

EL MARCO CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIO DE LAS POLÍTICAS SANITARIAS: SOBRE LAS IMPLICACIONES DEL DERECHO A LA SALUD EN EL MOMENTO PRESENTE

Juan M. Pemán Gavín
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

Preliminar

I. Sobre el contenido y alcance del derecho a la protección de la salud (DPS). Algunas acotaciones conceptuales.

Sin perjuicio de la plena consolidación del DPS en el Derecho Internacional de los DDHH y en el Derecho Constitucional comparado es preciso reconocer una cierta problematicidad de dicho derecho como derecho subjetivo y una indudable complejidad estructural del mismo.

Aspectos problemáticos del derecho a la salud como derecho subjetivo:

- Ambigüedad y elasticidad del concepto de salud: el DPS como derecho constitucional de configuración legal cuyo contenido concreto va evolucionando y conlleva diferencias entre Estados;
- Idoneidad del bien salud como objeto de un derecho subjetivo: identidad o confusión entre sujeto y objeto del derecho;
- Imposibilidad para los servicios sanitarios de mantener o devolver la salud de las personas en multitud de supuestos.

La crítica a la configuración de la salud como un derecho (Leon R. Kaas).

El correcto entendimiento del derecho a la protección de la salud: no implica un resultado, sino la puesta a disposición de unos medios, y no excluye la existencia de deberes jurídicos en relación con la propia salud.

La importancia en un plano ético del deber a la propia salud. El espacio importante de libertad de que dispone el ser humano en cuestiones directamente relacionadas con su salud a corto y largo plazo.

La complejidad estructural del derecho a la salud. Inevitablemente conlleva la existencia de un complejo dispositivo asistencial: un conjunto de medios (humanos y materiales) accesibles y de calidad, siendo preciso el desarrollo legal de numerosos derechos y deberes en relación con la actividad asistencial (necesariamente sofisticada y en la que entran en juego también otros derechos constitucionales)

Las similitudes y contrastes que ofrece la configuración del derecho a la salud respecto a otros derechos constitucionales de la esfera social. La contraposición con el derecho a las pensiones públicas. Las similitudes estructurales con el derecho a la educación.

II. Sobre el contenido usualmente asignado al derecho a la protección de la salud en la órbita internacional.

La enunciado del art. 12 PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) como formulación de proyección más general (personal y territorialmente)¹ y los compromisos que impone a los Estados.

La Observación General n° 14 elaborada por el Comité de DESC (11.8.2000) y otros instrumentos de *soft law*.

¹ “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños.
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente.
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas.
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

Las posibilidades que ofrece el Protocolo Facultativo al PIDESC sobre presentación de comunicaciones individuales al Comité de DESC (en vigor desde 5 de mayo de 2013).

Por el momento experiencia no muy positiva en la aplicación del Protocolo Facultativo. El caso Hermanos Merino Sierra contra España (Dictamen del Comité de DESC de 29 de septiembre de 2016) o cómo no debe entenderse el derecho a la salud: la frustración a la que puede conducir una defectuosa comprensión de los DDHH.

III. Sobre el diverso grado de efectividad que tiene el derecho a la salud en las distintas regiones del mundo

1. Estados desarrollados con un sistema público de salud consolidado. El derecho a la salud como referente del sistema sanitario, pero no como motor de transformación. Papel modesto del DPS en la justicia constitucional de estos Estados.

2. El extremo opuesto: los países pobres o “en desarrollo”. El derecho a la salud como meta a conseguir cuya plena satisfacción está lejana.

No obstante, progresos muy notables de este grupo de países en los últimos años en el marco de los ODM (Objetivos de Desarrollo del Milenio) impulsados por Naciones Unidas en el período 2000-2015: resultados muy positivos y alentadores en materia de mortalidad infantil, acceso al agua potable y saneamiento y lucha contra determinadas enfermedades infecciosas (no obstante sigue habiendo una elevadísima mortalidad infantil en algunas partes del mundo). La relevante presencia de objetivos de salud en la Agenda ODS (Objetivos de Desarrollo Sostenible) para el período 2015-2030 aprobada por la Asamblea General en septiembre de 2015; en particular en relación con la lucha contra las enfermedades transmisibles y el logro de la cobertura sanitaria universal.

3. Países situados en zona intermedia particularmente propicios para que el derecho constitucional a la salud actúe como palanca de desarrollo del dispositivo asistencial hacia niveles satisfactorios (Sudáfrica, Colombia, Argentina, Chile, etc.).

La *judicialización* del DPS en algunos países de Sudamérica: luces y sombras del activismo judicial.

El caso de Colombia: la masificación y cronificación de las “acciones de tutela” por vulneraciones del DPS ante la justicia colombiana como instrumento para hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria. Los aspectos problemáticos que plantea: saturación de los Tribunales y de la propia Corte Constitucional, excesivo protagonismo de los jueces en la definición de las prestaciones asistenciales sanitarias y en la asignación efectiva del gasto público sanitario, elevados costes para el Estado colombiano resultantes de la litigación masiva en la materia, lentitud en la implantación de las mejoras estructurales que requiere el sistema sanitario colombiano, etc.

El caso de Chile y el debate en torno a las decisiones de la Corte Suprema aceptando demandas individuales sobre acceso a medicamentos de alto coste (Spinraza Vimizim, Soliris, etc: sentencias de 2017, 2018 y 2019). Objeciones desde diversos puntos de vista: respeto al reparto de funciones entre los diferentes poderes del Estado constitucionalmente establecidos; dudas sobre la idoneidad de los órganos judiciales para valorar el coste-eficacia de ciertos tratamientos y para lograr la equidad o justicia distributiva en el reparto del gasto sanitario; peligros para la viabilidad del fondo público de cobertura de tratamientos de alto costo y para las políticas públicas de salud.

4. El caso específico de Venezuela y la severidad de su crisis sanitaria consecuencia del colapso institucional y económico del país.

Las amargas enseñanzas que se desprenden de esta experiencia: a) la fragilidad intrínseca (y por tanto reversibilidad) del disfrute efectivo del derecho a la salud en cuanto derecho vinculado a una serie de condiciones institucionales y económicas que pueden retroceder, e incluso desmoronarse;

b) La inutilidad en tales hipótesis de las declaraciones constitucionales más ambiciosas y de los mecanismos jurisdiccionales de tutela más completos (reconocidos en la Constitución bolivariana de 1999 con una nivel de amplitud y eficacia vinculante sin parangón en el Derecho Constitucional comparado).

Éstos pueden remediar situaciones puntuales, pero no carencias masivas y generalizadas y, además, llegarán tarde en la mayoría de los casos (situaciones irreversibles).

IV. El marco estatutario aragonés.

1. El artículo 14 EA de Aragón como referente en la materia. Bajo el rótulo genérico de “derecho a la salud”, el contenido de este artículo es el siguiente:

“1. Todas las personas tienen derecho a acceder a los servicios públicos de salud, en condiciones de igualdad, universalidad y calidad, y los usuarios del sistema público de salud tienen derecho a la libre elección de médico y centro sanitario, en los términos que establecen las Leyes.

2. Los poderes públicos aragoneses garantizarán la existencia de un sistema sanitario público desarrollado desde los principios de universalidad y calidad, y una asistencia sanitaria digna, con información suficiente al paciente sobre los derechos que le asisten como usuario.

3. Los poderes públicos aragoneses velarán especialmente por el cumplimiento del consentimiento informado.

4. Todas las personas podrán expresar su voluntad, incluso de forma anticipada, sobre las intervenciones y tratamientos médicos que desean recibir, en la forma y con los efectos previstos en las Leyes”.

Sin pretensiones propiamente innovadoras, recoge derechos sanitarios básicos ya consolidados en nuestro ordenamiento jurídico y realiza una amplia remisión a las Leyes para su regulación concreta.

2. El núcleo central de las competencias de la Comunidad sobre la materia se encuentra en el art. 71 del Estatuto (“Competencias exclusivas”), en el que se establece lo siguiente:

“En el ámbito de las competencias exclusivas, la Comunidad Autónoma de Aragón ejercerá la potestad legislativa, la potestad reglamentaria, la función ejecutiva y el establecimiento de políticas propias, respetando lo dispuesto en los artículos 140 y 149.1 de la Constitución. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias:

[...]

55^a. Sanidad y salud pública, en especial, la organización, el funcionamiento, la evaluación, la inspección y el control de centros, servicios y establecimientos sanitarios. La Comunidad Autónoma participará, de acuerdo con el Estado, en la planificación y la coordinación estatal en lo relativo a sanidad y salud pública.

56^a. Ordenación farmacéutica.

[...]”

Concurrencia de títulos competenciales en materia de Sanidad: “Bases y coordinación general de la Sanidad”. “Sanidad exterior” y “legislación sobre productos farmacéuticos” (149.1.16^a CE), ampliamente desarrolladas en la legislación básica estatal, al margen de otros títulos de proyección general (por ejemplo, art. 149.1.1^a CE). Se trata por tanto de una competencia *compartida* entre el Estado y las CCAA.

V. Sobre algunos retos y cuestiones candentes en el ámbito del derecho a la protección de la salud en España en el momento presente.

1. **Observaciones generales** sobre los indicadores de salud y enfermedad en España.

1.1. El contraste entre la imagen que nos ofrecen los medios de comunicación (quejas, demandas insatisfechas, conflictos, incluso agresiones a

profesionales en el ámbito sanitario...) y la realidad objetiva de los datos: excelentes indicadores de salud en España (esperanza de vida, tasa de mortalidad, etc.) y excelencia de nuestro sistema de salud por la amplitud de su cobertura y por su calidad.

Explicación de este contraste: aparte del sesgo que es propio de los medios (focalización en lo problemático y lo ruidoso), está comprobada la rapidez con la que elevamos las expectativas que depositamos en la Medicina y los servicios de salud (si bien no siempre somos conscientes de ello).

2.2. El cambio de los patrones de morbilidad en España hacia los propios de una sociedad que ha ido superando viejos retos (enfermedades contagiosas, mortalidad infantil y materna) y que aborda ahora los problemas vinculados al propio éxito del sistema de salud, al envejecimiento de la población y a los modos de vida actuales. La salud pública ante los “efectos secundarios” del progreso económico y el consumismo exacerbado propio de una “sociedad opulenta” (Informe SESPAS 2006).

Frente a los problemas de escasez que abordaban los sistemas de salud en otro tiempo, hoy son los problemas del exceso los que focalizan su atención (J. Le Grand, 2008).

2.3. Los problemas de mayor incidencia en la actualidad sobre la salud de los españoles en términos de AVAD (Años de Vida Ajustados por Discapacidad), que mide los años de vida perdidos por las muertes prematuras + los años de vida saludable perdidos como consecuencia de las discapacidades. De acuerdo con este indicador, los problemas más importantes son los siguientes: 1) lumbalgia y dolores de espalda; 2) cardiopatía isquémica; 3) Alzheimer y otras demencias; 4) cáncer; 5) trastornos mentales y neurológicos.

El mismo indicador (AVAD) permite cuantificar los factores de riesgo por orden de importancia: 1) consumo de tabaco, 2) consumo de alcohol y drogas, 3) hipertensión arterial, 4) dieta inadecuada y obesidad.

2.4. Mejora continuada de los indicadores de salud en los últimos años, sin que la crisis económica y los recortes del gasto sanitario público vinculados a ella hayan tenido un impacto negativo global (los efectos negativos han quedado compensados por una serie de factores que han evolucionado favorablemente: éxito de determinadas políticas de salud pública que tienen unos efectos de ciclo largo (tabaco), reducción de accidentes, mejoras en los estilos de vida, mejoras cualitativas en el sistema de salud, etc.).

2. Un inventario de cuestiones particularmente significativas o relevantes.

1. El largo camino hacia la universalización de la asistencia sanitaria pública. De la cuasi-universalización a la universalización plena. El Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al SNS.

2. La permanente tensión entre la descentralización sanitaria y la igualdad de los ciudadanos en el disfrute del derecho a la protección de la salud. Sobre la “interoperabilidad” del SNS y sobre las divergencias entre CCAA en el gasto sanitario público per capita. Observaciones al respecto de la *Declaración sobre Ética y responsabilidad en la sostenibilidad del SNS* elaborada por los Comités de Bioética en 2016.

3. La precariedad de la regulación española de las medidas extraordinarias en caso de amenazas graves para la salud colectiva, más allá de la exigencia autorización judicial previa de los tratamientos sanitarios obligatorios. Extrema ambigüedad de la LOMESP y silencio al respecto de la Ley General de Salud Pública. Propuestas doctrinales al respecto (CIERCO SEIRA, SALAMERO TEIXIDÓ).

4. La enorme relevancia sanitaria de los estilos de vida de la población y el reto que ello supone para la política de salud pública (consumo de tabaco y de alcohol, alimentación inadecuada, sedentarismo).

El alto coste en términos de AVAD de los hábitos insanos. El gran recorrido de mejora factible mediante la disminución de los factores de riesgo conductuales.

Su importancia para generar ahorros en el gasto sanitario (público y privado) y para la sostenibilidad del SNS.

El debate en torno al dilema sobre la opción por medidas “blandas” (información, recomendaciones, incluso incentivos en forma de estímulos económicos positivos), o por medidas “duras” (fiscalidad disuasoria, prohibiciones y sanciones, etc.). Sobre el alcance de los deberes jurídicos en relación con la propia salud y los límites del paternalismo higienista

5. La importancia sanitaria del consumo de drogas y otras adicciones. La Estrategia Nacional sobre Adicciones 2017-2024.

6. Los riegos vinculados al progreso de la Medicina y al crecimiento de los sistemas de atención sanitaria: eventos adversos (infecciones hospitalarias, error en los procedimientos quirúrgicos o en la administración de medicamentos, etc.), abuso de medicamentos, hacia la “prevención cuaternaria” (precaución frente a la prevención y el intervencionismo médico), la “fascinación tecnológica”, etc.

7. Un reto permanente: la tendencia expansiva del gasto sanitario público y los problemas para su financiación.

8. El impacto creciente de las TIC en el ámbito médico y sanitario: luces y sombras.

9. Otras cuestiones relevantes para la salud pública, que habitualmente quedan en un segundo plano. La preocupante incidencia del suicidio (especialmente en jóvenes). El aborto voluntario como problema de salud pública con una insoslayable relevancia ética.

3. Recapitulación.

- La rapidez en el cambio de los patrones de mortalidad y morbilidad hace emerger continuamente nuevos retos. Podríamos tender a decir que quedan *todavía* algunos desafíos que abordar y solventar, pero debemos estar seguros de que en esta materia *siempre* habrá retos nuevos que sustituyen a los que se van solucionando; nuevas formas de enfermar o de tener limitaciones.

- Los problemas que surgen son consecuencia en gran medida de los éxitos que se consiguen y de los cambios sociales y culturales. El sistema de salud como “casa de socorro” de la humanidad doliente en cualquiera de sus formas.

Aldous Huxley: “La investigación de las enfermedades ha avanzado tanto que cada vez es más difícil encontrar a alguien que esté completamente sano”.

- Buena parte de los retos que se nos plantean en materia de protección de la salud, tienen que ver con las opciones de conducta que adoptamos y sus efectos negativos a corto, medio o largo plazo; derivan de las decisiones libres que cada uno toma. Ello sitúa en primer plano la responsabilidad individual por la propia salud.

- La ambivalencia del escenario actual en el sector salud: lleno de oportunidades pero también en riesgos por mal uso o abuso de los servicios y productos que se nos ofrecen y de la información en circulación. La difícil gestión de la información ante la enormidad de la información disponible y de los mensajes que nos llegan.