



Papeles el tiempo de los derechos

LOS DERECHOS SOCIALES Y SUS RECURSOS DENTRO DEL DEBATE POLÍTICO Y JURÍDICO: EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

Jesús Esteban Cárcar Benito
Doctor en Derecho por la UNED

Palabras clave: derechos sociales, debate jurídico y político, el derecho a la asistencia sanitaria.

Número: 16 Año: 2018

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytes (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

Los derechos sociales y sus recursos dentro del debate político y jurídico: el derecho a la asistencia sanitaria¹.

Jesús Esteban Cárcar Benito
Doctor en Derecho por la UNED

Resumen/abstract:

En franca polémica, el debate actual supone que el enfoque de los derechos sociales significa asumir su contrapartida, es decir, que tras el derecho hay una obligación correlativa de hacer y de recursos. Por lo mismo, es necesario contemplar los medios idóneos para exigir responsabilidad por la inobservancia del derecho a la asistencia sanitaria. Y la satisfacción comprende tres obligaciones: no quebrantarlo, promoverlo y ratificarlo. De ella provienen distintos marcos de interés ético, jurídico y político, bebiendo frecuentemente en distintas disciplinas como la filosofía social, la sociología y la economía política etc. La revisión teórica y conceptual del derecho a la asistencia sanitaria nos lleva a contingencias jurídicas y ético-políticas (ius filosóficas) para la comprensión de las necesidades sociales y el bienestar en salud. La confrontación de las diversas cosmovisiones y los ideales de vida en común ha sido y es abordado frecuentemente a través del debate para el desarrollo de políticas específicas y la legitimidad del mandato normativo. Sin embargo, el problema real es qué el derecho para que no sea de papel debe financiarse. ¿Cómo debatir con un gobierno dentro de un juego político, a veces, fraccionado con un marco presupuestario determinado? A este problema se suma, en algunos casos, la falta de percepción de ciertos conflictos vinculados con la trasgresión de los derechos sociales.

1. El debate: político y jurídico del derecho a la asistencia sanitaria

Según se ha dicho, la fórmula general a la asistencia sanitaria tiene por objeto la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud y, entre otras, la aptitud para el trabajo. de las personas que tiene derecho a ellas; de hecho, comprende el conjunto complejo de prestaciones sobre las que se reflexiona seguidamente. La organización de la asistencia sanitaria tiende a ser de una gran complejidad. Esta presenta un perfil particularmente visible en relación con el mantenimiento de la salud, ya que actúa fundamentalmente en contextos de ausencia de la misma, por tanto, se espera de ella la capacidad de restaurarla a través de su

¹ Este trabajo está realizado dentro del Proyecto DER 2013-41462-R financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad

intervención. El grado de implicación pública, así como el modo de articulación de la misma, ha variado enormemente entre países².

En general, los desequilibrios estructurales que padece la asistencia sanitaria son actualmente graves y requieren una regeneración desde la raíz que afirme la viabilidad del Sistema y lo disponga a responder a las desabridas escenas del constante crecimiento de las ilimitadas necesidades médicas. Es posible hallarnos ante, por lo menos, cuatro escenarios sobre el citado derecho: “a) existe reconocimiento del derecho y su garantía ante el problema de disponibilidad de recursos materiales, c) el reconocimiento del derecho, una relativa disposición de recursos y una distribución injusta de tales recursos y d) la negación del derecho. Ante ello, una reforma comprometida debería surgir con una discusión política también prudente”³. Otra cuestión es la defensa del derecho a la asistencia sanitaria de carácter universal y que el estado disponga de un sistema de salud que cobije un mínimo sanitario de calidad. Deben producirse, en definitiva, ciertas transferencias de recursos de los individuos socialmente mejor situados a los más desfavorecidos. Afirmo que existe un deber solidario que debería plasmarse en un ámbito en el que los dilemas de distribución y asignación de recursos se presente de la manera más debatida.

En referencia a esto, el debate político sanitario sería una suerte de dispositivo, una forma de trabajo, una práctica -que hemos desarrollado a lo largo de las experiencias - que permite a los participantes compartir una verdadera discusión que posibilita pensar los problemas políticos concretos de nuestras realidades particulares⁴. En un intento por averiguar y determinar las recomendaciones en clave de acción política del derecho a la asistencia sanitaria o, como se apunta anteriormente, las propuestas o políticas públicas derivadas del posicionamiento teórico previamente establecido⁵. Para ello, se tendrá en cuenta que, al mismo tiempo, la propuesta de *policy* esté en consonancia y/o concordancia con el marco normativo descrito en el seno de la propuesta teórica. Sin embargo, no se trata de afirmar que cualquiera puede irrumpir en el debate político y decidir que tipos de política puede elegir. Es obvio que los ciudadanos suelen carecer de conocimientos sobre algunos asuntos técnicos y que el uso de las ciencias sociales y de las ciencias empíricas pueden auxiliar a tomar una decisión. Pero bajo ningún concepto pueden ser sustitutivas de la decisión política debatida democráticamente⁶. El debate político ofrece un espacio para discutir de forma abierta los problemas políticos del sector sanitario al objeto de exigirnos pensar más allá desde nuestras perspectivas individuales para poder realizar propuestas concretas, así como para brindar una experiencia colectiva de debate, desacuerdo y hospitalidad.

En el referente jurídico, la confrontación de las diversas proposiciones del debate se establece y centra en los hechos aportados en un paso anterior sobre cuáles son los hechos controvertidos⁷, y cuáles son los acordados⁸. Las anteriores

² MORENO FUENTES, F.J., “Políticas sanitarias en Perspectiva comparada. Descentralización, Mercados y nuevas formas de gestión en el ámbito sanitario”, en Eloísa del Pino y M ^a Josefa Rubio Lara (editoras), *Los estados de bienestar en la encrucijada*.

³ CURREA DE LUGO, V. *La salud como derecho humano*, Universidad de Deusto, Instituto de derechos Humanos, 2005, p.42 ss.

⁴ ZAPATA-BARRERO R., *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: hacia un nuevo contrato social*, Barcelona, Anthropos, 2001

⁵ FERRAJOLI, L. “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad” en Andrés Ibáñez, Perfecto (ed.). *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*. Trotta, Madrid, 1996 pp: 15-29

⁶ HARGUINDEY, J.P. *Ánalisis de Políticas Públicas*, Madrid, Tecnos, p.49

⁷ ÁLVAREZ CONDE E., “El Derecho constitucional y la crisis”, *Revista de Derecho Político*, num. 88, 2013, p. 115.

circunstancias formarán el contenido del debate, quedando fijados definitivamente los hechos no discutidos, evitando así ir tratando sobre aquellos que nadie discute. Un relato de hechos definitivo y único al que se aplicará la Ley que corresponda⁹.

El jurista llega a la propuesta del debate. Cada parte expone sus alegaciones en que pretenda basar su derecho. Hay una valoración dual en la que se propone lo Justo/Injusto de cómo resolver la controversia, el fondo del asunto¹⁰. Cada parte expondrá su valoración como la ajustada al valor de Justicia; en menoscabo de la adversa, que calificará como una injusticia.

Los juristas abordan entonces la fase de argumentación: el factor nuclear del debate que va a facilitar la eficacia y efectividad del mismo. Es en definitiva, la técnica por la que se justifica la valoración del que acusa frente a la que defiende la parte contraria¹¹. El juego de argumentación/refutación es tarea de la técnica argumentativa. Se hace cargo ésta de la “defendibilidad” de los asuntos y del enfrentamiento según sus grados. La discusión debe permanecer sujeta a razones y éstas referidas a valoraciones, huyendo de disputas irracionales. La argumentación tiene por objeto persuadir y convencer; y la refutación busca poner al descubierto los errores.

El hecho de que la argumentación jurídica vaya ganando en el terreno de la asistencia sanitaria hace necesario que los juristas dispongan de instrumentos que capaciten para enfrentarse con garantías, tanto a la comprensión teórica de lo jurídico desde su vertiente argumentativa, y de la realización práctica de la propia asistencia sanitaria, a través del conocimiento de su realidad, que serviría para los modos de argumentar¹².

Poner fin al debate supone desembocar en una solución para resolver un conflicto que ha hecho necesaria la articulación argumental para su resolución. En este punto, las partes ya conocen las razones de su derecho propio, y todos los argumentos en contra¹³. Y puede, en este punto, haberse completado en el sentido de hacer ver a las partes enfrentadas un enfoque distinto del que al inicio del debate tenían, y que exista una labor de cambio de las pretensiones iniciales, haciendo posible obtener un acuerdo o consenso que antes no fue posible. Y la forma ordinaria en que suele terminar el debate jurídico, una vez celebrado, es la decisión judicial, del tercero imparcial, y ajeno a los intereses de las partes, en quien incurre la responsabilidad de resolver sobre qué hechos argumentados formarán el relato final de hechos, a los que aplicará la Ley que corresponda en cada caso.

Sin embargo, el debate sobre el derecho a la asistencia sanitaria, en general, supone el proceso de ampliación de los horizontes de referencia políticos, económicos y culturales, así como de una realidad tecnológica, transforma día a día las relaciones y percepciones de aproximación/lejanía, pertinencia/aferencia. Ha creado un escenario favorable para la formación de los más variados discursos biomédicos en materia del derecho a la asistencia sanitaria, en los cuales se identifican los ideales de vida en

⁸ NEUMANN, U. *Juristische Argumentationslehre, Wissenschaftliche Buchgesellschaft*, 1986, Darmstadt citado en Atienza M. “Para una teoría de la argumentación jurídica”. Doxa 80, 1990, 44. ss

⁹ ITURRALDE SESMA, V., “Aplicación del Derecho y justificación de la decisión Judicial” Valencia, 2004.

¹⁰ ALEXY, R, Teoría de la argumentación jurídica, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (trad. de M. Atienza e I. Espejo de la ed. alemana de 1978: Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Suhrkamp, Frankfurt a.M.), 1989.

¹¹ GÓMEZ GARCÍA J.A., *La argumentación jurídica. Teoría y Práctica.*, Dykinson, 2017, pp.190 ss

¹² PERELMAN, CH., “La lógica Jurídica y la nueva retórica”, traducción de Luis Diez Picazo, Madrid, Editorial Civitas, 1988.

¹³ ATIENZA, M. *El derecho como argumentación*. Ariel Derecho, Barcelona, 2006 pp. 316.

común. Este proceso de transición conceptual, a mi juicio, es al mismo tiempo base de nuevos conflictos, incertidumbres y amenazas en el ámbito sanitario. Para BOBBIO, sin embargo, el fundamento de derechos de los que sólo se sabe que son condiciones para la realización de valores últimos. Pero los valores últimos, a su vez, no se justifican, asumen lo que es último, justamente por este carácter no tienen fundamento alguno. El debate no debe virar sobre su fundamentación sino más exactamente sobre su promoción, control y garantía, sobre una base para aceptar su fundamentación.

1.2. La fase de programación

Entramos, por tanto, en lo que sería la fase de decisión de la política pública, en concreto la asistencia sanitaria. Un momento en el que, si bien supuestamente se cierra el debate entre alternativas, concepciones y posiciones de los diferentes actores actuales en el marco de la política objeto de discusión, es, asimismo, el comienzo del debate sobre cómo poner en práctica esta política, desde qué parámetros de acción deberíamos implementarla y cuáles son los acuerdos específicos que deberán acometerse para asegurar su efectiva ejecución. En ese sentido, el primer producto a dilucidar dentro de la fase de programación de la política sanitaria es la actuación en las decisiones iniciales, Programa político-administrativo (PPA). Se trata de momentos específicos de decisión en el que se fijan las bases jurídicas que sustentan los objetivos, los instrumentos de intervención y las modalidades operativas de la acción pública¹⁴. Por otra parte, el PPA contiene también decisiones respecto al proceso y la organización administrativa que debería permitir la implementación de la política pública¹⁵ en salud.

Una PPA define en términos jurídicos el mandato político que los legisladores formulan para tratar de solventar o afrontar un problema público como es la asistencia sanitaria. Consecuentemente, las disposiciones constituyen la fuente de legitimidad primaria de una política pública¹⁶. Estas se componen, desde un punto de vista formal, de diversidad normativa, sobre todo “leyes”, Reales decretos etc., los cuales se adoptan por diferentes niveles institucionales. La PPA incluye el conjunto de tales disposiciones legales estructurales, generalmente, en diferentes estratos institucionales.

Las claves del debate corresponderían a la definición del problema sanitario como un problema público y cómo ha de plantearse en este espacio; las reglas institucionales que han de tomarse en consideración para legitimar de manera jurídica, la intervención del Estado y los distintos actores que deben entrar en el juego, así como los recursos que tienen a su disposición para influir en el proceso de las políticas públicas. Creo que aún no se han planteado un debate sobre la sanidad, con participación de todos los integrantes de la sociedad que, al fin y al cabo, van a ser el objeto de los mismos.

2. Los derechos sociales su reconocimiento: el derecho a la asistencia sanitaria

Desde el siglo XXI, hasta nuestro día, el debate ideológico y el conflicto político entre las doctrinas individualista y las socializantes han sido una constante histórica, debate y conflicto que no ha quedado definitivamente resueltos. Esto requiere una teoría razonable de los derechos sociales; depende de la comprensión, en lo posible, y de la

¹⁴ SUBIRATS HUMET J.; VARONE F.; LARRUE C., *Analisis y gestion de politicas publicas*, Ariel, 2012, pp.151-152.

¹⁵ SUBIRATS HUMET J., *Analisis de politicas públicas y eficacia de la administración*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Publicas, 1992, p.32 ss.

¹⁶ MOORE M., “Public value as the focus of strategy”, AJPA, Volume 53, Issue 3, September 1994, pp.296-30.2

resolución, una dialéctica individualidad-socialidad. En principio, podría afirmarse que individualidad y socialidad son formas constitutivas o dimensiones reales del ser humanos, porque son usuales y constatables en la experiencia humana.

Uno de los temas, por tanto, más presentes en el debate político de los últimos años es el del diseño y la práctica de las políticas públicas, como he señalado. Afortunadamente, aunque con algún atraso injustificable, se ha comenzado a discutir el rol que juegan los derechos humanos en esta materia. Si los derechos humanos hoy están en el corazón diversos. Y ciertamente deben estar presentes en dos dimensiones: a) en primer lugar, en la base de toda política pública de cualquier materia, y aquí hablamos de políticas públicas con perspectiva o enfoque de derechos; y b) específicamente, en las de promoción y protección de los derechos humanos en sí. Para RUBIO LLORENTE, “los derechos humanos no son una lista cerrada, no son un elemento definido y estable, sino que el número y contenido de estos va aumentando y ensanchándose con el progreso moral y político de la humanidad, criterio al que se podría anexar el del progreso técnico y científico”¹⁷.

Al final, en términos prácticos, para el derecho a la asistencia sanitaria lo que importa es determinar si este derecho es efectivamente respetado, protegido y satisfecho por las instituciones¹⁸. Cuando las personas son efectivamente libres, conviven en condiciones de igualdad, desempeñan su autonomía política y tienen sus necesidades básicas satisfechas (una estructura sanitaria), condiciones de libertad y justicia; entonces, el constitucionalismo de los derechos será una realidad práctica. En cambio, en una sociedad en la que los derechos son reconocidos normativamente (deber ser), pero en los hechos son postergados y faltan de una realidad material, como es la asistencia sanitaria. BOBBIO señala que las preferencias fundamentales corresponden a los tres tradicionales derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la propia autonomía. “El argumento mensurable en favor de tales derechos fundamentales consiste, por consiguiente, en que negar este juicio es contrario a la razón, o sea irracional”¹⁹.

Como ejemplo, podría usarse el derecho a la vida, que ha sido generalmente colocado entre los derechos civiles, pero que también debe verse como lo que GROS ESPIELL llama el derecho a vivir de una manera plena e integral, y ello supone el reconocimiento de su dimensión económica y social²⁰. Las políticas públicas deben, por lo tanto, “esforzarse en impedir las privaciones arbitrarias de la vida (educación a jueces y funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en el respeto de la vida), pero también en lograr un nivel de vida adecuado para la persona y su familia y “una mejora continua de las condiciones de existencia”, en palabras del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, diciembre de 1961(PIDESC). Debe semejarse a lo que en las Naciones Unidas se denominan “políticas públicas” y deben ser globales en tres sentidos: orgánicamente, en cuanto comprenden al Estado y no sólo al Gobierno; temporalmente, por cuanto superan el período de un solo Gobierno; y políticamente, por cuanto deben necesariamente contar con la participación de la sociedad civil en su conjunto: organizaciones no gubernamentales, empresas, iglesias, academia, etc. Empero, es ineludible una evaluación que pretenda examinar empíricamente la validez

¹⁷ RUBUIO LLORENTE, F., “El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del derecho constitucional”, en VVAA.; *El núcleo duro de los derechos humanos*, J.M Bosh., Navarra, 2001, p. 69.

¹⁸ CARBONEL SÁNCHEZ, M., “Los Derechos humanos y su interpretación”, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, 2015, pp.35-54.

¹⁹ BOBBIO N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Síntesis, 1991, pp.87-88

²⁰ GROS ESPIELL H., *Estudios sobre derechos humanos*. (t.2), Madrid, Editorial Civitas, Coeditado con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988.

del modelo causal en el nivel político, en nuestro caso, del derecho a la asistencia sanitaria, que proporcione un conocimiento sobre el valor global de los fundamentos de elaboración de las políticas sanitarias, dando respuesta a los retos que plantean la transversalidad, la descentralización y la corresponsabilidad financiera que comparte los distintos niveles de los decisores en salud²¹.

En todo caso, no puede olvidarse un dato clave: toda política pública es, ante todo, debate y no una mera técnica (*policy*), aunque ésta es indispensable. Los planes de acción no son neutros, aunque sectores interesados suelen considerarlas sólo en el último aspecto, decisiones. El objeto de toda política pública es la consagración del Estado de Derecho, la democracia y la extensión del goce de los derechos humanos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. ¿Deben los derechos en su desarrollo ser objeto de una fundamentación consensual, de forma democrática e implementarse de igual manera? No se presumen principios morales sustantivos validos *a priori*, sino que su validez, según NINO, viene dada por la satisfacción de los criterios implícitos en el discurso²².

2.1. Los derechos sociales: los valores y las políticas

Los derechos económicos, sociales y culturales son conocidos como los derechos “de la igualdad”. Las tendencias conservadoras, que en nuestro ámbito internacional suelen ser aliadas de ciertos sectores, sostienen que a) los derechos sociales no son derechos, y b) que, de serlo, son incompatibles con los derechos de la libertad. Es verdad que la Declaración Universal, reconociendo algunas manifestaciones de derechos económicos, sociales y culturales, tiene una manifiesta preeminencia para los derechos civiles y políticos.

En 1986 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo. Esa declaración es exactamente una proposición de política pública a desplegar por los Estados por sí mismos y con la cooperación internacional. Los derechos, allí descritos, no sólo están íntimamente ligados, sino que forman parte de un *corpus iuris* social en pleno perfeccionamiento. La Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptada por consenso, “reafirma el derecho al desarrollo”, según se proclama el derecho al desarrollo se configura universal e inalienable y forma parte integrante de los derechos humanos fundamentales²³ cuyo sujeto central es la persona humana. La citada declaración, al reafirmar que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí, otorga esos caracteres específicamente al derecho al desarrollo, en nuestro caso la innovación en salud.

Toda política pública basada en derechos, como es el derecho a la asistencia sanitaria, deberá mirarse como secuencias conductoras de los principales valores que emanan de la Declaración Universal y de todos los textos declarativos y convencionales posteriores: 1) el principio de la dignidad de todos los miembros de la familia humana, que orienta todo el catálogo de derechos y es, además, un derecho en sí; 2) el principio de no discriminación en la asistencia sanitaria, presente en todos los instrumentos de derechos humanos, convencionales y declarativos; 3) y, por último, el principio de la sociedad democrática, único espacio en que es posible el goce los derechos humanos.

²¹ PARRILLA FERNÁNDEZ, J. M., “La construcción social de la vulnerabilidad en la crisis actual”, en *La protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*. M. A. PRESNO LINERA (Coord.), 2013, p. 96.

²² NINO, C.S., *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1989 p.109, 188, 390, ss

²³ Declaración y Programa de Acción de Viena, 20 años trabajando por los derechos por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 25 de junio de 1993.

Debe asumirse, como se discurrirá, que algún aspecto del derecho a la asistencia sanitaria resulta en general exigible por la vía judicial. En este sentido, los aspectos negativos de los derechos –por ejemplo, la obligación de no discriminación– que da lugar a acciones judiciales ordinarias, que no buscan diferencia con las que pueden iniciarse por la violación de esta obligación respecto de uno de los derechos civiles o políticos. Es decir, es el resultado no solo de la acción del Estado, sino de su abstención y finalmente aparece como derecho en sí²⁴. Por otra parte, el estímulo debe acotarse a la situación concreta de una o más personas determinadas. Para que el Estado pueda hacer una política pública democrática en el ámbito sanitario habrá que partir de las demandas de la sociedad civil, para lo cual debe existir una aceptación, pero además educar y promover en su “empoderamiento”.

El debate es una de las condiciones sociopolíticas. En una primera fase, el derecho a la salud fue una de las conquistas a plantearse. Sin embargo, la cuestión es el papel de los derechos fundamentales (reconocidos en la CE) en todo ello, y la capital decisión acerca de quién los regula y los tutela. Y ello por la posición que el Estado de Derecho consigue en el ámbito sanitario y da legitimidad a las instituciones sanitarias que deben ocuparse de la ordenación, promoción y defensa del derecho a la asistencia sanitaria.

Lamentablemente, los cambios que ha producido el proceso de globalización en curso han debilitado el rol del Estado. La globalización es llevada sin reglas, salvo las que el mercado impone, como es el de la investigación farmacéutica, y si bien política y jurídicamente el Estado sigue siendo el responsable de la promoción y protección de los derechos humanos, derecho a la salud, así como de cualquier transgresión; en los hechos se prueba muy débil frente al mercado, especialmente el de las patentes de los medicamentos. Por eso es que la globalización, a veces, no conlleva las instituciones democráticas y para algunos resulte fundamental reforzar el rol promotor del Estado distribuidor. Por ello, el olvido de la acción social del Estado y su alianza incondicional con el mercado no puede acabar con la exclusión social, porque la satisfacción universal de las necesidades básicas sanitarias no es objetivo del capitalismo global actual²⁵.

Los tratados referidos a derechos civiles y políticos suelen exigir a los Estados la adopción de políticas públicas, ya sea para evitar violaciones, ya sea para promocionarlos, ya sea para garantizarlos. Así, la no discriminación en el disfrute de estos derechos, por ejemplo, requiere de acciones afirmativas y no meras abstenciones. La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial²⁶; por citar un caso, consagra la obligación de establecer políticas públicas para luchar contra esta; la Declaración precisa el derecho al desarrollo sosteniendo, en nuestro caso la innovación médica y farmacéutica, que “es un derecho humano inalienable, en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político (artículo 1)”.

El texto respeta ampliamente los criterios básicos o series conductoras para cualquier política pública fundada en derechos, este es el caso de la asistencia sanitaria. El derecho al desarrollo, como veremos, pertenece a todo ser humano, y consiste en la plena realización de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (dignidad, artículo 2.2). Y la asistencia sanitaria, ¿responde al principio de la inclusión o no discriminación? Al exigirse la abolición de toda forma de discriminación racial

²⁴ CURREAA-LUGO V., *La salud como derecho humano*, en Universidad de Deusto, Bilbao, Instituto de derechos Humanos, 2005, pp20-21.

²⁵ VICENTE GIMÉNEZ, T. *La exigibilidad de los derechos sociales*, Valencia, Tirant: Lo Blanch, 2006.

²⁶ Fue aprobada por la Asamblea General (AG) de las Naciones Unidas (ONU) en 1965 y entró en vigor en 1969. Al 5 de julio de 2011, había 174 Estados partes de la ICERD.

(artículo 5), hace sujetos de su construcción a los Estados y a “todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa” (principio de la democracia, artículo 2.3).

En el año 2000, la Declaración del Milenio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, colocaba a los derechos de la igualdad en un mismo plano que los de la libertad: hay que agregar, respecto de la igualdad, que «no debe negarse a ninguna persona ni a ninguna nación la posibilidad de beneficiarse del desarrollo». Por otra parte, los Estados no pueden eximirse de las obligaciones que les imponen los tratados que ellos mismos han suscrito, y en una interpretación amplia estaría el acceso a la innovación en asistencia sanitaria.

2.2 El problema de las medidas en el derecho a la asistencia sanitaria

El PIDESC obliga a los Estados a «adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos».

En nuestro caso, la asistencia sanitaria, la obligación de adoptar “medidas hasta el máximo de los recursos de que se disponga”, es en materia de salud, contrariamente a lo que se suele decir, una obligación de comportamiento y no de resultado²⁷. Debe satisfacerse de inmediato y no progresivamente, pues lo progresivo es el resultado: la plena eficacia del derecho a la asistencia sanitaria. Es necesario extraer las consecuencias de lo que se entiende por “el máximo de los recursos disponibles”. No se trata de una ficción, una ventajosa idea o un ideal. Es una obligación material, y nada hace pensar que su cumplimiento esté limitado por los recursos. Las medidas, a mi juicio, son el conjunto de decisiones considerada como necesarias para la producción coordinada de servicios o prestaciones. En el mundo de las políticas públicas hablamos de planes de acción, que fijan prioridades tanto para la producción de acciones concretas como para la asignación de recursos requerido para tales decisiones, acciones administrativas y mandatos (de ordenación sanitaria).

Del mismo modo, el Estado debe evaluar permanentemente sus políticas públicas en materia sanitaria y su forma de relacionarse con la sociedad, y del modo de responder en mejor forma a los intereses sociales. Aparecen los medidores más apropiados (efectividad, eficacia, eficiencia, pertinencia) que son los que se utilizan para evaluar el respeto de los derechos humanos²⁸, bastante más desarrollados respecto de los derechos civiles y políticos que los económicos y sociales, sin perjuicio de los esfuerzos académicos por desarrollar indicadores también para éstos. Los Estados tienen la obligación de adoptar medidas concretas, incluidas las legislativas, administrativas y financieras, que permitan a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción disfrutar de ellos.

Las “medidas” que deben asumirse son varias, especialmente económicas y técnicas. Es evidente que entre los recursos existentes dentro de un Estado pueden considerarse los impuestos que podrían pagar las riquezas y rentas que no tributan, que tributan poco, y que son las que producen las desigualdades que se destacan. La falta de distribución provoca la inequidad. En consecuencia, una política sanitaria pública debe buscar respuesta a las desigualdades, los determinantes y la exclusión, y acabar con la falta de voluntad política. Eso es lo que habría que superar, y para ello hay un marco

²⁷ HARGUINDEY, J.P. op cit. pp 43 ss.

²⁸ OSKOZ J., *Crisis y recortes en derechos humanos. La defensa de los derechos humanos en tiempos de crisis*, La catarata, 2012.

teórico, unas experiencias, unos instrumentos internacionales suficientes, como he señalado.

El problema necesario de subrayar es que, en situaciones, los planes de acción no surgen siempre del interior de la administración pública. En efecto, si bien fijan las prioridades de acción, no por ello son jurídicamente obligatorios en la forma en que se ponen en práctica las intervenciones estatales en la sociedad civil. En otras palabras, los planes de acción no crean derechos subjetivos a favor de los beneficiarios finales, los ciudadanos y los pacientes²⁹.

En consecuencia, un “verdadero” derecho a las asistencias sanitarias es aquel que integra conjuntamente tres condiciones: “es susceptible de tutela jurisdiccional; puede ser ejercitado o reivindicado frente a un sujeto determinado, y su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular”. Son derechos “sobre el papel”, o derechos “ficticios” como los califica GUASTINI, “todos aquellos que no satisfacen alguna de estas condiciones. El analista puede pensar que, en la mayoría de los casos, los derechos sociales son derechos “sobre papel”³⁰. Incluso el igualitarista más idealista debe aceptar que es necesario elegir. Empero, cuando se decide entre prioridades en salud contradictorias hay que considerar más de un tipo de coste: también hay costes de oportunidad (lo que perdemos cuando alcanzamos la decisión desacertada)³¹.

2.3. La asistencia sanitaria y su construcción sociopolítica: el derecho

Los sistemas sanitarios son “constructos sociopolíticos y reflejan equilibrios de fuerza con diferentes intereses y percepciones acerca del bienestar público y el respeto al papel de Estado en su consecución. La intensidad y combinación específica de los retos sanitarios en los diferentes países estará determinada tanto por las características de cada sociedad como por los rasgos sociales de sus sistemas sanitarios.

De la misma manera, la concreción constitucional del derecho humano en relación a la asistencia sanitaria del art. 43 de la CE se ha contemplado como un mandato dirigido a los poderes públicos para organizar la asistencia sanitaria, para que, según MUÑOZ MACHADO adopten “el conjunto de medidas necesarias para lograr la prevención de las enfermedades o la mejora de las condiciones sanitaria generales”. Así y todo, podría existir una obligación *ex constituciones* para el Estado de sostener un sistema de asistencia sanitaria pública, dicho imperativo no genera, sin embargo, derecho subjetivo. Nada obsta al poder público a configurar un Sistema Nacional (de Salud) como actualmente gozan parte de los países occidentales, sino que su puesta en marcha es una facultad discrecional del Estado³².

El modelo económico que parece deducirse de las políticas sanitarias públicas actuales tiene un carácter distributivo, pero puede generar desigualdades, y un futuro incierto para las generaciones próximas, lo que aqueja al ejercicio de derecho a la vida, la integridad física, la dignidad y la libertad personal³³. Los conflictos entre los valores, derechos e intereses requieren un análisis caso por caso y una solución acorde a una ponderación previa entre los mismos. Si eso significa sacrificar ciertos derechos o intereses en beneficio de otros, los poderes públicos no pueden desentenderse y menos

²⁹ SUBIRATS HUMET J.; VARONE F.; LARRUE C. op cit. pp. 192-193.

³⁰ GUASTINI R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta., 2008, p.40 ss.

³¹ JUDT T., *Algo va mal*, Taurus, 2012, p 38 ss.

³² MUÑOZ MACHADO A., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios*, Alianza, Madrid, 1995, p.94-95

³³ GORDILLO PÉREZ, L., “Derechos sociales y austeridad”, *Lex Social, Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 2013. págs. 34-55.

en un momento en que se han alcanzado insospechadas cuotas de desigualdad y pésimos niveles de desarrollo humano. Ahora bien, desde una perspectiva jurídica ha de abordarse la exigibilidad ante instancias jurisdiccionales³⁴. El Estado, en la medida de sus posibilidades, ha de costear este tipo de intervenciones asistenciales siempre que, atendiendo a los gastos y a su capacidad económica, esté en condiciones de llevarlas a cabo.

Ello implicará, como mínimo, a entender de LORA & ZUÑIGA, la creación y el mantenimiento de un sistema público de asistencia sanitaria; como un deber institucional correlativo a la proclamación, como derecho fundamental, humano o básico de la protección a la salud de todos³⁵. La opción político-ideológica de un gobierno que estime la renuncia a poner en marcha tal mecanismo de eliminación, es decir, de no asignar los recursos públicos indispensables para ello, es ilegítima pues supone vulnerar el derecho humano a la asistencia sanitaria.

3. El problema de la institucionalización y los recursos en el derecho a la asistencia sanitaria

El término institución se aplica por lo general a las normas de conducta de los actores y, como consecuencia de ello, en la política públicas. El paradigma institucionalista tradicional sostiene que las reglas institucionales democráticas determinan la decisiones individuales y colectivas. Las instituciones son también un tema de estudio central para el derecho y el régimen formal para la elaboración e implantación de reglas (formales e informales). La creación y evolución de las instituciones es un asunto, desde luego, que ha jugado un papel preponderante en la evolución del derecho a la asistencia sanitaria. Estas son mecanismos de orden social y cooperación que procuran gobernar el comportamiento de un grupo de individuos que puede ser reducido o coincidir con una sociedad entera, en dicho sentido trascienden las voluntades individuales al reconocerse con la imposición forzosa de un propósito en teoría considerado como un bien social³⁶.

En los últimos tiempos, se ha incorporado al debate político la posible modificación de la Constitución de 1978 para convertir en fundamentales a derechos que no lo son en la actualidad, como el derecho a la vivienda, el derecho a la seguridad social o a diferentes prestaciones sociales, como el derecho a la protección a la salud. Antes de seguir con esta cuestión, conviene recordar que, en sentido estricto, la *fundamentalidad* de un derecho implica que es inmediatamente exigible por su titular y es indisponible para los poderes públicos y, en particular, para el Legislador. Además, tal conversión implicaría que su desarrollo queda reservado a la Ley Orgánica y que para su protección contaría con un procedimiento judicial preferente y sumario y, en su caso, con el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Es también oportuno tener presente que ya hay algún derecho de índole social, como la educación (art. 27 de la Constitución, CE), configurado como derecho fundamental; tienen la misma naturaleza otros derechos vinculados a la lucha y defensa de las conquistas sociales, como la libertad sindical y el derecho de huelga (art. 28 CE).

Así pues, cabe extender el ámbito de los derechos sociales fundamentales si se considera esencial dar la máxima protección jurídica a concretas pretensiones de

³⁴ MORTE GÓMEZ, C.;SALINAS ACELGA, S., “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en EMBRID IRUJO, A. (dir.), Derechos económicos y sociales, Madrid, Iustel, 2009, pp. 359-415.

³⁵ LORA P.; ZUÑIGA A., *El derecho a la asistencia sanitaria un análisis desde las teorías de la justicia*, Iustel publicaciones, Madrid, 2009, pp.207 ss.

³⁶ DUVERGE, M. *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Preses Universitaires de France, París

igualdad real entre las personas y los grupos en los que se integran. De esta manera, se estaría favoreciendo la realización de la dignidad humana, uno de los fundamentos del orden político y la paz social (art. 10.1 CE), concebida como mínimo intangible de igualdad y justicia. Frente a esta aspiración expansiva se suele invocar el coste económico que llevaría aparejada. Es obvio que los derechos sociales “cuestan”, también los derechos fundamentales, como el acceso a los tribunales, el ejercicio del sufragio en las elecciones o la garantía de la propiedad privada. Por otra parte, también hay que tener presente que existen atributos de estos derechos no necesariamente costosos –la información para su ejercicio y tutela- y que, como la mayoría de los derechos, su declaración estaría sujeta a límites, como ya lo está, por ejemplo, la enseñanza (la CE dice, en su artículo 27.4, que es gratuita la “obligatoria”).

En nuestra CE, el artículo 43 ha sido llamado programático. Es decir, es principio rector para que los poderes públicos, la organización, tutelen de “la protección de la salud, expresamente reconocida como derecho, a través de medidas preventivas y de las prestaciones de servicios necesarios”. Parece seguro que la *mens legis* estaba puesta en un futuro servicio nacional y público de salud, de cobertura y financiación generales, relativamente independizado del conjunto de la seguridad social. Para ALONSO OLEA, la misma presencia del artículo 43, separado del artículo 41 que refiere en general a la seguridad social, era indicio de ello³⁷. La pregunta iría sobre el género de normas que no disponen o prohíben o permiten *hic et nunc*, pero mandan, prohíben en un futuro impreciso y sin una cadencia taxativa. Y sobre todo como señala BOBBIO, ¿no nos hemos preguntado qué género de derechos son aquellos que estas normas definen? Un derecho cuyo reconocimiento y cuya efectiva protección son reenviados *sine die*³⁸.

Los derechos económicos y sociales, en general, y el de la asistencia sanitaria, en particular, traen aparejado un deber genérico consistente en que se diseñe un esquema institucional de provisión universal de bienes y servicios básicos, sistemas al que todos los individuos habrán de contribuir de acuerdo con su capacidad económica y sin que dicha contribución suponga anular el tipo de vida que uno ha decidido vivir³⁹.

Por todo, hay que detenerse, a mi juicio, en fijar puntos de anclaje que nos sirvan para iniciar el debate, cuando hablamos de recursos, tales como: el garantismo social, el carácter oneroso e intervención estatal, la estabilidad presupuestaria, el comportamiento público, y la relación entre protección constitucional y ponderación.

3.1. El garantismo social

El garantismo como sistema institucional fija límites y vínculos a los poderes públicos (y también a los poderes privados), para tutelar los derechos fundamentales. Estos, no obstante, permanecen en el papel en tanto no se introducen garantías adecuadas⁴⁰. Las garantías primarias (políticas) son las obligaciones correspondientes a los derechos sociales las normas y actos de los órganos legislativos y ejecutivos. Después, están las garantías secundarias que son las jurisdiccionales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, o la Carta de las Naciones Unidas son grandes proclamas de principios que carecen por si solos de garantías, porque no existe una esfera pública mundial en condiciones de proteger y tutelar el derecho a la salud, como

³⁷ ALONSO OLEA, M: *Instituciones de seguridad Social*, Civitas 1982, p.179

³⁸ BOBBIO N., op. cit., pp. 122-123

³⁹ LORA P.; ZUÑIGA A., op.cit.198

⁴⁰ PISARELO G.; APARICIO. M., “Los derechos humanos y sus garantías: .nociones básicas” Víctor M. Sánchez (Dir.), et. Al., *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, 02. Lex, 2008, p.140 ss.

señala BOBBIO. A nivel estatal, sobre todo los derechos sociales carecen, a veces, de garantías. Debemos ser conscientes de que la igualdad y los derechos fundamentales pueden ser utopías, ya que una realización perfecta nunca se tendrá. Este es el defecto y el mayor valor de la democracia constitucional y social.

Ahora, para realizar los derechos humanos y las garantías primarias, las personas tienen que ser concebidas de un modo igualitario como ciudadanos. Pero hoy, más que encontrarnos ante ciudadanos, nos encontramos ante refugiados. ¿Por qué es tan drástico? Porque la humanidad nunca ha sido tan igual en el plano jurídico formal y tan desigual en el plano material⁴¹. En casi todas partes del orbe crece de forma dramática la desigualdad social e inequidad sanitaria, como señala la organización OXFAM. Los derechos son de papel si no se incluyen garantías adecuadas, porque deben ser financiados con la recaudación fiscal. Por el contrario, son la mayor inversión productiva: sin las garantías de la supervivencia y de la subsistencia, no hay ni productividad individual, ni producción de riqueza colectiva⁴². En el ámbito europeo, y en cumplimiento de las exigencias de vulnerabilidad, encontramos la llamada Directiva de Retorno que establece los inmigrantes ilegales obligados al retorno deben recibir atención médica en el caso de emergencias o enfermedades crónicas⁴³. En el mismo sentido, la Directiva de Condiciones de Recepción de Refugiados establece que los solicitantes de asilo deben obtener cuidados de emergencia y tratamiento "esencial" para sus enfermedades⁴⁴.

3.2. Impacto del carácter oneroso e intervención estatal

En suma, el coste y la forma de hacer frente - ¿de dónde saldrían los recursos para el sistema sanitario? - al reconocimiento como derechos fundamentales, por ejemplo, del acceso a la Seguridad Social o del disfrute a la asistencia sanitaria, son cuestiones insoslayables en el debate social y político previo; pero ni serían los únicos datos relevantes ni tendrían que suponer un obstáculo insalvable. Lo subrayable a los efectos de un estudio desde el derecho a la asistencia sanitaria es que la vinculación entre la libertad de acceso y la financiación pública (que se ha tendido a entender como "gratuidad", al menos para las prestaciones garantizadas, y ha contribuido a enturbiar los contornos del derecho que nos ocupa). La universalización de un derecho de contenido prestacional no implica, por si sola, la gratuidad de las prestaciones.

La aplicación de los derechos sociales sí requiere de intervención estatal, así como de un importante gasto económico, lo que hace que sea mucho más difícil aplicarlos" ⁴⁵. Otro matiz importante es que la libertad de acceso no es igual para todas las prestaciones. No hay la misma libertad en todos los niveles de la existencia sanitaria.

Sin embargo; la experiencia durante estos últimos años nos ha venido a mostrar con toda su dureza la tremenda fragilidad de este concepto y los estrechos vínculos que existen entre las concepciones de ciudadanía y evolución política, social y económica de

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Grep pi, 3a. ed., Madrid, Trotta, 1999, pp.90 ss.

⁴² OXFAM Índice de compromiso con la reducción de la desigualdad (CRI) .En 2015, los mandatarios de 193 Gobiernos prometieron reducir la desigualdad como parte de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS señalaron: Si no se reduce la desigualdad, no será posible alcanzar el ODS de eliminar la pobreza.

⁴³ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008. del retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

⁴⁴ Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 , por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional

⁴⁵ NOGUERA FERNÁNDEZ, A., "Los Derechos Sociales en las Nuevas Constituciones Latinoamericanas", Tirant Lo Blanch, Valencia,2010, p. 39.

un país⁴⁶. El cambio ha venido de la mano 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, y del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Dichas normas reducen la cobertura del sistema público exclusivamente a aquellas personas que ostenten tal condición de asegurado o de beneficiario. La reforma dejaba fuera del sistema a los colectivos más empobrecidos y vulnerables, los que más necesitan de las prestaciones del sistema público sanitario, tal como sucedió con los llamados inmigrantes irregulares.

El problema alegado para tales reformas eran los datos estructurales y las cifras más significativas del gasto sanitario público; presentaban que la sanidad pública no puede obviar por más tiempo una situación claramente incompatible con su imprescindible sostenibilidad y que, al mismo tiempo, había arrastrado consecuencias arduamente perjudiciales para el empleo y la viabilidad de los sectores empresariales que con él se relacionan. Pero, además, resultaba decidido hacer frente a los retos actuales de la asistencia sanitaria. Así, el impacto del envejecimiento de la población, las pretensiones de incorporar las innovaciones terapéuticas venían a suponer, sin duda, un incremento del gasto sanitario cuyas previsiones debían ser inexorablemente analizadas por los responsables políticos

3.3. La estabilidad presupuestaria para el derecho a la asistencia sanitaria

El supuesto carácter oneroso de los derechos sociales en un “contexto de escasez supone administrar medios limitados sobre los cuales hay que tomar decisiones generales”⁴⁷ ha llevado a afirmar que su desarrollo incumbe al legislador, cumpliendo el juez un papel subordinado. En España, la respuesta se tradujo en la modificación del artículo 135 de la CE, realizada el 27 de septiembre de 2011, para introducir el principio de estabilidad presupuestaria al que deberán adecuar su actuación las Administraciones Públicas. Esta reciente entrada del principio de “estabilidad” hace que deriven otro tipo de consecuencias en referencia a las políticas económicas y sociales que podrán desarrollar los estados y que guardan proximidad, además con las diversas críticas doctrinales y políticas que han venido por la afección que la consagración de tal principio puede tener sobre el Estado Social y Democrático de Derecho (cfr. Art 1 CE) y, singularmente, sobre los derechos sociales y las políticas sociales redistributivas que son consecuencia natural del mismo⁴⁸. En principio, porque hay unos límites económicos que respetar anualmente que hacen posibles, o no, determinadas políticas (o el concreto nivel de gasto que van a merecer determinadas políticas). EMBID IRUJO constata que los poderes públicos han empleado toda una instrumentación disponible en el ámbito de la intervención de la economía, destacando la aceptación de medidas tributarias, liberalizadoras y de fomento de algunos sectores económicos, al tiempo que se aprueban políticas de austeridad para reducir el gasto público.

Es verdad que los referentes son los instrumentos de política sanitaria que coadyuvan a la estabilidad presupuestaria, entre ellos, la obligación de elaborar un marco presupuestario a medio plazo y la obligación de establecer un límite de gasto no

⁴⁶ CANTERO MARTÍNEZ J. “Universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias públicas. (una perspectiva constitucional y desde los compromisos internacionales asumidos por el estado español)”, Revista Derecho y Salud, Vol. 24 Extraordinario XXIII Congreso 2014, p.95-60.

⁴⁷ PESES BARBA, G. “Reflexiones sobre los derechos sociales”, en Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, p. 99.

⁴⁸ EMBID IRUJO, A., *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel., 2012 p.82 ss.

financiero que respete el objetivo de techo presupuestario fijado por el Estado. Empero, los poderes públicos deberán seguir, por tanto, como criterio orientador básico la priorización de aquellas políticas de gasto más próximas a los ciudadanos dirigidas a recuperar, mantener y potenciar una red de servicios y prestaciones públicas de calidad que ofrezcan protección a los más vulnerables⁴⁹. Este es el caso de la asistencia sanitaria.

3.4. *El comportamiento público*

¿En qué términos? Creo que, en primer lugar, habría que establecer una titularidad universal (“Todas las personas tienen derecho a...”) aunque luego no tuvieran la misma divulgación para todos los titulares, pues entraría un trato diversificado en función de circunstancias personales y/o familiares. En segundo lugar, el derecho a la salud contendría el acceso a las prestaciones del sistema público, así como la información necesaria para el ejercicio del derecho. También habría que garantizar la autonomía del paciente respecto a los tratamientos médicos, el acceso a los cuidados paliativos y la atención necesaria para que las personas con padecimientos insoportables y sin esperanzas de mejora pudieran decidir el momento de su muerte.

El derecho a la asistencia sanitaria supone dar importancia a las dimensiones colectivas del derecho (centros de salud y hospitalarios, educación sanitaria etc.) que se completa con el núcleo irrenunciable de la dimensión personal, es decir, por la relación de toda persona con su propio bienestar físico y mental que deben ser respetados y promovidos por los poderes públicos más allá del establecimiento de una normas o pautas de salubridad y cobertura en el entorno en que la vida se desarrolla .Finalmente, el derecho a las prestaciones sociosanitarias tendría que incluir unas condiciones mínimas de existencia y especificidades de los colectivos que merecen especial protección, algunos en riesgo de exclusión social.

Llegados a este punto, JUDT en *Algo va mal* señala: si pensamos que algo está mal, debemos actuar en congruencia con ese conocimiento⁵⁰. Lo que se plantea no es una cuestión de negación de políticas (derechos sociales), sino un problema de elección de medios, instrumentos y, obviamente, de objetivos y con el presupuesto de que con límites o sin límites de déficit y deuda, que se corresponderá a otros, tiene que ser pagado en algún momento. Por todo ello, he de concluir en que lo que ahora se consagra constitucionalmente, con más fuerza que antes, es una regla de comportamiento bajo la cual caben distintas disyuntivas a perseguir por los Estados⁵¹.

Transgrede así un derecho económico y social el Estado que no se posiciona para asegurar prestaciones, como en el caso de la asistencia sanitaria, pero también quienes se resisten a participar en tal organización social o quienes apoyen o sustenten un régimen político en el que no se garantice a los individuos un suceso efectivo a los bienes y servicios que, como veremos, los derechos humanos protegen”⁵²,

El fundamento, contenido esencial y alcance del derecho a la asistencia sanitaria distan, sin embargo, de ser pacíficos especialmente cuando se dan las circunstancias de la escasez moderada provocada por factores tales como el fabuloso desarrollo que han experimentado las ciencias biomédicas en el pasado siglo, un avance que propicia el crecimiento exponencial de la factura sanitaria.

⁴⁹ PONCE SOLÉ, J. *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, 2014, p. 53 ss.

⁵⁰ JUDT T. op. cit. p.199.

⁵¹ EMBID IRUJO A., op. cit. pp. 84-85

⁵² LORA P.; ZUÑIGA A, op.. cit., pp.198.

3.5. Protección constitucional y ponderación del derecho a la asistencia sanitaria

Dicha transformación contribuiría también una mayor protección constitucional de los derechos sociales. Las tergiversaciones, como interpretaciones en competencia de enunciados jurídicos vagos como los que aparecen, por ejemplo, en el art 43 CE, radica en lo que se denomina la ‘parte dogmática’ de las constituciones. No cabe duda de que en una buena medida eso es así. Como ha señalado WALDRON el conflicto jurídico tiende a reflejar el conflicto político. Esto es mucho más evidente cuando se trata de cuestiones jurídicas sobre el derecho, en nuestro caso a la asistencia sanitaria, cuyas consecuencias políticas son especialmente directas; si, en nuestro pensamiento moral, deberíamos entender los derechos como consideraciones susceptibles de entrar en conflicto entre ellas, y si efectivamente pensamos en los derechos de esta manera, ¿cómo deberían ser resueltos entonces estos conflictos?, ¿cómo sería el caso tratándose de cuestiones relacionadas con la interpretación y protección de los derechos fundamentales? En otras palabras, la idea crítica de que el derecho es política es correcta en cuanto implica que el conflicto político se manifiesta en el conflicto jurídico, que éste no es autónomo de aquél⁵³.

Sin embargo, para que el derecho sea neutral, es decir, para que a través de él se pueda manifestar el conflicto político sin distorsiones de entrada, no es suficiente que el discurso jurídico no posea autonomía respecto del discurso político. Se requiere adicionalmente que el derecho sea completamente dúctil, en el sentido de que cualquier discurso político pueda ser revelado a través de él sin necesidad de distorsionarlo, es decir, sin necesidad de presentarlo de un modo distinto a como es en efecto. Y es esta la condición que el derecho a la asistencia sanitaria no sabe cumplir. Una manera de explicar porque el derecho a la asistencia sanitaria no puede verificar esta condición es considerando la discusión sobre la relevancia jurídica de los derechos sociales.

4. La contradicción dentro del derecho a la asistencia sanitaria

Una de las formas en las que la confrontación política entre liberalismo y socialismo reaparece dentro del discurso jurídico como una confrontación entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, y la importancia relativa de cada grupo. Parece que este derecho a la asistencia sanitaria en nuestra época simplemente ha encontrado un nuevo lenguaje para resolver los conflictos de siempre. Ahora bien, la asistencia sanitaria no permite expresar sin distorsión esos conflictos: el derecho es dúctil, pero no completamente dúctil. Ni siquiera suficientemente adaptable.

En abstracto, el argumento es relativamente simple: desde el punto de vista del derecho, los derechos subjetivos son obligatoriamente definidos. El mayor bienestar social, por ejemplo, no puede constituir una razón que triunfe sobre un derecho. Esto es lo que ‘tener derecho a...’ significa en el juego de lenguaje del derecho. Los fines colectivos (o comunitarios) que justifican los derechos sociales, en consecuencia, no podrán vencer a los derechos individuales si no están expresados en el lenguaje de los derechos. Pero por supuesto, una vez que esas ideas comunitarias son expresadas como ‘derechos’ la idea comunitaria en que descansan es negada y la demanda es entendida como una de individuos en contra de la comunidad. La gestión de las políticas públicas se ve restringida en exceso por cláusulas condicionales muy detalladas y que, en cambio, muchas veces esas mismas políticas carecen de definiciones precisas acerca de cuáles son los objetivos que persiguen⁵⁴.

⁵³ WALDRON, J., *Los derechos en conflicto*, EBOOK-2006, Formato: PDF – DRM, Editorial: Universidad Externado de Colombia., 2006.

⁵⁴ HABLUTZEL, P., “New Public Management als Modernisierungs chance” en Hablutzel, P. et Al, Umbruch in Politik and Verwaltung, Haupt, Berna, pp.499-507,

La tesis a seguir tiene como solución que hay un sentido importante en el cual la expresión “derechos sociales” es una contradicción. Sustenta siempre una tensión entre lo que depende del contenido contingente del derecho y lo que depende del modo de operación de las prácticas institucionalizadas que llamamos jurídicas. El núcleo del derecho a la asistencia sanitaria sería el más “inacabado”, en el sentido en que sus posibilidades dependen de una técnica que no termina de crecer y de perfeccionarse, y, por tanto, de aumentar el abanico de exigibilidad, que garantice el carácter previsible de actuación de los poderes públicos y, en definitiva, de la política sanitaria⁵⁵.

4.1. El problema de la exigibilidad dentro del debate

En realidad, existen argumentos, a pesar de lo disímiles que parecen, son perfectamente complementarios: ellos muestran cuáles son las consecuencias que se siguen del modo en que el derecho entiende los derechos. Al ser ambas posiciones insuficientes, como intentaré mostrar, ellos conjuntamente muestran los límites de la ductilidad del derecho. En su alegato por la exigibilidad de los derechos sociales, ABRAMOVICH Y COURTIS parten de una posición que puede parecer extraña. Parece referirse a que un Estado aunque cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por el derecho social [...], ningún observador podría afirmar que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho calificado como derecho subjetivo hasta tanto resulte verificable; es decir, si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento⁵⁶. Aquí los autores sostienen la tesis de que “para que un derecho social se encuentre plenamente reconocido no basta que el Estado satisfaga la necesidad a la que se refiere, porque ese reconocimiento no se alcanzará “hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada justiciabilidad”⁵⁷.

Pero políticamente, desde luego, se estima útil preferir la sustancia a la forma. Si los derechos sociales son derechos, es decir, si deben ser entendidos acorde a la técnica de los derechos subjetivos, entonces ellos deben poder ser reclamables. Como los derechos sociales son reconocidos como derechos (i.e. aparecen como tales en los catálogos de prácticamente todas las constituciones occidentales), la consecuencia indefectible es que ellos son tan accionables como los derechos civiles y políticos. Justamente, todos ellos son igualmente accionables, “porque su accionabilidad les viene dada por el hecho de que sean reconocidos (o configurados) por el sistema jurídico como derechos, exigibilidad directa. Por así decirlo, lo que los hace accionables es que sean derechos, con prescindencia de si son o no sociales”⁵⁸.

El rumbo del derecho a la asistencia sanitaria significa asumir su contrapartida, es decir, que tras el derecho hay una obligación correlativa. Lo que se pretende por derecho no se satisface por *charity* (caridad). La exigibilidad, más perfeccionada en los derechos civiles y políticos, es también posible respecto de los derechos sociales. Los derechos son complementarios e interdependientes, pudiéndose aseverar que cada derecho tiene su personalidad propia, que no depende de su inclusión en uno u otro pacto sino de su relación con la noción de dignidad. Es frente a condiciones concretas que el Estado puede y debe garantizar el derecho a la asistencia sanitaria. Pero, ciertamente, no se está hablando sólo de acciones judiciales. Hay otras vías de reclamación, particularmente: políticas-instituciones (parlamentarias, acusaciones constitucionales, por ejemplo); administrativas (evaluación pública del impacto de las

⁵⁵ SUBIRATS HUMET J.; VARONE F.; LARRUE C. op cit. pp.157.

⁵⁶ ABRAMOVICH V; COURTIS C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, 2002, p.56

⁵⁷ Ibidem, p.153 ss

⁵⁸ Ibidem, p.58.

políticas públicas); quasi judiciales (ombudsman y similares); e internacionales, todos los ciudadanos tienen el derecho de comprobar la contribución pública y su uso; y la sociedad tiene el derecho de pedir cuenta de su administración⁵⁹.

Empero, en primer lugar, debemos entender que el derecho a la asistencia sanitaria no puede ser completamente exigible, porque en una medida importante ello estriba de sistemas que el juez no puede, por el tipo de ocupación que ocupa, crear. En esos casos, por supuesto, la exigibilidad del derecho a la asistencia sanitaria es rigurosamente limitada. No cabe duda de que la implementación de derechos económicos, sociales y culturales depende, en parte, de actividades de planificación, previsión presupuestaria y puesta en marcha que por naturaleza corresponden a los poderes políticos siendo limitados los casos en que el poder judicial puede llevar a cabo la tarea de suplir la inactividad de aquellos.

En segundo lugar, más allá de las múltiples dificultades teóricas y prácticas que plantea la articulación de acciones colectivas, en muchos casos, el incumplimiento del Estado puede reformularse, aun en un contexto procesal tradicional, en términos de infracción individualizada y concreta, en lugar de hacerlo de forma genérica. La infracción general del derecho a la asistencia sanitaria puede reconducirse o reformularse a través de la articulación de una acción particular, encabezada en un titular individual, que alegue una transgresión producida por la falta de producción de una vacuna, o por la negación de un servicio médico del que dependa la vida o la salud de esa persona⁶⁰.

Apúntese la referencia sobre lo que queda excluido de la protección por la naturaleza del propio derecho a la asistencia sanitaria que es precisamente la idea central de derecho social. Es decir, una comunidad como un todo se preocupa del bienestar de cada uno de sus miembros. Sólo una noción de este tipo completa la caracterización del contenido pasivo de esos “derechos”. Pero sorprendentemente (o, quizás: predeciblemente), cuando los precitados autores proceden a determinar de modo preciso cuáles son estos aspectos de la exigibilidad, lo que aparece no son ni derechos sociales, ni las necesidades que los derechos sociales tienden a satisfacer; la principal longitud de exigibilidad de los derechos sociales, es la que “queda siempre abierta” y la asistencia sanitaria no es una excepción.

Para hacer de los derechos sociales derechos jurídicamente exigibles es necesario des-socializarlos, como hemos visto. Quienes deniegan, por tato, de la justiciabilidad de los derechos sociales básicos deberían arrogarse todas las consecuencias derivadas de dicha afirmación, admitiendo que ello también significa que todos tienen derecho a la vida siempre y cuando posean los recursos económicos suficientes para preservar su salud y procurarse alimentos indispensables. En otros términos, ello implicaría subordinar el goce del derecho a la vida a la posición económica de las personas. La preocupación por obtener un bien como la salud: sólo invoca que ese bien no puede estar protegidos constitucionalmente por derechos sociales, a menos que estemos dispuestos al procedimiento coercitivo que autoriza hacer valer cuando se incumple el establecimiento de la garantía en un concreto ordenamiento jurídico interno, o cuando se hace de un modo insuficiente⁶¹.

Ahora bien, el derecho a la asistencia sanitaria es una vía, no ajena a debates de recursos o de procesos gerenciales. Pero no es una vía más, sino es la única para hablar

⁵⁹ Vicente G.T. op.cit, p.104.

⁶⁰ ABRAMOVICH V.; COURTIS C., “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, PDF created with pdfFactory Pro trial version www.pdffactory.com

⁶¹ RENTERO JOVER, J, *Globalización y garantía de jurisdicción social (la protección jurisdiccional de los derechos sociales a nivel internacional)*, contextos n.º 3, 1999.

de política (pública) dentro del Estado de Derecho. Paradójicamente, ese argumento lleva a la misma conclusión de si el discurso político es parasitario del discurso jurídico, si el derecho es el instrumento a través del cual la política se manifiesta, si el lenguaje del derecho a la asistencia sanitaria es el lenguaje de la política, entonces la promesa de la plenitud de este derecho debe ser ignorada. Dado ese desacuerdo, postular la constitucionalización del derecho a la asistencia sanitaria puede excluir a quienes no están de acuerdo con esa visión⁶². La situación es aún más grave, porque en nuestro caso el excluido sanitario no podría ni siquiera levantar su voz en contra de su expulsión.

5. La asistencia sanitaria y el arreglo comunicativo: el porqué

El discurso político intenta crear formas específicas de unidad entre intereses distintos relacionándolos con un proyecto común y construyendo una frontera que defina las fuerzas a las que hay que oponerse. Efectivamente, parece clara que la solución estriba en dotarse de un sistema público sanitario, ya que este existe sólo en comunidades donde se comparte una visión sobre la salud, sobre su importancia y sobre el fundamento de su protección. La forma de comunidad a la que los derechos sociales, en tanto conquista, apelan a una idea de colectividad cuyo requerimiento central es que a las personas les importe y, cuando sea necesario y posible, se preocupen de la suerte de los demás. Y también que les importe preocuparse los unos de los otros. Este elemento de comunidad es incompatible con una que concibe a sus miembros primariamente como portadores de derechos, porque expresiones como ‘tengo un derecho...’ o ‘no tienes derecho a....’. Éstas apelan una ofensiva potencial y avivan el espíritu de disputa. Emplazar la noción de derechos al centro de los conflictos sociales es inhibir cualquier posible impulso a la claridad en ambos bandos⁶³.

Esta visión de lo político falta por completo en Rawls, quien da por supuesto la existencia de un interés propio racional común sobre el cual los ciudadanos que actúan como personas libres e iguales pueden acordar y fundar principios de justicia⁶⁴. La política no se ve afectada por la existencia del pluralismo, que Rawls entiende sólo como la multiplicidad de las concepciones del bien que la gente ejerce en la esfera privada. Estás perfectamente separada también de la esfera pública en la que reina el consenso basado en el interés común.

Llegados a este punto, se infiere la acción comunicativa que está mediada por símbolos y responde a la idea de reconocimiento compartido. Este es un tema relevante para entender el concepto de deliberación en la acción política, como un medio de reconocimiento e integración de las personas en las decisiones de carácter público⁶⁵. Así, emergen modelos de sociedades justas, cuyas instituciones se constituyen de modo que regulan las expectativas de conducta y los conflictos, en resguardo del igual interés de todos, adecuándose así a la autorregulación de sus ciudadanos. Para HABERMAS, la legitimidad del derecho depende, en la última instancia, de un arreglo comunicativo: como participantes en discursos más o menos racionales, en negociaciones más o menos justas, los “socios” bajo la ley deben ser capaces de reconocer sí una norma

⁶² ROSENCRANTZ, C “La pobreza, la ley y la Constitución”, en: El derecho como objeto e instrumento de transformación, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política , SELA 2002, Editores del Puerto ,Buenos Aires, 2003, pp. 241 ss.

⁶³ HABERMAS J., “Derechos humanos y soberanía popular: las versiones liberal y republicana” en *Nuevas ideas republicanas, Autogobierno y libertad*, Paidos Estado y sociedad,2004, p, 115

⁶⁴ MOUFFE CH., *El retorno de lo político*, Paidos Ibérica, 1999, pp.67 ss

⁶⁵ GARCÍA, J. “El debate Gadamer-Habermas: Interpretar o transformar el mundo”. *Contribuciones desde Cotapac*, enero-junio. nº 010. Universidad Autónoma del Estado de México. Toluca, México., 2006, p. 11-21.

controvertida obtiene o puede obtener acuerdo de todos los posibles afectados, en nuestro caso, de las políticas públicas, como es la sanitaria. La pretensión es una legitimación racional de la sociedad mediante una fundamentación consensual de la verdad de los argumentos y de la estructura de las normas que ordenan la vida social y, por ende, el sistema sanitario. Tal consenso no significa la exclusión del disenso del actual momento sanitario, sino que en los casos en que no existe entendimiento hay que apelar, a diferencia de la acción, al discurso para restituir el acuerdo⁶⁶. El poder se identifica no solo por la fuerza social que los integra, por las estructuras de las instituciones sanitarias, por los profesionales, los pacientes y los grupos que lo forman, sino también por los valores o principios morales que asume como fines u objetivos de su acción, o como ideas integradoras de los elementos que los componen⁶⁷.

Ello se logra mediante un orden jurídico que recae en el sistema sanitario que asegure la autonomía privada y pública, ambas deben su legitimidad únicamente a las formas de comunicación en las cuales la autonomía ciudadana pueda expresarse y acreditarse. Para ello se debe reanudar el proyecto del Estado social en un nivel más alto de reflexión: tratando de elevar el sistema de derechos subjetivos y examinando cómo se puede desarrollar y articular en las sociedades complejas el Estado democrático de Derecho.

6. Conclusión: la discusión política en la asistencia sanitaria

La política se constituye en el espacio abierto de la *res* pública, que a todos afecta y que todos compartimos. Un ámbito abierto como es el sanitario en su interior lleva la participación, la deliberación y la cooperación. Lo que remite, en un plano intermedio, al carácter conflictivo de toda política sanitaria. Hay política sanitaria porque hay conflictos objetivos y subjetivos entre los agentes y actores sociales por el logro de recursos y posiciones escasas. Y ese conflicto no puede ser nunca abolido: es inherente a la pluralidad de los actores, los intereses y las representaciones sociales (pacientes, personal, partidos, colegios profesionales, interés farmacéuticos, tecnología médica, sociedades científicas etc.). Menciona MOUFFE: “La política no puede reducirse al momento normativo”; frente a lo que supone “la política, tiene como presupuesto antagonismo, conflictos y exclusión”. “Indirectamente, RAWLS apunta a ello cuando afirma que, para él, los derechos básicos y las libertades eliminan ciertas cuestiones de la agenda y que “una visión liberal elimina de la agenda política las cuestiones que crean mayor desacuerdo”. ¿Qué es esto sino el trazado de una línea entre lo negociable y lo no negociable en una sociedad liberal? ¿Qué es sino una decisión que establece una distinción entre la esfera de lo privado y la esfera de lo público? Sin duda, esto es experimentado como “coerción por quienes no aceptan tal separación”⁶⁸.

En efecto, en nuestro caso, el derecho a la asistencia sanitaria siempre vendrá a ser afirmado en un tono de conflicto. Ahora bien, en un contexto en el cual la reflexión y discusión políticas se asienta sobre la plataforma que entiende a los ciudadanos primariamente como portadores de derechos, la ensambladura interna entre soberanía popular y derechos sociales que indagamos consiste en el mismo hecho sanitario, ya que los derechos fundan las condiciones bajo las cuales las diversas formas de comunicación necesarias para un proceso legislativo políticamente autónomo pueden ser jurídicamente institucionalizado en un proceso discursivo de voluntad.

⁶⁶ HABERMAS J., *Factibilidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático del derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998.

⁶⁷ LLAMAS GASCÓN. A., *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado.

⁶⁸ MOUFFE CH., op. cit. pp.50 ss.

Es esta cuestión, que aborda el ámbito sanitario, en la que, sinceramente, creo que el discurso jurídico deberá ceder irremisiblemente una parte de su protagonismo al discurso político (aun cuando este se presente, aparentemente, mudo), exactamente igual de lo que sucedió en el pasado y ello si se pretende instituir un sistema prácticamente automático de sanciones económicas para asegurar los derechos sociales. Este mecanismo no se encuentra asegurado simplemente por la forma de las leyes del ámbito sanitario, sino por los procedimientos discursivos orientados a la formación de opiniones y a la formación de la voluntad⁶⁹Como dice WENDELL HOLMES “ciertamente, en el estado presente de la economía política topamos de nuevo con la historia a gran escala, pero allí somos llamados a considerar y a sopesar los fines de la legislación, los medios para obtenerlos y su coste. Aprendemos que para lograr una cosa tenemos que renunciar a otras, a ponderar el beneficio que obtenemos con el que dejamos de obtener y a saber lo que estamos haciendo cuando realizamos una elección”⁷⁰.

7. Bibliografía

- CARBONEL SÁNCHEZ, M. (2015), “Los Derechos humanos y su interpretación”, *Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas*.p.35-54.
- FERRAJOLI L. (2005), "Los derechos son un papel si no se incluyen garantías adecuadas", <http://www.iade.org.ar> - Fuente: Clarín , Claudio Martyniuk., *Revista Realidad Económica Buenos Aires (Argentina)*,.
- EMBID IRUJO, A. (2012), *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel.
- FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Grep pi, 3a. ed., Madrid, Trotta, 1999, pp.90 ss.
- GROS ESPIELL H. (1988) *Estudios sobre derechos humanos*. (t.2), Madrid, Editorial Civitas, Coeditado con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- GUASTINI R. (2008), *Teoria e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta.
- HABERMAS J. (2004), “Derechos humanos y soberanía popular: las versiones liberal y republicana” en *Nuevas ideas republicanas, Autogobierno y libertad*, Paidos Estado y sociedad, p.115.
- JUDT T. (2012), *Algo va mal*, Taurus.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, A. (2010), “Los Derechos Sociales en las Nuevas Constituciones Latinoamericanas”, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 39.
- PECES BARBA, G. (2007), “Reflexiones sobre los derechos sociales”, en Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, p. 99.
- ROSENCRANTZ, C. (2003), “La pobreza, la ley y la Constitución”, en: El derecho como objeto e instrumento de transformación, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Sela, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2002,pp. 241 ss.
- WALDRON J. (2006), *Los derechos en conflicto*, EBOOK-2006, Formato: PDF – DRM, Editorial: Universidad Externado de Colombia.
- WENDELL HOLMES O., (2012), *La senda del Derecho*, Marcial Pons, p. 84.

⁶⁹ HABERMAS J., op.cit. pp.154.

⁷⁰ WENDELL HOLMES O., *La senda del Derecho*, Marcial Pons,2012.