la priorización encubriría muchas inconsistencias. Finalmente, *la maximización de utilidad con criterios de coste efectividad* necesitaría ser sensible a aquellas condiciones que resisten mal los términos de comparabilidad, ya sea por lo que se consideran costes (tratamientos que curan versus aquellos que cronifican al paciente), o de cómo se valore la efectividad; así en enfermedades raras que afectan a unos pocos y por tanto con poca posibilidad de desplegar muchos años de vida ajustados por calidad totales; tratamientos de final de vida, o sin tratamiento alternativo.

4. CONCLUSIÓN.

Si somos serios en el tema del derecho a la protección de la salud, necesitamos requerir que se especifique el principio de justicia social que lo inspire para que en coherencia veamos por la efectividad de su cumplimiento (condiciones de suficiencia); así 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 capacidad en el medio y largo plazo de hacerlos operativos y poder tutelar su cumplimiento.

⁵ Cada ciudadano cubierta con la edad una cuota razonable, esperable de AVACs dejaría de ser prioritario; en este caso no por eficiencia sino por equidad.